



EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.
Número 4. Marzo – agosto, 2013
ÍNDICE

Presentación

José María Sauca 1

Estudios

La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado 3

Michel Troper

Breve lección sobre la igualdad 33

Riccardo Guastini

Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia 42

Andrea Greppi

Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción) 73

José Muñoz Lorente

Foro y ágora

Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia 102

Yolanda Gómez Lugo

Comunidades de inmigrantes turcos en Alemania: Explorando la transformación de la identidad 118

Antonio Ávalos Méndez

Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen 139

José Antonio García Sáez

Voces de Cultura de la legalidad

Isabel Turégano: «Soberanía» 154

Massimo Cuono: «Representación política» 163

Santiago Carassale: «Corrupción» 172

José Luis del Hierro: «Legitimidad y legalidad» 179

Javier Sánchez Sánchez: «Comisión de investigación» 187

Victoria Iturralde: «Precedente judicial» 194

Alicia Cebada Romero: «Reforma del Sector de la seguridad» 202

Francisco Javier Álvarez García: «Las desobediencias en Derecho Penal» 208

Maite Álvarez Vizcaya: «Fraude en el deporte» 216

Begoña Marugán: «Violencia de género» 226

Releyendo a...

Rudolf von Jhering: *Nuestra tarea (1857)* 234

En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive

Luis Lloredo Alix

Rincón de lecturas

Ermanno Vitale (2012), *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional* 276

Ricardo Cueva

Ermanno Vitale (2012), *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional* 284

Andrea Greppi

Respuesta a Ricardo Cueva y Andrea Greppi. *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas* 289

Ermanno Vitale

Ruth Martínón (2011), *El marco de las coaliciones promotoras en el análisis de políticas públicas.* 297

Isabel Wences

Larry May (2011), *Global Justice and Due Process* 301

Florabel Quispe

Iris Marion Young (2011), *Responsabilidad por la justicia* 305

María Candelaria Quispe Ponce

Ronan McCrea (2010), *Religion and the Public Order of European Union* 310

Khrystine Kolesen



Presentación

Ponemos a disposición del lector el cuarto número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Supone una gran placer cumplir puntualmente con la cita semestral que tenemos con los investigadores, profesionales y, en general, seguidores de la Revista y, por demás, constatamos nuestra satisfacción al consumir un par de años en la red.

Este número cuatro responde a la misma estructura que los anteriores. En *Estudios* presentamos cuatro trabajos; tres en *Foro y Ágora*; diez voces; la sección de *Releyendo a...* y, finalmente, el *Rincón de lecturas* con sus debates, comentarios y reseñas.

La sección de *Estudios* intenta mantener la característica perspectiva pluridisciplinar de la Revista y seguir tratando temas centrales en la configuración de una cultura de la legalidad. Los trabajos recogidos son obra, respectivamente, de teóricos del Estado (Michel Troper); del Derecho (Riccardo Guastini); de la política (Andrea Greppi) y del *ius puniendi* (José Muñoz). El primero de ellos estudia la conformación histórica de la idea de jerarquía normativa y su vinculación con la constitución del Estado moderno, a cuya luz analiza sus principios constitutivos y, singularmente, el concepto de soberanía. El segundo, a partir de la regulación constitucional italiana, desarrolla un análisis conceptual de las imbricaciones de los principios de igualdad y de equiparación y de las tensiones y consecuencias normativas de ambos. El tercero, ensaya un criterio de diferenciación de dos concepciones de la democracia en torno a dos ideas-fuerza presentadas en términos antitéticos. Por un lado, la preocupación por la calidad de las decisiones adoptadas democráticamente y, por otro, la preocupación por la participación en el proceso de adopción de decisiones. Esta aportación trae causa de la ponencia defendida por el autor en el XVII Seminario Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho de octubre de 2011. Finalmente, el último estudio realiza el esfuerzo de facilitar la comprensión de uno de los delitos centrales en la cultura de la legalidad como el relativo al tráfico de influencias, sin renunciar al rigor dogmático-penal en el análisis.

En la sección de *Foro y Ágora* se intenta mantener la preocupación por cuestiones actuales en los mundos de la producción legislativa, su interpretación y su aplicación. Como decía, mantenemos tres contribuciones en la sección. En primer lugar, Yolanda Gómez aborda el análisis del uso de figura del Real Decreto Ley en España durante el año pasado y las implicaciones que reporta sobre el sistema de fuentes. En segundo lugar, Antonio Ávalos expone la evolución del tratamiento de los inmigrantes turcos en Alemania y sostiene la idea de que se ha abandonado el tímido multiculturalismo de los años noventa para volver a una política de asimilación. Finalmente, José Antonio García analiza la cuestión de la retroactividad de la ley penal con ocasión del debate suscitado en torno al procedimiento que inició en España el entonces juez Garzón, conocido como el de las víctimas del franquismo, y su comparación con el tratamiento que recibió en los Juicios de Núremberg.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* aporta una nueva serie de diez entradas que intentan representar la interdisciplinariedad conceptual de la materia. De esta manera, las cuatro primeras («soberanía»; «representación política»; «corrupción» y «legalidad y legitimidad»), contribuyen a incorporar esta perspectiva metodológica a conceptos generales de la teoría política y jurídica. Las tres siguientes («comisión de investigación»; «precedente judicial» y «reforma del sector de seguridad») se ocupan de diferentes dimensiones institucionales referidas

al legislativo, al judicial y al ejecutivo, con especial consideración de su proyección internacional. Finalmente, las tres últimas voces («desobediencias en Derecho penal»; «fraude en el deporte» y «violencia de género») se ocupan de diferentes aspectos del incumplimiento del Derecho, cada uno de los cuales obedece a lógicas diferentes. En definitiva, con estas aportaciones, *Eunomía* publica ya cuarenta voces en la materia con las que empieza a cristalizar un proyecto de largo aliento.

La sección de *Releyendo a...* corre a cargo de Luis Lloredo y se dedica a Rudolf von Jhering. Se trata del Prefacio que escribió a la presentación del primer número de la *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts* (1857) y que con el título de «Unsere Aufgabe» («Nuestra tarea») anunciaba, como explica Lloredo, un tránsito hacia una idea de la ciencia jurídica más consciente de las dimensiones sociales, políticas y económicas que comporta su tarea. Es un trabajo que se traduce al español por primera vez e inaugura las traducciones del alemán en nuestra Revista. Como se acostumbra en la sección, la traducción se precede de un estudio introductorio de la obra y de su importancia en el autor.

Finalmente, el *Rincón de lecturas* vuelve a abrirse con un debate sobre un libro. En esta ocasión se trata del trabajo de Ermanno Vitale, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, (Madrid: Trotta, 2012) que es objeto de análisis crítico por parte de Ricardo Cueva y Andrea Greppi y a quienes el profesor italiano contesta conjuntamente. Además, en la sección se da cuenta de cuatro libros importantes que se han ocupado de materias relevantes en los temas de la cultura de la legalidad. Por un lado, las políticas sobre drogas en España (Wences sobre el trabajo de Martín); el debido proceso en perspectiva global (Florabel Quispe sobre el trabajo de May); justicia y género (Candelaria Quispe sobre el trabajo de Young) y religión y orden público europeo (Kolesen sobre el trabajo de McCrea).

2

En conclusión, damos un nuevo paso adelante en el proceso de instauración de la Revista y en el camino hacia su consolidación. En este sentido, me complace subrayar que la trayectoria hasta el momento seguida se ha visto reconocida con la incorporación de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* a los índices del *e-revist@s* (Plataforma Open Access de Revistas Científicas Electrónicas Españolas y Latinoamericanas); del *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal); del *DICE* (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas) y del *RESH* (Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanidades) así como al *CINDOC* (ahora transformado en IEDCYT). Es nuestra intención perseverar en esta línea de trabajo y continuar propiciando las condiciones para que los controles de calidad de la revista sean rigurosos y transparentes y la difusión de sus contenidos sea lo más amplia posible. La casa editorial de *Eunomía*, Tirant lo Blanch y el grupo editor de la misma, Programa en Cultura de la Legalidad, optaron desde su inauguración por esta estrategia abierta y libre en la difusión; transparente y rigurosa en la gestión y de adecuación a los estándares internacionales de acreditación de la calidad. Los avances referidos son un buen indicio de que el camino elegido es promisorio y de que, por tanto, merece la pena perseverar.

Finalmente, quisiera señalar que el equipo de trabajo de *Eunomía* se consolida con la incorporación de Edgardo Rodríguez Gómez como secretario adjunto y responsable del Consejo de Edición de la Revista en el que, por demás, se integran Ricardo Cueva Fernández, Candelaria Quispe Ponce y Julián Gaviria Mira.

José María Sauca
Director





La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado*

Michel Troper**

Université Paris Ouest Nanterre La Défense
michel.troper@cegetel.net

Resumen

Este ensayo es un intento de utilizar algunos de los conceptos de la Filosofía del Derecho para interpretar la emergencia del Estado moderno. Comenzando por las definiciones del Estado de Kelsen y Weber, sostengo que el Estado moderno o Estado *stricto sensu* es una forma de poder político que resulta ejercida mediante la ley y justificada con el empleo de términos como soberanía e intento mostrar que tales conceptos, constitutivos todos ellos del Estado, nacen como resultado de las restricciones emanadas de la jerarquía normativa y con apoyo en la argumentación jurídica.

Palabras clave

Estado moderno, Derecho estatal, Kelsen, sistema legal, jerarquía normativa.

The Structure of the Legal system and the Emergence of the State

Abstract

This essay is an attempt to use some of the concepts of legal theory to interpret the emergence of the modern state. Starting from Kelsen's and Weber's definition of the State, I argue that the modern State or State *stricto sensu* is a form of political power that is exercised in the form of law and justified with the use of concepts like sovereignty and I try to show that these concepts, that are constitutive of the State, emerge as the result of constraints arising from the hierarchy of norms and weighing on legal argumentation.

Keywords

Modern State, State Law, Kelsen, legal system, normative hierarchy.

* Traducción del inglés de Ricardo Cueva Fernández. Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid.

** El presente texto ha sido preparado en el ambiente intelectual idóneo del Instituto Strauss. Estoy muy agradecido por sus estimulantes ayuda y comentarios a su director Joseph Weiler, así como a otros compañeros, amigos y colegas, particularmente a Ruth Gavison, Francesco Di Donato, Riccardo Guastini, Janez Kranjc, Charles Leben, Frédéric Martin, Philip Hamburger y François Saint-Bonnet.

1. Introducción

Según criterio mayoritario la Teoría del Derecho resulta ser atemporal, o al menos en la tradición europea. Se propone aportar una descripción general de la estructura del sistema normativo, la función del Derecho o las particularidades del razonamiento jurídico, una descripción que no serviría sólo para un sistema jurídico concreto, sino para todos los de cualquier país y época. De acuerdo con Kelsen, sería válido no sólo para los existentes sino también para todos los sistemas jurídicos posibles. Los teóricos del Derecho tienen así escasa curiosidad por el análisis histórico.

Asimismo, y a diferencia de otras disciplinas, la teoría jurídica no engendra todos los conceptos que utiliza, sino que los extrae de su objeto, es decir del propio Derecho. Este es el supuesto, por ejemplo, de la “constitución”, el “contrato”, la “interpretación”, etc. Desde el momento en que todos ellos se encuentran anclados en circunstancias históricas particulares, a menudo se hallan mal pertrechados para análisis generales o de sistemas que difieren entre sí, de modo que los historiadores, incluso los historiadores del Derecho (o antropólogos), no pueden apenas utilizarlos.

En tercer lugar, una parte importante y extensa de la teoría jurídica se mantiene al margen de las ciencias sociales, incluso de la Historia, y ello por varias razones, pero en particular a causa de la presunción de que el Derecho no es un conjunto de hechos y de que por lo tanto no puede ser analizado a través del principio de causalidad.

Este ensayo es un intento de tender un puente entre disciplinas, no por adoptar un enfoque multidisciplinario, sino por utilizar algunos de los conceptos de la teoría jurídica para examinar un puzzle histórico a cuyo propósito el presente texto aborda principalmente dos dimensiones: el origen del Estado y la indagación sobre sus explicaciones.

Mi punto de partida es la teoría bien conocida de Kelsen, y también muy criticada, sobre la identidad del Derecho y el Estado. La tesis kelseniana va dirigida contra la teoría dualista tradicional que sostiene que existen diferentes entidades, ya sea la que percibe al Estado como una entidad independiente y objetiva que produce leyes, ya sea la que entiende que es el Derecho el que constituye el Estado atribuyendo a sus autoridades la creación y promulgación de leyes.

Kelsen acusa a la teoría dualista de descansar sobre dos presunciones, ambas erróneas: que la ley que autoriza al Estado es alguna suerte de Derecho natural o que el Estado puede ser definido como algo distinto a un orden jurídico (Kelsen, 1928).

Kelsen entiende que el Derecho natural no existe y también que es imposible aportar una definición independiente de Estado. En primer lugar, no resulta posible ofrecer una definición sociológica del Estado porque cualquier intento de hacerlo reposará inevitablemente sobre elementos jurídicos. Por ejemplo, Max Weber define el Estado “como una entidad que reclama con éxito el monopolio en el uso de la violencia”, pero obviamente este monopolio no es de hecho, porque hay muchos actos de violencia que no son realizados por el Estado; se trata en cambio de un *monopolio del uso legítimo de la violencia*. La palabra “legítimo” no implica que el uso de la violencia estatal resulte justo o acorde con ciertos valores fundamentales. Supone que los actos de violencia son realizados de acuerdo con normas jurídicas. Por otra parte, el Estado es una abstracción, y por tanto, como tal, incapaz de ejercer la violencia. Sólo los seres humanos pueden ejercerla, pero resulta que los actos realizados por ciertos individuos son atribuidos al Estado y esto resulta posible sólo por medio de normas jurídicas que prescriben qué actos realizados por aquéllos serán imputados a

este último (*Ibid.*).

En segundo lugar, es imposible -según Kelsen- aportar una definición puramente normativa del Estado. Si analizamos la tradicional definición mediante sus elementos (un pueblo, un territorio, un gobierno público), podemos percibir que resulta imposible explicarlos tomándolos uno a uno sin incurrir en tautología: un pueblo no es una entidad objetiva que pudiera ser definida de forma distinta al Estado; el pueblo francés no posee característica común alguna de carácter psicológico, religioso o étnico. Sólo puede ser definido como una clase de seres humanos que resulta sujeta al Estado francés o, en otras palabras, al orden jurídico; de manera similar, el territorio de un Estado sólo puede ser definido como esa porción de espacio que resulta sometida a un Estado concreto o, en otras palabras, al orden jurídico del Estado; sin embargo, es el Estado el que decide la clase de súbditos que constituye el pueblo o los límites del espacio que conforma su territorio; finalmente, el gobierno público es el gobierno del Estado o el poder más elevado en el orden jurídico y lo que constituye gobierno también resulta decidido por el Estado. En consecuencia, estos tres elementos no pueden definir al Estado porque son en sí mismos explicados por él, y desde el momento en que podamos sustituir en cada supuesto definitorio la expresión “orden jurídico” o “Derecho” por “Estado”, estaremos ante dos términos que sirven para designar idéntica realidad.

Decir que el Estado es sólo otra denominación para el Derecho no es negar la dura realidad de que utilice la fuerza, ni de que haya burócratas, policías y prisiones. Sólo implica que tales instituciones resultan autorizadas por normas jurídicas, que actúan por medio de ellas, y que pueden ser identificadas sólo porque constituyen elementos de un sistema jurídico. Para Kelsen la teoría monista tiene una ventaja fundamental: la de disolver el problema de la relación entre la Ley y el Estado, a saber, la pregunta de si el Estado está sometido al Derecho.

Sin embargo, quedamos entonces a merced de otro problema: ciertamente, podemos sustituir las palabras “el Estado francés” por “el orden jurídico francés”, pero no podemos intercambiar “el orden jurídico internacional”, por el “Estado internacional”, o “el orden jurídico medieval” por el “Estado medieval”, porque no existe algo como un Estado internacional y el sistema feudal de la Edad Media era distinto del gobierno que nosotros llamamos Estado. Kelsen resulta así obligado a introducir en su definición un elemento nuevo: el de la centralización. Algunos órdenes jurídicos resultan centralizados, es decir, que órganos especializados del estilo de un parlamento, un ejecutivo o una estructura de tribunales tienen el monopolio de la producción de las normas más generales y que resultan válidas para toda la población, o en el territorio por entero, y cuyos receptores son las personas; como quiera que otros, como los del orden internacional, resultan descentralizados porque sus normas son producidas, interpretadas y aplicadas por sus propios receptores. Así, el orden jurídico alemán o francés conforman Estados, pero el orden internacional no es un Estado.

Desafortunadamente esta distinción en realidad no ayuda porque, tomados de forma conjunta los órganos centrales de los órdenes jurídicos, conforman precisamente lo que la teoría dualista clásica denominó “Estado”. Kelsen está obligado a admitir que existen dos conceptos distintos de Estado: el Estado *lato sensu*, que es idéntico al orden jurídico, y el Estado *stricto sensu*, que es el sistema de órganos que tiene la potestad de crear normas. Pero entonces quedamos a merced de idénticos rompecabezas. Si la ley y el Estado son una y la misma cosa, entonces la pregunta sobre su mutua relación resulta no tener sentido, pues el Estado *stricto sensu* no es lo mismo que la Ley y de esta forma quedamos de nuevo frente a las preguntas iniciales: ¿es el Estado la fuente del Derecho o es el Derecho la base del Estado? ¿Puede el Estado quedar limitado por el Derecho que él mismo ha creado?

Así, Kelsen parece haber fracasado. Aunque tal decepción sea una *felix culpa*. Suministra lo que parece una oportunidad provechosa para analizar la relación entre el Estado *lato sensu* y el Estado *stricto sensu*. En una breve introducción a la segunda edición de su “*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*”, Kelsen subraya que el primero resulta presupuesto por el segundo (*Ibid.*).

Probablemente entendía esto como una conexión puramente lógica o conceptual, porque uno no puede pensar en el Estado *stricto sensu* sin concebirlo como el conjunto de esos órganos que producen las normas que hay en lo alto de todo el orden jurídico, a saber, en el orden del *Estado lato sensu*.

Sin embargo, podemos también percibirla como una conexión histórica real y posiblemente también causal. Sin embargo, tal vínculo sólo resulta posible si ambos son fenómenos históricos. De acuerdo con una perspectiva común, esto es cierto para el Estado *stricto sensu*, el Estado moderno, que nació en algún instante entre las postrimerías del siglo XVI o los albores del XVII, pero no para el Derecho, que se supone ha existido desde que hubo sociedades humanas. Esta perspectiva no es sólo la del Derecho natural, sino también la de los positivistas. Por ejemplo, Kelsen define Derecho simplemente como un orden de restricciones inmanente, una definición que funciona igualmente bien para los sistemas jurídicos nacionales, el Derecho Internacional, el feudal o el Derecho de las sociedades primitivas. Sin embargo, cuando consideramos, no la definición general, sino la principal característica del sistema jurídico tal y como lo conocemos, es decir, su estructura jerarquizada, y descrita en términos kelsenianos como una jerarquía tanto dinámica como estática, aquella explicación pierde su validez: no todos los sistemas jurídicos se hallan estructurados de esta manera. Es sólo hacia finales del XVI o en el siglo XVII cuando encontramos una jerarquía que se asemeje a tal modelo.

Naturalmente, esto no resulta suficiente para que hablemos de una conexión causal, pero quiero probar la hipótesis de que es la emergencia del sistema jurídico lo que condujo al nacimiento del Estado, de manera que no es el Estado el que crea el Derecho sino al revés.

El Estado no es entendido aquí solamente como un complejo de órganos, sino como un tipo de discurso justificativo sostenido por agentes de un sistema político concreto. Como ya ocurriera con el supuesto de la definición kelseniana del Estado como sistema jurídico, definirlo como un discurso no implica la negación de su realidad material y política. Permite distinguirlo de otros modelos políticos. En cada sistema político el poder es ejercido por la fuerza, pero en el Estado el uso de la fuerza queda regulado por el Derecho y justificado sobre principios específicos, distintos de los invocados en otros sistemas. El Estado es así un sistema de principios constitutivos, en el sentido de que reconocemos un Estado cuando los actores juegan sus reglas, es decir, cuando justifican sus decisiones a través de la invocación de principios tales como la soberanía, representación, la distinción entre cargo y su ocupante, la existente entre Derecho público y privado, entre el Estado y la sociedad civil, personalidad o continuidad del Estado, etc. En este ensayo, sin embargo, me detengo principalmente en la “soberanía”.

Mi hipótesis tiene dos ramificaciones. Primeramente la de que el Derecho, entendido como jerarquía normativa, surgió como resultado de un proceso autónomo y espontáneo que comenzó a finales de la Edad Media y que fue casi completado, y al menos como un instrumento de argumentación jurídica, a fines del siglo XVI. En segundo término, la emergencia de la jerarquía normativa dio lugar a la de los principios constitutivos del Estado.

Un último apunte: no consideraré el nacimiento de tales principios desde el punto de vista de la Historia del pensamiento político, estudiando así a Bodino, Hobbes, etc., con el fin de construir una genealogía conceptual. Los grandes pensadores han jugado un papel decisivo en el desarrollo de la teoría sobre el Estado, y un análisis de sus trabajos resulta indispensable, pero ya ha sido realizado por excelentes investigadores. Por añadidura, necesitamos explicar por qué tales ideas fueron descubiertas en aquel instante específico. No resulta suficiente considerar el pensamiento político como una esfera autónoma donde las ideas resultan transmitidas de un autor a otro o aparecen como réplicas a otras, así como respuestas a problemas políticos de la época. Existe también una necesidad de comprender por qué fueron acogidas de forma tan veloz y puestas en circulación por operadores políticos y jurídicos.

Ni consideraré tampoco el asunto desde el punto de vista de una Historia de las instituciones -esto también se ha hecho-, sino desde la de la argumentación jurídica y sobre la presunción de que aquella jerarquía normativa configura una argumentación jurídica concreta.

Procederé en cuatro pasos; primero, examinaré las dificultades metodológicas que los historiadores afrontan cuando examinan la fecha del nacimiento del Estado, en particular la dificultad de encontrar una definición, y propondré otra basada en la jerarquía normativa. En segundo lugar, buscaré una jerarquía normativa en la Edad Media y en el período moderno, después de la aparición de la soberanía, y finalmente intentaré detallar ambos elementos.

El problema del origen del Estado en la Edad Media

Cualquier teoría sobre el origen del Estado descansa en una definición. Reflexionando sobre las tendencias de la investigación histórica francesa acerca del Estado, el historiador jurídico Albert Rigaudière subraya que durante la mayor parte del siglo XX, “los historiadores jurídicos se han limitado a la Historia de las instituciones, la mayoría sin análisis profundo alguno del concepto de Estado... han descrito las tuercas, tornillos y muelles, más que el mecanismo global y la entidad que constituye” (Rigaudière, 2003). Sólo después de 1980 han comenzado a analizar la concepción medieval del Estado.

La distinción entre análisis institucional y conceptual no es tan clara como uno desearía. Cuando los historiadores tradicionales describen instituciones de la Edad Media como el rey, los tribunales o la *curia regis*, no pueden evitar apoyarse en ideas políticas y expresiones habituales extraídas del lenguaje de la época. Sería imposible, asimismo, describir la disputa entre el Rey francés Felipe el Hermoso y el Papa Bonifacio VIII en 1296 sin referirse a argumentos utilizados por ambas partes, así como a sus respectivas doctrinas (Chénon, 1926-1929: 933 ss.)¹. De otro lado, aquellos autores que, como Rigaudière, se dedican a analizar la concepción medieval del Estado, no lo hacen sólo con términos medievales derivados del Derecho romano como *imperium*, *maiestas*, *jurisdictio*, *regimen*... sino que inevitablemente se apoyan también en otros de carácter moderno. El propio Rigaudière utiliza términos como “Estado”, “soberanía” o “poder legislativo” y que, no es necesario decirlo, aparecerían sólo mucho más tarde.

Los historiadores se han enfrentado así a un dilema: o emplear conceptos antiguos y no tener forma de saber si tales conceptos se relacionan o no con una construcción que podríamos denominar adecuadamente como Estado o, por el

¹ Chénon y Olivier-Martin son precisamente el objetivo de la crítica de Rigaudière.

contrario, intentar la utilización de conceptos más tardíos y encontrar que no se corresponden ni con el lenguaje ni con la realidad medievales.

La única manera de escapar del dilema es diseñar un metaconcepto que sea atemporal y denominar “Estado” a cualquier forma política que se adecúe mínimamente a la definición y rechazar aquellas que no la cumplan. Pero, tal y como advierten los historiadores, la elección de una definición predetermina la respuesta a la pregunta sobre el origen del Estado (Rigaudière, 2003: 181). Si la definición es demasiado amplia, casi cualquier entidad política con un territorio sería un Estado, excepto las sociedades primitivas. En tal caso, “los orígenes del Estado descansan en la transición desde la subsistencia nómada de cazadores recolectores hasta sociedades más agrícolas, caracterizadas por la agricultura organizada” (Hay *et al.*, 2006). Naturalmente, la mayoría de los historiadores buscarán restringir la definición cuando se les cite todos los supuestos anteriores, a fin de reunir rasgos, no del Estado a secas, sino del Estado “moderno”.

Sin embargo, y desafortunadamente, la misma dificultad aflora con la definición de este último. Aun para el Estado moderno tal y como lo conocemos en el siglo XXI, no existe una definición genéricamente aceptada. Es cierto que podemos encontrar fácilmente uno, tal como sería el de su reconocimiento por el Derecho Internacional; sin embargo, un parámetro de esta naturaleza no resultaría útil para identificar al Estado de forma previa al nacimiento de este Derecho. Sea como fuere, un criterio no es una definición.

Los historiadores que han estudiado la Edad Media generalmente se apoyan en versiones simplificadas de las definiciones más frecuentes del Estado moderno. Así, Jean-Philippe Genet (1997: 3-18) define al Estado moderno “como un Estado cuya base material descansa en un sistema tributario público, que resulta aceptado por una sociedad política (y siempre que ésta posea una dimensión territorial superior a una urbe) y cuyos ciudadanos resulten concernidos por sus decisiones”. De manera similar, John A. Hall (1994: 331 ss.) deriva su definición de Max Weber. En consonancia, un Estado dispone de cuatro elementos: un sistema de instituciones diferenciadas, centralización, un territorio delimitado, el monopolio de la producción jurídica y el de la violencia física. Clive Holmes (2000: 315 ss.) menciona escasos elementos: monopolio de la violencia, un sistema de justicia centralizado, juristas profesionales...

Otros reconocerán el origen del Estado si perciben “soberanía” o signos de la soberanía, tales como el poder legislativo (Rigaudière), o el hecho de que nadie pueda apropiarse de aquel poder y que sea de carácter despersonalizado.

Algunas de estas definiciones pueden conducir a extraños resultados. Tómese como ejemplo el de Genet. Este autor menciona como un elemento clave un sistema público tributario, aceptado por la sociedad política. Sin embargo, ¿cómo definimos “aceptación”? ¿Es el simple hecho de que no hay efectiva resistencia contra la tributación y que los impuestos resulten en verdad recaudados? Pero en este caso, dondequiera que haya un sistema tributario efectivo existiría la aceptación de lo que llamamos Estado, como en los imperios asirio o azteca. ¿O significa, como el propio Genet asevera, gobierno representativo, o al menos alguna forma de diálogo con la sociedad civil, y en este caso el Estado absolutista ya no sería por tanto un Estado?²

De cualquier forma, los términos definitorios deben ser siempre claros, y las definiciones intermedias también predeterminan la respuesta a la pregunta sobre los

² Genet (1997: 5) escribe que “À tout prendre, l'État de Louis XIV est à bien des égards moins moderne que celui de Charles V”.

orígenes. Por ejemplo, si uno considera que el Estado emerge con la aprobación de normas generales, quizás encuentre un Estado en Europa Occidental ya en fecha tan temprana como en el siglo XII (Giordanengo, 1989: 283-310). Si, en cambio, uno percibe la esencia del Estado a través de una burocracia centralizada, entonces tendremos que esperar hasta el siglo XVI.

La centralización en sí misma no resulta ser un concepto claro. Como Bernard Guenée (1968: 744-758) nos advierte correctamente, debería ser extraída una distinción entre la centralización personal (el rey acoge nuevas áreas de control), institucional (creación de cuerpos judiciales, financieros o representativos con jurisdicción sobre todo el territorio) o geográfica (existencia de una ciudad que sea la capital). Otra vez, dependiendo de la definición de centralización, encontraremos diferentes fechas para datar la emergencia del Estado.

De la misma manera, podríamos usar la soberanía como un criterio para el Estado, pero hay muchas formas diferentes de establecer que el Estado es soberano. Quizás podríamos asumir, por ejemplo, que el Estado es soberano cuando descubrimos la presencia de la palabra “soberano” y “soberanía” en los textos de cierto período. Sin embargo, permanece la pregunta: ¿qué ocurre si estas palabras aparecen en diferentes momentos y contextos, como es el caso? ¿Qué clase de textos estamos leyendo? ¿Aquellos de grandes pensadores que sin embargo no sabemos si cuando afirman que el Estado es soberano lo que buscan no es magnificar el poder del Rey, recomendar la creación de un fuerte Estado autoritario o suministrar argumentos para alguna disputa habitual? En el primer supuesto puede que aporten una descripción verdadera o falsa, y en el último quizás posean o no influencia. Sin embargo, el término cabe que tenga diferentes significados para distintos autores de idéntico período. Muchos historiadores sostienen que la palabra “soberano” fue acuñada por Bodino en el siglo XVI, pero otros afirman que resulta mucho más antigua y que puede hallarse en Beaumanoir en el siglo XIII; e incluso que la presencia del término no prueba nada si no se refiere a la misma realidad o idéntico concepto (Courtine, 1985: 91 ss.).

De otro lado, los historiadores que quieren mantener que el Estado fue ya soberano en la Edad Media, quizás sostengan que, aun si las palabras fueran diferentes, la realidad de los conceptos sería la misma³. Por ejemplo, pueden decir que “auctoritas” o “potestas” o “imperium” o “majestas” eran partes de un concepto más genérico de soberanía para el que no habría ninguna otra palabra; o que habrían cumplido las mismas funciones que aquél.

Así, la mayoría de las definiciones han sido escogidas con el propósito de suministrar algunas tesis, ya sea la de que el Estado fue creado en la Edad Media (incluso dando una fecha precisa) o bien que ha nacido más tarde, en el siglo XVI. A los historiadores generalmente les gusta demostrar que una institución es más antigua de lo que uno podría pensar. Recientemente, y en Francia, después de que la potestad del Consejo Constitucional hubiera quedado ampliada, los historiadores, quienes previamente habían argumentado en el pasado que la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias era absolutamente contraria a la tradición francesa de la supremacía de la ley, ahora sostienen por contra que en el siglo XVIII los “Parlamentos” ya practicaban el control judicial (Saint-Bonnet, 2000: 7-12, 2001: 177-197; Renoux-Zagamé, 2010; Di Donato, 2011).

Pero los historiadores o los teóricos políticos quizás entren en el juego de otros

³ Así Marcel David (1996: 18) escribe: “la chose peut exister avant qu’ait été forgé le terme même dont nous nous servons présentement”. Lo mismo opinan otros historiadores, de manera notable Wilks (1963). Para una opinión contraria, véase Quaritsch (1986: 34).

intereses ideológicos poderosos. Dependiendo de si favorecen un Estado autoritario u otro de carácter moderado, el papel del legislativo o el del poder judicial, intentarían demostrar que el Estado ha sido creado por la ley o por los tribunales o por la centralización o por las guerras, que la “auténtica” característica del Estado es que es absoluto o que se halla sujeto a la ley suprema, que está relacionado con el cristianismo o con el secularismo, que es una fuerza que requiere contrapesos externos de mecanismos tales como los tribunales, o al revés, que los tribunales son parte del Estado y suponen controles internos.

Es virtualmente imposible verificar todas o algunas de tales definiciones, a menos que creamos que existe una esencia del Estado. No son descripciones de una realidad objetiva, sino especulaciones. Esto no implica que deban todas ser desestimadas. No son susceptibles de ser verificadas, sino que pueden ser valoradas por su capacidad para contribuir a la discusión de algún problema específico.

Como es lógico, la definición especulativa no debería predeterminar el resultado y debemos ser conscientes de la falacia de Gorenflot: en su novela, la Dama de Montsoreau, Alejandro Dumas retrata a un monje, el hermano Gorenflot, que, estando muy hambriento en un viernes durante la Cuaresma, y deseando devorar un capón sin pecar, encuentra una maravillosa solución bautizando al capón como “carpa”⁴.

Para evitar la falacia de Gorenflot y probar la hipótesis de que el Estado es una forma de poder político ejercido a través del Derecho y que nace como consecuencia de la estructuración de un sistema jurídico, debemos definirlo con algún otro criterio distinto a la estructura del Derecho en sí mismo.

La soberanía es un candidato interesante. Ha sido mencionada frecuentemente como un elemento constitutivo del Estado. “Constitutivo” significa generalmente “esencial” y la mayoría de los juristas estaría de acuerdo en que todos los Estados son soberanos y en que ninguna entidad que carezca de Estado es totalmente soberana. Asimismo, el término puede ser entendido también en el sentido perfeñado por Searle (1969: 33) sobre las normas constitutivas, aquellas que definen el juego que está siendo desarrollado. En el caso presente, podemos advertir que las autoridades del Estado moderno utilizan argumentos que reposan en la teoría de la soberanía con el fin de definir el juego del Estado. Otros principios constitutivos incluyen la personalidad del Estado, la distinción entre Estado y autoridades que pueden ejercer la soberanía, la distinción entre Derecho público y privado, y una referencia al imperio de la ley. En el presente escrito, debo limitarme al análisis de la soberanía para fijar la extensión en que ésta surge como un principio constitutivo de resultados de la estructuración jerárquica del Derecho.

2. El nacimiento de una jerarquía normativa

¿Qué es una jerarquía normativa?

Como hemos observado, el Estado puede ser caracterizado con un tipo de sistema político donde el poder es ejercido a través o por medio de la ley. Esta es la razón por la cual Kelsen pudo decir adecuadamente que “*Jeder Staat iste in Rechtsstaat*” (todo Estado es un Estado de Derecho). El Derecho es un medio del poder político por razón de su estructura específica, la jerarquía normativa.

La expresión “jerarquía normativa” es obviamente una metáfora que resulta

⁴ En inglés *Chicot the Jester (La dame de Montsoreau)*: “In the name of Bacchus, Momus and Comus, trinity of the great saint Pantagruel, I baptize thee, carp”, dijo Gorenflot.

utilizada comúnmente para describir una gran variedad de relaciones entre normas que no son del mismo valor. Algunas veces hablamos muy vagamente de una jerarquía entre dos normas cuando, en caso de conflicto, una es elaborada para prevalecer sobre otra, cualquiera que sea la base para tal prevalencia. Por ejemplo, la jerarquía normativa es incluso a veces confundida con una situación donde hay un conflicto entre dos normas y una no es la base para la validez de la otra, y donde el conflicto resulta resuelto, no por declarar una de las normas inválida, sino simplemente usando algún principio general como “lex posterior” o “lex specialis”. En algunos casos quizás pueda hablarse de una jerarquía normativa *lato sensu* cuando asumamos que una norma prevalece o debería prevalecer sobre la otra incluso si la última no pudiera ser anulada en caso de conflicto. En tal sentido, encontramos la jerarquía en cualquier sistema político. Incluso no es necesario que las dos normas pertenezcan al mismo sistema normativo. Asimismo, algunos perciben la relación entre normas morales y legales como jerárquica. De manera más restringida, también hablamos de jerarquía entre dos normas cuando una de ellas es válida sólo cuando resulta basada en la otra, y en caso de conflicto aquella prevalencia de una norma sobre la otra depende, no ya de su respectivo contenido, sino solamente del hecho de que haya sido creada por una autoridad más elevada o por el procedimiento superior. Por ejemplo, en el Derecho francés existe una jerarquía entre la constitución y las leyes parlamentarias porque el poder constituyente es una autoridad más alta y que ha autorizado al Parlamento para aprobar leyes y porque las leyes deben acomodarse a la constitución. Hay también una jerarquía entre las leyes orgánicas y las ordinarias, aunque ambas resultan aprobadas por idéntico Parlamento, porque son producidas por medio de dos procedimientos distintos y las leyes parlamentarias deben adecuarse a las leyes orgánicas.

Asimismo, con el fin de comprender la forma en que el poder político opera por medio de la ley, necesitamos considerar no sólo dos únicas normas sino la estructura más compleja de todo el sistema. Kelsen ha descrito esta estructura como una jerarquía que es al mismo tiempo estática y dinámica.

Una jerarquía estática es aquella en la cual una norma de rango más bajo es válida si, y solo si su contenido se adecúa al de otra norma más general y elevada. Existen varias concepciones posibles de tal conformidad, pero se piensa habitualmente que no resulta exigible que componga una relación lógica donde la norma más baja sea deducida de la más alta, sino que es suficiente con que el contenido de la norma inferior pueda quedar subsumido bajo la norma superior o simplemente que no la contradiga.

Una jerarquía dinámica es aquella en la que una norma inferior es válida si, y sólo si ha sido producida de acuerdo con el procedimiento establecido y por la autoridad prefijada en otra de carácter superior.

Existen, asimismo, varias concepciones de “validez”. Para algunos teóricos del Derecho es sinónimo de “obligatoriedad”, y en tal caso “vinculatoriedad” algunas veces se refiere a una obligación moral de obedecer la norma, y otras a una obligación jurídica pura, así como también al rasgo de una norma que pertenece al sistema, resultando entonces sinónimo de “pertenencia” (Ross, 1961: 149-166). Norberto Bobbio (1960) ha sostenido con tino, así, que la teoría kelseniana de la jerarquía normativa ha conllevado una perspectiva completamente nueva: en lugar de definir el Derecho como una colección de normas jurídicas -lo cual exige una definición imposible de la única norma jurídica como un mandato respaldado por la amenaza o como un juicio hipotético-, la norma jurídica es definida o identificada por el sistema del cual forma parte. Una norma es de carácter jurídico cuando pertenece al sistema del Derecho, y pertenece al sistema jurídico cuando es un elemento de la jerarquía



estática y dinámica. Esta es la razón por la cual no puede existir algo como una norma jurídica inválida y la explicación sobre porqué la validez no es un asunto de grados: o estamos ante una norma jurídica que es válida o no estamos en absoluto ante una norma. Pero la pregunta sobre la validez debe quedar claramente distinguida de aquella de la aplicabilidad: el hecho de que una situación concreta dada debiera ser regulada por una norma más que por otra no significa que la primera resulte válida y no así la segunda.

De ello se sigue que un acto determinado, ya sea una decisión judicial, un mandato de un funcionario, un contrato o un matrimonio, son válidos cuando alguien a quien así le ha sido autorizado por la norma más elevada ha ejercido la potestad o el derecho de producirla y cuando no es contrario a aquéllas o a otra norma más alta (sustantiva). ¿Cómo averiguar que nos encontramos ante tal supuesto? Cuando la autoridad que realiza el acto afirma que es válido y no existe otra autoridad que desafíe tal afirmación con éxito. Si resulta impugnada, esto ocurrirá sobre la base de que la autoridad inicial no ha sido autorizada para producir el acto o que se ha excedido en sus potestades o que el acto es contrario a alguna norma sustantiva superior.

La ausencia de jerarquía normativa en la Edad Media

En la Edad Media no hay jerarquía normativa es el sentido arriba descrito, aunque empezara a tomar forma a final del período.

Durante sus primeros siglos hay una jerarquía, pero se trata de una de carácter personal y corporativo, en ningún caso normativa. El rey es sólo un señor de grado superior y de tipo feudal. Debe respetar la libertad de sus vasallos y carece de poder sobre los feudatarios de sus vasallos. Sus, por otra parte, poco habituales normas, exigen el consejo y consentimiento de los barones⁵.

Todavía más tarde, y hasta el siglo XV, no hay un sistema jurídico del que podamos hablar. Es cierto que existen normas, que el rey aprueba algunas leyes y que los historiadores hablan de renacimiento del poder legislativo en el siglo XII. Pero sin embargo, el término ley no resulta adecuado para tal coyuntura: una ley es una regla general y el rey no dispone del monopolio para producir leyes; otras autoridades, como los barones, los tribunales o algunas ciudades pueden dictar también normas generales y no existe una jurisdicción específica para cada una de tales autoridades, así que varios sujetos pueden dictar normas sobre la misma materia. Asimismo, en la teoría medieval adjudicar no sólo implica entrar en casos específicos, sino también dictar reglas generales al margen del litigio (Rigaudière y Gouron, 1988: 9). Además, las leyes del rey no son necesariamente generales y las mismas vías y procedimientos podían ser utilizados para dictar decisiones particulares, como nombramientos o regalías (Krynen, 1988: 131 ss.). Se encuentra ausente una característica añadida de la legislación moderna: la de que pueda tener cualquier contenido sustantivo. Asimismo, en la Edad Media no sólo resultan raras las leyes del rey, sino que tampoco interfieren en lo que llamaríamos hoy “Derecho privado”, que pertenece enteramente al terreno de la costumbre (Giordanengo, 1989: 12).

No existe el principal rasgo del Derecho en el Estado moderno: hoy lo percibimos como la expresión de la voluntad, no de la razón. Ciertamente, el poder legislativo del rey resulta justificado por máximas del Derecho romano que parecen presuponer una potestad unilateral, “princeps legibus solutus est...” y “quod principi placuit legis habet vigorem”. Sin embargo, en aquella época estas fórmulas no

⁵ La palabra “*beneplicium*” resulta explícitamente mencionada en una ordenanza de 1155, véase Saint-Bonnet y Sassier (2011: 170).

configuran símbolos del absolutismo. El rey no es *solutus* de las reglas morales y religiosas, que en cualquier caso resultan difíciles de distinguir de las jurídicas, y en consonancia el rey debe actuar de forma acorde con la razón. Las máximas, así, no resultan interpretadas nunca como confiriéndoles poder para actuar a su libre albedrío (Rigaudière, 2003: 50). Hasta finales del siglo XIII la obligatoriedad del Derecho no deriva del carácter unilateral de la decisión real, sino que se asimila a una relación contractual -los barones rinden juramento al monarca (Rigaudière, 2003: 229 ss.)-. Tal cosa queda reflejada en prácticas y procedimientos. El propio lenguaje del rey no implica que intente imponer su propia voluntad (Rigaudière, 1988: 214). De hecho el Derecho Romano tampoco había respaldado antes una supuesta autoridad absoluta del príncipe (Tierney, citado por Pennington, 1993).

Ciertamente, la perspectiva de que las máximas romanas no concedían al rey un poder absoluto no resultan aceptadas por todos los historiadores. Así, Krynen (1988: 132) escribe que la “sumisión total al Derecho divino y al Derecho natural no limita de ninguna manera la discreción total del rey al engendrar Derecho positivo”. El rey aprueba el Derecho *ex certa scientia*, lo cual significa que es totalmente consciente de que puede encontrarse actuando contra la ley establecida. Para Krynen esto implica que la decisión real de elaborar una nueva ley resulta justificada, no por su conformidad con la razón, sino por su libre voluntad. Sin embargo, el argumento no resulta convincente: no sería asumible que aquella razón fuera sólo el conocimiento de las leyes o costumbres existentes. Es también conocimiento sobre la adecuación o inadecuación de la norma consuetudinaria a cierto estado de cosas. Si el rey legisla *contra jus*, esto se debe sólo a que sabe *ex certa scientia* que la costumbre existente resulta contraria a la razón (Saint-Bonnet y Sassier, 2011: 212). Justifica su decisión por afirmar, no que ejerce así su voluntad, sino que la sustancia de la decisión es racional. De hecho el rey utiliza muy raramente el argumento de que su voluntad es la que conforma el Derecho y la frase “car tel est notre plaisir” sólo sería utilizada a finales del siglo XV (Duccini y Hermann, 2000; De Mas-Latrie, 1881: 560-564).

La expresión “jerarquía normativa” que es utilizada algunas veces por los historiadores resulta errónea en este contexto. Se refiere al hecho de que, en caso de conflicto, algunas normas resultan elaboradas para prevalecer sobre otras por motivo de su materia o por razón de sus diferencias en el procedimiento para derogarlas. Pero esta relación es del tipo arriba descrito como un orden horizontal de preferencias.

Y lo más importante, la legislación no es una forma normal de gobierno. Las leyes son raras y los reyes prefieren frecuentemente actuar mediante otros sistemas distintos a la aprobación de reglas generales y permanentes, e incluso cuando las aprueban, las leyes no están en lo alto de la jerarquía y no constituyen la base de la validez o la obligatoriedad de todas las demás normas⁶.

Es cierto que los historiadores algunas veces hablan de jerarquía normativa en el siglo XIV cuando describen las leyes fundamentales del reino, como la ley sálica, que asimilan a una norma constitucional (Rigaudière, 1997: 83 ss.). En apoyo de esta idea se refieren a expresiones utilizadas por los contemporáneos, tales como “constitución” o “la primera ley de Francia”, que revelarían una voluntad de ubicar tal norma en el nivel más alto. Sin embargo, aquellas normas son muy diferentes a lo que es una constitución en un Estado moderno: han sido establecidas por una larga práctica y no pueden resultar alteradas a voluntad; regulan el modo de acceso al trono -en este sentido son constitutivas-, pero no definen las potestades de las distintas

⁶ “Dans la politique édictale de Louis XI, les interventions qui ressortissent indéniablement à la législation côtoient ainsi des formes différentes de normativité. La généralité et la permanence qui caractérisent la loi moderne n'apparaissent pas comme les critères les plus adéquats pour analyser la pratique normative” (Martin, 2009: 206).

autoridades y tampoco las del monarca, y en esta época medieval no pueden ser utilizadas como argumentos para evaluar otras normas.

Finalmente, todas las normas no resultan formar parte de un solo sistema normativo. En la Edad Media coexisten varios. Incluso si el orden del monarca hubiera tenido algún tipo de estructura jerárquica y se asemejara a otro de carácter moderno, encontraríamos junto a él también al Derecho canónico, junto con los usos y el Derecho emanado de interpretaciones judiciales (Krynen, 1993; Weidenfeld, 2001; Rigaudière, 2003; Beaud, 1994). Sólo más tarde estos diversos sistemas quedarán integrados en uno, cuando el Derecho canónico o la costumbre sean aplicables al amparo de una autorización explícita o implícita del rey (Martin, 2009: 313).

La emergencia de la jerarquía normativa en el siglo XVI

Por contra, presenciamos la estructuración de una jerarquía a principios del siglo XV y en el XVI. Tal jerarquía resulta construida tanto desde arriba como desde abajo.

Desde arriba, obviamente la legislación juega el papel principal. Otros factores de la construcción del Estado, como la centralización administrativa, un sistema de tribunales, impuestos y ejércitos, son por sí mismos productos de la legislación.

Desde abajo, porque aquellos que producen normas locales o particulares las justifican invocando no sólo la moral, la religión o la tradición, sino también una norma superior cuyo rastro puede conducir finalmente al monarca. Este es el supuesto de administradores, tribunales y autoridades locales.

La creación de la jerarquía normativa desde arriba

La legislación no produce un sistema jerárquico normativo solamente porque consista en reglas generales, sino sólo porque tales reglas autorizan directa o indirectamente la producción de todas las demás, regulan su contenido y constituyen la única base para su validez. Esto ocurre cuando mediante la legislación otras fuentes quedan integradas dentro del sistema jurídico. Naturalmente, lo que estaremos describiendo aquí no es una realidad empírica. La jerarquía normativa no es un fenómeno empírico. Cuando decimos que las normas son objetivamente válidas porque descansan en una ley en última instancia, solamente nos referimos al argumento de que son válidas en tal sentido. Asimismo, ésta es precisamente la afirmación realizada por el monarca. El argumento puede o no ser exitoso y su éxito no depende ni sólo ni tampoco principalmente de su calidad, sino de las relaciones de poder, pero resulta suficiente reconocer que se halla en el mejor interés del monarca emplearlo y algunas veces en el de los demás actores aceptarlo.

La fuente más importante a integrar es la costumbre. A finales de la Guerra de los Cien Años, en 1453, Carlos VII aprueba la ordenanza de Montil-les Tours, con el fin de que todas las costumbres del Reino queden reunidas y escritas. Este no es un mero intento de hacer más accesibles las normas consuetudinarias, ni es -contrariamente a lo que algunos historiadores del último siglo han sostenido erróneamente- un reconocimiento por el monarca de reglas locales preexistentes y una renuncia a ejercer su propia potestad legislativa⁷. Por el contrario, esta actuación implica que desde ese preciso instante las costumbres serán obligatorias, no por razón de ser antiguas, sino porque el rey ha ordenado que sean aplicadas. La ordenanza prohíbe expresamente “a todos los abogados del reino invocar o proponer otras costumbres que aquellas

⁷ Esta perspectiva ha sido criticada por Krynen (2000). Véase también Grinberg (1997: 1017-1038).

escritas y concedidas”⁸.

La justificación oficial es la necesidad de limitar la falta de certeza en la adjudicación y aligerar los procesos judiciales, pero la verdad es que la transcripción hará las normas del rey la única fuente del Derecho. Que sea escrita es evidencia de la existencia y la sustancia de una costumbre, pero también asignará la autoridad del Derecho a las costumbres. Domat hará hincapié en el siglo XVII en que “en un Estado que se halla sujeto a un soberano, las costumbres sólo son establecidas e instituidas por la autoridad” (citado por Krynen, 2000). Desde ese instante, al menos en principio, no habrá más un orden autónomo de normas consuetudinarias, sino que el Derecho consuetudinario será un subsistema del orden jurídico unificado. Así, en caso de conflicto entre un estatuto (una ley proveniente del rey) y una costumbre, prevalecerá la primera. Por poner un ejemplo: el Derecho consuetudinario permitía al marido y a la mujer legarse sus posesiones; de otro lado, había una ordenanza real de 1650, prohibiendo a las viudas dar o legar a su segundo marido -siendo su propósito el de proteger a los niños nacidos de las primeras nupcias-; el Tribunal de París decidió aplicar la ordenanza y no la norma consuetudinaria. Un comentarista contemporáneo explicó que una ordenanza es una ley general de Francia que las costumbres no pueden derogar y con respecto a la cual ningún francés puede excusar su cumplimiento por no haber podido conocerla⁹.

Es cierto que la ordenanza de Montil-les-Tours no cobró vigencia de manera inmediata, pero sí que fue seguida pronto por otras. Particularmente sorprendente es la ordenanza de Carlos VIII de 1499, que manda que en el proceso de su transcripción las costumbres debían interpretarse y si fuera necesario modificarse. Este proceso tomará lugar durante el siglo XVI y será mantenido hasta la Revolución.

Lo que resulta notable es que, con la integración del Derecho consuetudinario y del Derecho eclesiástico en un sólo sistema normativo, el control completo del Derecho privado se encuentre indirectamente bajo ley parlamentaria. La integración del Derecho privado resulta de esta manera un elemento importante en la construcción de la jerarquía normativa desde un doble punto de vista. Primero, si el Derecho privado resulta regulado directamente por una ley del monarca, hay una jerarquía entre esa ley y las normas creadas por los individuos, como los contratos o testamentos, pero la jerarquía normativa también existe cuando el Derecho privado resulta regulado por la costumbre, porque en este caso resulta regulado indirectamente por la legislación, ya que la costumbre sólo es válida sobre la base de la ley del rey. Así, la única diferencia entre una decisión judicial que aplica una ordenanza y otra que aplica una norma consuetudinaria es la de que tenemos otro nivel más en la jerarquía normativa, entre la legislación y los tribunales. Esta diferencia resulta asimismo mínima y percibimos legislación que manda al mismo tiempo aplicar tanto ordenanzas como costumbres.

En términos kelsenianos, ahora tendemos a disponer de una jerarquía con tres niveles: ley parlamentaria, costumbre y decisiones judiciales. La jerarquía es tanto dinámica como estática. Resulta dinámica porque el nivel más alto, la ordenanza o ley parlamentaria, ha mandado la transcripción y modificación de las costumbres. La que cuenta como costumbre es la que ha sido transcrita de acuerdo con las ordenanzas reales. Es estática porque la costumbre vinculará sólo si su contenido no choca con el contenido de una ordenanza –asimismo algunas ordenanzas han abolido costumbres consideradas irrazonables- y porque el contenido de las decisiones judiciales deben derivar de normas consuetudinarias.

⁸ Citado en Sève (1985: 126). El texto completo se halla en Isambert (T. ix: 252-253).

⁹ “L’ordonnance est une loi générale de la France à laquelle les coutumes ne peuvent déroger et nul des français ne peut excuser de l’ignorer” (Charondas le Caron, 1596: 207).

De otra parte, en el nivel más bajo se encuentran las normas elaboradas por individuos particulares sobre la base, bien de leyes parlamentarias, como testamentos o contratos, bien de Derecho consuetudinario, cuando no hubiera leyes parlamentarias. La costumbre puede ser aún fuente del Derecho, pero las leyes del rey son la fuente de la costumbre.

La segunda fuente a integrar en la legislación es la normativa realizada por el juez. El monarca desarrolla gradualmente un sistema de Tribunales reales que adquieren un cuasi-monopolio de la adjudicación. Así, en 1539, y mediante la ordenanza de Villers-Cotterêts, Francisco I limita la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos sobre los laicos a aspectos que pertenezcan exclusivamente a asuntos espirituales como los sacramentos. En esa misma ordenanza ofrece a los señores feudales comprar la potestad de administrar justicia (Lebigre, 1988: 39). Se sostiene además que cuando disponen de ella tal cosa ocurre sólo por delegación del rey y cuando él delega el poder a los señores locales esto no se considera un ejercicio de aquel derecho en completa discrecionalidad, sino sólo en nombre del señor soberano¹⁰.

En 1566, la ordenanza de Moulins limita estrictamente la jurisdicción de los tribunales de las ciudades a asuntos de orden público. Las ordenanzas reales que establecen el procedimiento civil y penal dejan claro que el poder de los tribunales deriva del Rey. Los tribunales penales y civiles son considerados también delegados del monarca. Aun cuando los jueces poseen sus propias funciones (porque las han comprado o heredado) y cuando las mantengan a perpetuidad, son aún delegados, porque precisamente la regla de la perpetuidad ha sido establecida por el rey y él es quien ordena la aplicación de ordenanzas y costumbres (Sève, 1985).

El rey ejerce su control sobre las decisiones judiciales mediante diversos sistemas. Uno es el de atraer un caso pendiente ante un tribunal y decidirlo en su Consejo. El otro es el procedimiento de casación, que a día de hoy es una característica esencial del sistema jurídico francés. La casación es diferente de la apelación. No es una disputa entre las partes, al modo de lo que acaece ante tribunales menos elevados, sino un conflicto entre la decisión de un tribunal más bajo y el ordenamiento. No incluye un nuevo examen de los hechos del caso, sino sólo razonamiento jurídico sobre la base de que el Derecho ha sido violado (Godin, 2010: 19-36). Si el tribunal más bajo ha aplicado incorrectamente el Derecho o una costumbre, el rey puede revocar la decisión.

Puede ser advertido un movimiento similar dirigido a integrar los tribunales en su sistema jurídicos de otros países distintos a Francia, como por ejemplo Inglaterra o Alemania (Brand, 2000: 133; Holmes, 2000: 315; Nehlsen von Stryk, 2000: 165).

Así, una decisión judicial se convierte en un tercer nivel en la jerarquía normativa: es válida tanto desde un punto de vista dinámico (porque ha sido elaborada por un tribunal actuando como delegado del rey, dentro de los límites de sus potestades, y de acuerdo con las normas de procedimiento establecidas por la ley) y desde un punto de vista estático porque su contenido no debe ser contrario al Derecho superior.

Por ejemplo, la carta de la Compañía de las Indias Occidentales, creada por Colbert en 1664, incluía una previsión ordenando el nombramiento de jueces. Estos jueces estaban “obligados a decidir casos siguiendo las leyes y ordenanzas del reino”.

¹⁰ “les seigneurs ont puissance d’établir juges et officiers sur leurs terres, mais ils la tiennent du souverain qui la leur a communiquée”, señala Loyseau en *Discours de l’abus des justices de village*, (citado por Sève, 1985).

Sobre la base de la misma premisa, funcionarios de la Corona estuvieron también sujetos a seguir y adecuarse a la costumbre de París, que regularía además los contratos suscritos por particulares. Ni a los funcionarios ni a los individuos les fue permitido introducir alguna nueva costumbre, y ello con el fin de evitar disparidades.¹¹

Cuando los tribunales dictan decisiones invocan estar aplicando una norma superior, ley o costumbre, siguiendo lo previsto en otra ley. Naturalmente, cuando no existe una ley los juristas citan las fuentes católicas del Derecho romano, pero cuando existe aquella norma los juristas utilizan el mismo tipo de razonamiento filosófico que más tarde sería teorizado por Kant y que predomina aún hoy y las técnicas de interpretación se asemejan a aquellas que todavía ahora son utilizadas respecto a las leyes (MacCormick y Summers, 1991). Por ejemplo, sobre la ordenanza de 1560 que prohíbe a la viuda legar a su segundo marido, un jurista se pregunta si tal prohibición es aplicable en el supuesto de que los menores nacidos del primer matrimonio hayan fallecido todos. Opta por contestar en sentido afirmativo empleando tres argumentos. El primero resulta extraído del silencio de la ordenanza: “nuestro príncipe no sostiene que tales donaciones o legados resulten nulos”. El que viene después es un argumento por analogía: las donaciones al segundo marido resultan válidas si la viuda no tiene hijos de su segundo matrimonio; si sus vástagos han muerto, la situación varía con respecto al supuesto de la norma. Y el tercer argumento resulta deducido de la intención del legislador o de la función de la regla: ésta resultó aprobada sólo bajo la perspectiva del mejor interés de los menores, que en el caso no viven ya (Charondas le Caron, 1596: 218).

Lo que se ha dicho de la costumbre se sostiene también respecto al Derecho eclesiástico. Fue una fuente autónoma del Derecho, pero pasó luego a quedar integrada en el sistema jurídico y se convirtió en obligatoria, no por razón de la autoridad el Papa o el Concilio, sino por la autoridad del rey y en la medida en que no chocara con las ordenanzas reales.

Así, la ordenanza de Villers-Cottêret de 1539 ordena a los sacerdotes mantener el registro de bautismos y limita la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos. La ordenanza de Blois de 1579 regula en detalle la organización de la iglesia, en particular la designación de obispos, arzobispos y abades y determina las diversas edades en que los sacerdotes deben ser ordenados. De otro lado, en un intento de limitar el número de matrimonios clandestinos, que perjudican la conservación de las propiedades familiares, regula las ceremonias nupciales: los sacerdotes estaban obligados, bajo penas muy serias, a enviar aviso, guardar un registro matrimonial, inquirir sobre el consentimiento de los padres y celebrar el matrimonio sólo en presencia de cuatro testigos. Un matrimonio no era válido si tales condiciones no quedaban satisfechas. Dichas reglas fueron más allá de las aprobadas en el Concilio de Trento (1565) y un matrimonio que podía ser válido bajo el Derecho canónico, que sólo exigía el consentimiento, podía ser así inválido bajo la ordenanza (De Boutaric, 1745; Dauchy y Demars-Sion, 2005: 431). Más genéricamente, el Derecho canónico fue aplicable sólo al amparo de la autorización explícita o implícita del monarca (Duccini y Hermann, 2000; Martin, 2009: 313).

Particularmente interesante resulta el caso de la simonía. La iglesia ha estado condenando el crimen de simonía (vender o comprar beneficios espirituales o sacramentos). La ordenanza de Blois ordena a los obispos perseguir ese crimen y dar

¹¹ Art. 34. “Seront les juges établis en tous lesdits lieux, tenus de juger suivant les loix et ordonnances du royaume; et les officiers de suivre et se conformer à la coutume de prévôté et vicomté de Paris, suivant laquelle les habitans pourront contracter, sans que l’on y puisse introduire aucune autre coutume, pour éviter la diversité”. La carta ha sido reproducida en Pauliat (1887: 221). Véase Fioravanti (2012).

jurisdicción en parte a tribunales seculares en vez de a tribunales eclesiásticos para decidir sobre tales temas. Así, tal y como con la costumbre, las decisiones de los obispos y los tribunales, aun cuando aplican la ley canónica, se hallan basadas indirectamente en el Derecho secular.

Es fácil advertir cómo el rey toma ventaja de estos avances. No sólo tiene un monopolio de la producción de reglas generales, sino que no resulta forzado a producir leyes que profundicen en los detalles, algo que podría ser técnicamente difícil o políticamente demasiado ambicioso porque encontrara resistencia. Puede elegir ahora entre acoger fuentes previamente autónomas, como la costumbre, delegar en autoridades menos elevadas o autorizar discrecionalidad en el proceso de aplicación. Como señala correctamente Bernard Guenée (1968: 744-758), la centralización normativa no es el enemigo de la descentralización y la descentralización no era un obstáculo para la construcción del Estado. De hecho ocurrió lo contrario: por aceptar la creación de parlamentos provinciales, el rey conseguía dos objetivos: establecía su autoridad sobre tales parlamentos, que ejercían un poder delegado y aplicaban sus leyes, y ganaba en las provincias aceptación política para su autoridad.

La creación de una jerarquía normativa desde abajo

Los tribunales pueden también contribuir a la creación de una jerarquía, lo que quizás incremente su poder, a causa de la necesaria flexibilidad de la que gozarán en el proceso de adjudicación, particularmente porque tengan que interpretar el Derecho. Una ley no es otra cosa que palabras sobre el papel. No es una norma jurídica hasta que resulta interpretada de manera que aparezca el significado de tal regla. El legislador produce ese significado, obviamente, pero como Kelsen puso de relieve, se trata sólo uno de carácter “subjetivo”. Su significado “objetivo” sólo puede ser suministrado por el sistema jurídico en su conjunto. Como resulta de sobra conocido, en la teoría kelseniana un texto o cualquier acto humano tienen el significado objetivo de una norma cuando han sido realizados de acuerdo con otra superior. Asimismo, en el modelo realista el significado objetivo es otorgado por la autoridad que, en el proceso de aplicación, interpreta el texto, decidiendo así qué significado tiene una norma jurídica, su naturaleza, su nivel en el sistema y lo que contiene (Troper, 2001: 69 ss.). Muy frecuentemente, pero no siempre, esa autoridad es un tribunal. Una vez el tribunal ha creado la norma y la ha aplicado, tal norma es la base de la validez de otra inferior, por ejemplo, de la decisión judicial.

Tal y como Kelsen y los realistas han sostenido, la interpretación es una función de la voluntad, así que el intérprete “auténtico” disfruta de una extensa (algunos sostendrían que completa) discreción. Cuando ejercen su poder de interpretación, los tribunales crean, manipulan y mantienen la jerarquía de dos maneras.

Primero, al interpretar un texto como receptor de significado de manera que deba aplicarse a un caso, crean la norma. Uno quizás piense que la supremacía del Derecho se pierde entonces a causa de la potestad interpretativa del tribunal y que tal era el peligro adecuadamente percibido por los legisladores. Así, Luis XIV prohibió expresamente en 1667 la interpretación y ordenó que cualquiera que fuera la duda respecto al significado del Derecho, la pregunta debería dirigirse a él¹². Estaba reformulando sólo una regla originalmente perteneciente al Digesto de Justiniano,

¹² Ordenanza civil de 1667: “Si dans les jugemens des procès qui seront pendans en nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l’exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter: mais voulons qu’en ce cas elles aient à se retirer”. Véase Alvazzi del Frate (2000; 2008; Dauchy y Demars-Sion, 2005).

pero también parte del Derecho canónico, expresado con la máxima “*ejus est interpretari legem cujus est condere*”. Idéntica regla fue reproducida más tarde en la ley más importante sobre el poder judicial aprobada al comienzo de la Revolución¹³. El temor que se hallaba detrás de la prohibición, y que era compartido por los juristas de muchos sistemas diferentes, resultaba ser el de que los tribunales pudieran sustituir con sus propias preferencias las del legislador, de forma que fueran ellos los verdaderos reguladores.

Asimismo, resulta virtualmente imposible aplicar un texto sin interpretarlo y los tribunales nunca tuvieron la intención o siquiera la capacidad de evitar la interpretación. Sin embargo, contrariamente a lo que uno podría pensar, el proceso de interpretación no revoca la jerarquía. Es verdad que podría sostenerse que la ley suprema no se corresponde con el texto aprobado por el monarca, sino con la norma que proviene de la interpretación del texto y que abarca un significado determinado por el tribunal, y ello hasta el punto de que en lugar de construir una jerarquía, el poder de interpretación parecería originar el efecto opuesto, dado que la ley sería, de este modo, creada por el tribunal.

Sin embargo, lo que sucede es que se mantiene la supremacía del Derecho, pero entendida de forma diferente: una jerarquía normativa no es necesariamente una relación entre normas formuladas por distintas autoridades. Tal jerarquía puede existir también entre normas creadas por la misma autoridad cuando una de ellas sea utilizada como un argumento para justificar y asegurar la validez de otra distinta. Esta es la auténtica jerarquía que existe más allá de la aparente. Otorga a los tribunales un poder que es tan amplio como disimulado (Di Donato, 2010).

El segundo modo de construir una jerarquía es decidir que un texto o una práctica tienen el significado de cierta norma jurídica y determinar su nivel en la jerarquía.

Un ejemplo clásico en el Derecho contemporáneo francés es el de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789. Después de su aprobación no fue considerado como un conjunto de normas obligatorias, sino más bien como el sustrato filosófico de la agenda política. No fue hasta 1971 que el Consejo Constitucional decidió que era una norma jurídica, que formaba parte de la Constitución y que vinculaba al Parlamento (aunque no al pueblo que votara en referéndum nacional).

Sin embargo, los parlamentos habían hecho en Francia algo parecido al comenzar el siglo XVI, distinguiendo entre normas que el rey podía modificar y aquellas que no podía tocar, intentando así crear un nivel superior nuevo en la jerarquía. En 1586, en un discurso dirigido al rey, De Harlay, el Primer Presidente del Parlamento parisino, declaró: “tenemos, señor, dos clases de leyes: la primera son las leyes y ordenanzas de los monarcas, las segundas las normas del reino que resultan inmutables e inviolables y por las cuales vuestro ascendido ha ascendido al trono. En efecto, debe observar aquellas leyes del reino que de otro modo, si fueran violadas, podrían poner en cuestión su propio poder” (Saint-Bonnet y Sassier, 2011: 276). Las leyes que el monarca no podía modificar eran principalmente normas sobre sucesión al trono e inalienabilidad del dominio real. Fueron predominantemente de carácter consuetudinario, pero algunas resultaron ratificadas por ordenanzas reales. En todo caso, la distinción implicaba que algunas de esas normas inmodificables quedaban elevadas a un nivel legislativo superior, de modo que los Parlamentos podían ejercitar control judicial sobre la legislación ordinaria cotejando las ordenanzas reales con aquellas leyes fundamentales (Di Donato, 2003; 2010).

¹³ La ley aprobada durante la Revolución fue la de 16 y 24 de agosto de 1790.

Aunque el rey combatió esos intentos parlamentarios de invalidar sus leyes, reconoció el principio de que había algunas leyes que eran inmutables. Un poco antes de su muerte, en 1714, Luis XIV, cuyo único legítimo heredero era Luis XV, un niño frágil de cuatro años, decidió reconocer a sus bastardos y declarar que podían ascender al trono en caso de que no hubiera príncipe legítimo. Esta medida resultó ser claramente una violación de la ley sálica, de una de las leyes fundamentales. Inmediatamente después de su fallecimiento la declaración resultó derogada, y no por los tribunales, sino por el regente y en forma de un edicto del nuevo monarca, el joven Luis XV, quien proclamaría que “me satisfacen las leyes fundamentales, y ello por desposeerme con acierto de la facultad de alienar el dominio real... acepto complacido el no poder disponer libremente de la Corona” (Mousnier, 1980: 503; Halévy; 2009).

Algunos historiadores han afirmado recientemente que estas normas inmutables del reino fueron equivalentes a una constitución moderna, así que el control parlamentario de las ordenanzas reales podría ser interpretado como antecesor del control judicial (Mestre, 1992: 21; Renoux-Zagamé, 2003; Di Donato, 2003; Saint-Bonnet, 2000: 7-20). Esta perspectiva pierde de vista el aspecto importante de que una constitución moderna expresa la voluntad de un poder constituyente y resulta siempre modificable, mientras que las leyes fundamentales fueron en su mayor parte consuetudinarias e inmodificables aun por el soberano. Asimismo, conviene subrayar que el asunto importante aquí fue el de que los tribunales creaban un nivel superior de normas.

La estructuración del sistema jurídico y la jerarquía normativa pueden explicar así el origen del concepto moderno de soberanía.

3. Soberanía

Resulta común la idea de que la Soberanía es un rasgo esencial del Estado. Esta definición clásica es precisamente la razón por la que quienes han sostenido hace poco que los Estados han perdido su soberanía o que ha quedado limitada, califican tales eventos como declive del Estado (Cassese, 2002; Van Creveld, 1999; Fioravanti, 2001)¹⁴. Esta es también la razón por la cual la mayoría de los historiadores que defienden la perspectiva de que el Estado ha nacido en la Edad Media se ven impelidos a afirmar que el rey ya ejercía la soberanía desde tiempo bastante más atrás que aquel en el que Bodino acuñara su teoría.

Emplean para ello varios argumentos. Algunos descansan en cierta terminología. La mayoría de los historiadores están de acuerdo en que la palabra “soberanía” sólo apareció en el siglo XVI, pero otros acentúan que el adjetivo “soberanía” referente a una autoridad es más antiguo o que, aunque el sustantivo “soberanía” no fuera utilizado hasta el siglo XVI, otros términos tales como *maiestas*, *potestas absoluta*, *summa potestas*, o *imperium*, suministraban idéntico significado o al menos parte de él. Otros afirman que algunos de los términos eran empleados antes del siglo XVI, transmitiendo el mismo significado que la soberanía o al menos parte de él. Otros mantienen, incluso que, aun si en el lenguaje de la Edad Media no había término equivalente de manera exacta al de soberanía, el tipo de poder ejercido en la época podía ser descrito sin embargo y sin error como soberano. En orden a probar este punto se ven obligados a apoyarse en una noción de soberanía que resulta anacrónica forzosamente. De la misma forma que algunos de ellos utilizan la definición de Weber del Estado cuando analizan el Estado medieval, otros emplean un concepto más tardío de soberanía, y que es por lo general de carácter bodiniano, cuando examinan el sistema jurídico del Medievo. Sin embargo, cuando observamos el

¹⁴ En contra Troper, 2010.

nacimiento del Estado moderno no podemos considerar verificado que Bodino inventara de una vez y definitivamente toda la teoría moderna de la soberanía. Necesitamos una auténtica teoría moderna que pueda suministrar un metaconcepto. Una vez hayamos definido ese metaconcepto, podemos preguntarnos entonces si encajan los conceptos que podemos encontrar en la Edad media, y más tarde en los siglos XVI y XVII.

Antes de ir más allá, acentuemos un importante punto que podría ser infravalorado fácilmente: la soberanía es una teoría del Derecho. Es parte de la realidad sólo en la medida en que la teoría y el lenguaje son parte de la realidad, pero no más. De ello se sigue que para una comunidad política o un Estado ser soberano significa disponer de ciertas capacidades jurídicas, no de un auténtico poder político, económico o militar, así que no podemos verificar la teoría de que el monarca era soberano en la Edad Media solamente mostrando que no ejerció poder efectivo sobre tal o cual grupo o tal o cual parte de su reino, o que estaba obligado a buscar el consentimiento de algunos súbditos.

Asimismo, como teoría del Derecho, no existe sólo en un mundo de ideas y el hecho de que algún pensador haya avanzado algunos elementos de una teoría de la soberanía en un instante temporal determinado no es suficiente para que podamos decir que la soberanía “existió” en ese momento. Existe sólo en tanto en cuanto los argumentos de la teoría son aquellos que cuentan como elementos válidos para justificar decisiones dictadas por actores del sistema.

Podemos así identificar la soberanía cuando encontramos sujetos usando conceptos derivados de una teoría de la soberanía. La teoría moderna que puede suministrar los metaconceptos necesarios es la ya mencionada de Carré de Malberg, que divide la noción de soberanía en tres acepciones.

En su sentido original la palabra “soberanía” alude al rasgo supremo del poder estatal. En un segundo sentido, se refiere a todo el abanico de los poderes incluidos en la autoridad estatal y resulta ser así sinónimo de autoridad. En tercer lugar, es empleado para caracterizar la posición ocupada dentro del Estado por el órgano más alto, y en tal sentido soberanía equivale a poder de ese mismo órgano (Carré de Malberg, 2003 [1920]: 79).

Carré de Malberg hace hincapié en que la lengua francesa resulta pobre y que contiene sólo un término para aquellas tres acepciones de soberanía. Lo mismo podría afirmarse de la inglesa. Sin embargo, la lengua alemana posee tres términos, uno para cada sentido. *Souveranität* corresponde a la soberanía en el primer sentido, a saber, el rasgo supremo del Estado en el nivel internacional así como en el doméstico. *Staatsgewalt* es el poder del Estado en el segundo sentido. *Herrschaft* es el poder de dominación de un órgano. Carré de Malberg creyó que estas tres distinciones podían ayudarnos a descubrir la “verdadera naturaleza” de la soberanía (*Ibid.*: 86). Tal creencia quizás parezca ingenua, pero sin embargo la distinción es útil para clarificar unas preguntas tradicionalmente problemáticas.

Una de ellas es la de si resulta posible dividir la soberanía. Sobre la base de la distinción de Carré es fácil advertir que la soberanía en el tercer sentido, la cualidad del órgano más alto del Estado, es asimismo indivisible, porque tan pronto como uno la divide entre varios órganos, ninguno sería entonces el superior¹⁵. En otro plano, si la soberanía en el segundo sentido es un abanico de poderes que pueden ser ejercidos por el Estado, resulta perfectamente divisible. Incluso resulta posible separarlos según

¹⁵ Asimismo, varios órganos podían ejercer la soberanía de modo conjunto; véase abajo.

materias (poder de declarar la guerra, control de la moneda, administrar justicia, etc.), tal y como Pufendorf (1796) hizo con las *partes potentiales*, o bien por el tipo de actos jurídicos que resultan necesarios para ejercerlos (como la legislación, la ejecución y la adjudicación). La separación de poderes es precisamente una división de la soberanía en este sentido.

De la misma forma, tales distinciones ayudan a comprender por qué algunas decisiones que usan el concepto de soberanía, y que parecen incompatibles o contradictorias, pueden ser simultáneamente ciertas. Así, en la época de Carré de Malberg, durante la Tercera República francesa, era posible contestar a la pregunta de quién era el soberano con una de estas tres respuestas: “el Estado francés es el soberano”, “el Parlamento francés es el soberano”, y “la legislación es un poder soberano”. En la primera sentencia, la soberanía se refiere al rasgo supremo del poder estatal, que es la capacidad para intervenir en el nivel internacional e interferir con otros soberanos, o dominar la iglesia u otra institución. En la segunda aseveración la soberanía es una cualidad de un órgano del Estado y en la tercera proposición es uno de los poderes que el Estado podría desempeñar.

Sin embargo, la distinción de Carré de Malberg no acoge lo suficiente algunas afirmaciones que encontramos en el discurso constitucional y político. Tómese como ejemplo, “el soberano es el pueblo francés”, o, “la soberanía pertenece al pueblo”¹⁶. Tal proposición obviamente no significa que el pueblo francés sea el Estado y que actúe de hecho en un nivel internacional, ni que ejercite un poder de dominación y tampoco, desde luego, que por sí solo pueda ejercer un abanico de potestades. Estas proposiciones no se refieren a realidad alguna y son empleadas sólo para justificar otras: a saber, que en el discurso jurídico francés “la soberanía pertenece al pueblo” se utiliza durante la Tercera República para justificar que “el Parlamento es soberano” o que “la ley es soberana”. Esto significaba que el parlamento ejercía una soberanía que no era de su propiedad, sino que pertenecía al pueblo y que era ejercida en su nombre, o que las leyes parlamentarias expresaban la voluntad general, a saber, la voluntad del soberano, y que eran por tanto de carácter supremo. En este contexto, y cuando resulta atribuida al pueblo, la “soberanía” es utilizada en una cuarta acepción: se refiere a la cualidad de una entidad en cuyo nombre algún poder, en cualquiera de sus tres sentidos, resulta ejercido. Asimismo, la teoría de la soberanía implica generalmente una distinción entre la esencia y el ejercicio de la soberanía. A causa de la jerarquía normativa, lo que resulta imputado al soberano no es sólo legislación o decisiones en asuntos internacionales, sino también cada acto aislado, realizado presumiblemente en virtud de una delegación. Esto es por lo que, por ejemplo, la justicia es administrada en los países europeos “en nombre” del pueblo francés, italiano, o alemán como si fuera “en el nombre del rey”. Así, a los tres conceptos de Carré de Malberg debemos añadirles un cuarto: la doctrina de la soberanía es un principio de imputación. Un soberano en esta acepción es la entidad que se presume posee la esencia de la soberanía ejercida por otros en su nombre, y que por tanto resulta ser el autor, directo o indirecto de toda norma del sistema.

Empleando esta distinción entre cuatro diferentes conceptos de soberanía, podemos advertir que como sea que la soberanía en la Edad Media es discernible sólo en dos de ellos, será únicamente en el siglo XVI cuando exista en todas las acepciones citadas.

La ausencia de la soberanía en la Edad Media

Algunos de los historiadores franceses de la Edad Media que afirman haber

¹⁶ Constitución de 1958, art 3.

descubierto la soberanía en esa época no carecen de prejuicios ideológicos, que en todo caso pueden variar. Uno es la voluntad de huir de la influencia de los estudiosos jurídicos alemanes del siglo XIX mientras se insiste en el origen francés de la teoría y se contrasta el autoritario Estado alemán con el más “moderado” Estado francés, porque el segundo estaba sometido a la moralidad o al Derecho natural o porque el monarca francés reinaba con el consejo y asentimiento de los barones o los tribunales, de forma que el “*État de droit*” puede parecer, no sólo más antiguo, sino también más liberal que el “*Rechtsstaat*” (Barret-Kriegel, 1986). Obviamente, quienes siguen este sendero deben encontrar una forma de explicar cómo la soberanía, que resulta definida como poder sin sujeciones, podía sin embargo quedar encadenada.

Algunos de tales historiadores contraponen tal sistema político con los que se consideraban verdaderamente tiránicos. Esta actitud no resulta limitada a los historiadores medievales y la podemos encontrar también en los textos de los cronistas del absolutismo. Así, un famoso historiador del Ancien Régime, Roland Mousnier, rechaza que la monarquía absoluta fuera verdaderamente tal, escribiendo que bajo el reino de Luis XVI, “los derechos de los súbditos, sus libertades, franquicias y privilegios, eran parte de un campo protegido. Todas estas garantías fueron destruidas por la Revolución. Los auténticos gobiernos absolutistas fueron luego donde la voluntad del legislador, la voluntad de la mayoría, vino a ser la ley suprema, sin garantía alguna para el ciudadano”¹⁷.

Estos autores se apoyan implícitamente en la teoría bodiniana de que el soberano se halla vinculado al Derecho natural y parecen asumir la falacia lógica de que si el rey era llamado soberano en la Edad Media y considerado como sometido al Derecho natural, entonces disfrutaba de la soberanía en un sentido bodiniano.

En realidad, en la Edad Media el adjetivo “soberano” fue aplicado, no sólo al rey, sino también a cualquier autoridad suprema que pudiera tomar una decisión en última instancia, como los barones o tribunales, y que no dispusiera de superior. De hecho resulta utilizado aún en este sentido débil en la lengua francesa y en relación con tribunales superiores como el de casación o el Consejo de Estado, que dictan decisiones firmes, e incluso en el supuesto de un tribunal de profesores universitarios, que también resulta llamado soberano porque los grados reconocidos por él no pueden ser revisados.

A final de la Edad Media la palabra “soberano” tuvo también un significado más fuerte: el soberano ejercía *Herrschaft* o dominación. Asimismo, nadie afirmaba en esa época que esto implicara el *Staatsgewalt* o poder ilimitado de decidir mediante la legislación o de otra forma acerca de los asuntos humanos y de manera que fuera la única fuente del Derecho (Quaritsch, 1986: 34)¹⁸. Aunque el rey comenzó gradualmente a ejercer poderes similares a los del emperador de Roma - particularmente el poder de dictar leyes generales y de administrar justicia-, sólo pudo legislar sobre ciertas materias y no tuvo un monopolio de la legislación o del poder judicial.

Como ya hemos visto, la legislación no fue enteramente una expresión de la voluntad real y los asuntos humanos fueron regulados en su mayor parte, no por el monarca, sino por la costumbre, los tribunales o el Derecho canónico.

¹⁷ “Les droits des sujets, leurs libertés, franchises et privilèges forment un secteur protégé. Toutes ces garanties furent détruites par la Révolution. Les vrais régimes absolus furent les régimes postérieurs où la volonté du législateur, la volonté de la majorité devint la loi suprême, sans aucune garantie pour les citoyens”(Mousnier, 1980: 515).

¹⁸ Quaritsch habla de “über die Unmöglichkeit ‘mittelalterlicher’ Souveränität”.

Y lo más importante es que desde el momento en que no había un solo orden normativo, tampoco todas las decisiones eran imputadas en última instancia a la voluntad del rey. Asimismo, la mayoría de las normas, como en el caso de las de carácter consuetudinario, no podían ser imputadas a la voluntad de nadie. Como ya Thomas (1991: 385) escribió sobre la república romana, “no podía existir soberanía - imputación de todas las decisiones de un solo centro- en un sistema donde los poderes de todo órgano descansaban en un fundamento autónomo”. Así que la soberanía en el sentido pleno de la palabra no existió hasta el siglo XVI.

La soberanía en la Edad Moderna

Desde el siglo XVI en adelante, la soberanía está mucho más cerca del análisis de Carré de Malberg y corresponde a las cuatro acepciones. En primer lugar, y como fuera en el supuesto de la Edad Media, el monarca afirma poseer un poder supremo en el sentido de que no existe otro por encima de él, así que ni el emperador ni el Papa podrían producir legislación de carácter vinculante en el reino sobre asuntos temporales.

En segundo lugar, y también en la Edad Media, el monarca era la autoridad más alta en el reino. En consecuencia, no resulta sorprendente que las expresiones latinas utilizadas para la soberanía fueran las mismas que en el período medieval, ya fueran *summa potestas* para Grocio o *majestas* para Bodino. Pero tales términos, al mismo tiempo, habían transmitido solamente la idea de una superioridad relativa y no de una absoluta supremacía, y no implicaban que el portador de aquella *potestas* o *majestas* tuviera del poder de hacer cualquier cosa (*Ibíd.*)¹⁹.

Lo que es distinto de la Edad Media entonces es el tipo y abanico de poderes que el rey pasa a ejercitar. Ahora los términos adquieren nuevos significados y el poder real se extiende a todos los asuntos humanos. Hemos señalado además que en el período medieval la legislación del monarca no abordaba el Derecho privado, que quedaba abandonado así a las costumbre o al Derecho Canónico, pero en el siglo XVI percibimos algunas leyes importantes, como la ordenanza de Blois de 1579 sobre el matrimonio, y que en asuntos eclesiásticos la ordenanza de Villers-Cotterêt de 1539 mandaba a los sacerdotes registrar los bautismos y también ordenaba el uso de la lengua francesa en actos oficiales en lugar del latín, o la ordenanza de Moulins de 1566 sobre la justicia, que mandaba asimismo que las donaciones entre individuos particulares fueran registradas en los tribunales o que las ciudades suministraran comida para el pobre. Como Loyseau escribe, “es difícil redactar de forma fiable un listado de los derechos de la soberanía, debido a que los filósofos antiguos nunca los mencionaron, porque en su tiempo las soberanías no habían quedado claramente establecidas”²⁰. Es difícil ahora, no por falta de literatura, sino porque apenas puede uno elaborar una lista de elementos que sobrepasen ciertos límites. Después de la Revolución, los redactores de constituciones entenderán que desde que la soberanía es el poder de legislar en todos los asuntos posibles, una lista quedaría sin uso y por ello es suficiente concebir un procedimiento para ejercer ese poder. Cualquier posible materia cae dentro de la jurisdicción del legislador, dada la previsión de que aquél regula mediante legislación aprobada formalmente y de acuerdo con el procedimiento previsto.

Entre los asuntos regulados por las leyes reales, la religión es particularmente significativa, puesto que todo texto que aborde la soberanía o el Derecho público,

¹⁹ Acerca de *summa potestas* véase Van Gelderen (2002: 195 ss.).

²⁰ “il est malaisé de coter assurément les droits de souveraineté, pour ce que les anciens philosophes n’ont en presque point parlé à cause que de leur temps les souverainetés n’estoient pas bien nettement établies” (Loyseau, 1608: 49).

empezando por la obra de Bodino, tiene largas listas de poderes que abarcan aquélla, y organizados por materias. La novedad de este concepto de soberanía descansa precisamente en el hecho de que el soberano sostiene -y es asimismo definido por- el poder de intervenir en cualquier campo (Sève, 1985), incluyendo la religión o la propiedad de los súbditos.

Finalmente, la cuarta acepción de la soberanía, la imputabilidad, también aparece en el siglo XVI. Antes tal idea había sido inconcebible a causa de la pluralidad de órdenes normativos, pero ahora las instituciones no se hallaban separadas así y todas las posibles normas legales eran bendecidas finalmente por el monarca o por una autoridad explícitamente o implícitamente delegada por él para hacerlo. La imputabilidad resulta ser simplemente una expresión de la jerarquía normativa.

Es de notar que el concepto de imputación puede referirse tanto a la atribución de un rasgo o una acción a una persona como a la relación entre dos normas. Kelsen (1973: 154 ss.) explica que en realidad hay una sola conexión. Si un crimen resulta imputado a una persona, resulta considerada legalmente comisora de un delito y se le puede sancionar por ello. Esta relación no es de carácter causal, porque no es necesariamente el caso que cuando alguien ha cometido un crimen sea necesariamente castigado. Es una relación creada por una norma que establece que si alguien ha cometido un crimen, entonces debería ser castigado. Relacionaría así dos elementos, “si x, entonces debería ser y”, conformando la denominada estructura interna de la norma²¹.

De esto último se sigue que el mencionado análisis ayuda también a caracterizar la estructura de todo el sistema normativo, porque una norma más elevada autorizando a alguien a producir otra más baja puede ser leída de forma que “si la autoridad x dicta una decisión, entonces esa decisión es válida normativamente”, de la cual derivaría la aserción de que “si un tribunal encuentra que una de las partes contratantes no consiente, entonces debería declarar nulo el contrato”. La relación entre la norma más elevada y la menos relevante es una de carácter similar a la existente entre el crimen y la sanción y podemos decir que la norma menos elevada es imputada a la más alta y ésta a otra norma que se encuentra aún más arriba. Al final son todas indirectamente imputadas a las normas más altas y a sus autores, quienes, no habiendo sido autorizados por cualquier otra norma superior, se presumen que configuran el soberano.

4. La jerarquía normativa y la soberanía.

La soberanía aparece así como un concepto que va a encontrarse donde quiera que exista una jerarquía normativa que resulte entendida como producto de la voluntad.

Puede ser identificada por analogía con la teoría kelseniana de la *Grundnorm*. Es bien sabido que para Kelsen la validez de toda norma se encuentra basada en otra más elevada, que a su vez está aupada sobre una más alta y así sucesivamente, hasta que se alcanza la norma más prominente del sistema. Dado que esta última es la más importante, no hay otra en la que pueda estar basada a su vez y si no resulta válida no puede servir para la validez de las demás. Esta es la razón por la que tenemos que asumir que aquella norma superior es válida sólo si a su vez se apoya en la *Grundnorm* que establezca que “la norma más elevada resulta válida”. Todos somos perfectamente conscientes de que no hay tal norma y de que Kelsen no pretende que

²¹ “Ce sont deux faits qu’unit l’un à l’autre l’imputation juridique: non pas l’acte créateur de droit et la conduite conforme au droit, mais le fait que l’ordre juridique érige en condition et le fait qu’il érige en conséquence” (Kelsen, 1999 [1962]: 144).

exista. Por el contrario, nos dice que es una ficción. Pero esta ficción es necesaria porque sin acudir a ella no podríamos tratar una norma como válida.

Asimismo, la teoría kelseniana descansa en una ontología normativa, al concebir las normas como entidades ideales que no son ni pueden ser producidas por la voluntad, porque pertenecen a la esfera de “deber”, como sea que la voluntad es un hecho y pertenece a la esfera del “ser”. La validez de una norma sólo puede estar basada a su vez en otra, y no en un hecho. Cuando una autoridad aprueba una norma, esa norma no es válida por razón de la voluntad en juego, sino sólo porque la norma más elevada que apoderó a esa autoridad ha prescrito que es válida y obligatoria. Kelsen fue capaz así de evitar la imputación de la *Grundnorm* a una voluntad.

Pero el sistema normativo del siglo XVI francés descansa en una ontología muy diferente, heredada del Derecho romano, y que supone que la ley es una expresión de la voluntad²². En tal caso, cualquier decisión o norma del sistema es válida porque ha sido aprobada por una autoridad delegada o autorizada por otra norma jurídica, pero ésta a su vez expresa también la voluntad de alguna entidad que no ha sido delegada por poder terrenal alguno (Martin, 2009). Al igual que con la *Grundnorm*, debemos asumir así que tal entidad (sea el pueblo, el rey o una aristocracia), posee una cualidad inherente que le capacita para producir Derecho sin haber sido autorizada. Esta cualidad es la soberanía.

De esta forma, lo que resulta sorprendente es que los juristas asuman tal premisa fácilmente. La soberanía no ha sido inventada por Bodino u otro cualquiera, como tampoco Kelsen inventó la *Grundnorm*, no hasta el punto de que estuviese ausente del Derecho positivo. El autor austríaco afirmó que era una premisa para cualquier jurista que se propusiera abordar cuál era el Derecho válido y que él tan sólo la había desvelado.

Asimismo, Bodino no inventó la soberanía porque tampoco describió el Derecho positivo, dado que no existió correspondencia entre su concepción de la legislación y las prácticas del siglo XVI (*Ibid.*). Ni especificó los procedimientos argumentativos de su época. Más bien lo suyo fue una teoría interpretativa en el sentido dworkiniano: lo que hizo fue descubrir el mejor argumento para justificar el poder de la entidad a la cual eran imputadas todas las normas del sistema, el argumento que resultaba asumido por todo el proceso normativo, y hacer que pudiera ser reconocido. Y tal fue el de que aquella entidad era soberana y poseía una cualidad divina.

El argumento de que la soberanía implicaba el monopolio del poder había sido descubierto por el monarca antes de la República bodiniana. Por ejemplo, en el edicto de Moulins de 1566 había justificado una prohibición de elevar impuestos para cualquier autoridad, advirtiendo que “obrar de otra manera supondría ignorar nuestra autoridad y majestad”²³.

Aquello fue utilizado con energía después de la publicación de la obra de Bodino, tanto por el monarca como por sus consejeros o súbditos que le urgían a aprobar legislación nueva. Así, los Estados Generales de 1614, con el fin de convertir al monarca y al reino en independientes de la iglesia, declararon que “desde que el rey resulta reconocido como soberano en su Estado y posee su Corona sólo por la gracia de Dios, ningún poder sobre la tierra, sea espiritual o terrenal, tiene derecho alguno sobre su Reino ni sobre la sagrada persona de nuestros monarcas, ni de dispensar a

²² Alchourrón y Bulygin (1979, 1981).

²³ Art. 25.

sus súbditos de la fe y obligaciones que les deben” (citado por Courtine en Robinet , 1985: 91 ss.).

Los reyes reclamaron expresamente aquella cualidad divina. Ya durante la celebración de la boda entre Arturo Tudor y Catalina de Aragón en 1501, la figura de uno de los pajes, que aparecía vestida como un dios, había sido recreada para asemejarse al monarca Enrique VII (Penn, 2011:60), y Jacobo I, que había leído a Bodino, insistió en el famoso discurso dirigido al Parlamento de 1609 en que “los Reyes no son sólo los únicos lugartenientes de Dios sobre la tierra, y que se sientan sobre el trono divino, sino que incluso son llamados dioses por el propio Dios”, una idea expresada más tarde por un Bossuet que les decía ante el tribunal “vosotros sois dioses”²⁴.

Uno de los puntos fuertes de la teoría bodiniana es que funciona bien tanto si el portador de la soberanía es el monarca como si lo es el pueblo o una mera abstracción, si la soberanía deriva de la delegación divina, tal y como sucede con el rey, o si se encuentra basada en la naturaleza del soberano, como ocurre en el supuesto del pueblo. Esto se debe a que la cualidad divina del monarca no es relativa a su virtud personal, sino sólo a la naturaleza de su poder. No es su cualidad divina la que le hace soberano, sino la soberanía la que le convierte en un dios.

Esta es la razón por la cual la teoría de la soberanía, a pesar de sus concomitancias con el derecho divino de los reyes, resulta esencialmente secular. El rey soberano no es la persona que se halla en el trono, sino la institución. Uno de los signos más claros del papel secularizador de la teoría de la soberanía es el cambio en la coronación. Ya en el siglo XIII, Felipe III se había convertido en rey después de la muerte de su padre y sería coronado sólo unos años más tarde. Así que no fue ni el juramento que ofreció ni el ungimiento los que le hicieron monarca. Sin embargo existía aún ungimiento con el aceite de la “sainte ampoule”, basado en el modelo de la ordenación de obispos, y que le otorgaba durante la Edad Media su cualidad carismática. Sólo después de haber sido ungido era capaz de realizar milagros y sanar al enfermo sufridor de “écrouelles”, una forma de tuberculosis que afectaba la piel, una escrófula, simplemente tocándoles.

Sin embargo, al final de aquel período no necesitó afirmar su cualidad carismática más y la fórmula que usaba cuando tocaba la piel cambió. En lugar de decir “el rey te toca, Dios te sana”, Luis XV dijo, “el rey te toca, Dios te permita sanar” (Mousnier, 1979; 625).

Que hay necesidad, por motivo de la jerarquía normativa, de utilizar el argumento de la soberanía como un principio de imputación, se desprende claramente de las luchas del siglo XVIII entre el monarca y los Parlamentos. Los Parlamentos reclamaron el derecho a rechazar el registro de las ordenanzas reales cuando chocaran con su interpretación de las leyes fundamentales del reino. Como hemos visto, fue un intento de extender la jerarquía creando un nuevo nivel sobre el monarca. Dado que empleaban amplia discreción en la interpretación de leyes fundamentales, fue un medio de participar en el ejercicio del poder legislativo, pero sin admitirlo. Asimismo, aunque esta interferencia en el legislativo fue disfrazada como control judicial, la idea de que el poder real podía ser controlado fue difícil de reconciliar con la doctrina de que el monarca era soberano. La forma más eficiente de intentar tal reconciliación fue señalando que, desde el momento en que los Parlamentos eran delegados por el soberano, siempre que ejercían control sobre el monarca actuaban

²⁴ “Vous êtes des dieux encore que vous mourriez, et votre autorité ne meurt pas... l’homme meurt, il est vrai, mais le roi, disons nous, ne meurt jamais. L’image de Dieu est immortelle” (Bossuet, 1982: 64).

en nombre del propio rey²⁵. Cuando rechazaban el registro de una ley no se oponían al deseo del monarca, pues éste era tan sólo la voluntad aparente del individuo que se encontraba en el Trono, no la auténtica voluntad del rey como institución. La voluntad real quedaba así expresada por el Parlamento. De esta forma, quedaba preservada la unidad del sistema y esta solución conllevaba dos beneficios añadidos. Suministraba una posible respuesta a la pregunta “¿por qué no puede el monarca, si es soberano, cambiar las leyes fundamentales del reino?”. La respuesta podía ser la de que “el monarca como individuo no puede, pero el rey como institución podría sin duda, pero gracias a los Parlamentos es lo suficientemente sabio como para no hacerlo”. Por otro lado, aporta una solución al problema de los controles al poder del soberano. La dificultad descansa en la idea de que si un soberano es controlado no es realmente soberano. La solución es reemplazar la idea de controles externos, tales como aquellos que se encontraban en varias instituciones como la iglesia, los cuerpos intermedios, o los tribunales, por controles internos que formen parte integrada del soberano. La soberanía permanece así sin sujeción, pero cada uno de sus componentes queda limitado. Este tipo de solución es el principio medular del gobierno constitucional.

5. Conclusión

La tesis de que el Estado, y en particular, su elemento constitutivo principal, la soberanía, emerge de resultas de la jerarquía normativa, se enfrenta a varias objeciones posibles. Dos se hallan fuertemente entrelazadas: primero, no queda explicada en qué forma se produjo el avance formidable del poder monárquico, resultado en realidad de varios factores sociales, políticos, religiosos o económicos, y en segundo lugar, tampoco puede explicarse por qué la jerarquía normativa creció en Francia y no -o no en el mismo grado- en otras partes de Europa; por qué se reprodujo una monarquía absoluta en Francia y no en Inglaterra. Sin embargo, mi tesis no pretende describir la organización política actual o efectiva, sino sólo el tipo de argumentación que caracteriza al Estado. Esta respuesta no debería ser una sorpresa. Cuando hablamos de los Estados en el Derecho Internacional y cuando los describimos como soberanos, llamamos Estado a cualquier entidad, tanto a China como los Estados Unidos o Mónaco o Andorra, que encaja con la definición, sin considerar su tamaño, fortaleza o capacidad actual para actuar independientemente. Lo mismo resulta cierto de la jerarquía normativa en los siglos XVI y XVII. El monarca quizás encuentre resistencia de otras instituciones. Incluso puede que fracase completamente en imponer su voluntad. Sin embargo, permanece el hecho de que asevera que los tribunales han sido autorizados por él, que son sus tribunales, que deberán aplicar sus leyes, que puede revocar sus decisiones o que los matrimonios han de ser celebrados de acuerdo con sus normas. La jerarquía normativa es un tipo de argumento que uno realiza acerca de la razón por la que una norma es válida o vinculante y que resulta acogido por diversas autoridades. Puede resultar más o menos exitoso, pero el hecho de que esté siendo utilizado es una prueba de la existencia de un sistema normativo. De manera similar, la existencia de una jerarquía normativa conduce al argumento de que hay un soberano, bien haya sido erigida por él mismo o bien por otra autoridad. El argumento puede entenderse como persuasivo o no. Pero queda el hecho de que está siendo utilizado, a diferencia de lo que ocurría en sistemas políticos previos, donde distintas clases de argumentos eran extraídos del Derecho canónico, la costumbre o las relaciones feudales, por aquellos que deseaban imponer su autoridad. El poder que está siendo ejercido a través de la defensa de una jerarquía normativa y de la existencia de un soberano puede ser identificado así como el Estado.

²⁵ Véanse los trabajos de Francesco Di Donato mencionados previamente.

Uno podría hallarse de acuerdo con que quizás exista alguna relación causal entre el desarrollo de una jerarquía normativa y la emergencia del concepto de soberanía y de todos modos rechazar que la primera haya producido al segundo. Pues la verdad apunta en sentido contrario, siendo el soberano quien produce la jerarquía normativa, por ejemplo, cuando el rey manda la publicación de costumbres, elabora reglas sobre el matrimonio u ordena la aplicación de ordenanzas por los tribunales. Naturalmente, el monarca necesitaba poderes para imponer su voluntad, pero no debe confundirse poder soberano del rey y soberanía, ni tomarse demasiado en serio la idea de que el rey “es” soberano. La soberanía no es una cualidad al modo de la fuerza física, la inteligencia o el prestigio, todos ellos capacidades del monarca. Es sólo un argumento que éste resulta impelido a inventar con el fin de justificar lo que hace, a saber, producir una jerarquía. El Estado como forma política aparece precisamente cuando el tipo de normas y las relaciones entre ellas resultan justificados por el concepto de soberano.

Bibliografía

- ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. (1979), *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia.
- ALCHOURRÓN C. Y BULYGIN, E. (1981), “The Expressive Conception of Norms”, en HILPINEN, R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, D. Reidel Publishing, Dordrecht.
- ALVAZZI DEL FRATE, P. (2000), L'interpretazione autentica nel XVIII secolo: divieto di interpretatio e riferimento al legislatore nell'illuminismo giuridico, G. Giappichelli, Torino.
- ALVAZZI DEL FRATE, P. (2008), “Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789”, *Revue Historique de droit français et étranger*, Núm. 2, pp. 253-262.
- BARRET-KRIEGEL, B. (1986), *Les chemins de l'Etat*, Calmann-Lévy, París.
- BEAUD, O. (1994), *La puissance de l'Etat*, PUF, París.
- BOBBIO, N. (1960), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Torino.
- BRAND, P. (2000), “La formation du système juridique anglais, 1150-1400”, en PADOA-SCHIOPPA, A. (dir.), *Justice et législation*, PUF, París.
- BOSSUET, J.B. (1825), “Troisième sermon pour le Dimanche des Rameaux, prêché devant le roi. Sur les devoirs des rois”, en *Œuvres complètes*, Vol. 4, Beaucé-Rusand, París.
- CARRÉ DE MALBERG, R. (2003 [1920]), *Contribution à la théorie générale de l'Etat; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Vol. I, Dalloz, París.
- CHARONDAS LE CARON, L. (1596), *Responses du droict François, confirmées par arrests des cours souveraines de France et rapportées aux loix Romaines...*, Thomas Soubron, Lyon.
- CHÉNON, É. (1926-1929), *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*. Tome 1, Sirey, París.
- COURTINE J.-F. (1985), “L'héritage scolastique dans la problématique théologico-politique de l'âge classique”, en MÉCHOULAN, H., *L'Etat baroque: regards sur la pensée politique de la France du premier XVIIe siècle*, Vrin, París.
- DE BOUTARIC, F. (1745), *Explication de l'Ordonnance de Blois*, Gaspard Henaut et Jean-François Forest, París.
- DAUCHY, S. y DEMARS-SION, V. (eds.) (2005), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, La mémoire du droit, París.
- DI DONATO F. (2003), *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

- DI DONATO, F. (2010), *La rinascita dello Stato - Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologna.
- DI DONATO F., (2011), "La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée", *Quaderni costituzionale*, Núm. 4, pp. 895-926.
- DUCCINI, H. y HERMANN, C. (2000), *Textes et documents: les monarchies française et espagnole du milieu du XVIe siècle à 1714*, Editions du Temps, Paris.
- DE MAS-LATRIE, L. (1881), "De la formule « Car tel est notre plaisir » dans la chancellerie française", en *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tomo 42, pp. 560-564.
- CASSESE S. (2002), *La crisi dello stato*, Laterza, Roma-Bari.
- VAN CREVELD, M. (1999), *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FIORAVANTI, M. (2001), "Sovereignty and Constitution. The European Model in the late nineteenth and the early twentieth century", en CAZZANIGA, G.M. y ZARKA Y.C. (dir.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Tomo II, Edizioni ETS – Vrin, Pisa – Paris.
- DUMAS, A. (1956), *Chicot the jester*, Collins, Londres.
- GENET, J.-P. (1997), "La genèse de l'État moderne", *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 118, pp. 3-18.
- GIORDANENGO, G. (1989), "Le pouvoir législatif du roi de France (XIe-XIIIe siècles): travaux récents et hypothèses de recherche", en *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tomo. 147, p. 283-310.
- GODIN, X. (2010), "La procédure de cassation au XVIIIe siècle". *Histoire économie & société*, Vol. 2010, Núm. 3, pp. 19-36.
- GRINBERG, M. (1997), "La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux: nommer, classer, exclure", *Annales. Histoire, Sciences Sociales*. Año 52, Núm. 5, p. 1017-1038.
- GUENÉE, B. (1968), "Espace et État dans la France du bas Moyen Âge", *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Año 23, Núm. 4, p. 744-758.
- HALL, J.A. (ed.) (1994), *The State. Critical Concepts*, Routledge, Londres y New York.
- HAY, C., LISTER, M., MARSH, D. (eds.) (2006), *The State. Theories and Issues*, Palgrave MacMillan, New York.
- HOLMES, C. (2000), "Les instruments juridiques du pouvoir et l'Etat dans l'Angleterre du début de l'époque moderne", en PADOA-SCHIOPPA, A. (dir.), *Justice et législation*, PUF, Paris.
- KELSEN, H. (1973), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing, Dordrecht/Boston.
- KELSEN, H. (1999 [1962]), *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris.
- KELSEN, H. (1928), *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, J.C.B. Mohr, Tübingen,
- KRYNEN, J. (1988), "« De nostre certaine science... » Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française", en RIGAUDIÈRE, A. y GOURON, A. *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Socapress, Montpellier.
- KRYNEN, J. (1993), *L'empire du roi; idées et croyances politiques en France XIIIè-XVè siècle*, Gallimard Paris.
- KRYNEN, J. (2000), "Entre science juridique et dirigisme: le glas médiéval de la coutume", *Cahiers de recherches médiévales*. Disponible en línea: <http://crm.revues.org/892>. Revisado el 13 de febrero de 2013.
- KRYNEN, J. (2009), *L'état de justice: France, XIIIe-XXe siècle., L'idéologie de la magistrature ancienne*, Tomo 1, Gallimard, Paris.

- LEBIGRE, A. (1988), *La justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Éditions Complexe, Paris.
- LOYSEAU, C. (1608), *Traité Des Seigneuries*, Abel l'Angelier, Paris,
- MACCORMICK, N. y SUMMERS, R.S (eds.) (1991), *Interpreting statutes. A comparative Study*, Aldershot, Dartmouth.
- DAVID, M. (1996), *La souveraineté du peuple*, PUF, Paris.
- MARTIN, F. (2009), "Jean Bodin et les forms", *Études d'histoire du droit offerts à Albert Rigaudière*, Economica, Paris.
- MARTIN, F. (2009), *Justice et législation sous le Règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, LGDJ, Paris.
- MESTRE J.-L. (1992), "L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les maximes du droit public français (1775)", Association française des historiens des idées politiques, *Actes du Colloque de Toulouse, 11-12-13 avril 1991, Etat et pouvoir, l'idée européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- SAINT-BONNET, F. (2000), "Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel?", *Droits*, Núm. 32, pp. 7-20.
- MOUSNIER, R. (1980), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, Vol. 1, PUF, Paris.
- HALÉVY, R. (2009), "La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire", *Jus Politicum*, Núm. 3, Disponible en línea: <http://www.juspoliticum.com/La-deconstitution-de-l-Ancien.html>. Revisado el 13 de febrero de 2013.
- MOUSNIER, R. (1979). *The institutions of France under the absolute monarchy, 1598-1789*. University of Chicago Press, Chicago.
- NEHLSSEN VON STRYK, K. (2000), "Centralisation de la justice et formation d'une hiérarchie judiciaire dans l'Etat du début de l'époque moderne : l'exemple de la principauté de Hesse", en PADOA-SCHIOPPA, A. (dir.), *Justice et législation*, PUF, Paris.
- PAULIAT, L. (1887), *La politique coloniale sous l'Ancien Régime d'après des documents empruntés aux archives coloniales du Ministère de la marine et des colonies*, Calmann Levy, Paris.
- FIORAVANTI, M. (2012), "Le préjugé de la couleur; François-André Isambert et l'administration de la justice aux Antilles françaises pendant la Restauration", *Cahiers Poitevins d'Histoire du Droit*, Núm. 4, pp. 113-151.
- PENN, T. (2011), *Winter King. The Dawn of Tudor England*, Penguin, Londres.
- PENNINGTON, K. (1993), "Laurentius Hispanus and Pro ratione voluntas", in *Popes, Canonists, and Texts 1150-1550*, Variorum, Aldershot.
- PUFENDORF, S. (1706), "Livre VIII: Où l'on traite des principales parties de la souveraineté", *Le droit de la nature et des gens, traduit du latin par Jean Barbeyrac*, Chez Henri Schelte, Amsterdam.
- QUARITSCH, H. (1986), *Souveränität: Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland von 13 Jh. bis 1806*, Duncker & Humblot, Berlín.
- RENOUX-ZAGAMÉ M.-F. (2010), "Juger la loi au nom du droit naturel: fondements et portée du contrôle des Parlements de la monarchie", *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Disponible en línea: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-28/juger-la-loi-au-nom-du-droit-naturel-fondements-et-portee-du-controle-des-parlements-de-la-monarchie.52716.html>. Revisado el 13 de febrero de 2013.
- RENOUX-ZAGAMÉ, M.-F. (2003), *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, Paris.
- RIGAUDIÈRE, A. (1997), "Pratique politique et droit public dans la France des XIVème et XVème siècles", *Archives de Philosophie du droit*, Vol. 41, pp. 83-114.

- RIGAUDIÈRE A. (2003), *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Age. XIIIe-XVe siècle*, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, Paris.
- RIGAUDIÈRE, A. y GOURON, A., (1988), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Socapress, Montpellier.
- ROSS A. (1961), *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires.
- ROSS A. (1992 [1961]), "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", en JORI, M. (ed.), *Legal Positivism*, Aldershot, Dartmouth.
- SAINT-BONNET, F. (2000), "Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel", *Droits*, Núm. 32, pp. 7-20.
- SAINT-BONNET, F. (2001), "Le Parlement, juge constitutionnel (XVI-XVIIIème siècle)", *Droits*, Núm. 34, pp. 177-197.
- SAINT-BONNET, F. y SASSIER, Y. (2011), *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, Paris.
- SEARLE, J.R. (1969), *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SÈVE, R. (1985), "Le discours juridique dans la première moitié du XVIIème siècle", en MÉCHOULAN, H., *L'État baroque : regards sur la pensée politique de la France du premier XVIIe siècle*, Vrin, Paris.
- THOMAS, Y. (1991), "L'institution de la majesté", *Revue de Synthèse*, Núms. 3-4, pp. 331-386.
- TROPER, M. (2001), *Le droit, la théorie du droit, l'État*, PUF, Paris.
- TROPER M. (2010), "The survival of sovereignty", en KALMO, H. y SKINNER, Q. (eds.), *Sovereignty in Fragments. The Past, Present, and Future of a Contested Concept*, Cambridge University Press, Cambridge.
- VAN GELDEREN, M. (2002), "Aristotelians, Monarchomachs and Republicans: Sovereignty and *respublica mixta* in Dutch and German Political Thought, 1580-1650", en SKINNER, Q. y VAN GELDEREN, M. (eds.), *Republicanism and constitutionalism in early modern Europe*: Cambridge University Press, Cambridge.
- WEIDENFELD, K. (2001), *Les origines médiévales du contentieux administratif, XIV-XVè siècles*, De Boccard, Paris.
- WILKS, M.J. (1963), *The problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge.



Breve lección sobre la igualdad*

Riccardo Guastini

Università degli Studi di Genova

guastini@unige.it

Resumen

El trabajo analiza el principio de igualdad recogido en la Constitución italiana tanto en su vertiente de principio y de derecho subjetivo como en su proyección de norma para la jurisdicción y para la legislación. Este principio se encuentra vinculado al principio de razonabilidad y sirve para explicar cómo genera lagunas en el ordenamiento y cómo se procede a su solución. Finalmente, expone el principio de equiparación y su tensión con el principio de igualdad.

33

Palabras clave

Principio de igualdad, jurisdicción y legislación, principio de razonabilidad, omisión, principio de equiparación.

A brief lesson on equality

Abstract

This paper analyzes the principle of equality recognized by the Italian Constitution as a norm of principle as well as a subjective right. The effects of this principle on jurisdiction and legislation are also studied. The author links the principle of equality to the principle of reasonability and explains the way in which loopholes are produced and how they can be resolved. Finally, he explains the principle of equalization and its tension with the principle of equality.

Keywords

Principle of equality, jurisdiction and legislation, principle of reasonability, omission, principle of equalization.

* Traducción del italiano de José María Sauca

1. La igualdad como norma y como derecho subjetivo

Dispone el art. 3.1 de la Constitución italiana: “todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni condiciones personales o sociales”. Parece natural leer esta disposición a la luz de su más ilustre precedente histórico: el art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) que sostenía “los hombres nacen y permanecen iguales en derechos”. La igualdad de la que hablamos, subrayo, es la igualdad *en derechos*.

La igualdad en derechos, por otro lado, muestra dos caras: puede ser concebida como norma (una norma de principio) o como (contenido de un) derecho subjetivo.

La igualdad en cuanto norma de principio. El principio de igualdad prohíbe la discriminación *en la distribución de los derechos* (y, por tanto, también de las obligaciones ya que es claro que a todo derecho corresponde una obligación y viceversa). Naturalmente, el principio de igualdad no pretende que tengamos iguales derechos, digamos, los asesinos y los asesinados; los deudores y los acreedores, etc. Pretende que tengamos iguales derechos todos los acreedores indistintamente (no derechos diferentes para los acreedores blancos y los acreedores negros), todos los asesinos (no derechos diferentes para asesinos masculinos y asesinos femeninos), etc. Además, como veremos a continuación, esto es el problema y no la solución. Parece obvio que los acreedores y los deudores deban tener derechos diferentes. Pero, ¿deben tener derechos diferentes, por caso, los empresarios del sector del transporte por carretera y, respectivamente, los de transporte ferroviario?, ¿los trabajadores del sector de los transportes urbanos y, respectivamente, de los interurbanos? La ejemplificación podría fácilmente continuar. En definitiva, el problema es el siguiente: ¿Cuándo una distinción de situaciones y por tanto una diferente atribución de derechos está justificada?

La igualdad en cuanto derecho subjetivo. Entendida como el contenido de un derecho subjetivo, la igualdad es el derecho al *igual tratamiento en la distribución de los derechos*. De esta manera, la igualdad es por tanto un meta-derecho, un derecho “de segundo grado”, que no tiene como objeto una “cosa” (como los derechos reales) ni un comportamiento del sujeto (como los derechos de libertad), ni tampoco un comportamiento ajeno (como el derecho de crédito) sino otros derechos.

2. Igualdad, jurisdicción, legislación

¿Cuáles son los destinatarios del principio de igualdad? El principio de igualdad, especialmente si está contenido, como en nuestro caso, en una fuente de rango constitucional, puede ser dirigido bien al legislador ordinario bien a los órganos de aplicación (y señaladamente a los jueces). En ambos casos, tenemos que vernos con una meta-norma o un norma de “segundo grado”, o sea, con una norma que no disciplina directamente la conducta de los ciudadanos sino que se ocupa, sin embargo, de (la producción o la aplicación de) otras normas. En un caso (la dirigida al legislador), se trata de una meta-norma sobre la legislación: ella constituye la igualdad *en la ley*. En el otro caso (la dirigida a los órganos de aplicación), se trata de una meta-norma sobre la aplicación del derecho: ella constituye la igualdad *ante* (o en la aplicación de) la ley.

El principio de igualdad como norma sobre la jurisdicción. En sentido estricto, el art. 3.1 de la Constitución [italiana] parecería propiamente una norma sobre la jurisdicción dirigida a los jueces. La expresión “ante la ley” parece significar: en la aplicación de la ley. No obstante, leyendo el art. 101.2 de la Constitución [italiana] – “los jueces sólo están sometidos a la ley”- que formula el principio de legalidad en la jurisdicción, se alcanza una conclusión distinta. Pongamos que si un derecho (o una obligación) es conferido por la ley (o impuesto) a todos los ciudadanos y un juez (por cualquier razón) no se lo reconociese a un ciudadano estaría violando –antes incluso que la constitución- la propia ley.

(Cierto, no es imposible que un juez viole la ley pero normalmente la violación no se presenta como tal. Se presenta, por el contrario, como derogación de una norma por vía de interpretación. Pongamos un ejemplo banal. Supongamos una disposición penal que castigue todos los hurtos sin distinción. Sin embargo, puede ocurrir que a un juez le parezca injusto castigar a un niño hambriento que ha robado una manzana. Para dictar una sentencia de absolucón, el juez razonará más o menos así: aunque la literalidad de la disposición se aplica a todos los hurtos, no podía ser la intención del legislador que fuesen castigados también los hurtos de levísima entidad cometidos por menores en estado de necesidad; por tanto, se debe considerar que en la norma hay una excepción tácita, implícita (enunciado contrafáctico: si el legislador hubiese tomado en consideración el caso, habría explicitado la excepción) y que, en definitiva, la norma es derogable (sujeta a derogación). Ahora bien, el art. 3.1 puede ser comprendido como una prohibición dirigida al juez de practicar este tipo de técnica interpretativa y, por tanto, como una orden de aplicar uniformemente la ley a todos los casos comprendidos en su campo de aplicación a pesar de que probablemente nadie nunca haya considerado una cosa así).

35

El principio de igualdad como norma sobre la legislación. A la luz de esta observación, parece obvio que el principio de igualdad es esencialmente una norma sobre la legislación dirigida al legislador.

Ahora bien, puede plantearse: ¿Qué está prohibido exactamente al legislador por este principio? Literalmente se diría: está prohibido al legislador discriminar entre los ciudadanos por razones de sexo, raza, etc. Se advierte que ésta no es un norma genérica del tipo “está prohibido discriminar entre los ciudadanos” y punto. Al legislador le está prohibido no ya discriminar –o sea distinguir- sin ulteriores especificaciones. Al legislador le está prohibido discriminar, distinguir, *según algunos criterios de distinción.*

Es natural que sea así; como se decía antes, el principio de igualdad en cuanto dirigido al legislador no puede sensatamente prescribir al legislador tratar a *todos* (todos los individuos: asesinos y asesinados, acreedores y deudores...) del mismo modo.

Asumamos por comodidad que toda norma de conducta sea, en último término, reducible a un enunciado que adscribe una situación jurídica subjetiva (una obligación, un derecho, etc.) a una clase de individuos. Ahora bien, para decirlo con Kelsen, “sería absurdo imponer a todos los individuos exactamente las mismas obligaciones o conferirles exactamente los mismos derechos sin hacer entre ellos distinción alguna”, sin distinguir, pongamos, entre ciudadanos y extranjeros, entre demandantes y demandados, entre adultos y neonatos, entre poseedores y no poseedores y así sucesivamente. Un principio de igualdad de este tenor equivaldría a una prohibición absoluta de legislación ya que legislar es necesariamente distinguir y, en este sentido, “discriminar”: toda norma jurídica estatuye una consecuencia

jurídica para un cierto supuesto abstracto (una clase de casos) y así distingue tal supuesto de todas las demás.

El contenido del principio de igualdad dirigido al legislador ordinario sólo puede ser la prohibición de adoptar leyes que fundan una diferencia de tratamiento sobre ciertas diferencias de hecho bien determinadas –y expresamente *nominadas*– tales como, por ejemplo, el sexo, la raza, etc. Una eventual disposición constitucional formulada como principio de igualdad universal (“Todos deben ser tratados del mismo modo sin distinción *alguna*”) no podría sensatamente ser interpretada como una norma dirigida al legislador: podría quizá ser entendida como una norma dirigida a los órganos de aplicación.

El contenido de una eventual norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación y señaladamente a los órganos jurisdiccionales, sería la prohibición de tomar en consideración otras diferencias que las ya consideradas relevantes por el legislador: la prohibición de distinguir (pongamos, entre trabajadores del textil y trabajadores metalúrgicos, o entre cristianos y judíos, o entre hurtos de leve y de no leve entidad) allí donde el legislador no haya a su vez distinguido. Así pues, como ya se ha visto, una norma semejante se reduciría, muy simplemente, al mandato de aplicar (“fíelmente”) la ley sin introducir subrepticamente en ella alguna excepción¹.

3. De la igualdad a la razonabilidad

No obstante, a partir de los años sesenta del siglo pasado, la Corte Constitucional [italiana] interpreta el art. 3.1 de la Constitución [italiana] recordando la concepción aristotélica de la igualdad: los casos iguales deben ser tratados de modo igual, los casos diferentes deben ser tratados de modo diferente. Esta interpretación convierte la prohibición de discriminación *específica* (sexo, raza, etc.) en una prohibición *genérica*. Precisamente: en una norma prácticamente vacía de contenido. La única cosa que prohíbe una norma semejante son las leyes particulares y concretas. Ella prescribe dictar normas generales (con cuantificador universal: “todos”) que se aplican así a *clases* de casos².

Este modo de interpretar el art. 3.1 tiene consecuencias incalculables. Señalo tres:

(1) El principio de igualdad, así considerado, es una norma de supuesto de hecho abierto: en otras palabras, el elenco de discriminaciones prohibidas, contenido en el art. 3.1, es meramente ejemplificativo (especifica el principio, no lo agota). Están prohibidas no solo aquellas siete causas de discriminación (sexo, raza, etc.) sino que está prohibida cualquier discriminación que no sea “razonable”, o sea, justificada por la objetiva diversidad de las situaciones.

(2) El principio de igualdad, así considerado, es una norma derrotable: esas siete prohibiciones de discriminación, enumeradas en el art. 3.1, son derogables, esto es, sujetas a excepciones implícitas no especificables *a priori*. No está excluido

¹ De ello podría ser inducido a concluir que el principio de igualdad dirigido a los órganos de aplicación es, después de todo, perfectamente inútil. Realmente, sin embargo, no es exactamente así. Como decía más arriba, la introducción de distinciones (entre casos o entre individuos, la cosa no cambia) diferentes y ulteriores respecto a las distinciones instituidas por el legislador es una técnica interpretativa muy común (que se dirige obviamente a interpretaciones restrictivas). Se entiende que a casos diferentes se aplican consecuencias jurídicas diferentes, también allí donde el legislador (distráido) haya omitido disponer en tal sentido.

² Pero, nótese, una norma general puede, de hecho, referirse a un solo caso concreto. Imaginen una disposición normativa del siguiente tenor, formulada con el cuantificador universal: “Todos aquellos que son propietarios de tres canales de televisión y del equipo de fútbol llamado Milán...”.

que una ley incluso distinguiendo según el sexo, o la raza, etc. sea, sin embargo, conforme a la constitución con tal que la distinción sea “razonable”, o sea, justificada.

(3) El principio de igualdad se convierte así en principio de razonabilidad. Son constitucionalmente legítimas todas y sólo aquellas distinciones que sean razonables, o sea, que parezcan justificadas por la Corte Constitucional.

Resumiendo: de un lado, una ley puede ser inconstitucional aunque distinga entre los ciudadanos por razones diferentes de las expresamente enumeradas, por ejemplo la edad (la norma tiene un antecedente abierto); de otro, una ley puede ser no inconstitucional incluso distinguiendo entre los ciudadanos por una de las razones expresamente enumeradas, por el ejemplo el sexo (la norma es derrotable, sujeta a excepciones implícitas).

Es cierto que la cláusula “condiciones personales” es omnicompreensiva y permite considerar que la norma tenga antecedente abierto también a la luz de la simple interpretación literal. Pero no hay bases textuales para considerar que la norma sea también derrotable: las excepciones implícitas (tales que, por ejemplo, en ciertas circunstancias una distinción sobre la base del sexo puede, a pesar de todo, estar constitucionalmente justificada) dependen enteramente de juicios de valor del juez constitucional.

Naturalmente, el juez de la razonabilidad es la Corte Constitucional. Esta interpretación se resuelve por lo tanto en un desplazamiento de poderes normativos del Parlamento a la Corte Constitucional.

37

Así entendido, el principio de igualdad exige ser concretado en las diferentes circunstancias. Concretar un principio significa obtener del mismo reglas específicas. Algunos ejemplos. ¿Es legítima la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres o constituye, por el contrario, discriminación injustificada? ¿Es legítimo prever una cuota a candidatas femeninas en las listas electorales de los ayuntamientos o constituye discriminación injustificada (de los potenciales candidatos de sexo masculino)? ¿Es legítimo prever medidas financieras a favor de las empresarias femeninas o constituye discriminación injustificada (frente a los empresarios de sexo masculino)? El principio de igualdad no dice nada sobre el trabajo nocturno, la composición de las listas electorales o el financiamiento de las empresas.

Para hacer posible la comparación entre el principio de igualdad y la regla (por ejemplo) sobre las listas electorales es necesario derivar del principio una regla (no expresa) –supuesto de hecho cerrado, inderrotable, no genérico– que tenga *el mismo antecedente* (que discipline así la misma clase de supuestos de hecho: en el caso, la composición de las listas electorales) de la regla cuya legitimidad constitucional se discute. Lo mismo puede decirse sobre el trabajo nocturno, sobre la financiación de las empresas y así sucesivamente.

4. La igualdad como fuente de lagunas axiológicas

El principio de igualdad, así entendido, es una potente máquina para crear lagunas axiológicas. En general, se denomina “laguna axiológica” la falta de una norma que –según las subjetivas preferencias ético-políticas (axiológicas por tanto) del intérprete– *debería existir*. En particular, aquí se habla de normas que deberían existir porque son exigidas precisamente por el principio de igualdad. Sucede que un caso sea efectivamente regulado por una norma pero que tal regulación no sea conforme a lo que exige el principio de igualdad. Dos ejemplos imaginarios.

(1) El legislador ha establecido una desgravación fiscal a las “empresas” en general; de esta manera, ha omitido distinguir entre la clase de empresas dos subtipos –las “grandes” y las “pequeñas”– que siendo (a juicio del intérprete) “sustancialmente” diferentes, exige distintas regulaciones. Falta por tanto una norma *diferenciadora* que reconecte a una o a otra de las dos subclases de supuestos de hecho una consecuencia jurídica distinta.

(2) El legislador ha previsto un cierto régimen de pensiones para los conductores de tranvías; de esta manera, el legislador no ha tomado en consideración a otra clase de trabajadores, los ferroviarios, que siendo (a juicio del intérprete) “sustancialmente” iguales a la clase de los conductores de tranvías, exigiría el mismo tratamiento en sus pensiones. Falta por tanto una norma *igualadora* que conecte al supuesto de hecho “ferroviarios” la misma regulación.

Los dos casos examinados son axiológicamente equivalentes ya que en ambos se ha violado el principio de igualdad, entendido en la forma que se ha señalado: como doble obligación de tratar del mismo modo supuestos de hecho iguales y de tratar de modo diferente supuestos de hecho distintos. En ambos casos *falta* por tanto una norma: se trata de una omisión del legislador. En un caso falta una norma diferenciadora (los casos diferentes deben tratarse de forma diferente): el legislador no ha tomado en consideración una diferencia (a juicio del intérprete) “sustancial” o “relevante” entre los dos supuesto de hecho (grandes y pequeñas empresas, respectivamente) y ha establecido para ellas la misma regulación, *omitiendo* diferenciarlas. En el otro caso falta una norma igualadora (los casos iguales deben ser tratados de un modo igual): el legislador al regular una clase dada de supuesto de hecho (los conductores de tranvías), ha *omitido* regular de la misma manera a otra clase de supuesto de hecho (los ferroviarios), que considerada por el intérprete “sustancialmente” igual a la primera, *omite* conectarle la misma consecuencia jurídica.

5. De las lagunas a las sentencias aditivas

El principio de igualdad está en el origen de las sentencias “aditivas” de los jueces constitucionales (en Italia y otros lugares). Se denominan “aditivas” aquellas sentencias constitucionales en cuyo fallo se declara constitucionalmente ilegítima una disposición “en la medida en que *no prevé*” un determinado tema que debería preverse para ser conforme a la constitución.

Supongamos (ejemplo imaginario) que una norma confiera un derecho (o cualquier otra situación jurídica subjetiva) a una determinada clase de sujetos, pongamos los trabajadores metalúrgicos, y que omita conferir el mismo derecho a una clase diferente de sujetos, pongamos los trabajadores del sector químico. Supongamos además que, según la opinión de la Corte constitucional, las dos clases de sujetos, metalúrgicos y trabajadores de la industria química, sean iguales y merezcan por ello un tratamiento igual. Entonces, la norma en cuestión es inconstitucional por violación del principio de igualdad en cuanto *omite* conferir el mismo derecho también a los trabajadores de la industria química. Por tanto, esa norma debe ser declarada constitucionalmente ilegítima. Sin embargo, en los casos de ese tipo hay que poner atención en que la Corte no declara inconstitucional la norma a ella sometida: hace una cosa diferente. La Corte estatuye que la norma es constitucionalmente ilegítima *en la parte en que no* extiende el derecho en cuestión también a los trabajadores de la industria química.

Como se puede observar, ésta no es, propiamente, una declaración de ilegitimidad constitucional, en el sentido de que la disposición de que se trata *no* es

en absoluto anulada por la Corte: los metalúrgicos conservan el derecho que se les ha conferido por la norma (cosa que no ocurriría si tal norma fuese declarada inconstitucional). De hecho, estas sentencias no tocan de modo alguno la norma que sin embargo, aparentemente, declaran ilegítima ya que se refieren no a la norma existente sino más bien, paradójicamente, a una “ausente”, una norma absolutamente implícita (si no imaginaria).

Así, lo que hace la Corte es añadir al ordenamiento vigente una norma nueva, apócrifa, que adscribe el derecho de que se trata también a los trabajadores de la industria química. La ley estatuyó: (N1) “Si metalúrgico, entonces derecho D”; la Corte añade: (N2): “Si trabajador de la industria química, entonces derecho D”. Esta nueva norma es una norma de rango legislativo, creada intersticialmente por la propia Corte, derivándola de la interpretación de la Constitución: una norma que “debe” ser válida según la Constitución y que, por ello, es concebida sin duda como válida si bien tácita. Al tratarse precisamente de una norma tácita, construida combinando una norma constitucional (el principio de igualdad) con la norma legislativa sometida al juicio de la Corte.

En honor de la verdad, las sentencias de este tipo se prestan también a una reconstrucción diferente. Alguno sostiene que en realidad la Corte no es que “añada” una nueva norma al ordenamiento, sino que se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de una norma preexistente, por demás tácita, y precisamente de una norma derivada (“construida”) *a contrario* de aquella en discusión. En otras palabras, la Corte no “añade” al ordenamiento la norma “Si trabajadores de la industria química, entonces D” sino que declara constitucionalmente ilegítima la norma –implícita– “Si trabajador de la industria química, entonces no-D”. Queda el hecho de que declarar inconstitucionalmente ilegítima la norma “Si trabajador de la industria química entonces no-D” no tiene otro efecto que introducir en el ordenamiento la norma –por así decir, igual y contraria – “Si trabajador de la industria química, entonces D”³.

6. El principio de equiparación

Dispone el art. 3.2 de la Constitución [italiana]: “Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”.

Es evidente que se está hablando de igualdad social, de hecho, que es conceptualmente independiente de la igualdad jurídica recogida en el número anterior del mismo artículo. El número 1 del art. 3 de la Constitución [italiana] iguala a los ciudadanos *en derechos*. El número 2 supone que los ciudadanos no son (o, por así decir, constata que no son) iguales *en los hechos*. En virtud del número 1, los ciudadanos *son* jurídicamente iguales, *de iure*. El número 2 recomienda (al

³ Incidentalmente diría: el principio de igualdad está potencialmente en conflicto con las normas constitucionales que atribuyen potestad legislativa a las Regiones. El principio excluye realmente todos los tratamientos diferentes de los ciudadanos, mientras que la autonomía legislativa de las Regiones implica la posibilidad de un tratamiento diferente de los ciudadanos en las diferentes regiones. En algunas ocasiones, la Corte ha estimado que el principio de autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad, declarando inadmisibles una colisión entre normas estatales y normas regionales, o entre normas de diferentes Regiones, para valorar la eventual violación del principio de igualdad; en otras ocasiones, ha estimado por el contrario que el principio de autonomía regional debe ceder ante el principio de igualdad puesto que ha considerado que la ley regional es incompetente en materia de relaciones civiles y de sanciones penales.

legislador y también al ejecutivo) igualarlos no jurídicamente sino socialmente ya que no son socialmente iguales.

Se trata, en definitiva, de una directiva de política jurídica según la cual los ciudadanos deben ser (mediante instrumentos jurídicos) socialmente *igualados*. La diferencia extrajurídica entre ellos debe ser no ya preservada sino eliminada, removida, mediante el derecho.

Si el principio de igualdad impone al legislador hacer abstracción de las diferencias (de algunas diferencias: sexo, raza, etc.), el principio de equiparación –o de parificación, si se prefiere– recomienda, por el contrario, tener en cuenta las diferencias que se desarrollan entre las personas, en razón de su pertenencia a distintos grupos sociales (étnicos, lingüísticos, etc.) a fin de eliminarlas o, por mejor decir, a fin de eliminar las consecuencias desfavorables que se producen. En definitiva, el principio de equiparación exige que se tomen en consideración las desventajas que pesan sobre los distintos grupos sociales. Y la equiparación pasa precisamente por la eliminación o, al menos, la reducción si no de las diferencias cuanto menos de las consecuencias desfavorables que se derivan de la existencia de diferencias.

En definitiva, el art. 3.2 es una disposición programática dirigida esencialmente al legislador que recomienda políticas de equiparación social, o sea, recomienda que se adopten leyes adecuadas para equiparar⁴.

Obsérvese: si el legislador omite seguir tal recomendación, tenemos un tipo de omisión del legislador totalmente diferente de la hallada anteriormente. Antes hemos encontrado una omisión *en el* legislar (omisiones de normas, esto es, normas ausentes). Ahora tenemos omisiones de *leyes*, omisiones *de* legislar. Según algunos, omisiones de este tipo configuran igualmente lagunas lesivas de la Constitución.

La diferencia está en esto: la omisión del primer tipo (omisión de una norma en una ley) es sancionable (la Corte constitucional ha inventado el instrumento de las sentencias aditivas); la del segundo tipo no (no hay aquí una ley sobre la que la Corte pueda pronunciarse, ni, de otra parte, la Corte puede legislar ella misma).

7. Derecho desigual

Parece obvio que el medio para equiparar socialmente, con medios jurídicos, al que no es igual, en particular a quien es socialmente desaventajado, es atribuir a los socialmente desaventajados ventajas jurídicas, o sea, distribuir los derecho de modo *desigual*⁵.

En otras palabras, un instrumento jurídico típico para eliminar las diferencias extrajurídicas es, paradójicamente, la adopción de regulaciones jurídicas diferenciadas (de normas diferenciadoras). El fin es la igualdad social (entendida en

⁴ En la Constitución hay un doble eco del principio de equiparación. El art. 51.1 (ley constitucional 1/2003) dispone: “La República promueve con las disposiciones adecuadas la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres” en el acceso a la función pública y a los cargos públicos. El art. 117.7 (ley constitucional 3/2001) dispone a su vez: “las leyes regionales remueven todo obstáculo que impida la plena paridad de los hombres y las mujeres en la vida social, cultural y económica y promueven la paridad de acceso entre hombres y mujeres a los cargos electivos”.

⁵ Es más, esto es lo que prevé expresamente el art. 6 de la Constitución sobre la tutela de las minorías lingüísticas que deroga el art. 3.1 que prohíbe toda distinción por razón de lengua. El problema del que la Corte ha tenido la ocasión de ocuparse es si el principio de tutela de las minorías lingüísticas consiente o no el uso del esloveno en el proceso civil y si es así, ¿con qué límites?

sentido amplio); el medio es, como quería Marx, el “derecho desigual”, o sea, la desigualdad jurídica. Por ejemplo, cuotas femeninas en los cargos y en las listas electorales; reserva de puestos a los discapacitados, reservas a los discapacitados en la progresión de su carrera; cuotas de personas de raza negra en las escuelas o en la universidad (USA); etc.

Son estas denominadas “acciones positivas” que según algunos constituyen otras tantas discriminaciones inversas (por ejemplo, una norma que impone cuotas femeninas constituye una discriminación para los varones; una norma que favorece a los discapacitados constituye una discriminación para los no discapacitados, etc.).

8. Conflicto entre igualdad y equiparación

Las acciones positivas dan aplicación al número 2 del art.3 de la Constitución [italiana], pero están en conflicto con el número 1. El principio de igualdad jurídica excluye toda forma de discriminación; el principio de equiparación social admite las discriminaciones “positivas” a fin de eliminar las desigualdades sociales.

En estas circunstancias, la Corte constitucional no puede hacer otra cosa que un “equilibrio” entre dos principios (el de igualdad y el de equiparación). El equilibrio (o ponderación) consiste en instituir entre dos principios -que tienen un mismo rango en la jerarquía de las fuentes (se trata de dos normas constitucionales)- una jerarquía axiológica (de valores), decidiendo que en un caso dado un principio prevalece sobre el otro (tiene más valor).

Sin embargo, estas jerarquías de valores, construidas por el juez constitucional, son inestables. A veces prevalece un principio, a veces el otro. Por ejemplo, en el caso de las medidas a favor del empresariado femenino, la Corte ha estimado prevalente el principio de equiparación; ha considerado también prevalente el principio de equiparación en el caso de un tratamiento favorable para los trabajadores en el seno del proceso laboral. Por el contrario, en el caso del trabajo nocturno para las mujeres y -antes de la doble revisión de la Constitución del 2001 y del 2003- y en el de las cuotas de las candidatas femeninas en las listas electorales de las corporaciones locales, la Corte ha estimado prevalente el principio de igualdad (con el argumento acerca de las cuotas de que ninguna discriminación es admisible cuando se trata de derechos fundamentales como el derecho a ser elegido en órganos representativos).

En general, la Corte usa el número 2 del art. 3 como criterio para valorar la razonabilidad de una derogación del número 1 (esto es, a la igualdad en los derechos): una derogación -la atribución de los derechos desiguales- está justificada cuando teniendo en cuenta las circunstancias de hecho, se dirige a remover las desigualdades sociales.

Por ejemplo, una ley tributaria dispone que el contribuyente, para poder impugnar un requerimiento tributario ante el juez, debe antes abonar el tributo requerido. La norma es igualitaria: se aplica indiferentemente a todos, pudientes y no pudientes. Pero, de esta manera, impide a los no pudientes el ejercicio del derecho de actuar en juicio. La Corte ha considerado no razonable tratar del mismo modo los dos casos de sujetos a la luz del número 2 del art. 3.



Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

agreppi@der-pu.uc3m.es

Resumen

Una respuesta muy plausible a la pregunta sobre su justificación, consiste en decir que la democracia es el método más adecuado para tomar decisiones que satisfagan los intereses de los ciudadanos. Siguiendo una estrategia tan simple como esta, muchas teorías democráticas asumen un reclamo epistémico. Otras teorías, en cambio, siguen un camino diferente, pues explican y justifican la adopción de procedimientos democráticos por el derecho que tienen los ciudadanos a tomar parte en la formación de la voluntad colectiva. Si las primeras teorías pueden describirse como epistémicas, las segundas pueden llamarse doxásticas, porque en ellas la legitimidad no depende en la corrección de las decisiones, sino de la mera expresión de preferencias. El objetivo de este trabajo es trazar esta distinción. La hipótesis es que cada uno de estos dos enfoques se conecta con una diferente manera de entender las fuerzas motivacionales que respaldan la formación de una esfera pública democrática.

Palabras clave

Democracia deliberativa, teoría de la democracia, razón pública, constructivismo político, verdad.

Epistemic and doxastic conceptions of democracy

Abstract

A very plausible answer to the question about its justification, is that democracy is the most appropriate method to take decisions that meet citizens' interests. By following this quite simple strategy, many democratic theories embrace an epistemic claim. Nonetheless, many other theories follow a different path. They explain and justify the adoption of democratic procedures appealing to the right of citizens to participate in the formation of a collective will. If former theories are epistemic, the later may be called doxastic, because legitimacy does not depend on the correctness of decisions, but on the mere expression of preferences. The aim of this paper is to sketch this distinction. The hypothesis is that each of these two approaches is connected with a different understanding of the motivational forces that sustain a democratic public sphere.

Keywords

Deliberative democracy, democratic theory, public reason, political constructivism, truth.

1. Opinión democrática y verdad

El debate sobre las cualidades epistémicas del método democrático ha ido ganando terreno en los últimos tiempos. Aunque se trata en el fondo de una vieja cuestión (Arendt, 2003; Beiner, 2008), hay varias razones que explican este renovado interés. La inquietud por la calidad de las decisiones democráticas es comprensible en sociedades cada vez más complejas, en las que se requieren niveles crecientes de competencia técnica, que no están al alcance de la mayor parte de los ciudadanos. Por otra parte, en la sociedad de la información, aumenta la potencia y se vuelven más sutiles y penetrantes los medios de condicionamiento de la opinión. En estas condiciones, el peligro es doble: de un lado, el incremento exponencial de la cantidad de información circulante dificulta la formulación de un juicio responsable; de otro, se incrementan los márgenes en los que los poderosos pueden ejercer con éxito la facultad de condicionar la voluntad ajena. Se entiende así que la referencia a la verdad se haya convertido en un punto de referencia central para la reconstrucción crítica de los procesos de legitimación democrática.

En la teoría democrática reciente, la apelación al factor epistémico ha sido explícita en algunos casos. Así, por ejemplo, en su reconstrucción del constitucionalismo democrático, Carlos Santiago Nino pone el énfasis en la capacidad de los procedimientos para el conocimiento de los intereses propios y ajenos, en el papel que juegan en ellos los argumentos basados en razones y no en factores emocionales, para la detección de errores fácticos y lógicos, y sobre todo para “conducir al individuo hacia la imparcialidad”¹. Otras veces, en cambio, el factor epistémico queda en segundo plano. Por ejemplo, si Jon Elster puede identificar tres lógicas distintas para la adopción de decisiones —la deliberación, la negociación y el voto— es porque presume que la deliberación conduce *por sí misma*, al menos en algunos casos felices, a la formación de acuerdos que todos los participantes en la deliberación podrán aceptar libremente (Elster, 2001:18-19; Besson y Martí, 2006a: XVII; Weinstock y Kahane, 2009: 2). Se discutirá, a continuación, si el acuerdo final al que se llega mediante la transformación virtuosa de las preferencias coincide o no con la *verdad*, conforme a alguna concepción plausible del término *verdad*, pero parece que éste es un problema ulterior. *En el nivel de las formas de gobierno*, que es donde en principio se sitúa la distinción de Elster, estamos suponiendo que las decisiones colectivas basadas en el método de la deliberación son cualitativamente distintas de aquellas basadas en la negociación y/o el voto.

Cabe preguntarse enseguida si basta la adhesión a la tesis epistémica para situarnos en un territorio caracterizado por la aparición de una *nueva* concepción de la democracia, distinta a la *vieja* democracia liberal y representativa². La cuestión no

¹ Nino, 1997: 166-178. Un elenco análogo de las virtudes de la deliberación aparece en Martí, 2006: 193 ss. Sobre cómo la deliberación favorece la superación de los desacuerdos (morales), véase entre muchos otros Gutmann y Thompson (2004: 10 ss.).

² Sobre este asunto hay opiniones encontradas. Al final de este trabajo volveré sobre el asunto, pero se pueden mencionar algunas posiciones significativas. A. Gutmann y D. Thompson (2004: 126) quieren mostrar que la democracia deliberativa, a la que atribuyen una connotación epistémica es diferente. Su argumento es que en este tipo de teoría de la democracia “el abanico de razones aceptables [en el proceso de justificación de las decisiones] es más amplio que en otras teorías”. También J.L. Martí (2006b: 28) argumenta que la democracia deliberativa implica necesariamente (una determinada versión de) la tesis epistémica, de donde se desprende que se trata de un modelo *diferente* de otros, como son el liberal, el pluralista y el agonista. J.C. Bayón (2009), en cambio, pone en discusión la asociación entre el ideal deliberativo y la tesis epistémica, cuestionando directamente el rasgo diferencial que Martí y otros le atribuyen. D. Estlund (2008: 10 ss.) elimina las connotaciones *epistocráticas* en la tesis epistémica y la reconduce hacia una forma sofisticada de democracia participativa, que identifica con el modelo del jurado.

es ni mucho menos evidente, como a veces dan a entender sus partidarios. Prueba de ello es que quienes intentan dar ese paso a menudo acaban comprometiéndose con la versión más *fuerte* del ideal epistémico, que reproduce el argumento rousseauniano sobre la infalibilidad de la voluntad general, o intentando defenderse de ella. Las cosas se vuelven algo más sencillas cuando se acepta que la cuestión epistémica no es en realidad del todo ajena a la línea de desarrollo principal de la democracia moderna, liberal y representativa, para entendernos. Así lo entienden quienes piensan —por ejemplo, y contra Elster— que deliberación, negociación y voto no son métodos alternativos para tomar decisiones, sino componentes indispensables en un mismo proceso de formación de la opinión y la voluntad democrática (Follesdall, 2006: 57, 64 ss.). Este planteamiento permite entender que el factor epistémico —la tesis según la cual el procedimiento democrático conduce, por lo general, a la adopción de decisiones *cualitativamente* superiores a otros procedimientos— pueda asociarse también a otras especificaciones del ideal democrático, tanto liberales, como participativas o elitistas. En definitiva, la supuesta novedad del factor epistémico no es tanta como parece.

Pero habrá quien diga, y con buenas razones, que una discusión como ésta no pasa de ser una tormenta en un vaso de agua, una disputa sobre etiquetas. En el fondo, el factor deliberativo ha estado inscrito desde sus orígenes en el desarrollo de la democracia moderna. Algo de esto hay, sin duda, pero creo que hay también otras cosas en juego. Hay, en efecto, una larga serie razones *de fondo*, de carácter contextual, que nos llevan a enfrascarnos en el debate sobre el factor epistémico. Aquí hay algo más que una moda filosófica, o el retorno a un lugar común del pensamiento político. Nos ocupamos de esta cuestión porque nos encontramos ante una serie de indicios absolutamente desconcertantes, de los que no podemos desentendernos y que nos obligan a reconsiderar los marcos teóricos en que, hasta hace tan solo unas décadas, situábamos los procesos de democratización. Las narrativas que sostenían los procesos de construcción de una sociedad democrática y, en particular, la formación de una esfera pública democrática se han vuelto particularmente inestables. Y, en este contexto, parece que no nos queda más remedio que apelar a la verdad, como quiera que se entienda esta noción, o sus distintos equivalentes funcionales, porque necesitamos rehabilitar ese *tribunal de la razón* ante el que se mide —¿se medía?— la legitimidad de las decisiones políticas. Hace ya algún tiempo que se viene hablándose de la presunta *muerte* de la opinión pública y, con ella, del *ocaso* no sólo del cuarto poder, el poder de las ideas. El entorno social y político en que se mueven los sistemas políticos democráticos ya no se corresponden con las exigencias de una *sociedad abierta*. Faltan las condiciones mínimas para que el ciudadano y el público en general lleguen a formarse una *opinión autónoma*. No importa tanto, al menos en este momento, determinar si esta transformación se ha cumplido, si puede ser revertida y, por tanto, si ha habido cierta precipitación a la hora de hacer la declaración de fallecimiento, como observar que hay una amplísima serie de factores, puramente objetivos, que nos llevan a poner en duda que el Tribunal de la opinión —con mayúsculas, como querían nuestros progenitores ilustrados— pueda realmente estar a la altura de lo que esperamos de él: la creciente ingobernabilidad de las sociedades contemporáneas, la brutal compresión populista del espacio público, la especialización de los saberes, el ocaso de la función orientadora de los intelectuales y, en definitiva, el agotamiento del proyecto ilustrado de educación universal que ha inspirado en los dos últimos siglos las revoluciones democráticas.

En suma, la premisa de estas páginas es que está pendiente un nuevo ajuste de cuentas con el clásico problema de las relaciones entre democracia y verdad. A esto responde la renovada atención de la teoría por esta cuestión. Necesitamos mostrar —por decirlo en los términos de la teoría del discurso— que la

institucionalización de la esfera pública, mediante una estructura constitucional de reglas para la formación de la opinión y la voluntad, no sólo es valiosa porque satisface el valor de la autonomía política de los ciudadanos, sino además porque es un instrumento eficaz para la resolución de problemas en el común interés de todos los afectados³. En un entorno social y político en que los procedimientos de decisión democrática no pudieran atender al objetivo básico de la integración social no sería difícil explicar la desafección y la apatía de los ciudadanos respecto del sistema político. Y, por consiguiente, su deslegitimación. En una situación así, la democracia se vuelve frágil, queda inerme frente a la imposibilidad de cubrir un persistente déficit motivacional, que a su vez sigue alimentando su progresivo declive. ¿Cómo pedir a los ciudadanos que se la tomen en serio si resulta que las instituciones deciden sistemáticamente *mal*, en el sentido de que no son capaces de responder ni a las preferencias subjetivas de los ciudadanos, ni a sus intereses reales? Por su parte, ¿qué pueden hacer las instituciones cuando se dan cuenta de que carecen de recursos para corregir sus propios errores? ¿Qué puede hacerse para revertir este círculo vicioso de desconfianza y degradación institucional? ¿En qué medida, y con qué límites, los procedimientos de decisión democrática pueden convertirse en instrumentos útiles para poner en marcha procesos de aprendizaje individual y colectivo, el tipo de procesos reflexivos sin los cuales no cabe esperar una regeneración del proceso de consolidación democrática? Preguntas como éstas nos sitúan de lleno en el debate sobre las cualidades epistémicas del método democrático.

No es éste el lugar para hacer un tratamiento analítico de estas cuestiones, que tienen muchas caras. Tampoco parece que sea el caso de indagar ni en la historia de las relaciones entre verdad y la política, ni en la historia de sus contrarios, la mentira, la manipulación y el secreto. Nada se dirá de los arreglos institucionales más adecuados para promover la calidad de las decisiones, si es que existen. Más modestamente, mi intención es explorar la distinción entre las doctrinas que incluyen la verdad —alguna clase de verdad— como un elemento central en la explicación del funcionamiento y en la justificación de sus principios básicos y las doctrinas que, por el contrario, se abstienen de establecer un nexo conceptual entre democracia y verdad. Considero que esta diferenciación no es gratuita, ni irrelevante. Y no lo es porque permite distinguir dos estrategias argumentativas y prácticas sustancialmente diferentes a la hora de dar cuenta del problema de los *motivos* que llevan a los ciudadanos a comprometerse con la democracia, asumiendo las pesadas cargas que supone la disposición a jugar el juego de la democracia (Goodin, 2004; Elster, 2004). De este modo, y respecto de las cuestiones que he apuntado inicialmente, mi intención es centrar la atención en el problema —tanto teórico como práctico— de los *resortes* que llevan a la formación de una esfera pública democrática o que, por el contrario, acaban llevándola a la ruina.

En lo que sigue, propongo pues una descripción del problema en función del cual se establece la distinción entre concepciones doxásticas y concepciones epistémicas de la democracia (apdo. II). A continuación describiré cuatro soluciones paradigmáticas a ese problema inicial, dos de las cuales caen del lado doxástico y dos del lado epistémico, así como algunas dificultades que cada una de ellas

³ Cfr. Habermas (1994: 25-27). Presento aquí la tesis epistémica en su versión más amplia e imprecisa, esto es, como un rasgo del *procedimiento democrático en su conjunto*, incluyendo el conjunto de mecanismos institucionales que comprende una constitución democrática, y no solamente al *mero procedimiento de decisión por mayorías*. Naturalmente, luego habría que responder a la pregunta acerca de *dónde* y *quién* delibera y cuál es el *rendimiento* en términos de calidad epistémica de los distintos arreglos institucionales. Ésta sería una discusión distinta. De momento, tomemos la tesis epistémica en su versión más general: la introducción de mecanismos deliberativos, en algún momento del proceso de decisión democrática, incrementa la virtud epistémica del procedimiento.



arrastra (apdos. III a VII). No me interesa tanto argumentar cuál es la mejor respuesta al problema inicial, como se supone que tiene que hacer la política normativa, como insistir, si es que aún hiciera falta, en la importancia de tomar posición sobre este asunto (apdo. VIII).

2. Una paradoja y una distinción

No es difícil enunciar el nudo al que nos enfrentamos en forma de paradoja. De un lado, sabemos que donde hay certeza no hay lugar para democracia. Sólo tiene sentido acudir al método democrático cuando nos enfrentamos a decisiones sobre las que existe diversidad de opiniones e intereses, y cuando carecemos de un método objetivamente cierto para componer las diferencias⁴. Únicamente deliberamos sobre aquello que podría ser de otra manera y votamos sobre aquello en lo que discrepamos. En este sentido, hay democracia porque hay discrepancias, por ejemplo, acerca de quiénes son las personas más capaces para gobernar, o acerca de programas alternativos para la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social. Por el contrario, sería perfectamente inútil deliberar y votar sobre aquello que podemos llegar a conocer con certeza. Cuando surgen discrepancias de esta naturaleza, el camino para resolverlas pasa por otros lugares distintos a la democracia. A nadie en su sano juicio se le ocurriría plantear una deliberación pública y finalmente un plebiscito sobre la *validez* del teorema de Euclides o sobre si Colón *descubrió* América. Pero al mismo tiempo, y éste es el segundo cuerno del dilema, entendemos que el funcionamiento más básico de las instituciones básicas de la democracia y el Estado de derecho —los parlamentos y los tribunales, por ejemplo— presuponen ciertas cualidades del método democrático: en particular, su capacidad para alcanzar cierto tipo de decisiones, aquellas que puedan ser aceptadas y/o resultar aceptables para todos los sujetos afectados por ellas. En otros términos, parece que el funcionamiento regular de las instituciones democráticas presupone cierta disposición de los distintos agentes a plegarse ante ciertos argumentos, a reconocer que unas razones pesan más que otras. Cuando falta completamente esta disposición, el juego de la democracia, con sus reglas y procedimientos, queda completamente vaciado. Se convierte en mera fachada.

El segundo de los dos cuernos del dilema es seguramente el que puede dar pie a mayores controversias. Su formulación más precisa —y sin duda más cínica— la encontramos en un conocido pasaje de Carl Schmitt sobre el parlamentarismo burgués, descrito como lugar privilegiado, y fallido, de discusión pública. Mayorías y minorías, gobierno y oposición —explica Schmitt— deberían confrontarse entre sí y finalmente reencontrarse en la unidad a partir del intercambio de argumentos y contraargumentos. Situado en el centro de la vida política, el parlamento debería poder aproximarse a la *verdad racional*, a la *justa norma*. “La discusión —escribe Schmitt— es lo humano, lo pacífico, lo progresivo, lo contrario a toda clase de dictadura y de poder. La idea de que por medio de una discusión racional puedan componerse justa y pacíficamente todos los conflictos y todas las contradicciones posibles, de que se pueda hablar y dejar hablar de todo, es el supuesto equivalente a la concepción del mundo de este parlamentarismo liberal” (1983, apdo. 24.II.3). El ardid retórico es fácil de adivinar: se trata de contraponer la más alta versión del ideal con la más descarnada visión de la realidad, para descalificar la democracia —“la situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en

⁴ La democracia se encuentra en el terreno de las *res dubiae*; cfr. G. Zagrebelsky (2010: 137).

una formalidad vacía⁵— hasta llegar al punto en que empieza a resultar plausible una solución distinta.

Mal que nos pese, el argumento de Schmitt nos deja ante un escollo que no es fácil sortear. Independientemente de cuál creamos que debe ser la sede privilegiada de la deliberación —el viejo Parlamento, la Puerta del Sol o los pasillos de Bruselas, donde las técnicas cooperativas de la *new governance* habrían mostrado su eficacia— no es fácil negar que la discusión basada en argumentos es un componente nuclear de la democracia moderna, aquella que podemos caracterizar, según las tradiciones, como *government by discussion*⁶ o como *gobierno del público en público*⁷. La fuerza del argumento de Schmitt radica precisamente en mostrar que el ideal se tambalea cuando el debate público se degrada hasta resultar implausible. Algo así sucedía en aquellos tiempos, cuando estaba cocinándose la segunda gran transformación de la democracia, con el turbulento paso de la democracia parlamentaria a la democracia de masas⁸. Y todo apunta a que algo parecido podría volver a suceder en el momento presente si viéramos hundirse una serie de condiciones (discursivas) que son esenciales para la formación de una esfera pública democrática. En un entorno en que los ciudadanos han renunciado definitivamente a distinguir entre juicios bien formados y mal formados, la comunicación se convierte en ruido y el juego democrático en una farsa.

Alguien puede insistir en la irrelevancia de la verdad para la democracia argumentando que esta dificultad no es determinante, o no es más que una de las tantas consecuencias de la fisiológica imperfección de la naturaleza humana. Nuestras instituciones deberían valer incluso para un pueblo de demonios, perfectamente refractarios a cualquier intento de establecer la Verdad con mayúsculas. Por tanto, no caigamos en la trampa, no dramaticemos la tensión y, sobre todo, no le concedamos más terreno del debido a los supuestos metafísicos, más o menos disimulados, que asoman en la concepción schmittiana de lo político⁹. Hay margen —ésta es sería su hipótesis— para una teoría de la democracia en la que se reconoce el valor del libre intercambio de argumentos pero no se compromete con la tesis, mucho más fuerte, de que la búsqueda de la verdad es un componente central en la vida pública.

Hay buenas razones para intentar zanjar la cuestión en este punto. Puede afirmarse, por ejemplo, que el ámbito de la argumentación racional tiene un alcance limitado: aunque se admita que existen mecanismos de control racional para los juicios de valor derivados, el disenso acaba siendo insalvable cuando afecta a las opciones valorativas últimas. Para discriminar entre juicios en los que el entendimiento racional es posible y juicios en los que la búsqueda del consenso está abocada al fracaso —o, en otras palabras, para distinguir entre juicios de hecho y juicios de valor y, *por consiguiente*, entre disputas genuinas y meras disputas verbales— el ciudadano cuenta con el asesoramiento del filósofo, que se encarga de la esforzada tarea de la crítica de las ideologías mediante la clarificación del

⁵ Cabe la posibilidad —sugería sibilinamente Schmitt (1996: 3), sin ningún pesar— de que a estas alturas, “después de todo”, la época de la discusión deba darse por concluida.

⁶ En el texto citado, Carl Schmitt se remonta a Guizot y Constant. Jane Mansbridge (2006: 113-114), en cambio, atribuye el origen de esta expresión a Harold Laski.

⁷ Vista así, la democracia moderna no es sino el reflejo del ideal kantiano de la publicidad (Bobbio, 1991: 85).

⁸ Junto a la diatriba schmittiana, véase también Pareto (1999). Sobre las *transformaciones*, y su significado, cfr. Dahl (2002). Sobre la distinción entre democracia parlamentaria y de masas, Manin (1998).

⁹ Ésta es, precisamente, la reacción de Kelsen (1988a: 103) ante la provocación schmittiana del año '23.

lenguaje. A pesar de los éxitos que a veces se alcanzan por esta vía, y de la nobleza de las intenciones, nada nos garantiza que esta estrategia no acabe llevando a la melancolía, tanto de los pacientes como de los terapeutas, si al final resulta que los mejores argumentos, los más claros y coherentes, no encuentran en el foro público mejor acogida que los peores. Un resultado, como sabemos, bastante probable y ante el que poco tendrá que replicar quien quiera ser escéptico hasta el final. Para no contaminar la categórica distinción entre juicios de hecho y juicios de valor, su tesis sería que las opciones valorativas últimas se asumen y/o se rechazan sin más, por la mera convicción, sin que haya argumentos de ningún tipo que puedan oponerse desde fuera a la mera preferencia subjetiva. Eso implica, una vez que nos trasladamos al plano de la discusión pública, que todos los argumentos basados en juicios de valor, no sólo son legítimos, sino que además merecen el mismo tratamiento. Y cuando se comprueba que las mejores y las peores razones corren la misma suerte al ser sometidas al tratamiento preventivo habitual que les dispensa la trituradora mediática, lo único que el escéptico podrá decir al respecto es que la insensibilidad a las buenas razones “no le gusta”.

Sin rendirse a aceptar la posibilidad de que existan argumentos mejores que otros, el escéptico podrá defenderse con un nuevo ejercicio analítico, mostrando la diferencia entre el componente semántico y el componente evaluativo y/o expresivo de los juicios morales, ambos estrechamente entrelazados en algunos juicios que resultan ser, considerados con la debida atención, particularmente densos. La tesis aquí consiste en afirmar que en relación con el primero de estos dos factores sí cabe predicar la verdad y/o falsedad, mientras que el segundo escapa a esta posibilidad. Y podríamos dejar las cosas en este punto si no fuera porque, tanto en la teoría como en la práctica, resulta mucho más difícil de lo que parece establecer líneas de demarcación precisas, públicamente reconocibles y reconocidas, entre estas dos regiones del lenguaje. Es un lugar común de la filosofía contemporánea afirmar que la diferencia entre lo analítico y lo sintético no es tan obvia como se podría pensar, pues no existe certeza que no esté permanentemente abierta a una posible reelaboración discursiva.

Pero todas estas son cuestiones marginales respecto de nuestro argumento central. Lo que interesa destacar es la diferencia entre dos estrategias básicas para responder al desafío lanzado por Schmitt al afirmar que, sin una mínima orientación a la verdad, los procesos de legitimación democrática se convierten en una farsa: el primero toma la *mera opinión* de los ciudadanos, expresada bajo determinadas condiciones, como criterio para medir la legitimidad de las decisiones; el segundo incluye en cambio una referencia a la *corrección* del juicio. Podemos llamar *epistémico* al segundo de estos dos enfoques y, con una denominación menos frecuente, *doxástico* al primero. Y podemos asociar también cada uno de estos enfoques —retomando las consideraciones anteriores— a dos respuestas paradigmáticas al problema de la motivación de los ciudadanos, de las razones que respaldan su compromiso con las reglas del juego democrático: en la perspectiva epistémica, los procedimientos democráticos son aceptados por su capacidad para descubrir las decisiones correctas, aquellas que pueden razonablemente contar con el consenso de todos; en la perspectiva doxástica, en cambio, la aceptación del método democrático se explica fundamentalmente por su capacidad para resolver disputas sobre intereses y derechos, *dada la irreductible disparidad entre las opiniones de los ciudadanos*.

Antes de pasar a describir algunos ejemplos significativos de estas dos opciones, me interesa subrayar que la distinción entre concepciones epistémicas y doxásticas se superpone parcialmente, pero no es idéntica a otras similares que suelen manejarse en los debates de este tipo. No coincide, en primer lugar, con las

distinciones habituales entre concepciones sustantivas y procedimentales de la democracia, o entre concepciones deliberativas y agregativas. En general, se diría, las concepciones epistémicas prestan una mayor atención a la dimensión sustantiva de la democracia y, por tanto, ponen un mayor énfasis en la importancia de la deliberación en torno a los principios y valores que informan el contenido concreto de las decisiones; por el contrario, parecería que las concepciones doxásticas tienen un carácter eminentemente procedimental y, por tanto, ponen un mayor énfasis en la cualidades agregativas del método democrático. Sin embargo, estas equivalencias ni son tan obvias ni valen en todos los casos. Así, por ejemplo, las teorías epistémicas contemporáneas, de Rawls en adelante, tienen un claro componente procedimental, mientras que las doctrinas doxásticas, sin dejar de ser fundamentalmente procedimentales, señalan los contenidos mínimos imprescindibles para el buen funcionamiento de las reglas del juego. En este terreno, no conviene sacar conclusiones apresuradas (Pintore, 2003).

En segundo lugar, no coincide tampoco con la distinción entre teorías que justifican la democracia por sus cualidades instrumentales, como el mejor instrumento para el descubrimiento de soluciones adecuadas, y teorías que, por el contrario, atribuyen a los procedimientos democráticos un valor intrínseco, asociado a valores como la autonomía, la igualdad o la imparcialidad¹⁰. En efecto, como luego explicaré con más detalle, dentro del primer grupo, donde se encuentran las teorías que atribuyen a los procedimientos un valor instrumental, cabe distinguir entre algunas propuestas que identifican lo correcto con aquello que opinen en cada momento los ciudadanos, mientras que otras utilizan un criterio independiente del procedimiento, y por tanto también de la concreta voluntad de los participantes, para medir el valor de las decisiones. La ambigüedad es radical y proviene, si queremos decirlo con Stuart Mill, de la caracterización del ciudadano democrático como *el mejor juez* de sus propios intereses. El problema está en saber si entre las condiciones del juicio hay que incluir o no, y cómo, la referencia a una verdad *independiente* de las creencias y deseos de los ciudadanos.

En definitiva, la hipótesis es que epistémicos y doxásticos tienen visiones distintas acerca de la materia de la que está formado el proceso democrático y, por consiguiente, ofrecen también soluciones distintas a la pregunta acerca de qué tipo de razones —o de motivos— son los que empujan a los ciudadanos a jugar el juego democrático. Veamos en qué consisten estas diferencias, primero en la teoría, pero enseguida también en la práctica.

3. Democracia vs. Verdad

Una formulación paradigmática de la concepción doxástica es la ofrecida por Hans Kelsen a mediados del siglo pasado. Expresada de la forma más categórica, su tesis es que existe una analogía fundamental entre autocracia y democracia, por una parte, y absolutismo y relativismo filosófico, por otra. “La autocracia, como absolutismo político, se encuentra vinculada al absolutismo filosófico”, esto es,

[...] a la opinión metafísica con arreglo a la cual existe una realidad absoluta, [...] que existe independientemente del conocimiento humano”; por el contrario, “la democracia, como relativismo político, se encuentra vinculada al relativismo

¹⁰ A. Gutmann y D. Thompson contraponen las justificaciones *instrumentales*, que tienen un carácter epistémico, a las justificaciones *expresivas*, donde la democracia es entendida como “manifestación de mutuo respeto entre ciudadanos” (2004: 21). Me parece que esta referencia al carácter *expresivo* de la libertad política, y a los valores sustantivos que a ella están asociados, no añade nada a la idea de una democracia que se caracteriza porque la legitimidad *deriva* de la participación de los ciudadanos, y por tanto de sus *opiniones*.

filosófico”, esto es, a la «doctrina empírica» según la cual “la realidad existe sólo dentro de los límites del conocimiento humano y [...] es relativa al sujeto cognoscente (Kelsen, 1988b: 225, 227).

Sin entrar en los detalles de esta teoría, que son conocidos, hay en ella algunos rasgos que son comunes a otras propuestas similares o equivalentes¹¹. El primero es, sin duda, el nexo que viene a establecerse entre epistemología y (teoría de la) democracia. De Platón a nuestros días, no es posible moverse en uno de estos terrenos sin echar una mirada a lo que se sucede en el otro. En el caso de Kelsen, el valor de la democracia se vincula a la afirmación del postulado divisionista, y de su corolario no-cognitvita. En segundo lugar, se afirma que el valor de la democracia nada tiene que ver con la búsqueda del bien común, por la sencilla razón de que no hay ninguna respuesta *objetivamente cierta* a la pregunta sobre su contenido¹². Dado que, para Kelsen, la justicia no es sino un ideal irracional, no es posible definir la democracia como *gobierno para el pueblo*, pues el único criterio cierto para determinar en qué consiste el interés común es apelar a la concreta voluntad de los ciudadanos¹³. Desde este punto de vista, por democracia hay que entender *gobierno del pueblo*, un método para la adopción de decisiones colectivas en el que todos los ciudadanos tienen la facultad de intervenir en el proceso de producción de normas y que persigue, en lo posible, el ideal de la resolución de los conflictos por vías pacíficas¹⁴.

Para no caer en una lectura superficial de esta posición, es importante insistir en que Kelsen está lejos de haber renunciado a defender una serie de *verdades* de carácter teórico, en las que se encuentran los fundamentos de la democracia. Por supuesto, hobbesianamente, queda claro que es la autoridad y no la verdad la que hace la ley. En este plano no hay ninguna conexión posible entre democracia y verdad. Sin embargo, en la reconstrucción kelseniana de la preferencia de quienes están dispuestos a dar su vida por la democracia hay mucho más que una simple opción irracional, algo más que una simple corazonada. De entrada, se entiende que las ciencias sociales empíricas son capaces de explicar con relativa precisión los procesos que llevan a la formación de estructuras normativas complejas, como es precisamente la democracia. Por otra parte, la teoría jurídica y política puede ilustrar, de manera no menos objetiva, un conjunto de condiciones que se consideran necesarias para el logro de los fines propuestos. La ciencia de la

¹¹ La atribución de este factor civilizatorio a la totalidad de las concepciones doxásticas es, obviamente, discutible, especialmente en aquellas doctrinas que se abstienen completamente de introducir un factor de crítica de las preferencias de los sujetos, aquellas doctrinas que, en la terminología empleada por F. Cunningham (2002), podemos llamar *catalácticas*. En algunos casos, como en el de Schumpeter, e incluso en el de Hayek, me atrevería a decir que, aun siendo arriesgada, se sostiene esta afirmación. Naturalmente, demostrar esta afirmación requiere un trabajo que no estoy en condiciones de realizar aquí.

¹² “A la pregunta de qué sea el bien común únicamente se puede responder por medio de juicios de valor subjetivos, los cuales pueden diferir sustancialmente de una a otra persona y que, aunque el bien común existiera, el hombre medio, y por tanto el pueblo, difícilmente sería capaz de conocerlo. No se puede negar que el pueblo, como masa de individuos de diferentes niveles económicos y culturales, no tiene una voluntad uniforme, que únicamente el individuo posee una voluntad real y que la llamada *voluntad popular* es una figura del discurso y no una realidad” (Kelsen, 1988b: 208).

¹³ Sin menciones a la posición paradigmática de Kelsen, encontramos una interpretación completamente distinta de la célebre fórmula en Lafont (2006: 6).

¹⁴ No obstante, y no sin cierta ambigüedad, poco más adelante, en respuesta a la objeción de Schumpeter según la cual el método democrático no puede “servir, necesariamente, siempre y en todas partes, aquellos intereses o ideales por los que estamos realmente dispuestos a combatir y a morir sin reservas”, afirma que la democracia “sirve necesariamente, siempre y en todo lugar, al ideal de la libertad política”. Y a continuación Kelsen reproduce la fantástica, aunque algo enigmática, cita del propio Schumpeter: “lo que distingue a un hombre civilizado de un bárbaro es el darse cuenta de la validez relativa de sus propias convicciones y, a pesar de ello, sostenerlas sin concesiones” (Kelsen, 1988b: 211-212).

democracia, a diferencia de su objeto, no está libre de valores (Calsamiglia, 1982). Pero aún hay más: la democracia no consiste más que en opiniones, pero la teoría, por más que sea doxástica, sí tiene bastante más que decir sobre los motivos que orientan la formación de una sociedad democrática. Aquí hay mucho en juego, y Kelsen lo sabe.

Viene al caso a este propósito la habitual, aunque siempre demasiado abrupta, retorsión antiescéptica del cognitivista¹⁵. Si la verdad no existe, si cada cual tiene su propia verdad, ¿qué es lo que hace que los ciudadanos lleguen a preferir la democracia a cualquier otro régimen político, por ejemplo aquél que más favorezca sus intereses individuales o de clase? Dicho de otro modo, ¿qué argumentos puede esgrimir el demócrata frente a quien no lo es? Nótese que Kelsen no es ni mucho menos neutral ante esta objeción: cuando se refiere a ella, no se limita a decir que a él no le gusta, que él prefiere la democracia *porque sí*. Prueba de ello es su argumento sobre los dos opuestos peligros que acechan a una epistemología democrática, el *solipsismo* sin matices y un no menos paradójico *pluralismo*. Leamos directamente a Kelsen (1988b: 229):

El relativismo filosófico evita deliberadamente tanto el solipsismo como el pluralismo. Considerando —como verdadero relativismo— las relaciones mutuas entre los diversos sujetos del conocimiento, esta teoría compensa su incapacidad para asegurar la existencia objetiva de un mundo único e igual para todos los sujetos con la asunción de que los individuos, como sujetos del conocimiento, son iguales; y así es posible la asunción ulterior de que los objetos del conocimiento, como resultado de estos procesos individuales, son concordantes entre sí, asunción confirmada por el comportamiento exterior de los individuos.

La matriz kantiana del argumento es explícita en este fragmento y se refiere —según aclara el propio autor— a la condición de igualdad de los sujetos que son libres de conocer “bajo las leyes del conocimiento racional”; pero se refiere a algo más, que llega a hacerse explícito en la continuación de ese mismo texto, tan solo unas páginas más adelante. Lejos de fiarlo todo a la fuerza de atracción *espontánea* de un procedimiento que hace posible la participación de todos en la producción del derecho, un teórico *tan puramente procedimental y doxástico* como Kelsen no deja de plantearse cuáles son las cualidades que adornan el *carácter* de los buenos demócratas. Nótese bien que cuando se dice *carácter* en un contexto intelectual como éste del que estamos hablando —recuérdese que Kelsen ha pasado por la Viena de Freud y de Wittgenstein¹⁶— se está aludiendo a un trasfondo subjetivo que nada tiene que ver ni con la virtud de los clásicos, ni con la autoconciencia que cultivaban los idealistas alemanes. Sin embargo, o precisamente por ello, es en el plano de la psicología moral, de las peculiaridades de la mente, y no en plano de la razón pura, donde parece que hay que ir a buscar la raíz de los credos políticos y de las convicciones filosóficas (Kelsen, 1988b: 226). Y es así donde finalmente aparece el argumento decisivo, la explicación fundamental de las fuerzas que determinan los avances o retrocesos de la democracia. Existe —explica Kelsen— un *antagonismo*

¹⁵ En la versión más radical, la tesis meta-ética de los emotivistas según la cual las reivindicaciones de justicia no son nada distinto a dar un puñetazo sobre la mesa. Pero ¿qué razón habría de tener una persona que piensa que su verdad es su verdad —porque no hay nada más que pueda decirse sobre la verdad— para someterse a las decisiones mayoritarias? ¿Por qué subordinar sus valores (emotivos y absolutos) a un procedimiento construido en función de valores instrumentales (objetivos) como son la paz y la necesidad de adoptar decisiones colectivas? Véase el tratamiento de estas cuestiones en el olvidado Ross, 1989.

¹⁶ Villacañas (2002); al respecto, también Herrera (1997). Adviértase cómo Kelsen introduce en el texto sobre los *fundamentos* de la democracia una idea que encierra todo un programa de trabajo para el desarrollo de una teoría *pura* de las ciencias sociales. “Una tipología de las doctrinas políticas y filosóficas debe finalmente abocar en una caracteriología, o por lo menos debe tratar de unir sus resultados a los de esta última” (Kelsen, 1988b: 235).

fundamental entre cognitivismo y democracia, así como una *afinidad electiva* entre relativismo y democracia. Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, la fuerza de la democracia no tiene nada que ver con la verdad (de las opiniones), sino el hecho de que sea cada vez más alto el número de ciudadanos que responden al *tipo democrático de personalidad*, es decir, que responden al perfil de una persona que muestra una *propensión sincera* hacia la tolerancia, la autocrítica, y que posee un claro sentido de la realidad¹⁷. Quizá a alguien le resulte curioso observar que, precisamente en relación con este tipo de cuestiones, Kelsen se presta a citar, y con el mayor aprecio, a su compatriota de origen y de exilio, el siempre brillante Schumpeter: “Lo que distingue a un hombre civilizado de un bárbaro es el darse cuenta de la validez relativa de sus propias convicciones y, a pesar de ello, sostenerlas sin concesiones” (Kelsen, 1988: 212)¹⁸.

Pero ¿de qué depende —volverá a preguntar el crítico impertinente— que un carácter pueda difundirse y afianzarse, formando los cimientos del régimen democrático? ¿Hay algún margen de intervención para modular las disposiciones del carácter? Y en caso de que sí haya algo que hacer en este terreno, ¿podemos fiarlo todo al progreso de las técnicas de control social o de organización de la conducta? Ante las dificultades que mencionábamos al comienzo, ¿acaso no hay nada más que el buen demócrata pueda argumentar ante la desidia del ciudadano deseducado, encerrado en el bucle de la desafección y la desconfianza? Por otra parte, ¿es razonable esperar que un pueblo de escépticos no ilustrados —de teleadictos narcotizados, a quienes se les roba cotidianamente hasta el principio de realidad— se comprometa con el proyecto de civilización democrática? ¿Es que acaso toda la disputa sobre el futuro de la democracia ha de quedar finalmente reducida a un *mero problema terapéutico*?

4. La democracia como razón pública

52

Muchas de estas cuestiones empiezan a verse de una forma muy distinta en cuanto pasamos a observar la relación entre democracia y verdad desde la perspectiva que he llamado *epistémica*. En contraste con el procedimentalismo de los doxásticos, las concepciones epistémicas ponen el énfasis en los resultados y afirman que el proceso democrático será legítimo si, y sólo si, las decisiones que se adoptan pueden ser objeto de un acuerdo libre y racionalmente motivado entre iguales. Consideran, por tanto, que la deliberación requiere “alguna forma de igualdad manifiesta de los ciudadanos, y conforma la identidad y los intereses de los ciudadanos de un modo que contribuye a la formación de una concepción pública del bien común” (Cohen, 2007:129)¹⁹. Naturalmente, el logro de este objetivo sólo es posible si existen mecanismos institucionales adecuados, que favorezcan el intercambio de información, la detección de errores fácticos y lógicos, el control sobre factores emocionales y preferencias irracionales de los ciudadanos, y ponen freno a la sistemática manipulación de la agenda (Nino, 2003: 190 ss.; Martí, 2006a: 193 ss.) La estructura institucional de la democracia deliberativa se caracteriza precisamente por sus virtudes epistémicas, si es que cabe atribuir virtudes a instituciones. Sobre esta base, no es difícil encontrar una respuesta a la pregunta

¹⁷ La buena salud de la democracia depende, por tanto, de la difusión del perfil psicológico del *emotivista prudente* o al revés, porque el orden de factores no parece alterar el producto, del *relativista creyente*; un argumento análogo aparece en Ruiz Miguel (2000).

¹⁸ La cita proviene de Schumpeter (1942: 243).

¹⁹ Una definición suficientemente ecuménica de la democracia deliberativa, que sin duda incluye el factor epistémico, es la que ofrecen Gutmann y Thompson: se trata de “una forma de gobierno en la que ciudadanos libres e iguales (y sus representantes) justifican sus decisiones por medio de un proceso de intercambio de razones que son mutuamente aceptables y generalmente accesibles, con el propósito de alcanzar conclusiones vinculantes en el momento presente para todos los ciudadanos, pero que permanecen abiertas a la discusión en el futuro” (2004: 7).

inicial por las motivaciones que guían el proceso de democratización: los ciudadanos estarán deseosos de comprometerse con un procedimiento orientado a la búsqueda de la verdad, y no sólo porque es previsible que el resultado del proceso acabe coincidiendo con sus intuiciones morales más profundas, sino porque, a la vez que ayuda a despejar los problemas de coordinación social, es previsible que un procedimiento como éste acabará involucrando a los demás conciudadanos en la búsqueda de soluciones aceptables para todos. Dicho de forma más breve, no hay razón para no comprometerse con instituciones orientadas al descubrimiento de la *verdad*²⁰.

La estructura motivacional asociada a la tesis epistémica tiene más recodos de los que se aprecian a primera vista. Veamos lo que sucede cuando nos aproximamos a ella con algo más de detenimiento, a través del tratamiento que de esta cuestión se hace en la primera y en la segunda etapa del pensamiento de Rawls²¹.

Imaginemos primero una asociación de personas que reconocen los principios de la igualdad y la libertad como fundamento de la convivencia política. Si individuos como esos pudieran desprenderse por un momento de sus preferencias personales, situándose tras un velo de ignorancia que les impidiera conocer la posición que ocuparían en la sociedad surgida del pacto, cabe razonablemente esperar que prestarán una adhesión sincera a instituciones que promueven una estructura social basada en principios que ellos mismos consideran *verdaderos*. Si esto es así, no hace falta siquiera demandar ninguna clase de suplemento motivacional altruista para explicar por qué acatan las decisiones dictadas por tales instituciones, pues lo único que están haciendo es ser coherentes con sus propios

²⁰ Un argumento tan simple queda expuesto a una objeción absolutamente destructiva. La definición de la legitimidad a partir de la corrección de los resultados la debilita y la convierte en legitimidad condicionada, que puede quedar desmentida en el mismo momento en que, por otra vía independiente, aparezca una respuesta *mejor*, más *justa*, al problema que sea objeto de la decisión. La respuesta habitual de los partidarios de las concepciones epistémicas consiste en decir que las decisiones democráticas están justificadas en la medida en que emanan de un procedimiento que, *en su conjunto*, tiene la más alta probabilidad de producir las decisiones correctas. Esto equivale a reconocer que si en un caso se cuenta con un procedimiento preferible, desde el punto de vista epistémico, al procedimiento ordinario, la legitimidad de este último se desvanece. Queda, por así decir, *derrotada* por la evidencia y caen las razones que teníamos para prestarle obediencia a una decisión que sólo nos vincula de forma presuntiva [cfr., en debate con la posición de Nino, aquí reseñada, Rosencranz (1991)]. En realidad, podrían contestar los partidarios de la visión epistémica, no es demasiado lo que habremos perdido en términos de justicia, pues difícilmente las decisiones contrarias a la evidencia pueden sostenerse como legítimas sin un adecuado balance de razones. Por lo demás, un desmentido puntual no basta, por sí solo, para descartar el valor de un método para la adopción de decisiones que se aproxima, en lo posible, al juego de presunciones y desmentidos que caracteriza a la deliberación democrática. Si acaso, todo lo contrario. Es precisamente ahí donde se pone de manifiesto la *afinidad estructural* que existe entre el método de la democracia y las estructuras argumentativas de la razón pública: son dos modalidades de una misma práctica reflexiva de intercambio de razones, regida por principios de imparcialidad y simetría [esta es la tesis de Nelson (1986)]. Los partidarios de la tesis epistémica podrán argumentar, además, que históricamente las sociedades democráticas, con sus aciertos y errores, a la larga, tienden a ser más justas y pacíficas que las sociedades no democráticas. Aquí también se confirma que la democracia es el método más *confiable* para la adopción de decisiones colectivas. Y podrán finalmente argumentar, con Carlos Nino, que de la conservación a través del tiempo de los falibles procedimientos constitucionales cabe esperar que acabe generando una generalizada tendencia a la imparcialidad en el juicio. Como mostró en su tiempo Stuart Mill, llegamos a ser buenos demócratas practicando la democracia. Viviendo en democracia, descubrimos sus virtudes, pues la democracia misma es la mejor escuela de virtud. El círculo se cierra y se abre una perspectiva concreta de democratización. Si la deliberación importa, si los ciudadanos la toman en serio, es porque saben que a través de la discusión institucionalizada se alcanzan las decisiones mejores, las más correctas. De ahí que participen, que se esfuercen en dar razones y que estén dispuestos a obedecer con lealtad las decisiones colectivas incluso cuando les parecen discutibles.

²¹ Sobre las tensiones en la estructura motivacional del liberalismo rawlsiano: Ovejero (2008: 191 ss.). Una solución explícitamente republicana aparece en el cap. 6 de De Francisco (2006).

intereses bien entendidos. Esta disposición a la obediencia se ve favorecida además por el hecho de que el funcionamiento regular del proceso político, en el ir y venir de razones que guía la especificación de los principios de justicia a las particularidades de la política cotidiana, favorece la consolidación de un *ethos* democrático basado en principios que todos reconocen como adecuados. De este modo, la práctica de la democracia acaba orientando y modelando *en el sentido correcto* la identidad política de los ciudadanos (Rawls, 1995: 234). La pega de esta primera hipótesis —como es de sobra conocido— es que es demasiado poco realista. Y no es un defecto menor. El argumento rawlsiano supone una homogeneidad valorativa que, en la práctica, no se corresponde con el pluralismo existente en sociedades plurales como las nuestras, como no deja de reconocer el propio Rawls. De hecho, en el paso desde la *teoría de la justicia* hasta el *liberalismo político*, él mismo ofrece una nueva descripción de la situación de la que arranca la teoría. La nueva hipótesis es la siguiente. Imaginemos una situación en que los ciudadanos saben que, en condiciones de pluralismo, esto es, en una situación caracterizada por la insuperable diferencia entre doctrinas religiosas, filosóficas y morales, el establecimiento de principios de cooperación equitativos y suficientemente estables va a resultar imposible mientras los ciudadanos se empeñen en defender sus propias doctrinas comprensivas del bien, cada una de las cuales es considerada *verdadera* por quien la suscribe. Tarde o temprano, los pobladores de sociedades plurales acabarán comprendiendo que va en su propio interés renunciar a *su* verdad, o a una parte de ella, en vistas a la elaboración de una base de justificación compartida de las instituciones políticas. Esta renuncia es perfectamente plausible bajo una condición de reciprocidad: yo renuncio a mi verdad *porque* confío en que mis conciudadanos también lo harán, muy probablemente por las mismas razones que yo. En esa renuncia es donde se sitúa la frontera entre el *mero pluralismo* y el *pluralismo razonable*²².

Obsérvese que en estas dos versiones de la teoría están implícitos dos análisis diferentes de la estructura motivacional de la democracia. En el primer caso, el ciudadano contempla sus intereses y preferencias desde la perspectiva —esclarecida, reflexiva— que le proporciona la comparación con un sujeto idealizado, situado en la *posición original*. La comparación entre preferencias actuales e hipotéticas le permite al sujeto comprender lo importante que es *para él* establecer vínculos razonables a la persecución del máximo beneficio racional. Además, y ya en un segundo momento, ese mismo sujeto puede ir tomando conciencia del valor (moral) que reviste una operación analítica como la que se despliega a través de la teoría y que está lejos de ser un mero pasatiempo especulativo. La experiencia le enseña que sólo implicándose en procesos deliberativos análogos a los descritos por la teoría, con sus distintos niveles de abstracción y de equilibrio, puede identificar en qué consisten *realmente* sus intereses más profundos, que Rawls describe en referencia a una concepción tenue (*thin*) del bien. Todo el proceso tiene, por consiguiente, un indiscutible valor epistémico. Las cosas son bien distintas cuando pasamos a la segunda versión de la teoría. Asumido el desafío de la búsqueda de la estabilidad en condiciones de pluralismo ya no funcionará más el intento de despejar el problema de la motivación haciendo palanca sobre aquello que los ciudadanos comparten, ya que esto es

²² Esto nos obliga a elaborar una completa doctrina de la razón pública, en sus relaciones con las verdades de cada uno. Para Rawls (1996, cap. 6), el ejemplo típico de las virtudes epistémicas del procedimiento democrático está en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La argumentación del Tribunal es el espejo en el que los ciudadanos pueden mirarse a la hora de elaborar y reelaborar sus propios juicios políticos, en la búsqueda de una verdad compartida que surge a partir del reconocimiento que las premisas sobre las que se asienta un orden político estable son (parcialmente) controvertidas. Pero la cuestión, para nosotros, es saber de dónde les viene exactamente esa necesidad de mirarse en un espejo común.

precisamente lo que echamos en falta. Se trata, entonces, de explicar cómo un esquema equitativo de cooperación social puede llegar a serle atractivo a ciudadanos que tienen concepciones diferentes de la justicia, no necesariamente emparentadas con las tradiciones de Hume, de Kant o de Stuart Mill. Más aun, se trata de explicar cómo es posible que el consenso resultante de un proceso abierto de cooperación pueda convertirse en algo más que una simple equilibrio entre intereses estratégicos y opiniones distorsionadas, es decir, en algo más que un simple *modus vivendi*. El *tipo de consenso* que la teoría necesita crear para sostenerse a sí misma, motivando la obediencia de los ciudadanos, es aquél al que estarían dispuestos a suscribir personas esclarecidas, que actúan *por las razones correctas*, personas que han llegado a desarrollar un sentido de la justicia efectivo, que les permita entender y aplicar los principios de justicia (Rawls, 1996: 270 ss.).

Conviene subrayar, en este punto, que ninguna de las dos versiones del liberalismo rawlsiano presupone una antropología moral *verdadera* en la que anclar el proceso deliberativo que lleva a la clarificación de nuestras preferencias. En ambos casos, la teoría se conforma con postular una psicología moral plausible, aquella que les permite a los ciudadanos reconocer las limitaciones fácticas de la propia capacidad de juzgar y una serie de compromisos elementales sin los cuales la cooperación social sería inviable. Especialmente en la segunda versión, todo depende de que los pobladores de sociedades plurales aprendan a poner entre paréntesis la verdad de las convicciones privadas (*to bracket the truth*), de manera que puedan orientar su conducta según los principios de la razón pública.

Y conviene subrayar también, en segundo lugar, que el liberalismo político no llega a cortar los puentes con las concepciones comprensivas que los ciudadanos suscriben en el foro privado. Ello sería fatal desde el punto de vista de las motivaciones, pues obligaría vivir algo así como una *doble vida*, en la esperanza de que algún día, gracias a la astucia de la razón, las dos *verdades*, la que vale en el ámbito público y la que vale en el ámbito privado, acaben convergiendo. Lo cual no es sencillo. Durante décadas, los críticos le han demandado a Rawls que solventara esta tensión renunciando a la *estrategia de la discontinuidad*, es decir, a la distinción entre razones públicamente justificadas y motivos “dimanantes del interés propio o de la moralidad”, o, en otros términos, entre la moralidad cívica que afirma el liberalismo político y el ideal más amplio de la vida buena que sigue estando latente en su propuesta (Dworkin, 1993: 43; Raz, 2001; Sandel, 2000; Cohen, 2001). Y es que una estrategia discontinuista como la rawlsiana, dicen los críticos, plantea demandas insostenibles desde el punto de vista motivacional. Se les está diciendo a los ciudadanos que deben dejar de lado sus convicciones y pasiones más sentidas, y quizá más valiosas para la realización personal, para sumarse a un proyecto político común que, tal como Rawls lo presenta, no deja de ser un constructo *enteramente artificial*²³. La dificultad no es sólo teórica: por más que consiga mantener la promesa epistémica, orientando a los ciudadanos hacia los dictados de la razón pública, el liberalismo político estaría olvidando una parte esencial de la experiencia concreta de la vida en sociedad y, de este modo, acabaría comprometiendo radicalmente su fuerza motivadora.

²³ “En algún momento tenemos que confiar —escribe Dworkin, a este propósito— en lo que (según creemos) es *verdadero* respecto de la justicia para poder decidir qué interpretación de nuestras propias tradiciones —qué manera de narrar nuestra historia— es la mejor” (1993: 83). Y cuando decimos nosotros, nos referimos a nosotros los miembros de una *comunidad* de liberales éticos, de personas que suscriben un determinado ideal de la vida lograda. El fondo de esta objeción, con sus variantes y complejidades, ha sido cocinado en las más diversas salsas a lo largo de una década por diversas corrientes comunitaristas y/o republicanas. En general, la psicología moral rawlsiana ha sido rechazada con la sospecha de que una filosofía política que aspire a dar prioridad a la justicia sobre el bien está condenada al fracaso, a no hacerse nunca hueco entre los *hábitos del corazón*.

5. Dificultades en los modelos iniciales

Sin enredarnos en los detalles de la propuesta rawlsiana, volvamos a nuestra cuestión inicial recapitulando lo dicho hasta aquí y preguntándonos cuál de las dos soluciones que he presentado, la doxástica o la epistémica, es la que ofrece una explicación más plausible de los mecanismos que llevan a los ciudadanos a comprometerse con un modelo de convivencia tan exigente como es la democracia.

La primera opción, la doxástica, representada aquí por Kelsen, rechaza todo compromiso con la verdad y se conforma con establecer procedimientos para la formación de la voluntad colectiva, bajo una serie de restricciones, en el entendido de que esto es suficiente para proteger y a la larga reforzar las bases motivacionales de las que depende el buen funcionamiento del método democrático. Hemos visto que el escepticismo ante la verdad que caracteriza esta solución debe ser cuidadosamente matizado²⁴. En primer lugar, por la evidente continuidad del procedimentalismo kelseniano con los grandes ideales que acompañan la evolución del pensamiento jurídico y político moderno. En los pasajes en que se aproxima a esta cuestión se establece un vínculo entre la preferencia por la democracia y cierta inclinación del sujeto hacia la libertad. El punto es que semejante vínculo difícilmente puede quedar reducido a mera inclinación afectiva. Pero además, y en segundo lugar, porque detrás de una solución como la de Kelsen hay una firme apuesta por la función *pacificadora* o *civilizatoria* de las estructuras normativas del Estado democrático de derecho. La *procedimentalización de la vida pública* no es moralmente neutral. Y es aquí donde aparece el factor que venimos buscando. Si no atribuyéramos una función *terapéutica* a la democracia, cierta capacidad para *domesticar* los conflictos sociales, no podríamos explicar de dónde viene y cómo se forma la personalidad del ciudadano y no habría manera de explicar los recursos que disponen las democracias a la hora de enfrentarse a la tentación totalitaria. Frente al desafío fascista, el demócrata cuenta con buenos argumentos. La suya es una posición que está lejos de cualquier forma de relativismo. Lo cual nos devuelve al argumento de Schmitt acerca de la deliberación y la verdad. Parece difícil que las instituciones puedan desempeñar con éxito su papel si en el juego entre mayorías y minorías, y en los distintos mecanismos de la compleja maquinaria institucional de la democracia, no existe la posibilidad de dar y quitar razones y el tribunal de la opinión queda sistemáticamente silenciado por el grito de la masa. Sin alguna referencia a la *verdad*, el ideal del *government by discussion* se vuelve impracticable.

²⁴ Por supuesto, cabe argumentar que el reconocimiento de estas *verdades*, entre las que están por ejemplo los valores de la tolerancia y la paz, así como un conjunto de disposiciones psicológicas, no obliga a establecer una relación *inmediata* entre democracia y verdad. En este sentido, la propuesta kelseniana sigue siendo rigurosamente escéptica: la democracia no es más que una técnica para la resolución de conflictos, a la que acudimos para resolver las discrepancias sobre los valores últimos. Sin embargo, por el emotivismo de fondo de Kelsen acaba derivando hacia una posición demasiado inestable. Primero porque, si tomamos como referencia una concepción mínimamente realista de cómo funcionan los procesos de formación de las creencias, no está ni mucho menos claro que las creencias últimas vengan antes que los demás juicios y sean perfectamente refractarias al entorno en el que se formulan. Una exigencia mínima de consistencia en el juicio le obliga al sujeto a entablar cierto tráfico de ida y vuelta entre razones últimas y argumentos derivados. En diálogo con los demás, nuestros juicios evolucionan y es razonable suponer que puedan quedar desmentidos cuando no se corresponden con los estados de cosas del mundo objetivo a los que se refieren. Que no exista una vía de acceso indisputable a la verdad, que las disputas sobre los valores últimos sean insolubles, no significa que no pueda haber ámbitos parciales de certeza, verdades provisionales, que funcionan como marcadores de la experiencia y orientan los procesos de aprendizaje. Además, y en segundo lugar, que no exista una y una sola verdad en materia política no implica que no haya absolutamente nada significativo que decir no sólo sobre los procedimientos, sino también sobre las condiciones que hacen de un juicio un buen juicio político.

La solución epistémica parece mejor pertrechada para responder al tipo de desafío que estamos planteando. Su posición parece más consistente. No obstante, a la larga, no es mucho más confortable que la contraria, la doxástica. Aun dejando al margen los debates sobre la configuración psicológica del sujeto rawlsiano y el peso que pueden tener los factores culturales y materiales en la formación de una disposición cívica adecuada en los ciudadanos, parece que la traducción institucional del enfoque epistémico tiene que hacer frente a numerosas dificultades. Para empezar, porque si el motivo principal para recabar la adhesión del ciudadano es la fiabilidad del procedimiento, que se supone superior al juicio individual (Bayón, 2009: 196) cabe preguntarse qué sucede cuando empiezan a acumularse fenómenos que distorsionan, obstaculizan o impiden la *tendencia a la imparcialidad* que deberían caracterizar a la democracia. Cuando la práctica de la conversación se enturbia, el mismo argumento que antes valía para promover la virtud y el compromiso, acaba confirmando la desmotivación de los ciudadanos. Pero además porque los intentos por demostrar la superioridad del juicio colectivo sobre el juicio individual —en la literatura, es de rigor discutir en este punto los desarrollos del teorema de Condorcet²⁵— pierden todo su atractivo a medida que van abstrayéndose de las complicaciones de la *vida real*, esto es, a medida que se amplían las restricciones necesarias para evitar que el teorema quede invalidado, especialmente en relación con las distorsiones y los costes de la información²⁶.

En efecto, por más que se esfuercen en ello, las distintas variantes de la solución epistémica no consiguen deshacerse de los muchos malentendidos que derivan de la tendencia a asimilar la *opinión del público* con la *razón pública*. Al respecto, las cautelas de los doxásticos siguen siendo bienvenidas, especialmente cuando invitan a no identificar los resultados del procedimiento democrático con *la verdad a secas*. Para los epistémicos es muy difícil resistirse a la tentación de identificar —diríamos con Rousseau— la *voluntad de todos* con la *voluntad general*, porque en el fondo ellos siguen estando convencidos de que, siquiera en condiciones ideales, la superioridad epistémica del procedimiento *no puede no motivar* la conducta del buen ciudadano. Para bloquear esta deriva es imprescindible poner la teoría a salvo de la *falacia de la composición*, de un lado, y de la *falacia populista*, de otro (Laporta, 2000: 92-95). En relación con la primera, no está de más preguntarse quiénes son los ciudadanos que están realmente opinando, sobre qué lo hacen y en qué condiciones. Se trata, en otras palabras, de precisar las condiciones —políticas y jurídicas— para que la multitud de los individuos

²⁵ El *teorema de Condorcet* pretende demostrar matemáticamente la superioridad cualitativa del juicio agregado sobre el juicio individual. En una situación en que varios jueces eligen entre dos opciones, sólo una de las cuales es correcta, en la que expresan su voto de forma sincera y sin interferencias, y en la que cabe atribuirles una mayor probabilidad de acertar que de equivocarse, cuanto más alto sea el número de electores mayor será también la probabilidad de que el resultado final se decante por la solución correcta. El teorema es formalmente impecable, pero su relevancia para el análisis de los procesos democráticos no acaba de estar del todo clara, como ha sido puesto de manifiesto en numerosas ocasiones. Es posible rebajar el nivel de exigencia de las condiciones —por ejemplo, sometiendo más de dos opciones a la consideración de los jueces, o tomando como referencia de la competencia epistémica no la que cada juez posee por separado, sino la que alcanzan la media de los electores— y salvar así la tesis de la superioridad epistémica del juicio agregado. No creo, sin embargo, que ninguna variante del teorema de Condorcet tenga fuerza suficiente para arrastrar a ciudadanos pobremente educados e intensamente deseducados a creer en la democracia. Cabe decir que la teoría epistémica ofrece tan sólo un modelo, un ideal al que deberíamos aproximarnos en la medida en que sea posible hacerlo. Pero, en ese caso, la teoría pierde gran parte de su atractivo.

²⁶ Entre otras cosas, se puede argumentar que la calidad (epistémica) de los resultados de cualquier posible desarrollo o variante de la hipótesis de Condorcet depende de la calidad de las alternativas ofertadas, esto es, en la terminología politológica al uso, de la calidad de la agenda de decisión y de la buena fe de quienes la controlen. Si entre las alternativas sometidas a juicio no se encuentra ninguna correcta, la verdad seguirá brillando por su ausencia. Por otra parte, se puede observar que cuando las condiciones del modelo se cumplen sólo parcialmente, la solución cercana al ideal —la segunda mejor— puede no ser la más conveniente. (Estlund, 2008: 15).

llegue a transformarse en público. La opción epistémica tiende a relegar las opiniones discordantes, ya que es el cuerpo social *como un todo* el que descubre la verdad. La segunda falacia, la populista, es la que comete quien olvida que la verdad y la falsedad de un juicio no dependen nunca del número de personas que lo suscriben. Por más que el análisis de los procesos de formación del juicio nos lleve a introducir factores intersubjetivos en el proceso de formación de la certeza no podemos perder de vista que las mayorías, de hecho, se equivocan a menudo. Esta vieja y banal observación pone el dedo en la llaga que más les escuece a las doctrinas epistémicas:

[...] cuando se apuesta tanto por el momento deliberativo del proceso se tiene que ver forzado a admitir que los argumentos tienen una fuerza independiente de quiénes y cuántos los esgriman, o lo que es lo mismo que su fuerza no se basa en el número de los que los sustentan, es decir, no se basa en el principio democrático (Laporta, 2001: 26).

6. Una vuelta de tuerca a la opción epistémica

A la vista de estas dificultades, es posible dar una vuelta de tuerca a las dos opciones que hasta aquí he presentado, la doxástica y la epistémica. Empezaré por esta última, la que parecía estar en mejor posición para tratar el problema motivacional que nos persigue. La idea es bien sencilla: ¡cómo no comprometerse *de todo corazón* con un sistema político que promete acercarnos a la verdad, al tiempo que nos hace mejores ciudadanos!

El paso fundamental es el siguiente. Los partidarios de la opción epistémica podrán seguramente argumentar que las críticas que aquí he recogido apuntan en una dirección equivocada, pues no aciertan a situarse a la altura a la que se mueve realmente la concepción procedimental de la justicia que ellos sitúan en el origen del giro epistémico. Son críticas que quizá puedan hacer mella en las versiones más ingenuas de la propuesta epistémica, las que aspiran a reproducir *directamente* la situación ideal de habla o las restricciones informativas que caracterizan el equilibrio reflexivo en las calles de Porto Alegre²⁷, en artificiosos foros deliberativos diseñados al efecto²⁸, y hasta en los pasillos y salones de Bruselas²⁹, pero yerran el blanco cuando se dirigen contra sus versiones filosóficamente más elaboradas.

En efecto, una cosa es entender, como hiciera Condorcet, que los procedimientos democráticos son valiosos porque dan acceso a la *verdad objetiva*, una *verdad dada*, que es siempre la misma cualquiera que sea el procedimiento que utilizamos para acceder a ella; y otra bien distinta afirmar que los procedimientos de la razón pública tienen un valor constitutivo respecto de las prácticas en que aparece el término *verdadero* —respecto de las *condiciones de uso* del término *verdad*—, de tal forma que la *verdad* deja de ser independiente de nuestras creencias. Si la primera versión de la concepción epistémica se vuelve problemática al confrontarla con las fuerzas y las pasiones de la política de todos los días, la segunda es mucho menos vulnerable a este tipo de críticas. De entrada, ya no tiene sentido decir que evaluamos la fiabilidad de los procedimientos con respecto a su

²⁷ Un panorama de estas iniciativas aparece en Fung, Wright y Abers (2003). Una instructiva evaluación empírica de las iniciativas desarrolladas hasta la fecha en ámbito local en España, se encuentra en Parés (2009).

²⁸ Cfr. J. Fishkin (1995); Ackerman y Fishkin (2004). Véase, al respecto, una penetrante crítica en Richardson (2009) y la respuesta de Fishkin (2009).

²⁹ Me refiero a una variante estándar del deliberativismo contemporáneo que elabora las perspectivas de regeneración democrática en el funcionamiento de instituciones supranacionales. Véase, al respecto, entre otros, Eriksen (2000); Bohman (2007). Una referencia común en este tipo de literatura es Cohen y Sabel (1997).

grado de acierto, pues lo que estamos diciendo es precisamente que no existen criterios independientes para medir la corrección, criterios que no hayan de ser formulados en un lenguaje determinado contextualmente. Así, por ejemplo, cuando calificamos como *verdadero* el resultado de una práctica cooperativa que se desarrolla bajo los principios de la razón pública (Rawls, 1995, apdo. 14).

En este sentido, y volviendo a la cuestión de la motivación, los constructivistas argumentan que los ciudadanos deliberan y se comprometen con los procedimientos de búsqueda cooperativa de la verdad no por mero interés, o inclinación natural, ni porque exista una convención que les *fuere* a hacerlo, sino porque consideran que la adhesión a los valores democráticos es un ingrediente insustituible de su *forma de vida*, un componente central de su lenguaje moral, un elemento central del *paisaje* en el que se desarrollan sus vidas³⁰. Se trata de una solución conscientemente circular, pues a nadie se le oculta que los paisajes son también, en parte, el resultado de las conductas de quienes lo habitan y van modelándolo a través del tiempo. Pero este tipo de circularidad no tiene por qué ser viciosa. Puede ser incluso sana, dirán los constructivistas, si resulta que nos permite acceder a una *mejor comprensión* —¡de nuevo el factor epistémico!— de los ideales que suscribimos, y nos permite elaborar una visión realista y utópica a la vez de lo que somos y de lo que queremos ser³¹.

La principal debilidad de un enfoque como éste, aparte de las muchas complicaciones filosóficas que arrastra, está en su carácter inevitablemente condicional: el vínculo que une a los ciudadanos con las instituciones democráticas amenaza con disgregarse en cualquier momento. El ciudadano razonable se verá motivado a cumplir sus deberes de lealtad institucional si, *pero solamente si*, considera que de ese modo llegarán a realizarse sus convicciones últimas. Sabe que el mantenimiento de sus compromisos básicos de lealtad institucional le pueden llevar a renunciar o, al menos, a postergar la realización de (algunas de) sus convicciones más profundas³². Esta renuncia puede resultar dolorosa, pero es

³⁰ Una vez más, la posición rawlsiana es paradigmática. En la perspectiva del constructivismo político la existencia de una concepción compartida de la justicia puede ser considerada *al mismo tiempo* como condición y como resultado del ejercicio de la razón pública. No se necesita, por tanto, anclar la verdad política en la tradición o en la naturaleza. No hay una concepción preexistente de la justicia, ante la que se tenga que plegar necesariamente la razón —y la voluntad— de los ciudadanos racionales. El compromiso cívico reposa *únicamente* en una concepción de la persona y la sociedad que es tan básica como lo son las nociones de juicio o de inferencia, o como los principios de la razón práctica, que no necesitan —subraya Rawls— una fundamentación ulterior. Son nociones *fundantes*, que constituyen la referencia indispensable —la brújula, la estrella polar— por las que se orientan los procesos de auto-clarificación pública. Pero los contenidos concretos de la razón pública se construyen sobre la marcha, haciendo camino al andar, y resultan atractivos por sí mismos [cfr. Rawls (1996, apdo. III.4); cfr. Roberts (2007: 80); Peña (2011: 153 ss.)]. En rigor, habría que añadir, lo que persiguen los ciudadanos cuando ingresan en la esfera pública no es la verdad misma, *toda la verdad*, sino tan sólo esa forma de objetividad que se alcanza mediante la *feliz reconciliación* de sus doctrinas privadas —religiosas, metafísicas— con el mundo social que, de hecho, todos comparten, y desde siempre.

³¹ Este es el punto que intenta elaborar Rawls (2001, cap. 1) en las páginas iniciales de su *Derecho de gentes* —a mi juicio con poca fortuna. Todo el movimiento puede explicarse como un sofisticado proceso de representación, como en el caso del actor que se sabe distinto a su personaje y, sin embargo, se identifica en un sentido muy profundo con él, hasta el punto de que es interiorizando y haciendo creíble el papel que le toca representar sobre el escenario como descubre facetas nuevas de su personalidad, hasta entonces desconocidas o que no había logrado interpretar de la manera adecuada (Esta referencia a *Macbeth* aparece en Rawls (1996, apdo. I.4).

³² “El celo que entraña la verdad absoluta —escribe Rawls (2002: 157) de forma tajante— es incompatible con [la] idea de razón pública que forma parte de la ciudadanía democrática”. La versión constructivista del *liberalismo político* sigue sin ofrecer una alternativa transitable al callejón sin salida en el que han caído las democracias contemporáneas. O las convicciones básicas del liberalismo político están realmente *incrustadas* en el estrato más profundo de las conciencia de los ciudadanos, o los conflictos amenazan con volverse intratables. La educación democrática, desde este punto de vista, no tiene más perspectiva que la del reconocimiento de lo que ya somos, nosotros los afortunados

razonable esperar que las ganancias del juego acaben siendo mayores que las pérdidas, pues no en vano le estamos atribuyendo a las instituciones una especial competencia epistémica. Ciudadanos correctamente socializados, crecidos en el afortunado medio de sociedades plurales y tolerantes, estarán dispuestos a considerar con la debida apertura de miras las convicciones propias y las ajenas, y a permitir que las creencias metafísicas, las creencias últimas, las que son determinantes en la esfera privada, le cedan el paso a un procedimiento cooperativo de búsqueda de la verdad. El problema viene cuando el mecanismo deja de funcionar. De hecho, cada vez son más frecuentes los casos en que el balance entre los beneficios del procedimiento y los costes de la renuncia cae del lado equivocado. Ésta es la enfermedad del fundamentalista o también, como el propio Rawls apunta, del demócrata desencantado, que no consigue resolver en la esfera privada el malestar, la decepción³³, el vacío existencial que hoy produce la vida pública (Rawls, 2001: 149-150).

Hay al menos dos vías distintas para contrarrestar el persistente déficit motivacional que sobrevuela el constructivismo rawlsiano. Phillip Pettit ha elaborado estas inquietudes de la forma más estilizada en su análisis del dilema de la deliberación. La paradoja que él plantea es la que se presenta en un entorno de decisión colegiada cuando intervienen más de dos agentes reflexivos, sinceramente comprometidos, que tienen que adoptar una decisión en la que hay que tener en cuenta más de una premisa. Este es el caso, por ejemplo, de una decisión que deba atender, al mismo tiempo, a consideraciones de igualdad y de libertad. El caso conflictivo es aquél en que las apreciaciones de los jueces sobre cada una de las premisas son distintas y están distribuidas de tal forma que producen mayorías distintas respecto de cada una de las premisas. En estos casos, el veredicto final, producto del simple conteo de las respuestas de los jueces, no tiene por qué coincidir con el que se obtendría si desagregáramos los distintos momentos de la deliberación, considerando las respuestas mayoritarias respecto de cada una de las premisas del juicio. La solución procedimentalmente correcta —la que se obtiene aplicando, por ejemplo, la regla de las mayorías respecto del veredicto final— diverge de la que se obtendría mediante la evaluación de las razones sustantivas en cada uno de los momentos del proceso. Y el punto es el siguiente: el resultado del procedimiento es fatalmente aleatorio, en el sentido de que el resultado está inevitablemente condicionado por la regla de decisión adoptada. Dicho de otra forma, la decisión procedimentalmente correcta no deriva (solamente) de las razones del caso, o de las preferencias que los jueces se formen sobre ellas, sino que depende (también) de una opción previa, aquella en la que se estableció cuál sería el procedimiento de decisión. Si se trata de un procedimiento que privilegia la coherencia de los juicios individuales —la decisión final de cada uno de los jueces, en función su propio balance agregado de razones— el resultado irá en un determinado sentido, con la consiguiente inconsistencia a nivel colectivo; si, por el contrario, se establece una regla que privilegia las preferencias expresadas por los jueces en cada uno de los sucesivos momentos del proceso acerca de cada una de las premisas, tomadas por separado, el resultado será distinto. Racionalidad

pobladores de sociedades civilizadas. Es el esfuerzo constante por hacer creíble, ante nuestros propios ojos, de ciudadanos descreídos, el relato de cómo hemos llegado a ser precisamente lo que somos. Pero si de esto depende el futuro de nuestras empobrecidas democracias, si esto es todo lo que podemos esperar, ¿qué perspectivas de regeneración democrática puede haber en una situación como la descrita en este apartado y en los anteriores, donde los principios y valores democráticos no retroceden frente a las inmensas presiones adaptativas inducidas por el mercado de la comunicación mediática?

³³ En relación con las economías de la decepción, me gusta citar a Hirschman (1986).

individual y racionalidad de la decisión colectiva parecen destinadas a no encontrarse nunca³⁴.

La moraleja del caso la podemos traer sin dificultad al tema que estamos persiguiendo en estas páginas: no por incrementar la cantidad o la calidad de la deliberación —por ejemplo, incluyendo un mayor número de voces relativamente diestras, como suponía Condorcet— se allana el camino hacia el descubrimiento de la mejor solución posible. Por consiguiente, y para protegerse de la contingencia, cabe esperar que una sociedad comprometida con un conjunto de valores que considera verdaderos —centrados en la igual libertad, por ejemplo— tienda a restringir el ámbito de la deliberación pública, excluyendo aquellas materias en las que no se quiere correr el riesgo de obtener resultados inconsistentes con ellos. Lo que importa discutir aquí no es tanto la legitimidad de las restricciones a la deliberación, como el hecho de que tales restricciones puedan ser imputadas a una *agencia colectiva*, a una *mente común* que atienda a razones y sea responsable a lo largo del tiempo (Pettit, 2003: 156; 2004). El argumento de Pettit es que los sujetos que no quieran sucumbir a la inconsistencia entre los juicios individuales y las decisiones colectivas habrán de comprometerse con un proceso cooperativo que responde a una dinámica propia. A partir de ahí, la teoría podrá ensayar caminos diferentes para dar cuenta del funcionamiento de esas prácticas compartidas, insistiendo por ejemplo en el carácter auto-generativo de las virtudes necesarias para la cooperación (Ovejero, 2002), o postulando, a la manera de los antiguos, alguna forma de convergencia de las virtudes.

Es probable que muchos críticos empiecen a sentirse incómodos con las resonancias organicistas que asoman en este tipo de argumentos. Recordarán entonces las múltiples evidencias empíricas que, en sociedades como las nuestras, nos obligan a poner en duda la existencia del capital cívico necesario para sostener estas formas de acción colectiva. Y es que, en efecto, los teóricos de la mente común, que apuestan por la fuerza integradora de las creencias compartidas, deberían estar en condiciones de mostrar que la respuesta *ética* de los ciudadanos ante la inconsistencia de los juicios individuales y los juicios colectivos es lo suficientemente robusta como para salvar el obstáculo al que se enfrentaba el constructivismo rawlsiano y que eso no equivale, al final, a desvirtuar ese hecho del pluralismo que, como hemos visto, era el punto de partida de la argumentación rawlsiana. La sospecha es que la apuesta por la virtud política, en la práctica, sólo les resulte atractiva a los ya convencidos, a quienes comparten un mismo racimo de intuiciones que encajan entre sí sin demasiadas renuncias, o entre las que es posible identificar, sin demasiadas complicaciones, una especie de mínimo común denominador. Esto es lo que a mi juicio sucede —aunque no quiero abundar en ello— cuando se pretende salvar el déficit motivacional en el nivel colectivo apelando a las certezas identitarias, sean éstas expresión de la permanencia de formas de vida

³⁴ El ejemplo básico de Pettit (2003: 138-162) está tomado del mundo de la argumentación judicial y es el siguiente. Supongamos que tres jueces tienen que tomar una decisión sobre la responsabilidad de un sujeto en una circunstancia cualquiera en la cual hay que determinar (1) si se ha producido un daño y (2) si el sujeto tenía un deber de cuidado que le ponía en posición de evitar el daño. La ausencia de una de las dos condiciones exculpa al sujeto y sólo la coincidencia de ambas le condena. Supongamos ahora que dos de los tres jueces consideran que se cumple una de las dos condiciones pero no la otra, aunque discrepan en cuál de las dos —el daño o el deber de cuidado— es la que se incumple. Los dos primeros jueces exculparán al acusado, aunque por distintos motivos. El tercer juez, por el contrario, considera que se cumplen ambas condiciones y, por consiguiente, condena. El veredicto final será exculpatorio, porque en el resultado agregado prevalece por 2 a 1 esa solución. El dilema está en que si cambiáramos el procedimiento de decisión, desagregando el juicio y considerando por separado la opinión mayoritaria en cada uno de los dos supuestos —daño y deber de cuidado—, el resultado sería el contrario. Respecto de las dos condiciones existe entre los tres jueces una mayoría de 2 a 1 a favor del veredicto de culpabilidad. Es obvio que el caso de los jueces puede ser generalizado a cualquier supuesto de decisión democrática en la que se hace valer una pretensión epistémica.

tradicionales o de valores típicamente liberales. No podemos dar por supuesta la virtud, o la tradición, porque es precisamente la presencia de la virtud, sobre la que debería reposar la cooperación social, lo que está en entredicho (Habermas, 1998a: apdo. 2.2).

Pero el repliegue en la eticidad no es la única solución posible al déficit motivacional que enturbia la promesa constructivista. Una respuesta distinta trae causa no tanto de la fuerza motivadora de un nosotros consciente de su destino compartido, como de la fuerza motivadora que cabe atribuir a la verdad. Naturalmente, esto requiere un cuidadoso ajuste del *tipo de verdad* que es relevante en un contexto como éste. Desde una perspectiva constructivista y deflacionaria, Joshua Cohen critica la tajante alternativa establecida por Rawls entre pluralismo y verdad. La verdad, explica Cohen (2009: 13), está arraigada en las nociones intuitivas de creencia, aserto, juicio, razón u objetividad, y parece difícil imaginar un ideal de razón pública que prescindiera de ella y no pierda su credibilidad. No se trata de eliminarla, sino de desarrollar una *concepción política* de la verdad. A este respecto, la estrategia de Rawls era doblemente equivocada: resultaba demasiado tímida, porque afirmaba demasiado poco y acababa expulsando al terreno de las convicciones radicalmente inconmensurables cuestiones que están lejos de resultar intratables en el espacio público; y era también, al mismo tiempo, demasiado prudente, porque se privaba de un componente indispensable en el análisis de los procesos de socialización democrática. Sin verdad —esta es la tesis de Cohen (2009: 27)— el equilibrio reflexivo queda suspendido en el aire.

Partiendo de la estrategia rawlsiana del consenso por superposición, y de su renuncia a la verdad, no parece fácil dar respuesta a la inquietud del creyente. Pero, ¿por qué debería plegarme yo —dice el creyente— ante un consenso que no coincide con mi verdad comprensiva, y ni siquiera está en condiciones de reclamar una mayor proximidad a la *realidad objetiva* de las cosas? ¿Por qué debería reconciliarme con un consenso que no puedo reconocer como mío, si ni siquiera dispongo de un lenguaje común para discutir con mis adversarios e intentar convencerles de que mis verdades, debidamente consideradas, no son peores que las suyas? La respuesta a estas preguntas nos obliga a profundizar en el análisis del papel que ciertas creencias acerca de la verdad juegan en el espacio público. Al respecto, la tesis fundamental de Cohen (2009: 41) es que los criterios para la inclusión en el debate público de las verdades privadas —los criterios en función de los cuales afirmamos que ciertas razones privadas cuentan *también* como razones públicas— debe de estar sometido a escrutinio público. Una cosa es, en efecto, afirmar que el juicio sobre la verdad o falsedad de una creencia, al menos en una sociedad liberal y tolerante, está indeterminado, y cada quién puede tener su opinión al respecto; y otra cosa bien distinta es afirmar que el criterio para enjuiciar lo público y lo privado puede quedar al albur de las preferencias personales. De la misma forma que determinadas informaciones merecen ser tenidas en consideración en el proceso penal, o por el contrario han de ser conscientemente eliminadas, independientemente de si son verdaderas o falsas en términos puramente objetivos —por ejemplo, cuando una prueba ha sido recabada de forma ilegítima, hay razones para eliminarla del proceso; a partir de ese momento, es obvio que la verdad jurídica y la verdad de hecho serán al menos parcialmente discordantes—, así también hay *verdades* que consideramos relevantes para la formación de la *verdad política*, y otras que no. Pero lo decisivo es entender que los criterios para determinar la relevancia o no de las verdades son criterios abiertos al escrutinio público, y han de ser intersubjetivamente contrastados. El objetivo de la estabilidad social, en una sociedad compuesta por personas que suscriben diferentes concepciones privadas del bien, pero que al mismo tiempo se reconocen

mutuamente como libres e iguales, requiere que el juicio sobre la verdad política se formule siempre dentro de un marco común (*common ground*).

El problema de los argumentos basados en una estrategia constructivista —holista, quineana—, como la de Pettit y Cohen, es que debe resultar atractiva no sólo en la teoría, sino también en la práctica. Para que la reivindicación de la democracia resulte creíble, debemos mostrar que sociedades como las nuestras disponen de recursos suficientes para restablecer el potencial normativo de la esfera pública, apelando a *verdades* que sean comunes a todos. Dudo que tales recursos existan y, por eso, no creo que una solución que se limita a apelar —a recordarnos, en una suerte de anamnesis— lo que desde el principio se supone que somos, nosotros los desorientados pobladores de este planeta a comienzos del siglo XXI, pueda despertar la adhesión de los excluidos o desactivar el torpe conformismo de los privilegiados. Al eliminar las distintas instancias de crítica externa, la estrategia constructivista acaba quedando desarmada. En aquellas sociedades en las que no ha llegado a consolidarse una cultura política democrática como la que se respira en los pasillos de las (mejores) universidades norteamericanas, o en aquellos lugares en los que la pobreza o la falta de expectativas vitales doblega toda esperanza de romper el círculo vicioso de la deseducación, al constructivismo político no le queda otro recurso que seguir celebrando lo bien que administran el pluralismo algunas sociedades que tuvieron la fortuna de pasar por el aprendizaje de la tolerancia, en el entendido de que basta mostrar el ejemplo para que salte la chispa de la deliberación reflexiva en la mente de los fanáticos. No dudo de que esto es algo que pueda suceder, *pero que solamente sucede a veces*. O, más modestamente todavía, afirmo que *no sucede siempre*³⁵. Y eso supone que las probabilidades de éxito de un argumento así trenzado sólo van a ser lo suficientemente altas en esos pocos casos afortunados en que nos topamos con sujetos *correctamente* socializados. Más claramente, lo que a mi entender falta en este tipo de propuestas es una teoría plausible sobre el aprendizaje de la democracia. Si los adversarios de la democracia renuncian a la coherencia de sus creencias, sus intuiciones básicas, etc., ¿de qué argumentos podrá echar mano el demócrata para convencer a sus adversarios de que, *en el fondo*, no deberían hacer lo que hacen?

Si la fuerza del liberalismo político, en sus lecturas más o menos constructivistas, proviene de que los sujetos sean realmente capaces de hacerse cargo de una determinada concepción de la justicia —porque existen, como dice Rawls, *deseos dependientes de concepciones*—, en la que se manejan “razonamientos sobre nuestro futuro [que] presuponen, por así decir, una concepción de nosotros mismos como seres que duran en el tiempo, del pasado hacia el futuro” (Rawls, 1996: 112 ss.), es lícito pensar que cuando la concepción compartida —el trasfondo de intuiciones básicas compartidas o *endoxa*— sobre la que reposa la convivencia se vuelve borrosa, se abre una brecha irrecuperable entre los ideales y la realidad. Cuando esto sucede, y puede que sea un caso cada vez más frecuente en sociedades post-democráticas como las nuestras, la *utopía realista* del liberalismo político pierde inmediatamente su atractivo y la teoría queda inerte, indefensa, lamentando amargamente la ausencia de circunstancias favorables para su realización (*Id.*, 1996: 150 ss.). La cuestión no es marginal y no puede ser puesta *entre paréntesis*: la indiferencia a la verdad pone contra las cuerdas cualquier proyecto de civilización democrática (Frankfurt, 2008).

³⁵ No es posible establecer, a mi juicio, un paralelismo inmediato entre lo que sucede en el campo de la epistemología, donde cabe distinguir entre *certeza* y *verdad* y donde cabe suponer la necesidad permanente de construir certezas, una *base común* sobre la que se asienta la comunicación. En política, hay argumentos prudenciales para desactivar las certezas del lenguaje. Sobre estas distinciones (Marconi, 2007).

7. El rescate de la opción doxástica

La fragilidad motivacional de la opción constructivista nos devuelve al territorio doxástico. Eliminada la verdad, ¿existe algún margen de maniobra para restablecer el nexo entre la legitimidad democrática y la opinión? ¿Acaso hemos de rebajar el valor del método democrático hasta hacerlo coincidir con eso que los deliberativistas describen, algo apresuradamente, como una mera técnica para la agregación de preferencias?

El enfoque doxástico, no en la versión kelseniana, que ha sido relativamente marginal, sino en la versión schumpeteriana y pluralista, ha sido dominante en la teoría democrática de la segunda mitad del siglo pasado. Su influencia sigue siendo intensa, si no mayoritaria, y todavía produce resultados significativos. No obstante, sería inexacto asociar el enfoque doxástico a estas dos corrientes teóricas o ideológicas. Existen otras muchas versiones distintas de la tesis doxástica elemental —digamos— desde Protágoras en adelante. Y lo interesante es observar que no todas suscribirían el tópico que normalmente se les atribuye en la disputa con adversarios epistémicos: a saber, que la democracia contiene, en su propia definición, un elemento relativista, pues en democracia todas las opiniones tienen el mismo valor; al revés, se supone que la afirmación de la verdad, de cualquier verdad, en la medida en que se considera indisputable, contiene ya en sí misma, de nuevo por definición, un elemento despótico, anti-democrático [cfr. por ejemplo: Walzer (1981) y Waldron (1981)].

Una variante sofisticada de esta tesis es la que ofrecen algunas propuestas en las que el espacio democrático se describe con un *campo vacío* que ninguna (presunta) verdad debería nunca ocupar. En su afán crítico, sugieren que cuando ese espacio se satura, por afirmación de alguna verdad, la democracia se transforma inmediatamente en instrumento de dominación y negación de la diferencia³⁶. La democracia, así entendida, no es en realidad una forma de gobierno, o siquiera un modelo de sociedad, sino en modo particular de constitución de la subjetividad. Rancière (2007: 20) describe el proceso de *subjetivación* de los iguales como un movimiento intermitente, que aflora en los márgenes de la comunidad política y que se rebela sistemáticamente al intento de reconducir la política “al elemento firme del saber y el coraje”. Precisamente porque carece de toda una raíz epistémica la democracia puede ser descrita —en un léxico distinto— como el acontecimiento de lo singular, cuando apunta, más allá de toda regularidad, hacia el *por-venir*. La democracia —dice Derrida (2002)— no es más que eso, una promesa, el *por-venir*.

A quilómetros de distancia, el elemento doxástico es dominante en algunas —pero no en todas, las— concepciones pragmatistas de la democracia³⁷. Richard Rorty asocia el ideal democrático a la utopía de una comunidad planetaria de ciudadanos comprometidos no con la verdad, pues sólo metafórica y presuntivamente podemos hablar de tal cosa, sino la expansión de los horizontes de solidaridad. La verdad es un objeto *demasiado sublime* para que debamos convertirlo en meta de la acción política. Más nos valdría —escribe Rorty (2007: 17)— abandonar el *ansia de incondicionalidad* que nos persigue y fijarnos una meta más modesta, la de una “nueva comunidad autocreada, unida no por el conocimiento de las mismas verdades, sino por compartir las mismas generosas, inclusivistas,

³⁶ La expresión *campo vacío* proviene, como es sabido, de C. Lefort. Se podrían seguir las correspondencias de esta idea en autores como C. Castoriadis o C. Mouffe. Una visión especialmente enfática de esta visión es la de Laclau (2006); o también Zizek (2004).

³⁷ Conviene destacar que no todas las teorías pragmatistas de la democracia caen del lado de las concepciones doxásticas y más bien sucede lo contrario. Véase, por ejemplo, Putnam (1994).

democráticas esperanzas". Por supuesto, una opción como ésta tiene engorrosas implicaciones relativistas —"los principios democráticos y liberales definen apenas un juego de lenguaje entre otros"— con las que, sin embargo, deberíamos estar dispuestos a convivir, si lo que nos preocupa es proseguir los evidentes logros alcanzados en sociedades democráticas como las nuestras³⁸.

En lugar de discutir estos ejemplos, me interesa reivindicar la suerte de la opción doxástica ocupándome aquí de una propuesta que puede parecer sorprendente —alguien dirá enseguida que no es éste su lugar— pero que resulta particularmente atractiva. A estas alturas debería haber quedado suficientemente claro que ninguna de las dos teorías puras, la doxástica o la epistémica, explica adecuadamente los procesos de formación de la opinión y la voluntad democráticas, y sobre todo ofrece una respuesta contundente al déficit motivacional que arrastramos. Tomaré, pues, como referencia algunos escritos recientes de Jürgen Habermas para destacar un significativo reajuste de algunas de sus tesis más conocidas sobre el tema que nos ocupa, que venían de trabajos anteriores y encontraron un acomodo (casi) definitivo en las páginas de *Facticidad y validez*.

En efecto, la pregunta que hemos ido rastreando en la discusión anterior —qué motivos pueden tener los sujetos para involucrarse en prácticas comunicativas tan exigentes como las que requiere la moderna democracia— toca uno de los puntos medulares en la teoría de la acción comunicativa, como es el de las razones que llevan al sujeto a aceptar los presupuestos trascendentales de la comunicación racional y sus implicaciones prácticas. La respuesta básica de Habermas consiste en afirmar que cualquier hablante se ve forzado a ello por su interés en alcanzar el objetivo de la comunicación. En relación con lo que aquí nos interesa, y simplificando varios pasos intermedios, en el enfoque discursivo, la fuerza que mueve el proceso de democratización tiene su raíz en el hecho de que nadie puede realmente renunciar a situarse en la perspectiva del entendimiento. Habermas (1998a, apdo. 1.1.4); admite que esta fuerza es *débil*, pero afirma que podemos considerarla suficiente para guiar al ciudadano en un proceso de aprendizaje que se extiende (idealmente) a través del espacio y el tiempo, y conduce hacia el "concepto contrafáctico de una opinión final, es decir, de un consenso obtenido en condiciones ideales"³⁹.

El ideal discursivo, así entendido, es muy gravoso. Demasiado. Es una vieja crítica a Habermas. Pero esta no es su última palabra al respecto. El primer paso hacia una reconsideración de la sobrecarga epistémica que grava sobre las instituciones democráticas está en el debate que mantiene con John Rawls acerca

³⁸ El provocativo argumento para la disolución pragmatista de la perspectiva epistémica no acaba de aclarar cómo la esperanza promueve la solidaridad, y consiste en relativizar la supuesta universalidad de los principios del discurso (o, análogamente, de la razón pública). "Mi desacuerdo central, tanto con Habermas como con Putnam, —escribe Rorty (2007: 63)— reside en la cuestión de si las ideas reguladoras de *comunicación no distorsionada* o *representación precisa de la realidad* pueden hacer más por los ideales de la Revolución Francesa que la despojada noción de *justificación* dependiente del contexto".

³⁹ El ideal de la convergencia final de todas las razones presupone la hipótesis de que el universo de las razones relevantes en una materia determinada es finito, de tal forma que, en ausencia de las distorsiones informativas derivadas de la limitación del tiempo y los recursos necesarios para la deliberación, es lícito postular la identidad entre aceptabilidad ante un auditorio universal y verdad. A partir de aquí el objetivo general de *Facticidad y validez* es mostrar cómo es posible que estas estructuras normativas elementales de la socialización lingüística puedan *encarnarse* en el derecho de una sociedad democrática. El derecho mismo, la estructura de normas y poderes que forman el sistema jurídico, puede ser entendido como un prodigioso mecanismo que habilita los procesos de aprendizaje de los ciudadanos, un conjunto de instituciones que ponen en libertad el intercambio de razones y hacen posible la acción orientada hacia ese punto de fuga en que se encuentra la *única respuesta correcta* (Habermas, 1998a, apdo. 5.3.2).

del papel de lo verdadero y lo razonable. Habermas subraya la dificultad de encontrar, a la manera de Rawls, una base de justificación estable que se asiente exclusivamente sobre las *verdades* que los ciudadanos suscriben en la perspectiva del creyente⁴⁰. En un segundo momento, y en escritos posteriores, Habermas (2002: 16-17) somete a revisión los presupuestos epistémicos de su concepción de la democracia y saca a relucir la *intuición realista* que desde siempre habría estado presente en el trasfondo pragmático de la acción comunicativa. En la nueva perspectiva viene a cuestionarse el nexo entre la *verdad* de una proposición, entendida como referencia coronada con éxito a la realidad objetiva, y su *aceptabilidad* ante un auditorio idealizado. El punto es que, con este movimiento, aparece una significativa discontinuidad entre *verdad* y *justificación* y se introduce un factor no-epistémico en el proceso de justificación. Cualquier posible consenso, salvo el inefable consenso final, podrá ser desmentido por los hechos, ya que “‘p’ [puede] estar tan bien justificado como se quiera pero puede acabar resultando falso” (*Id.*, 2002: 49). La urgencia de la estabilización de las creencias de fondo, siempre provisionales, cuestionables, problematizables, es la exigencia que explica el movimiento discursivo que culmina en la formación de nuevos consensos⁴¹.

La idea, en palabras pobres, es que la democracia puede ser considerada como la mejor respuesta —la única posible— a los desmentidos de la experiencia cotidiana. Cuando menos lo esperamos, el *mundo objetivo* nos desafía y nos arrastra a la búsqueda de remedios alternativos ante dificultades recalcitrantes. Y eso vale tanto en el plano individual, como en el plano colectivo. Acudimos a la democracia cuando las creencias que creemos justificadas dejan de estarlo, cuando la experiencia nos devuelve al territorio de la opinión. Cuando menos lo esperamos, en la acción, el *mundo objetivo* nos desmiente⁴². Frente a la clausura rawlsiana de las formas de vida privadas y su feliz solapamiento en el ámbito público, lo que Habermas está ofreciendo es una reconstrucción más flexible —diríamos, también, más pluralista y más realista— de los procesos de aprendizaje individual y colectivo. Aun reconociendo la inevitable mediación lingüística de nuestro acceso al mundo, el

⁴⁰ Además de otras cosas que no vienen al caso en este momento, el problema que Habermas encuentra en el constructivismo rawlsiano es el haber enturbiado la distinción entre *aceptabilidad racional* de los principios de justicia, cuya base se encuentra en un ideal de razón pública, y *aceptación real*, que en cambio depende de las concepciones particulares que de hecho suscriban los miembros de una sociedad pluralista. La concepción rawlsiana de lo razonable habría quedado atrapada en un dilema: si asocia la *verdad* a la *razonabilidad* de las doctrinas comprensivas, distintas para cada individuo, acaba privando a la teoría de su dimensión epistémica; por el contrario, si distingue la *verdad* y la *razonabilidad*, eliminando todo punto de referencia *externo* en la elaboración de la concepción *política* de la justicia, el resultado será una concepción *neutral* de la justicia política, pero que no proporciona a los ciudadanos la seguridad de que las doctrinas políticas razonables en que honestamente creen sean también *verdaderas*. Habermas (1998a: 62-63) sugiere que Rawls podría resolver estas tensiones aplicando consecuentemente la estrategia procedimentalista y, a la vez, limitando el alcance normativo de la teoría. La razón práctica debería limitarse a ilustrar los presupuestos (cuasi)trascendentales del discurso, o lo que es lo mismo, las presuposiciones que los hablantes tienen que asumir si es que quieren implicarse en un intercambio comunicativo sobre la legitimidad de las distintas concepciones particulares del bien, dejando cualquier otra consideración de justicia al libre juego de las partes.

⁴¹ Lo interesante es observar cómo la teoría del discurso ya no se conforma con *registrar* la probable discrepancia entre las visiones del mundo particulares, con sus verdades inconmensurables, y los momentos afortunados de estabilidad, como hacen los constructivistas, que se resignan a dejar nuestras concepciones del mundo tal como están. Por el contrario, está en condiciones de *explicar* por qué aparecen y cómo funcionan los procesos de transformación de nuestras creencias más arraigadas, dando lugar a procesos de aprendizaje, incluso en circunstancias de profundo desacuerdo ético. Para ello necesitamos *únicamente* suponer que todos los hablantes se refieren en sus discursos a un mismo *mundo objetivo*. “La referencia al mismo objeto —escribe Habermas (2002: 44) en consonancia con Putnam— debe poder ser mantenida también bajo *distintas* descripciones”. Sobre esta evolución en el pensamiento de Habermas, cfr. Fabra (2008).

⁴² Véase este argumento de Habermas (2007: 107 ss.), en respuesta a ese texto de Rorty que citaba más arriba.

reconocimiento del papel que juega en esos procesos la existencia de “un punto de referencia que trasciende la justificación”, es la clave explicar el mecanismo que pone en marcha los procesos intramundanos de aprendizaje (*Id.*, 2002: 51-52). Es la incertidumbre que rodea este movimiento de retorno la que *nos fuerza* a asumir las cargas de la deliberación democrática. De este modo queda claro que nuestras intervenciones en el debate público no tienen por qué estar inspiradas por el deseo de alcanzar el lejanísimo horizonte de *convergencia final*, que por ser universal se supone también definitivo, igual para todos y monótono, sino que pueden ser tratadas, en el intercambio comunicativo, como respuestas tentativas a los desajustes que aparecen entre nuestros *prejuicios* —que hunden sus raíces en las profundidades de lo que Habermas denomina, en un idioma que no tenemos por qué compartir, el *mundo de la vida*— y la cruda realidad que no se pliega a nuestra voluntad.

Dicho de otro modo, es la acumulación de experiencias de comunicación fallida, que no pueden ser elaboradas ni en primera persona, del singular o el plural, ni en tercera, la que nos lleva a problematizar los mecanismos normales de estabilización de la conciencia y a confrontarnos con las opiniones ajenas (Habermas, 2008, en el cap. 1). Llega un punto —por decirlo ahora con Bernard Williams (2006: 115 ss.)— en que no nos queda más remedio que hacernos responsables de lo que creemos. Son esos fracasos los que mueven los procesos de aprendizaje, los que producen la energía necesaria para que nos atrevamos a desafiar nuestras visiones etnocéntricas, descentrándolas, haciendo saltar las fronteras del territorio que habitamos normalmente, oponiendo una obstinada resistencia. La teoría de la acción comunicativa, así formulada, escribe Habermas (2002: 96), puede conectarse a una teoría materialista de la sociedad, para dar cuenta así de los procesos intramundanos de aprendizaje⁴³. Y la conclusión no se hace esperar. Una vez rebajada la pretensión epistémica, la teoría del discurso nos ofrece una herramienta eficaz para acceder a la *caja negra* de donde provienen las opiniones, sin relegar la explicación de su génesis —como hacían los doxásticos ortodoxos— a la historia o a la psicología. Esta versión de la teoría del discurso pone en primer plano los procesos de aprendizaje, pero no nos obliga a abrazar la utopía angelical del diálogo, del consenso definitivo e incontrovertible. Nada de eso. Son los desmentidos de la cruda realidad los que nos fuerzan a *poner en suspenso*, y a menudo a descentrar y revocar, la mejor narración que, aquí y ahora, podemos ofrecer de nosotros mismos, y a entrar en conversación con los demás [cfr. Thiebaut (1998)]. A la incondicionalidad de la última palabra, se opone la continuidad del procedimiento. Las mismas reglas que ponen fin a la discusión son las que garantizan que en un futuro próximo y conocido volverán a darse nuevos momentos de opinión y discusión, en los que podrán ser tematizados los errores presentes y los fracasos futuros. La decisión de hoy, definitiva e irreversible, no podrá ser modificada, pero nos habrá dejado una lección que será discutida mañana, y quizá impugnada, sobre la base de nuevos ensayos y errores, que darán lugar a nuevos consensos y a nuevos disensos⁴⁴.

8. ¿Por qué entretenerse en hablar precisamente de estas cosas?

La defensa de una aproximación discursiva, falibilista y conflictualista, al viejo problema de la relación entre democracia y verdad —una versión entre muchas de la

⁴³ La traducción italiana de este mismo párrafo es mucho más rica. Dice: «Una teoria dell'agire comunicativo [...] può collegarsi a una teoria materialistica della società. Una teoria della società che tiene conto della caparbietà social-rivoluzionaria dei processi intramondani di apprendimento» (*Idem.*: 93).

⁴⁴ Esta idea de *incertidumbre*, *reiteración* o *iteración* aparece en textos tan distantes entre sí como Przeworski (1995); Bovero (2000: 36); Benhabib (2004: 125 ss.).

cuarta de las opciones propuestas, que por cierto deja sin resolver la cuestión más amplia acerca de la naturaleza de la verdad, en el ámbito de los discursos descriptivos, evaluativos o morales— no es ni mucho menos el objetivo prioritario de este trabajo, que consiste más bien en hacer plausible la distinción entre aproximaciones epistémicas y doxásticas y mostrar sus implicaciones⁴⁵. No obstante, este último es, a mi juicio, el camino más provechoso para deshacer el dilema schmittiano del que partía. De lo dicho hasta aquí no se desprenden recetas precisas para hacer frente a la indiferencia de los ciudadanos o estrategias políticas para hacer frente a los poderes que en nuestros días se sirven de la sistemática deseducación del público. La ventaja de este argumento es que, sin recargar en exceso las exigencias normativas, permite conservar la imprescindible dimensión normativa que, en democracia, orienta los procesos de formación de la opinión y la voluntad colectiva.

Esta operación no es inocente y muestra su mordiente crítico en ese contexto político y social al que aludía al comienzo, tras el fin de la tercera ola y ante el evidente *impasse* en que se encuentra el proceso de democratización. El debate sobre las cualidades epistémicas del método democrático afecta de lleno al análisis de las *pre-condiciones* no tanto jurídicas, como sociales y culturales de cualquier proyecto de reforma o profundización democrática. De lo que estamos hablando, en definitiva, es de las herramientas conceptuales que empleamos a la hora de evaluar la erosión de la opinión pública contemporánea, el declive de la *función orientadora* y, en última instancia, *educadora* de la opinión pública respecto de la opinión de cada uno de los ciudadanos. Permítanme concluir insistiendo en el carácter militante de algunas de las ideas que recogidas en páginas anteriores.

La primera tiene que ver con el estado de salud de la amplia —y variopinta— familia de las teorías deliberativas. Ya he adelantado que no creo que exista un solo modelo de democracia deliberativa, que implique alguna forma de superación respecto de las distintas variantes de la democracia constitucional contemporánea. Esto no le resta importancia a los resultados alcanzados en el amplísimo debate sobre la democracia deliberativa, en el que encontramos poderosas herramientas conceptuales para elaborar una historia y una crítica de la opinión pública a la altura del tiempo presente. Reacciono así ante un hecho en el que creo que merece la pena detenerse. A más de veinte años de distancia de su aparición en el mercado de las ideas, ya no es de recibo seguir presentando las teorías de la democracia deliberativa como la última gran novedad que viene de ultramar. Tengo la impresión, además, de que el avance en la literatura deliberativista respecto de sus textos fundacionales se ha estancado, o no es tan grande como sostienen sus partidarios, no sin cierta dosis de autocomplacencia. Esto es algo que implícitamente reconocen los más convencidos especialistas del gremio cuando insisten en la magnitud de la tarea que les queda por delante⁴⁶. Por otra parte, el desarrollo de una *teoría aplicada*, surgida al calor de experiencias prácticas más o menos imaginativas y/o felices, según los casos, sigue sin despejar un buen número de complicaciones.

En segundo lugar, he intentado trazar una distinción entre concepciones doxásticas y epistémicas que considero útil, aunque parecería que me he propuesto

⁴⁵ He guardado silencio sobre las implicaciones institucionales de esta opción, como también de las demás que he ido presentando en los anteriores apartados. Creo que sí tiene sentido explorarlas, incluso aunque entre estos dos planos, el de la epistemología de la democracia, por un lado, y el del diseño institucional, por otro, no haya conexiones inmediatas.

⁴⁶ En la retórica de los deliberativistas es recurrente la idea de que sus propuestas siguen estando, por así decir, *en ciernes*. Una y otra vez, se repite que *la teoría* no había alcanzado todavía su plena madurez teórica, que requiere nuevos esfuerzos porque está todavía en *fase de desarrollo*, pues sigue resultando *institucionalmente defectuosa*. No estaría de más preguntar: ¿hasta cuándo?

disolverla enseguida, al afirmar que las teorías *puramente doxásticas* o *puramente epistémicas* no consiguen ser viables. Creo que es posible mantener las dos cosas a la vez: de un lado, que la distinción es clarificadora porque permite identificar distintas estrategias para el análisis de los procesos de legitimación de las instituciones democráticas, así como de los males que corroen nuestras imperfectas democracias; de otro, que la defensa de cualquiera de las dos opciones, en su versión *pura*, nos sitúa un paso más allá de lo que entendemos habitualmente por democracia. Esto es bastante obvio en el caso de las doctrinas epistémicas, por sus irresistibles tentaciones *epistocráticas*. Pero no es menos cierto en el caso de las concepciones doxásticas. Esto es lo que he querido destacar en la lectura paradigmática de los fundamentos de la democracia en Kelsen, pero cosas análogas podrían decirse de otras teorías tan indiscutiblemente doxásticas como las de Joseph Schumpeter o Robert Dahl. El ideal de una *democracia sin verdad*, que por lo demás suscribo, siempre que por verdad no se entienda la creencia de que existe algo parecido a una *Gran Verdad Única*, nos obliga a realizar un minucioso ajuste de cuentas con uno de los temas más clásicos en la historia del pensamiento democrático.

Esto es precisamente lo que me ha llevado a insistir en el último de los ejemplos propuestos, el cual, como ha podido comprobarse, parece quedar suspendido a caballo de los dos modelos puros. Es una solución que debería poder retener y combinar el factor epistémico de la *orientación a la verdad* en el debate público —o, si se prefiere, las exigencias de *sinceridad* y *veracidad*— con el factor doxástico, que da cuenta de la relación del agente con el *mundo objetivo*. En el plano teórico, y respecto de las anteriores versiones de la concepción doxástica, su ventaja es que nos proporciona una explicación más rica de cómo y por qué se forman las disposiciones necesarias para el desarrollo de una sociedad democrática. En el plano estrictamente político, el de las instituciones, este enfoque parece avalar cierto interés por aquellos mecanismos cuya finalidad sea la de proporcionar *garantías para el disenso*, frente a los que tienden a privilegiar las certezas del consenso. Una reconstrucción del proceso democrático en términos discursivos —aunque no rígidamente epistémicos— tiene la ventaja añadida de que proporciona una mejor interpretación de cómo funcionan realmente, y de cómo deberían funcionar idealmente, los procesos de aprendizaje que alimentan el juego democrático, de ese *ir y venir* de argumentos a través del cual se forman y se transforman nuestras preferencias, y de por qué habríamos de comprometernos con las reglas básicas del juego democrático. Y esto me parece que es algo de lo que tenemos la más urgente necesidad.

En un mundo cada día más ingobernable se acumulan las experiencias fallidas, que no acaban de encajar en los marcos cognitivos y emotivos que nos resultan familiares y damos por supuestos. Para convivir con la acumulación de pequeños fracasos cotidianos y, a la vez, para no quedar inermes ante los grandes fracasos globales, necesitamos estructuras institucionales extraordinariamente sofisticadas, capaces de efectuar una adecuada *distribución del trabajo epistémico*, que sirvan como herramientas de distanciamiento, como detonantes de los procesos críticos y autocríticos de aprendizaje. De ahí la importancia de contar con ocasiones en las que *sacar a la luz pública* las experiencias conflictivas, que demandan un reajuste. De ahí también el interés en el establecimiento de reglas para la formación de la opinión y la voluntad democrática. El valor y la fuerza de atracción de los *universales procedimentales* (Bobbio, 1999: 381) se hace patente cuando tomamos conciencia de que la cruda realidad desafía la estabilidad del mundo que habitamos. Comprobamos entonces que la apuesta por la democracia no encuentra su razón de ser en las certezas, sino en los desencuentros de la vida cotidiana, en el vacío de

significado que nos acompaña, en el engañoso eco que producen las rutinas más arraigadas.

Bibliografía

- ACKERMAN, B. y FISHKIN, J. (2004), *Deliberation day*, Yale UP, New Haven.
- ARENDRT, H. (2003), "Verdad y política", *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Península, Barcelona.
- BAYÓN, J.C. (2009), "¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?", *Diritto & Questioni Pubbliche*, Núm. 9, pp. 189-228.
- BEINER, R. (2008), "Rereading 'Truth and politics'", *Philosophy and Social Criticism*, Núm. 1-2, pp. 123-136.
- BENHABIB, S. (2004), *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona.
- BESSON, S. y MARTÍ, J.L. (2006), "Introduction", *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, Alderhot.
- BOBBIO, N. (1999), "Dall'ideologia democratica agli universali procedurali", *Teoria generale de la politica*, Einaudi, Torino.
- BOBBIO, N. (1991), "La democrazia e il potere invisibile", *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino.
- BOHMAN, J. (2007), *Democracy across borders. From 'demos' to 'demoi'*, MIT Press, Cambridge / Londres.
- BOVERO, M. (2000), *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- CALSAMIGLIA, A. (1982), "Estudio preliminar", en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona.
- COHEN, G. (2001), *Si eres igualitarista, ¿cómo eres tan rico?*, Paidós, Barcelona.
- COHEN, J. (2007), "Deliberación y legitimidad democrática", *Democracia, deliberación y diferencia*, Cuaderno Gris, Núm. 9, pp. 127-146.
- COHEN, J. (2009), "Truth and Public Reason", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 37, Núm. 1, pp. 2-42.
- COHEN, J. y SABEL, C. (1997), "Directly-Deliberative Polyarchy", *European Law Journal*, Vol. 3, Núm. 4, pp. 313-342.
- CUNNIGHAM, F. (2002), *Theories of democracy*, Routledge, Londres.
- DAHL, R. (2002), *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona.
- DE FRANCISCO, A. (2006), *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano*, Catarata, Madrid.
- DERRIDA, J. (2002), *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Tecnos, Madrid.
- DWORKIN, R. (1993), *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona.
- ELSTER, J. (2001), "Introducción", *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- ELSTER, J. (2004), "Mimiking impartiality", en DOWDING, K., GOODIN, R. y PATEMAN, C. (eds.), *Justice & Democracy*, Cambridge UP, Cambridge/New York.
- ERIKSEN, E.O. (2000), *Democracy in the European Union: Integration trough Deliberation?*, Routledge, Londres.
- ESTLUND, D. (2008), *Democratic Authority*, Princeton UP, Princeton.
- FABRA, P. (2008), *Habermas: lenguaje, razón y verdad. Los fundamentos del cognitivismo de Jürgen Habermas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- FISHKIN, J. (1995), *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, Ariel, Barcelona.
- FISHKIN, J. (2009), "Consulting the Public Thoughtfully. Prospects for Deliberative Democracy", en KAHANE, D., WEINSTOCK, D. Y LETDET, M.W. (eds.), *Deliberative democracy in practice*, UBC Press, Vancouver/Toronto.

- FOLLESDALL, A. (2006), "The Value Added by Theories of Deliberative Democracy. Where (not) to look", en BESSON, S. y MARTÍ, J.L. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, Aldershot.
- FRANKFURT, H. (2008), *On bullshit. Sobre la manipulación de la verdad*, Paidós, Barcelona.
- FUNG, A., WRIGHT, E.O. y ABERS, R. (eds.) (2003), *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*, Verso, Londres.
- GOODIN, R. (2004), "Democracy, justice and impartiality", en: DOWDING, K., GOODIN, R. y PATEMAN, C. (eds.), *Justice & Democracy*, Cambridge UP, Cambridge / New York.
- GUTMANN, A. y THOMPSON, D. (2004), *Why deliberative democracy*, Princeton UP, Princeton / Oxford.
- HABERMAS, J. (1994): "Prefacio a la nueva edición alemana de 1990", *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, Barcelona.
- HABERMAS, J. (1998a), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, J. (1998b), *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, J. (2002), *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, J. (2001), *Verità e giustificazione*, Laterza, Roma-Bari.
- HABERMAS, J. (2007), "El giro pragmático de Richard Rorty", en RORTY, R. y HABERMAS, J., *Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?*, Amorrortu, Buenos Aires.
- HABERMAS, J. (2008), *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona.
- HERRERA, C.M. (1997), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, París.
- HIRSCHMAN, A. (1986), *Interés privado y acción pública*, FCE, México.
- KELSEN, H. (1982), *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona.
- KELSEN, H. (1988a), "El problema del parlamentarismo", *Escritos sobre democracia y socialismo*, Debate, Madrid.
- KELSEN, H. (1988b), "Los fundamentos de la democracia", *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid.
- LACLAU, E. (2006), *La razón populista*, FCE, México.
- LAFONT, C. (2006), "Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?", en BESSON, S. y MARTÍ, J.L. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, Aldershot.
- LAPORTA, F. (2000), "El cansancio de la democracia", *Claves de razón práctica*, Núm. 99, pp. 20-25.
- LAPORTA, F. (2001), "Problemas de la democracia deliberativa", *Claves de razón práctica*, Núm. 109, pp. 22-28.
- MANIN, B. (1998), *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid.
- MANSBRIDGE, J. (2006), "Conflict and Self-Interest in Deliberation". en BESSON, S. y MARTÍ, J.L. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, Aldershot.
- MARCONI, D. (2007), *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Einaudi, Torino.
- MARTÍ, J.L. (2006a), *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona.
- MARTÍ, J.L. (2006b), "The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended. Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy", en BESSON, S. y MARTÍ, J.L. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, Aldershot.
- NELSON, W. (1986), *La justificación de la democracia*, Ariel, Barcelona.
- NINO, C.S. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

- OVEJERO, F. (2002), *La libertad inhóspita*, Paidós, Barcelona.
- OVEJERO, F. (2008), *Hasta un pueblo de demonios*, Katz, Buenos Aires.
- PARÉS, M. (ed.) (2009), *Participación y calidad democrática. Evaluando las nuevas formas de democracia participativa*, Ariel, Barcelona.
- PARETO, V. (1999), *Trasformazioni della democrazia*, Editori Riuniti, Roma.
- PEÑA, C. (2011), *Estudios sobre Rawls*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- PETTIT, P. (2003), "Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma and Republican Theory", en FISHKIN, J. y LASLETT, P. (eds.), *Philosophy, Politics, and Society*, Vol. 7, Cambridge UP, New York.
- PETTIT, P. (2004), "The common good", en: DOWDING, K. GOODIN, R. Y PATEMAN, C. (eds.), *Justice & Democracy*, Cambridge UP, Cambridge / New York.
- PINTORE, A. (2003), *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- PRZEWORSKI, A. (1995), *Democracia y mercado*, Cambridge UP, Cambridge.
- PUTNAM, H. (1994), "Una reconsideración de la democracia de Dewey", *Cómo renovar la filosofía*, Cátedra, Madrid.
- RANCIÈRE, J. (2007), *En los bordes de lo político*, La Cebra, Buenos Aires.
- RAWLS, J. (1996), *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.
- RAWLS, J. (2002), *Justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Barcelona.
- RAWLS, J. (1995), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RAZ, J. (2001), *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona.
- RICHARDSON, H. (2009), "Popular Opinion and Popular Will", en KAHANE, D., WEINSTOCK, D. y LEYDET, M.W. (eds.), *Deliberative democracy in practice*, UBC Press, Vancouver/Toronto.
- ROBERTS, P. (2007), *Political constructivism*, Routledge, Londres.
- RORTY, R. (2007), "Universalidad y verdad", en RORTY, R. y HABERMAS, J. (eds.), *Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?*, Amurrtu, Buenos Aires.
- ROSENCRAZ, C. (1991), "La democracia. Una crítica a su justificación epistémica", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 10, pp. 261-277.
- ROSS, A. (1989), *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, A. (2000), "Las paradojas de un pensamiento en tensión", *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*, Fontamara, México.
- SANDEL, M. (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- SCHMITT, C. (1983), *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid.
- SCHMITT, C. (1996), *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid.
- SCHUMPETER, J. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, New York/Londres.
- THIEBAUT, C. (1998), *Vindicación del ciudadano*, Paidós, Barcelona.
- VILLACAÑAS, J.L. (2002), "Qué sujeto para qué democracia. Un análisis de las afinidades 'electivas' entre Freud y Kelsen", en *Logos*, Núm. 35, pp. 11-54.
- WALDRON, J. (1981), "A Right to do Wrong", *Ethics*, Vol. 92, Núm. 1, pp. 21-39.
- WALZER, M. (1981), "Philosophy and democracy", *Political Theory*, Vol. 9, Núm. 3, pp. 379-399.
- WEINSTOCK, D. y KAHANE, D. (2009), "Introduction", en KAHANE, D. WEINSTOCK, D. y LEYDET, M.W. (eds.), *Deliberative democracy in practice*, UBC Press, Vancouver/Toronto.
- WILLIAMS, B. (2006), *Verdad y veracidad*, Tusquets, Barcelona.
- ZAGREBELSKY, G. (2010), *Contra la ética de la verdad*, Trotta, Madrid.
- ZIZEK, S. (2004), *Amor sin piedad. Hacia una política de la verdad*, Síntesis, Madrid.



Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)

José Muñoz Lorente
Universidad Carlos III de Madrid
jose.munoz@uc3m.es

Resumen

El autor realiza un estudio sistemático y en profundidad de los delitos de tráfico de influencias y venta de influencias en el Código Penal español, especialmente tras las reformas operadas en el año 2010, poniendo de relieve sus carencias en la lucha contra la corrupción y proponiendo diversas mejoras de cara a una futura –y previsible- reforma de los mismos.

Palabras clave

Tráfico de influencias, venta de influencias, corrupción, reforma penal, cohecho, prevaricación, impunidad, responsabilidad penal de las personas jurídicas.

73

Crimes of traffic of influences -and of influence peddling- (Current situation and proposals for reform in the fight against corruption)

Abstract

The author provides a systematic and exhaustive study of the crimes of traffic of influences and influences peddling in the spanish Penal Code, especially after the reforms introduced in 2010, highlighting its shortcomings in the fight against corruption and suggesting various improvements for a future -and predictable- reform thereof.

Keywords

Traffic of influences, influences peddling, corruption, criminal reform, bribery, prevarication, impunity, criminal liability of legal persons.

1. Introducción, breve reseña histórica, última y próxima reforma

Los delitos de tráfico de influencias se encuentran contenidos en los arts. 428 a 430 del CP, incluidos entre los “Delitos contra la Administración Pública”, que es la rúbrica del Título XIX del Libro II del Código Penal (en adelante CP) en el que están ubicados.

Los referidos preceptos se vieron afectados por la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010. No obstante, es necesario precisar cómo, tras esa reforma, la estructura típica de estos delitos se mantuvo inalterada; la reforma operada sólo se limitó a aumentar las penas de prisión –en consonancia con lo que se hizo en otros delitos relacionados también con la corrupción como, por ejemplo, el cohecho- y a introducir en el art. 430 la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito se lleve a cabo en nombre y en provecho de una persona jurídica. Sin embargo, llamó poderosamente la atención que la reforma no se ocupase de solventar o solucionar los problemas interpretativos que planteaban los tipos y que, por su poca claridad, siguen dejando fuera del ámbito típico determinadas conductas que, no obstante, a mi juicio, y al contrario de lo que opina la Doctrina y Jurisprudencia mayoritarias, deberían –y pueden- ser constitutivas de delito dándole a los tipos una mayor operatividad práctica; aspecto sobre el que se volverá después.

Estos delitos de “tráfico de influencias” no pertenecen al denominado “núcleo tradicional” del Derecho Penal; ni tampoco al que podríamos denominar como “núcleo histórico” de los delitos de corrupción¹ –constituido fundamentalmente por la prevaricación, el cohecho y la malversación de caudales públicos-, sino que son relativamente modernos². Su antecedente más inmediato se encuentra en la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, que los introdujo por primera vez en nuestro Ordenamiento penal para dar respuesta punitiva a determinados escándalos de corrupción política que, en la época inmediatamente anterior a su originaria introducción, habían salido a la luz en los medios de comunicación (concretamente me refiero al denominado *Caso Juan Guerra*, prototipo de conducta incardinable actualmente en los artículos 429 y 430 CP³). En definitiva, un ejemplo más lo que se

¹ Aunque respecto al concepto de ésta, y como señala De la Mata Barranco (2004: 3 ss.), no existe un concepto unívoco o unitario.

² Esencialmente porque, como señala Romero de Tejada (2010: 67), “hasta principios de los noventa se consideraba que estas conductas [tráfico de influencias] podían ser objeto de sanción en otras ramas del ordenamiento jurídico, respetando el principio de intervención mínima del Derecho Penal”; Aun respetando la opinión técnico-jurídica del citado autor, y dudando de la existencia –con anterioridad a los años 90- de otras vías jurídicas para hacer frente al fenómeno –sin necesidad de la intervención penal-, a mi parecer, el hecho de que esta clase de delitos no estuviese tipificada obedecía a dos factores fundamentales: el primero a que desde épocas inmemoriales, y especialmente durante el franquismo, las conductas de tráfico de influencias estaban totalmente aceptadas, e incluso institucionalizadas, en la actuación de las Administraciones Públicas –al respecto, en mayor extensión véase Fernández Roca (2012); y, en segundo lugar, a que tales hechos no eran conocidos ni asumidos por la generalidad de la ciudadanía hasta que no fueron objeto de tratamiento por los medios de comunicación a finales de los años 80 del siglo pasado, tal y como seguidamente se expondrá en el texto.

³ Dependiendo de la conducta realizada (“venta de influencias” y/o “tráfico de influencias en sentido estricto” cfr. *infra*) y del concurso de leyes o de delitos que se sostenga que existe entre la prevaricación y los distintos delitos de tráfico de influencias; algo que indudablemente deriva de la concepción que se tenga en relación al bien jurídico protegido por cada uno de los referidos tipos penales (sobre esta cuestión también cfr. *infra*). Respecto de este conocido caso, véase la STS de 24 de junio de 2004, conforme a la cual se acabó condenando como partícipe en un delito de prevaricación al inducir o influir en un Alcalde para lograr, y conseguir, la recalificación de unos terrenos. No fue condenado por tráfico de influencias porque en la época en que se llevaron a cabo los hechos, el tráfico de influencias no era todavía constitutivo de delito y, en virtud del principio de

ha venido en denominar como “legislación a golpe de titular periodístico”. Se trata pues, de delitos, cuya introducción estuvo claramente encaminada a calmar – aunque sólo fuese momentáneamente- los ánimos de la ciudadanía y, como no, la conciencia de los políticos siempre dispuestos, aunque sólo sea nominal y demagógicamente, a luchar contra la corrupción⁴; no en vano, su introducción en el CP se llevó a cabo con el acuerdo unánime de todos los grupos políticos⁵, intentando con ello restaurar una cierta estética o imagen de actuación común en contra de la corrupción que, es innegable, siempre ofrece unos buenos réditos políticos y electorales con independencia de su posterior efectividad que, por decirlo de forma llana, poco o nada importa; o, hasta incluso, en lo más íntimo de la mente de esos políticos quizás esté la esperanza de que las reformas no sean efectivas, si es que esperaron o pensaron algo al redactar los preceptos, lo que, como hace años e irónicamente dijese Engisch (1967: 118), “no siempre puede sostenerse [que los políticos piensan algo antes de redactar un precepto] cuando es un parlamentario quien aprueba una ley”.

No obstante, no son sólo los parlamentarios los causantes de esa situación – aunque no les falta culpa- sino, como señala Álvarez García (2011: 76), también el Ministerio de Justicia que “lleva muchos años demostrando, cada vez que se le presenta la ocasión, que no saben preparar textos legislativos y que desconocen los rudimentos mismos del oficio de Legislador; pero tampoco les importa mucho, pues de otra forma, se supone, habrían puesto remedio al hecho mil veces denunciado”; añadiendo en tono totalmente irónico cómo “Ciertamente el Gobierno no ha encontrado un gran colaborador en esa tarea en nuestras cámaras legislativas, véase en ese sentido el agotador trabajo normativo desplegado por nuestros senadores que no fueron capaces de introducir, a su paso por el Senado, ni una sola enmienda a uno de los textos penales más importantes de los últimos treinta años [reforma del CP de 2010]. Con este plantel de legisladores no es extraño –lo anormal sería lo contrario- que Las Cortes den a luz, paran, textos tan espantosos”.

Recientemente se ha anunciado –desde mi punto de vista de manera claramente populista- una nueva reforma de los delitos de corrupción que, de momento, no sabemos si afectará, y cómo lo hará, a los delitos de tráfico de influencias. Y no me estoy refiriendo a la macroreforma del CP que se pretende llevar a cabo a través del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 –que se ocupa mínimamente de los delitos de corrupción⁶, demostrando con ello la poca importancia que se les daba a tales delitos a finales de 2012-, sino a la reforma anunciada por el Presidente del Gobierno –D. Mariano Rajoy- en su discurso del pasado día 20 de febrero de 2013 durante el debate sobre el estado de la Nación.

Parece que en pocos días o pocos meses (esto es, desde finales de 2012, fecha del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, hasta febrero de 2013) la

irretroactividad no favorable, no fue posible la aplicación de tales tipos aunque el Tribunal consideró que sí hubo tráfico de influencias.

⁴ En este mismo sentido poniendo de relieve cómo la “rentabilidad política en ocasiones alimentada por dosis de demagogia también se encuentra a menudo en la base de campañas anti-corrupción”, véase Asúa Batarrita (1997: 16).

⁵ Poniendo de relieve este hecho por lo extraño del mismo, véase Berdugo Gómez de la Torre (1994: 205).

⁶ Concretamente, sólo de la malversación y, además, cuando lo hace, y como ha señalado expresamente el Consejo General del Poder Judicial, “ha creado un galimatías en el que resulta imposible otorgar coherencia a la integración del Anteproyecto con las disposiciones vigentes que se mantienen inalteradas”. Véase Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (2013: 236). No obstante, en sentido contrario, y valorando positivamente tal reforma de la malversación, véase el Voto particular que formulan los vocales D. Antonio Dorado Picón y D^a Concepción Espejel Jorquera, y al que se adhieren los vocales D. Fernando de Rosa Torner y D. Claro José Fernández-Carnicero (2013: 19).

corrupción política ha pasado a ser “Un problema que alarma a los ciudadanos y afecta a la imagen de España... Toda corrupción es insoportable... Cualquier corrupción... Un país que se respete, debe perseguirla tan pronto como aparezca”⁷; dicho en otros términos, parece que a finales de 2012 la corrupción ni preocupaba, ni alarmaba a los españoles, ni tan siquiera había aparecido –o al menos así quedó reflejado en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal que, como se ha señalado se olvidó de los preceptos relativos a la corrupción y de su eventual reforma- y unos meses después sí: apareció esa corrupción como por arte de magia. Será que la gran mayoría de los casos de corrupción a los que estamos asistiendo en estos días por las informaciones de los medios de comunicación surgieron después de que se presentase el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 y antes del debate del estado de la Nación; ante esto, tengo que decir, empleando una terminología muy de moda en esta época, que “no me consta” que eso sea así. Pero, con independencia del “populismo punitivo” que cabe deducir de las palabras transcritas –y que, para los penalistas no constituye ninguna novedad ya que este hecho viene siendo denunciado desde hace tiempo⁸- las reformas anunciadas por el Presidente del Gobierno –apelando a un amplio acuerdo con el resto de los grupos políticos- en el ámbito penal se concretarían –de forma muy genérica- en las siguientes: “Endurecimiento de las penas, agilización procesal de los casos de corrupción y aumento del plazo de prescripción de este tipo de delitos. Propongo una reforma del Código Penal para endurecer las penas previstas para estos delitos” (Discurso del Presidente del Gobierno, 2013: 32).

Ante estas palabras y/o propuestas, y aun a fuerza de ser reiterativo, no cabe sino recordar que meses antes, el propio Gobierno presentó un Anteproyecto de Reforma del Código Penal que no contemplaba ninguna de esas medidas⁹ y que, desde mi punto de vista –tanto el aumento del plazo de prescripción de los delitos de corrupción, como el aumento de las penas- deben ser recibidas de buen grado. Otra cosa es, claro está, como se concreten tales propuestas y, en este caso, permítaseme ser poco optimista, aun cuando la Vicepresidenta del Gobierno anunciase el pasado viernes 9 de marzo de 2013, tras el Consejo de Ministros, la creación de un grupo de trabajo –con representantes de los Ministerios de Hacienda y Justicia- para agilizar las reformas anticorrupción anunciadas por Rajoy en el debate del estado de la nación¹⁰.

En mi opinión, y respecto al ámbito penal, poco cabe esperar de ese grupo de trabajo porque, entre otras circunstancias, conviene recordar que todas las penas relativas a los delitos de corrupción ya fueron objeto de endurecimiento con la

⁷ Véase Discurso del Presidente del Gobierno (2013) –D. Mariano Rajoy- en el Debate sobre el estado de la Nación de 20 de febrero.

⁸ Desde hace ya tiempo, la doctrina penalista viene denunciando el recurso que hacen los políticos – sean del país que sean y tengan la ideología que tengan- al Derecho Penal para la solución de cualquier problema que preocupe a la ciudadanía por el rédito electoral que ello tiene, con independencia de la eficacia del recurso al Derecho Penal o de que éste sea o no eficaz. Respecto a esta cuestión, y sin ánimo exhaustivo, entre otros, véase Díez Ripollés (2008: 1 ss.), “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, Fernández Molina y Tarancón Gómez (2010: 1 ss.), Martínez Sánchez (2008: 183 ss.), Silva Sánchez (2009: 15) y Varona Gómez (2011: 1 ss.),

⁹ Ahora, unos pocos meses después, el propio Ministro de Justicia que presentó ese Anteproyecto en el que no se contemplaba un aumento de penas para los corruptos, ha realizado las siguientes declaraciones: ante “cualquiera que en cualquier momento se aproveche de la situación de poder que tiene un cargo público no para actuar en beneficio de los ciudadanos sino para beneficiarse él personalmente o beneficiar a terceros *el reproche va a ser severísimo... vamos a ser absolutamente intolerantes con la corrupción*” (el resaltado en cursivas es mío). Fuente: Diario *La Ley*, núm. 8039, Sección Hoy es Noticia, del 8 al 10 de marzo de 2013. Un viejo refrán castellano dice que “de sabios es rectificar”; pero otro también dice que “el movimiento se demuestra andando”.

¹⁰ El País (2013), 8 de marzo.

reforma de 2010¹¹. Quizás fuese mucho más conveniente que en el seno de los partidos políticos comenzase a existir una verdadera cultura de la legalidad¹²; su actual inexistencia ha dado como fruto la situación en la que nos encontramos, muy difícil de solventar o atajar si no se produce una limpieza interna de los mismos desde sus estructuras jerárquicas más altas¹³. Lo contrario, por muchas reformas penales que se hagan, y como señala Álvarez García (2011: 77), va a significar “continuar en el clima de absoluta impunidad en el que estamos inmersos; y esto lo saben, lo sabemos, todos los que de una forma u otra “tenemos palabra” en la materia penal. Pues bien, el Gobierno no ha hecho nada, absolutamente nada, por modificar el presente estado de cosas”, ni yo creo que con esas futuras, mínimas y populistas reformas propuestas por el nuevo Gobierno en el ámbito penal se logre atajar el clima de impunidad.

2. La relación de los delitos de tráfico de influencias con otros delitos relativos a la corrupción. Su consideración como delitos “refugio”

Las conductas tipificadas en los delitos de tráfico de influencias suelen ser, generalmente, el escalón previo para la comisión de otros delitos más tradicionales y relacionados igualmente con la corrupción política y administrativa: la prevaricación y el cohecho; y, si se me permite la expresión, también pueden ser “*un refugio*” al que acudir cuando no sea posible probar la concurrencia de todos los elementos típicos de esos otros delitos de corrupción con mayor arraigo histórico¹⁴. Así, cuando no es posible probar la concurrencia de la dádiva propia y esencial del delito de cohecho, resulta viable y aceptable recurrir a estos delitos de tráfico de influencias¹⁵, siempre y cuando sea posible probar la influencia si existe una relación personal con el funcionario sobre el que se influye –extremo éste, por otra parte, bastante común en las dinámicas delictivas de la corrupción, especialmente cuando se trata de actuaciones continuadas o de tramas organizadas de corrupción-. De la misma forma, pueden ser de aplicación estos delitos cuando en la prevaricación no sea posible probar la “arbitrariedad” de la resolución requerida por el tipo penal del art. 404 CP pero, sin embargo, sea posible probar la existencia de una desviación de la legalidad en la resolución tomada por el funcionario público¹⁶; reitero, siempre y cuando, además, sea posible probar la influencia si existe una relación personal con el funcionario sobre el que se influye.

No obstante, no se puede obviar que estos delitos de tráfico de influencias tienen también notables problemas de prueba; algo, sin duda común a todos los delitos relativos a la corrupción¹⁷. No conviene pasar por alto que en esta clase de

¹¹ Eso sí, y como ya indicara Álvarez García (2011: 82-83), ese “aumento se caracterizó por disponer penas «blandas» en algunos casos, precisamente en aquellos que afectan a los intereses de la clase dominante”.

¹² Para lo que resulta primordial, como señala Asúa Batarrita (1997: 16), “la valoración de tales prácticas como un mal”; valoración que, sin duda alguna, los actuales partidos políticos no hacen, aunque, de cara a la galería den la imagen de lucha contra la corrupción. Dicho de otra forma, estéticamente la valoran como un mal pero, en la realidad, no es así.

¹³ Pero, claro, a lo mejor, quiénes tienen que realizar esa limpieza son los que más implicados están en casos de corrupción porque, como afirma Asúa Batarrita (1997: 17), siguiendo a García de Enterría, “puede afirmarse que en los sistemas democráticos los casos más serios de corrupción se presentan en los niveles altos y medios de la clase política con más frecuencia que en los niveles estrictamente burocráticos del funcionariado”.

¹⁴ Así, por ejemplo, calificando al tráfico de influencias como un delito residual del cohecho, véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1255).

¹⁵ En el mismo sentido, véase Muñoz Conde (2009: 959) y Alonso Pérez (2000: 246).

¹⁶ En este mismo sentido, véase Cugat Mauri (1997: 205).

¹⁷ En este sentido, y como señala De la Cuesta Arzamendi (2003: 6), la corrupción “pertenece a ese género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura, derivada no sólo de la extendida actitud de ocultación general, la cual viene a sumarse al evidente interés de las partes –unidas por

dinámicas delictivas las influencias se realizan siempre en el ámbito privado en el que no cabe esperar denuncias de los implicados, sobre todo cuando el funcionario influido “acepta” la influencia¹⁸, colabora con el influyente y, además, se da lugar a una resolución ajustada a Derecho; fundamentalmente en este último caso – resolución ajustada a Derecho- el descubrimiento y la prueba de la existencia del delito devienen prácticamente imposibles. Tanto es así que, una inmensa mayoría de procedimientos iniciados por delito de tráfico de influencias, finalmente acaban en sobreseimiento por falta de pruebas¹⁹.

Con independencia del debate sobre si las conductas abarcadas por los delitos de tráfico de influencias deben ser o no punibles, dado que determinados sectores doctrinales criticaron –y siguen criticando- su introducción al considerar que se solapan con tradicionales delitos de corrupción como la prevaricación y el cohecho²⁰, lo cierto es que estos nuevos delitos de tráfico de influencias vinieron a colmar una laguna existente en nuestro Ordenamiento penal –aunque sea sólo como delitos “refugio”- y, en consecuencia, no cabe hablar de ningún tipo de solapamiento y, en todo caso, si éste existiera, el CP dispone de mecanismos para solucionarlo como es el concurso de leyes y/o delitos; salvo, claro está, que se quiera ser condescendiente con esta clase de corrupción. Por encima de los delitos de tráfico de influencias se encuentran otros más graves como el cohecho y la prevaricación –con los que algunos, de forma incorrecta, señalan que se solapan- y, por debajo, lo meramente inmoral que, aunque digno de reproche social, no ha de ser objeto de persecución penal.

3. Estructura de la tipificación: “tráfico de influencias en sentido estricto” y “venta de influencias”

En esencia, y aunque existan tres preceptos penales que tipifican las conductas de tráfico de influencias, éstas se pueden dividir en dos grupos: por un lado, el que podríamos denominar como “tráfico de influencias en sentido estricto” (arts. 428 y 429 CP), y por otro, el ofrecimiento o la aceptación para llevar a cabo un tráfico de influencias o “venta de influencias” (art. 430 CP). Adopto esa denominación porque, a mi entender, es la que mejor refleja las conductas delictivas previstas, aunque en el ámbito jurisprudencial y doctrinal se utilicen otras denominaciones²¹. Con independencia de cuál sea su denominación, lo cierto es que a la hora de analizar estos delitos, unánimemente se distingue entre, por un

cierta «relación de confianza o incluso de buena fe» en esos «negocios recíprocos»– de conservar el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos que se alzan contra su adecuada investigación y prueba”. En parecidos términos, refiriéndose directamente a “cifra negra” y estimándola en el cohecho cercana al 90%, véase, De la Mata Barranco (2009: 225); también, véase al mismo autor (2004: 7), refiriéndose a la corrupción como “práctica extendida –no se sabe en qué medida”.

¹⁸ En igual sentido Cugat (1997: 196).

¹⁹ De forma idéntica refiriéndose a los “importantes inconvenientes probatorios y también serias dificultades de llegar a una efectiva sentencia de condena; lo que viene demostrado, por ejemplo, por la propia experiencia española, en donde se contienen poquísimas decisiones jurisprudenciales para tales delitos”, véase Mannes (2000).

²⁰ En mayor extensión, con importante bibliografía, sobre dichos sectores doctrinales críticos con la introducción de estos delitos, y a la vez, tremendamente tolerantes con la corrupción, véase Martínez Galindo (2005: 37).

²¹ Así, por ejemplo, la SAP de Palencia 2/2003, Sección 1ª, de 16 de junio, distingue entre tráfico de influencias “propio”, para referirse a los arts. 428 y 429, e “impropio” para referirse a la venta de influencias del art. 430; en la doctrina utilizando una denominación distinta, véase Cugat (1997: 169 y 237 ss.), quien califica la conducta del art. 430 CP como tráfico de influencias en sentido estricto, por responder más fielmente a la literalidad del *nomen iuris*, mientras que califica las conductas de los arts. 428 y 429 como “ejercicio de influencias”.

lado, las conductas descritas en los arts. 428 y 429, y, por el otro, las contenidas en el art. 430 por ser sustancialmente diversas.

La conducta de tráfico de influencias en sentido estricto, tal y como la hemos denominado aquí, consiste en, aprovechándose de determinadas relaciones con un funcionario o autoridad, influir o intentar influir en él a fin de obtener una resolución que reporte un beneficio económico directo o indirecto a quien influye o a un tercero. Cuando la conducta se lleva a cabo por un funcionario público (art. 428 CP²²), esto es, cuando el influyente es un funcionario público, la pena es sensiblemente superior que cuando el influyente es un particular (art. 429 CP²³).

Por su parte, la otra conducta conminada con pena, esta vez en el art. 430 CP, que se podría denominar como “venta de influencias”, consiste en ofrecerse para influir sobre un funcionario, previa solicitud de dádivas o promesas o cualquier otra remuneración, o bien, aceptar el ofrecimiento o promesa para llevar a cabo las influencias sobre un funcionario²⁴.

4. Bienes jurídicos protegidos

Es necesario precisar que me refiero a “bienes jurídicos” protegidos –y no a bien jurídico protegido– porque, en consonancia con la división que se ha hecho en el epígrafe anterior entre delitos de tráfico de influencias en sentido estricto y “venta de influencias”, los bienes jurídicos protegidos son diversos aunque todos los preceptos se encuentren recogidos en un mismo capítulo del Código.

Respecto a los arts. 428 y 429 CP (tráfico de influencias en sentido estricto) se sostiene unánimemente que el bien jurídico protegido coincide o, cuando menos, resulta muy similar al protegido en el delito de cohecho: el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública²⁵. Sin embargo, no conviene olvidar, como ya en su día apuntara Cugat Mauri (1997: 106 ss.), que en la raíz de todos esos principios está también *el de igualdad*²⁶, algo que resultará muy

²² El tenor literal del art. 428 CP es el siguiente: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

²³ El tenor literal del art. 429 CP es el siguiente: “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

²⁴ El tenor literal del primer párrafo del art. 430 CP es el siguiente: “Los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con pena de prisión de seis meses a un año”. En el segundo y tercer párrafo se recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas que lleven a cabo cualquiera de las conductas descritas en los tres preceptos anteriores.

²⁵ Así, entre otros, Arroyo Zapatero *et al.* (2007: 903), Cugat Mauri (1997: 104 ss.), Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), Martínez Arrieta (2007: 3132 y ss.), Martínez Galindo (2005: 46), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1253); Muñoz Conde (2009: 957); Romero de Tejada (2010: 67-68). Queda, por tanto desechado el usual bien jurídico al que solía referirse la doctrina española e italiana para esta clase de delitos: la tutela de la buena imagen de la Administraciones Públicas o de su dignidad y prestigio; al respecto, véase De la Mata Barranco (2009: 248).

²⁶ También, conectando la corrupción con el principio de igualdad, véase Asúa Batarrita (1997: 19) quien señala expresamente cómo “la corrupción modifica sobre todo las reglas del juego, *la «igualdad*

importante, como veremos, a la hora de interpretar si determinadas conductas están o no incardinadas en los tipos penales; esto es, en definitiva, la protección de la libre formación de la voluntad del funcionario evitando la interferencia de intereses particulares –tratando a todos los ciudadanos por igual²⁷- y la desviación del mismo de los intereses generales como consecuencia de las influencias de individuos o grupos de presión²⁸. La diferencia con el cohecho estriba en que, en el tráfico de influencias la imparcialidad se ve lesionada a través de mecanismos o elementos distintos a las dádivas o promesas (más concretamente, a través de las relaciones personales con un funcionario) y, en consecuencia, los tipos de tráfico de influencias, como ya se señaló, no se superponen –ni son innecesarios- sino que se complementan porque en la dinámica delictiva de la corrupción uno abarca lo que el otro no abarca. Más concretamente, en el tráfico de influencias en sentido estricto lo que se intenta tutelar es el cumplimiento de la *obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente –y sin la presencia de dádivas o promesas propias del cohecho- en la toma de decisiones*²⁹.

En cuanto al bien jurídico protegido por el art. 430 (“venta de influencias”), y al contrario de lo que ocurre con los otros dos preceptos, lo cierto es que no existe esa clara unanimidad al considerar que propiamente no nos encontramos ante un delito de tráfico de influencias o ante un verdadero delito de corrupción puesto que no es necesaria la presencia de ningún servidor público para su comisión; es más, debido a la configuración de este delito hay quienes consideran que es muy difícil, por no decir imposible, determinar el interés tutelado³⁰; e incluso, expresamente, por parte de Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 5), se propugna su derogación al considerar que el interés que subyace al mismo no resulta merecedor de tutela penal.

En efecto, en el delito en cuestión no se pone en evidencia, no se lesiona o no se intenta lesionar el correcto funcionamiento de la Administración Pública porque lo que se incrimina no es el ejercicio de la influencia sobre un funcionario público, sino alardear de poseer el poder de influenciar³¹ o, sin alardear de él –es decir, sin iniciar el sujeto el *iter criminis*- asumir que se tiene ese poder (así, concretamente, en el caso de que alguien se dirija al particular ofreciéndole la dádiva o regalo porque es conocedor de que tiene unas especiales relaciones con un funcionario, por ejemplo, familiares). Parece, por tanto, que la incriminación de esta serie de conductas no responde a otra cosa que a *la tutela del prestigio y buen nombre de la Administración*³² o, si se quiere, *el bien jurídico protegido no es más*

de oportunidades», al generar una desigualdad oculta y los mecanismos perversos para su desarrollo” (el resaltado en cursivas es mío).

²⁷ También, aunque en referencia al cohecho, vinculando la idea de imparcialidad –entendida como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas- y su vinculación con el principio de igualdad al, en sus palabras, “*garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios*” públicos, véase De la Mata Barranco (2009: 251) (el resaltado en cursivas es mío). De la misma manera, refiriéndose genéricamente a la corrupción e indicando cómo, en general, la misma supone “una lesión sistemática de las expectativas de tratamiento igual”, véase Asúa Batarrita (1997: 16).

²⁸ A este respecto, y sobre las estrechas relaciones existentes entre la práctica del denominado *lobby* o grupo de presión y los delitos de tráfico de influencias, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009).

²⁹ En estos mismos términos, véase Cugat Mauri (1997: 190), Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1253-1254). En la jurisprudencia, entre otras, véanse SSTs 1534/1997, de 10 de marzo, 1335/2001, de 19 de julio, 335/2006, de 24 de marzo; también, SAP a Coruña, 50/2002, Sección 6ª, de 26 de diciembre; Auto AP Girona, 216/2005, de 19 de abril.

³⁰ Así, Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4); Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1263).

³¹ Así Martínez Arrieta (2007: 3142).

³² Así Arroyo Zapatero (2007: 906), Berdugo (1994: 209), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1268), Muñoz Conde (2009: 960-961), Romero de Tejada (2010: 70). También Díaz-Maroto y Villarejo (2010: 4), quien, no obstante, por entenderlo etéreo y difícilmente aprehensible, lo considera

que la imagen o buen nombre de la Administración³³; imagen o buen nombre que pueden verse lesionados cuando alguien manifiesta que tiene poder de influencia sobre algún funcionario de aquélla y realiza una oferta para la “venta” de tal influencia –o, sin realizar esa oferta acepta dádiva- mostrando cómo la Administración tiene en su seno funcionarios influenciados y que, en consecuencia, no actúan de forma acorde con los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad. No obstante, para la Jurisprudencia, el bien jurídico protegido en el art. 430 es el mismo que en los delitos de tráfico de influencias en sentido estricto (imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la Administración pública), si bien se hace notar el alejamiento de la lesión de ese bien jurídico al especificar que no se trata nada más que de *actos preparatorios, elevados a la categoría de delito, de los tipos de tráfico de influencias en sentido estricto*³⁴. Esta consideración como actos preparatorios elevados a la categoría de delito, y por consiguiente, la asunción de idéntico bien jurídico protegido en todos los tipos, no resulta en absoluto de recibo.

Tal consideración, por un lado, resta operatividad al art. 430 CP al no poder ser aplicado en el caso de que, tras la dádiva, efectivamente se lleven a cabo o ejerzan las influencias sobre un funcionario; en este caso habría un concurso de leyes entre el art. 429 y 430 que, en esencia, se resolvería a través del principio de consunción contenido en el art. 8 CP, a favor de la aplicación única del art. 429. Pero, por otro lado, el mantenimiento de que el bien jurídico es idéntico en los tres tipos –y que el art. 430 son sólo actos preparatorios elevados a la categoría de delito- conduciría a tratar de manera igualitaria casos que en absoluto lo son y, en definitiva, no se abarcaría el total desvalor de la conducta. Dicho en otros términos, no se puede tratar de la misma forma a quien –al ejercer las influencias a favor de un tercero- se lucra, que a aquel otro que no lo hace, esto es, ejerce las influencias de manera “altruista” porque, por ejemplo, las ejerce a favor de un amigo. El hecho de considerar que el art. 430 protege un bien jurídico distinto al que protegen los arts. 428 y 429 ofrece la posibilidad de que, en los casos en que “se venda” la influencia, se pueda realizar un concurso ideal-medial –para abarcar el total desvalor de la conducta- dado que los bienes jurídicos serían distintos y con ello no se vulneraría el principio *non bis in idem* que, en definitiva, es el que preside el art. 8 CP. En otros términos, no se trataría de forma igualitaria a aquello que es desigual porque, como se ha señalado, no es lo mismo ejercer unas influencias de forma “altruista” que ejercerlas de manera lucrativa. El hecho de que se cobre por ejercer las influencias, sin duda alguna, tiene que tener algún tipo de relevancia penal. Y esta sólo se puede conseguir a través del concurso ideal-medial para lo cual es necesario mantener que el art. 430 protege un bien jurídico distinto a los otros dos preceptos.

absolutamente rechazable y de ahí que, como se haya visto con anterioridad, este autor propugne la derogación del art. 430.

³³ Críticamente sobre esta concepción del bien jurídico cuando un funcionario está inmerso en un caso de corrupción porque es un bien jurídico de “dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho Penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración”, véase De la Mata Barranco (2009: 248); no obstante, conviene recordar que en el caso del art. 430 CP el sujeto activo del mismo no es un funcionario, sino un particular por lo que, en mi opinión, podríamos desechar esa visión autoritaria de la Administración que se denuncia.

³⁴ Así, entre otras, véase SSTS 1335/2001, de 19 de junio y 335/2006, de 24 de marzo. En la doctrina, sosteniendo esta misma idea, López Barja de Quiroga (1997: 4049).

5. Los tipos delictivos.

Influir sobre funcionario o autoridad. Tráfico de influencias en sentido estricto (arts. 428 y 429 CP)

Los arts. 428 y 429 recogen una estructura idéntica. Sólo se diferencian en cuanto al sujeto activo y la pena a imponer. Por tanto, se analizarán conjuntamente. Los dos preceptos responden a la clásica combinación de un tipo especial impropio llevado a cabo por un funcionario o autoridad (art. 428) y su correlativo tipo común que puede ser llevado a cabo por cualquier ciudadano (art. 429).

Sujeto activo y sujeto objeto de la influencia. La criticable impunidad del funcionario que se deja influir o “acepta” la influencia

Sujeto activo del delito –esto es, el que ejerce influencia- puede serlo cualquier persona: autoridad, funcionario público o particular. Si bien, la pena varía dependiendo de si el autor es un funcionario o autoridad o, por el contrario, es un particular.

En el primer caso –sujeto activo funcionario o autoridad-, la pena se encuentra prevista en el art. 428 y, en el segundo caso –sujeto activo particular-, en el art. 429. En ambos supuestos la pena de prisión y multa es idéntica: prisión de 6 meses a 2 años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido; la única variación estriba en que al funcionario o autoridad, además, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 3 a 6 años; y, de la misma manera, en ambos preceptos se prevé que si se obtuviere el beneficio económico perseguido –agotamiento del delito-, las penas se impondrán en su mitad superior.

Es preciso hacer notar cómo la pena privativa de libertad ha sido objeto de una reciente modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, que, en ambos preceptos –y no así en el art. 430-, ha elevado el límite superior de dicha pena privativa de libertad de 1 a 2 años; hecho este que, al contrario de lo que pudiera pensarse, no garantiza en ningún caso el ingreso en prisión del “influyente” condenado si es la primera vez que delinque debido a la aplicación de la *cuasi* automática suspensión condicional de las penas de prisión inferiores a 2 años conforme a lo establecido en el art. 80 del CP. Pero, aún en el caso de no ser condenado por primera vez, y no siendo reo habitual, puede que el condenado no ingrese tampoco en prisión debido a que el art. 88 CP permite la sustitución de las penas de prisión inferiores a 2 años por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad. En definitiva, el aumento de la pena privativa de libertad muestra que nuestros legisladores se han guiado más por una finalidad simbólica –o si se quiere estética o hasta incluso electoralista y/o populista en el sentido de mostrar a la ciudadanía que están a favor de la lucha contra la corrupción, aunque en realidad no sea así- que por una auténtica voluntad de que en estos supuestos haya una efectiva ejecución de la pena privativa de libertad – esto es, que el “influyente” ingrese en prisión- y exista un verdadero efecto preventivo general en este ámbito de la corrupción.

El sujeto objeto de la influencia –que no sujeto pasivo del delito- siempre ha de ser un funcionario o autoridad en sentido amplio³⁵; esto es, no se contempla, al

³⁵ El concepto de autoridad o funcionario público aparece expresamente definido en el art. 24 CP que extiende el concepto de tales a todas aquellas personas –tengan la vinculación que tengan con las Administraciones Públicas- que participen “en el ejercicio de funciones públicas”. Esto es, el concepto

menos de momento, el tráfico de influencias en el ámbito privado dado que la reciente introducción -por la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal- del denominado delito de “corrupción entre particulares”, en el art. 286 bis CP, sólo contempla el que podríamos denominar como “cohecho entre privados” ya que exige la presencia de dádiva o favor para que la conducta se considere ilícita.

Es importante resaltar que *la conducta del funcionario sobre el que se influye y que, además, se deja influir (esto es, accede a lo que se le pide), resulta totalmente impune porque no aparece contemplada en la tipicidad de los preceptos de referencia* que sólo consideran punible la figura del que influye o intenta influir. La conducta del funcionario que se deja influir sólo será punible si es constitutiva de cualquier otro delito -prevaricación, nombramientos ilegales, fraudes, etc.- y conforme a este otro delito -no en virtud de haber “aceptado” la influencia-; pero si la conducta del funcionario que se deja influir es totalmente ajustada a Derecho o constitutiva de una simple desviación administrativa, esto es, no calificable como prevaricación, entonces dicha conducta será penalmente impune -por ejemplo, agilizar un expediente para la concesión de una licencia legal vulnerando con ello el principio de igualdad entre los administrados del que también ha de hacerse gala dentro de la Administración y que forma parte del bien jurídico protegido en el delito; sobre ello se volverá al analizar cómo ha de entenderse el concepto de “resolución” al que se refieren los arts. 428 y 429 y si dentro de los mismos entran las resoluciones ajustadas a Derecho-; de la misma forma la conducta del funcionario que se deja influir será impune si no ha adoptado resolución alguna porque, por ejemplo, ha sido descubierto antes de dictar la resolución; no obstante, eso no significa que al funcionario que se deja influir no se le pueda imponer una sanción disciplinaria en el ámbito administrativo (críticamente sobre lo que se denomina “falta de simetría entre la sanción que corresponde al que influye y la falta de sanción al que se deja influir [que] «enturbia» considerablemente la interpretación lógica que ha de darse a estos delitos”, véase AAP Girona, Sección 3ª, núm. 442/2005, de 28 de julio y AAP Madrid, Sección 7ª, núm. 939/2007, de 29 de octubre³⁶).

83

En este orden de cosas, no se entiende muy bien por qué el denominado cohecho pasivo resulta punible y, sin embargo, el que podríamos denominar como “tráfico de influencias pasivo” no lo es, cuando ambos delitos poseen la misma estructura y la única diferencia estriba en que en uno la voluntad del funcionario se “doblega” a través de dádivas y, en el otro, a través de una serie de relaciones personales con el funcionario; en cualquier caso, en ambos el funcionario accede a ese “doblegamiento” -vulnerando el principio de imparcialidad y objetividad- y, no obstante, en uno la conducta es punible y en el otro no.

La ausencia de pena para el funcionario que se deja influir o accede a la influencia ha sido duramente criticada -así véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254-1255), para quienes las “dos partes” del acuerdo deben ser merecedoras de pena al igual que en el cohecho- e, incluso, se ha intentado ofrecer una solución dogmática para evitar la impunidad -así, a través de la figura de la cooperación necesaria del influido (el funcionario) en el tráfico de influencias del art. 429 CP: si el funcionario no se deja influir no hay tráfico de influencias- al no contemplarse un tipo similar al cohecho pasivo -aceptación de la dádiva por el funcionario- que aquí se concretaría en la aceptación de la influencia; en definitiva, se trataría de los casos más frecuentes de tráfico de influencias -“acuerdo de

de funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el concepto administrativo. En mayor extensión sobre esta cuestión, por todos, véase Olaizola Fuentes (1997: 77 ss.).

³⁶ Con idénticas palabras respecto de la “falta de simetría” y en tono ciertamente crítico, véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254).



voluntades”- en los que influyente e influido están de acuerdo o en los que el influido accede a lo requerido por el influyente de acuerdo con el ascendente que éste tiene sobre aquél. Carencia de pena para el funcionario que se deja influir que –a pesar de haber sido objeto de denuncia por la doctrina-, como se puede observar, no ha querido solventar la reciente reforma penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010 que, en el ámbito del tráfico de influencias, sólo ha pretendido llevar a cabo una reforma puramente estética; reforma estética que, frente a la ciudadanía, da la imagen de lucha contra la corrupción al aumentar las penas privativas de libertad (que, como se ha señalado con anterioridad, no garantizan el ingreso en prisión o cumplimiento de la pena privativa de libertad); ciudadanía que, por cierto, no sabe que la conducta del funcionario que se deja influir es impune y, si lo sabe, no entiende por qué ha de ser así si, por la especial peligrosidad que presenta el abuso y prevalimiento de las relaciones especificadas en el tipo, el legislador ha optado por criminalizar al máximo el recurso a las mismas –así, también Cugat Mauri (1997: 271)-. En consecuencia, resulta necesario establecer expresamente en la tipicidad de los arts. 428 y 429 la responsabilidad penal del funcionario que se deja influir, con independencia de la posibilidad de responder por la comisión de cualquier otro delito posterior –por ejemplo, por prevaricación-³⁷.

No es necesario que la influencia se dirija directamente al funcionario que ha de dictar la resolución, sino que el tipo admite el denominado tráfico de influencias “en cadena”, esto es, influir sobre un funcionario o particular para que éste a su vez influya en el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución. Como señala Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), esta es una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa. Todos los miembros de “la cadena” pueden ser considerados autores del delito³⁸. En este sentido, es necesario de nuevo hacer notar cómo resulta ciertamente curioso que todos los funcionarios intervinientes en la cadena respondan penalmente como autores por el delito de tráfico de influencias y, sin embargo, no lo haga el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución y que se deja influir por los demás; esto es, el último eslabón de la cadena.

Obviamente, nunca puede ser condenado el funcionario que no se deja influir y denuncia el hecho –como tampoco lo es en el cohecho pasivo-, caso, por lo demás, extraño en la práctica de estas dinámicas delictivas del tráfico de influencias por las especiales relaciones personales entre influyente e influido que se encuentran en la base de estos delitos y que hacen que el funcionario no sea propenso a denunciar las influencias a las que se está viendo sometido.

En este sentido conviene cuestionarse si el funcionario que no se deja influir –esto es, no acepta la influencia- y no denuncia, tendría algún tipo de responsabilidad penal por no denunciar; cuestión que, por ejemplo, también podría extenderse al caso de otros tipos penales con los que el tráfico de influencias guarda estrecha relación; en ese caso me estoy refiriendo al cohecho activo que no es aceptado por el funcionario pero tampoco denunciado por éste: particular que ofrece dádiva a un funcionario y éste no la acepta ni denuncia. Serían supuestos prácticamente idénticos y a los que habría de aplicarse la misma solución.

No obstante, en el caso del tráfico de influencias, y antes de contestar a la cuestión planteada, me gustaría llamar la atención sobre un hecho que resulta altamente significativo: nótese que si el funcionario acepta la influencia no se le

³⁷ En el mismo sentido, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1256).

³⁸ En este mismo sentido, por todos, Cugat Mauri (1997: 271 ss.), especificando que todos son considerados autores y no cooperadores necesarios puesto que todos ellos realizan actos ejecutivos consistentes en influir.

impondría pena conforme a los arts. 428 o 429, y si no la acepta y no denuncia ¿sería posible imponerle alguna pena? La respuesta, indiciariamente, habría de ser negativa con el fin de evitar la incongruencia de no imponerle pena cuando acepta la influencia, e imponerle pena cuando no la acepta y no denuncia. No obstante, y antes de llegar a esa conclusión que, reitero, es meramente indiciaria, resulta posible plantear algunas hipótesis antes de responder de forma totalmente contundente a la cuestión planteada.

La primera hipótesis a manejar sería si esa omisión de denuncia podría ser constitutiva de otro delito contra la Administración Pública. Más concretamente el contenido en el art. 408 CP: omisión por funcionario del deber de perseguir delitos. En este sentido, la respuesta ha de ser negativa. Desde hace ya tiempo la Jurisprudencia mantiene que sujeto activo de este delito sólo puede serlo el funcionario público o autoridad que tenga entre sus atribuciones legales el promover la persecución de los delitos y de sus responsables, encuadrándose en esta categoría los funcionarios integrados en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias en esta materia, el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales³⁹. Sería pues, lo que se denomina como omisión pura de garante, esto es, que no puede ser cometida, ni por todos los ciudadanos, ni por todos los funcionarios, sino sólo por algunos de estos últimos: aquellos que tengan atribuida expresamente dicha obligación por norma legal. Si bien, la propia Jurisprudencia amplía ese círculo de potenciales sujetos activos a otra clase de funcionarios que tienen el deber específico de denunciar determinados delitos, como sucede, por ejemplo, con los Inspectores de Hacienda respecto de los delitos fiscales⁴⁰, y aunque no lo diga expresamente la Jurisprudencia, en mi opinión, a otros casos similares⁴¹. Pero, lo cierto, es que no es un deber propio de todos los funcionarios promover la persecución de delitos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo. Es más, el Estatuto Básico del Empleado Público⁴², ni siquiera de forma genérica⁴³, obliga a los empleados públicos a denunciar cualquier delito del que tengan conocimiento por razón de su cargo. En consecuencia, no es posible aplicar el art. 408 al funcionario que no acepta la influencia y, no obstante, no procede a su denuncia, salvo claro está en aquéllos casos en que el funcionario sobre el que se ejerce la influencia –por pertenecer a la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a la Fiscalía, etc.– tenga por su cargo obligación de perseguir los delitos de los que tenga noticia. A igual conclusión habría que llegar en el caso del cohecho en el que el funcionario no acepta la dádiva ni denuncia, salvo que, como se ha dicho, sea de los

³⁹ Así, por todos, véase ATS, de 10 de octubre de 2006, en donde los querellados eran dos Ministros que, como consecuencia de tal interpretación, no fueron condenados por no denunciar los hechos porque mediante este Auto la querrela quedó sobreesida.

⁴⁰ *Ibid.*, ATS de 10 de octubre de 2006.

⁴¹ Así, de forma general, al caso de cualquier funcionario encargado de tramitar cualquier expediente sancionador administrativo que estima que existen indicios de delito (entre los que se incluyen, por ejemplo, los Inspectores de Hacienda a los que como hemos visto se refiere expresamente la Jurisprudencia). En este supuesto, el principio de prejudicialidad penal o preferencia penal en el enjuiciamiento y sanción de los hechos –derivado a su vez del principio constitucional *non bis in idem*– le obliga de forma general a paralizar el procedimiento administrativo y pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal. Este principio, de forma rudimentaria y genérica, se encuentra plasmado en el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y más desarrollado en los arts. 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración. Estas normas, en defecto de otras más específicas por razón de la materia, resultan ser de aplicación general a todas las actuaciones sancionadoras llevadas a cabo por las Administraciones Públicas. En mayor extensión sobre esta cuestión, véase Muñoz Lorente (2001: 17 ss.).

⁴² Ley 7/2007, de 12 de abril.

⁴³ Véanse los arts. 52 ss. del mismo.

obligados a su persecución (por ejemplo, un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que intenta ser sobornado y no acepta el soborno).

La segunda hipótesis pasaría por plantear si nos encontraríamos ante un delito de encubrimiento del art. 451.3º.b) CP. No es baladí recurrir a esta hipótesis porque, como veremos en el epígrafe siguiente, el mero ejercicio de la influencia – aunque el funcionario “no la acepte”- ya constituye un delito consumado porque el legislador ha elevado la tentativa a la categoría de delito. Hay que desechar también este tipo de responsabilidad porque el referido precepto parte de la base de que el procedimiento contra el culpable ya está iniciado y, además, exige que el funcionario obre “con abuso de funciones públicas”; abuso de funciones públicas que, en mi opinión, implica la realización de una conducta activa y, en consecuencia, no puede ser equiparado –en el sentido del art. 11 CP- al hecho de omitir una denuncia⁴⁴.

La tercera hipótesis, rechazable desde el principio, pasaría por plantear la aplicación del art. 450 CP, esto es, la omisión general de promover la persecución de “determinados delitos”; la razón fundamental estribaría en que el tráfico de influencias no está entre los delitos a que se refiere expresamente el precepto.

En mi opinión, sólo quedaría una última hipótesis, irrisoria, por lo demás: la de acudir a la multa –entre 25 y 250 pesetas- establecida en los arts. 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por omitir la denuncia de delitos públicos de los que se haya tenido conocimiento por razón del cargo, expresamente aplicable a los funcionarios públicos⁴⁵. Salvo dicha sanción –que además, como dice expresamente el art. 262, es una sanción disciplinaria- el funcionario no denunciante de la influencia no aceptada, no tendría ningún otro tipo de responsabilidad.

Conducta delictiva

La acción delictiva consiste en influir sobre un funcionario o autoridad pública con la finalidad de conseguir una resolución que reporte algún beneficio económico –directo o indirecto- a alguien, bien al que influye, bien a un tercero. No es necesario para la consumación del delito que dicha influencia tenga sus frutos, es decir, no es necesario que el funcionario se vea afectado en el proceso motivador, ni que emita una resolución en el sentido pretendido por el influyente, ni, por supuesto, que haya un beneficio económico real y efectivo (si este último existe, se considera como *agotamiento del delito* y da lugar a la imposición de las penas en su mitad superior, tal y como se establece expresamente en los tipos); *para que el delito se consuma basta con que la influencia sea idónea para conseguir la resolución y el beneficio económico*.

En otros términos, nos encontramos ante un delito de mera actividad en el que existe un adelantamiento de las barreras punitivas a momentos previos a la lesión del bien jurídico, elevando la mera tentativa a la categoría de delito consumado. En este sentido, el delito se encuentra consumado aunque el funcionario rechace la influencia y denuncie los hechos o, aun no denunciándolos,

⁴⁴ Curiosamente, el art. 93.3 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que “incurrirán en responsabilidad [disciplinaria] los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”; no dice nada del encubrimiento de delitos.

⁴⁵ El precepto señala expresamente: “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante... Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo”.

no proceda a llevar a cabo la resolución que se le pide; esto es, algo similar a lo que ocurre en el cohecho activo: el mero ofrecimiento de la dádiva hace que el delito se consume.

La influencia no consiste en otra cosa que en “la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta” (así, expresamente, SSTS 1312/1994, de 24 de junio; 1493/1999, de 21 de diciembre; 480/2004, de 7 de abril). En definitiva, la influencia no es otra cosa que una especie de inducción para hacer nacer en el funcionario la voluntad de llevar a cabo –o incluso de omitir– una determinada conducta (respecto a las denominadas “resoluciones omisivas”, y su inclusión en el tipo de tráfico de influencias, véase *infra*).

No obstante, para que esa “instigación”, “invitación” o “sugestión”, esto es, para que la influencia revista la idoneidad necesaria para ser típica, se requiere que el sujeto activo, además, se prevalega o aproveche de unas determinadas circunstancias. Así, en el caso de que el sujeto activo sea funcionario o autoridad pública se requiere que se prevalega del ejercicio de las facultades de su cargo o de su relación personal o jerárquica con el funcionario objeto de la influencia o con otro; y, en el caso de que sea un particular el sujeto activo o influyente, que se prevalega de una relación personal con ese funcionario o con otro (por ejemplo, ser familiar de otro funcionario); entre las relaciones personales, como señala la Jurisprudencia, se incluyen las de parentesco, afectividad, amistad o, *incluso, compañerismo político* (así STS 1493/1999, de 21 de diciembre, *Caso Roldán*).

En definitiva, no se trata de otra cosa que de un influjo psíquico, una especie de predominio, fuerza o “chantaje moral” sobre el funcionario con el aprovechamiento de la relación que se tiene con él; predominio o “chantaje moral” que sólo se puede llevar a cabo por quien tenga cierta ascendencia sobre el funcionario objeto de la influencia basada en alguna de las relaciones especificadas⁴⁶. En otros términos, la influencia no es más que una presión psicológica o fuerza moral hacia el funcionario amparada en alguna de las relaciones que se tienen con él; presión psicológica o “chantaje moral” que no existiría si no se tuviesen esas relaciones a que alude el tipo penal; esto es, esa presión psicológica o “chantaje moral” no existiría si quien lleva a cabo el intento de influir es un ciudadano común sin vinculación alguna con el funcionario porque aquella presión o intento de influencia carece de la idoneidad suficiente como para que pueda ser efectiva y afecte al proceso motivacional del funcionario.

De no existir el prevalimiento de las relaciones o situaciones especificadas en el tipo, se entiende que la influencia no tiene ninguna posibilidad de afectar al proceso motivador del funcionario. Como ya señalase Cugat Mauri (1997: 197), el legislador *no ha querido incriminar el mero ejercicio de la presión psicológica sobre el funcionario por parte de cualquier ciudadano anónimo*, sino sólo aquella presión psicológica que proviene, se ampara, aprovecha o abusa de la especial relación que se tiene con el funcionario porque esas relaciones son las que suponen un incremento del riesgo de que el funcionario acceda a la petición del influyente dado que éste se encuentra mediatizado por tales relaciones.

⁴⁶ No obstante, y a mi modo de entender de manera ciertamente exagerada, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254) estiman que esa influencia ha de constituir una amenaza o una coacción. Así, señalan expresamente: “las necesidades de tutela del bien jurídico... sólo quedan suficientemente colmadas con la incriminación del que ejerce influencias en aquellos supuestos en los que la influencia se torna en una amenaza o coacción, pero no en los demás casos”.

Precisamente, esa ausencia de prevalimiento es lo que permite también excluir del tipo las meras sugerencias, recomendaciones o insinuaciones sutiles realizadas por quien tenga alguna relación personal con el funcionario o, al menos, así lo ha mantenido la Jurisprudencia (SSTS de 10 de marzo de 1998 y 480/2004, de 7 de abril). De la misma manera, resulta común en la Doctrina aludir a las denominadas “recomendaciones” y excluirlas expresamente del ámbito típico del tráfico de influencias por muy inmorales y rechazables que sean -así, por todos, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), con numerosa bibliografía al respecto-. Sin embargo, *a mi entender, no cabe excluir tan a la ligera esta clase de conductas del ámbito típico de los delitos de tráfico de influencias salvo que se quiera ser enormemente condescendiente con este tipo de corruptelas, por lo demás, muy habituales.*

En efecto, no se me oculta, aunque no se diga expresamente, que la razón principal de la exclusión de esas “recomendaciones personales” del ámbito típico estriba, precisamente, y sin lugar a dudas, *en la habitualidad con que se llevan a cabo y, sobre todo, en el arraigo y aceptación –si se quiere fatalista- que existe en el colectivo social sobre esta serie de prácticas de recomendar a una persona.*

A pesar de ello, estas conducta no pueden quedar excluidas de los tipos sin analizar previamente las relaciones existentes entre influyente –“recomendador”- e influido y, sobre todo, si existe prevalimiento de la relación personal por parte de quien hace la recomendación. Obsérvese que una recomendación, por sutil que sea –o hasta incluso puede ser tácita-, y dependiendo de quién provenga, puede ser considerada por el funcionario, no ya como una mera sugerencia, sugestión o inducción, sino como una total y cabal influencia, por no decir, una orden. Así, piénsese en un superior jerárquico –por ejemplo, el Ministro- que hace saber o informa a otro funcionario de su Ministerio –de quien depende la decisión- que una de sus hijas se ha presentado a un determinado puesto sin decirle, ni siquiera insinuarle, nada más. ¿No existe en este caso un prevalimiento del cargo incardinable en el art. 428 por mucho que suponga una mera recomendación siquiera tácita? En consecuencia, reitero, no cabe excluir tan a la ligera de los tipos esas meras recomendaciones, sino examinar la existencia de prevalimiento, esto es, la capacidad que pueda tener esa recomendación para “doblegar” la voluntad del funcionario y que éste no actúe de acuerdo con los principios de objetividad, imparcialidad, correcto funcionamiento de la Administración y, también, igualdad que es la base de todos esos otros principios. La insinuación del Ministro de que su hija se ha presentado a un determinado puesto cumple con todos los requisitos para ser considerada como un tráfico de influencias, incluido el requisito de generar un beneficio económico, en este caso, para un tercero: la hija.

El delito se consuma desde el momento en que se ejerce la influencia. Ya se señaló que se trata de un delito de mera actividad en el que se adelantan las barreras punitivas. Además, para la consumación no es necesario que la resolución perseguida se consiga puesto que la estructura típica adelanta la consumación a la mera solicitud⁴⁷. Esto es, no es necesario que la influencia haya sido efectiva y/o haya conseguido “doblegar” la voluntad del funcionario. En este sentido, se puede decir que el precepto eleva a la categoría de delito consumado las meras tentativas de influencia prevaliéndose de las circunstancias descritas sin que sea necesario que el sujeto influido acceda a llevar a cabo lo que se le pide; en otros términos, para que se consuma el delito no es necesario un “acuerdo de voluntades” entre influyente e influido (aunque ese “acuerdo de voluntades” suele ser lo habitual en estas dinámicas delictivas debido a las relaciones entre influyente e influido).

⁴⁷ Así, también, Cugat Mauri (1997: 173) y Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3).

El tipo estaría consumado aun en el hipotético –y poco probable- caso de que el funcionario objeto de la influencia no accediese a la misma y denunciase la presión a la que estaba siendo sometido. No se me oculta que estos casos de denuncia son poco probables, sobre todo, cuando las relaciones en las que se ampara el influyente son familiares o amistosas e, incluso de compañerismo político; no obstante, sí es más factible que esas denuncias tengan lugar cuando lo que existe es una relación jerárquica entre el funcionario influyente y el influido que pudiera colocar a éste en una situación de, mal denominado, *mobbing o acoso laboral*; y digo mal denominado porque, en realidad, sería una situación de *bossing* en la medida en el que el influyente abusase de la situación jerárquica superior. No obstante, y en caso de existir denuncia, nos encontraríamos con un problema adicional: la dificultad de prueba de la presión a la que el funcionario jerárquicamente inferior estaba siendo sometido.

Como se ha señalado, para la consumación del delito no se precisa que se obtenga la resolución pero sí la finalidad de obtenerla; la resolución –evidentemente beneficiosa en un sentido económico- sería el ánimo tendencial del sujeto activo, no el resultado típico –así, también, Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4), con profusas citas jurisprudenciales en el mismo sentido). Tanto si se dicta la resolución como si no, este elemento normativo del tipo plantea varias dudas en cuanto a su interpretación: así, respecto del concepto de resolución, esto es, qué ha de entenderse por tal; y, además, si ésta ha de ser ilegal, arbitraria, injusta, prevaricadora o si, por el contrario también se aplica el tipo cuando la resolución perseguida sea totalmente ajustada a Derecho; dudas que se planteaban ya con anterioridad a la reforma de 2010, que podrían haber sido despejadas al promulgar la Ley Orgánica 5/2010 y que, sin embargo, no se han querido solucionar; fundamentalmente para no darle una mayor operatividad práctica al precepto, a pesar de las grandilocuentes declaraciones de todos los grupos políticos a favor de la lucha contra la corrupción; como ya antes señalé, y ahora reitero, hay un viejo refrán castellano que dice que “el movimiento se demuestra andando” y, en este caso, como en tantos otros, no se ha demostrado ningún movimiento; eso sí, palabras muchas, pero palabras vacías.

Respecto al concepto de resolución, es en el ámbito de la prevaricación donde más se ha tratado esta cuestión y, *dicho concepto, se ha intentado trasladar siempre al ámbito del delito de tráfico de influencias*. Tanto la Doctrina, como la Jurisprudencia se han pronunciado constantemente en el sentido de entender que “resolución” es todo acto de la Administración Pública de *carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos de los administrados sin necesidad de que ponga fin a un procedimiento administrativo*. Se excluyen, por tanto, del concepto de resolución los actos de trámite sin contenido decisorio, los informes, consultas, circulares y dictámenes, aunque se incluyen las órdenes verbales⁴⁸.

En el delito de tráfico de influencias es posible admitir ese mismo concepto de resolución –derivado de la prevaricación- y en mi opinión, ampliarlo, por ejemplo, a los informes⁴⁹ dado que, si se observa, el precepto no requiere que se dicte una resolución *sino que se persiga la misma*. Y, un buen elemento para conseguir una resolución que favorezca económicamente es influir sobre el funcionario encargado de realizar un informe para que éste sea favorable, sobre todo cuando el informe es

⁴⁸ Así, por todos, véase Córdoba Roda (2004: 1905-1906).

⁴⁹ Así, hace años, entendiéndolo y proponiendo *de lege ferenda* que en un futuro *el concepto de resolución podría verse ampliado a los informes*, véase, Cugat Mauri (1997: 209-210). Y no le faltaba razón a esta autora porque el tiempo ha venido a dársela. Así, y como se verá seguidamente en el texto, con la última reforma del CP, expresamente se han introducido tales informes como forma de prevaricación en algunas prevaricaciones específicas, aunque no en la genérica del art. 404 CP.

vinculante o, cuando menos, decisivo para obtener una resolución adecuada a los intereses perseguidos por el influyente⁵⁰. La reforma de 2010 ha perdido la oportunidad de aclarar e incluir expresamente en el ámbito típico –de la prevaricación y del tráfico de influencias- los informes como, curiosamente, sí lo ha hecho en otros preceptos: arts. 320 y 329, prevaricación urbanística y prevaricación medioambiental respectivamente. ¿Olvido del legislador? ¿Desidia del mismo? ¿Puro desinterés? o, por el contrario, ¿se ha tratado de un olvido consciente por parte del legislador? Yo, personalmente, me inclino por responder afirmativamente a esta última cuestión, a pesar de las grandilocuentes palabras de todos los políticos en contra de la corrupción.

Pero, de la misma manera, la reforma de 2010 ha perdido también la oportunidad de incluir en el tipo, dentro del concepto de resolución, las que podríamos denominar como “resoluciones omisivas”, esto es, cuando las influencias se utilizan para obtener la pasividad de un funcionario en un determinado asunto; pasividad que, naturalmente, podría resultar beneficiosa para el influyente o para un tercero: por ejemplo, que mediante la influencia se paralice un procedimiento sancionador administrativo para conseguir que, por el transcurso del tiempo, la sanción prescriba y, en consecuencia, no haya que pagar una determinada multa (en este caso, tal y como exige el tipo penal, nos encontraríamos ante un beneficio económico indirecto para el influyente o un tercero que se ahorran el pago de la multa). Dado que, desde hace tiempo, la Jurisprudencia viene entendiendo que dentro del concepto de resolución en el delito de prevaricación también se encuentran contenidas las “resoluciones omisivas”⁵¹, a mi juicio, no existe ningún problema para admitir que las influencias dirigidas a la obtención de una “resolución omisiva” –y, naturalmente, económicamente beneficiosa- también se integren en el delito de tráfico de influencias⁵². Obsérvese, además, que este tipo de conductas omisivas, o que persiguen que el funcionario omita una determinada actuación, han sido expresamente incluidas con la reforma de 2010 en el delito de cohecho pasivo del art. 419: “retrasar injustificadamente el [acto] que debiera practicar”. Si, como dijimos, el tráfico de influencias es similar en estructura al cohecho –a excepción de la existencia de la dádiva- a mi juicio, y como derivación de una interpretación sistemática, con más razón es posible incluir esas “resoluciones omisivas” en el tráfico de influencias.

El tipo no precisa ni exige expresamente que la resolución perseguida haya de ser ilegal, injusta, arbitraria o prevaricadora. Naturalmente, si lo perseguido es una resolución constitutiva de prevaricación, la conducta integra totalmente el tipo convirtiéndose, si se quiere, en unos actos preparatorios punibles del delito de prevaricación elevados a la categoría de delito; lo cual, plantea no pocos problemas en relación con la calificación de la conducta del influyente como inductor de una prevaricación y la pena a imponerle que –de ser calificado como tal inductor- es de menor entidad que la de autor de un delito de tráfico de influencias⁵³; cuestión sobre

⁵⁰ En el mismo sentido, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3).

⁵¹ Así, entre otras, véase SSTS 784/1997, de 2 de julio y 674/1998, de 9 de junio; SAP Navarra, Sección 3ª, núm. 94/2005, de 28 de julio; SAP Málaga, Sección 7ª, núm. 87/2000, de 31 de octubre; SAP Palencia, núm. 4/2001, de 12 de marzo; también, a este respecto, véase Córdoba Roda (2004: 1908-1909).

⁵² Adoptando idéntico posicionamiento, véase Cugat Mauri (1997: 210) y García Arán (2010: 476). No obstante afirmando que no se integrarían en el tipo conductas tales como la ralentización de un expediente administrativo porque no integra el concepto de resolución al no tratarse de un acto decisorio, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4).

⁵³ No obstante, y en relación con el cohecho, poniendo de relieve cómo diversos Tribunales se empezaron a plantear hace ya tiempo la posibilidad de realizar un concurso ideal entre el cohecho activo –esto es, el realizado por el particular- y su calificación como inductor o cooperador necesario en el delito que finalmente comete el funcionario retribuido –por ejemplo, prevaricación-, véase De la Mata

la que, por motivos de espacio, no me puedo detener, aunque resultaba necesario apuntarla para poner de relieve las incongruencias sistemáticas presentes en los delitos de corrupción.

Pero, de la misma manera, y al igual que se ha hecho interpretando y ampliando el concepto de resolución, a mi modo de entender, se incluirían en el tipo resoluciones que, apartándose de la legalidad, no pueden ser calificadas como prevaricación. En ésta, según la Jurisprudencia, no entra la mera ilegalidad, sino que se exige un plus: que esa ilegalidad sea notoria. El adjetivo “arbitrario” empleado en la descripción típica de la prevaricación es lo que lleva a afirmar que en la resolución se exija algo más que la mera ilegalidad: *que se trate de una ilegalidad patente y clamorosa*.

En el tráfico de influencias, sin embargo, no se exige que la resolución perseguida sea arbitraria, luego se puede decir que entrarían en el tipo resoluciones ilegales que no llegan al grado de la prevaricación, esto es, que no pueden ser calificadas de arbitrarias pero en las que existe una desviación de la legalidad⁵⁴. En este sentido, nos encontramos con un ámbito típico más amplio que en la prevaricación *que confirma al delito de tráfico de influencias un espacio autónomo y distinto de otros delitos de corrupción*, al contrario de lo que, como vimos, sostenían algunos sectores doctrinales al afirmar que el delito de tráfico de influencias se solapaba con otros tradicionales delitos como el de prevaricación; sector doctrinal, por lo demás, bastante condescendiente con los delitos de corrupción y sus autores.

Pero, si vamos un paso más allá, aún podemos atribuir al tráfico de influencias un ámbito típico más amplio. Así, se puede decir que *también se integrarían en el tipo la persecución de resoluciones totalmente ajustadas a Derecho*, esto es, legales, siempre y cuando para su consecución el sujeto activo se aproveche de sus relaciones con el funcionario y no respete los cauces establecidos de manera objetiva y común para obtener esa resolución. Nótese que para la consumación del tipo ni siquiera es necesario que se adopte una resolución sino que, como se ha señalado con anterioridad, el tipo se consume con el mero ejercicio de la influencia o, incluso, aquella resolución, como se dijo, puede ser omisiva.

No obstante, es preciso reconocer que *la mayoría de la Doctrina excluye del delito de tráfico de influencias las influencias para lograr resoluciones adecuadas a Derecho* porque se entiende que no se vulnera el bien jurídico protegido⁵⁵. En efecto, este sector doctrinal considera que, si la resolución pretendida es justa, no se lesiona el principio de imparcialidad o de objetividad; la persecución de una resolución justa implicaría que no existiese imputación objetiva al no entrar aquélla en el ámbito de protección de la norma⁵⁶. En este sentido, señala Cugat Mauri (1997: 110), que en base a criterios de imputación objetiva hay que fundamentar la atipicidad de aquellas decisiones tomadas bajo influencia, y por tanto con interés privado, a las que igualmente se hubiera llegado de no existir la influencia puesto que, en tales casos, la influencia o interés no es responsable del resultado.

Barranco (2004: 205 ss.). Estimando la posibilidad de tal concurso de delitos entre prevaricación y tráfico de influencias “de forma semejante a lo que ocurre en el cohecho”, véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1256); de la misma forma, aludiendo al concurso de delitos entre prevaricación y tráfico de influencias, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4).

⁵⁴ En el mismo sentido Cugat Mauri (1997: 213), refiriéndose a “supuestos en los que la infracción del ordenamiento jurídico es menor” que en la prevaricación; también, especificando cómo no es necesario que la resolución perseguida sea “injusta, en el sentido de los tipos de prevaricación” porque, si no siempre habría un concurso de delitos con esta última, bastando con que la resolución perseguida sea “parcial o no del todo imparcial”, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4).

⁵⁵ Así, Cugat Mauri (1997: 211); Martínez Galindo (2005: 38), Olaizola Nogales (2006: 384).

⁵⁶ Así, Cugat Mauri (1997: 212).

Esta interpretación, a mi entender, resulta ciertamente sorprendente⁵⁷ y poco acertada si la comparamos, por ejemplo, con el delito de cohecho –de similar estructura al tráfico de influencias y con idéntico bien jurídico protegido- en donde la pretensión de una resolución justa también integra el delito (véase, art. 420, el denominado cohecho pasivo impropio; denominado impropio, precisamente, porque la actuación que ha de llevar a cabo el funcionario no es ilícita, *sino que se trata de un acto propio de su cargo, esto es, recibe la dádiva para que realice un acto lícito*). Es más, la pretensión o resolución justa también integra el delito si la dádiva, recompensa o favor se entrega con posterioridad como recompensa o premio sin que previamente haya mediado una solicitud o acuerdo previo que haya inducido o determinado al funcionario a cometer el cohecho dictando una resolución lícita (véase el art. 421 CP, en el que se tipifica el denominado *cohecho subsiguiente*) aun cuando la resolución del funcionario haya sido justa o ajustada a Derecho. En todos esos supuestos de cohecho –pasivo impropio y subsiguiente- habría que mantener, al igual que en el tráfico de influencias, que no existe lesión del bien jurídico protegido, esto es, que el principio de imparcialidad u objetividad no resulta vulnerado dado que la resolución es justa y, en consecuencia, afirmar que no existe delito puesto que no hay bien jurídico que proteger⁵⁸; naturalmente, otra opción sería afirmar que el bien jurídico protegido por esos preceptos no es el correcto funcionamiento de la Administración pública en su faceta de objetividad e imparcialidad, sino en otra faceta: la del principio de igualdad⁵⁹; cuestión que veremos a continuación porque, de ser así, será ese principio de igualdad el que se vería afectado al perseguir mediante dádivas o influencias una resolución justa.

Para continuar con el hilo y desarrollar esa cuestión, conviene no olvidar que el delito de tráfico de influencias se diferencia del de cohecho únicamente en el aspecto de la dádiva. En el tráfico de influencias la dádiva no existe y es “reemplazada” por la influencia o, mejor dicho, por las especiales relaciones personales con el funcionario influido. Por tanto, realizando una interpretación sistemática e integradora se puede decir que, al igual que ocurre en el cohecho –fundamentalmente en el impropio del art. 420- en el tráfico de influencias, aunque la resolución perseguida –y eventualmente obtenida- sea justa, si es posible probar la existencia de una influencia y su prevalimiento, también estaremos ante una conducta delictiva. Y esta misma parece ser la opinión expresada por el Tribunal Supremo cuando afirma que “Debe advertirse que la resolución conseguida no tiene que ser forzosamente injusta y aún menos delictiva, por lo que no es obstáculo para que se impute tráfico de influencias” (así, véase STS 2025/2001, de 29 de octubre).

⁵⁷ Sobre todo, partiendo de una conceptualización del bien jurídico como la que parte la citada autora –tal y como se vio *supra* en el epígrafe referente al bien jurídico protegido- que incluía el principio de igualdad de los ciudadanos como parte integrante e importante del bien jurídico protegido.

⁵⁸ En parecidos términos en relación al cohecho, indicando cómo la concepción habitual que se sostiene respecto al bien jurídico protegido –normal funcionamiento de la Administración Pública: imparcialidad, objetividad, etc.- no permite explicar la punición de esta clase de conductas –ni siquiera el cohecho activo-, véase De la Mata Barranco (2009: 249-250).

⁵⁹ Tal y como señala –en relación al cohecho impropio y al cohecho subsiguiente- De la Mata Barranco (2009: 254) al entender que, en estos casos, la fundamentación de la prohibición no estaría en la vulneración del principio de imparcialidad –que no existiría al realizar el funcionario un acto legal o propio de su cargo- ni en el enriquecimiento en sí del propio funcionario, “sino *por la quiebra del principio de igualdad* que puede deducirse de ella si se entiende que el funcionario, sin perjudicar intereses concretos, afecta a los de todos obteniendo una ventaja económica vetada a quien no está en su situación” (el resaltado con cursivas es mío). No obstante, llama poderosamente la atención que en páginas posteriores (258-259) el propio autor proponga la despenalización del cohecho impropio: “cuando no se pretende acto ilícito alguno o cuando el que se pretende, aun siéndolo, no es delictivo [en estos casos] la intervención penal se antoja demasiado anticipada por la mera presunción de una posible futura actuación delictiva que, si no lo es, no se acierta a ver por qué ha de sancionarse”; postura esta última que me parece excesivamente tolerante y condescendiente con el fenómeno de la corrupción.

Pero, antes de continuar con la argumentación, veamos algún ejemplo de tráfico de influencias para conseguir una resolución justa:

Alcalde que agiliza la concesión de una licencia de apertura de un determinado negocio innovador –licencia lícita por cumplir con los requisitos exigidos- porque se lo solicita un amigo. A su vez, deja que el resto de licencias solicitadas para negocios similares sigan su curso normal haciendo que su amigo pueda abrir antes el negocio y obtener, al menos durante un tiempo, y como consecuencia de la novedad, toda la clientela lo que, naturalmente, le supondrá un notable beneficio económico. Conducta: prevalimiento de relación de amistad + resolución justa + beneficio económico.

¿No debería este ejemplo constituir un delito de tráfico de influencias?⁶⁰ Es evidente que si lo analizamos desde el punto de vista del principio de imparcialidad no debería constituirlo porque dicho principio –como hemos visto que afirmaba un sector doctrinal- no resulta vulnerado en la medida en que la resolución –concesión de la licencia- ha sido lícita y, además, se habría llegado a la concesión de la licencia aunque no hubiese existido la influencia, pero, naturalmente, más tarde y en igualdad de condiciones con el resto de los solicitantes. No obstante, esa misma habría de ser la respuesta si, en lugar de ejercerse la influencia, lo que concurre es una dádiva (es decir, si nos situamos en el ámbito del cohecho): no hay vulneración del principio de imparcialidad; se habría llegado a la concesión de la licencia, aun sin dádiva, aunque más tarde. En ambos casos habría una agilización de algo que habría de llegar y que era justo que llegase; en un caso la agilización es producto de la influencia y en el otro de la dádiva sin que la imparcialidad, objetividad y actuación conforme a Derecho de la Administración se pueda poner en entredicho.

93

En realidad, lo que existe en estos casos, y en consecuencia han de ser considerados delictivos y punibles, es una lesión del principio de igualdad de los ciudadanos ante la Administración que, junto a la imparcialidad y objetividad, también forma parte del bien jurídico protegido, tanto por el cohecho, como por el tráfico de influencias⁶¹. Naturalmente, y como ya se señaló, aunque sean punibles, no se me oculta la enorme dificultad de probar este tipo de conductas o prácticas en las que existe el “acuerdo de voluntades” y la resolución es totalmente ajustada a Derecho.

Por último, y aunque en los preceptos se alude a un beneficio económico, lo cierto es que no es elemento central del tipo objetivo, sino del tipo subjetivo. Esto es, aparece configurado como la finalidad delictiva. Por tanto, no es necesaria su obtención para la consumación del tipo, sino que basta con la mera persecución del mismo; es más, los propios tipos penales, y en relación con la determinación de la cuantía de la multa, aluden a que ésta se ha de imponer en atención al “beneficio perseguido u obtenido”⁶². Si realmente se da ese beneficio económico, entonces la pena se incrementa e impone en su mitad superior –como expresamente también establecen los tipos en su inciso final- porque el efectivo beneficio económico es considerado como agotamiento del delito y no como resultado del mismo.

⁶⁰ A mi juicio, entiende que no constituiría delito Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4), cuando afirma que quedan fuera del tipo las influencias que se dirijan a la “aceleración o ralentización de expedientes”.

⁶¹ De esta forma, al asumir el principio de igualdad como bien jurídico protegido por el tráfico de influencias no hemos hecho otra cosa, que seguir las indicaciones de De La Mata Barranco (2009: 250-251) en el sentido de normativizar y sustituir en cada tipo penal relativo a la corrupción la genérica referencia al buen funcionamiento de la Administración Pública por otros referentes más concretos; en este caso, la igualdad de los ciudadanos ante la Administración.

⁶² Lo que, adicionalmente plantea el problema de cómo calcular la multa cuando el beneficio no ha sido obtenido, sino sólo perseguido y, además, no se sabe su cuantía.

El beneficio económico puede ser propio o de tercero. Esto es, no se tiene que tratar de un beneficio económico para quien ejerce la influencia y, además, como expresamente se señala en el tipo, puede ser directo o indirecto.

La “venta de influencias”

La denominada “venta de influencias” se encuentra contenida en el art. 430 cuya conducta resulta diversa de la tipificada en los artículos precedentes. Mientras que aquí la influencia, o mejor dicho la posibilidad de influenciar sobre un funcionario, *se ofrece, publicita y vende*, en el caso de los arts. 428 y 429 la influencia *se ejerce*.

Al contrario de lo que ha ocurrido con los otros dos preceptos, con la reforma de 2010, el art. 430 no ha visto reformada la pena de prisión a imponer que, si antes era idéntica a la de los arts. 428 y 429, ahora se encuentra por debajo. Si bien, el precepto, se ha visto modificado en otros aspectos porque, ahora, también ha sido utilizado para introducir la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas para esta clase de delitos.

Conducta delictiva

La conducta recogida en el precepto constituye un escalón anterior al ejercicio de las influencias sobre un funcionario y ello puede justificar que tenga una menor pena que las anteriores. Así, la conducta no consiste en otra cosa que en ofrecerse a ejercer influencias sobre un funcionario previo pago de una dádiva, promesa o cualquier tipo de remuneración o aceptar tales dádivas para influir en algún funcionario a fin de obtener una resolución económicamente beneficiosa.

Para su consumación, el tipo no requiere que realmente se tengan esas influencias o esa capacidad para influir –que, en principio, pueden ser puramente ficticias e inventadas-, ni, por supuesto, que se lleguen a ejercer, aun en el caso de que efectivamente se haya recibido una dádiva o promesa para ejercerlas.

En este orden de cosas, la Doctrina suele atribuir al tipo un ámbito muy restringido de actuación por dos razones fundamentales:

- La primera porque, si las influencias son ficticias o inventadas o no se piensan ejercer, se sostiene que nos encontramos ante un delito de estafa al que habría de aplicársele la agravante 6ª del art. 250 CP⁶³. En este sentido, se entiende que cuando la capacidad de influir es falsa o no se piensa ejercer, sólo se está atacando al patrimonio de la persona que paga la dádiva pero no al normal funcionamiento de la Administración Pública⁶⁴.
- La segunda porque, si las influencias son reales y se llegaron a usar o intentar usar, el tipo aplicable sería el art. 429 y quien paga la dádiva o compra las influencias sería considerado inductor del mismo –así Díaz Maroto y Villarejo (2009: 5)- y, por tanto, merecedor de pena; cosa que no ocurriría de aplicar el art. 430 ya que quien compra las influencias,

⁶³ El tenor literal de dicha agravante es el siguiente: “Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”.

⁶⁴ Así, por todos, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 5), con bibliografía adicional. En este sentido, conviene recordar, que como ya se dijo y argumentó en el epígrafe relativo al estudio del bien jurídico, el art. 430 no protege el buen funcionamiento de la Administración, sino la imagen de esta; cfr. *supra*.

conforme a dicho precepto, no responde penalmente porque el propio tipo no le impone ninguna clase de pena.

En consecuencia, parece que el tipo sólo tendría operatividad si las influencias “vendidas” son ciertas pero no se llegan a ejercer; esto es, se trataría de un acto preparatorio del art. 429 elevado a la categoría de delito.

No obstante, algunas de esas consideraciones han de ser puestas en entredicho:

Así, por ejemplo, la afirmación de encontrarnos ante un delito de estafa agravado si las influencias “puestas a la venta” o “vendidas” son puramente ficticias o no se piensan ejercer. Bien es cierto que, de esta forma, la pena sería superior que la del art. 430, siempre y cuando, la cuantía de la dádiva fuese superior a 400 euros; pero, si fuese inferior, la pena a imponer al sujeto defraudador/vendedor de las influencias sería muy inferior a la del art. 430. Pero téngase en cuenta que, por mucho que las influencias sean puramente inventadas, además de un fraude al patrimonio, estaríamos igualmente ante una lesión del bien jurídico protegido por el art. 430 –la imagen, prestigio y buen nombre de la Administración- y, por tanto, lo más lógico sería aplicar un concurso ideal entre los dos delitos; esto es, no aplicar únicamente el de estafa que, hasta incluso, y como se ha señalado, podría ser sólo una mera falta. Por mucho que las influencias sean ficticias o inventadas, se está dando la imagen de que en el seno de la Administración pública existen funcionarios influenciados y que no actúan de manera acorde con los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad; por tanto, y para abarcar el total desvalor de la conducta, procedería la realización de ese concurso de delitos. En este sentido, como señala alguna resolución judicial, el delito se consuma “siendo indiferente, además, que se disponga o se tengan esas repetidas influencias que pueden no existir, por lo que el delito habrá de entenderlo cometido por el simple hecho de alardear de aquellas para obtener alguna clase de beneficios” (así, por todas, SAP de Sevilla, Sección 1ª, de 29 de diciembre de 1999).

No se me oculta que el bien jurídico “imagen de la Administración” también resultaría lesionado si se hace alarde de las influencias sin exigir o aceptar una contraprestación económica. Es decir, si el sujeto se ofrece o acepta influir sobre un funcionario de manera totalmente gratuita. Sin embargo, dicha conducta resulta impune porque el art. 430 exige que exista un beneficio económico para quien eventualmente se atribuya la posibilidad de influir. La explicación, a mi modo de entender, se encuentra en que *la circunstancia de exigir o aceptar una dádiva para influir da mayor credibilidad al hecho de que realmente se poseen esas influencias y de que se piensan ejercer*. En este sentido, es evidente que el tipo está dirigido a criminalizar las conductas de los denominados “conseguidores” profesionalmente organizados –así, expresamente, Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3)-, esto es, los intermediarios que se ofrecen y enriquecen a base de ejercer influencias sobre determinados funcionarios, fundamentalmente en el ámbito de la contratación administrativa, obteniendo con ello sustanciosas comisiones⁶⁵. En este sentido, y como ya se señaló en el epígrafe referido al bien jurídico protegido –cfr. *supra*- el hecho de mantener –como aquí se hace- que el art. 430 protege un bien jurídico distinto al de los otros dos preceptos, posibilita imponer más pena a quien se lucra ejerciendo las influencias que a aquel otro que las ejerce sin lucrarse –si se quiere, de manera “altruista” por amistad, por ejemplo-. El mantenimiento de la protección

⁶⁵ En este sentido, refiriéndose a su aplicación también a “aquellas empresas o entidades que funcionan como intermediarios entre la Administración y empresas ofreciendo influencias reales o presuntas, por ejemplo, a través de ex altos cargos de la Administración”, véase Morales Prats y Rodríguez Puertas (2011: 1265).

de distintos bienes jurídicos hace que se pueda realizar un concurso ideal entre los arts. 429 y 430 –o, entre este último y la estafa– que abarcaría el total desvalor de la conducta y haría que no se tratasen de forma idéntica al que se lucra con las influencias que al que no lo hace. Éste, sin duda, es merecedor de menos pena.

Sujetos intervinientes en el delito. Relativa impunidad del particular que paga para que se ejerzan las influencias a su favor

Los sujetos intervinientes en el delito sólo son siempre particulares; *en caso de ser un funcionario el que solicite o acepte dádiva para ejercer sus influencias sobre otro funcionario, estaríamos ante un delito de cohecho pasivo propio del art. 419 en la medida en que la solicitud o aceptación de la dádiva se hace para la consecución de un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, cual es el influir sobre otro funcionario para que un tercero se beneficie económicamente.*

En consecuencia, *únicamente resulta punible conforme al art. 430 la conducta del particular que se ofrece a ejercer sus influencias sobre un funcionario público a cambio de una dádiva o promesa o acepta de otro una dádiva o promesa para llevar a cabo la influencia.*

No es punible la conducta de quien ofrece o hace efectiva la dádiva; esto es, no existe en el art. 430 una figura similar al denominado cohecho activo. Otra cosa es que quien paga la dádiva para obtener la influencia, y de llevarse finalmente a cabo el ejercicio de la influencia, pudiese ser considerado como un inductor del delito del art. 429⁶⁶ –no del art. 428 porque esas conductas, como se ha señalado, serían constitutivas de cohecho activo–. De ahí que se trate sólo de una impunidad relativa.

6. La reciente introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos delitos de tráfico de influencias

La Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal, ha introducido en el párrafo segundo del art. 430 la responsabilidad penal de las personas jurídicas *en casi todos* los delitos de tráfico de influencias, pese a haberse incluido sólo en una de sus modalidades. Esto es, aunque por motivos de economía legislativa se haya introducido en el art. 430 (“venta de influencias”), es aplicable también a los supuestos del art. 429 (tráfico de influencias realizado por particular), pero no a los supuestos del art. 428 (tráfico de influencias realizado por funcionario).

Aunque del tenor literal del art. 430.2º párrafo se deduzca que también se puede aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando es un funcionario el que ejerce la influencia sobre otro funcionario (así se refiere a “los delitos recogidos en este Capítulo”), lo cierto es que nunca se va a poder declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el supuesto del art. 428. La razón estriba en que si es un funcionario –en sentido amplio conforme a lo establecido en el art. 24.2 CP– el que ejerce la influencia, por definición, tal funcionario pertenece a alguna Administración Pública y, las Administraciones Públicas, como personas jurídicas que son, están expresamente excluidas de responsabilidad penal tal y como se establece en el art. 31 bis 5 CP⁶⁷. En consecuencia, la responsabilidad

⁶⁶ En el mismo sentido, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1264).

⁶⁷ Precepto que, por cierto, también extendía esa exclusión de responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos, sin que se supiesen muy bien las razones para su exclusión, aunque se intuían; a este respecto, ya me pronuncié críticamente en otro lugar sobre tal exclusión, así véase Muñoz Lorente (2007: 26 ss.). Críticas que parecen haber dado sus frutos porque, recientemente, y como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE de 28 de

penal de las personas jurídicas sólo se podrá aplicar cuando quien ejerce la influencia pertenezca a alguna persona jurídica que no tenga carácter público, incluidos ahora los partidos políticos y sindicatos⁶⁸. Y, si quien ejerce la influencia sobre un funcionario es una persona física que actúa al servicio y en provecho de una persona jurídica privada, tanto la persona física como la jurídica cometerán el delito del art. 429.

Queda excluida, por tanto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de tráfico de influencias de un organismo público sobre otro, *aun cuando el beneficiado económicamente sea el organismo público al que pertenece el influyente*⁶⁹. No obstante, seguirá subsistiendo la responsabilidad penal de la persona física –funcionario– perteneciente a ese organismo público que es el que materialmente lleva a cabo la influencia.

Para que pueda existir responsabilidad de la persona jurídica, es necesario, como expresamente señala el art. 31 bis 1 CP que la persona física actúe por cuenta y en provecho de la persona jurídica; esto es, para que pueda responder penalmente la persona jurídica es preciso que quien ejerce la influencia tenga la intención de obtener una resolución que beneficie a esa persona jurídica porque, si el beneficio perseguido es para la propia persona física, entonces no existirá responsabilidad penal de la persona jurídica a través de la cual actúa.

7. Conclusiones y propuestas de reforma

Después del pormenorizado examen de los delitos de tráfico de influencias, y a modo de conclusión, resulta conveniente de cara a una futura –y parece que próxima e inminente⁷⁰– reforma de todos los delitos relacionados con la corrupción, proponer algunas modificaciones concretas en relación con los delitos aquí estudiados y que, en el texto, sólo han sido apuntadas al hilo de las interpretaciones que se han propuesto para solventar las deficiencias de los tipos.

En mi opinión, la reforma penal no ha de quedarse –como apuntó el Presidente del Gobierno en su Discurso del Debate sobre el estado de la Nación del pasado mes de febrero de 2013⁷¹– en un mero “endurecimiento de las penas, agilización procesal en casos de corrupción y aumento del plazo de prescripción de este tipo de delitos”, sino que, por lo que respecta a los delitos de tráfico de influencias, ha de ir más allá.

Desde mi punto de vista, no es posible hacer ningún tipo de objeción a ese aumento de penas y de prescripción de los delitos, así como a la agilización procesal de los casos de corrupción; eso sí, en cuanto al aumento de penas, habrían de preverse penas que aseguren la entrada en prisión, tanto del corrupto o influenciado, como del corruptor o influenciador; y, además, penas idénticas tal y como ocurre en la actualidad con el cohecho pasivo y activo (y como también actualmente ocurre con los arts. 428 y 429). En este sentido, resulta totalmente imprescindible que en los delitos de tráfico de influencias, el funcionario público o autoridad que se deja influenciar también sea penado y no, como sucede en la

diciembre), los partidos políticos y los sindicatos han dejado de ser penalmente irresponsables. Otra cosa es que, algún día, alguno de ellos sea declarado responsable; extremo que yo personalmente dudo.

⁶⁸ Véase lo indicado en la nota anterior.

⁶⁹ Así, también, García Arán (2010: 477-478).

⁷⁰ Tal y como anunció el Presidente del Gobierno en su Discurso en el Debate sobre el estado de la Nación del mes de febrero de 2013; véase Discurso del Presidente del Gobierno (2013: 29 y ss.).

⁷¹ Discurso del Presidente del Gobierno (2013: 32).

actualidad: que sólo resulta punible la figura del influyente –ya sea particular, funcionario o autoridad.- Si, como se ha mantenido a lo largo de todo el estudio, el delito de tráfico de influencias en sentido estricto es similar –en cuanto a estructural al delito de cohecho –diferenciándose, únicamente, en que en aquél la dádiva o favor se encuentra sustituida por el ejercicio de la influencia- no se entiende muy bien por qué el funcionario que se deja influir –en definitiva, “corromper” en sentido amplio- no ha de tener ningún tipo de sanción.

En consonancia con lo anterior, para facilitar la aplicación e interpretación de los delitos de tráfico de influencias en sentido estricto se propone establecer una sistemática similar, por no decir idéntica, a la que, desde la reforma de 2010, existe para el cohecho. Esto es: tráfico de influencias activo y pasivo; tráfico de influencias propio e impropio y tráfico de influencias para obtener una acción u omisión por parte del funcionario influenciado. Con ello se solventaría no sólo el problema de la impunidad del funcionario que se deja influir, sino también los problemas relativos a la interpretación del concepto de resolución y si ésta ha de ser contraria a Derecho o, por el contrario, también entrarían las resoluciones ajustadas a Derecho –que, por supuesto, supongan algún tipo de ventaja patrimonial al influyente o a un tercero-, así como también, los problemas interpretativos relativos a si en los tipos entraría la búsqueda o consecución de “resoluciones omisivas” o la ralentización o agilización de expedientes o, por último, si la consecución de un informe favorable entraría en el tipo (tal y como ocurre en algunas prevaricaciones específicas). En definitiva, y tomando como base la redacción actual del tráfico de influencias y del cohecho, los tipos de los arts. 428 y 429 podrían quedar redactados de la siguiente manera⁷²:

Artículo 428:

1. “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir *un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo o para que no realice, retrase o agilice el acto que debiera practicar, siempre que cualquiera de esas acciones u omisiones pudiera* generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de..., multa del tanto al... del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de... Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.
2. “*En las mismas penas incurrirá el funcionario público o autoridad que se hubiese dejado influenciar y hubiese accedido a cualquiera de las acciones u omisiones a las que se refiere el número anterior*”.

Artículo 429:

1. “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir *alguna de las acciones u omisiones a las que se refiere el artículo anterior, siempre que cualquiera de ellas pudiera* generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de... y multa del tanto al... del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior” (penas de prisión y multa idénticas a las establecidas en el art. 428, tal y como ocurre en la actualidad).

⁷² Se destacan en cursiva las innovaciones que se introducen respecto de la actual regulación.

2. *“En las mismas penas, además de la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de..., incurrirá el funcionario público o autoridad que se hubiese dejado influenciar y hubiese accedido a cualquiera de las acciones u omisiones a las que se refiere el número anterior”.*

En cuanto al artículo 430, y para evitar los problemas que ahora mismo se plantean en relación con el concurso –de leyes o de delitos- con la estafa –si las influencias que se venden son ficticias o no se piensan ejercer-, así como para no tratar igualmente, a efectos de pena, al particular que se lucra ejerciendo la influencia, que a aquel otro que lo hace de manera “altruista”, debería quedar clara la posibilidad de un concurso de delitos con el art. 429 –o cualquier otro, por ejemplo, prevaricación- puesto que, como se señaló, el delito del art. 430 protege un bien jurídico diverso al del art. 429. De la misma manera, y puesto que como también se dijo, si es un funcionario el que “vende” las influencias a un particular, no nos encontraríamos ante un delito de tráfico de influencias, sino directamente ante un delito de cohecho propio (esto es, ante una dádiva recibida para realizar un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo entre los que están ejercer influencias sobre otro funcionario), sería conveniente que el tipo aludiese sólo al particular y no a “los que...”, como hace actualmente.

Y respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sería más adecuado que, además de establecer un número 2 en el art. 430 –o, crear un nuevo artículo 430 bis- dicha responsabilidad se refiriese sólo a las conductas realizadas por los particulares puesto que, como se señaló, si quien lleva a cabo las conductas es un funcionario o autoridad –en provecho o por cuenta de una Administración Pública-, no existe responsabilidad penal de las Administraciones Públicas. En este sentido, el precepto podría quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 430:

1. *“El particular, que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en el art. 429.1, solicitare de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de..., sin perjuicio de las que le pudiesen corresponder por la comisión de cualquier otro delito, incluido el contenido en el artículo 429.1”.*

2. (o 430 bis) *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos 429.1 ó 430.1⁷³, se le impondrá la pena de multa de..., sin perjuicio de las que les pudiesen corresponder por la comisión de cualquier otro delito, incluido el contenido en el artículo 429.1”.*

“Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Con estas propuestas, además de realizar una adaptación sistemática de los delitos de tráfico de influencias adecuada al delito de cohecho –del que, reitero, sólo le diferencia la dádiva, sustituida por la influencia- se consiguen evitar especulaciones y discusiones sobre el contenido de los tipos, además de contribuir de una manera más efectiva a la lucha contra la corrupción.

⁷³ O 430 si se decide introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un artículo 430 bis.

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, F. (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2011), “La reforma de 2010 del Código penal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 1, pp. 75-84.
- ARROYO ZAPATERO, L. et al. (2007), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid.
- ASÚA BATARRITA, A. (1997), “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1994), “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias”, en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.
- CÓRDOBA RODA, J. (2004), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid.
- CUGAT MAURI, M. (1997), *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2003), “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Eguzkilore*, Núm. 17, pp. 5-16.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2004), *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2009), “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilore*, Núm. 23, pp. 245-259.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2009), “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, *Diario La Ley*, núm. 7286.
- DÍEZ RIPOLES, J.L. (2008), “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, *Política Criminal*, Núm. 5, pp. 1-37.
- DISCURSO DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO (2013) –D. MARIANO RAJOY- EN EL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE LA NACIÓN DE 20 DE FEBRERO. Disponible en línea: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/02/20/debate_estado_nacion_rajo_y.pdf. Revisado el 25 de febrero de 2013.
- EI PAÍS (2013), “La Moncloa no habla de Bárcenas pero acelera las reformas anticorrupción”. Disponible en línea: http://politica.elpais.com/politica/2013/03/08/actualidad/1362776001_145891.html. Revisado el 9 de marzo de 2013.
- ENGISCH, K. (1967), *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E. y TARANCÓN GÓMEZ, P. (2010), “Populismo punitivo y delincuencia juvenil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 12-08, pp 1-25. Disponible en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-08.pdf>. Revisado el 3 de marzo de 2013.
- FERNÁNDEZ ROCA, F.J. (2012), “El tráfico de influencias en la España franquista: decisiones públicas, beneficios privados”, *América Latina en la Historia Económica*, Núm. 38, pp. 193-218.
- GARCÍA ARÁN, M. (2010), “Los delitos de tráfico de influencias”, en ÁLVAREZ GARCÍA J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL (2013), de 16 de enero. Disponible en línea: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Orga

- [nica por la que se modifica la Ley Organica 10 1995 de 23 de noviembre del Código Penal](#). Revisado el 15 de febrero de 2013.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1997), "Artículo 430", en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid.
- MANNES, V. (2000), "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 02-01, Disponible en línea: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html. Revisado el 21 de noviembre de 2012.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. (2007), "Delitos de tráfico de influencias", en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona.
- MARTÍNEZ GALINDO, G. (2005), "El delito de tráfico de influencias en la Administración Local", *La Ley Penal*, Núm. 22, pp. 36-50.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. (2008), "Populismo punitivo, mayorías y víctimas", *Revista de Derechos Fundamentales*, Núm. 2, pp. 183-199.
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. (2011), "Delitos de tráfico de influencias", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona.
- MUÑOZ CONDE, F. (2009), *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2001), *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención penal*, La Ley, Madrid.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2007), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995", *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 40, pp. 26-45.
- OLAIZOLA FUENTES, I. (1997), "Concepto de funcionario público a efectos penales", en ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2006), "Los delitos contra la Administración pública", en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal*, Reus, Madrid.
- ROMERO DE TEJADA, J.M. (2010), "El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, Núm. 24, pp. 65-74.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2009), "El populismo punitivo", *Escritura Pública*, Núm. 55, p. 15.
- VARONA GÓMEZ, D. (2011), "Medios de comunicación y punitivismo", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 1, pp. 1-34. Disponible en línea: http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf. Revisado el 28 de febrero de 2013.
- VOTO PARTICULAR AL INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013), DE 16 DE ENERO, QUE FORMULAN LOS VOCALES D. ANTONIO DORADO PICÓN y Dª CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS VOCALES D. FERNANDO DE ROSA TORNER Y D. CLARO JOSÉ FERNÁNDEZ-CARNICERO, de 16 de enero. Disponible en línea: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder Judicial/Consejo General del Poder Judicial/Actividad del CGPJ/Informes/Informe al Anteproyecto de Ley Organica por la que se modifica la Ley Organica 10 1995 de 23 de noviembre del Código Penal](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal). Revisado el 15 de febrero de 2013.



Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia

Yolanda Gómez Lugo
Universidad Carlos III de Madrid
yolanda.gomez@uc3m.es

Resumen

Este trabajo pretende reflexionar acerca del uso de la legislación de urgencia durante el primer año de la X Legislatura en detrimento de la legislación parlamentaria para afrontar la actual crisis económica. La práctica más reciente muestra que en estas circunstancias los Ejecutivos optan por aprobar decretos-leyes en lugar de proyectos de ley. Este artículo examina los mecanismos con que cuenta el Gobierno para facilitar disposiciones normativas inmediatas cuando así lo requieren situaciones excepcionales o imprevistas. Para ello, se analizan los principales rasgos del Decreto-ley a la luz de una consolidada doctrina constitucional. Desde esta perspectiva, se propone la utilización de la ley aprobada mediante procedimientos legislativos abreviados como alternativa al uso desmedido de la legislación de urgencia

Palabras clave

Gobierno, Decreto-ley, Parlamento, Ley, procedimientos legislativos abreviados, fuentes del Derecho, Jurisprudencia constitucional.

Decree-laws versus parliamentary legislation: Notes on the use of emergency legislation

Abstract

This paper seeks to think about how emergency legislation has been used by the Spanish Government during the first year after taking office (*X Legislatura*) to the detriment of parliamentary Legislation to deal with the current economic crisis. Under these circumstances, the practice shows that Executives choose to issue Decree-laws in lieu of bills. This article examines Government's tools in order to provide immediate normative provisions when it is required because of exceptional or unforeseen circumstances. Thus, it analyzes main distinctive features of the Decree-law in light of the Constitutional Court's case law. From this perspective, the author suggests the use of the Act passed through abbreviated legislative procedures as alternative to the excessive use of the emergency legislation.

Keywords

Government, Decree-law, Parliament, Act, abbreviated legislative procedures, sources of law, Constitutional Court's case law.

1. Punto de partida: el incremento de la legislación de urgencia y el desplazamiento de la forma de ley en la X Legislatura

Uno de los aspectos en que se manifiesta la influencia de las crisis económicas en el sistema de fuentes es el incremento notable de la actividad normativa impulsada por los Ejecutivos, ya sea a través de la presentación de proyectos de ley para su tramitación parlamentaria, o ya sea mediante la aprobación unilateral de legislación de urgencia. Como titular de la función de dirección política del Estado, es de esperar que el Gobierno adopte las medidas necesarias para afrontar situaciones excepcionales, cuestiones inaplazables, o circunstancias imprevistas que puedan plantearse; y ello, haciendo uso de los instrumentos normativos que la Constitución pone a su alcance, no sólo los habituales u ordinarios, sino también los de carácter excepcional como es la figura del Decreto-Ley en virtud de la potestad reconocida por el artículo 86 CE¹. Puede afirmarse que lo previsible y esperable es que el Ejecutivo reaccione ante situaciones de crisis o urgencia con la mayor celeridad, haciendo un uso responsable de los mecanismos disponibles y, si es posible, en colaboración con el Legislativo.

En el caso concreto de la crisis económica en la que nos encontramos inmersos, la actividad legislativa del Estado se ha visto alterada por el elevado número de ocasiones en que el Gobierno de la Nación ha recurrido a la utilización de un mecanismo normativo excepcional, el decreto-ley, en lugar de dar impulso a la actividad legislativa del Estado a través de la presentación de proyectos de ley para su tramitación y aprobación parlamentaria. Ello se ha traducido en una alteración no sólo de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, sino también del funcionamiento de nuestro sistema de fuentes. Resulta evidente que el uso creciente de un instrumento excepcional como la legislación de urgencia siempre conlleva un cierto riesgo de abusar del mismo, y con ello, de sustituir a la ley formal. En este contexto, el Gobierno asume todo el protagonismo en la producción normativa, mientras que el titular originario de la función legislativa, las Cortes Generales, pasa a un segundo plano dejando de ocupar el lugar central que tiene en la vida política estatal y perdiendo el monopolio que posee en el ejercicio de la función legislativa. Como consecuencia de ello, el decreto-ley pasa a convertirse en el instrumento normativo habitual para gestionar la crisis económica desplazando a la forma jurídica de ley.

Durante el primer año de la X Legislatura el Gobierno de la Nación ha aprobado treinta decretos-leyes, diez de los cuales tras su convalidación han sido convertidos en ley mediante el procedimiento de urgencia².

Asimismo, durante este mismo periodo el Ejecutivo ha impulsado la actividad legislativa del Estado presentando ante el Congreso de los Diputados treinta y tres proyectos de ley, veinticinco de los cuales han sido tramitados y aprobados como leyes por el Congreso y el Senado. Diez del total de estas leyes proceden de Decretos-leyes, otras ocho corresponden a tramitaciones de leyes orgánicas, dos a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012 y 2013, y por

¹ Entre la numerosa bibliografía sobre la figura del Decreto-ley, puede destacarse: Aatarloa Huarte-Mendicoa (1985), Carmona Contreras (1997), Díaz de Mera Rodríguez (2011), Iglesia Chamorro (1998), Jiménez Campo (2011), Otto (1991), Santolaya Machetti (1988; 2003-2004), Tur Ausina (2002).

² Hasta el 31 de diciembre de 2012 el número de Decretos-leyes aprobados por el Gobierno de la Nación durante el primer año de la X Legislatura es de 30. A la fecha de la última revisión de este trabajo, 19 de marzo de 2013, el número de Decretos-leyes aprobados es de 34. Estos datos han sido obtenidos del buscador de iniciativas de la web del Congreso de los Diputados, <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas>. Revisado el 21 de marzo de 2013.

último, tan sólo cinco proyectos legislativos corresponden a tramitaciones de leyes ordinarias. Además, dos de los proyectos de ley orgánica tramitados y aprobados por el Parlamento contienen sendas autorizaciones para la ratificación de dos tratados internacionales de conformidad con lo previsto en el art. 93 CE.

Estos datos requieren de una reflexión acerca de cómo se está utilizando la figura jurídica del Decreto-ley en el contexto de la actual crisis económica. Como puede comprobarse, llama la atención que durante el primer año de la X Legislatura el número de Decretos-leyes aprobados (30) sea casi equivalente al número de proyectos de ley presentados por el Ejecutivo (33) y sensiblemente superior al número de leyes aprobadas por las Cámaras por impulso legislativo del Gobierno (25), -bastante superior, si se descartan las leyes que proceden de decretos-leyes, un total de diez-. Estas cifras evidencian que el Ejecutivo ha optado mayoritariamente por la utilización de un instrumento normativo unilateral para afrontar la crisis, la legislación de urgencia, frente a la ley formal de origen parlamentario. Además, y como se desprende de los datos destacados, la mayor parte de las iniciativas legislativas gubernamentales convertidas finalmente en ley no podían ser reguladas por Decreto-ley, ya que corresponden a materias reservadas a procedimientos legislativos especiales y, por tanto, a la exclusiva competencia del Poder Legislativo. Esto es lo que ocurre con los ámbitos materiales reservados a la categoría de ley orgánica (art. 81.1º CE), los actos de autorización de tratados internacionales por medio de los cuales atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE) o el acto de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134 CE). El rasgo común en todos estos supuestos es que se trata de materias tipificadas constitucionalmente y reservadas no sólo a un procedimiento específico de tramitación y aprobación (reserva de procedimiento), sino también a la propia institución parlamentaria (reserva de Parlamento), de tal suerte que en ningún caso las mismas podrían ser objeto de regulación por parte del Ejecutivo a través de la legislación de urgencia³. Así, y a la luz de esta realidad, parece que el Gobierno de la Nación ha optado por la legislación parlamentaria frente al Decreto-ley sólo cuando exigencias constitucionales así lo imponen, como es el caso de las materias sometidas a reservas procedimentales específicas. Esto demuestra que en aquellos casos en los que no tratándose de una reserva procedimental, y por tanto podría optarse entre la presentación de un proyecto de ley o la emanación de un decreto-ley, el Gobierno ha utilizado en un porcentaje muy elevado la legislación de urgencia dando lugar a una alteración en los modos de producción normativa, en la medida en que el ejercicio de la función legislativa del Estado que corresponde al Parlamento se ha visto desplazado a un segundo plano.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley goza de determinados privilegios en relación con la tramitación de las proposiciones de ley. Como es sabido, las iniciativas legislativas del Gobierno gozan de preferencia en la tramitación y están exentas del trámite de toma en consideración por el Pleno de la Cámara lo cual facilita su andadura parlamentaria. Asimismo, debe recordarse que el protagonismo del Ejecutivo en el ámbito de la producción normativa no se traduce únicamente en la posibilidad de emanar legislación de urgencia o legislación delegada⁴, sino también en la posibilidad de presentar proyectos de ley ante el Parlamento para iniciar el trámite de elaboración y aprobación de la ley parlamentaria por cualquiera de sus diferentes cauces. Precisamente, la práctica parlamentaria pone de manifiesto que la mayor parte de

³ Sobre estas reservas procedimentales, nos remitimos a Gómez Lugo (2008).

⁴ Durante este primer año de la X Legislatura el Gobierno de la Nación no ha hecho uso de la legislación delegada, esto es, no ha aprobado ningún Real Decreto Legislativo.

las leyes del Estado son aprobadas por impulso del Gobierno y con el beneplácito de la mayoría parlamentaria que lo sustenta. Sin embargo, y como se acaba de señalar, durante el primer año de la presente Legislatura sólo ha recurrido al ejercicio de la iniciativa legislativa cuando se ha visto compelido por el contenido material de las mismas. Además, y como se expondrá detalladamente más adelante, esta circunstancia resulta aún más llamativa teniendo en cuenta que el Ejecutivo actual cuenta con el apoyo de la mayoría absoluta de ambas Cámaras y que la mayor parte de las técnicas de aceleración procedimental para la aprobación de la ley formal se activan a instancia o impulso del Gobierno de la Nación.

Por lo que respecta al contenido de la legislación de urgencia aprobada durante este primer año de Legislatura, se constata que los usos o fines para los cuales se ha utilizado este instrumento normativo son bastante amplios, coincidiendo con la práctica habitual de los Ejecutivos desde la entrada en vigor de la Constitución⁵. Sin ánimo de dar cuenta de cada uno de los decretos-leyes aprobados durante este último año, puede señalarse, a modo de ejemplo, el empleo del decreto-ley como instrumento para la transposición de directivas europeas a derecho español⁶ (Reales Decretos-leyes 5, 8, 9 y 13/2012)⁷, la adopción de medidas urgentes de carácter laboral (RDL 3/2012)⁸, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social (RDL 28/2012)⁹, de medidas urgentes para la racionalización del gasto público en el ámbito educativo (RDL 14/2012)¹⁰, de modificación del régimen de administración de la corporación RTVE (RDL 15/2012)¹¹, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud (RDL 16/2012)¹², de medidas urgentes en materia económica (RDL 20/2011)¹³... Ahora bien, aunque los contenidos materiales de estos decretos-

⁵ Entre los casos más controvertidos de utilización de la figura del Decreto-ley destaca su empleo para ratificar tratados internacionales; supuesto analizado por el Tribunal Constitucional en la STC 155/2005, en la que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional. Sobre las críticas planteadas a esta práctica, puede consultarse Carmona Contreras (2000), Santaolalla López (2006) y Urrea Corres (2006).

⁶ La utilización del Decreto-ley para la transposición de directivas europeas a derecho español es una práctica cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la Jurisprudencia Constitucional (STC 329/2005). Más recientemente, el Tribunal ha matizado esta doctrina al afirmar que “el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo” (STC 1/2012, F.J.9º). Sobre esta utilización del decreto-ley, véase Martín y Pérez de Nanclares (2006).

⁷ Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

⁸ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁹ Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

¹⁰ Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

¹¹ Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio.

¹² Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

¹³ Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

leyes no son nuevos, lo que llama la atención es el porcentaje de ellos en relación con la legislación parlamentaria aprobada en este periodo a iniciativa del Ejecutivo. Precisamente esta frecuencia con que el Gobierno está haciendo uso de la legislación de urgencia durante la presente Legislatura ha reavivado el debate sobre el uso y abuso del Decreto-ley, un tema clásico ampliamente tratado por la doctrina italiana, precisamente a consecuencia de la utilización abusiva que se hizo de este instrumento a mediados de los setenta y principios de los noventa¹⁴.

A la luz de esta realidad sobre el ejercicio de la función normativa del Estado, y más concretamente, sobre el empleo de la figura del Decreto-ley, son varios los interrogantes que pueden plantearse sobre el giro que está dando nuestro sistema de fuentes. ¿Puede afirmarse que la legislación de urgencia se ha convertido en el instrumento normativo habitual sustituyendo a la legislación parlamentaria? ¿Estamos ante una modificación del sistema de producción normativa previsto por la Constitución en el que el Decreto-ley aparece configurado como una norma excepcional y la ley parlamentaria como el instrumento habitual de legislación? Como mínimo puede afirmarse que el sistema de fuentes se resiente a consecuencia de la coyuntura de la crisis económica en la que nos encontramos inmersos. Por ello, es inevitable cuestionarse si se ha producido una sustitución del Legislador parlamentario por el Ejecutivo en la medida en que el Parlamento está perdiendo protagonismo frente a éste en el ejercicio de la función legislativa para reaccionar ante la crisis; incluso, es lógico preguntarse si no se trata de un uso arbitrario, o al menos desmesurado, de la facultad del Gobierno para aprobar decretos-leyes.

Por otro lado, se suscitan otras preguntas igualmente relevantes ¿a qué se debe esta preferencia del Ejecutivo por la legislación de urgencia frente a la ley parlamentaria? y sobre todo, ¿existen mecanismos alternativos a su disposición para impulsar la aprobación de medidas tendentes a paliar los efectos nocivos de la crisis? Para responder a estas cuestiones será necesario repasar las características de estos dos tipos de normas con fuerza de ley, legislación de urgencia y legislación parlamentaria, para entender las razones que explican el uso masivo del Decreto-ley ante determinadas circunstancias excepcionales o asuntos urgentes y poder valorar la pertinencia o idoneidad del decreto-ley como instrumento preferido por el Ejecutivo para afrontar la crisis, sin perjuicio de su posterior conversión legislativa por las Cámaras a través del procedimiento de urgencia.

2. La legislación de urgencia en la Constitución española

Como se desprende de la lectura del artículo 86 CE, el texto constitucional de 1978 regula la figura del Decreto-ley de un modo bastante más flexible en relación con el precedente del art. 80 de la Constitución republicana de 1931¹⁵ según el cual la emanación de la *decretación* de urgencia quedaba circunscrita a situaciones concretas y determinadas, esto es, *casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República* cuando el Congreso no se encontrase reunido. El actual marco constitucional del Decreto-ley dista bastante de la rigidez del texto republicano, ofreciendo al Ejecutivo un mayor

¹⁴ Sobre el abuso de la figura del decreto-ley en el ordenamiento italiano, véase el detallado estudio de Celotto (1997).

¹⁵ "Cuando no se halle reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República.

Los decretos así dictados tendrán sólo carácter provisional, y su vigencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia".

margen de maniobra para aprobar “disposiciones legislativas provisionales”. Sin embargo, hay que reconocer que esta flexibilidad constitucional del Decreto-ley, “por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo de una forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta” (STC 137/2011, F.J. 4º).

Ahora bien, pese a esta flexibilidad su emanación se encuentra supeditada a la concurrencia de una serie de requisitos formales y materiales: uno formal, la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad cuya apreciación queda en manos del propio Gobierno; y otro material, la prohibición de regular determinadas materias. Asimismo, la previsión constitucional prevé un condicionante más, el sometimiento de la legislación de urgencia a un mecanismo de control parlamentario al exigir que sea inmediatamente sometida a debate y votación de totalidad en el Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días desde su promulgación; plazo en el que, dada su condición de norma provisional, la Cámara baja deberá pronunciarse sobre su convalidación o derogación. Sobre este extremo, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha descartado que esta provisionalidad deba estar vinculada al alcance temporal de la disposición normativa (STC 189/2005, F.J. 6º)¹⁶. Efectivamente, el Decreto-ley será sometido a control parlamentario y su eficacia definitiva dependerá de una decisión parlamentaria, esto es, el acto de convalidación por parte del Congreso. Desde esta perspectiva, la resolución parlamentaria convalidando las disposiciones normativas provisionales actúa no sólo como acto de control político del decreto-ley, sino como acto legislativo que transforma en definitiva dicha norma.

Para valorar cuál es el alcance de la potestad reconocida al Gobierno por el art. 86 CE, resulta conveniente recordar los rasgos de estas disposiciones normativas con fuerza de ley que reciben el nombre jurídico de Decreto-ley.

Límites materiales del Decreto-ley

El propio texto constitucional limita el ámbito material del Decreto-ley al prohibir su utilización para regular las materias enumeradas en el párrafo primero del art. 86, esto es, el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, el régimen de las Comunidades Autónomas y el Derecho electoral general.

Además, el Gobierno tampoco podrá dictar decretos leyes sobre materias atribuidas constitucionalmente a la competencia de las Cortes Generales, entre las cuales se incluyen tanto las materias reservadas a un procedimiento legislativo especial como las medidas que requieren la intervención parlamentaria por medio de actos carentes de forma de ley (autorización o prórroga de los estados del art. 116 CE)¹⁷. Respecto a las materias sometidas a procedimientos legislativos específicos, y como se señaló anteriormente, la tipificación constitucional de un cauce procedimental concreto para la tramitación y aprobación legislativa conlleva el ejercicio exclusivo de la función legislativa por parte del Parlamento, y por tanto, queda excluida la posibilidad de que dicha materia sea tramitada mediante un procedimiento distinto, ni aprobada por un órgano diferente al Legislativo.

¹⁶ Es por ello que algún autor haya afirmado que “provisionalidad no es sinónimo de temporalidad”, sino que este rasgo hace referencia a la situación de pendencia a la que se somete el Decreto-ley. Véase Astarloa Huarte-Mendicoa (1985: 153-154).

¹⁷ Véase *Ibid.*: 133.

Problemas en la delimitación del presupuesto habilitante y su fiscalización

Sin duda alguna, la cuestión más problemática que ha suscitado la figura del Decreto-ley es precisamente la referente a la delimitación del supuesto de hecho o presupuesto que justifica su aprobación. El marco jurídico del presupuesto habilitante no limita el uso del Decreto-ley a situaciones concretas y determinadas (como podría ser una situación de peligro para la seguridad nacional –guerra- o que las Cámaras no se encontrasen reunidas), ni a ningún estado de necesidad absoluta (como serían los estados regulados por el art. 116 CE). Por el contrario, la regulación del art. 86 parece dejar un amplio margen de discrecionalidad (que no arbitrariedad) al Gobierno para apreciar este requisito constitucional. Sin embargo, el art. 86 condiciona la aprobación de este tipo de normas a la concurrencia de un requisito o presupuesto, la “extraordinaria y urgente necesidad”, cuya delimitación ha planteado no pocos problemas jurídicos.

En sus primeros años de funcionamiento, el Tribunal Constitucional ya intentó aclarar este extremo al puntualizar que las circunstancias justificativas utilizadas para la aprobación del Decreto-ley no pueden entenderse como una “necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.” (STC 6/1983, F.J. 5º). Así pues, desde esta perspectiva no tendrían cabida en este modo de definir la necesidad los estados de excepción, alarma y sitio del art. 116 CE.

La competencia para apreciar la circunstancia concreta que se pretende afrontar mediante la aprobación del Decreto-ley queda atribuida a los poderes políticos (STC 29/1983, F.J. 3º); de ahí que la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad que a éstos corresponde sea un “juicio puramente político” (STC 29/1982, F.J. 3º). Ahora bien, y pese al reconocimiento de esta discrecionalidad política reconocida al Ejecutivo en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad, ello no obsta para que el Tribunal Constitucional pueda, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, “rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución” (por todas, STC 68/2007, F.J. 6º; SSTC 11/2002, de 17 de enero, F.J. 4º; y 137/2003, de 3 de julio, F.J. 3º). En todo caso, la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional no deja de ser un control externo que “debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario” (SSTC 182/1997 y 11/2002).

Teniendo presente esta doctrina constitucional, puede afirmarse que el presupuesto habilitante constituye una necesidad imposible de satisfacer haciendo uso bien del procedimiento legislativo ordinario, o bien de cualquiera de las técnicas de agilización procedimental para la tramitación y aprobación de la ley prevista por la Constitución y los Reglamentos parlamentarios. Realmente, la necesidad calificada constitucionalmente de “extraordinaria” y “urgente” implica la insuficiencia de los procedimientos legislativos para la consecución de la finalidad prevista, esto es, lograr la emanación de las medidas para afrontar una circunstancia política, social o económica que requiere de una respuesta precisa dentro de un plazo

temporal concreto o inmediato. La motivación o argumentación de la insuficiencia variará en función del tiempo disponible en el caso concreto y del tiempo necesario para la consecución de los trámites que forman parte del procedimiento legislativo. En este sentido, coincido plenamente con A. Carmona cuando afirma que “la cualificación extraordinaria referida al evento urgente necesitado de regulación nos pone frente a una situación simplemente no ordinaria, fuera lo normal, lo cotidiano” (Carmona Contreras, 1997: 77); es decir, existe una necesidad de normación jurídica.

La Jurisprudencia constitucional ha dado lugar a una consolidada doctrina sobre los requisitos que debe reunir el ejercicio de la potestad normativa excepcional en manos del Ejecutivo (por todas, STC 170/2012), y especialmente, sobre la concurrencia del supuesto de hecho o presupuesto habilitante (sintetizada en la STC 68/2007). Como recuerda la STC 31/2011, F.J. 3º, dos son los aspectos que deben ser valorados para determinar el juicio de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad en cada caso concreto: la exposición de los motivos por los que el Gobierno entiende que se encuentra ante una situación de urgente necesidad que le lleva a acudir a la figura del Decreto-ley y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para afrontar la misma. Efectivamente, desde el primer momento el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que el ejercicio de esta potestad excepcional para aprobar normas con fuerza de ley por el Gobierno implica que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad “sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan” (STC 29/1982, F.J. 3º), y ello, en aras de evitar un uso abusivo o arbitrario de la misma, supuesto en que el Tribunal Constitucional podrá “rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de “extraordinaria y urgente necesidad” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un real decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución” (STC 137/2011, F.J. 4º).

Ahondando en la delimitación de estos elementos, por lo que respecta a la exposición explícita y razonada de la motivación de la urgencia, el Tribunal ha sostenido reiteradamente desde la STC 29/1982 (F.J. 4º) que el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante se llevará a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron que el Gobierno dictase la legislación de urgencia y que son, básicamente, “los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, debiendo siempre tener presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del decreto-ley” (por todas, STC 137/2011, F.J. 4º). En consecuencia, no será necesario que la exposición de la extraordinaria y urgente necesidad conste obligatoriamente en el propio Decreto-ley, sino que bastará con que pueda deducirse de cualquiera de estos elementos. Por tanto, para valorar la concurrencia de este primer requisito habrá que tener en cuenta los argumentos empleados por el Ejecutivo para justificar la adopción de las medidas en cuestión mediante Decreto-ley. En este sentido, creo que entre las cuestiones que debe motivar el Gobierno debe incluirse las razones por las que descarta la opción de impulsar el procedimiento legislativo parlamentario a través de la presentación de un proyecto de ley. En este sentido, debe argumentar por qué considera que no es posible lograr una actuación normativa inmediata en un plazo inferior que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes. En otras palabras, debe justificar por qué entiende que aprobar las medidas necesarias para afrontar la urgencia a través de la forma jurídica de ley y la utilización del *iter legis* ocasionaría

un obstáculo o perjuicio para la consecución de los objetivos perseguidos (STC 68/2007, F.J. 12º). Así pues, la argumentación del Gobierno se convierte en un elemento clave para valorar la acreditación del presupuesto habilitante y evitar el uso arbitrario de esta técnica normativa.

En cuanto al segundo de estos aspectos, será imprescindible que exista una conexión o adecuación entre las medidas adoptadas por el Gobierno, e incluidas en el Decreto-ley, y la situación de urgencia a la que se pretende atender (STC 29/1982, F.J. 3º); en todo caso, la respuesta normativa tendrá que ser “adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho” (STC 6/1983, F.J. 5º). Precisamente, la exigencia de esta necesaria conexión entre la facultad normativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante conduce a que el concepto constitucional de “extraordinaria y urgente necesidad” del art. 86.1º no sea “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes” (por todas, STC 68/2007, F.J. 6º).

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de delimitar aún más el alcance de la potestad normativa excepcional del Gobierno al establecer que la situación de necesidad que se pretende afrontar con las medidas adoptadas no puede justificarse únicamente, o “por sí misma”, en razones de tipo estructural. En concreto, ha afirmado que cuando la necesidad alegada por el Gobierno para aprobar el Decreto-ley sea estructural, y no coyuntural, “y salvo en situaciones especialmente cualificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, no alcanza por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno. Lo contrario supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes” (STC 68/2007, F.J. 10º). Resulta llamativo que este argumento haya sido reconocido precisamente en dos de las escasas resoluciones en las que el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de los decretos-leyes impugnados (SSTC 68/2007 y 137/2011)¹⁸, pero resulta aún más llamativo que en ambos casos los decretos-leyes declarados inconstitucionales fueron aprobados por un Gobierno que gozaba de mayoría absoluta en ambas Cámaras del Parlamento, por lo que podría haber recurrido perfectamente a la legislación parlamentaria impulsando, por sí mismo o por medio de la mayoría parlamentaria, alguna de las técnicas procedimentales tendentes a la agilización de la aprobación legislativa.

Delimitada de este modo la extraordinaria y urgente necesidad, resulta imposible reducirla a una situación o circunstancia unívoca. Más bien al contrario, su delimitación habrá de hacerse caso por caso en el momento de definir las medidas concretas que se aprobarán con forma jurídica de Decreto-ley y con las que se pretende afrontar la urgencia, y en el momento de exponer las razones por las que se hace uso de este instrumento normativo. Es decir, la justificación de la necesidad y la exposición de las razones por las que se hace uso de este instrumento normativo tiene lugar en el mismo acto jurídico por el que emana la disposición normativa del Gobierno (a diferencia de lo que sucede con el procedimiento

¹⁸ En estas sentencias el Tribunal declara la inconstitucionalidad de los Real Decreto-leyes 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes (STC 137/2011) y 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (STC 68/2007); ambos, aprobados durante la VII Legislatura (2000-2004).

legislativo de urgencia en el que, en determinados casos, existe una declaración de urgencia como requisito previo a la tramitación particularizada)¹⁹. En este sentido coincide con Jiménez Campo cuando afirma que se trata de una “necesidad perentoria de normación que no puede ser satisfecha a través del cauce parlamentario, en el que está prevista tanto la “descentralización legislativa” en Comisión (art.75.2 y 3 CE) como la abreviación de plazos por urgencia (art. 93 Reglamento del Congreso de los Diputados –en adelante, RCDip.- y art. 133 Reglamento del Senado –en adelante, RSen.-) y la aprobación de proyectos de ley en lectura única (arts. 150 RCDip. y 129 RSen.)”²⁰. Efectivamente, debe tratarse de circunstancias imprevisibles, cuya solución o respuesta se vean dificultadas por la dilación propia del procedimiento de elaboración de la ley parlamentaria, el ordinario o cualquiera de las modalidades especiales por razón de tiempo de tramitación, y ello, pueda ocasionar un perjuicio. Desde esta óptica, el Decreto-ley se presenta como un mecanismo tendente a anticipar la aplicación de la norma aprobada, y con ello, adelantar su efectividad actuando sobre una realidad urgente y concreta que requiere una actuación por parte de los poderes públicos²¹.

La tramitación parlamentaria de los decretos-leyes y sus efectos jurídicos

Dada su condición de disposición normativa provisional, el Decreto-ley será sometido al control parlamentario del Congreso de los Diputados que deberá pronunciarse sobre la convalidación o derogación del mismo en el plazo de treinta días desde su promulgación (art. 86.2 CE). Formalmente el acto mediante el cual el Congreso de los Diputados “convalida” o “deroga” el Decreto-ley es una mera resolución de la Presidencia en la que consta el acuerdo de convalidación, o derogación, de la Cámara.

Por lo que respecta al trámite de convalidación²², éste puede asimilarse a la ratificación, esto es, un pronunciamiento de la Cámara mediante el cual el texto es sometido a su consideración conforme a criterios de oportunidad política y sin posibilidad de alteración o modificación del mismo. Como se desprende del tenor literal del art. 86.2, se trata de una competencia parlamentaria unicameral, en la medida en que corresponde exclusivamente a la Cámara Baja excluyendo al Senado; de ahí que no pueda considerarse una manifestación de la función legislativa y que su participación se limite a aceptar o rechazar en su totalidad el texto presentado por el Gobierno sin posibilidad de presentar enmiendas (art. 151 RCD)²³.

¹⁹ Sobre la declaración de urgencia puede consultarse Gómez Lugo (2008).

²⁰ Véase Jiménez Campo (2011: 425). En el mismo sentido, Martín y Pérez de Nanclares (2006: 10).

²¹ “La necesidad de evitar conductas que puedan hacer quebrar la efectividad de una medida (STC 111/1983, de 2 de diciembre, F.J. 6) puede conllevar indudablemente una exigencia de inmediatez, cuando la medida considerada sea de tal naturaleza que su conocimiento por parte de los sujetos previsiblemente afectados pueda conducir a que se adopten por éstos, durante el tiempo de tramitación del procedimiento legislativo, actuaciones o comportamientos tendentes a impedir o a dificultar su puesta en práctica o a limitar su eficacia, y no existan otros mecanismos para impedir o corregir tales comportamientos.” (STC 68/2007, F.J. 9º).

²² Sobre el trámite de convalidación consúltense Iglesia Chamorro (1998).

²³ “1. El debate y votación sobre la convalidación o derogación de un Real Decreto-ley se realizará en el Pleno de la Cámara o de la Diputación Permanente, antes de transcurrir los treinta días siguientes a su promulgación, de conformidad con lo establecido en el artículo 86.2 de la Constitución. En todo caso, la inserción en el orden del día de un Decreto-ley, para su debate y votación, podrá hacerse tan pronto como hubiere sido objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Un miembro del Gobierno expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación y el debate subsiguiente se realizará conforme a lo establecido para los de totalidad.

3. Concluido el debate, se procederá a la votación, en la que los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación.

Respecto a los efectos jurídicos que produce la convalidación del Decreto-ley, el Tribunal Constitucional dejó claro desde el principio que en ningún caso la convalidación produce la sanación de los posibles vicios que pudiera tener el Decreto-ley original (STC 6/1983, F.J. 5º), ya que “el Decreto-ley no se transforma en ley es decir, no cambia su naturaleza jurídica” (STC 29/1982, F.J. 2º), sino que continua con la forma jurídica de Decreto-ley pero pierde su condición de provisionalidad.

El art. 86.3 ofrece una segunda posibilidad de intervención parlamentaria: tramitar el Decreto-ley convalidado como proyecto de ley a través del procedimiento de urgencia. A diferencia del supuesto anterior, en esta ocasión intervienen tanto Congreso, como Senado en el ejercicio de la función legislativa que tiene constitucionalmente encomendadas. El resultado final de este procedimiento legislativo de urgencia será una ley formal del Parlamento, que tras su promulgación sustituirá al Decreto-ley (STC 29/1982, F.J. 2º), por lo que puede afirmarse que se trata de una transformación en una norma jurídica nueva de naturaleza diferente. Así las cosas, el contenido del Decreto-ley convalidado actúa técnicamente como un acto de iniciativa legislativa, ya que se presenta ante las Cámaras como proyecto de ley; de ahí que la eventual declaración de inconstitucionalidad del Decreto-ley no produzca la inconstitucionalidad de la ley de conversión.

En caso de conversión²⁴, esto es, si el procedimiento legislativo de urgencia que tiene su origen en el Decreto-ley finaliza con la aprobación de una ley formal, la derogación del Decreto-ley originario no impide que el Tribunal Constitucional pueda controlar la licitud o ilicitud constitucional del ejercicio de la potestad ejercida por el Gobierno al aprobar el Decreto-ley. De este modo, podría fiscalizar las infracciones o vicios del Decreto-ley derogado porque éstos son insubsanables, “pues en otro caso sería imposible asegurar la observancia de las condiciones que el art. 86 establece específicamente para la emisión de decretos-leyes” (STC 155/2005, F.J. 2º). Siguiendo el criterio mantenido por la doctrina constitucional sobre este extremo, “el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la Ley” (STC 111/1983, F.J. 3º, 182/1997, F.J. 1º, 155/2005, F.J. 2º, 68/2007, F.J. 4º).

Una de las cuestiones más controvertidas sobre la previsión constitucional del art. 86.3 es la referente al carácter sucesivo²⁵ o alternativo de los trámites de convalidación y conversión del Decreto-ley²⁶. La regulación del trámite de

4. Convalidado un Real Decreto-ley, el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la Cámara. Si ésta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución.

5. La Diputación Permanente podrá, en su caso, tramitar como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia los Decretos-leyes que el Gobierno dicte durante los períodos entre legislaturas.

6. El acuerdo de convalidación o derogación de un Real Decreto-ley se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

²⁴ En caso de conversión del Decreto-ley, técnicamente y según práctica habitual, este acto tiene lugar en la misma sesión que el acuerdo de convalidación, es decir, tras la convalidación se acuerda la tramitación o no como proyecto de ley. Véase Astarola (*Id.*: 139).

²⁵ “La doble vía que a estos efectos fiscalizadores prevé el artículo 88 de la Constitución, en sus apartados segundo y tercero ha venido a decantarse en la práctica parlamentaria en el sentido del necesario y previo pronunciamiento sobre la totalidad del Decreto-ley pero una vez convalidado éste, se posibilite el acudir a tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (artículo 86, número 3, de la C. E.), si bien es cierto que nada se opone a una interpretación alternativa de ambas vías, quedando este punto al criterio de oportunidad que puede establecer en un futuro el Congreso de los Diputados” (STC 29/1982, F.J. 2º).

²⁶ Sobre la problemática que suscita la relación entre el Decreto-ley original y la ley en los supuestos de conversión, consúltese Otto (1991: 206-209). Además, pueden verse varias críticas a la previsión del art. 86.3 en Jiménez Campo (1982: 42-44), Santaolalla López (2006: 419-420).

conversión por los Reglamentos parlamentarios prevé dos procedimientos acumulativos, y no como procedimientos alternativos (conversión por urgencia como alternativa a la convalidación). Como señala Santaolalla López, dicha praxis puede plantear problemas de técnica jurídica (seguridad jurídica) por la existencia de varias normas (decreto-ley, acto parlamentario de convalidación y, en su caso, ley de conversión) que regulan el mismo objeto²⁷. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de la práctica de proceder sucesivamente a la conversión tras la convalidación; en este mismo sentido, el art. 151.4 RCD prevé igualmente este procedimiento sucesivo según el cual, convalidado un Real Decreto-ley, "...el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la Cámara. Si ésta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución".

3. La aprobación de la ley mediante procedimientos legislativos abreviados como alternativa al uso "desmedido" del decreto-ley

Mecanismos a disposición del Gobierno

A partir de las precisiones anteriores puede abordarse la cuestión o temática que da título a este trabajo, en concreto, si el Decreto-ley es el único instrumento o mecanismo jurídico que el Gobierno puede utilizar para gestionar una crisis económica. Como se expondrá seguidamente, la respuesta a este interrogante debe ser necesariamente negativa. En modo alguno puede afirmarse que la legislación de urgencia sea la única opción disponible para el Gobierno, pese a que la práctica ponga de manifiesto la existencia de cierta tendencia por parte del Ejecutivo a utilizar esta figura excepcional, desplazando a la forma de ley como mecanismo ordinario de producción normativa. Por ello, es lógico cuestionarse por los motivos que llevan a los Ejecutivos a decantarse por el Decreto-ley frente a la alternativa del proyecto de ley.

Como órgano encargado de la función de dirección política del Estado, el Gobierno tiene varios instrumentos a su alcance para afrontar las necesidades o circunstancias impuestas por la crisis económica: emanar un Decreto-ley o presentar un proyecto de ley ante las Cortes Generales instando su tramitación mediante alguno de los procedimientos legislativos abreviados.

A la luz de la Jurisprudencia constitucional expuesta en páginas anteriores, puede afirmarse que el Decreto-ley constituye un instrumento que permite al Gobierno moverse rápidamente en la arena política sin necesidad de demora en los lentos trámites del procedimiento legislativo parlamentario. De este modo, queda habilitado para hacer uso de un instrumento normativo que le facilita atender necesidades urgentes o circunstancias imprevistas que exigen la adopción de disposiciones normativas con cierta premura y de modo inmediato. Obviamente, esta opción es más beneficiosa para el Ejecutivo que la alternativa de ejercitar su derecho de iniciativa legislativa, en la medida en que le permite ahorrar tiempo en la implementación de las medidas normativas necesarias para abordar la situación de necesidad. Sin embargo, a mi modo de ver, la celeridad no es la única razón que impulsa a los Ejecutivos a decantarse por la legislación de urgencia frente a la parlamentaria. Insisto, existen alternativas como la presentación de un proyecto de ley para su tramitación por cualquiera de los procedimientos legislativos especiales abreviados, incluso aplicándolos simultáneamente para lograr la misma finalidad:

²⁷ Véase Santaolalla López (2006: 420).

disponer de normas en un breve lapso de tiempo para resolver circunstancias apremiantes. Por ello, considero que hay otros factores que impulsan la preferencia por el Decreto-ley, como es evitar el tedioso trámite parlamentario del *iter legis* y, sobre todo, eludir el control político de la oposición en las Cámaras. Resulta evidente que el empleo de un instrumento de carácter unilateral, como es el Decreto-ley, facilita al Gobierno la toma de decisiones normativas sin la participación, ni influencia de otros órganos del Estado. Sin embargo, y pese a que la opción de impulsar la legislación parlamentaria mediante procedimientos abreviados requiere de la necesaria colaboración del Legislativo, ello no debiera suscitar demasiados problemas, ni demora para el Ejecutivo cuando éste cuenta con el apoyo de la mayoría absoluta en las dos Cámaras del Parlamento, como sucede en la presente Legislatura. En estas circunstancias, no tendría problemas para promover la aceleración en la tramitación de sus iniciativas legislativas, sobre todo, teniendo presente que dispone de mecanismos procedimentales que, además, pueden aplicarse simultáneamente, lo que viene a lograr una mayor agilización en el proceso de emanación de la ley²⁸.

Necesidad de inmediatez e insuficiencia del iter legis

En 1983, el Tribunal Constitucional afirmaba que la justificación del Decreto-ley podrá darse en “situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes”, pero también “en aquellos casos en que por circunstancias o factores, o por su compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida” (STC 111/1983, F.J 6º). Es decir, aparentemente el Tribunal condiciona la justificación de la legislación de urgencia a la necesidad de una *acción legislativa inmediata* y a la insuficiencia del cauce del *iter legis* para resolver la necesidad concreta. Ahora bien, creo que es necesario hacer dos breves comentarios sobre estos aspectos.

114

Por lo que se refiere a este último, debe recordarse que los vigentes Reglamentos parlamentarios entraron en vigor justo el año anterior, en 1982, y lógicamente el Tribunal desconocía el uso que las Cámaras iban a dar a los procedimientos previstos por los Reglamentos para la tramitación y aprobación de la ley. En esta línea, hay que tener en cuenta que la tramitación parlamentaria de la ley formal no tiene previsto un cauce procedimental único, sino que por el contrario nuestro ordenamiento prevé una pluralidad de modalidades de tramitación legislativa entre las cuales se incluyen los de carácter abreviado. Por ello, el elemento comparativo que el Gobierno deberá tener en cuenta para valorar la opción del Decreto-ley en lugar de la ley parlamentaria no puede ser únicamente el *iter legis* común, sino también cualquiera de los procedimientos legislativos especiales que permiten acelerar la aprobación legislativa y que incluso pueden aplicarse simultáneamente para acortar aún más la tramitación parlamentaria.

En cuanto a la segunda de las cuestiones apuntadas, el Tribunal se refiere a la necesidad de una “acción legislativa inmediata”, pero la duda interpretativa que surge es qué debe entenderse por esta “inmediatez”. Parece razonable pensar que

²⁸ La actividad legislativa de las Cámaras pone de manifiesto cómo la simultaneidad de procedimientos especiales se ha convertido en una práctica habitual, entendida aquélla como la aplicación conjunta de varias modalidades procedimentales para la tramitación de una misma iniciativa legislativa. En concreto, la práctica parlamentaria ofrece múltiples muestras del uso coetáneo del procedimiento de urgencia y la variante de Comisión con competencia legislativa plena, o de aquel junto al método de lectura única.

cuando la jurisprudencia alude a la necesidad de una acción legislativa inmediata no se está refiriendo a que la aprobación de la norma tenga lugar *ipso facto*. Por ello, salvo en casos de necesidades sobrevenidas, realmente urgentes, y cuya solución sea inaplazable (un siniestro o una catástrofe natural), parece que la respuesta normativa a las situaciones necesitadas de una disposición normativa inmediata puede facilitarse a través de la aprobación de legislación de urgencia, pero también mediante legislación parlamentaria tramitada por algunas de las técnicas previstas para la aceleración de la tramitación, tal y como se expone en el siguiente epígrafe²⁹.

Una propuesta alternativa: la utilización de los procedimientos legislativos abreviados

Los procedimientos legislativos abreviados son técnicas que permiten simplificar los actos previstos para el *iter legis* común aplicando trámites atenuantes, que pueden afectar bien a fases completas del procedimiento (como sucede en el procedimiento de Comisión con competencia legislativa plena o en la modalidad de lectura única), o bien a los plazos ordinarios (como es el caso del procedimiento de urgencia)³⁰. Resulta evidente que la aplicación de estas variedades dota al Parlamento de un mayor dinamismo al facilitar instrumentos aptos para ofrecer una respuesta legislativa ágil de los asuntos que requieren una respuesta normativa inmediata. Al mismo tiempo, otorga al Ejecutivo las condiciones y mecanismos necesarios para favorecer el cumplimiento de su programa político, ya que no puede omitirse que la mayor parte de estas técnicas se activan a instancia del Gobierno y/o de la mayoría parlamentaria que lo sustenta.

Las razones que aconsejan agilizar la emanación legislativa y evitar la dilación innecesaria del *iter legis* son variadas, y al igual que sucede con el Decreto-ley, su utilización no se circunscribe exclusivamente a necesidades sobrevenidas. Se trata de técnicas procedimentales tendentes a la aceleración de los actos parlamentarios que conforman el *iter legis*, con la pretensión de agilizar la emanación de la ley cuando la realidad y las circunstancias así lo requieren.

Nuestro ordenamiento cuenta con instrumentos jurídicos suficientes para permitir una actuación urgente del Legislador. La Constitución y los Reglamentos Parlamentarios dotan a las Cámaras de procedimientos idóneos para hacer frente a las circunstancias políticas más diversas y a un elevado número de iniciativas legislativas. En concreto, la especialidad de la modalidad de *delegación de competencia legislativa a favor de las Comisiones* conlleva la supresión de la intervención del Pleno en el *iter legis*, por lo que todos los actos parlamentarios conducentes al examen, debate, enmienda y aprobación de la iniciativa se producen en las Comisiones parlamentarias (arts. 75.2º y 3º CE; 148 y 149 RCD; y 130 a 132 RS). En el supuesto del método de *lectura única* la etapa procedimental que se suprime es precisamente la de Comisión, celebrándose todos los trámites que llevan a la emanación de la ley en sede plenaria, procediéndose a un examen y votación única del texto en discusión (arts. 150 RCD y 129 RS). Por último, el *procedimiento de urgencia* constituye una técnica de agilización procedimental que actúa sobre los tiempos y plazos previstos para el *iter legis* común, que quedarán reducidos a la mitad en el caso del Congreso de los Diputados, y limitados a veinte días naturales en el Senado (arts. 93 y 94 RCD y 133 a 135 RS).

²⁹ En este mismo sentido se ha manifestado Santaolalla López (*Id.*: 414).

³⁰ Para un análisis del régimen jurídico de los procedimientos legislativos abreviados, véase Gómez Lugo (2008).

Como puede comprobarse el fundamento de estas modalidades procedimentales coincide en parte con el del Decreto-ley, en la medida en que la situación que justifica su utilización es similar, esto es, circunstancias que requieren de cierta celeridad en su resolución legislativa, situaciones imprevistas o excepcionales que no pueden esperar el desarrollo de la secuencia de actos de que consta el *iter legis* común.

En definitiva, tanto la ley parlamentaria tramitada por un procedimiento abreviado, como el Decreto-ley permiten adoptar medidas normativas de forma inmediata por parte de los poderes públicos (el Parlamento en el primer caso, y el Gobierno en el segundo) para satisfacer determinadas necesidades sociales, económicas o políticas cuya resolución no puede esperar el trascurso de tiempo que requiere el normal desarrollo legislativo a través del *iter legis* común.

Sin embargo, la opción parlamentaria, en la que intervienen las Cortes Generales como depositarias de la función legislativa del Estado, supone la garantía del principio democrático en la producción de la acción normativa inmediata para afrontar la situación crítica planteada en el caso concreto, potenciando el carácter de publicidad, contradicción, pluralismo político y libre debate implícito en los procedimientos legislativos. En concreto, y por lo que se refiere al principio de pluralismo político, debe recordarse que éste conlleva la posibilidad de que los grupos minoritarios tengan la posibilidad de participar en los diferentes momentos procedimentales haciendo valer sus opciones y de exponerlas ante la opinión pública como opción alternativa a la de la mayoría. Sin embargo, esta garantía no está presente en la emanación de los decretos-leyes, ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la Constitución habilita al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley “pero en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa” (STC 137/2011, F.J. 4º).

Precisamente, la presencia de principios como la negociación, transacción y presencia de minorías supone una reducción de las posibilidades de conflictividad social y de impugnación de la norma finalmente resultante. Téngase en cuenta que el Decreto-ley es una norma aprobada, con carácter general, unilateralmente por el Gobierno, sin fase previa de negociación con los interlocutores sociales, mientras que durante el proceso parlamentario de elaboración de la ley no sólo se produce un debate entre las diferentes fuerzas políticas con representación en las Cámaras, sino que existe la posibilidad de que los sectores sociales afectados (especialmente, organizaciones sindicales y empresariales en materia laboral o económica) puedan intervenir de alguna manera en el proceso de negociación y elaboración de la futura ley. Asimismo, una ley previamente debatida, negociada y aceptada mayoritariamente, tiene menos posibilidades de ser cuestionada e impugnada ante el Tribunal Constitucional.

4. Consideraciones finales: valoración de la utilización del Decreto-ley durante el primer año de la X Legislatura

En aras de un correcto funcionamiento de nuestro sistema constitucional de producción normativa sería recomendable que el Gobierno de la Nación no recurriera tan asiduamente a la legislación de urgencia para afrontar las crisis económicas y, en su lugar, opte también por ejercer su derecho de iniciativa legislativa impulsando la tramitación de algunas de las técnicas procedimentales que tiene a su alcance para acelerar la elaboración de la ley formal por el Parlamento. No se trata de descartar la figura del Decreto-ley, sino de hacer un uso moderado del mismo como mecanismo excepcional y alternativo a la forma jurídica de ley. Esto

es aplicable sólo cuando los procedimientos legislativos, *iter legis* ordinario o modalidades procedimentales abreviadas, se muestren incapaces para responder a la necesidad de emanar normas inmediatas.

A la luz del análisis realizado, y teniendo en cuenta el incremento en la utilización del Decreto-ley durante la presente Legislatura, así como la diversidad de contenidos regulados a través de este instrumento normativo, la cuestión que se plantea es si esta tendencia se prolongará durante el resto de la Legislatura y si nos encontramos ante una nueva modalidad de ley *omnibus*. El futuro nos lo dirá...

Bibliografía

- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (1985), "Teoría y práctica del Decreto-ley en el ordenamiento español", *Revista de Administración Pública*, Núm.106, pp. 97-170.
- CARMONA CONTRERAS, A. (1997), *La configuración constitucional del Decreto-ley*, CEPC, Madrid.
- CARMONA CONTRERAS, A. (2000), "Decreto-ley y relaciones internacionales: una compatibilidad constitucional problemática", *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 110, pp. 59-78.
- CELOTTO, A. (1997), *L'abuso del Decreto-legge*, CEDAM, Padova.
- DIAZ DE MERA RODRIGUEZ, A. (2011), "Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley", *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Núm. 24, pp. 137-178.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2008), "La urgencia en el '*iter legis*': una técnica de agilización procedimental a disposición del Gobierno", *Revista Derecho Político*, Núm.71-72, pp. 701-733.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2008), *Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- IGLESIA CHAMORRO, A. (1998), "La convalidación parlamentaria del decreto-ley en España", *Revista de las Cortes Generales*, Núm. 44, pp. 7-61.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1982), "Las diputaciones permanentes y el control sobre el Decreto-ley", *Revista de Derecho Político*, Núm.15, pp. 35-56.
- JIMENEZ CAMPO, J. (2011), "Decreto-Ley", *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.
- MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J. (2006). "El uso del decreto-ley para transponer directivas al derecho español: la peculiar problemática de la directiva sobre televisión digital. Comentario a la STC 329/2005, de 15 de diciembre de 2005", *Revista General de Derecho Europeo*, Núm.10, pp. 1-18.
- OTTO, I. (1991), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- SANTAOLALLA LOPEZ, F. (2006), "Decreto Ley, Ley y Tratado Internacional. Comentario a la STC 155/2005, de 9 de junio", *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 18, pp. 399-428.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (1988), *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (2003-2004), "Veinticinco años de fuentes del Derecho: el decreto-ley", *Revista de derecho político*, Núm. 58-59, pp. 385-400.
- TUR AUSINA, R. (2002), *El control parlamentario de los Decretos-leyes*, CEPC, Madrid.
- URREA CORRES, M. (2006), "La autorización parlamentaria en la celebración de tratados internacionales: una reserva orgánica y de procedimiento. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2005, de 9 de junio", *Revista General de Derecho Europeo*, Núm.10, pp. 1-28.



Comunidades de inmigrantes turcos en Alemania: Explorando la transformación de la identidad

Antonio Ávalos Méndez
Universidad Autónoma de Madrid
antonio.avalos@gmail.com

Resumen

Este artículo examina la identidad comunitaria y su contradicción con el Estado-nación en relación con la integración de los emigrantes en sociedades con distintas bases culturales. Se utiliza como aproximación el caso de los inmigrantes turcos en Alemania. A partir de los mecanismos de construcción de la identidad y de los modelos de identidad se pone de manifiesto la instrumentalización de las instituciones por parte de los inmigrantes para conseguir mejores posiciones para desarrollar sus actividades en la sociedad de acogida y superar la contradicción identitaria.

Palabras clave

Inmigración, identidad, comunidades, cultura.

118

Turkish migrant communities in Germany: Examining the identity transformation

Abstract

This article examines the community identity and its contradiction with the nation-state in relation to the integration of migrants in societies with different cultural backgrounds. It is used as a proxy the case of Turkish immigrants in Germany. Since the mechanisms of identity construction and identity models the institutional advantages by immigrants appear for getting better positions to develop their activities in the host society and overcome the contradiction of identities.

Keywords

Migration, identity, communities, culture.

1. Introducción

La existencia de comunidades de inmigrantes en países de acogida que no comparten la misma base cultural y religiosa suele implicar problemas de integración. Y esos problemas no afectan únicamente a los inmigrantes a la hora de adaptarse e integrarse en el país en el que están desarrollando su vida, sino que también influyen las relaciones con sus vecinos, cómo se construyen esas relaciones. Cuando la religión destaca como diferencia entre ambas sociedades, la de partida y la de acogida, parece que resulta mucho más difícil por lo que tiene de irrenunciable, tanto cultural como psicológicamente, para los individuos en el momento de construir su identidad. Esto es debido esencialmente a los grandes costes de transacción que puede implicar la integración basada en la renuncia a sus tradiciones y costumbres, la separación de la familia y de la comunidad y a muchos más factores, como pueden ser la lengua del país de acogida o la organización de la vida civil. En el caso de los inmigrantes turcos en Alemania contamos con una larga historia de migraciones tradicionalmente dirigidas hacia ese país con el establecimiento de comunidades de acogida que han ido tomando relevancia a lo largo de los años desde la década de 1960. ¿Significa esto que las desconfianzas y prejuicios se han ido moderando y los inmigrantes han tenido finalmente un encaje como ciudadanos alemanes de origen turco? Desafortunadamente, la respuesta no es muy sencilla, o más bien existen distintas respuestas que están relacionadas con (1) la identidad de los individuos; (2) con la forma en la que cada individuo se enfrenta bien al hecho migratorio, en cuanto a proyecto vital, en el caso de ser inmigrante de primera generación, bien a conciliar su origen familiar con su participación en la sociedad de acogida y (3) con las posibilidades reales con las que cuenta el individuo, sus actitudes y capacidades, pero también las oportunidades que le ofrece la sociedad de recepción.

Es cierto que resulta mucho más difícil controlar el efecto de los proyectos migratorios de los individuos que, además, pueden cambiar a lo largo de la estancia en el país de acogida. Un proyecto temporal, destinado a paliar las dificultades económicas individuales o familiares en el país de origen, puede acabar convirtiéndose en una estancia permanente en la que el individuo opta por construir su familia en el país de acogida y olvidar el regreso o apartarlo como opción. Las razones son múltiples y variadas, por tanto resulta muy complicado controlar los factores que influyen en una u otra decisión. Incluso la decisión del retorno puede llegar a convertirse en un mito que arrastra a los individuos y a las familias a evitar o minimizar los efectos de una posible integración. Sin embargo, en tanto que la estancia resulte más larga se hará más necesario contar con recursos que ayuden a soportar la situación. El individuo necesita instrumentos que le ayuden a mantener viva la idea del retorno. ¿Cómo poder seguir sintiendo, en el transcurso de una estancia cada vez más larga, el vínculo con su sociedad de partida? Tampoco esta respuesta parece sencilla, ya que hay implicaciones psicológicas que no pueden medirse y que ilustran las historias individuales de cada inmigrante. No obstante, una de las fuentes más importantes de vinculación con la sociedad de origen es la identidad. Posiblemente no sea siempre el factor más importante que intervenga en el mantenimiento de la vinculación con la sociedad de origen, sin embargo la identidad es algo externo en sus efectos, algo que podemos utilizar como indicador de cómo y cuánto se llega a integrar un individuo en la sociedad de acogida en tanto que miembro de una comunidad de inmigrantes o de nuevos ciudadanos.

El artículo comienza con un repaso de las nociones de identidad y su relación con los inmigrantes en el país de acogida. Se irá desvelando, utilizando modelos teóricos de la identidad y de la ciudadanía, cómo se resuelve la contradicción entre los fundamentos del Estado-nación moderno y las identidades

comunitarias ajenas a la propia del Estado de acogida de inmigrantes que tienen distintas bases culturales. No excluimos a la religión del acervo cultural, lo cual convierte a las diferencias religiosas en una variable dependiente de las identitarias. Asimismo, se adentra en la evolución de los modelos de ciudadanía como cauce de expresión de la identidad de los ciudadanos y la integración de ambas. Finalmente, observaremos cómo los inmigrantes turcos, en el caso de Alemania, integran ciudadanía e identidad, sirviendo este caso como hilo conductor de toda la exposición.

2. Un concepto de identidad

La identidad, sin embargo, es un concepto difícil de manejar. ¿Cómo definimos la identidad? Podríamos elegir una definición operativa de identidad, por ejemplo: “una identidad es el conjunto de significados que define quién soy cuando ocupo un rol determinado en la sociedad, como miembro de un grupo específico, o reclamo unas características particulares como propias y que me identifican como una persona única”¹. Vemos así que la identidad es un conjunto de componentes que afectan al individuo en su lado social y psicológico. Además, todos esos componentes evolucionan dinámicamente en el individuo, que puede verse más proclive a hipertrofiar uno de los componentes frente a los otros porque el encaje en esos otros componentes le impone muchas más dificultades (convirtiéndose el componente hipertrofiado en el centro de justificación de sus comportamientos y actitudes). Puede también que el resto de componentes se apoyen en uno de ellos, es el caso de que por ser y sentirse miembro de la comunidad turca en Berlín el individuo pueda acceder a un trabajo o al ejercicio de una actividad profesional (normalmente dependiente de la propia comunidad de la que se siente parte). Puede que incluso sus características intrínsecas como persona se adapten a las exigencias de la comunidad de inmigrantes, puesto que, en este caso, los costes de transacción para abandonar la comunidad pueden ser percibidos por el individuo como muy elevados e incluso insoportables. Aunque hay que considerar también que ciertas características personales incompatibles con las normas comunitarias pueden acelerar el lanzamiento fuera de la comunidad si es insoportable para el individuo rechazar esas características y/o para la comunidad aceptarlas (ser homosexual en una comunidad religiosa y tradicional) o bien puede ocurrir que el desempeño de ciertas profesiones pueda facilitar e incluso acelerar la independencia del individuo de la comunidad (ser médico en un país en la que existe una estructura sanitaria pública a la que es posible acceder, por ejemplo).

Distinguimos entonces tres componentes fundamentales en la identidad: el rol social (que podemos denominar identidad social), la pertenencia a un grupo o comunidad (identidad comunitaria) y las características personales del individuo (identidad individual). En todos los casos es la estructura social la que determina el valor de los componentes. Existe un diálogo entre todos esos componentes en un contexto determinado que es la sociedad de acogida. Los tres componentes son susceptibles de aumentar individualmente su influencia como para anular o casi anular la acción de los otros dos. Sin embargo, como ya se ha dicho más arriba, existen elementos psicológicos y ambientales no controlables, tanto individuales como colectivos o familiares, que hacen mucho más difícil analizar tanto la identidad social como la individual. Los efectos de estos dos componentes pueden ayudar a la integración del individuo si, y sólo si, su sistema de referencia o categorización reside en la sociedad de acogida. En el caso de hipertrofia de la identidad comunitaria, la valoración de los otros dos componentes parece que se hará de acuerdo a las normas y valores que propugna y defiende la comunidad de

¹ Sigo aquí a Burke y Stets (2009).

adscripción más que de acuerdo a las normas y valores de la sociedad de acogida, que pueden coincidir en el mejor de los casos, pero que normalmente no será así y se producirán conflictos de desarraigo y separación, provocando un proceso de “ghettización”. Asimismo, la identidad comunitaria puede ser muy absorbente y apartar y extrañar al individuo de la sociedad de acogida, convirtiéndola en enemiga de su proyecto de vida. O producir el efecto contrario: que el individuo se aparte de la comunidad para evitar ser identificado como marginal en la sociedad de acogida. En las dos situaciones puede que se llegue a casos extremos en los que la respuesta del individuo, presionado psicológicamente, llegue a ser violenta.

3. Las comunidades de inmigrantes. Identidad comunitaria

De acuerdo a lo dicho hasta ahora, la identidad comunitaria ejerce un papel muy importante en las elecciones individuales. Ese papel lo desarrolla siempre que la comunidad tenga aspiraciones a convertirse en referente del comportamiento y elecciones de los individuos en los distintos aspectos de su vida. Es muy importante tener en cuenta que este proceso no afecta exclusivamente a las comunidades de inmigrantes (en el caso de existir como tales) sino también a cualquier comunidad dentro de la sociedad de acogida que tenga normas y valores distintos a los generales. Por tanto, ese fenómeno de *comunitarización* de la vida individual no afecta únicamente a los inmigrantes. De hecho, dentro de la sociedad de acogida pueden producirse, por parte de grupos determinados, una reacción a los valores de una determinada comunidad inmigrante personalizando al “enemigo”, llegando igualmente a situaciones extremas que favorezcan la aparición de violencia entre grupos (puede ser la consecuencia de alimentar la islamofobia o el antisemitismo², por ejemplo).

No podemos saber cuál es el proceso psicológico por el que los individuos deciden dar más importancia a la identidad comunitaria, pero sí podemos intentar averiguar cómo se configura la comunidad con respecto a la sociedad de acogida y su relación con la sociedad de partida. Nuestro conocimiento, desde este punto de vista, puede avanzar sólo limitadamente en la comprensión de la posición de una cierta comunidad respecto a la sociedad y el Estado de acogida. Nos ocuparemos aquí esencialmente de la identidad comunitaria y de la relación estructural entre conjunto de normas y valores que la caracterizan con las sociedades de acogida y de partida en el caso de los inmigrantes turcos en Alemania, tomando las notas que pueden ser generalizables a otros entornos. Esto es, una primera aproximación al papel de la identidad comunitaria, sin entrar en este documento al ideario del entramado de redes existentes. Me ocuparé de los rasgos estructurales generales.

Definiré así la identidad comunitaria, con fines operativos, como el conjunto de significados que define quién soy como miembro de un grupo específico dentro de una sociedad determinada. Como hemos visto al desarrollar la definición operativa de identidad, la identidad comunitaria no es una variable independiente, sino que actúa en estrecha relación con los otros dos componentes de la identidad. De esta forma, el análisis exhaustivo de la identidad comunitaria se hace imposible sin considerar las relaciones con las otras dos. En cualquier caso, la pretensión es llegar a entender cuál es la configuración de la identidad comunitaria de un grupo que cuenta con una sociedad de referencia (a la cual pretenden seguir ligados). Se trata, por tanto, de un caso específico de todos los posibles.

Partamos de las respuestas de una joven inmigrante turca, profesional, casada con un alemán, sin hijos, que vive en un pueblo mediano cerca de una

² Un buen estudio de las raíces y consecuencias de ambas se puede encontrar en Bravo López (2012).

ciudad grande. La informante tiene un trabajo con contrato fijo en la enseñanza, esto es, tiene contacto con la sociedad de acogida. Su proyecto migratorio no está determinado, aunque parece que no se contempla el retorno como idea o motivación principal para la movilidad. El desplazamiento desde Turquía a Alemania se produce por el deseo de ampliar su formación. El trabajo que desarrolla es consecuencia directa de sus estudios. Su familia, padres y hermanos, viven en Turquía y no tienen perspectiva de moverse. No existe un proyecto migratorio familiar. La actitud de la informante es esencialmente cosmopolita y no ha tenido dificultades en integrarse a la vida ordinaria alemana. Conserva ciertos rasgos culturales de forma parcial, como puede ser la comida o estar al tanto de los productos culturales turcos contemporáneos (cine, literatura, música,...). Su forma de vida no ha cambiado sustancialmente. No percibe su vida en Alemania como diametralmente distinta a su vida en Turquía. Su lugar habitual de residencia en Turquía era Estambul, aunque sus padres viven en un pueblo mediano. El lugar en el que vive ahora es un apartamento en el pueblo cuyos vecinos son una mezcla de alemanes e inmigrantes, sólo una pareja turca y también libaneses. Su autopercepción respecto a la sociedad de acogida es de integración. No participa en ninguna asociación. Con respecto a sus co-nacionales en Alemania no siente más cercanía que la que podía tener en Turquía. De hecho, ante la pregunta de cómo ve la comunidad de turcos inmigrantes en Alemania, se refiere a ellos en tercera persona. Sí se siente turca pero no parte de esa comunidad que percibe como extraña. Le parece que en ciertos lugares viven apartados de la sociedad alemana y que, especialmente las mujeres, no hacen el esfuerzo de conocer y hablar alemán, lo cual les separa aún más, si cabe, del entorno. Y lo que es más importante, también percibe que la "forma de ser turcos" es diferente de la convivencia, costumbres en Turquía. Los califica de anticuados en sus costumbres y esencialmente rurales³.

122

Como punto de partida es, al menos, interesante, ya que pone de manifiesto distintos rasgos de la identidad comunitaria. La primera pregunta que surge es ¿por qué percibe como diferentes a los que intentan reconstruir la sociedad de partida en otro entorno cuando ella proviene de esa misma sociedad de partida? Resulta complicado saber cuáles son las razones primarias, pero lleva a preguntarse si la identidad comunitaria es una reconstrucción o es una reinención (lo cual no es el asunto de este documento pero provoca muchas preguntas sobre la instrumentalización de la identidad). Ciertamente es que la perspectiva temporal también tiene que representar un papel importante. Muchos de los primeros inmigrantes que llegan como trabajadores invitados a Alemania lo hacen desde un entorno rural empobrecido, con poco nivel de formación y por un tiempo determinado (el que marque el contrato) lo cual les empuja a evitar perder el tiempo aprendiendo el idioma, más allá de lo imprescindible y necesario, o relacionándose con su entorno. También es cierto que la figura de trabajador invitado desde la década de 1960 impidió la integración, la evitaba, dificultando el acceso a la residencia permanente e incluso a la ciudadanía. Ese déficit se percibe muy claramente en la situación de residentes de origen turco de hasta cuarta generación que no pueden acceder a la ciudadanía alemana (a pesar de que este aspecto ha mejorado) y que su única referencia de Turquía es la que tienen a través de su familia. Es más, la Turquía que se encuentran al llegar de visita es bastante diferente a la imagen que guarda la familia en la memoria (posiblemente idealizada) lo cual produce un choque importante en su percepción, al sentirse desubicados. Mucho más si su conocimiento de la lengua turca es limitado porque ya sus padres (de tercera generación) han recibido toda su educación formal en alemán y sus abuelos nacieron también en Alemania (películas como *Contra la pared*, de Fatih Akın describen perfectamente el desarraigo).

³ Entrevista no estructurada, realizada en Madrid el 24 de julio de 2011.

Inmediatamente surge una segunda pregunta. Tanto si es una identidad reinventada como si es una identidad reconstruida ¿cómo y quién fija las normas y valores respetables? ¿Son comunidades autónomas que crean su propio discurso o están conectadas? ¿Mantienen vínculos explícitos con Turquía? Pero en cualquiera de los casos, lo que sí parece claro es que pueden mantener cierta autonomía respecto a la sociedad de acogida debido a un rasgo diferencial esencial (en el sentido de ser un rasgo fácilmente identificable con una esencia que se trasmite a la forma de entender normas y valores). Ese rasgo es la religión. Los turcos en su inmensa mayoría se identifican como musulmanes (de una forma difusa, puesto que existen distintas prácticas) frente a la sociedad cristiana alemana (principalmente católica en el sur, protestante en el norte). Este aspecto es realmente problemático y confunde el análisis. Si atendemos a esta diferencia, nuestras preguntas quedarían respondidas por: las normas y valores respetables los fija la tradición religiosa, diferente de la local; las comunidades se organizarían alrededor de mezquitas más o menos autónomas (como podrían serlo en otro país de mayoría musulmana); e inevitablemente mantendrían vínculos explícitos con Turquía a través de teólogos o líderes religiosos. Pero la explicación no es únicamente la religión. Aunque la religión es una forma de identidad comunitaria. Así, las respuestas a nuestras preguntas tendrían que tener en cuenta a la religión como una fuente de identidad comunitaria, pero hay otros rasgos propios de las comunidades de inmigrantes turcos en Alemania menos universales que les hacen ser distintos de otros inmigrantes cuya identidad religiosa es también el Islam. En primer lugar ser turcos, hablar lengua turca, prácticas religiosas heterodoxas compartidas con otros musulmanes procedentes de otros países (*tarikats*, cofradías o hermandades religiosas) o no (*alevismo*). Pero también proceder de un país cercano a Europa, no sólo en lo geográfico, lo cual es evidente, sino también en formas de vida (lo que hace posible que nuestra informante no se sienta extraña en el entorno institucional y social de Alemania).

Muchas veces, el debate interno de Alemania sobre el Islam afecta a las posibles reacciones de los musulmanes que viven en Alemania, pero especialmente a los turcos. En los debates de los medios de información se confunde constantemente “turco” con “musulmán” lo cual también desorienta las percepciones de los residentes de origen turco. Incluso, una visión negativa, tal y como, debido a la situación de crisis económica, ha ido aumentando, puede producir una reacción de aislamiento por parte de los inmigrantes y comenzar a reforzar sus vínculos con la sociedad de origen, con el país de origen, puesto que esos vínculos se pueden materializar institucionalmente a través de asociaciones con redes transnacionales. Koopmans y Statham (2001) sostienen que “los regímenes de integración nacionales tienen un fuerte impacto en las actividades políticas desarrolladas por los inmigrantes”. De hecho, en su estudio comparativo de Alemania, Holanda y el Reino Unido, Amelina y Faist (2008), destacan “[que] en el caso alemán tanto la ley de ciudadanía como el régimen de integración, que define a los inmigrantes como un *sujeto extranjero* respecto al Estado-nación, son las razones fundamentales por las que existe un nivel comparativamente alto de actividades transnacionales de los inmigrantes. La formación de las llamadas *sociedades paralelas*, esto es comunidades de inmigrantes que siguen vinculadas con su país, es, desde este punto de vista, un asunto interno del país de recepción. Por lo contrario, se puede suponer que las reclamaciones transnacionales son una pista del fallo de la integración causado, en este caso, por las oportunidades del Estado-nación. De forma análoga, esta línea de argumentación manifiesta una relación de *acción-reacción* entre las oportunidades institucionales del Estado y las actividades de las organizaciones y los colectivos de inmigrantes”. De esta forma, se puede entender que la estructura institucional alemana no facilita, como ya se había indicado más arriba, la integración de los inmigrantes. La situación les proporciona cierto ámbito



de autonomía si llegan a institucionalizarse. El efecto es doble para los inmigrantes, por una parte se ayudan con el establecimiento de esas redes transnacionales de acuerdo a los objetivos que se planteen (económicos, políticos y/o religiosos fundamentalmente) y por otra, tal y como aprecian Amelina y Faist, les ofrece un cauce y una posición para dialogar con el Estado y poder conseguir derechos políticos e igualdad, al tiempo que pueden reclamar el respeto de las diferencias que tienen como minoría. Conlleva, de alguna forma, buscar apoyos externos como minoría para utilizar los procedimientos políticos en democracia para conseguir decisiones políticas que favorezcan sus demandas. En otros términos, intentan cambiar la estructura de oportunidades para romper la inercia institucional y conseguir entrar en el sistema.

4. La cultura y la identidad como arma del poder

La homogeneización como discurso del Estado-nación

En el proceso de creación de los Estados-nación parece, a primera vista, que existe una tendencia a la homogeneidad, pero esto es engañoso, puesto que se oculta un hecho contradictorio en la profusión de medidas homogeneizadoras. Siguiendo a Wallerstein (2007), en la historia existe una tendencia hacia la diferenciación cultural, la elaboración o la complejidad cultural, pero “parecen existir fuerzas gravitacionales que contienen las tendencias centrífugas y las organizan. En nuestro orden mundial moderno, la fuerza gravitacional más poderosa de todas ellas ha sido [el Estado-nación]”. En este proceso, un hito fundamental para la consolidación en Europa de los Estados-naciones fueron los tratados de la Paz de Wesfalia en 1648. En ellos se expulsaba a la religión de las relaciones entre naciones [explícitamente, aunque implícitamente la religión y la diferencia cultural siguió presente, según reconoce Scott Thomas (2000)] buscando un criterio formal de reconocimiento mutuo entre los nacientes Estados: la soberanía. A partir de ese momento la exclusividad del poder sobre un territorio y su población fijaría las relaciones jurídicas de los individuos con el Estado. Además, la exclusividad de la soberanía implicaba que los individuos sólo podrían construir esa relación jurídica con un Estado. Por otra parte, en el ámbito de responsabilidad del Estado quedaba la regulación de las relaciones entre los individuos, lo cual implicó la imposición de ciertas reglas entre las que también estaban las culturales: la más clara, la imposición de una lengua común allí donde fue posible políticamente, bien por acuerdo, bien por imposición. Desde ese momento se comenzó a construir una relación contradictoria entre la relación jurídica, la ciudadanía y la realidad cultural personal, la identidad. Por supuesto, los Estados trataron de imponer una identidad colectiva homogénea, pero los eventos reales superaron a la creación jurídico-política. No sólo existe una contradicción en la propia creación de los Estados-nación, sino que la extensión del poder de los mismos ha llevado a que esa contradicción se manifieste institucionalmente de diversas formas. Tanto en lo que afecta al orden internacional como al interno, la creación de relaciones jurídicas privilegiadas ha roto el principio de igualdad de los sistemas políticos democráticos con los que Occidente ha querido desarrollar los vínculos entre los ciudadanos y residentes con el Estado, especialmente desde la consolidación del sistema mundial de Estados-nación en 1945. La inmigración turca en Alemania no es una excepción, sino que más bien se convierte en un paradigma de la contradicción primordial del Estado-nación. Aunque es cierto que la propia construcción del Estado alemán alimentó la contradicción primigenia utilizando el nacionalismo cultural como fuente bicéfala de la ciudadanía y de la identidad.

El ius sanguinis como fuente de identidad cultural en Alemania

La contradicción entre ciudadanía e identidad se manifiesta en la existencia de situaciones administrativas extravagantes como son el caso de los apátridas y la doble nacionalidad (o ciudadanía), esto es, no estar bajo la protección de Estado alguno o tener vínculos jurídicos con dos (más raramente con más de dos). Por supuesto, los Estados se han tratado de defender de estas situaciones, creando restricciones para sus nacionales e intentando que no pudieran tener más de una nacionalidad. Es el caso de Alemania, que es el que nos ocupa principalmente, al menos hasta la década de 1990, sólo en casos excepcionales se permite para naturalizados (esto es, ciudadanos que adquieren la nacionalidad alemana habiendo tenido otra distinta anteriormente). Así que la forma de adquisición de la nacionalidad impone diferencias. Casi todos los Estados, y Alemania no es una excepción, intentan retener a sus poblaciones restringiendo la renuncia a su ciudadanía. La forma de adquisición más frecuente es la genética, esto es, se es alemán si se ha nacido de alemanes (*ius sanguinis*). También se puede considerar como criterio de adquisición el geográfico, esto es, haber nacido en el territorio del Estado que otorga la nacionalidad (*ius soli*). Sin embargo, este último criterio suele tener restricciones en muchos países, en el caso alemán es necesario que uno de los padres haya vivido de forma continuada durante los últimos ocho años antes del nacimiento de su hijo o hija, o bien haber tenido residencia legal los últimos tres años (hay un criterio extra para la segunda generación, que es haber sido educado en Alemania durante ocho años). La otra forma de adquisición de la ciudadanía (o nacionalidad) es la naturalización, mediante la cual se adquiere el estatus de ciudadano del Estado cumpliendo los requisitos que la ley imponga. En el caso de Alemania, aunque existen algunas diferencias entre los Estados federados, los criterios principales son haber tenido ocho años de residencia legal continuada, no ser dependientes del sistema de protección social (salvo que esté fuera de su voluntad) y demostrar (mediante un examen) un conocimiento suficiente de la lengua alemana. Vemos, por tanto, criterios de homogeneización como presunciones de integración en la sociedad acogida. Además, la dificultad de mantener una segunda nacionalidad (salvo casos excepcionales) indica claramente la falta de voluntad para permitir que un individuo pueda mantener vínculos con otro Estado. Sin embargo, hay que poner de relieve que el criterio del *ius sanguinis* en Alemania es especialmente importante, puesto que se reconoce el derecho a ejercer las acciones de reclamación de la ciudadanía plena a todo aquel individuo que demuestre ser descendiente de alemanes, no importando el número de generaciones que hayan pasado desde su desvinculación territorial. Este derecho es hijo directo de la concepción de la nación alemana como una nación étnica y cultural por encima de las opciones individuales, esto es, se considera alemán a todo aquel que tiene un vínculo genético con la comunidad alemana. Este criterio, como ya se ha indicado, trae causa del nacionalismo cultural que inspiró a la construcción del Estado-nación en el caso alemán.

De acuerdo a los criterios de naturalización que hemos examinado se pone de manifiesto algo más con respecto a los vínculos privilegiados de los ciudadanos con su Estado en la época actual, la existencia de instituciones de protección social dentro del Estado del bienestar que, especialmente, los países europeos han desarrollado desde la posguerra de la Segunda Guerra Mundial. Como se verá posteriormente en el modelo propuesto por Jørgensen, el Estado del bienestar juega un importante papel en la asignación de recursos entre la población, lo cual no afecta exclusivamente a los nacionales sino a todos los residentes que forman parte de la estructura de la sociedad, en especial los inmigrantes que forman parte del tejido productivo.

5. El problema de la asimilación y de la integración

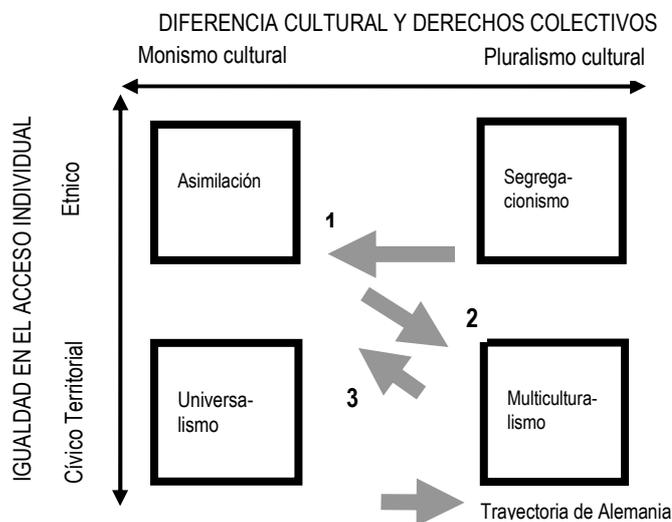
Los inmigrantes y el modelo de ciudadanía

Para Wallerstein existe aún otro problema que se relaciona directamente con nuestro estudio. Es el relativo a los movimientos de población entre Estados, las migraciones. Distingue entre dos tipos de inmigrantes, aquéllos que tienen una alta formación y que no suelen tener un proyecto migratorio a largo plazo en la sociedad de acogida y aquéllos que ocupan el nivel más bajo de la escala profesional y que llegan con un proyecto migratorio no definido, pero con bastantes posibilidades de convertirse en permanente. Los primeros no tienen dificultad alguna en participar limitadamente y no suelen estar preocupados por su diferencia cultural. Tienden a relacionarse entre iguales y suelen sentirse parte de una sociedad con cultura más o menos cosmopolita. Son los segundos los que tienen dificultades culturales en la sociedad de acogida y que, según Wallerstein: “cuando quieren integrarse en la cultura del país de llegada, con frecuencia sufren rechazo, y cuando rehúsan la asimilación, se les pide que se integren. Se convierten, por lo general de manera oficial, en una «minoría»”. En el caso de la cultura cosmopolita, Montserrat Guibernau (2008) afirma que “la sospecha sobre el cosmopolitismo no queda sólo confinada al mundo en desarrollo sino más bien lo contrario, muchos miembros de la clase trabajadora y la clase media baja en Occidente lo consideran un artículo de lujo disponible para una élite que puede defenderlo y disfrutarlo mientras que la gran mayoría continúa ignorante o indiferente”. Por lo tanto, esos inmigrantes profesionales son vistos con la misma reticencia por el común de la sociedad de acogida como lo son sus propias élites. Queda así fuera de discusión en cuanto a la posibilidad de crear una identidad colectiva diferenciada de la identidad nacional. El caso que nos ocupa es precisamente el de los trabajadores inmigrantes no profesionales, los cuales forman, junto a los refugiados, el mayor grupo de población de origen turco en Alemania. Son éstos los que tienen dificultades de integración o que son obligados a la asimilación.

El modelo alemán ¿asimilación o multiculturalismo?

Pero ¿cuál es el modelo alemán de ciudadanía? Sigamos la propuesta de Koopmans para clasificar los distintos modelos:

Figura 1
Espacio bidimensional para situar las concepciones de ciudadanía



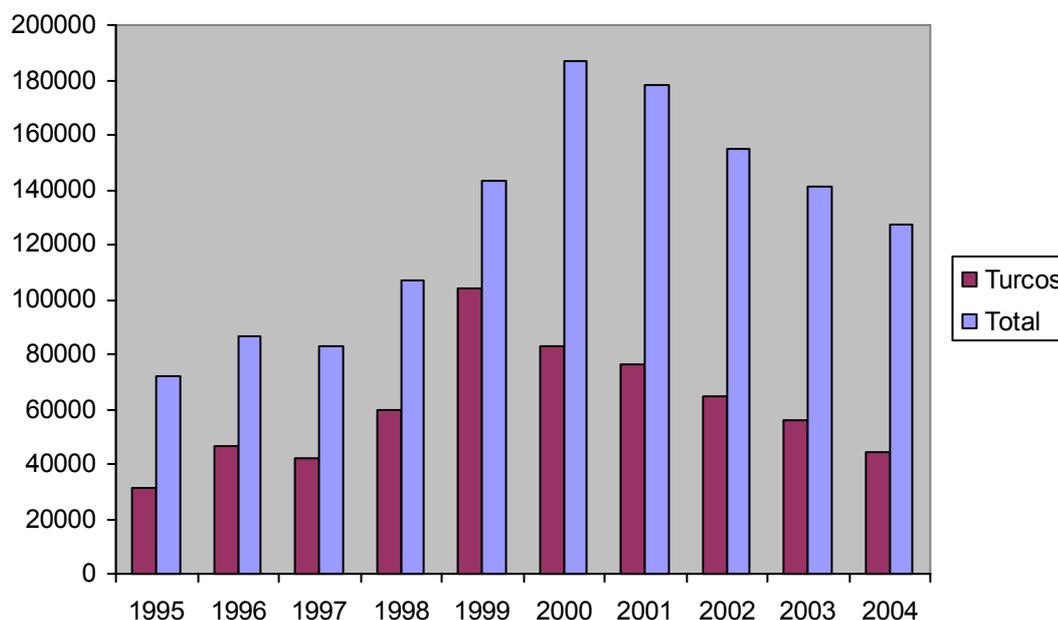
Fuente: Koopmans *et al.* (2005:10). Trayectoria de Alemania. Elaboración propia.

Koopmans (2005) se fija en dos dimensiones fundamentales que caracterizan los modelos ideales propuestos. La primera dimensión es la que se refiere al hecho cultural y al reconocimiento de la sociedad de acogida con respecto a la diferencia cultural aceptable y los derechos colectivos de las minorías, esto es, si la sociedad de acogida reconoce o no más de una cultura posible dentro de su sociedad que pueda desarrollar en el ámbito público sus peculiaridades o rasgos distintivos. La segunda dimensión es la que se refiere al acceso del individuo a la ciudadanía, distinguiendo dos modelos fundamentales: el cívico o territorial y el étnico o cultural. Cruzando ambas dimensiones resultan cuatro modelos ideales, los cuales son bastante difíciles de encontrar en estado puro: la asimilación, el segregacionismo, el universalismo y el multiculturalismo, tal y como se puede ver en el diagrama arriba.

En el caso de Alemania, desde 1945 ha habido un desplazamiento del modelo desde posiciones cercanas al segregacionismo, con la figura de los trabajadores invitados y la exclusión de los beneficios de la ciudadanía de todos los considerados extranjeros a un cierto asimilacionismo (1). Desde la década de 1990 y tras ciertas reformas del régimen de extranjería, con el reconocimiento de las diferencias y la posibilidad de que los inmigrantes desarrollaran una cierta actividad dentro de la sociedad civil, existió una tendencia hacia el modelo multicultural (2) que ahora parece estar en retroceso y volver hacia la asimilación (3). Estos movimientos tienden a mantener las inercias nacidas con la construcción del Estado-nación alemán, una vez superado el periodo de temporalidad de la inmigración por la realidad de las generaciones nuevas de hijos de inmigrantes que se sienten más alemanes que, por ejemplo, turcos. Esa inercia es la que considera que un ciudadano alemán debe ser, esencialmente, alemán o parecerse bastante. No es posible para Alemania adaptar un modelo universalista, puesto que va en contra de los fundamentos culturales de su tradición política. Para Habermas (2008), esto está incluso en la misma constitución de la comunidad política, viendo como enemigos del Estado a todos los que discutan la unidad cultural, definida en cada momento tal y como sugiera el contexto político y social. Por ejemplo, la religión, se considera una práctica individual que no puede ser considerada como diferente por el Estado, ya que atañe únicamente a la personalidad del individuo, tanto la creencia como su práctica. Existe una fuerza centrípeta que mantiene el modelo de ciudadanía cerca del asimilacionismo como forma de protección de la cohesión social.

Podemos ver esta tendencia también en el número de naturalizaciones de turcos frente al total de naturalizaciones en el periodo 1995-2004 con datos del Ministerio del Interior alemán:

Figura 2
Naturalizaciones de turcos frente al total (período 1995- 2004)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior de Alemania

Puede observarse una tendencia a la baja a partir de 2001. No es independiente de los sucesos en la arena internacional, aunque afecta de forma generalizada a todas las naturalizaciones, no sólo a los turcos.

128

6. Ciudadanía posnacional

¿Inmigrantes ciudadanos?

En la discusión sobre el Estado-nación, la inmigración ha proporcionado un nuevo giro en cuanto al acceso de los inmigrantes no nacionales a recursos del Estado sin tener acceso a la arena política más que a través de la sociedad civil, intentando influir en el curso político pero sin voz efectiva ni voto. Y esto se hace más evidente cuando la masa crítica de inmigrantes procedentes de un mismo lugar crece y se hace significativa entre el total de la población. Es un momento en el que es posible, a través de los cauces institucionales que estén disponibles, hacer llegar sus demandas a la arena política. Estamos hablando de la estructura de oportunidades políticas que brinde la sociedad a sus miembros para formar parte de los circuitos de decisión que podrán cambiar las instituciones o bien ampliarlas para el disfrute de más grupos de población, aparte de los nacionales.

En este sentido, la definición de Soysal (1994) de una membresía o ciudadanía posnacional es dependiente directamente de la noción de Derechos Humanos como derechos universales de las personas independientemente de su origen nacional. Desvincula, por tanto, la nacionalidad de la consideración de la persona como sujeto de derechos en un Estado-nación. Identifica la intensificación de este proceso de cambio desde una ciudadanía nacional y exclusiva a una ciudadanía posnacional e inclusiva a partir de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial y lo estudia específicamente alrededor del concepto de trabajador invitado, utilizado para aportar fuerza de trabajo a la reconstrucción posbélica en los Estados europeos. Siguiendo a Soysal, existe una tendencia institucional que incluye a los no nacionales en los procesos del Estado-nación como consecuencia de la

interpretación de los Derechos Humanos ligados a la existencia de una personalidad jurídica universal cada vez más aceptada como patrón para la construcción de relaciones entre el Estado y la población que depende territorialmente de sus decisiones. Esto es, plantea un panorama compulsivamente inclusivo para los Estados que aceptan el Derecho Internacional como forma de estar y ser en el mundo. Obviamente, de forma implícita, se relaciona con el proceso de democratización que el mundo ha experimentado desde 1945, proceso impulsado desde Occidente y que Occidente no puede rechazar salvo a costa de su propia consistencia ontológica.

Con el desarrollo expansivo de este concepto de ciudadanía posnacional no se hace más que poner de manifiesto la contradicción en el Estado-nación entre la ciudadanía y la identidad. En la trama principal de esta historia se encuentra la situación de los trabajadores invitados. La previsión de aquéllos Estados que utilizaron la figura como una forma de superar la falta de mano de obra tras la guerra era de provisionalidad. Sin embargo, la realidad superó las previsiones de temporalidad y los proyectos migratorios mutaron para convertirse en estables, sin intención de regresar a los países de origen. Las poblaciones de inmigrantes temporales se convirtieron en residentes estables con familias e hijos nacidos en el país de acogida que pronto plantearían nuevos problemas a la relación entre identidad y ciudadanía. En el caso de Alemania, nos encontraremos con poblaciones estables consideradas jurídicamente extranjeras. Razonablemente, estas poblaciones participaron y participan en la vida económica y social a través de múltiples organizaciones, tanto nacionales, esto es, del país de acogida (en sindicatos, por ejemplo), como en asociaciones civiles que agrupan personas que tienen intereses comunes. Esto resulta muy interesante, ya que la representación de intereses de estas poblaciones no puede alcanzar legalmente el nivel político, pero sí tienen una expresión social que puede ser compartida con los nacionales o ser propia y marcar la diferencia con la sociedad de acogida. Como apunta Soysal (1994), “los trabajadores invitados son, por tanto, anomalías empíricas respecto a las narrativas predominantes de la ciudadanía”.

La contradicción entre el Estado-nación moderno y la ciudadanía posnacional

Lo que proporciona la percepción de pertenencia a una sociedad determinada es la capacidad de beneficiarse de cauces institucionales para la participación en la vida pública de esa sociedad. Cuando nos enfrentamos al dilema de la identidad como forma de construir la pertenencia a un Estado-nación estamos hablando de una noción exclusiva de ciudadanía. Esta noción no es gratuita y nos acerca a otra contradicción, la que afecta a las relaciones entre Estados, que no es más que la que existe entre el principio de soberanía estatal, territorial y demográficamente definido, y la concepción universal de los Derechos Humanos, contradicción que en la década de 1990 provocó la construcción del derecho a la injerencia humanitaria dentro del marco institucional de Naciones Unidas⁴. Este derecho, cuyo sujeto son los Estados y cuyo objeto son las poblaciones que sufren violaciones de los Derechos Humanos por sus Estados o contendientes en un conflicto armado en el caso de Estados fallidos (realmente no-Estados), no es aceptado universalmente. La razón principal es que se trata de una erosión a la soberanía de los Estados y está en la base de la relación de las personas con los Estados. Precisamente porque es lo que define la posibilidad de participación política de los que el Estado-nación considera como ciudadanos. Como contrapartida, los Estados consideran dentro de su responsabilidad el control de las fronteras y el acceso a su territorio. De esta forma, para poder disfrutar de manera

⁴ Bettati (1996).

completa de los derechos individuales en un Estado es preciso formar parte de su comunidad política, ser ciudadano de pleno derecho, algo que está vedado a los extranjeros residentes en ese Estado. Dentro de esa realidad se encuentra la identidad como una fuente histórica de la construcción del Estado-nación en Europa. Pero esa identidad, como es conocido, puede haberse fundado en consideraciones políticas o culturales. Las consideraciones políticas se articulan a través del discurso universalista de la Revolución Francesa, esto es, una identidad incluyente, que considera al individuo como parte de la comunidad política. Sin embargo, si es la cultura o la etnia asociada a la cultura la base de la construcción de la pertenencia al Estado-nación, entonces nos encontraremos con una identidad excluyente, que deja fuera a todos los que no pertenecen a la etnia determinada como propia y el individuo forma parte de la comunidad política a causa de una parte distinguida de su identidad. Aun así, el resultado de ambas tendencias ha sido la ciudadanía excluyente. Consecuentemente, la principal contradicción, como hemos visto está en los conceptos de soberanía y de universalidad.

La influencia comunitaria en la construcción del concepto de ciudadano

Siguiendo a Koopmans y Statham (2000), la ciudadanía puede entenderse desde el punto de vista de la inmigración y de las relaciones culturales y étnicas como un concepto bidimensional en el que una de las dimensiones, la individual o cívica, corresponde a los criterios legales formales por los que un individuo accede a la ciudadanía y la segunda dimensión, la cultural o étnica, corresponde a los derechos que disfrutan los grupos culturales, el grado de apertura cultural y la tolerancia y aceptación de la diferencia así como los criterios culturales explícitos e implícitos para la inclusión institucionalizados como demandas para la integración. Ambas dimensiones definen el espacio en el que se mueven las comunidades de inmigrantes para poder hacer efectivas sus demandas en la sociedad de acogida. De esta forma, el espacio queda definido tanto por la estructura de oportunidades políticas como discursivas, en el sentido de que los inmigrantes podrán tener acceso institucional a aquello que la sociedad de acogida permita, pero podrá cambiar de acuerdo a las oportunidades de transformación que puedan proporcionar los discursos (en sentido amplio tanto el discurso público como la agenda política) que se muevan dentro de la sociedad en su conjunto. De esta forma, los intereses de las comunidades de inmigrantes tendrán la posibilidad de hacer que cambie el espacio en el que pueden moverse dentro de la sociedad, y lo que aún es más importante, su acceso a la arena política. Esto es, la estructura política tendrá cierta flexibilidad para la negociación del espacio de acción.

130

Para Guigni y Passy (2004) las instituciones políticas importan de una forma definitiva pero las posiciones culturales y el contexto discursivo determinan de forma opuesta el grado en el que las instituciones políticas proveerán de oportunidades reales para la movilización. Esto implica que no está necesariamente en la voluntad de las comunidades el poder hacer presentes sus intereses en la arena política sino que el sistema político es el que tiene que dotar de agencia a las comunidades para poder acceder y expresar sus demandas. Esto dificulta el proceso, pero una vez que existe una apertura del sistema a las demandas de la sociedad civil y las comunidades son capaces de reunir la fuerza necesaria para formar parte de la misma, el sistema inicia un ciclo que puede impulsar los intereses no contradictorios con la comunidad política que forma la sociedad de acogida e institucionalizar las prácticas de las comunidades. Sin embargo, como hemos visto, son dos dimensiones las que entran en juego a la hora de proporcionar una protección institucional para los individuos no nacionales. La dimensión individual puede ser superada si el individuo cumple los requisitos que el Estado impone para ser

ciudadano, pero según el modelo de integración la movilidad estará más o menos limitada.

En el caso que nos ocupa, Alemania, como ya se ha indicado, tiende a un modelo de asimilación que no puede aceptar el reconocimiento de derechos colectivos. No obstante, hay un elemento discursivo que puede ayudar a que la dimensión cultural o étnica juegue un papel diferente. Esto es, en vez de encontrarnos con una cultural asimiladora y excluyente, el discurso imperante en la sociedad de acogida puede ser coyunturalmente abierto e iniciar un camino de inclusión de las diferencias. Esto ocurrió durante la primera mitad de la década de 1990 en Alemania, acercando el modelo al multiculturalismo. Sin embargo, un cambio del contexto discursivo puede arruinar rápidamente las aspiraciones de las comunidades de inmigrantes. Y esto ocurrió con la situación provocada por los ataques del 11 de septiembre de 2001. La situación de crisis económica no ha hecho más que profundizar en esa contradicción entre ciudadanía e identidad y ha dado un giro para alejar el modelo del camino hacia la multiculturalidad. La propia canciller Merkel ha llegado a calificar de fracaso el modelo multicultural, lo que ha potenciado la tendencia centripeta del asimilacionismo en Alemania.

7. Modelo para la construcción de la identidad colectiva y el proceso de organización de los grupos migrantes

La superación de la contradicción ciudadanía-identidad: la construcción de la sociedad civil

En su tesis doctoral Jørgensen (2009) plantea un marco teórico coherente con lo que hasta ahora hemos considerado como una contradicción entre la identidad y la ciudadanía y entre la soberanía y la universalidad. Enmarcado dentro del constructivismo estructuralista, Jørgensen intenta proyectar las dificultades del modelo sobre las posibilidades del sistema. Incluye en su análisis tanto las estructuras de oportunidades políticas como las discursivas, entendiendo que el modelo teórico sólo queda completo con la consideración de las posibilidades del Estado del bienestar (enmarcado en el modelo de economía de mercado) y de la influencia transnacional que afecta tanto al sistema político interno como a los discursos nacionales e internacionales así como a las propias comunidades de inmigrantes que mantienen vínculos transnacionales. Su estudio es comparativo y analiza la situación en Alemania, Dinamarca y Suecia de las comunidades de inmigrantes turcos. El centro de su modelo es precisamente la identidad en transformación de los inmigrantes turcos en estos países y su adaptación a los modelos institucionales para poder articular sus demandas e intereses. Encuentra, por tanto, una correlación entre las oportunidades que brindan el sistema político y el discurso dominante y las posibilidades de transformación de la identidad de los inmigrantes turcos en dos sentidos. El primero se refiere a su identidad como individuos respecto a la sociedad de acogida, el segundo a su identidad como parte de la sociedad civil actuando a través de las diferentes asociaciones que constituyen. Estas asociaciones abarcan diferentes intereses agrupados en intereses propios de las comunidades de inmigrantes en la sociedad de acogida, intereses relacionados con su sociedad de origen e intereses transnacionales. El resultado del modelo que propone se puede resumir en el diagrama que construye y que puede verse a continuación:

turcos-alemanes, fijándose en las debilidades del sistema para integrarlos y haciéndoles partícipes de su indiscutible identidad como turcos, pero no excluyendo su identidad como alemanes. Estas palabras actuaron como catalizador de un discurso que acepta la doble nacionalidad, la doble identidad de los turcos en Alemania, resultado del fracaso en la política de asimilación y del intento de instaurar un modelo multicultural. Al mismo tiempo puso de manifiesto la vocación europeísta de Turquía y la oposición de Alemania a aceptarla en el club europeo. Apeló a la integración de los turcos en Alemania como ciudadanos de pleno derecho, pero sin olvidar su cultura, esto es, evitando la asimilación. Obviamente, tal y como hemos visto, esto es una provocación desde el punto de vista de la inercia asimilacionista alemana. Sin embargo pone de manifiesto la construcción de una identidad propia de los turcos-alemanes dentro de una sociedad multicultural deseada, pero no real. Es la prueba de que no puede independizarse del análisis de la situación de las comunidades de inmigrantes en Alemania la influencia de los discursos transnacionales. Por supuesto, no sólo los discursos de alto nivel son los que influyen en el proceso de integración en el sistema político de los inmigrantes, pero es una gran apuesta por parte de la sociedad de origen por ello. Faist (2000) percibe ese nivel transnacional como una relación pentagonal entre el gobierno del país de acogida, las organizaciones de la sociedad civil en el país de acogida, los mandatarios del país de origen (visto en ocasiones como una patria externa), los grupos de la sociedad civil del país de origen y los grupos transnacionales de migrantes y/o refugiados, o las minorías étnicas, religiosas y nacionales. Todo ello lleva a un complejo equilibrio entre todas las partes, pero también que cualquiera de las partes puede impulsar un proceso de transformación que afecte a la identidad de los inmigrantes en el país de acogida.

Asimismo, el modelo incorpora también al Estado del bienestar como una pieza importante en el proceso de ciudadanía de los inmigrantes. En este sentido, el concepto de ciudadanía posnacional ya expuesto responde a los resultados del proceso de implantación de servicios sociales que no sólo afectan a los nacionales, sino que necesariamente llegan a toda la población a través de su actividad laboral, de la educación de sus hijos, del sistema sanitario y de los programas de integración. Como expone Jørgensen: “por lo tanto, reivindicaré que los planes del Estado del bienestar deberían incluirse en el modelo. Tales planes influirán sobre las expectativas de integración tanto como los resultados reales, puesto que encarnan las ideas y prácticas de pertenencia, identidad, exclusión, inclusión, membresía, derechos de acceso e identidad y –cerrando el círculo– afectarán a la comprensión de la ciudadanía”. Considera, de hecho, que esa ciudadanía posnacional es el origen de la ciudadanía nacional, que los inmigrantes adaptan su identidad de acuerdo a las posibilidades que el sistema les brinda y, por tanto, que el Estado del bienestar es capaz de iniciar el camino de la integración o de la asimilación de los individuos y cohesionar las comunidades de inmigrantes alrededor de intereses propios dentro de la sociedad de acogida. De esta forma, la percepción de la comunidad de inmigrantes sobre el sistema estará directamente relacionada con la inclusión que experimenten a través de los planes del Estado del bienestar. Es, por consiguiente, un elemento clave para la transformación de la identidad.

El modelo en su conjunto, intenta explicar cómo las identidades de los individuos y de los grupos se transforman en un continuo diálogo entre todas las partes implicadas, con el contexto que proporcionan los discursos dominantes en cada momento y que pueden cambiar rápidamente. Sin embargo, la tendencia se acerca a no excluir del modelo a ninguna de las partes. Sin embargo es un modelo que está en continua tensión, la cual es provocada tanto por la inercia institucional del sistema como por la autoexclusión de los individuos que no encuentren cauces para que sus demandas e intereses sean tenidos en cuenta. Todo ello dirige el

camino que la identidad llevará, tanto a nivel individual como a nivel comunitario. Como escenario siempre está la contradicción del Estado-nación entre la soberanía y el universalismo.

8. La situación de los inmigrantes turcos en Alemania. Conclusiones tentativas

El contexto de desconfianza, sin embargo, es el que prima en las relaciones entre las comunidades de inmigrantes y la sociedad, incluso últimamente con el Estado. La canciller Angela Merkel ha llegado a afirmar que el multiculturalismo en Alemania ha fallado completamente cambiando radicalmente su posición política inicial respecto a la inmigración inclinándose a recuperar el modelo de asimilación⁶. Merkel se refería precisamente a los trabajadores invitados que han llegado a Alemania desde la década de 1960 a los que no se les ha permitido regularizar su situación fácilmente. Para ella, más que converger hacia una convivencia pacífica, la brecha se ha abierto aún más por la falta de interés de los inmigrantes hacia la cultura alemana. No obstante, el fondo de la discusión política apunta más hacia una imposibilidad de absorber a la inmigración de origen musulmán, ahora con menos oportunidades debido a la crisis económica, con lo que se vuelve a utilizar un discurso *esencialista* centrado en la diferencia religiosa que puede que reafirme la reacción de las comunidades turcas. La fractura ellos-nosotros se hace más profunda en ambos sentidos y aumenta la desconfianza política y social. Existe cierto peligro de que el modelo se desplace hacia el segregacionismo, lo cual sería, en cierto modo, una vuelta a atrás. Esta reacción también se produce de manera más enérgica desde ciertos sectores como los que pueda representar el directivo del Bundesbank y ex consejero de finanzas de la Ciudad-Estado de Berlín, Thilo Sarrazin, que enciende la polémica escribiendo: “No quiero que el país de mis nietos y biznietos sea un país mayoritariamente musulmán, en el que se hable árabe y turco predominantemente, en el que las mujeres lleven el pañuelo islámico y en el que la vida cotidiana está marcada por la llamada del muecín”.⁷

Thilo Sarrazin fue expedientado por su partido, el SPD debido a la publicación de este libro⁸. Esto no responde necesariamente a la realidad de la vida ordinaria, en la cual los inmigrantes pueden estar más o menos integrados socialmente como cualquier otro ciudadano, el problema es asumir que las causas de no integrarse son unas determinadas y que están relacionadas con la religión esencialmente. La retórica es fácil utilizando este tipo de enunciados, pero olvida la dificultad estructural para poder integrarse por las leyes restrictivas de ciudadanía que tiene Alemania.

El problema se vuelve aún más inmanejable cuando se enlazan las dificultades derivadas de la conexión del islamismo radical con los movimientos terroristas internacionales. Los sucesos del 11 de septiembre de 2001 han dado para muchas páginas de reflexiones, acusaciones, culpas y prevenciones. El efecto se percibe claramente en la vida de cada día de muchos musulmanes y no musulmanes. La desconfianza en Alemania hacia los musulmanes ha crecido igual o más que en el resto de Occidente, especialmente desde la revelación de las conexiones alemanas de los terroristas que actuaron en los atentados en EE.UU. Es inevitable considerar que los efectos sobre la percepción de la inmigración musulmana impedirán que los individuos puedan conseguir regularizar su situación bajo la presión mediática que tanto la sociedad como los políticos tienen que

⁶ Ver por ejemplo: The Guardian (2010), 17 de octubre.

⁷ Webislam (2010), 2 de noviembre y Russia Today (2009), 29 de agosto; y que se repite en otras páginas web de Sarrazin (2010).

⁸ Se pueden leer muchas referencias en diversas páginas web. Por ejemplo en Cinco Días (2010), 2 de septiembre, en El Mundo (2010), 9 de septiembre o en La Vanguardia (2010), 10 de septiembre.

soportar. Si a ello se le suma la situación provocada por la crisis económica, con menos puestos de trabajo disponibles y en competencia con los ciudadanos alemanes en paro, o la percepción que puedan tener los alemanes del uso de los servicios y prestaciones públicas por parte de los inmigrantes, se llega a un callejón sin salida, o al menos no muy fácil si se abandona la idea de la integración.

En Alemania actualmente viven entre tres y tres millones y medio de musulmanes (considerando tanto inmigrantes como conversos –unos cien mil), de los cuales el 80% no tienen la nacionalidad alemana [según la web euro-islam.info (2013), 608.000 tienen nacionalidad alemana, obviamente no todos ellos turcos]. Las vías de actuación política directa son bastante difíciles sin tener derechos políticos en una sociedad democrática, sólo el asociacionismo puede proporcionar un cauce por el cual articular las demandas. La posición en contra de una de las demandas, el respeto a las tradiciones culturales establecidas, hace muy complicada la negociación política. Cuando la libertad religiosa sólo corresponde a los que tienen derechos políticos la práctica religiosa se convierte en una actividad no regulada para los que no son ciudadanos. Sólo dentro de la propia sociedad se pueden buscar soluciones, pero los problemas pueden surgir en cualquier momento. La convivencia se ve dificultada por discursos y prácticas intolerantes y exclusivas.

La situación internacional ha afectado directamente a la vida común y las expectativas de millones de individuos. El Consejo de Europa, atendiendo a esta realidad de los musulmanes en Europa y otras minorías, emitió un informe del Grupo de personas eminentes (2011), titulado *Living together, Combining diversity and freedom in 21st-century Europe*. Se indica explícitamente que: “El informe defiende firmemente que la identidad es un asunto voluntario para los individuos afectados y que nadie debería ser forzado a elegir o aceptar una identidad primaria que excluya a las demás. Se sostiene que las sociedades europeas necesitan adoptar la diversidad y aceptar que se puede ser un “europeo con guión” –por ejemplo, ser un turco-alemán, una franco-norteafricana o un asiático-británico – tal y como se puede ser afro-americano o ítalo-americano. Pero esto sólo es posible si los residentes más antiguos son aceptados como ciudadanos y si todos, cualesquiera que sean su fe, cultura u origen étnico son tratados como iguales por la ley, las autoridades y sus conciudadanos. Como el resto de los ciudadanos en una democracia deberían tener voz a la hora de hacer las leyes, pero ninguna religión ni cultura puede ser aceptada como una excusa para incumplirlas”. El informe se apoya, entre argumentos demográficos y de necesidad, esencialmente en la extensión de los derechos políticos y libertades para la protección de todos y el estricto cumplimiento de la ley como un acuerdo mínimo del que nadie puede excluirse, ni ciudadanos ni residentes. En el fondo trata de crear un criterio común de justicia. Pero cabe preguntarse entonces qué ocurre cuando una parte de la población es separada por las leyes como un *sujeto extranjero* tal y como la ley alemana establece. Entonces la ley deja de proteger a parte de la población que es considerada como extranjera y ante las infracciones de la ley se les juzga como extranjeros, aunque no hayan conocido más que Alemania. Es una situación, a todas luces injusta.

El sentido común nos indica que lo racional, llegada a una cierta masa crítica que dependerá del peso de los inmigrantes sobre la población total y las estructuras del país, parece organizarse para poder defender ciertos derechos que no están establecidos *a priori*. Los derechos que se pueden sentir menoscabados como trabajadores invitados son los económicos, los políticos y, en el caso de no pertenecer a la mayoría ni a ninguna minoría previamente implantada, la religión. Y es precisamente en estas áreas en las que podemos encontrar a las asociaciones más importantes de la comunidad turca en Alemania. Todas defienden intereses propios con una más o menos difusa defensa de Turquía como nación, dependiendo

no sólo del asunto, sino también de la orientación ideológica, más que religiosa⁹. El acento, sin embargo, de qué significa esa nación es diferente de acuerdo a la ideología que tenga la asociación, más cercana a una nación laica occidentalizada [casi todas económicas, tanto de trabajadores como de empresarios, la clara excepción es la Asociación Independiente de Industriales y Empresarios, *Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği* (MÜSİAD)] o las que la ven como una nación musulmana (especialmente *Milli Görüş*). Por lo tanto, al menos desde las asociaciones no es tanto, sin entrar en detalles, una identidad comunitaria reconstruida o reinventada lo que se ofrece, sino una propuesta ideológica más o menos intensa. El ejemplo de la Presidencia de Asuntos Religiosos de Turquía que actúa desde 1984 a través de Unión Turca Islámica para Asuntos Religiosos, *Diyanet İşleri Türk İslam Birliği* (DİTİB) con el fin de controlar a los *imames* enviados fuera del país es un ejemplo de una estructura que ofrece servicios a la comunidad de ultramar, pero no exactamente una asociación. Por lo tanto se confunden distintos intereses y funciones en las asociaciones de inmigrantes turcos en Alemania. Sin embargo, el sustrato común parece ser de forma clara intentar ser mecanismos para colocar demandas en la arena política a través de su papel en la sociedad civil.

Por tanto, la sociedad y el Estado alemán imponen unas restricciones a los inmigrantes en su participación política que hace que éstos busquen cauces y herramientas para poder resolver sus problemas y carencias a la hora de resolver el problema de la identidad en confrontación con la posibilidad de acceso a la ciudadanía. El modelo de ciudadanía se ha desplazado desde un tímido acercamiento al multiculturalismo en la década de 1990 hacia un retorno al asimilacionismo. Las asociaciones se convierten, desde la sociedad civil, en el cauce disponible dentro del juego democrático. El problema surge al intentar averiguar si la identidad comunitaria es la que provoca que estas asociaciones se funden y existan o si son exclusivamente un juego de intereses. Además, al vincular las asociaciones a redes transnacionales y, especialmente, con el país de origen, se transmiten los debates ideológicos, que pudieran exacerbarse en el contexto de percepciones negativas por parte de la sociedad receptora. En cualquier caso, el propio sistema parece provocar la necesidad de que existan esas asociaciones. Asimismo, el Estado del bienestar y sus prestaciones brindan un ámbito de acceso a una ciudadanía posnacional que puede llevar a que los individuos tengan más fácil el camino de la integración y de una eventual asimilación. Las estructuras tienen inercia y crearán y mantendrán el discurso necesario para perpetuarse. El Estado-nación, en el caso de Alemania, ha creado una serie de mitos alrededor de la cultura que hace muy difícil que se establezcan lazos “desculturalizados” con el Estado que establezcan las bases de una ciudadanía posnacional. Las asociaciones comunitarias tienen una clara vertiente práctica que puede ir desde el control de la práctica religiosa hasta facilitar relaciones comerciales que permitan a las comunidades de inmigrantes establecer lazos con empresas del país de origen. Pero, ante todo, su función primordial es la de servir de ruta de acceso a las estructuras de oportunidades políticas y discursivas para los inmigrantes para poder romper la inercia del sistema.

Bibliografía

AMELINA, A. y FAIST, T. (2008), “Turkish Migrant Associations in Germany: Between Integration Pressure and Transnational Linkages”, *Revue Européenne des Migrations Internationales*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 91-120.

⁹ En el artículo de Amelina y Faist (2008) puede verse una descripción de las asociaciones más importantes y su actividad en el cuadro de entrevistas realizadas para la investigación de campo.

- BETTATI, M. (1996), *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Odile Jacob, París.
- BRAVO LÓPEZ, F. (2012), *En casa ajena: bases intelectuales del antisemitismo y la islamofobia*, Bellaterra, Barcelona.
- BURKE, P.J. y STETS, J.E. (2009), *Identity Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- CINCO DÍAS (2010), "El Bundesbank solicita por primera vez en su historia el cese de un consejero", 2 de septiembre. Disponible en línea: http://www.cincodias.com/articulo/economia/bundesbank-solicita-primeravez-historia-cese-consejero/20100902cdscdseco_30/. Revisado el 4 de marzo de 2013.
- EL MUNDO (2010), "Un directivo del Bundesbank deja el cargo tras sus polémicas tesis racistas", 9 de septiembre. Disponible en línea: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/09/internacional/1284062414.html>. Revisado el 4 de marzo de 2013.
- EURO-ISLAM.INFO (2013), "Islam in Germany". Disponible en línea: <http://www.euro-islam.info/country-profiles/germany/>. Revisado el 4 de marzo de 2013.
- FAIST, T. (2000), *The volume and dynamics of international migration and transnational social spaces*, Oxford University Press, Oxford.
- GIUGNI, M. y PASSY, F. (2004), "Migrant mobilization between political institutions and citizenship regimes: A comparison of France and Switzerland", *European Journal of Political Research*, Vol. 43, pp. 51-82.
- GROUP OF EMINENT PERSONS OF THE COUNCIL OF EUROPE (2011), *Living together. Combining diversity and freedom in 21st-century Europe*. Disponible en línea: <http://book.coe.int/ftp/3667.pdf>. Revisado el 4 de marzo de 2013.
- GUIBERNAU, M. (2008), "National Identity Versus Cosmopolitan Identity", en HELD, D. y MOORE, H. (eds.), *Cultural Politics in a Global Age. Uncertainty, Solidarity and Innovation*, Oneworld, Oxford.
- HABERMAS, J. (2008), "Religious Tolerance –The Pacemaker for Cultural Rights", en HELD, D. y MOORE, H. (eds.), *Cultural Politics in a Global Age. Uncertainty, Solidarity and Innovation*, Oneworld, Oxford.
- JØRGENSEN, M.B. (2009), *National and Transnational identities: Turkish identity in Denmark, Sweden and Germany*, SPIRIT – Doctoral Programme, Aalborg University, Aalborg.
- KOOPMANS, R. y STATHAM, P. (2001), *How National Citizenship Shapes Transnationalism. A Comparative Analysis of Claims-Making in Germany, Great Britain and the Netherlands*, University of Oxford, Oxford.
- KOOPMANS, R. et al. (2005), *Contested Citizenship: Immigration and Cultural Diversity in Europe*, University of Minnesota Press, Minneapolis.
- KOOPMANS, R. y STATHAM, P. (2000), "Migration and Ethnic Relations as a Field of Political Contention: An Opportunity Structure Approach", en KOOPMANS, R. y Statham, P. (eds.), *Challenging Immigration and Ethnic Relations Politics: Comparative European Perspectives*, Oxford University Press, Oxford.
- LA VANGUARDIA (2010), "El libro de Thilo Sarrazin arrasa en Alemania, tras su renuncia", 10 de septiembre. Disponible en línea: <http://www.lavanguardia.com/internacional/20100910/54001900960/el-libro-de-thilo-sarrazin-arrasa-en-alemania-tras-su-renuncia.html>. Revisado el 4 de marzo de 2013.
- RUSSIA TODAY (2010), "Un político pronostica la 'disolución' de Alemania y culpa de la inmigración", 29 de agosto. Disponible en línea: <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/16088-Un-pol%C3%ADtico-pronostica-disoluci%C3%B3n-de-Alemania-y-culpa-a-inmigraci%C3%B3n>. Revisado el 4 de marzo de 2013.
- SARRAZIN, T. (2010), *Deutschland schafft sich ab: Wie wir unser Land aufs Spiel setzen*, Deutsche Verlags-Anstalt, Múnich.

- SOYSAL, Y.N. (1994), *Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe*, University of Chicago Press, Chicago.
- THE GUARDIAN (2010), “Angela Merkel declares death of German multiculturalism”, 17 de octubre. Disponible en línea: <http://www.guardian.co.uk/world/2010/oct/17/angela-merkel-germany-multiculturalism-failures> disponible en marzo 2013. Revisado el 4 de marzo de 2013.
- THOMAS, S.M. (2000), “Taking Religious and Cultural Pluralism Seriously: The Global Resurgence of Religion and the Transformation of International Society”, *Millenium*, Vol. 29, Núm. 3, pp. 815-841.
- WALLERSTEIN, I. (2007), *Geopolítica y Geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Kairós, Barcelona.
- WEBISLAM, (2010), “Europa: crece la islamofobia”, 2 de noviembre. Disponible en línea: <http://www.webislam.com/articulos/40268-europa-crece-la-islamofobia.html>. Revisado el 4 de marzo de 2013.



Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen*

José Antonio García Sáez
Universitat de Valencia
j.antonio.garcia@uv.es

Resumen

El problema de la aplicación retroactiva de la ley penal ha sido una de las grandes cuestiones jurídicas planteadas a propósito del procedimiento judicial iniciado por el juez Garzón contra algunos de los responsables del régimen franquista por delitos de desaparición forzada de miles de personas. La vigencia del principio de legalidad (y sus derivados *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*) se ha impuesto finalmente a la posible aplicación retroactiva de la ley penal. Para reflexionar sobre este asunto puede tener algún interés recuperar algunas de las consideraciones que Hans Kelsen realizó a propósito de los juicios de Núremberg y de la aplicación retroactiva de sanciones a los jefes nazis.

Palabras clave

Memoria Histórica, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Teoría del Derecho Internacional, Pacifismo jurídico, Hans Kelsen.

Historical Memory and Retroactive Application of Criminal Law. Some Arguments from Hans Kelsen's Legal Pacifism

Abstract

The issue of the retroactive application of the criminal law has been one of the main legal problems raised regarding to legal proceedings started by judge Garzón against some of those responsible of the Franco regime for crimes of forced disappearance of thousands of people. The validity of the *rule of law* principle (and its derivatives *lex previa*, *lex certa*, and *lex scripta* *lex stricta*) have finally imposed above the possible retroactive application of the criminal law. To thinking about this matter may be of some interest to recover some of the considerations that Hans Kelsen made about the Nuremberg Trials and the retroactive application of sanctions against Nazis.

Keywords

Historical Memory, International Law of Human Rights, International Law Theory, Legal pacifism, Hans Kelsen.

* Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación Consolider-Ingenio CDS2008-00007 "El tiempo de los Derechos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; en concreto dentro de su línea 2, "Organización internacional y justicia". Es el resultado de una comunicación presentada en el "II Seminario Internacional Derecho y Memoria Histórica: Los derechos de las víctimas del franquismo", celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 13 y 14 de septiembre de 2012 y se ha recogido buena parte de las aportaciones del rico debate que allí tuvo lugar.

1. Memoria histórica y proceso penal en España

En el auto de 16 de octubre de 2008 el magistrado-juez Baltasar Garzón inició las diligencias destinadas a atender las denuncias presentadas por diversos colectivos y personas individuales ante la Audiencia Nacional. Hasta ese momento la justicia española había permanecido ajena a las atrocidades cometidas a raíz del alzamiento militar del 18 de julio de 1936, durante la guerra civil y en la posterior represión franquista, ignorando así el derecho a la reparación y al reconocimiento de sus víctimas. La impunidad ha sido la regla ante lo que, sin exagerar, Paul Preston ha llamado *el holocausto español*. Como ha señalado este hispanista:

... calcular el número de los republicanos exterminados por la violencia rebelde ha entrañado un sinfín de dificultades [...] hasta 1985 el gobierno español no emprendió actuaciones, aunque fueran tardías y titubeantes, para proteger los recursos archivísticos del país [...] No fue posible realizar una investigación en toda regla hasta después de la muerte de Franco. Al acometer esta tarea, los estudiosos no solo hubieron de hacer frente a la destrucción deliberada de abundante material de archivo por parte de las autoridades franquistas, sino también al hecho de que muchas muertes se correspondieran con registros falsos o, directamente, no quedara constancia de ellos” (Preston, 2012: 22).

A pesar de ello, según destacan José Antonio Martín Pallín y Rafael Escudero, hoy se puede saber con seguridad que:

... fueron más de 200.000 las personas asesinadas entre los años 1939 y 1942, que 700.000 estuvieron en campos de concentración, que más de 400.000 fueron encarceladas y que unas 300.000 fueron expulsadas de sus puestos de trabajo. Sabemos ahora que se trató de un auténtico genocidio por motivos políticos que los vencedores de la guerra ejecutaron sin pudor, ensoberbecidos por la imperial marcha de sus protectores nazis” (Martín Pallín y Escudero Alday, 2008: 10-11).

El mencionado auto de 16 de octubre de 2008 no pretendía, ni podía, ser una causa general¹ contra el régimen franquista, como se destaca en su razonamiento jurídico 1º párrafo 3º; sino que se limitaba a investigar las denuncias formuladas en base a unos presuntos delitos de detención ilegal, enmarcados en la “existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de la guerra civil y los siguientes de la posguerra” (Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, 2008: 3). A juicio del instructor se hacía necesario dar una respuesta procesal a las denuncias formuladas porque sigue habiendo víctimas — las personas desaparecidas, que ascienden según el sumario a 114.266 (*Ibid.*: 23), y sus respectivos familiares—, y también “para hacer cesar la comisión del delito y los efectos derivados del mismo, que solo tendrá lugar con la búsqueda y localización de los cuerpos de los desaparecidos, o cuando se ofrezca razón cierta de su paradero por parte de las autoridades públicas depositarias de esa información” (*Ibid.*: 16).

¹ Sí que se llevó a cabo una causa general, en cambio, por parte del régimen franquista, según narra también Preston: “Para probar ante el mundo la iniquidad del enemigo, el 26 de abril de 1940 Franco inició una ingente investigación a cargo del Estado, la Causa General, un «proceso informativo, fiel y veraz» que pretendía establecer la verdadera magnitud de los crímenes cometidos por el bando republicano, y que fomentó las denuncias y las exageraciones. Aun así, Franco se llevó una tremenda decepción cuando, basándose en la información recabada, y pese a emplear una metodología que inflaba las cifras, la Causa General concluyó que el número de muertes era de 85.940” (Preston, *Id.*: 25).

Respecto de la causa², el juez Garzón reconoce seis problemas fundamentales que son los que principalmente darán lugar a diferentes controversias jurídicas —destacadamente con el Ministerio Fiscal y con el Tribunal Supremo— en el sumario del caso. Estos seis problemas son: 1) la irretroactividad de la ley penal, 2) la cuestión de la permanencia delictiva de los hechos, 3) la posible aplicación de la Ley de Amnistía de 1977, 4) la competencia de la Audiencia Nacional para el caso, 5) la identificación de las personas responsables de los delitos y 6) la protección de las víctimas de los hechos denunciados.

2. El principio de legalidad y el problema de la irretroactividad de la ley penal

El problema que fundamentalmente interesa tratar aquí es el que se refiere a la irretroactividad de la ley penal. Sin querer ni poder entrar en cuestiones destinadas a la dogmática penal, sólo se tratará de realizar una comparación entre la posible aplicación retroactiva de la ley penal en el referido proceso español y en el caso de los juicios de Núremberg, centrándonos especialmente en los argumentos que un jurista tan reputado como Hans Kelsen adujo en aquel momento para defender la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras dispuestas por el Acuerdo de Londres de 1945 a algunos responsables de los gravísimos crímenes cometidos durante el régimen nazi.

Para respetar el principio de legalidad, reconocido por los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución de 1978, la calificación jurídica que se le otorga a los hechos denunciados es la de “delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, *en el marco de crímenes contra la humanidad*”³ (Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, *Id.*: 20). En concreto, se acude a la figura del artículo 607 bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 15/2003:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1. Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

De entre los hechos castigados en el apartado 2º del 607 bis, sería de aplicación al caso lo dispuesto en su párrafo 6º: “Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida”. Fue precisamente en base al artículo 607 bis que la Audiencia Nacional condenó a Adolfo Scilingo como autor de crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina a partir el año 1976, con anterioridad a que este tipo fuera introducido en el Código Penal español; es decir, aplicando la ley sancionadora de forma retroactiva. Ello en base a considerar, como ratificó posteriormente el Tribunal Supremo resolviendo el recurso de casación en la sentencia 798/2007, que los

² Para un análisis más detallado del caso, véase Chinchón Álvarez (2009: 1415-1424).

³ La cursiva es mía.

hechos cometidos por el militar argentino constituían ya en el momento de ser realizados crímenes contra el Derecho de Gentes, encontrándose prohibidos por numerosos instrumentos internacionales en vigor, entre ellos los Principios de Núremberg de 1947, la Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad de 1968, o la Resolución de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973, en la que se declaró expresamente que los crímenes contra la Humanidad deben ser perseguidos y no pueden quedar impunes⁴.

Todos estos instrumentos son anteriores a 1976, de forma que el Tribunal Supremo, realizando una interpretación material del principio de legalidad, consideró que éste requiere que el hecho punible se encuentre prohibido en una norma de rango legal (*lex stricta*), de forma clara (*lex certa*), por escrito (*lex scripta*) y con anterioridad a la comisión de los hechos (*lex previa*), de tal manera que el acusado no podía alegar el desconocimiento de la ilegalidad de sus acciones. De acuerdo con ello, se apreció procedente la aplicación de la sanción contenida en el 607 bis porque, pese a ser posterior en el tiempo a los hechos cometidos, establecía una pena más beneficiosa para el reo que las otras normas citadas y entonces en vigor. Se salva de esa manera el principio de legalidad, que lo que realmente prohíbe es la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras desfavorables, pero no de las favorables, según argumenta el Tribunal.

Debe observarse, sin embargo, que la mayoría de las normas citadas no son anteriores a la mayor parte de desapariciones practicadas por el régimen franquista. Si las últimas desapariciones denunciadas datan de 1952, fue justamente el 4 de agosto de ese mismo año cuando España reconoció expresamente los Principios de Núremberg al ratificar el Convenio de Ginebra de 1949, cuyo artículo 85 remite a ellos. La Convención para la Prevención y Represión del Genocidio, por su parte, no sería ratificada por el Estado español hasta 1968. Es por eso que el juez Garzón, intentando salvaguardar el requisito de la *lex previa*, acude a la posible aplicación de la conocida cláusula Martens, introducida en el Segundo Convenio de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899, ratificada por España en 1900. Invocada de forma reiterada en el auto de 18 de noviembre de 2008⁵ —en el cual el instructor de la Audiencia Nacional se inhibe a favor de los Juzgados de Instrucción de las respectivas localidades donde se hubieran practicado los hechos—, la cláusula Martens viene a significar que “en los casos no incluidos en las regulaciones de las leyes de la guerra la población civil y los beligerantes estarán bajo la protección y las reglas de los principios del derecho de gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y de los dictados de la conciencia pública”. En otras palabras, se acude a la protección de las normas del Derecho Internacional consuetudinario, que ya prohibían comportamientos como los descritos en el sumario en el tiempo de ser cometidos. Parece respetarse así el principio de legalidad en cuanto a su vertiente de *lex previa* y *lex certa*, puesto que no podía alegarse el desconocimiento de la prohibición de estos actos por quienes los cometieron; pero no parece respetarse igualmente el principio de legalidad en sus otras dos vertientes, las de *lex stricta*, y *lex scripta*, en la medida en que los hechos no se encontrarían tipificados en una norma de rango legal, como sería un tratado internacional.

Así lo consideró más tarde el Tribunal Supremo en la sentencia 101/2012 — en la que absuelve al juez Garzón del delito de prevaricación del que le acusaron el

⁴ Véase el F.J. 6º, apartado 6 de la Sentencia 798/2007 del Tribunal Supremo, de 1 de octubre.

⁵ Posteriormente dejado sin efecto, igual que el auto de 18 de octubre, por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en auto de 2 de diciembre de 2008 al apreciar falta de competencia.

sindicato *Manos Limpias* y la asociación *Libertad e Identidad* a raíz de la instrucción del sumario comentado—. En esta resolución, el Tribunal Supremo, apoyándose en el precedente del caso Scilingo, considera que no cabe la aplicación directa del Derecho Internacional consuetudinario. La cláusula Martens aparece, a juicio del Supremo, “redactada en términos muy genéricos [...] y sin previsión de una consecuencia jurídica a su inobservancia”⁶, lo cual impide su directa aplicación por un lado en virtud del principio de tipicidad requerido en materia penal y por otro lado en virtud de la necesaria transposición de las normas internacionales al ordenamiento interno, como requiere el artículo 96 de la Constitución. Exigencias ambas que suponen sendas concreciones del principio de legalidad. Es en base a ellas que en este extremo el alto tribunal considera que Garzón, si bien no comete prevaricación —porque no se aprecia que concurren los elementos del tipo, que exige dictar “a sabiendas” una resolución injusta—, sí que realiza una aplicación “errónea” del Derecho. Según esta doctrina del Tribunal Supremo, entonces, de acuerdo a las leyes españolas no puede aplicarse ni el Derecho Internacional consuetudinario ni el Derecho recogido en los tratados internacionales al caso de los crímenes franquistas. La indeseable consecuencia de tal doctrina es que los hechos quedan necesariamente impunes y las víctimas sin la debida reparación.

La interpretación que realiza el Supremo, sin embargo, parece pasar por alto las contradicciones entre la concepción del principio de legalidad que maneja y lo dispuesto por el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ratificado por España el 27 abril de 1977 y publicado en el BOE de 30 abril 1977) cuyo tenor literal dice:

1.-Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2.-Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

En la misma línea, el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ratificado por España el 4 de octubre de 1979 y publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979) establece que:

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

Teniendo en cuenta el segundo apartado de estas dos normas —y especialmente la interpretación que de la última ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷—, cabe preguntarse si para evitar la impunidad —o, más bien,

⁶ Véase F.J. 3º, Sentencia 101/2012 del Tribunal Supremo, de 27 de febrero.

⁷ Véase, los casos Papon contra Francia de 15 de Noviembre de 2001 y Kalk y Kislyiy contra Estonia de 17 de enero de 2006. La mencionada STS 101/2012, comentando estos casos en su F.J. 6º considera que “De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los

para satisfacer los derechos de las víctimas, puesto que los responsables penales han fallecido ya todos en este caso— sería conveniente flexibilizar en alguna medida la exigencia de la regla *lex previa*. Si no es posible la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional consuetudinario, que no prevén una sanción penal individual ajustada a los requisitos de *lex stricta* y *lex scripta*, debería explorarse la posibilidad de aplicar al caso de los crímenes franquistas el resto de normas internacionales de origen convencional de forma retroactiva. Así ocurrió en los procesos de Núremberg, que significaron un hito fundamental en el progreso del Derecho Penal Internacional. Es en este punto que merece la pena recuperar algunas de las reflexiones que Kelsen realizó a propósito de tales procesos y, más concretamente, respecto de la aplicación retroactiva de las sanciones que en ellos se practicó.

3. El desarrollo de la justicia penal internacional en relación al pacifismo jurídico kelseniano

¿Por qué cupo en Núremberg la aplicación retroactiva de la ley penal y por qué no ha podido caber en el caso español, donde se ha llegado incluso a procesar por prevaricación al magistrado que intentó aplicar de forma retroactiva las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Pese a que la barbarie de los crímenes cometidos en uno y otro caso presenta numerosos puntos en común, no se puede ignorar que el contexto de uno y otro proceso es completamente diferente. En uno se trata de un tribunal militar internacional, impuesto por los vencedores a los vencidos. En otro se trata de un tribunal interno convencional, con un estricto sistema de garantías penales. En un caso el juicio se realizó en una fecha inmediatamente posterior a los hechos cometidos (si la conferencia de Yalta tuvo lugar en febrero de 1945, los procesos de Núremberg, compuestos por un total de 13 juicios, comenzaron a finales de ese mismo año y se prolongaron hasta 1949). En el caso español, en cambio, han pasado más de cincuenta años desde los últimos crímenes denunciados (datados en 1952) y su enjuiciamiento.

Muchas fueron las críticas que los juicios de Núremberg suscitaron a nivel internacional y, sobre todo, en Alemania. Los alemanes, todavía dolidos con las gravosas condiciones impuestas por el Tratado de Versalles de 1919 tras la Primera Guerra Mundial, no pasaron por alto ni la parcialidad de los jueces ni las infracciones al principio de legalidad y, particularmente, en su concreción en el principio de irretroactividad de las leyes penales. A pesar de ello son pocos los que hoy en día cuestionan la legitimidad de aquellos juicios, conscientes de que sobre las bases de la jurisprudencia de Núremberg se ha formado el moderno Derecho Penal Internacional (Muñoz Conde y Muñoz Aunión, 2003: 18-19). Partiendo del Estatuto y de las sentencias del Tribunal de Núremberg, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, a requerimiento de la Asamblea General, formuló en 1950 los llamados “principios de Núremberg”, el primero de los cuales consiste en establecer la responsabilidad penal individual: “Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo”. Como estableció la sentencia del tribunal militar internacional: “los delitos contra el Derecho Internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos

derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder”.

que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional”⁸.

Precisamente la responsabilidad penal del individuo es uno de los ejes fundamentales del pacifismo jurídico que Hans Kelsen desarrolló, aplicando buena parte de los postulados de su conocida teoría pura del Derecho a la teoría del Derecho Internacional⁹. Para el jurista austriaco el Derecho era un instrumento del cual no se podía prescindir en la construcción de la paz mundial. Sólo el progreso técnico del Derecho Internacional podría librar a la humanidad de la catástrofe de la guerra. Y el principal progreso técnico consistiría en la sustitución de la responsabilidad colectiva que representaba la guerra por la responsabilidad individual de quienes violasen las normas internacionales¹⁰. En palabras de Kelsen: “Uno de los medios más eficaces para impedir la guerra y garantizar la paz internacional es la promulgación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de las personas que como miembros del gobierno han violado el Derecho Internacional recurriendo o provocando la guerra” (Kelsen, 2003: 91).

Para conseguir determinar esa responsabilidad resultaba crucial el establecimiento de un tribunal internacional permanente, de jurisdicción obligatoria y con capacidad para enjuiciar a individuos particulares. El Tribunal de Núremberg queda lejos de algunos de los requisitos del tribunal que Kelsen diseñó con todo detalle en *Peace through Law* (1944)¹¹, obra cumbre de su pacifismo jurídico. Como veremos, dudó que Núremberg debiera constituir un precedente o un modelo a seguir por el Derecho Internacional (Kelsen, 1947: 153-171)¹²; aunque, pese a ello, defendió con contundencia la conveniencia de la aplicación retroactiva de la ley penal en los procesos.

145

Antes de desarrollar esas ideas conviene dejar apuntadas algunas premisas sobre el cambio que la introducción de la responsabilidad penal del individuo significó para la teoría del Derecho Internacional desde la perspectiva kelseniana. En primer lugar, implica romper con la tradicional idea westfaliana de que los sujetos del Derecho Internacional son únicamente los Estados, esto es, de que son los Estados y nada más que los Estados quienes se encuentran directamente obligados por las normas internacionales. Como las normas que tienen por destinatarias a las personas jurídicas —una sociedad mercantil, por ejemplo—, las normas del Derecho Internacional son, en principio, normas incompletas. Son normas incompletas porque determinan claramente el objeto al que se refieren, o sea, la conducta a la que obligan; pero no el sujeto obligado, o sea, el individuo que debe realizar la conducta ordenada por la norma. La determinación de este individuo concreto —que la mayor parte de las veces será el titular de un órgano estatal—, es delegada por el Derecho Internacional al orden jurídico interno. La conducta del individuo designado será imputada al conjunto del Estado, de la misma manera que la conducta del representante de una sociedad es imputada a la persona jurídica de la sociedad sin que por ello sea la propia sociedad la que haya realizado la conducta debida. Así, cuando se afirma que el Estado X está obligado a realizar alguna conducta, no se podrá estar afirmando sino que el individuo cuya conducta sea imputable al Estado X estará obligado a realizar esa conducta. No es, por tanto, que los individuos

⁸ Citado en Cassese (2009).

⁹ Sobre la específica contribución de Kelsen al desarrollo de la teoría del Derecho Internacional, véase Leben (1998: 287-305; 2010: 111-254).

¹⁰ Véase García Sáez (2010: 177-189; 2012a).

¹¹ Kelsen (2003), en concreto su II Anexo, titulado Disposiciones contractuales estableciendo la responsabilidad individual por las violaciones del Derecho Internacional (Jurisdicción penal internacional), (*Ibid.*: 149 ss.).

¹² Versión utilizada en su traducción italiana: Kelsen (1989: 99-115).

también puedan ser titulares de las normas del Derecho Internacional; sino que, en última instancia, *únicamente* los individuos pueden ser los obligados por el Derecho Internacional, si bien a través de la imputación mediata de sus Estados. La delegación que se produce del orden internacional al orden estatal constituye una muestra más de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico y es exactamente de la misma naturaleza que la delegación que se produce de la norma general a la norma particular (Kelsen, 2002[1936]: 182) dentro del ordenamiento interno.

En cualquier caso, el hecho de la determinación indirecta de los sujetos obligados a realizar el acto debido no es algo consustancial a la naturaleza del Derecho Internacional (Kelsen, 1932: 148). Así lo demuestra Kelsen citando numerosas normas de Derecho Internacional consuetudinario y convencional que tienen directamente como sujetos a individuos. Respecto del Derecho consuetudinario, el caso más citado por Kelsen será el de las normas internacionales contra la piratería (*Ibid.*: 149; 1989: 244), que facultan a los Estados afectados a castigar directamente a los individuos que la ejerzan. Existe la costumbre internacional según la cual los Estados pueden apresar y castigar a las personas que practiquen la piratería contra sus buques. Cuando los Estados actúan de esa manera no están actuando en realidad como ordenamientos independientes, sino como órganos de la comunidad internacional en ejecución de una norma del Derecho Internacional. Los piratas son, por tanto, los primeros que no solamente vienen a corroborar la idea de que no existen obstáculos de tipo teórico para determinar la responsabilidad internacional de los individuos, sino que además demuestran que esta responsabilidad es tan antigua como el propio Derecho Internacional.

En el Derecho Internacional de los tratados también encontró Kelsen abundantes normas que ya a principios del siglo XX establecían la responsabilidad individual, como el artículo 26 de la Convención de La Haya sobre Guerra Terrestre de 1907, que habla del jefe de la tropa (Kelsen, 1932: 154), determinando así directamente el órgano estatal obligado; o el artículo 3 de la Convención sobre el Empleo de Submarinos y de Gases Asfixiantes en Tiempo de Guerra de 1922, que prevé que todo individuo que viole la Convención atacando naves comerciales será susceptible de ser juzgado y castigado como autor de un acto de piratería (*Ibid.*: 151). Pero el ejemplo, con diferencia, más citado por Kelsen, es el artículo 227 del Tratado de Versalles, que establece la responsabilidad del káiser Guillermo II por un “agravio supremo contra la moral internacional y la santidad de los tratados” (*Ibid.*: 155; 2003: 105) y ordena la constitución de un tribunal —compuesto por cinco jueces designados por cada una de las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial— para juzgarlo. Aunque el juicio nunca se produjo porque el emperador huyó a los Países Bajos y la reina Guillermina I jamás concedió su extradición, la acusación formal de un jefe de Estado en un tratado internacional marcó sin duda un punto de inflexión en la evolución de la justicia penal internacional (García Sáez, 2012b). A partir de ese momento el hasta entonces blindado manto de impunidad de los jefes de Estado comenzó a disolverse. También los emperadores, como los piratas, podrían ser juzgados si incurrieran en una violación de las normas del Derecho Internacional; no obstante, todavía estaba por construirse la estructura jurídica que hiciera ello posible. Los juicios de Núremberg significarían un importantísimo avance en ese sentido.

4. La reflexión de Kelsen sobre Núremberg y el principio de retroactividad

Tomando en cuenta lo anterior, no es de extrañar que Kelsen afirmara que “cualquier investigación sobre los autores de la Segunda Guerra Mundial no suscita

problemas de extraordinaria complejidad. Ni la *quaestio iuris* ni la *quaestio facti* ofrecen dificultad seria alguna a un tribunal. De aquí que no haya motivo para renunciar a una acusación criminal contra las personas moralmente responsables por el estallido de la Segunda Guerra Mundial” (Kelsen, 2003: 106-107). Para desarrollar esa idea es interesante asomarse a la valoración que *a posteriori* realizó Kelsen de los juicios de Núremberg, especialmente en el ensayo titulado *The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals* (1945) y también en *Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* (1947). En el segundo de los trabajos se reconoce que Núremberg constituye un punto de inflexión en la técnica del Derecho Internacional al individualizar la responsabilidad del sujeto que ha de soportar la pena, dando así un paso en la dirección de la superación del primitivismo (Kelsen, 1947: 111) en el que tradicionalmente se ha encontrado. No obstante, identifica serias deficiencias en la manera en la que se llevó a cabo el proceso, las cuales no deberían repetirse en la constitución de una verdadera justicia penal internacional.

Una de esas deficiencias —sobre la que más se ha hablado, aunque no la más grave en opinión de Kelsen— es que el Derecho aplicado en Núremberg es un Derecho *ex post facto*, en la medida en que el Acuerdo de Londres tipificó como hechos punibles actos que no lo eran en el momento en el que fueron cometidos. Las principales críticas kelsenianas, sin embargo, tendrán que ver más con el carácter *ad hoc* del tribunal y con su composición. Por un lado, el tribunal no preexistía a los hechos, sino que fue creado por las potencias vencedoras para enjuiciar únicamente a los vencidos¹³. Así, quedaron impunes crímenes contra la paz y la humanidad tan graves como —paradigmáticamente— el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki por parte de Estados Unidos. Por otro lado, fueron excluidos para formar parte del tribunal no solamente los representantes de los Estados vencidos, sino también los de Estados neutrales; con lo cual los vencedores se constituyeron, además de en legisladores, en jueces de su propia causa, violando así el principio básico de la imparcialidad del juzgador. Tales circunstancias hicieron que Kelsen se resistiese a considerar que Núremberg pudiera sentar un precedente desde el punto de vista jurídico. No obstante, los importantes defectos técnicos no le impidieron reconocer la fundamental importancia política que significó el hecho de sentar a los nazis en el banquillo de los acusados, aunque ello conllevara aplicar las sanciones de forma necesariamente retroactiva.

En la medida en que, desde la perspectiva positivista, el Derecho es un orden coactivo por naturaleza; es decir, en la medida en que usa las sanciones para orientar la conducta humana, lo habitual es que toda ley *pre*-escriba ese comportamiento hacia el futuro. Así, puesto que regular una conducta humana que ya ha ocurrido es imposible, “la regla contra la legislación retroactiva expresa una necesidad lógica” (Kelsen, 1945: 8). Esta necesidad lógica, sin embargo, puede verse matizada después de un examen más detallado. Si el positivismo jurídico concibe la sanción como un elemento esencial de la norma, toda norma se refiere —al menos indirectamente— a la regulación del comportamiento de como mínimo dos individuos: el individuo que está obligado a comportarse como la norma prescribe si no quiere ser sancionado, y el individuo titular del órgano autorizado a aplicar la sanción en el caso de que se compruebe que el primer individuo ha realizado el supuesto de hecho previsto por la norma. Se trata de la típica distinción teórica establecida por Kelsen entre las normas primarias y las normas secundarias (Kelsen, 2008[1925]: 66). Esta distinción permite diferenciar lo que significa el postulado de la irretroactividad para una concepción iusnaturalista, en contraste de

¹³ Ésta es una crítica que Danilo Zolo ha realizado mordazmente no sólo a los juicios de Núremberg, sino a todos los procesos internacionales que les siguieron. Véase Zolo (2007).

lo que ha de significar para una postura positivista. A diferencia del positivismo, para la doctrina del Derecho natural una norma jurídica únicamente tiene un destinatario: el sujeto cuya conducta está prescrita por la norma. Y esa norma, por supuesto, únicamente puede regular las conductas futuras, pero no las pasadas. El carácter coactivo que presenta el Derecho para el positivismo, en cambio, facilita relativizar el principio de irretroactividad:

El postulado de no promulgar leyes retroactivas no puede ser derivado de la naturaleza del Derecho en el sentido del positivismo jurídico, tal y como es derivado de la naturaleza del Derecho por la doctrina del Derecho natural. Dentro del sistema jurídico positivista la regla contra la legislación retroactiva no es un principio absoluto, como sí que lo es para la doctrina del Derecho natural, por expresión de una necesidad lógica. Su valor es altamente relativo y la esfera de su validez restringida (Kelsen, 1945: 8-9).

Por otra parte, afirma Kelsen que en el ámbito internacional el principio de la irretroactividad de la ley penal no se puede aplicar de la misma manera que en los ordenamientos internos. Al contrario de lo que suele ocurrir en el Derecho estatal, ningún principio del Derecho Internacional prohíbe establecer normas sancionadoras de carácter retroactivo (*Ibid.*: 10). Para justificar esto en relación con los procesos de Núremberg, Kelsen ofrece, al menos, cuatro argumentos:

1) No hay diferencia, desde el punto de vista psicológico, entre la aplicación de una norma retroactiva y la aplicación de una norma irretroactiva que el sujeto obligado desconoce. La regla que excluye las normas retroactivas está basada en el principio general de que una norma, al menos una norma sancionadora, no debería ser aplicada a una persona que no sabía de su vigencia en el momento en que actuaba. Pero existe otra regla ampliamente aceptada en todos los ordenamientos que es radicalmente contraria a ese principio general: aquella que dice que *el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento*. Tal regla parte de la ficción de que todos los individuos sometidos al ordenamiento conocen las normas a las que están sometidos. Según opina Kelsen, el efecto psicológico es el mismo en el caso de que a una persona se le sancione por una acción cuya prohibición estaba establecida en una ley vigente pero que desconocía, que en el caso de que se le sancione por una acción cuya prohibición no conocía —no podía conocer— porque no se encontraba prohibida en el momento de su realización¹⁴. En consecuencia, existe una contradicción entre el principio de irretroactividad y el principio *el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento* que debería resolverse, en su caso, a través de la ponderación: “si dos principios legales no son compatibles entre ellos, uno debe ser restringido por el otro” (Kelsen, 1945: 9).

2) El principio de irretroactividad no se puede aplicar al Derecho consuetudinario —como lo es buena parte del Derecho Internacional, incluida la cláusula Martens— ni al Derecho basado en precedentes, dado que “tal Derecho [como la jurisprudencia] es necesariamente retroactivo respecto del primer caso en el que es aplicado” (Kelsen, 1947: 111). De nuevo, hay que relacionar esta afirmación con la concepción escalonada del ordenamiento jurídico propia de la teoría kelseniana, de acuerdo con la cual, la aplicación de cualquier norma por un órgano jurídico es siempre un acto (también) de creación normativa. De este modo, cuando un tribunal está aplicando una norma consuetudinaria está creando, al mismo tiempo, una nueva norma individual en base a la primera; y esta nueva norma individual habrá de ser necesariamente retroactiva (Kelsen 2001[1939]: 61-84).

¹⁴ Esta posición ha sido criticada por Luigi Ciaurro (1989: 117-126): “en un caso se ignoraría la ilicitud, en el otro se podría verificar el conocimiento de la ilicitud”.

3) Puede que el Acuerdo de Londres sea una ley *ex post facto*, pero lo es únicamente en la medida en que establece la responsabilidad penal individual de unos sujetos que cometieron unos actos que ya estaban prohibidos por el Derecho Internacional cuando fueron realizados; pese a que la responsabilidad que estaba prevista fuera solamente de tipo colectivo. Se trata de un argumento muy similar al que podemos encontrar en los autos dictados por el juez Garzón. Las acciones de los nazis enjuiciados en Núremberg, como las de los franquistas denunciados ante la justicia española, ya eran ilegales en el momento en que fueron realizadas, porque se encontraban prohibidas por las normas del Derecho Internacional consuetudinario. De este modo, ni el Acuerdo de Londres ni la hipotética aplicación del Código Penal español o de la normativa internacional de los derechos humanos a los respectivos casos hubieran convertido los hechos en ilegales *ex post facto*. De lo que se trata, en realidad, es únicamente de determinar la responsabilidad individual de los infractores de las normas internacionales para sancionar aquellas conductas que ya se encontraban prohibidas cuando se realizaron. La virtualidad del establecimiento de la responsabilidad individual a través de un procedimiento celebrado ante un tercero imparcial, como un tribunal, sirve precisamente, cabe recordarlo, para pacificar las relaciones sociales evitando la autotutela. Si en el Derecho Internacional la autotutela se ha manifestado tradicionalmente en forma de guerra, en el ámbito interno lo ha hecho en forma de *vendetta*. Por eso, en un ordenamiento jurídico moderno es precisamente el monopolio del uso legítimo de la violencia lo que excluye tanto la guerra como la venganza.

4) Las personas que cometieron esos crímenes no podían dejar de ser conscientes del tamaño de la *inmoralidad* (sic) que realizaban. Por eso —y aquí se tambalea el conocido postulado de la nítida barrera entre Derecho y Moral que típicamente caracteriza a la teoría pura kelseniana— “la retroactividad de las leyes a ellos aplicada puede difícilmente ser considerada como *absolutamente incompatible con la justicia*. La justicia requiere el castigo de estos hombres, aunque para el Derecho positivo no pudieran ser sancionados” (*Ibidem*)¹⁵. O, desde otra perspectiva, “de acuerdo con la opinión pública del mundo civilizado, es más importante sentar a los criminales de guerra ante la justicia que respetar, en su juicio, la regla contra la ley *ex post facto*, que tiene meramente un valor relativo y que, por tanto, nunca ha sido reconocida sin restricciones” (Kelsen, 1945: 11).

Merece la pena mencionar en este punto que incluso el eterno antagonista de Kelsen, Carl Schmitt¹⁶, aceptó la aplicación irretroactiva de la ley penal a los crímenes contra la humanidad tipificados por el Acuerdo de Londres. Lo hizo en el

¹⁵ La cursiva es mía. Es curioso leer este argumento del autor que ha sido tantas veces citado como paradigma del formalismo positivista, como aquél para quien decir que algo es *justo* o *injusto* equivale a decir *me gusta* o *no me gusta*. Seguramente más que apelar a principios de justicia o a la opinión pública, hubiera sido más coherente por parte de Kelsen relacionar la impunidad de los crímenes nazis con el mensaje de impunidad que no puede transmitir el Derecho a la sociedad (en este caso el Derecho Internacional a la sociedad internacional). Evitar la impunidad es imprescindible si se quiere que el Derecho sirva a su fin funcional, que no es otro que aquel de orientar las conductas humanas en sociedad; o lo que en Derecho Penal suele ser conocido con el nombre de función de prevención general. A estos efectos, pueden encontrarse algunas inconsistencias en la obra del jurista austriaco referidos al fin del Derecho: si sus obras generales sobre teoría del Derecho afirma que el Derecho es un mero instrumento, una *específica técnica social*, sin otro fin que el de orientar las conductas humanas (pudiendo tener las normas jurídicas, por lo tanto, cualquier contenido); en alguna de sus obras sobre la teoría del Derecho Internacional, afirmará explícitamente que “el Derecho es, esencialmente, un orden para promover la paz” (Kelsen (1996: 23).

¹⁶ El mismo Schmitt fue acusado de colaborar con el régimen nazi y llegó a comparecer como testigo en el undécimo de los procesos de Núremberg, en el que se juzgaron a los responsables del Ministerio de Asuntos Exteriores, aunque pronto fue excluido de la acusación. Sobre el cautiverio de Schmitt (que comprendió un año, entre 1945 y 1946 en un campo de concentración y dos meses en la prisión de Núremberg en 1947), véase Schmitt (2010).

informe que redactó para la defensa del importante industrial alemán Friedrich Flick, quien fue condenado en Núremberg a siete años de prisión por suministrar armamento al ejército alemán. En dicho informe expresó:

Las *atrocities*, en este particular sentido, que han sido cometidas antes de la última guerra mundial, y durante ésta, tienen que ser consideradas de hecho como «*mala in se*». Su inhumanidad es tan grande y tan evidente que basta constatar los hechos y el autor para fundamentar una punibilidad, sin tomar en consideración las leyes penales positivas hasta ahora vigentes. Aquí se juntan todos los argumentos del sentir humano, de la razón y de la justicia, de una forma aparentemente elemental, para justificar una condena, la cual no necesita de una norma positiva en algún sentido formal [...]. Quien, a la vista de estos crímenes presenta la objeción del «*nullum crimen*», queriendo referirse de esta manera a las determinaciones jurídico-positivas penales hasta ahora vigentes, se expondría él mismo a la luz de duda. (Schmitt, 2006: 47).

No argumentaré lo mismo Schmitt sobre los crímenes de agresión también tipificados en el Acuerdo de Londres, ya que, como es sabido, en su concepción del Derecho Internacional, la guerra es una manifestación natural de las relaciones políticas entre los Estados¹⁷. Posición que, como tantas otras de Schmitt, sería contestada por Kelsen, quien consideró que la definición del crimen de agresión no tenía por sí misma mayor dificultad técnica que la del crimen de homicidio, o cualquier otro: “si la agresión es definida como el uso legítimo de la fuerza armada, puede haber duda en un caso concreto si el número de hombres empleados en una acción sea suficientemente grande o las armas usadas por ellos suficientemente destructivas como para que se pueda hablar de ataque armado. El verdadero problema no consiste en la posibilidad de una definición, sino en la dificultad de su aplicación” (Kelsen, 1957: 13).

5. Conclusiones

En definitiva, los esfuerzos teóricos realizados por Kelsen pueden servir para comprender mejor cómo la responsabilidad penal de los individuos en el ámbito internacional ha ido ligada a la mejora técnica del Derecho Internacional. Los avances técnico-jurídicos han implicado frecuentemente la superación de fuertes condicionamientos de tipo político. Un pacifismo jurídico como el kelseniano considera imprescindible el papel de los tribunales como instrumentos para imponer la lógica del Derecho sobre la fuerza de la Política. La tendencia actual, como se sabe, es la contraria. Hoy se imponen las teorías realistas, como las de Posner y Goldsmith (2009)¹⁸ que tienden a limitar el papel del Derecho a un mero residuo de lo que realmente importa: las consideraciones políticas. Como ha destacado Martii Koskeniemi (2011: 180), “los realistas políticos, como Hans Morgenthau, siempre han subrayado la debilidad del proceso jurídico para lidiar con los grandes eventos de la política internacional”.

En el caso del juicio a los responsables del régimen franquista, no se trata de un asunto de política internacional —aunque su relevancia sí sea internacional—; sino de política interna. Del núcleo duro de la política de un país que ha edificado su democracia sobre los frágiles cimientos del olvido colectivo. Un núcleo tan duro que es capaz de frenar en seco la acción de la justicia, pero que sirve, por otro lado, como un curioso banco de pruebas para experimentar cuáles son los límites de un proceso penal, que son también los límites del mismo Derecho.

¹⁷ Paradigmáticamente, véase Schmitt (1979[1974]; 1999[1932]).

¹⁸ Se puede encontrar una buena crítica a esta última obra en García Pascual (2012: 247-270).

Es lógico considerar que el proceso, como ha expresado la sentencia 101/2012 del Tribunal Supremo en su fundamento jurídico primero, no es un instrumento destinado a esclarecer la verdad histórica, sino a aplicar las sanciones correspondientes a quienes se demuestre que han violado la ley. La verdad procesal es, de hecho, algo completamente distinto de la verdad histórica. Y ésta, por cierto, también es distinta de la verdad absoluta. En cualquier caso, es cierto que, al menos coyunturalmente, un proceso judicial celebrado tras un importante episodio de violencia social generalizada —como fueron el régimen nazi y la posterior guerra mundial, o el régimen franquista y la anterior guerra civil— puede servir de catalizador a una especie de catarsis colectiva que, sobre la conciencia de lo ocurrido, sirva de punto de partida para comenzar una nueva etapa histórica.

El proceso no es, desde luego, el único medio, ni seguramente el mejor, para realizar esa catarsis¹⁹. Pero es uno de ellos y, a falta de otros, es legítimo que la ciudadanía inste ante la justicia reparaciones materiales y morales que no se han producido por parte del Estado. Es lo que ocurre en el caso español, en el que la ley de Amnistía de 1977 se ha convertido en amnesia colectiva y en silencio institucional sobre lo ocurrido en la guerra civil y durante el franquismo. Solo en el año 2007 se aprobó una ley de Memoria Histórica²⁰ (Ley 52/2007, publicada en el BOE de 27 de diciembre), cuya aplicación en los próximos años quedará previsiblemente en la nada, pasto de los recortes del ejecutivo de Mariano Rajoy. La memoria, a diferencia de los presupuestos, no puede ser recortada. Y la actuación de los tribunales, a falta de otros medios, puede contribuir a su recuperación y mantenimiento.

Lo que se ha pretendido en este trabajo, realizando una comparativa entre el caso instruido por el juez Garzón y las reflexiones de Hans Kelsen a propósito de la retroactividad en los juicios de Núremberg, ha sido contribuir de alguna manera a desenmascarar razones de índole fundamentalmente política que se ocultan bajo argumentaciones que pretenden ser estrictamente jurídicas²¹. La *sagrada* regla de la irretroactividad, como la *insalvable* amnistía, la *indiscutible* prescripción de los hechos o la *imposible* calificación de las desapariciones como un delito continuado no son las únicas soluciones posibles. Encuadran dentro del legítimo margen de apreciación del que dispone el órgano judicial. Pero hay que resaltar que no son las únicas posibles, sino que han sido las que en este caso se adaptaban al criterio político que protege un determinado *statu quo* en torno al cual parece gravitar la paz social del país. Si prosperan las querellas que por este mismo caso se han interpuesto ante la justicia argentina, ¿sería descabellado que los jueces argentinos, con condicionantes políticos diferentes a los de sus colegas españoles, apreciaran que sí cabe la aplicación retroactiva de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Sin duda, se trataría de una buena lección para la justicia española²², además de una excelente noticia para quienes creen que la justicia universal, si es verdaderamente universal, también puede realizarse desde el sur hacia el norte.

¹⁹ Sobre las diferentes formas de abordar jurídicamente el pasado, véase, entre otros, Portinaro (2011).

²⁰ Para un comentario crítico, véase Martín Pallín (2008: 19-46).

²¹ Con ello no pretendo afirmar que *todas* las razones utilizadas por el Tribunal Supremo sean de índole política ni, menos aún, que *todos* los magistrados del Supremo hayan actuado guiados por motivaciones políticas. Merece la pena, por ejemplo, no olvidar algunos de los buenos argumentos que, desde una concepción garantista del Derecho ha ofrecido el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez: Véase Andrés Ibáñez. (2012: 169-200).

²² No hay que olvidar la eliminación en el ordenamiento español de la posibilidad de ejercer el principio de jurisdicción universal tras la última reforma del art. 23.4 de la LOPJ mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2012), "Casos Garzón: necesario distinguir", *Isonomía*, Núm. 37, pp. 169-200.
- CASSESE, A. (2009), *Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en línea: http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-l/ga_95-l_s.pdf. Revisado el 21 de marzo de 2013.
- CIAURRO, L. (1989), "Postilla alla critica giuridica di Kelsen sul proceso di Norimberga", *Nuovi Studi Politici*, Núm. 19, pp. 117-126.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009), "La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, Tomo 1, pp. 1415-1424.
- GARCÍA PASCUAL, C. (2012), "Contra el Derecho Internacional. Imperialismo americano y subjetividad jurídica", BARRANCO, M.C, CELADOR, O. y VACAS, F. (coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Dykinson, Madrid, pp. 247-270.
- GARCÍA SAEZ, J.A. (2010), "Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen", *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Núm. 11, pp. 177-189.
- GARCÍA SAEZ, J.A. (2012a), *El decenio internacionalista de Hans Kelsen. Colonia y Ginebra (1930-1940)*, eStudis, monografías digitales del Institut de Drets Humans de la Universitat de València, Valencia.
- GARCÍA SAEZ, J.A. (2012b), "Piratas, emperadores y nazis. La individualización de la sanción como base de la justicia penal internacional en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen", en ANITÚA, J.I. et al., *Derecho Penal Internacional y Memoria Histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabian Di Placido, Buenos Aires.
- GOLDSMITH, J.L. y POSNER, E.A. (2005), *The Limits of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- KELSEN, H. (1989[1920]) *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milán.
- KELSEN, H. (2008[1925]), *Teoría General del Estado*, Coyoacán, México.
- KELSEN, H. (1932), *Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis*, Recueil des Cours 1932, Académie de Droit International, París.
- KELSEN, H. (1936), "La transformation du droit international en droit interne", *Revue Générale de Droit International Public*, Núm. 43, pp. 5-49.
- KELSEN, H. (1939), "Théorie du droit international coutumier", *Revue internationale de la théorie du droit*, Vol. X, pp. 253-274.
- KELSEN, H. (1966[1942]), *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- KELSEN, H. (2003[1944]), *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid.
- KELSEN, H. (1945), "The Rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals", *Judge Advocate Journal*, Núm. 2, pp. 8-12, 46.
- KELSEN, H. (1947), "Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?", en *International Law Quarterly*, Vol. I, Núm. 2, pp. 153-171.
- KELSEN, H. (1957), "È possibile e desiderabile definire l'aggressione?", *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Vol.2, Giuffrè, Milán.
- KELSEN, H. (1989), "Il processo di Norimberga e il diritto internazionale", en *Nuovi Studi Politici*, Núm. 19, pp. 99-115.

- KELSEN, H. (2001), *Ecrits français de droit international*, Presses Universitaires de France, París.
- KOSKENNIEMI, M. (2011), *The Politics of International Law*, Hart, Oxford.
- LEBEN, C. (1998), "Hans Kelsen and the Advancement of International Law", *European Journal of International Law*, Núm. 9, pp. 287-305.
- LEBEN, C. (2010), *The Advancement of International Law*, Hart, Oxford.
- MARTÍN PALLÍN, J.A. y ESCUDERO ALDAY, R. (2008), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. y MUÑOZ AUNIÓN, M. (2003), *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Standley Kramer "El juicio de Nuremberg" (1961)*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- PORTINARIO, P.P. (2011), *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milán.
- POSNER, E.A. (2009), *The Perills of Legal Globalism*, The University of Chicago University Press, Chicago.
- PRESTON, P. (2012), *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*, Debate, Barcelona.
- SCHMITT, C. (1999[1932]), *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid.
- SCHMITT, C. (2006[1945]), *El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SCHMITT, C. (2010), *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, Trotta, Madrid.
- SCHMITT, C. (1979[1974]), *El nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del *Ius Publicum Europaeum**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ZOLO, D. (2007), *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid.



Soberanía

Isabel Turégano

Universidad de Castilla la Mancha

Isabel.Turegano@uclm.es

Resumen

El concepto de soberanía siempre se ha vinculado con el contexto en el que surgió para dar cuenta de la idea de poder en la realidad político-jurídica moderna. Su asociación con un modelo de actuación pública territorializada, autointeresada y autosuficiente lo han convertido en un instrumento de posiciones proteccionistas e identitarias y blanco de las críticas internacionalistas y pluralistas. Pero el concepto no ha tenido un contenido estable y ha sido reinterpretado constantemente para adaptarse a las sucesivas exigencias de democratización y constitucionalización. Su controvertida aplicación a la realidad política y jurídica de nuestros días no ha impedido a muchos seguir empleando el sustrato normativo de un concepto que, en muchas de sus versiones, apela a la responsabilidad de quienes detentan el poder.

Palabras clave

Soberanía, Estado, crisis del Estado.

Sovereignty

Abstract

The concept of sovereignty has always been connected with the context where it emerged to account for the idea of power in the modern political and legal reality. Its association with a territorialised, self-interested and self-sufficient model of public action has made it an instrument of protectionist and identitarian positions and target for internationalist and pluralistic criticism. But the concept has not had a steady content and it has been constantly reinterpreted to be adapted to the successive demands of democratisation and constitutionalisation. Its controversial application to the current legal and political reality has not impeded many to continue using the normative substrate of a concept that, in many of its versions, appeals to the responsibility of those who hold power.

Keywords

Sovereignty, State, State crisis.

1. Planteamiento

En sentido amplio el concepto de soberanía es un concepto político-jurídico que se refiere al poder exclusivo y último en una comunidad política y que permite diferenciar ésta de otras asociaciones humanas. Las distintas formas de organización del poder que han existido desde la aparición del Estado moderno han apelado siempre a una autoridad suprema y no derivada que el concepto trató de representar. Pero la soberanía es un término sumamente ambiguo y versátil. Los debates que se han generado a su alrededor a lo largo de la historia han tenido trasfondos muy diferentes (Bartelson, 1995). Sus caracteres de unidad, supremacía, ilimitabilidad, indivisibilidad e independencia fueron la expresión del proceso moderno de concentración e independización del poder político. Las ideas de soberanía popular y poder constituyente originario trataron, posteriormente, de hacer compatible el concepto con la libertad y la democracia, convirtiéndolo en un elemento extrasistemático relativo a la fundamentación del sistema. El debate sobre los límites jurídicos al soberano fue paralelo a la evolución del constitucionalismo y su filosofía garantista incompatible con la idea de un poder absoluto. El concepto de soberanía tiende a rechazarse por su posible interpretación como competencia inagotable para modificar la Constitución sin limitación alguna. En las últimas décadas, la tendencia a emplearlo desde posiciones conservadoras e identitarias hasta ideologías progresistas antiglobalizadoras para defender modelos nacionalistas y proteccionistas previenen de su uso a posturas universalistas y liberales. El concepto parece dibujar un modelo de actuación pública territorializada, autointeresada y autosuficiente, generador de exclusión e injusticia e incapaz de atender los retos del presente. En torno a la revisión actual del significado de la soberanía se pretende replantear algunos de los debates esenciales de la teoría política contemporánea, como el de la internacionalización de la política y el Derecho o el del pluralismo normativo en el mundo globalizado.

2. La esencia de la soberanía

La historia del concepto nos muestra que no existe una noción estable y esencial de la soberanía, más bien, al contrario, el concepto se ha sometido a una revisión constante (Pérez Serrano, 1933). El concepto es propio del pensamiento político-jurídico moderno. Nace en el siglo XVI vinculado a la pretensión del monarca nacional de extender su autoridad dentro de los límites de su territorio frente a las pretensiones de supremacía o independencia de una pluralidad de poderes internos y externos en conflicto. Mediante un proceso de unificación y de concentración, el absolutismo regio destruyó el feudalismo medieval consolidando un sistema político unificado en el que no media ninguna instancia entre el súbdito que presta obediencia habitual y el soberano que no presta obediencia habitual a nadie. El soberano monopoliza lo político o público frente a un individuo reducido a la esfera privada. El concepto representa el ideal de autoridad suprema que no conoce ningún poder que le determine o restrinja ni en el interior ni en el exterior de su territorio. Como tal, fue un poderoso instrumento teórico de fundamentación del emergente Estado-nación frente a las fuerzas sociales plurales que reclamaban potestades propias. Desde entonces, la idea de un poder absoluto decisorio en última instancia ha sido esencial en la definición del Estado. El desarrollo posterior del sistema representativo y la primacía del parlamento sobre la administración favoreció no sólo la completa unificación del poder sino también su mayor fortalecimiento y legitimación.

Desde su formulación en 1576 por Jean Bodin como uno de los atributos esenciales del poder del Estado, la soberanía se caracteriza porque es la única



fuerza de Derecho y, como tal, no puede estar sometida al mismo. “Se puede perfectamente”, escribió Bodin, “estar bajo la ley de algún otro, pero reside en la naturaleza de las cosas que nadie puede darse a sí mismo una ley y no puede ordenarse a sí mismo algo que exclusivamente dependa de su voluntad” (Bodin, 1985). Pero, al tiempo, el concepto resalta la capacidad efectiva de imponer esas normas, de hacerse obedecer. La soberanía ha tratado de mantener siempre ese equilibrio entre su faz política y jurídica, su carácter fáctico y normativo: es, al mismo tiempo, la autoridad política o instancia depositaria de la obediencia general y la autoridad jurídica a cuyas directivas se atribuye la fuerza normativa de todo Derecho y que no puede por definición estar ella misma sometida al mismo.

La coincidencia de ambos sentidos en un mismo concepto puede favorecer una visión arbitraria de la soberanía conforme a la que el soberano puede convertir en Derecho todo lo que puede hacer de hecho (McIlwain, 1939). Pero el concepto apunta más bien a la necesidad de una síntesis entre dos conceptos tendencialmente opuestos: el poder y el Derecho, el ser y el deber ser, eliminando la nuda fuerza en las sociedades políticas. La evolución de la idea de soberanía a lo largo de los siglos XVIII y XIX, que permanece inalterada en sus atributos esenciales, se orienta hacia una racionalización del poder político mediante su transformación en poder legítimo a través del Derecho. La idea de soberanía se proclama en las declaraciones de derechos al mismo tiempo que el principio de libertad individual (Duguit, 1924). Bajo la versión democrática y liberal de la soberanía se encuentra la idea moral de establecer garantías frente al uso abusivo del poder, siendo constante la pretensión de conciliar el poder político supremo con la sujeción a normas.

En esta época se trata de reubicar la soberanía en un Estado representativo, en el que ya no son instancias formales, tales como el Parlamento o el cuerpo electoral, las que tienen la autoridad última, sino la propia nación o el pueblo. El concepto pierde su carácter personal o institucional que, de modo realista, pretendía identificar a quien o quienes detentan efectivamente el poder y adquiere una naturaleza impersonal y abstracta que favorece un uso normativo. Es este concepto el que está detrás de la idea del contrato social, del concepto de soberanía popular o de la ficción del poder constituyente que hacen responsables a las instituciones estatales del modo en que emplean su autoridad. Las potestades del soberano son correlato de sus deberes respecto de la libertad y bienestar de sus miembros. El poder se unifica y organiza para estar al servicio de fines de seguridad y justicia (Hobbes, 1992; Rousseau, 1980). Esto es, la soberanía no se fundamenta en la mera concentración de poder y en su independencia sino en el modo en que ambos pueden servir a satisfacer ciertos fines esenciales. Su obrar no consiste en una actuación inagotable, inconsciente y espontánea, que reduce el poder supremo a puro voluntarismo, sino capacidad efectiva y suprema de ordenar la sociedad conforme a un proyecto predeterminado.

3. Las limitaciones jurídicas al soberano

Pero, la evolución liberal y democrática del concepto plantea la dificultad lógica y empírica de configurar en un solo concepto la idea de una autoridad suprema y la exigencia de responsabilidad en el uso de esa autoridad. Son los mismos problemas que plantea el concepto cuando trata de aplicarse a la realidad político-jurídica del constitucionalismo y el federalismo, en los que los caracteres de ilimitabilidad e indivisibilidad del soberano plantean paradojas filosóficas clásicas tales como la de la omnipotencia o la autorreferencia. La omnipotencia implica que si el soberano es ilimitado y puede revocar sus propios mandatos, cualquier limitación jurídica podría ser revocada y carecer de eficacia práctica, por lo que

ninguna norma jurídica, ni siquiera las normas constitucionales, podrá ser mantenida mediante la mera prohibición de su reforma. De este modo, los cauces jurídicos de reforma constitucional podrían ser la vía para la modificación absoluta del sistema, conforme a una concepción de la omnipotencia como continuada y no autocomprensiva (Hart, 1990: 186). Alf Ross consideró que aplicar esta tesis a la modificación de la propia norma de reforma constitucional plantea una paradoja de autorreferencia cuando se considera que es la norma básica del sistema y que la autoridad jurídica que ella misma establece es la autoridad suprema: resulta paradójico que ésta pueda afirmar, mediante la modificación de la norma de reforma constitucional, que es otra la autoridad suprema (Ross, 1969). Pero las paradojas se disuelven cuando el problema de la autoridad suprema se sitúa fuera del sistema y el soberano se concibe de modo extrajurídico.

Cuando se habla de soberano como fuente originaria del sistema no tiene sentido la formulación de la cuestión de su posible limitación jurídica, sino de cuestiones filosófico-morales que pueden implicar otro tipo de responsabilidades. Pero es esa autoridad suprema extrasistemática (soberano₀) la que nos permite hablar de una autoridad jurídica suprema cuya competencia está determinada por aquella (soberano₁). La autoridad jurídica última puede carecer de competencia suprema si está sometida a límites. Si bien éstos no constituyen una garantía absoluta frente al despotismo, permiten distinguir nítidamente entre legalidad y actuación ilegal o revolucionaria (Garzón Valdés, 1993: 200). La autoridad jurídica es una autoridad instituida que sólo ejerce como tal cuando crea normas de acuerdo con las competencias y condiciones con las que fue constituida.

Es este soberano₁ el que fue la base de la teoría jurídica positivista, permitiendo un concepto imperativista y coercitivo del Derecho que lo concibe como instrumento de racionalidad técnica para el logro de objetivos políticos. Pero la cuestión del soberano₀ es una cuestión distinta: la relativa al fundamento del sistema, la de la determinación de quién y cómo puede definir y delimitar la autoridad jurídica. La regla de reconocimiento de Hart puede entenderse como un intento de dar cuenta del fundamento del sistema en términos de convenciones sociales complejas, haciendo depender las competencias y límites de las instituciones jurídicas del punto de vista interno de la comunidad político-jurídica. La idea de soberanía apela a una autoridad preinstitucional que puede entenderse en términos puramente fácticos de cambios constitucionales eficaces que suponen una fractura en el orden jurídico; o, más propiamente, en términos normativos relativos a la necesidad de instituir una autoridad político-jurídica capaz de garantizar ciertos fines de justicia. Sin embargo, los grandes teóricos del Estado de Derecho reaccionarían frente a esta idea abstracta de soberano₀ que indaga acerca de un poder último de decisión anterior al Derecho porque consideraron que debería quedar latente o neutralizado por el ordenamiento jurídico. Su modelo trata de evitar la idea de Carl Schmitt de un soberano como poder externo al Derecho capaz de decidir libremente en momentos excepcionales o de emergencia y suspender el orden formal (Schmitt, 2009). También el rechazo por el neoconstitucionalismo a la idea de soberanía deriva de su asociación con un concepto realista del poder situado por encima o al margen del Derecho, que lo convierte, conforme a la interpretación de Ferrajoli, en un instrumento potencial para el abuso, la discriminación y la violencia.

A esta distinción entre una autoridad jurídica suprema y la autoridad extralegal o preinstitucional que le da origen y la delimita se pueden añadir otras distinciones útiles para depurar el sentido en que se emplea el término. En general, la doctrina de la soberanía se refiere a la cuestión de la autoridad y no propiamente a la de la fuerza o poder coercitivo ni la de influencia (Rees, 1956; Pérez Triviño,



1998). En contadas ocasiones la soberanía apela a quien de hecho monopoliza los instrumentos de coerción y logra mediante la amenaza y el uso de la fuerza imponer sus decisiones en un territorio, o a quien logra condicionar el curso de las decisiones políticas o jurídicas por cualquier otro medio de influencia. Estos sentidos suponen un concepto fáctico de soberano como poder efectivo de condicionar las acciones de los miembros del grupo. El soberano así entendido es aquel cuyos mandatos son obedecidos de modo general por los miembros de la comunidad política, con independencia de cuál sea la base de su poder –fuerza, carisma, persuasión, creencia en su autoridad, etc.-. Sólo mediante un proceso de abstracción pudo el primer positivismo emplear un concepto empírico de soberanía que le sirvió para presentar el Derecho como realidad neutral y autónoma. Pero los propios positivistas reconocieron la existencia de un trasfondo convencional y moral que daba una visión más compleja del fenómeno del poder que estaba en el origen del Derecho. Frente al concepto fáctico de soberanía, en un sentido normativo el soberano es aquella autoridad que tiene competencia o título o está legitimado para ejercer su poder supremo. Este concepto tiene una función crítica conforme a la que evaluar la actuación de los poderes efectivos.

4. La crisis de la soberanía estatal

La crisis del concepto de soberanía de nuestros días obedece a causas y retos muy diversos que ponen de manifiesto tanto su carácter irreal o ideológico como su incapacidad para ofrecer un modelo de legitimidad (Cabo y Pisarello, 2000: 59). Los fenómenos de supranacionalidad normativa, la capacidad de la comunidad internacional para reconocer de modo desigual la capacidad de los Estados para actuar autónomamente, la crisis social y económica que favorece la intervención de instituciones y actores económicos en las políticas internas, la creciente desigualdad, los grandes flujos migratorios, los fenómenos internos y globales de violencia, entre otros, son factores que están debilitando las señas de la soberanía reduciendo su potencial legitimador sin que exista una alternativa real diferente al Estado.

Tanto Kelsen como la escuela alemana de Derecho público superaron las dificultades de localizar la soberanía en un órgano específico del Estado en los sistemas democráticos, federales y constitucionales atribuyéndola en abstracto al propio Estado. De igual modo, Heller habla de la soberanía como el poder de la organización como un todo que debe ser distribuido entre distintos detentadores (Heller, 1995). Y, desde el comienzo, fue un corolario de la doctrina de la soberanía del Estado que éste es independiente, puesto que su sumisión a otros Estados o a una autoridad común es incompatible con los caracteres de la soberanía. Al mismo tiempo que la soberanía implica el poder último de la estructura estatal en una comunidad política, aplicado fuera de esa comunidad, internacionalmente, no existe una autoridad suprema (Hinsley, 1972: 137). El pensamiento cosmopolita rechaza este concepto de soberanía estatal por concebirlo como pretensión de un poder no sometido a Derecho, indiferente e impermeable a las injusticias exteriores, que obstaculiza la realización universal de los derechos individuales (Pogge, 1992).

Pero desde la última década del siglo XX se ha planteado la posibilidad de una reconceptualización de la soberanía que permita revisar el papel del Estado. Algunos autores, como Kratochwil, Hirst y Thompson, Onuf, Pierson, Walker, Weiler o Preuss (Prokhovnik, 1999) han considerado que la soberanía estatal puede seguir desempeñando un papel relevante en un modelo global de organización social si se superan algunas limitaciones de su concepción liberal y se concibe como una autoridad interdependiente.

Jouvenel afirmó que el soberano es una autoridad respecto de los ciudadanos de un territorio cuando ordena lo que es legítimo (1957). En nuestro contexto actual, ello supone no sólo su adecuación a un modelo democrático y constitucional de legitimidad interna sino también a un modelo normativo de actuación exterior (o respecto de los extranjeros en el interior). Lo que implica la ruptura de una de las dicotomías del pensamiento político moderno: la distinción interno/externo. El potencial del Estado en el cumplimiento de sus fines de justicia se puede hacer valer en mayor medida mediante la cooperación transnacional, que le permitirá acceder a nuevas posibilidades de acción intra e internacional; al tiempo que tales fines no pueden concebirse al margen de fines de justicia globales.

Concebir así la soberanía estatal supone matizar los términos que se han venido empleando en su definición. En primer lugar, la independencia debe entenderse en el sentido de *autonomía*, no de libertad absoluta. El Estado debe ser autónomo en el sentido de tener la capacidad para desarrollar adecuadamente sus funciones básicas. Sus derechos, prerrogativas y poderes se orientan a la satisfacción y garantía de un orden pacífico e igualitario en un territorio determinado. El Estado tiene un papel relevante en el control del uso legítimo de la violencia, la articulación de las plurales demandas sociales y la redistribución. Existen razones en favor de que sea un contexto político delimitado el que organice de modo ordinario la vida social, en la medida en que puede ser capaz en mayor medida de contribuir a la confianza y la solidaridad colectivas y permitir en un grado más aceptable la identificación del individuo con las instituciones. Pero la autonomía no es incompatible con la asunción de obligaciones y la suscripción de acuerdos internacionales cuando éstos aumentan la capacidad del Estado para actuar como un buen gobierno (Endicott, 2010).

159

En segundo lugar, la soberanía no implica impunidad sino, por el contrario, *responsabilidad*. Primero, el Estado tiene una responsabilidad primaria y directa en la protección y bienestar de sus miembros. Segundo, todo Estado comparte una responsabilidad solidaria de colaborar en la configuración de las condiciones institucionales necesarias para lograr una comunidad internacional democrática e igualitaria. Y, tercero, el Estado tiene una responsabilidad subsidiaria de colaborar en la prevención y reacción frente a graves violaciones de derechos en otras comunidades y de reconstrucción de las sociedades postconflicto. El reconocimiento de la soberanía estatal implica un deber genérico de respeto mutuo y no interferencia. Es sólo cuando un Estado declina o fracasa radicalmente en el desempeño de sus responsabilidades básicas cuando es posible justificar su intervención externa. Esta justificación dependerá de la capacidad de la comunidad internacional para ejecutarla de modo organizado e imparcial y de la probabilidad razonable de que la intervención contribuya a que el Estado intervenido vuelva a organizarse de modo autónomo y pacífico. Estas condiciones remiten a la cuestión de quién establece los límites a los Estados soberanos y cuál es su justificación, cuestiones que suponen plantearse la autoridad del orden internacional y el peso moral de los Estados.

En tercer lugar, la soberanía implica status e inclusión en la comunidad internacional en *igualdad* con otros agentes soberanos. El poder de regular la vida de una comunidad determinada y la libertad frente a la interferencia externa sólo se justifica en un contexto internacional igualitario en el que cada comunidad tiene el mismo poder y libertad. Para ejercer su responsabilidad como miembro de la comunidad internacional todo Estado necesita el pleno reconocimiento de su personalidad jurídica por el Derecho internacional y, conforme al mismo, el poder de participar en condiciones de igualdad en los procesos de decisión. Es función de la comunidad internacional favorecer la superación de los desequilibrios políticos y



socioeconómicos globales y garantizar bienes públicos globales, de modo que los Estados tengan un control efectivo e igual en el bienestar de su comunidad y en el de la comunidad internacional. En presencia de desequilibrios de poder y grandes desigualdades sociales el modelo de legitimidad internacional basado en una asociación de Estados legítimos no es válido desde cualquier doctrina moral individualista. Es sólo en el contexto de un orden global justo en el que la autonomía estatal se legitima.

Esta idea de autonomía simultánea de una pluralidad de Estados, sin embargo, conculca uno de los caracteres esenciales de la soberanía: el de la unidad y la consecuente relación jerárquica de poderes (Kalmó y Skinner, 2010). Por ello, desde las primeras décadas del siglo XX se habla de la crisis del concepto por su incapacidad para dar cuenta de un modelo plural de organización social (Laski, 1921). En relación con el contexto supranacional, la autonomía simultánea sólo tendría cabida en la teoría de la soberanía si ésta se atribuye en último término al propio Derecho internacional que dota a cada una de validez y hace posible la coexistencia de los Estados como sujetos iguales. En otro caso, debería hablarse de una pluralidad de soberanos que difícilmente se reconocerían y respetarían mutuamente. La opción, escribió Kelsen, por uno u otro modelo supone la elección entre una ideología internacionalista y pacifista y una ideología nacionalista e imperialista (Kelsen, 1958: 462). Optar por un orden internacional constitucionalizado haría desaparecer la soberanía estatal como tal, puesto que no pasaría de ser el conjunto de competencias y derechos que el orden internacional atribuye a cada Estado; mientras que optar por la soberanía estatal reduciría el Derecho internacional a la voluntad subjetiva de los Estados de suscribir acuerdos y tratados.

En cambio, desde una perspectiva pluralista se puede considerar que el status de autoridad última y la autonomía de un Estado son compatibles con el igual status y autonomía de otros Estados y otros actores infraestatales y supraestatales. En un contexto de acciones y funciones de una diversidad de actores que se solapan de modo impreciso y fluctuante sin sumisión de unos a otros, la autoridad de cada uno no pretende agotar las identidades, alianzas y aspiraciones de los miembros o asociados. Se habla de una autonomía sin exclusividad. En este contexto plural, se piensa que, puesto que el concepto de soberanía sigue formando parte del lenguaje del Derecho constitucional de los Estados, debe ser reinterpretado en un sentido acorde con la nueva realidad (MacCormick, 1999; Walker, 2003). Esta opción pluralista se considera, además, normativamente preferible como modelo de organización político-jurídica de la esfera internacional, en la medida en que las instituciones nacionales y transnacionales se compenetran y compensan de modos diversos y variables para ordenar democráticamente la compleja realidad social (Cohen, 2010: 273; Chayes y Chayes, 1998).

La opción por el monismo o el pluralismo político-jurídico y el papel de la soberanía en nuestros días puede plantearse desde un punto de vista empírico o pragmático desde el que el concepto ha perdido gran parte de su capacidad explicativa. La naturaleza embrionaria del Derecho constitucional internacional y la pluralidad de sedes autónomas con capacidad de dominio e influencia en las decisiones públicas de nuestros días está mejor representada en la idea del pluralismo político-jurídico que en la de un orden jerárquico único. Pero un planteamiento normativo obliga a cuestionarse si una ética de la responsabilidad política basada en el mutuo reconocimiento y respeto de varios sistemas con pretensiones de autoridad en conflicto es un modelo adecuado de legitimidad para el orden global (Estados postsoberanos en una confederación global no soberana). Puede pensarse que este modelo es inadecuado e insuficiente para corregir los

fallos de la globalización económica o social. Una reinterpretación cosmopolita de la soberanía estatal no deja de ser la expresión del deseo de que el sistema internacional de nuestros días supere la fase presente de mera tolerancia moral o mutuo reconocimiento y tienda a asumir la autoridad suprema conforme al modelo de legitimidad que tradicionalmente ha representado la idea de soberanía. Pero, al mismo tiempo, aquella reinterpretación debería resaltar la relevancia que en ese nuevo orden internacional han de seguir teniendo los Estados como instancias esenciales para la participación y la redistribución. Ello supone desarrollar modelos descentralizados a los que apelan conceptos como los de organización multinivel o espacios múltiples. En ellos, la soberanía podría interpretarse como un llamamiento a una nueva racionalización del poder que discipline jurídicamente la acción de cualquier agente con pretensión de autoridad, pudiendo estar fragmentada en una multiplicidad de escalas (Agnew, 2009; Estevez Araujo, 2006). Pero esta afirmación no debe hacernos olvidar, como alertan en nuestros días numerosas voces, que las connotaciones históricas del término tienen el riesgo de acabar justificando una visión cerrada y nacionalista de la política. Más allá de la dimensión teórica del concepto, su uso sin matizaciones puede influir negativamente de manera determinante en los Estados más débiles y los derechos de sus miembros (Krasner, 2001).

Bibliografía

- AGNEW, J. (2009), *Globalization and Sovereignty*, Rowman and Littlefield, New York.
- BARTELSON, J. (1995), *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BODIN, J. (1985), *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid.
- CABO, Del y PISARELLO, G. (eds.) (2000), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante.
- CHAYES, A. y CHAYES, H.A. (1998), *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge.
- COHEN, J.L. (2010), "Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective", en BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- DUGUIT, L. (1924), *Soberanía y libertad*, Francisco Beltrán, Madrid.
- ENDICOTT, T. (2010), "The Logic of Freedom and Power", en BESSON, S. y TASIOLAS, J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- ESTEVEZ ARAUJO, J.A. (2006), "Crisis de la soberanía estatal y constitución multinivel", *Revista Direito GV*, Vol.2, Núm. 2, pp. 149-164.
- GARZÓN VALDES, E. (1993), "Las limitaciones jurídicas del soberano", en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- HART, H.L.A. (1990), *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HELLER, H. (1995), *La soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México.
- HINSLEY, F. H. (1972), *El concepto de soberanía*, Editorial Labor, Barcelona.
- HOBBS, Th. (1992), *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid.
- JOUVENEL, B. de (1957), *Sovereignty: An Inquiry into the Political Good*, University of Chicago Press, Chicago.
- KALMO, H. y SKINNER, Q. (2010), *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KELSEN, H. (1958), *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.



- KRASNER, S.D. (2001), *Soberanía, hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona.
- LASKI, H.J. (1921), *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, Harcourt, Brace and Company, Nueva York.
- MacCORMICK, N. (1999), *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford.
- McILWAIN, C.H. (1939), *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge University Press, Nueva York.
- PEREZ SERRANO, N. (1933), *El concepto clásico de Soberanía y su revisión actual*, Tipografía de Archivos Olózaga, Madrid.
- PEREZ TRIVIÑO, J.L. (1998), *Los límites jurídicos al soberano*, Tecnos, Madrid.
- POGGE, T. (1992), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *Ethics*, Núm. 103, pp. 48–75.
- PROKHOVNIK, R. (1999), "The State of Liberal Sovereignty", *British Journal of Politics and International Relations*, Vol.1, Núm. 1, pp. 63-83.
- REES, W.J. (1957), "The Theory of Sovereignty Restated", en LASLETT, P. (ed.), *Philosophy, Politics and Society*, Blackwell, Oxford.
- ROSS, A. (1969), "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de Derecho constitucional", en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- ROUSSEAU, J.J. (1980), *Del Contrato Social. Discursos*, Alianza Editorial, Madrid.
- SCHMITT, C. (2009), *Teología política*, Trotta, Madrid.
- WALKER, N. (ed.) (2003), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford.



Representación política*

Massimo Cuono

Università di Torino

massimocuono@gmail.com

Resumen

La representación política es uno de los conceptos clave de la política moderna. El verbo representar significa tanto “hablar en nombre de otro” como “reflejar alguna realidad”. En el ámbito político, el primero de los dos significados hace referencia a la teoría del estado liberal moderno, mientras que el segundo – cuando es combinado con el primero – hace referencia a los estados propiamente democráticos.

163

Palabras clave

Representación, gobernabilidad, intereses, democracia, sistemas electorales.

Political Representation

Abstract

Political representation is a key concept of modern politics. The verb “to represent” means both “speaking in the name of someone” and “reflecting a certain reality”. In the political language, the first meaning concerns the theory of modern liberal government, while the second – if combined with the first – concerns democratic government as such.

Keywords

Representation, governability, interests, democracy, electoral systems.

* Traducido del italiano por Álvaro Núñez Vaquero

In the grand discovery of modern times, the system of representation, the solution of all the difficulties, both speculative and practical, will perhaps be found.

James Mill, *Government*, 1814

1. El gobierno representativo y la política de los modernos

El verbo representar (del latín *repraesentare*) significa literalmente “hacer presente aquello que está ausente”. En el léxico político, este término reúne al menos dos significados más específicos. Según la reconstrucción propuesta por Carl Schmitt (1928) –y más tarde retomada también por Gerhard Leibholz (1933)– en su primer significado, por “representar” se entiende: (i) “actuar o hablar por cuenta o en nombre de otro” (representación como *Vertretung*). Por el contrario, (ii) en su segundo significado, por “representar” se entiende “reflejar una realidad” (representación como *Repräsentation*). El primero de los dos significados se ha consolidado sobre todo en el lenguaje jurídico, mientras que el segundo es más cercano al léxico filosófico (Brunet, 2004). En el lenguaje político ambos significados se sobrepone y se confunden; es suficiente recordar los epítetos típicos de la institución representativa por excelencia: se habla del parlamento como “cámara de representantes” y también como de “espejo de las sociedad”. Los dos significados están presentes, por ejemplo, en las *Considerations on Representative Government* (1861) de John Stuart Mill.

Si bien se trata de una noción difusa ya en el mundo antiguo –prueba de ello son algunas instituciones del derecho romano como el *mandatum* y la *negotiorum gestio*– la representación, en su significado específicamente político-jurídico, se consolida con el nacimiento del estado moderno. Ya Hobbes (1651) concibe la representación política (*r.p.*) como una relación de autorización para tomar decisiones vinculantes para todos, realizada por individuos libres e iguales, y otorgada a un monarca o a una asamblea (el actor) (Jaume, 1986). La consolidación de ideas políticas de cuño individualista, mecanicista y (consecuentemente) anti-aristotélico, produce un cambio de paradigma filosófico-político que permite la consolidación de la concepción moderna de la *r.p.* No importa cuán *representativo* sea (respecto del estado) el soberano por derecho divino (intérprete de los intereses y valores de los súbditos): para *representar* a todos los ciudadanos (poder hablar legítimamente en su nombre) es necesario que los gobernantes sean designados por los gobernados. Dada las dimensiones de los estados modernos, como ya señaló James Madison (1788), los ciudadanos no pueden participar en el proceso decisonal si no mediante asambleas representativas.

Durante el periodo de la guerra civil inglesa (1642-1660), tanto en los discursos del rey como en los de los miembros del parlamento, había referencias al “pueblo” que ambos pretendían “representar”. Sin embargo, solo los representantes del parlamento podían vanagloriarse de tener algún tipo de investidura electiva, si bien muy distante de aquello que hoy denominaríamos “elecciones democráticas” (Morgan, 1989; Mastropaolo, 2011). El rey “representaba” al pueblo en el sentido en que hoy se dice que la “bandera representa al estado”; la Cámara de los Comunes, por el contrario, nace como órgano formado por *representatives*, a diferencia de la Cámara de los Lores, compuesta precisamente por *particular persons* (Pitkin, 1967).

Durante la revolución americana del 1776 se sancionó el principio según el cual a ningún individuo se le puede pedir contribuir socialmente mediante impuestos, sin que aquel sea de algún modo implicado en la toma de decisiones colectivas

(mediante sus *representantes*), según reza el más antiguo lema *no taxation without representation*.

La *r.p.*, en su primer significado (hablar *por* el representado), constituye entonces la condición necesaria de la formación del “estado liberal representativo” en el que una asamblea decide *en lugar de* los ciudadanos que, de algún modo, han contribuido a elegir dicha asamblea (Bovero, 2000). En el célebre discurso *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1819), Benjamin Constant –en relación a la política moderna– afirma que “El sistema representativo no es otra cosa que una organización con cuya ayuda una nación descarga en algunos individuos lo que ella no puede o no quiere hacer por sí misma”. Será necesario esperar hasta las reivindicaciones de los movimientos democráticos que reclaman el sufragio universal para asistir a la introducción en el léxico político del segundo significado de *r.p.*: hablar *como* el representado, *reflejando* su voluntad. El estado democrático moderno, de hecho, se diferencia de la democracia de los antiguos precisamente porque quien toma las decisiones son los *representantes* de los ciudadanos, libremente elegidos mediante elecciones con sufragio universal, donde cada voto cuenta lo mismo que el de los otros (Finley, 1973). En este sentido, el parlamento se denomina democrático –no solo en cuanto compuesto por representantes sino también– porque *representa* las diferentes realidades de las que se compone la sociedad.

Cuando se razona sobre el concepto de *r.p.*, la preguntas analíticas fundamentales son las siguientes: “¿quién es (o debe ser) representado?” y “¿quién es (o debe ser) el representado?”. Si las preguntas se refieren a la primera de las dos nociones de *r.p.*, entonces surge el problema de la relación entre la *r.p.* y la presentación de los intereses. En cambio, cuando se hace referencia al segundo ámbito de significados en el que se habla de *r.p.*, surge el problema –típicamente democrático– de los mecanismos de designación de los representantes: los llamados sistemas electorales.

2. Hablar en nombre de los representantes

El análisis de esta primera familia de usos de *r.p.* reenvía directamente a la naturaleza de la relación entre representantes y representados, y a la pregunta sobre qué tipo de *mandato* vincula a los primeros con los segundos. Durante la revolución francesa, se consolida el principio del “mandato libre” –es decir, la prohibición del mandato imperativo o vinculado– tal y como es proclamado por la Constitución de 1791, y más tarde recogido en gran parte de las constituciones liberal-democráticas sucesivas: “Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat” (Violante, 1981; Goldoni, 2009).

Además de encontrar su fundamento en la ideología moderna individualista y mecanicista –que reivindica la abolición de los cuerpos intermedios y la igualdad de los individuos en el voto–, la prohibición del mandato imperativo estaría justificada, según Max Weber (1922), también por la incompatibilidad entre la regla de la mayoría (que a su vez se basa en la máxima “cada cabeza, un voto”) y la representación de los intereses, que es más bien una categoría vinculada a métodos decisionales de carácter negocial que requieren la unanimidad.

En efecto, el representante *político* no es un *delegado* que representa los intereses particulares de los propios electores o de su propia circunscripción, sino que más bien es un fiduciario que se sienta en el parlamento para discutir con los otros representantes, a la vista de los intereses de la entera nación y, por tanto, sin

vínculo de mandato (Bobbio, 1999). Tal oposición –defendida por autores muy distantes entre sí, como Burke (1774), Sieyès (1789) o Hegel (1820)– ha sido objeto de crítica tanto desde la derecha como desde la izquierda. Por un lado, por ejemplo, Leo Strauss (1953) la considera un mecanismo que contrasta con cualquier sedimentación identitaria de una comunidad; por el otro, Marx (1842-43) considera que la *r.p.* es un instrumento de dominación burguesa, gracias a la cual se instaura un sistema –aunque electivo– oligárquico en el que una clase particular sustituye al monarca absoluto. La solución marxista consiste en la instauración de un sistema representativo, tal y cómo subsiste en el derecho privado, entre el mandante y el mandatario y, por tanto, con posibilidad de revocar el mandato.

La defensa del mandato libre se opone a la concepción de la representación de intereses de tipo orgánico, propias por ejemplo de la ideología del *ancien régime* y más tarde retomadas por el socialismo de las “Gilde” y por el fascismo en la “Camera dei fasci e delle corporazioni”.

Según Hans Kelsen (1929), la *r.p.* constituye una “gigantesca ficción” que esconde el artificio retórico introducido en la expresión “soberanía popular” (Greppi, 2012). En el momento en el que el elegido deja de “representar” al propio elector –es decir, deja de hablar exclusivamente *en nombre* de los ciudadanos particulares que lo han elegido– ya no sería un representante en sentido propio. Según Kelsen, en los estados representativos –liberales pero también democráticos– la soberanía le corresponde al parlamento, y la *r.p.* no es otra cosa que un expediente técnico para tomar decisiones colectivas legitimadas por el consenso de los gobernantes dentro de un proceso decisonal que se legitima en la medida en que parece iniciar desde abajo (Córdova Vianello, 2009). Esto significa únicamente que Kelsen no va más allá de la concepción privatista de la representación, y que proyecta ésta en el ámbito político sin modificaciones.

A partir de la constatación de la permanencia de los cuerpos intermedios en los estados modernos democráticos, Norberto Bobbio (1984) afirmaba que ningún vínculo constitucional ha sido tan constantemente violado como la prohibición de mandato imperativo. Los factores que concurren todavía hoy a confirmar tal diagnóstico son varios: desde el fenómeno de la “disciplina de partido”, a los efectos de los así llamados neocorporativos (producidos por la notable relevancia en el espacio público de instituciones de agregación de intereses, como sindicatos y asociaciones de categoría). Las principales críticas contemporáneas a la democracia representativa se concentran precisamente sobre este aspecto. Tanto en su versión descriptiva como en aquella prescriptiva, los autores de la llamada *governance theory* estudian los nuevos procesos negociales, los cuales suponen la implicación de los interesados (*stakeholder*) en las decisiones, sean sujetos individuales o grupos. Tales procedimientos se acercan, o incluso en algunos casos sustituyen, el tipo de decisiones tomadas por mayoría en asambleas representativas (bajo la forma de *leyes* generales y abstractas).

3. Hablar como los representantes (o representados)

El análisis de la segunda familia de significados presentes en el concepto de *r.p.* reenvía al tema del *reflejo* de la sociedad en las instituciones representativas (Lifante Vidal, 2009). El uso del verbo “reflejar”, sin embargo, contiene en sí todavía muchas ambigüedades que se encuentran en afirmaciones tales como, por ejemplo, “el parlamento no refleja la proporción social entre hombre y mujeres”, o “la exclusión de los partidos extremistas no refleja las orientaciones del país”.

La primera afirmación reenvía al léxico sociológico que analiza la

composición sociográfica y territorial de las asambleas (*descriptive representation*), y que asume relevancia política en las reivindicaciones de sufragio activo y pasivo por parte de grupos sociales excluidos o de minorías étnicas marginadas. Hoy, por ejemplo, existen cláusulas especiales en las leyes electorales que garantizan la “representación” de las minorías lingüísticas, y se discute sobre mecanismos correctivos que aumenten la presencia de algunas categorías dentro de las asambleas como, por ejemplo, las “cuotas rosas” para las mujeres.

La segunda acepción de *r.p.* como reflejo es propia del lenguaje más específicamente político, y reenvía a la capacidad de los partidos para agregar las preferencias individuales de los electores, por un lado, y de los representantes para actuar políticamente de acuerdo con las preferencias valorativas de los representantes, por el otro (Przeworski, Stokes y Manin, 1999).

Este segundo significado asume relevancia política cuando se discute sobre sistemas electorales y su representatividad, sobre todo en relación a la introducción de sistemas electorales proporcionales. Un ejemplo se encuentra en los documentos de diferentes asociaciones del siglo XIX como la *Association réformiste* (Genève 1865), la *Proportional Representation League* (New York 1867), la *Proportional Representation Society* (London 1869) o la *Associazione proporzionalista* (Roma 1871).

Un sistema electoral no es otra cosa que un método para transformar los votos de una elección en los escaños en una asamblea. La teoría es unánime a la hora de clasificar los sistemas electorales en dos grandes familias: *mayoritarios* (sistemas con circunscripciones uninominales) y *proporcionales* (con escrutinio de lista).

Allí donde rige un sistema de tipo mayoritario, el territorio es dividido en tantas circunscripciones como escaños haya que asignar. Cada uno de estos colegios electorales expresa la preferencia por uno de los candidatos en liza, y el más votado es elegido. En este sistema, cada colegio elige un solo representante, razón por la cual normalmente es definido como sistema uninominal (*first-past-the-post* o *winner-takes-all*). Dentro de esta familia de procedimientos, los sistemas más difundidos son: en primer lugar, los uninominales a un solo turno (*plurality system*) – usado, por ejemplo, para elegir la *Cámara de los Comunes* o el *Congreso estadounidense*– en el que el candidato más votado resulta automáticamente elegido; en segundo lugar, el uninominal a doble turno (*two-ballot* o *runoff election plurality system*) –usado, por ejemplo, en la elección de los miembros de la *Asamblea nacional francesa*– en el que los candidatos más votados (o aquellos que han superado un determinado porcentaje de votos) compiten en un sucesivo turno electoral, normalmente a breve distancia temporal del anterior, resultando elegido el candidato ganador solo después de este segundo turno.

Allí donde rige un sistema electoral de tipo proporcional, el territorio se reparte en una o más circunscripciones (en Israel, por ejemplo, hay una sola circunscripción) en las que los electores tienen que elegir una lista (un partido). Después del voto, a cada lista se le reconoce un número de escaños proporcional a los votos obtenidos, y solo después se designan los representantes con base en diferentes posibles modalidades. Por ejemplo, en las elecciones para el *Congreso español*, se eligen los miembros de las listas a partir del primer candidato del partido (sistema de listas cerradas); en las elecciones a la *Camera dei deputati* italiana (antes de la reforma electoral de 1993) eran elegidos los candidatos más votados de cada una de las listas (sistema de preferencias); en las elecciones al *Bundestag* alemán se aplica un sistema mixto que, después del cálculo proporcional de los

votos obtenidos por cada lista, declara elegidos a los candidatos de los colegios uninominales vinculados a las listas proporcionales y, en un segundo momento, en orden decreciente declara elegidos a los candidatos de las diferentes listas (cerradas). Los sistemas proporcionales se pueden clasificar según los diferentes métodos matemáticos utilizados para determinar el número de escaños en proporción al número de votos. Tales métodos se pueden agrupar en dos grandes familias: método del coeficiente o de los restos más altos (entre los cuales los más usados son el Hare, Hagenbach-Bischoof y el Imperiali) y los métodos de los divisores o de las medias más altas (siendo los más usados el D'Hondt y el Sainte-Laguë).

Los sistemas proporcionales tienden a “fotografiar” de manera bastante realista las preferencias políticas presentes dentro de la sociedad, y son por ello considerados más representativos. Los sistemas mayoritarios, por el contrario, prometen garantizar un mayor vínculo entre los electores y los elegidos de cada circunscripción, pero distorsionan la representación general –esto es, la representatividad-reflejo del órgano representativo– creando fuertes discrepancias entre los porcentajes de voto obtenidos por las diferentes fuerzas políticas y el número de escaños atribuidos.

En la literatura existe una larga tradición que atribuye a los sistemas mayoritarios la capacidad de garantizar una mayor gobernabilidad o estabilidad del sistema político (Pasquino, 1997), permitiendo distinguir entre sistemas *de gabinete* con mayorías parlamentarias estables y ejecutivos fuertes, por un lado, y los sistemas más propiamente parlamentarios caracterizados por una fuerte fragmentación de los partidos y gobiernos débiles, por el otro (Sartori, 1987). La teoría según la cual existiría una relación de proporcionalidad inversa (*tradeoff*) entre la *representatividad* de las instituciones y la gobernabilidad de un sistema político se ha convertido en hegemónica a partir de la mitad de los años setenta del siglo XX (Huntington, Crozier y Watanuki, 1975), si bien está presente –frecuentemente de manera implícita– al menos desde la literatura sobre la caída de la República de Weimar. No obstante, tal tesis no resulta siempre empíricamente verificada: es suficiente recordar las elecciones de 2010 en Gran Bretaña, donde ningún partido obtuvo la mayoría de los escaños pese al sistema uninominal a un solo turno.

En el intento de combinar representatividad y gobernabilidad –o, más modestamente, de reducir la fragmentación de las asambleas, evitando que los pequeños grupos determinen la suerte de las decisiones de los parlamentos– se recurre con frecuencia a métodos correctivos (también dentro de los sistemas proporcionales). Entre los mecanismos más comunes encontramos los siguientes: las barreras electorales (es decir, límites mínimos de votos necesarios a los partidos para acceder a la representación parlamentaria); el premio de mayoría, que favorece al partido o partidos que han obtenido mayor número de preferencias; la creación de circunscripciones electorales muy pequeñas, que no permiten a los partidos menores entrar en el parlamento, incluso en ausencia de barreras electorales explícitas (cuanto más alto sea el número de colegios, menor será el número de representantes por circunscripción). La entidad de las distorsiones varía según el uso que se haga de tales instrumentos, pero puede crear notables desproporciones entre el porcentaje de votos obtenidos y el número de escaños de una lista. Este es el caso, por ejemplo, de la barrera electoral del 7% prevista en la reforma rusa de 2005 para las elecciones a la *Duma*; o del sistema para las elecciones de la *Camera dei deputati* en Italia después de la reforma de 2005, que garantiza a la coalición de partidos que obtiene el mayor número de votos (no importa cuál sea el porcentaje que alcance) el 55% de los escaños; o el sistema vigente para el *Congreso* español, donde el alto número de circunscripciones –52 circunscripciones para 350 escaños–

tiene como efecto “barreras electorales de hecho” que, en un tercio de las circunscripciones, superan el 20%.

4. Conclusiones: la representación negada

La *r.p.* perfecta de cualquier colectividad es lógicamente imposible salvo que –como en la democracia ateniense y en el modelo imaginado por Rousseau (1762)– cada ciudadano no represente a nadie más que así mismo. En los sistemas representativos modernos, donde un pequeño número de parlamentarios “representa” –en ambos sentidos (hablar “por” y hablar “cómo”)– a un gran número de ciudadanos, el presupuesto de la representatividad democrática es el sufragio universal.

En el transcurso de los siglos, el sufragio en los países democráticos ha ido extendiéndose progresivamente. No obstante, todavía existen muchos obstáculos para la real igualdad en los derechos políticos (sufragio activo) y en el acceso a las cargos públicos (sufragio pasivo).

Hoy, en la inmensa mayoría de las democracias, un altísimo número de inmigrantes que residen establemente no tienen acceso al derecho al voto, aunque estén obligados al respeto de la ley y al pago de impuestos. Por el contrario, con mucha frecuencia ciudadanos nacidos (o descendientes de nacidos) en ese mismo país mantienen el derecho aunque residan en el extranjero de manera estable.

Además, las desigualdades de poder político, económico e ideológico-mediático inciden fuertemente en la elección de los candidatos y en su capacidad para ser elegidos como representantes (Meaglia, 2006). A ello hay que añadir que tales situaciones se ven frecuentemente agravadas por reglas técnicas –como la inscripción obligatoria en las listas electorales en los Estados Unidos y en Francia, donde últimamente tal obligación, no obstante, se ha atenuado– que tradicionalmente han favorecido de hecho a algunas categorías sociales.

Un ulterior problema en el centro del debate político actual tiene que ver con el llamado déficit democrático de las instituciones supranacionales –entre las cuales destaca, por encima de todas, la Unión Europea–, cada vez más relevantes en la producción de normas vinculantes para los ciudadanos de los estados parte, pero muy frecuentemente carentes de la suficiente representatividad democrática.

Bibliografía

- BOBBIO, N. (1984), *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino
- BOBBIO, N. (1992), *El futuro de la democracia*, Planeta-Agostini, Barcelona.
- BOBBIO, N. (1999), “Rappresentanza e interessi”, en *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino.
- BOBBIO, N. (2003), “Representación e intereses”, en *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid.
- BOVERO, M. (2000), *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari
- BOVERO, M. (2002), *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid.
- BRUNET, P. (2004), *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, LGDJ, París.
- BURKE, E. (1801[1774]), *Speech to the Electors of Bristol*, Rivington, Londres.
- CÓRDOVA VIANELLO, L. (2009): *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

- CROZIER, M., HUNTINGTON, S.P. y WATANUKI, J. (1975), *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York University Press, New York.
- FINLEY, M.I. (1973), *Democracy Ancient and Modern*, Chatto & Windus, Londres.
- FINLEY, M.I. (1980), *Vieja y nueva democracia y otros ensayos*, Ariel, Barcelona.
- GOLDONI, M. (2009), *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze University Press, Florencia.
- GREPPI, A. (2012), *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid.
- HEGEL, H.W.G. (1820), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, F. Meiner, Leipzig.
- HOBBS, Th. (1909[1651]), *Leviathan*, Clarendon Press, Oxford.
- JAUME, L. (1986), *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Presses universitaires de France, París.
- KELSEN, H. (1929), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen.
- LEIBHOLZ, G. (1933), *Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild*, Duncker & Humblot, München.
- LIFANTE VIDAL, I. (2009), "Sobre el concepto de representación", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 32, pp. 497-524.
- MADISON J., HAMILTON, A. y JAY, J. (2009[1788]), *The Federalist*, Harvard University Press, Cambridge.
- MANIN, B. (1997), *The principles of representative government*, CUP, Cambridge.
- MANIN, B. (1998), *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid.
- MARX, K. (1965[1842-1843]), *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel*, Ediciones Nuevas, Buenos Aires.
- MASTROPAOLO, A. (2011), *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Bollati Boringhieri, Torino.
- MEAGLIA, P. (2006), *Il potere dell'elettore. Elezioni e diseguaglianza politica nel governo democratico*, Città Aperta, Troina.
- MINEUR, D. (2010), *Archéologie de la représentation politique. Structure et fondement d'une crise*, Presses de Sciences Po, Paris.
- MORGAN, E.S. (1989), *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Norton, New York.
- PASQUINO, G. (1997), *Nuovo corso di scienza politica*, il Mulino, Bolonia.
- PITKIN, H.F. (1967), *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley.
- PITKIN, H.F. (1985), *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PRZEWORSKI, A., STOKES, S.C. y MANIN, B. (1999), *Democracy, Accountability, and Representation*, CUP, Cambridge.
- ROSANVALLON, P. (1998), *Le peuple introuvable: Histoire de la représentation démocratique en France*, Galimard, París.
- ROUSSEAU, J.-J. (2011[1762]), *Du contrat social*, Flammarion, París.
- SARTORI, G. (1987), "Rappresentanza", en *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, pp. 269-293.
- SARTORI, G. (1999), "Representación", en *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid.
- SCHMITT, C. (1928), *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München.
- SHAPIRO, I., STOKES, S.C. y WOOD, E.J. (2010), *Political Representation*, CUP, Cambridge.
- SIÈYES, E. (2009[1789]), *Qu'est-ce que le tiers état?*, Flammarion, París.
- STRAUSS, L. (1953), *Natural Right and History*, University of Chicago Press, Chicago.
- URNINATI, N. (2006), *Representative Democracy: Principles and Genealogy*, The University of Chicago Press, Chicago.

- VIOLANTE, P. (1981), *Lo spazio della rappresentanza. Francia 1788-1789*, Ila Palma, Palermo.
- WEBER, M. (1922), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen.



Corrupción

Santiago Carassale
Flacso, México
sandres@flacso.edu.mx

Resumen

La siguiente voz trata del término corrupción, se parte entendiendo dicho término como un concepto esencialmente disputable, esto es, como un concepto que refiere de manera polémica sobre la realidad que pretende describir. Es por esto que la voz busca reconstruir una mirada particular sobre el uso del concepto corrupción. Parte de la historia política de la democracia, de las preguntas sobre el fundamento de la división política, los extremos a los que esta puede conducir, llegando a la corrupción y a la guerra civil. Por otra parte, y asociado a esta entrada, se recurre a los estudios socio-antropológicos de la corrupción los cuales encuentran las raíces de este fenómeno en la división social extrema, en las relaciones de poder desigual entre grupos.

Palabras clave

Corrupción, facción, interés, representación, exclusión de grupos, compromiso moral.

172

Corruption

Abstract

This article explores the multiple meanings and realities that we name under the key term corruption. In order to develop an understanding of these multiple meanings and realities, we conceive the term corruption as an essentially contestable concept, as a concept that refers controversially to the reality it purports to describe. With this objective in mind the article reconstructs some historical instances where the phenomenon and the concept corruption play a central role on the political and social life of the communities. In the first part, I focus in the political history of democracy, its effects on the political factionalism, which can lead to extreme positions, resulting in corruption and civil war. In the second part, I review the socio-anthropological perspectives on corruption, which analyzes extreme social division in unequal power relations between groups, in order to understand the social roots of this phenomenon. I focus particularly in the correlates between the phenomenon of factionalism and extreme social division.

Keywords

Corruption, faction, interest, representation, social exclusion, moral commitments.

El término corrupción, como todo término del lenguaje cotidiano, presenta una particular polisemia que se ve multiplicada cuando éste se redefine en distintos marcos disciplinarios. Pero el problema no se reduce a la multiplicidad de usos por medio de los cuales se refieren aquello que se busca significar con dicho término, sino que su uso referencial está en disputa, éste es el caso del concepto de corrupción. Un concepto es esencialmente disputable, de acuerdo a Conolly (1993: 10) en tanto es: 1) un término evaluativo, es decir que acredita un logro valorado (o a su ausencia como es el caso de corrupción); 2) cuando la práctica descrita es internamente compleja, su caracterización implica una multiplicidad de dimensiones; 3) cuando las reglas acordadas y disputadas de su uso son relativamente abiertas. Todos estos problemas del uso de un concepto implican tomar determinadas decisiones mínimas que puedan orientar básicamente a los lectores. Por un lado, la caracterización del concepto va a privilegiar determinados campos discursivos: la filosofía política y la investigación en ciencias sociales, dejando de lado los discursos políticos, de ONG's, la opinión pública y los Organismos Internacionales. Pero, además, en el caso de la filosofía política se va a seguir una ruta precisa que permita articular después determinadas discusiones en las ciencias sociales, si bien no descartamos otras entradas posibles al tema, nos parece fundamental ésta como una vía heurística. En este caso el hilo conductor va a ser el lugar de las facciones como elemento que explica la corrupción de la política democrática.

Según Dobel (1976: 958) se puede entender la corrupción "como la incapacidad moral de los ciudadanos de formar compromisos moralmente desinteresados hacia acciones, símbolos e instituciones que benefician al bienestar colectivo". La pérdida de compromiso con el bienestar colectivo emerge a partir de órdenes sociales que se caracterizan por una desigualdad sistemática de riqueza, poder y estatus. El resultado de esta situación es la generación de pautas de competencia y conflicto político que resultan en una política de facciones cuasi gubernamentales y una división social crecientemente polarizada. La política de facciones conduce a minar la eficacia de las estructuras políticas básicas y a la emergencia de una corrupción sistemática en todos los aspectos de la vida política. La traducción de este factor de faccionalismo a los problemas planteados por las ciencias sociales se da a partir de la noción de la división en grupos sociales. El tratamiento de ésta problemática se va a plantear subrayando las perspectivas socio-antropológicas de la corrupción. En el trasfondo de esta perspectiva se da no solo un desplazamiento de énfasis en los fenómenos a ser relevados, como sería por ejemplo: causas económicas frente a causas sociales y culturales. También hay una diferencia mucho más profunda que genera la contestabilidad del concepto, y es la de cómo se entiende el surgimiento de la división en grupos, la interacción entre éstos y los efectos de la división social extrema: cómo se generan las jerarquías y desigualdades sociales, qué tipo de sentidos morales hay detrás de estas jerarquías y desigualdades, qué tipo de desconfianza producen y cómo es que afectan a la definición misma de la corrupción y a las instituciones y la práctica político-estatal.

1. Las facciones, la democracia y la corrupción

El tema de las facciones como un factor de corrupción de los regímenes democráticos aparece en dos momentos centrales de la historia de la democracia. Por un lado, en la Grecia antigua en donde desde el comienzo de la democracia aparece el problema de las facciones políticas. Otro momento histórico lo constituye el surgimiento de la democracia representativa en la independencia de Estados Unidos. Un problema clave de la democracia griega fue el control de la *stasis* (término que designa tanto partido, partido formado con propósitos sediciosos, como facción, guerra civil o revolución) la cual conduce a la guerra civil, a la sedición y la

disrupción del orden social, tal como afirma Loraux (2008: 102). Lo opuesto a la *stasis*, afirma Euben (1989: 223), es la moderación, entendida como equilibrio, ponderación y límite. Cuando la política se mueve en un contexto caracterizado por la *stasis*, hay muy poca estabilidad que lleva a la audacia política e intelectual, aunque también a la improvisación, al oportunismo y a la temeridad. Pero también se da el caso de asumir posiciones extremas como el tradicionalismo, parroquialismo y religiosidad. Estas dos situaciones conducen a la división social y a la corrupción política. El primer caso de corrupción política de una democracia lo narra Tucídides en *La historia de la guerra del Peloponeso*, cuyo tema central es la guerra civil entre las ciudades griegas. Será la primera vez en que una guerra es comprendida bajo este término: civil, y no será por azar que aparezca por primera vez el problema de la corrupción política. El caso ocurre en la ciudad de Corcira, la cual se presenta como un teatro de la corrupción política en donde, de acuerdo a Tucídides (1982: III, 84, 4-7), cambiaron "incluso el significado normal de las palabras en relación con los hechos, para adecuarlas a su interpretación de los mismos. La audacia irreflexiva pasó a ser considerada un valor fundado en la lealtad al partido, la vacilación prudente se consideró cobardía disfrazada, la moderación, máscara para encubrir la falta de hombría, y la inteligencia capaz de entenderlo todo incapacidad total para la acción; la precipitación alocada se asoció a la condición viril, y el tomar precauciones con vistas a la seguridad se tuvo por un bonito pretexto para eludir el peligro (...). (E)stas asociaciones no se constituían de acuerdo con las leyes establecidas con vistas al beneficio público, sino al margen del orden instituido y al servicio de la codicia. Y las garantías de recíproca fidelidad (juramentos) no se basaban tanto en la ley divina cuanto en la transgresión perpetrada en común." En suma la división política y social, llegada a su caso extremo implica la generación de un clima de desconfianza que conduce a la corrupción. La preocupación central de la política ante tal corrupción fue la generación de un régimen político que moderase los extremos que conducen a la corrupción de la vida social. El régimen republicano fue una respuesta a esta situación de corrupción facciosa, una de las claves de este régimen para la moderación de los extremos fue el cultivo de la virtud política.

El problema de la corrupción y la virtud en la política se vuelve a plantear en la revolución Norteamericana, en un juego de rupturas y continuidades con la antigüedad, lo cual expresa una ambivalencia con la modernidad. La suspicacia que se plantea revela un temor a la modernidad, la cual se expresa ideológicamente en la amenaza a la virtud por la corrupción (Pocock, 1975: 509). Si por un lado el discurso liberal moderno dominante ve a la corrupción como un fenómeno puramente individual, hay un discurso paralelo que ve a la corrupción como un problema político central, y que es entendido a partir de términos morales. Esta tensión se visualiza en *El Federalista*, donde se expresa la disputa moderna por la referencia del término corrupción. Por un lado se parte de que el egoísmo es irradicable de la vida de los hombres, no es posible contenerlo o educarlo por la virtud, por lo que la única solución que se encuentra es utilizarlo contra sí mismo, lograr el balance entre la libertad y la autoridad no por la intención de los hombres sino a pesar de sus intenciones. Sin embargo este corte entre virtud y corrupción presenta excepciones centrales que llevan a replantear esta relación. Por un lado se detecta un núcleo virtuoso en los padres fundadores de la democracia norteamericana, los cuales fundan la religión cívica del país. Sin embargo, la característica de esta religión es que no busca inspirar a las generaciones posteriores a emular acciones similares a las de los padres fundadores, sino lo contrario, a que sean innecesarias. De esta manera se construye así un núcleo de reglas y de identidad (sacro) que permite la persistencia temporal y espacial de la democracia representativa. Otro punto fundamental de innovación que coadyuva a esta persistencia temporal y espacial de la democracia es la teoría de la representación y fragmentación política. Un objetivo central de la teoría de la

representación fue salvar a la sociedad de la tiranía de la facción más poderosa. En este sentido es que *El Federalista* (1994, LI: 222) afirma que la sociedad debe de estar “dividida en tantas partes, tantos intereses diversos y tantas clases de ciudadanos, que los derechos de los individuos o las minorías no correrán grandes riesgos por causa de las combinaciones egoístas de la mayoría.” Para solucionar el problema de la facción se plantearon dos vías, por un lado representar los intereses más diversos y difusos posibles para evitar o debilitar la formación de facciones. Y en el caso circunstancial de que éstas se formasen están los aseguramientos institucionales para controlar, balancear y disipar su poder. La segunda forma en que se planteó resolver el tema de la facción se centró en la educación política, la cual apunta a dar a la gente el mismo interés y opinión. Este interés y la opinión se representan en que todos los seres humanos son animales auto-interesados, y que por lo tanto toda política realista debe respetar dicha naturaleza sin imponer ningún bien substantivo, “excepto -como dice Euben (1989: 242-, quizás el bien de que no hay ningún bien substantivo.” La política por tanto no debe buscar eliminar las facciones, sino a multiplicarlas para debilitarlas, teniendo como trasfondo un núcleo de tradición sacra, el del pacto político de los padres fundadores, sustraído al conflicto mismo. La política se convierte así en una “guerra de baja intensidad” que solo sobrevive reproduciéndose, y que por lo tanto vive de un incesante resurgir de la corrupción como efecto de esta “guerra”, lo cual orilla constantemente a la política democrática a vivir crisis producidas por la corrupción. Por otra parte, la desconfianza hacia los bienes últimos también introduce un elemento de conflicto, el cual vive de esta desconfianza a la vez que busca superarla. Por lo tanto, el sistema democrático representativo vive en definitiva de la crisis provocada por la corrupción y de la crítica de la misma, como afirma Koselleck (2007: 248-273).

Un hecho particular de corrupción y crisis política lo constituyó el caso Watergate. En junio de 1972, empleados del partido Republicano irrumpen, de manera ilegal y violenta, en las oficinas generales del partido Demócrata, ubicado en el edificio Watergate, en Washington D.C. Los republicanos tildaron a este acto de “robo de tercera categoría”, los demócratas lo describieron como el mayor acto de espionaje político ocurrido en Estados Unidos. En el momento, el caso no recibió mayor atención, en noviembre de ese año se realizaron las elecciones nacionales en donde el presidente republicano Richard Nixon fue reelecto. Dos años después, el caso Watergate producirá la mayor crisis política que en tiempo de paz ha ocurrido en Estados Unidos, el resultado fue la renuncia del presidente Nixon. El proceso sobre el caso Watergate comenzó siendo tratado en el Comité Selecto del Senado, en esta situación se presentaron dos posturas: para Nixon y sus seguidores el caso debería definirse como mera política, mientras que para los opositores el caso debía enmarcarse en términos morales. Cuando un año después en la Cámara de Representantes se volvió a plantear la disyuntiva: los “defensores de Nixon proponían una interpretación estrecha que sostenía que un funcionario habría de tener responsabilidad en el correspondiente delito civil. Los oponentes a Nixon proponían una interpretación extensa que incluía asuntos de moralidad política, irresponsabilidad y fraude” (Alexander, 2000: 233). La cuestión planteada era la profundidad de la crisis desatada por Watergate, la respuesta fue la destitución de Nixon. La fundamentación de esta destitución fue que el presidente transgredió las obligaciones impersonales que emanan del cargo, obligaciones que están dirigidas precisamente a limitar y controlar el interés y el comportamiento personal. En definitiva, el presidente hizo un uso faccioso y personal del cargo que le estaba encomendado, la consecuencia de esto fue la ruptura del orden instituido por la religión civil que constituye el fundamento de la democracia norteamericana.

2. Los grupos sociales, los sistemas de clasificación y la corrupción

Desde otro ámbito de las ciencias sociales, desde una perspectiva socio-antropológica, la corrupción se produce por condiciones sociales que generan una división social extrema. En este sentido, esta propuesta está en contra de ver a la corrupción como un fenómeno provocado por el mal comportamiento de funcionarios particulares, es ésta precisamente la definición del Banco Mundial: "el uso del cargo público para el beneficio privado". Para Scott (1972: 2-3), la corrupción es la división y exclusión de grupos del acceso a las decisiones políticas o a los recursos económicos, lo que hace de la corrupción un sistema político informal, integrado al sistema político. La corrupción en esta perspectiva es una forma de persuasión dirigida a la autoridad para realizar lo que se desea, es una forma de influencia, solo que a diferencia de otros medios de persuasión esta influencia se deriva del parentesco, la amistad o el soborno. Desde la perspectiva cultural, este proceso de influencia debe de ser visto como una conversación, como un ritual. En este sentido, afirman Shore y Haller (2005: 7), "la corrupción es una forma de intercambio: una relación polisémica y de múltiples vías, y parte de la manera en que los individuos se relacionan con el Estado."

Para los estudios culturales se debe de estudiar tanto la política como la poética de la corrupción, sin reducir a esta a un "arma de los débiles", sino que también se debe incluir a los contratos inflados, las prioridades de desarrollo distorsionadas, las desigualdades y la creciente incerteza y desconfianza como fenómenos de la corrupción. Si se hace referencia a la poética de la corrupción, tal como lo plantean Chinball y Saunders (1977: 139), es para acentuar que ésta *debe ser vista como una clasificación del comportamiento negociada, antes bien que una cualidad del comportamiento. Tal clasificación es realizada por criterios interpretativos tácitos, dependientes de los contextos sociales específicos y enraizados en los depósitos del lenguaje.* Por lo tanto, un mismo acto está sujeto a una pluralidad de interpretaciones, esta pluralidad expresa la existencia de sub-universos sociales diversos, los cuales se corresponde a los diferentes grupos de la sociedad.

Esta clasificación es un sistema alternativo de interpretación con respecto al núcleo central de sentido compartido por toda la sociedad. Este núcleo central en realidad expresa precisamente la ecuación de poder entre los grupos que hay en una sociedad, ecuación que nunca está exenta de la tiranía de la facción (ya sea minoritaria o mayoritaria) sobre otros grupos sociales. El estudio de la poética de la corrupción implica por tanto entender los procesos de intercambio de influencias, de persuasión, a partir de las narraciones de los propios grupos y los sujetos implicados en la transacción, por ejemplo, "¿cómo distinguir entre un regalo y un soborno?" El juego mediante el cual los sujetos demarcan cada uno de esos fenómenos, la línea que se establece entre lo que se clasifica como corrupto o no, clasifica a la vez al grupo y al núcleo de sentido dominante. Por medio de estos procesos se juega el lugar del grupo en la sociedad, un caso particular lo constituye la corrupción corporativa. En un sistema de clasificación donde se plantea la corrupción como resultado de actos individuales que se encuentran fuera de la ley, es difícil visualizar casos complejos como la corrupción corporativa, en el cual la corrupción se institucionaliza, formando parte del día a día de los grandes negocios. Los casos como el de Enron demostraron la densa red de influencias y relaciones entre empresarios, bufetes de abogados, agencias de gobierno, redes que están ordenadas para llevar negocios de manera fraudulenta. Mediante esta red de corrupción se infló el valor de la empresa con el propósito de atraer a los medianos inversores así como a los fondos de retiro que invierten en búsqueda de rendimientos. En estos casos hay grupos sociales que hacen uso sistemático y

oculto de la corrupción para sostener una posición de poder económico en desmedro de otros grupos. Estas redes de influencia y corrupción requieren, como lo sostiene Azuela (2006: 13), de un estudio particular, para *saber cómo ocurren las prácticas corruptas es necesario emprender un análisis social más situado, lo cual incluye... una gran variedad de aspectos que deben ser considerados para configurar una "descripción densa" del mundo social que da sentido a tales prácticas.*

3. Conclusiones

Siguiendo el hilo de las facciones y de la división social y política hemos encontrado que el problema de la corrupción gira en torno a la desigualdad que se da entre los grupos sociales. La desigualdad llevada al extremo nos coloca ante el peligro para la democracia que unos grupos (facciones) dominen sobre otros, lo cual nos deja en la puerta de regímenes oligárquicos y autoritarios. La democracia en su forma moderna reconoce la existencia inevitable de tales tendencias e intenta dar una respuesta a esto mediante la pluralización de la representación, la desconfianza ante los bienes últimos que puedan ocultar intereses sectoriales, así como la educación en el auto-interés. Pero el remedio se puede convertir en su contrario, por lo cual la democracia se ve constantemente amenazada por el espíritu de facción. Algo similar ocurre con los grupos sociales que compiten por recursos económicos o de estatus. Una competencia desigual produce desequilibrios y costos asimétricos que profundizan la desigualdad entre los grupos, paralelamente a esto se crean formas de influencias ocultas que coadyuvan a asegurar las relaciones entre grupos. En este punto la observación de Tucídides sigue siendo pertinente, la corrupción también toca al lenguaje, la desconfianza se expresa en éste, lo que conduce a que la esfera pública se vacíe de sentido y se convierte en una máscara ritual, en donde lo que los actores expresan no es lo que hacen. Esto plantea, precisamente, la necesidad de estudiar la poética de la corrupción, es decir cómo los diferentes grupos clasifican y dan sentidos a sus actos, sin que estos necesariamente puedan caer en la clasificación de corruptos. Lo anterior lleva a poner cuidado sobre los discursos tan corrientes en torno a la corrupción, exigiendo una vigilancia crítica de los mismos, a la vez que subrayar la complejidad y ambigüedad del fenómeno de la corrupción.

Bibliografía

- ALEXANDER, J. (2000), "Cultura y crisis política: el caso 'Watergate' y la sociología durkheimiana", en ALEXANDER, J., *Sociología Cultural*, Anthropos/FLACSO-México.
- AZUELA, A. (coord.) (2006), *La corrupción en América Latina*, UNAM, México.
- CHINBALL, S. y SAUNDERS, S. (1977), "Worlds Apart: Notes on the Social Reality of Corruption", *British Journal of Sociology*, Vol. 28, Núm. 2, pp. 138-154.
- CONOLLY, W.E. (1993), *The terms of Political Discourse*, Princeton University Press, Princeton.
- DOBEL, J.P. (1978), "The Corruption of a State", *The American Political Science Review*, Vol. 72, pp. 958-973.
- EUBEN, R. (1999), "Corruption", en BALL, T., FARR, J. y HANSON, R.L., *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. (1994), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México.
- KOSELLECK, R. (2007), *Crítica y crisis*, Trotta, Madrid.
- LORAUX, N. (2008), *La ciudad dividida*, Katz, Buenos Aires.

- MAC LENNAN, C. (2005), "Corruption in Corporate America: Enron-Before and After", en HALLER, D. y SHORE, C. (eds.), *Corruption. Anthropological Perspectives*, Pluto Press, Londres.
- POCOCK, J.A. (1975), *The Machiavellian Moment*, Princeton University Press, Princeton.
- ROSE-ACKERMAN, S. (2001), *La corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI, Madrid.
- SCOTT, J.C. (1972), *Comparative Political Corruption*, Prentice-Hall, New Jersey.
- SHORE C. y HALLER, D. (2005), "Introduction - Sharp Practice: Anthropology and the Study of Corruption", en HALLER, D. y SHORE, C. (eds.), *Corruption. Anthropological Perspectives*, Pluto Press, Londres.
- TUCÍDIDES (1982), *La historia de la guerra del Peloponeso*, Gredos, Madrid.



Legitimidad y legalidad

José Luis del Hierro

Universidad Complutense de Madrid

jlhierro@ccinf.ucm.es

Resumen

La legitimidad es un valor que se predica de sistemas, bien políticos bien jurídicos. Me propongo, en primer lugar, examinar las diferentes nociones del término, tanto en la filosofía política como en la filosofía jurídica. La legitimidad, por otra parte, se plantea frecuentemente en relación a la legalidad, y aquí voy a tratar dos de las relaciones más significativas: la legitimidad como legalidad y la legitimidad de la legalidad. Por último relacionaré el concepto de legitimidad con otros como transparencia y responsabilidad que a mi juicio representan en la actualidad referentes inexcusables para poder hablar de la legitimidad de los sistemas políticos.

Palabras clave

Legitimidad, Estado de Derecho, derechos humanos, democracia participativa, legalidad, transparencia, responsabilidad.

Legitimacy and Legality

Abstract

Legitimacy is a value which refers to systems both political and legal. The aim of this article is, firstly, to examine the different notions of the term both in the areas of political philosophy and legal philosophy. Secondly, legitimacy can be often considered in relation to legality, and here I intend to deal with the two most significant relations: legitimacy as legality, and legality as legitimacy. Finally, I will relate the concept of legality with others such as transparency and responsibility which, in my opinion, represent nowadays two unavoidable points of reference in order to explain the legitimacy of the political systems.

Keywords

Legitimacy, rule of law, human rights, participative democracy, legality, transparency, responsibility.

1. Sobre el concepto de legitimidad

La legitimidad es un término que sigue planteando muchas dificultades definitorias, conceptuales y operativas. Por una parte se le sigue considerando en exceso cargado de connotaciones valorativas y poco apropiado para las condiciones de la investigación empírica. Pero, por otro lado, la legitimidad es considerada como un elemento esencial para el buen funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas.

Voy a utilizar aquí la legitimidad como valor que se predica de sistemas, bien políticos bien jurídicos.

En la filosofía política (perspectiva política)

En la Filosofía Política, la legitimidad se vincula a la cuestión del fundamento o justificación del poder. ¿Cuál es la razón para el mando en los que detentan el poder y para la obediencia en los que lo soportan? La fuerza es, sin duda, una razón, mas no puede ser la única. Desde la antigüedad clásica se ha sostenido que el poder político debía tener también otro fundamento, otra justificación¹. Dejando a un lado por las características de este trabajo las construcciones anteriores a la época contemporánea (básicamente la iusnaturalista y la contractualista) me centraré en las más próximas a nuestro tiempo.

En el pensamiento político contemporáneo, han sido varios los autores que han ayudado a construir el concepto de legitimidad, como Gaetano Mosca o Guglielmo Ferrero, pero quizás ninguno ha contribuido a su formalización y categorización tanto como Max Weber.

180

Weber parte del concepto de “dominación” entendida como *la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos* (Weber, 1964: 170). En toda dominación la obediencia está ligada a motivos *materiales y afectivos*, pero a ellos hay que añadir otro factor: *la legitimidad*. *La pretensión de legitimidad... consolida su existencia y codetermina la naturaleza del medio de dominación* (Ibíd.: 171). Para él existen tres tipos de dominación legítima: De carácter racional, de carácter tradicional y de carácter carismático. *En el caso de la autoridad legal se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente establecidas y las personas por ellas designadas... En el caso de la autoridad tradicional se obedece a la persona del señor llamado por la tradición y vinculado por ella... En el caso de la autoridad carismática se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad* (Ibíd.: 172-173). Lo que se obedece es la *autoridad del pasado, la autoridad del don de gracia o la creencia en la validez de un estatuto legal y de la competencia objetiva fundada en reglas racionalmente creadas* (Ibíd.: 1057).

Aunque es evidente que los tres tipos weberianos no suelen darse como modelos puros, podemos decir que hoy en día en la mayoría de las sociedades actuales ya no se obedece la autoridad simplemente sobre la base del hábito o la tradición, o el carisma y el atractivo personal de los dirigentes individuales. La legitimidad del Estado se funda predominantemente en la autoridad legal, en el compromiso con un código de regulaciones legales (Held, 1991: 184).

¹ Platón, San Agustín, Bodino o Rousseau son algunos de los autores que han defendido esta tesis.

La dominación racional, o legal-racional, es la que sirvió de fundamento al modelo de Estado que conocemos como Estado de Derecho. El mecanismo legitimador radica aquí en el respeto general a unas reglas decididas según el criterio de la mayoría del cuerpo social. Ahora bien, tanto si hablamos en términos weberianos, de legitimidad tradicional, carismática o racional-legal, lo estamos haciendo de lo que se ha dado en llamar “legitimidad de origen”. Sin embargo, a partir de un momento determinado se entiende que no basta con la legitimidad de origen, sino que es necesaria una “legitimidad de ejercicio” (Díaz, 1990: 45).

La legitimidad de ejercicio radica no ya en quién toma las decisiones políticas, en la substancia de la autoridad ostentada, sino en si aquellas satisfacen determinados objetivos o valores. No basta, en definitiva, con que los gobernantes sean elegidos democráticamente o las leyes sean aprobadas por una mayoría de la sociedad. Baste imaginar, como hace Schumpeter, un país que aprueba de forma democrática la persecución de los cristianos, la quema de los brujos o la matanza de los judíos (Schumpeter, 1968: 311). Ya no es importante sólo el *cómo*, sino el *qué* (Ross, 1989: 97). El problema se plantea entonces a la hora de determinar cuáles son esos objetivos o valores que debe satisfacer la autoridad política para ser calificada como legítima. Hoy existe un consenso generalizado en que el determinante criterio mayoritario debe conciliarse con el respeto a la libertad individual y de las minorías y con la inescindible conexión entre libertad e igualdad real (Díaz, 1978: 10). Libertad e igualdad, pues, constituirían los valores esenciales que otorgarían legitimidad al poder político. Libertad, en su doble significado de libertad negativa y libertad positiva. Libertad, como ausencia de impedimento, como *derecho de hacer todo lo que las leyes permiten* (Montesquieu, 1985: 106), como *disfrute apacible de la independencia privada* (Constant, 1989: 268), pero también libertad como participación activa en el proceso político. La participación se convierte de este modo en una idea nuclear en los nuevos enfoques sobre legitimidad.

El modelo de democracia participativa se plantea la extensión del reino de la democracia: de una mera participación periódica en los procesos electorales, a una participación constante en el proceso de toma de decisiones en cada una de las esferas de la vida política (Macpherson, 1987: 113-138). Concluyen los defensores de este modelo que sin participación real y efectiva de los ciudadanos no existe una democracia auténtica dotada de legitimidad (Pateman, 1970: 110-111). Esta concepción de la legitimidad concilia, por consiguiente, libertad, igualdad real y participación, y encuentra su máxima expresión en la fórmula del Estado democrático de Derecho.

No podemos terminar este breve recorrido por la perspectiva política de la legitimidad sin hacer referencia a su vinculación con las teorías procedimentales. Entendemos por teorías procedimentales aquellas que no nos dicen *qué* valores escoger o preferir, sino *cómo* escoger o preferir determinados valores (Pintore, 2005: 198). Las concepciones de Rawls o Habermas son algunas de las más representativas de esta corriente. Para Rawls, *el ejercicio del poder político es plenamente adecuado cuando se ejerce de acuerdo con una constitución, la aceptación de cuyos elementos esenciales por parte de todos los ciudadanos, en tanto que libres e iguales, quepa razonablemente esperar a la luz de principios e ideales admisibles para su común razón humana* (Rawls, 2004: 169). Para él, la legitimidad está asociada al modo en el que las instituciones distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de cargas y ventajas provenientes de la cooperación social. Por su parte, Habermas entiende la legitimidad como la consecución de un consenso obtenido a través de una determinada acción comunicativa. Para él, la legitimidad es el hecho de

merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político, y el que una legitimidad merezca reconocimiento depende fundamentalmente de la fuerza justificativa de tal legitimación, es decir, de la concurrencia de unas condiciones formales que prestan a las legitimaciones eficacia, fuerza consensual y fuerza motivadora (Habermas, 1986: 127-131).

En la Filosofía jurídica (perspectiva iusfilosófica)

En la Filosofía jurídica, el término legitimidad *alude a los principios de justificación del Derecho (el Derecho como “punto de vista sobre la justicia”)* (Legaz Lacambra, 1958: 8). La legitimidad o justicia de las normas jurídicas expresa concordancia o discordancia de esas normas con un determinado sistema de valores (Bobbio, 1958: 35). Para quienes defienden la necesidad de valorar las normas jurídicas desde la perspectiva de su justicia o injusticia no basta con que un determinado sistema de legalidad posea autojustificación, lo que se entiende por validez, sino que es preciso plantearse su legitimidad, su justicia. Como en el caso de la legitimidad política, el problema vuelve a ser aquí el de determinar cuál sea ese sistema de valores con el que las normas deben concordar para ser valoradas como legítimas o justas. Con la necesaria brevedad vamos a examinar algunas de las más importantes corrientes de pensamiento que han tratado de dar respuesta a la pregunta de qué valores debe incorporar un sistema de normas para ser considerado justo.

Durante mucho tiempo ese sistema de valores se identificó con el llamado Derecho Natural. Aunque por razones obvias no es ocasión de analizar con detenimiento esta corriente de pensamiento, baste con señalar que desde el iusnaturalismo platónico-aristotélico o el estoico, hasta el racionalista, pasando por su expresión más depurada, el iusnaturalismo escolástico, se defendió con carácter general la existencia de principios que dimanando de la misma naturaleza, de Dios o de la razón, eran universalmente válidos e inmutables. Tales principios debían ser plasmados en el derecho positivo, de modo que éste dejaría de ser válido cuando se opusiera a ellos. La justicia de las normas se identificaba de este modo con su conformidad con una Ley superior de naturaleza trascendente.

Tras la larga crisis en la que el positivismo jurídico sumió a la teoría de la justicia del Derecho (a la que me referiré al hablar de la tensión legalidad-legitimidad), en la segunda mitad del siglo XX se retomó la cuestión, aunque ahora desde nuevas perspectivas. Superada la teoría de la justicia como correspondencia, se propusieron otros conceptos de justicia de entre los que me voy a referir a dos: el de justicia procesal o procedimental y el de la justicia como teoría de los derechos humanos.

Hablar de justicia procedimental es hacerlo singularmente de John Rawls. La originalidad del pensamiento de Rawls estriba en que abandona los criterios de legitimidad de origen y de ejercicio para centrarse en diseñar las condiciones hipotéticas (*posición original*) bajo las cuales se podría alcanzar un contrato social, un *acuerdo original sobre los principios que han de asignar los derechos y deberes básicos y determinar la división de los beneficios sociales* (Rawls, 1979: 28). La elección que los hombres racionales en una situación de igual libertad y tras un velo de ignorancia hagan, determina los principios de la justicia. Estos principios sobre los que habría acuerdo en la posición original son dos: que cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos, y que las desigualdades sociales y económicas habrán de ser estructuradas de manera que sean para mayor beneficio

de los menos aventajados y se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (*Ibid.*: 82 y 340-341).

En cuanto a la teoría de los derechos humanos como concepción de la justicia, quienes la sostienen defienden que resuelve, bajo un mismo axioma valorativo, el criterio de legitimidad del orden legal y los criterios de justicia distributiva y conmutativa (Hierro, 2002: 32). Comparto la opinión de quienes creen que los derechos humanos, como derechos subjetivos morales (*Ibid.*: 39; González Amuchastegui, 2004: 99 ss.) tienen como base y fundamento la persona como agente autónomo y su dignidad e inviolabilidad (*Ibid.*: 417 ss.). Según la opinión más generalizada los derechos humanos se reducirían a los valores de libertad, igualdad y seguridad (Fernández, 1984: 120). La libertad, como derecho moral básico, garantiza el que todos los sujetos puedan hacer lo que no está prohibido, o no hacer aquello que es obligatorio. El respeto de la autonomía personal obliga, igualmente, al derecho a un trato legal igual y a unas iguales oportunidades para realizarse como seres humanos. También el derecho a la seguridad jurídica, entendida como inmunidad frente a la arbitrariedad (Hierro, 2002: 47), se deriva de la autonomía individual. A los tres valores (derechos) referidos, creo que es necesario añadir el de la solidaridad como un valor relevante en el diseño de un determinado modelo de organización jurídico-política (González Amuchastegui, 2004: 510) que no es otro que el que llamamos Estado social de Derecho, que descansa en la idea nuclear de la redistribución solidaria de los recursos de los que dispone un determinado grupo social.

En síntesis pues, la legitimidad de las normas jurídicas se identificaría con su concordancia con el sistema de valores que encarnan los derechos humanos. Siguiendo con la categorización empleada por Bobbio, los derechos humanos, positivizados, se han generalizado primero, para universalizarse después a través precisamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, lo que implica un consenso general acerca de su validez paradigmática (Bobbio, 1981: 14). No basta, por consiguiente, que las normas jurídicas estén dotadas de una validez meramente formal, sean dictadas por quien tiene la potestad para hacerlo y de acuerdo con el procedimiento establecido; es exigible, además, que dichas normas respeten y aseguren la plena satisfacción de los principios de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica que constituyen la substancia de los derechos humanos, universalmente aceptados como paradigma de la justicia material.

Podemos concluir, a modo de resumen, que existe un punto de coincidencia entre todas las concepciones actuales de la legitimidad, que no es otro que su manifestación como legitimidad democrática. Sin embargo, comparto la tesis de que la “legitimidad democrática”, siendo como es una condición necesaria, no es una condición suficiente, sino que necesita complementarse con la incorporación de los derechos humanos como concepción de la justicia.

2. Legitimidad y legalidad

La legitimidad, frecuentemente, se ha planteado y se plantea en oposición a la legalidad, lo que supone contraponer la validez de órdenes políticos o de normas jurídicas y su justicia. Según Carl Schmitt el origen de esta oposición se encuentra en la Francia monárquica de la Restauración, a partir de 1815, en la que se manifiesta de modo agudo la oposición entre la legitimidad histórica de la dinastía restaurada y la legalidad del Código napoleónico todavía vigente (Schmitt, 1958: 445 ss.). Vamos a examinar aquí dos de las más importantes manifestaciones de la relación entre ambos conceptos.

La legitimidad como legalidad

Aunque pueda parecer una obviedad, es necesario comenzar analizando el concepto de legalidad. Legalidad, en el más amplio y general de los sentidos, significa existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos (Legaz Lacambra, 1958: 6). La legalidad es, pues, una forma manifestativa del Derecho, la forma precisamente por la que se reconoce su existencia; significa que el Derecho se manifiesta a través de normas, que es un sistema normativo.

Sin embargo, en el concepto de legalidad hay, de forma indudable, una carga histórica. En la actualidad con él se alude a una serie de exigencias y postulados que se vinculan a un modelo que se expresa en la fórmula de “Estado de Derecho”, es decir, la ley entendida como expresión no de una voluntad personal, sino de la soberanía popular, la voluntad de la mayoría del cuerpo social; la ley, pues, entendida de forma democrática.

Hemos visto ya cómo, durante mucho tiempo, se sostuvo que la mera legalidad de las normas jurídicas, su sola validez, era una condición necesaria pero no suficiente, que había que completar con la noción de legitimidad o justicia. Mas para una determinada corriente de pensamiento, el fundamento de la legitimidad se hallaba en la propia legalidad. Es de esta corriente de pensamiento de la que me voy a ocupar a continuación.

Al modelo que pretende reducir la legitimidad del poder político y jurídico a mera legalidad se le denomina “modelo positivista de legitimidad” (Díaz, 1981: 58). La concepción legalista de la justicia, formulada bajo el aserto “la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley” está ya presente en Hobbes, al que se podría calificar como un positivista *avant la lettre*. Aunque en puridad hay que hablar de diferentes corrientes dentro de él, se puede afirmar, con carácter general, que el positivismo sostiene que la validez de un orden jurídico no depende de su conformidad con una moral aceptada; las normas morales no serían para los positivistas condición necesaria para determinar la validez o existencia de las normas jurídicas.

En la época contemporánea, aunque es Max Weber uno de los primeros que insiste en que en los derechos modernos racionalizados la legalidad involucra legitimidad (Vernengo, 1992: 267), es Hans Kelsen el máximo exponente de esta corriente de pensamiento. Kelsen niega que haya contenidos normativos justos o injustos, legítimos o ilegítimos, para él *todo posible contenido puede ser Derecho; no hay comportamiento humano que como tal y por razón de su contenido no pueda ser contenido de una norma jurídica*. Por todo ello, concluye, la validez de una norma jurídica *no puede ser negada porque su contenido contradiga otra norma que no pertenece al orden jurídico* (Kelsen, 1981: 66-67). Para Kelsen, la significación central en una teoría del Derecho es la *geltung*, la validez de las normas. La validez designa la cualidad de aquellas normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un cierto orden jurídico. Para él, como para Weber, las pautas morales son “deficientes” para otorgar validez empírica a las normas producidas por órganos políticos. La validez -y sólo la validez- legitima un orden jurídico.

La concepción positivista (legalista) de la legitimidad ha sido criticada como *una ilegítima y reduccionista deformación, que implica un inadmisibles empobrecimiento de la legitimidad democrática* (Díaz, 1981: 62). Por otra parte, al permitir sólo el control formal de las normas estatuidas, el legalismo (la legitimidad

legalista) significa, en última instancia, una actitud de conformismo frente al derecho positivo. Estas críticas hicieron que se retomara la idea de que era necesario trascender la mera validez de las normas jurídicas buscando la legitimidad (justicia) de la legalidad.

La legitimidad de la legalidad

Son muchos los que entienden que la legalidad entendida como producto de la voluntad popular, de la voluntad mayoritaria de la sociedad, es una condición necesaria del modelo democrático de organización política, pero eso no implica *la sacralización de esa legalidad, su confusión total y absoluta con la legitimidad* (Díaz, 1981: 63). El Derecho es, sin duda, un sistema normativo, un conjunto de normas válidas, y ese es su núcleo esencial; pero el Derecho es, a su vez, un intento de realización de determinados valores, de una idea de justicia, y esa perspectiva o dimensión axiológica no se puede desconocer so pena de incurrir en un fatal reduccionismo (Bobbio, 1958: 48-49), tanto como el que condiciona la validez de las normas a su justicia (concepción iusnaturalista). Que el Derecho se corresponda con la justicia es una *exigencia que ninguno puede desconocer* (*Ibid.*: 50). El problema radica en que, frente a lo que sostiene el iusnaturalismo, la experiencia y la razón nos enseñan que no existen valores universales e inmutables, que la justicia no es una verdad evidente, sino que coexisten distintas concepciones acerca de ella. Mas esa dificultad objetiva no puede hacernos renunciar a la aspiración del Derecho justo. Como señalé en el epígrafe dedicado a la legitimidad jurídica, en la actualidad existe un consenso generalizado en que, amén de su carácter democrático como expresión de la voluntad general, la realización de los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica en el contexto de los derechos humanos encarna el ideal del Derecho justo, del Derecho legítimo. La legalidad, pues, puede y debe legitimarse. Una comprensión integral del fenómeno jurídico debe abordarlo desde la perspectiva de su validez, de su eficacia y de su legitimidad, rehuyendo cualquier tentación reduccionista.

Nuevas perspectivas de la legitimidad

Como decía Heller, *el Estado vive de su justificación. Cada generación, con psicológica necesidad, tiene que plantearse de nuevo el problema de la justificación o consagración del Estado*. (Heller, 2002: 4). El modelo actual de democracia liberal representativa necesita replantearse su justificación, necesita, como se ha señalado, “relegitimarse”. Esa “relegitimación”, a mi modo de ver, debe venir, sin duda, de la transparencia y la responsabilidad como exigencias ineludibles de la gestión pública de nuestro tiempo.

La transparencia, como exigencia de publicidad de la actuación de los poderes públicos, es un derivado del principio democrático sobre el que se funda la legitimidad del ejercicio del poder y se corresponde con el reconocimiento del derecho de acceso que los ciudadanos tienen a la información pública. La transparencia es una eficaz salvaguarda frente a la mala administración, permite a los ciudadanos conocer mejor y vigilar la prestación de los servicios y el empleo de los recursos públicos, y estimula a los poderes públicos a funcionar de modo eficiente. Un gobierno transparente, un gobierno que abre la información al escrutinio de la sociedad es, en definitiva, un gobierno que presta un mejor servicio a los ciudadanos. Una gestión transparente por parte de los poderes y las administraciones públicas, además, refuerza otros valores fundamentales para el buen gobierno como la imparcialidad en la actuación de los poderes públicos, su rigor, su eficacia y su eficiencia. No es, pues, sorprendente que el nivel de transparencia y la facilidad de acceso a la información pública se incluyan hoy entre

los principales indicadores de calidad de los sistemas democráticos y elementos esenciales de su legitimación.

La responsabilidad es, a su vez, un concepto necesariamente hermanado al de transparencia. La relación entre ambos es de absoluta interdependencia, no hay responsabilidad sin transparencia ni transparencia sin responsabilidad. Una y otra constituyen a mi juicio los elementos de “relegitimación” del Estado actual.

Bibliografía

- BOBBIO, N. (1958), *Teoria della Norma Giuridica*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1981), “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 1, pp. 7-28.
- BOBBIO, N. (1993), *Igualdad y libertad*, Paidós, ICE – UAB, Barcelona.
- CONSTANT, B. (1989), *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- DÍAZ, E. (1978), *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid.
- DÍAZ, E. (1981), “Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista”, *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 1, 51-72.
- DÍAZ, E. (1990), *Ética contra política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. (2004), *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- HABERMAS, J. (1986), *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu Editores, Buenos Aires.
- HELD, D. (1991), *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, Madrid.
- HELLER, H. (2002), *La Justificación del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- HIERRO, L. (2002), “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en DÍAZ, E. y COLOMER, J.L. (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid.
- KELSEN, H. (1981), *La Teoría pura del Derecho. Introducción a la producción científica del Derecho*, Editora Nacional. México.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1958), “Legalidad y Legitimidad”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 101, pp. 5-24.
- MONTESQUIEU, C.-L., (1985), *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid.
- PATEMAN, C. (1970), *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- PINTORE, A. (2005), *El Derecho sin verdad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid.
- RAWLS, J. (1979), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RAWLS, J. (2004), *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.
- ROSS, A. (1989), *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SCHMITT, C. (1958), “Das Problem der Legalität”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SCHUMPETER, J. (1968), *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid.
- VERNENGO, J. (1992), “Legalidad y legitimidad. Los fundamentos morales del Derecho”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 77, pp. 267-284.
- WEBER, M. (1964), *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México.



Comisión de investigación

Javier Sánchez Sánchez
Asamblea de Madrid
jsanchez@asambleamadrid.es

Resumen

Se analiza la naturaleza, finalidad y funcionamiento de las comisiones parlamentarias en los sistemas políticos actuales, especialmente en los regímenes parlamentarios occidentales.

Palabras clave

Comisión, control político, investigación, parlamento, régimen parlamentario.

Committees of enquiry

Abstract

The author describes the nature, purpose and functioning of parliamentary committees in the current political systems, especially in parliamentary regimes.

Keywords

Commission, political control, inquiry, parliament, parliamentary system.

Comisión de Investigación

Órgano de carácter funcional constituido en el seno de un parlamento cuya finalidad es proporcionar información a la cámara sobre un suceso, situación o proyecto a fin que ésta pueda ejercitar seguidamente con mayor fundamento sus funciones propias legislativas, presupuestarias, de control, de impulso o de dirección política.

Finalidad y composición

La finalidad primordial de una comisión de investigación parlamentaria es la de obtener información y trasladar la misma al pleno de la Cámara. No se orienta pues a establecer la verdad formal sobre un suceso o acontecimiento, como correspondería a un órgano jurisdiccional, ni a analizar hechos o situaciones para el posterior conocimiento de los órganos judiciales o gubernativos, como corresponde a los cuerpos y funcionarios administrativos. La “verdad” de la investigación parlamentaria es una “verdad política” que tiene que surtir unos efectos asimismo políticos (Pérez Royo, 1996: 575).

Las comisiones de investigación parlamentarias tienen un carácter extraordinario en el funcionamiento de las cámaras representativas, tanto en su constitución, como en su duración, potestades y régimen de funcionamiento.

Se integran por un número reducido de parlamentarios, para dotarlas de mayor agilidad en su funcionamiento, respondiendo a la proporcionalidad de la representación del pleno y se dotan de unas reglas de funcionamiento específicas, distintas de las que regulan las comisiones ordinarias, especialmente diseñadas para facilitar el desarrollo de sus funciones y garantizar tanto el efectivo ejercicio de sus competencias como el respeto de los terceros, ajenos a la Cámara, cuya presencia o colaboración pueda ser requerida. En algunos sistemas se admite la creación de subcomisiones o ponencias (Santamaría, 1995: 538).

Naturaleza, sujeto y objeto

Tienen normalmente naturaleza no permanente, de forma que se constituyen en relación con un suceso, situación y proyecto concreto, respecto del que circunscriben su actividad investigadora. El objeto de su interés suele ser de importante relevancia para la vida pública y por ello merece la atención especial y específica del parlamento. Por ello, las comisiones de investigación están dotadas de poderes y potestades especiales en relación con las que disponen otros órganos parlamentarios, pudiendo extender su competencia fuera de la propia Cámara.

Aunque presentan diferencias según se constituyan en cámaras de sistemas parlamentarios, presidencialistas o semipresidencialistas, todas ellas presentan algunas características comunes como son las relativas a su naturaleza no ordinaria y al ejercicio de potestades exorbitantes frente a terceros, entre las que destaca habitualmente la protección penal de que gozan sus órdenes, mandatos y actuaciones; asimismo, es habitual que todas ellas finalicen sus trabajos con la elaboración de un informe o dictamen en el que resumen sus actuaciones y expresan sus conclusiones.

Doctrinalmente han sido varios los intentos por incardinar las comisiones de investigación dentro del ejercicio de una de las funciones típicas del parlamento: mientras que para la mayoría de autores son instrumentos de control de la acción del Gobierno (Gude Fernández, 2000: 28), para otros son específicos instrumentos

de información de las cámaras representativas “que implican unas facultades especiales sobre terceros ajenas a las mismas” (Santaolalla, 1990: 415). En la misma línea, se hablará de una *función cognoscitiva* (De Vergottini, 1985: 396). Por nuestra parte, nos inclinamos a favor de esta segunda opción, que no es la mayoritaria, precisando que las comisiones de investigación se configuran ontológicamente de forma autónoma y teleológicamente con carácter vicario en relación a las funciones parlamentarias típicas, especialmente la de control. Desde una perspectiva funcionalista puede afirmarse que son instrumentos de información al servicio de la función de control propia de las cámaras parlamentarias.

El sujeto de una comisión de investigación parlamentaria es necesariamente, y en todo caso, una cámara parlamentaria (Garrorena y Montoro, 1990: 118) aunque en determinados supuestos puede estar integrada por miembros de dos de ellas, normalmente la baja y la alta, como ocurre en aquellos sistemas bicamerales en los que, como en el español, la Constitución permite la formación de comisiones conjuntas.

El objeto de la actuación de la comisión será un suceso, acontecimiento o proyecto de especial relevancia para la vida pública, que quede dentro del ámbito de actuación material del parlamento que actúa. Esta precisión es relevante en sistemas con división territorial del poder político donde cada parlamento autónomo puede ejercer competencias propias en su respectivo territorio. En consecuencia, no podrá integrar el objeto de una comisión de investigación aquella materia ajena al ámbito competencial del parlamento correspondiente, bien por razones de índole territorial o por razones de naturaleza objetiva y funcional. Así, por ejemplo, en el ámbito estatal sería constitucionalmente inviable constituir una comisión parlamentaria para investigar la responsabilidad política del Jefe del Estado en aquellos sistemas cuyas normas constitucionales consagran la irresponsabilidad de éste (García Mahamut, 1996: 234) y en el ámbito autonómico o regional no sería admisible una comisión de investigación cuyo objeto sea materia de competencia exclusiva del Estado. Precizando el concepto de interés público, el Tribunal Constitucional español ha definido por tal en la STC nº 88/2012, de 7 de mayo, que las comisiones de investigación “tienen que versar sobre asuntos que afecten a los intereses de la Comunidad, lo que conlleva excluir de su ámbito los asuntos de estricto interés particular, por más que puedan ser de interés del público, sin trascendencia en cuestiones que puedan ser de interés para la ciudadanía en cuanto tal”.

Potestades

En cuanto a los poderes y potestades de las comisiones de investigación, aunque el repertorio específico varía en cada sistema político y en cada periodo histórico, con carácter general podemos destacar el poder de recabar la presencia y comparecencia de personas, autoridades o particulares ante la Comisión para informar sobre lo que se les requiera y contestar a lo que se les pregunte. Asimismo, el poder se extiende a la petición de documentos que se encuentren en poder de terceros, ya sean instituciones y personas públicas o privadas; es la potestad tradicionalmente conocida como “*the power to send for persons, papers and records*”, acuñada en el Congreso de los Estados Unidos (Torres Bonet, 1998: 268) cuya desobediencia suele estar penalmente sancionada. Por otro lado, sobre las administraciones públicas pesa la obligación de colaborar con la actuación de las comisiones parlamentarias de investigación.

Derecho comparado

Como dato significativo, desde un punto de vista comparado cabe resaltar que en aquellos sistemas políticos en los que las potestades de las Comisiones de Investigación se confieren en los textos constitucionales, éstas suelen tener una mayor capacidad de actuación, pudiendo incluso ordenar registros y secuestro de publicaciones, mientras que cuando las potestades se atribuyen en una legislación específica, éstas suelen ser de menor intensidad. Aunque la facultad de investigar se considera implícita en el funcionamiento de toda Asamblea Legislativa, el rasgo diferenciador de su reconocimiento constitucional reside en que cuando éste se produce se otorga al parlamento la facultad de realizar investigaciones o encuestas sobre un asunto concreto, que determina el Pleno de la Cámara, y a la que se conceden, en exclusiva, poderes extraordinarios al objeto de llevar a buen fin el mandato parlamentario de investigación (García Mahamut, 1996: 50).

Las comisiones de investigación tienen sus orígenes en los comités investigadores nombrados por el Parlamento británico para analizar diversas cuestiones de índole económica durante el reinado de Eduardo II, y que volverían a aparecer durante el Reinado de Ricardo II, con capacidad de propuestas para la reforma de los asuntos públicos (Gude Fernández, 2000: 66). A partir de 1689 gozarán de potestades especiales frente a terceros ajenos a la cámara. Como tantas otras figuras del Derecho parlamentario, las comisiones de investigación saltarán desde el sistema británico al resto de sistemas políticos occidentales, tanto americanos como europeos.

En los Estados Unidos, las comisiones de investigación han tenido una relevancia institucional y social indiscutible, acorde, por otra parte, con la propia arquitectura política del “*check and balance*” y la lógica inherente al sistema presidencialista de separación de poderes. Su actuación ha sido frecuente e intensa, abarcando entre los objetos de su actividad desde cuestiones de pura fiscalización política del ejecutivo hasta problemas de índole social y económica, pasando por procedimientos de acusación contra el Presidente (los conocidos *impeachment*). Es curioso que la existencia de estas comisiones se entienda admitida en la propia constitución, aunque no haya previsión expresa al respecto, porque el Tribunal Supremo consideró que las mismas se admitían de forma implícita en la forma de regular la organización de poderes en la norma fundamental. Sus poderes son amplísimos y ninguna institución pública ni privada puede resistir sus requerimientos de información, documentación y comparecencia, pudiendo llegar a examinar a personas en condición de testigos en un procedimiento similar al judicial en audiencias especiales conocidas como *hearings*; asimismo, en determinadas circunstancias pueden llegar a ordenar el arresto y encarcelamiento de personas, a disposición de la comisión.

En Francia, en el ámbito de un régimen semipresidencialista como el diseñado en la V República, las comisiones de investigación pueden constituirse tanto en la Asamblea Nacional como en el Senado. Su existencia no está prevista constitucionalmente sino que se encuentran reguladas por los reglamentos de las cámaras y por normas específicas, alguna de las cuales es incluso anterior al actual régimen político. Aunque en ambas cámaras existen comisiones que tienen atribuida potestad para investigar permanentemente, cuando se quiere obtener información cualificada sobre un asunto concreto se constituye una “*Comission d’enquête*”. Los poderes de las comisiones de investigación francesas han sido modificados a lo largo del tiempo; en la actualidad, aunque con menos amplitud que las comisiones norteamericanas, pueden solicitar todo tipo de información y documentación de los órganos administrativos, así como de instituciones privadas bajo ciertas condiciones

y siempre con la salvedad de no interferir en las competencias propias del poder judicial y del poder ejecutivo.

En Italia se aprecia una clara diferencia respecto a Francia, toda vez que el sistema italiano, dentro del régimen parlamentario de gobierno sí reconoce expresamente las facultades de investigación del Congreso y el Senado, en un régimen denominado de bicameralismo perfecto por gozar ambas, en principio, de iguales competencias (art. 82 Constitución italiana). Las comisiones de investigación, *commissioni d'inchiesta*, gozan de amplísimos poderes, equiparándose a los órganos judiciales de instrucción tanto en sus competencias como en sus límites, pudiendo, en consecuencia, ordenar investigaciones a la policía judicial, autorizar registros domiciliarios y secuestros de publicaciones, además de la tradicional competencia para requerir el envío de documentación o la presencia de autoridades, funcionarios y particulares, pasando por encima de cualquier limitación que pudiera derivarse del secreto de Estado, del secreto del sumario o del profesional. Con relación a las comparecencias personales cabe señalar que los ciudadanos, en este caso, no sólo tienen el deber de comparecer ante la comisión, sino de declarar la verdad, al estar sancionado en el Código penal tanto la negativa a testificar como el testimonio falso.

En el ámbito de la Unión Europea ha de destacarse la puesta en marcha de comisiones de investigación que han tenido una gran repercusión en la opinión pública como, por ejemplo, la que tuvo por objeto el asunto de las denominadas “vacas locas” y que requirió de un análisis de ámbito europeo para un adecuado conocimiento de las causas del problema y, sobre todo, un eficaz tratamiento normativo e institucional que superaba el nivel estatal.

Funcionamiento

En España las comisiones de investigación se reconocen por primera vez con rango constitucional en la Constitución de 1978, regulándose posteriormente tanto en sede de los reglamentos del Congreso y del Senado como en el ámbito de la legislación orgánica y ordinaria. La posibilidad de crear comisiones de investigación fue asimismo reconocida a los parlamentos autonómicos en sus respectivos reglamentos, encontrándose en la actualidad con el mismo régimen de protección penal que el de las Cortes Generales, si bien limitadas en cuanto al objeto de su investigación a los asuntos que sean de la competencia de la Comunidad autónoma respectiva entendida, eso sí, en un sentido muy amplio. La disposición de su creación corresponde al Pleno de la respectiva cámara, mediante una resolución subsiguiente a una moción o mediante la aprobación de una proposición no de ley. La composición de la comisión obedece al criterio de representación proporcional, bien mediante la asignación en la misma de los diputados que a cada grupo parlamentario corresponda, bien mediante el establecimiento del sistema de voto ponderado para la adopción de acuerdos. El objeto de la investigación será necesariamente un asunto de interés público, es decir, que afecte a la sociedad en general y no incumba a la esfera personal de los individuos (Arévalo Gutiérrez, 1995: 165).

Las potestades de las comisiones de investigación en España, tanto las nacionales como las autonómicas, comprenden la de requerir la presencia para comparecer de autoridades, funcionarios y ciudadanos; es decir, cualquier persona, ya sea de nacionalidad española o extranjera residente en España (Navas Castillo, 2000: 45), así como el poder de recabar el envío de documentos de cualquier administración pública, con los límites derivados del respeto a las materias clasificadas, al secreto del sumario y al derecho al honor, la intimidad personal y la

propia imagen que se traducen en el deber de reserva por parte de los miembros de la Comisión. Sin embargo, no tienen acceso a documentos judiciales de carácter procesal que no sean, claro está, de carácter público.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la naturaleza, objeto y funcionamiento de las comisiones de investigación; en este sentido, al analizar la comisión creada en el parlamento gallego sobre el denominado caso *Prestige*, determinó la imposibilidad jurídica de disolver anticipadamente una comisión de investigación no permanente por causas no previstas en sus normas de funcionamiento ni en el respectivo reglamento parlamentario (STC 227/2004).

En la práctica política, las comisiones parlamentarias de investigación se encuentran inmersas en las mismas circunstancias sociales, institucionales y políticas que los órganos a los que pertenecen; por ello, si en los sistemas presidencialistas tienen un ámbito de actuación autónomo, el mismo se difumina en los sistemas de gobierno parlamentario en donde la original ecuación del gobierno como dependiente de la confianza del parlamento, y sujeto a su control, se ha trucado como consecuencia de la evolución política de la segunda mitad del siglo XX en la real situación de dependencia inversa que determina que sea el gobierno el que realmente controle la actuación del parlamento.

En aquellos países, como España, en los que el sistema de gobierno parlamentario se combina con un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, el régimen de actuación real de las comisiones de investigación depende de la voluntad del gobierno en relación con el asunto objeto de investigación. El grupo que ha alcanzado el gobierno lo ha hecho gracias al partido que lo sustenta y éste controla con mano férrea la disciplina de los diputados que integran la mayoría parlamentaria. En consecuencia, el ejecutivo, a través del aparato del partido político, controla los órganos de dirección de las cámaras parlamentarias, correspondiendo a estos la decisión sobre tres aspectos esenciales de la vida de una comisión de investigación: su constitución, su calendario de trabajos y sus normas de funcionamiento.

El ejecutivo, mediante el control efectivo del Pleno y de la Mesa de la Cámara y en aplicación del principio de mayoría como regla de decisión de los parlamentos democráticos, decidirá si se crea o no se crea una comisión de investigación y determinará además el ámbito material del objeto de su encuesta. Una vez aprobada su creación y delimitado su ámbito competencial, establecerá asimismo las reglas de su funcionamiento, normas que determinan la forma, manera y procedimiento de ejercer las competencias propias de la comisión: a quién se cita de comparecencia, qué documentos se solicitan, a qué órganos públicos se requiere información, etc. Seguidamente, aprobará un calendario de trabajos que será lo breve o lo extenso que convenga; se podrá así crear una comisión de investigación en cuyos genes esté determinada la imposibilidad de realizar investigación real alguna. Es más, en algunos supuestos, el ejecutivo puede decidir aparecer ante la opinión pública con la legitimidad que otorga el prestigio institucional de pedir la constitución de una comisión de investigación mientras simultáneamente cursa instrucciones a los órganos de gobierno de la cámara para que la diseñen de forma tal que nazca ya completamente inane.

Todo ello ha provocado una mutación institucional de la naturaleza de las Comisiones de Investigación en nuestro sistema político, de forma tal que sólo podrán desarrollar adecuadamente su función y el ejercicio pleno de sus competencias cuando hayan de investigar asuntos que no impliquen control alguno

del ejecutivo y que puedan tener interés o relevancia social general alejada de la esfera política (cuestiones sanitarias, quebrantos económicos de instituciones particulares, funcionamiento de mercados, etc.). En estos casos, las comisiones parlamentarias de investigación pueden desempeñar una función más útil que otro tipo de organismos o procedimientos por integrar en su seno una concordancia de las fuerzas políticas relevantes y un objetivo común para todas ellas.

A esta nueva situación ha coadyuvado el cambio en el régimen de publicidad de las comisiones de investigación, que al hacer públicas las sesiones de comparecencia, ofrece una posibilidad de rentabilidad mediática que los grupos políticos mayoritarios no han dudado en aprovechar.

Bibliografía

- ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. (1995), "Las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 43, pp. 113-205.
- GARCÍA MAHAMUNT, R. (1996), *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación en el Derecho Constitucional Español*, McGraw Hill, Madrid.
- GARRORENA, A. y MONTORO, A. (1990), "La Comisión del Congreso para el control de la radiotelevisión pública en España", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Núm. 2, pp. 95-140.
- GUDE FERNÁNDEZ, A. (2000), *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago.
- NAVAS CASTILLO, F. (2000), *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria: comisiones de investigación y comisiones legislativas permanentes con competencia plena*, Colex, Madrid.
- PÉREZ ROYO, J. (1996), *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., (1995), "La actividad del Gobierno y de la Administración Pública como objeto del control parlamentario", *VI Jornadas de Derechos Parlamentario*, Senado, Madrid, pp. 455-476.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (1990), *Derecho Parlamentario Español*, Espasa, Madrid.
- TORRES BONET, M. (1998), *Las comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Congreso de los Diputados, Madrid.
- DE VERGOTTINI, G. (1987), "Limitazioni alla tutela giurisdizionale dei diritti e inchiesta parlamentare", en DE VERGOTTINI, G., *Le inchieste delle Assemblee parlamentari*, Maggioli, Rimini.



Precedente Judicial

Victoria Iturralde
Universidad del País Vasco
victoria.iturralde@ehu.es

Resumen

Hablamos de precedente judicial cuando una decisión de un tribunal constituye una autoridad obligatoria para el mismo tribunal y para otros de igual o inferior rango. La doctrina del precedente, surgida en el sistema jurídico del *common law*, tiene en la actualidad una relevancia destacada en todos los sistemas jurídicos dada la importancia de las decisiones judiciales no sólo en la vertiente que le es propia (aplicación del derecho), sino en la medida en que han adquirido relevancia como fuente formal de derecho. El análisis del precedente judicial tiene especial complejidad dado que están implicadas las siguientes dimensiones: la dimensión objetiva: qué es lo que tiene eficacia de precedente, y que lleva a distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*; la dimensión estructural: qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior; la dimensión institucional: esto es, la organización de los tribunales y las relaciones de autoridad entre los mismos, y que lleva a distinguir entre precedente horizontal, precedente vertical y autoprecedente, y la dimensión de la eficacia, relativa a la intensidad con que los precedentes ejercen su eficacia y que distingue entre precedentes persuasivos y obligatorios.

Palabras clave

Ratio decidendi, razonamiento judicial, aplicación del derecho, igualdad en la aplicación de la ley.

Judicial precedent

Abstract

We speak of judicial precedent when a decision of a tribunal is an obligatory authority required for the same court and others of equal or lower rank. The doctrine of precedent, arose in the common law legal system, is currently outstanding in all legal systems given the importance of judicial decisions, not only in its own field (the application of law) but to the extent that it has relevance as a formal source of law. Analysis of judicial precedent has special complexity since the following dimensions are involved: the objective dimension related to what is effective of precedent, and that leads us to distinguish between *ratio decidendi* and *obiter dicta*; the structural dimension concerning to which decisions constitute precedents with regard to a further decision; the institutional dimension related to the organization of courts and the relations of authority between them, that lead us to distinguish between horizontal precedent, vertical precedent and auto precedent, and, finally, the dimension of effectiveness that lead us to distinguish between mandatory and persuasive precedents.

Keywords

Ratio decidendi, judicial reasoning, law application, equality before the law.

1. Concepto

La doctrina del *stare decisis et no quieta moveré* ha sido definida como sigue: “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión” (Kokourek y Koven, 1935: 985).

Más allá de esta primera aproximación, la teoría del precedente judicial es compleja, habida cuenta de que esta debe tener en cuenta elementos como: la distinción entre precedentes horizontales y verticales, de la organización judicial de cada país, del grado de vinculatoriedad de los precedentes, y de la determinación de qué es lo vinculante de la sentencia.

Los dos principales conceptos sobre los que gira el precedente son los de “sentencia” y “vinculatoriedad”. Por lo que al primero se refiere, por “sentencia” se puede entender:

a) cualquiera: i) que haya sido pronunciada en un determinado momento anterior, ii) que esté incluida en alguna recopilación jurisprudencial y, iii) que sea relativa a un caso (pasado) que presente alguna similitud respecto a otro caso (presente) [*precedente-sentencia*].

b) aquella parte de la sentencia-precedente que consiste en la decisión del caso concreto, es decir, la “norma individual” para un caso (pasado) que presenta semejanzas respecto a otro caso (presente) [*precedente-dispositivo*].

c) aquella parte de sentencia-precedente (*ratio decidendi*), sobre la que se basó la decisión individual para decidir un caso pasado similar al caso presente [*precedente-ratio decidendi*].

De otro lado, que una sentencia constituya un precedente implica algún tipo de vinculatoriedad de esta con casos futuros. En un sentido estricto, un precedente sólo es aquel que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos, y desde este punto de vista opera de modo semejante a una norma de origen parlamentario o gubernamental. Sin embargo, este modo de entender el precedente es demasiado limitado, puesto que sólo sirve para explicar algunos aspectos del mismo (así se afirma que este sentido estricto daría cuenta del sistema inglés pero no así del de EE.UU. en el que el *stare decisis* es más flexible). Por ello (Taruffo, 1996: 60-62), la cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia: a) vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio); b) vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); c) vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); d) vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); e) no vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente).

El precedente implica tener en cuenta una dimensión institucional y una estructural. La primera se refiere a que el precedente está estrechamente relacionado con la organización judicial y las relaciones de autoridad existentes en el sistema de tribunales. En relación con esta dimensión se distingue entre precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. El precedente vertical, presupone una organización en la cual rige una jerarquía entre órganos judiciales, en la que los inferiores están obligados a seguir los precedentes establecidos por los superiores. Es a este tipo de precedente al que se refiere la regla del *stare decisis*. El precedente horizontal existe cuando dicha obligatoriedad lo es respecto a las decisiones de otro juez del mismo nivel. Y el autoprecedente se produce cuando un juez está obligado a seguir sus propios precedentes.

La dimensión estructural se refiere a la determinación de qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior.

2. Relevancia del precedente

Los precedentes pueden tener una triple relevancia: como fuente formal de derecho; como fuente material y como argumento judicial.

El precedente es fuente *formal* de derecho cuando, en el derecho de un determinado país, es reconocido como tal. Desde este punto de vista, el precedente plantea cuestiones de muy diferente índole en las tradiciones jurídicas del *common law* y *civil law*. En la primera, el precedente es una de las fuentes del derecho, y los problemas que plantea son relativos a su determinación, a la comparación de casos, a las técnicas para seguir o apartarse del mismo, al tipo de vinculatoriedad en función del tribunal, etc. En los sistemas de *civil law*, por el contrario, la principal cuestión gira en torno al reconocimiento del precedente como fuente formal del derecho; cuestión está, que más allá de su carácter meramente especulativo, tiene importantes implicaciones teóricas y prácticas, como la cuestión de la vinculación de los jueces por determinadas decisiones judiciales y, la legitimación del poder judicial para crear derecho.

En los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición de *civil law* se asume la existencia de una división tajante entre *actos de creación* de derecho que tienen origen legislativo a través del Parlamento y del Gobierno, y *actos de aplicación* del derecho, que corresponde a los jueces y a la administración. Según este modo de enfocar la cuestión, los precedentes no constituirían una fuente formal de derecho sino un recurso “complementario” -cualquier cosa que esto signifique- al que los juristas y jueces pueden acudir en casos de insuficiencia o laguna de la ley para dar una respuesta al caso individual. Se asume que los precedentes no son fuente del derecho, puesto que la función de los tribunales no es crear derecho sino aplicarlo. A esta razón se añaden otras como la división de poderes, la –mal entendida– independencia judicial, la falta de legitimación democrática, etc.; ideas todas ellas que constituyen juicios de *deber ser* acerca de la actividad jurisdiccional; pero que en ningún caso pueden ser repuestas a la cuestión de si los precedentes *son* o no fuente formal de derecho. A este respecto, hay supuestos en que los jueces ejercen una función claramente creadora de derecho, en el mismo sentido en cuanto a los efectos que la que realizan los órganos legislativos clásicos. Es el caso en nuestro país de las resoluciones del Tribunal Constitucional, de determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (como por ejemplo las recaídas en cuestiones prejudiciales de validez y de interpretación –legislación positiva- y el recurso de anulación –legislación negativa-), y de determinadas sentencias del Tribunal Supremo y otros tribunales (caso de las sentencias estimatorias de un

recurso en interés de ley -legislación positiva- y las sentencias estimatorias de un recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos -legislación negativa-).

Que los precedentes constituyan fuente *material* de derecho es tanto como destacar la relevancia *empírica* de los mismos, esto es, la influencia que ejercen de hecho sobre las decisiones judiciales (y secundariamente sobre la legislación). Hay autores (Troper, 1996: 65) que señalan que esta situación no puede presentarse como el resultado de la oposición entre hecho y derecho, porque si las disposiciones que tienden a evitar que haya un sistema de precedente judicial son “derecho”, lo que se produce “en los hechos” no es menos “jurídico”.

Por último, el precedente tiene relevancia como *argumento* utilizado por los jueces en la justificación de sus decisiones. El recurso al precedente encuentra su justificación en la autoridad del tribunal, en el principio de igualdad, en la certeza del derecho, etc.

3. *Ratio decidendi* y flexibilidad del precedente

El concepto de *ratio decidendi* (en adelante, *rd*) es quizá uno de los puntos más controvertidos del precedente, pues a partir de unos puntos de acuerdo iniciales las discrepancias afloran cuando se trata de dar una definición precisa y de determinar el método para establecerla.

Los cinco usos dominantes de *rd* en la literatura jurídica anglosajona son los siguientes (Twining y Miers, 1991: 311-312):

a) la regla (o reglas) de derecho explícitamente establecida(s) por el juez como base para la decisión, esto es, la respuesta explícita a la cuestión de derecho del caso.

b) la razón (o razones) explícitamente dada(s) por el juez para la decisión, esto es, la justificación explícita de la cuestión del caso.

c) la regla (o reglas) de derecho implícita(s) en el razonamiento del juez al justificar la decisión.

d) la razón (o razones) implícitamente dada(s) por el juez para la decisión, esto es, la justificación implícita para la respuesta dada a la cuestión en el caso.

e) la regla (o reglas) de derecho por la(s) cual(es) se fundamenta el caso o se cita como autoridad por un posterior intérprete.

Una manera más clarificadora de abordar dicho concepto es distinguir los tres sentidos siguientes (Chiassoni, 2004: 41; 2000: 7):

a) *rd* es la *regla* (criterio, principio) en base a la cual ha sido decidido un caso. Esta regla puede ser la premisa necesaria y suficiente; la premisa suficiente pero no necesaria; o la premisa necesaria pero no suficiente, de un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial.

b) *rd* es *la regla* empleada por un juez para justificar la decisión de un caso considerada conjuntamente, sea con las *razones* que la sostienen, sea con la descripción de los hechos a los que ha sido aplicada.

c) *rd* es cualquier elemento esencial de la argumentación necesario para motivar la decisión de un caso.

Una cuestión estrechamente relacionada con la anterior es la relativa al método para establecer la *rd*. Los principales son los conocidos como el “test de Wambaugh” y el “test de Goodhart”. Según el primero [que constituye la teoría clásica de la *rd*, *cfr.* Allen (1969: 355-356), Montrose (1968: 152)] en la medida en que la *rd* es el principio de derecho pronunciado por el tribunal como base para su decisión, hay que determinar cuál es la regla general sin la cual el caso hubiera sido decidido de otra manera; si, formulada esta, un cambio en la *rd* implica un cambio en la decisión, ello significa que dicha regla es la *rd*; si por el contrario, un cambio deja la decisión inalterada, significa que la supuesta *ratio* es mero *dictum*. Para Goodhart (1937: 10) la *rd* consiste en los hechos del caso considerados por el juez en la sentencia como fundamentales y su decisión en tanto que basada en ellos. La labor del juez al analizar un caso no es establecer los hechos y la conclusión, sino determinar los hechos fundamentales tal y como han sido considerados por el juez y su conclusión en tanto que basada en ellos. Es por su elección de los hechos fundamentales que el juez crea el derecho. Una vez establecidos los hechos fundamentales, y los que no lo son, se puede establecer el principio del caso, que se encuentra en la conclusión obtenida por el juez en base a los hechos fundamentales y en la exclusión de los no fundamentales.

Como puede apreciarse, una de las dificultades para establecer la *rd* de una decisión proviene de que no es fácil trazar la línea divisoria entre la *rd* y los *obiter dicta*, sobre todo porque los tribunales no suelen indicarlo expresamente.

La *rd* es una regla *necesaria* para la decisión, de forma que, *a sensu contrario*, aquellas consideraciones hechas en la sentencia que no sean necesarias para la decisión son meros *obiter dicta*. El problema radica en que es el tribunal posterior el que decide cuales son, *las consideraciones necesarias*, hechas por el juez o jueces anteriores.

Se pueden distinguir dos clases de *obiter dicta*. De un lado, los *obiter dicta* en sentido estricto, es decir, aquellas consideraciones que no tienen ninguna relación de implicación lógica con el supuesto de hecho objeto del caso. En este caso, los *obiter dicta* son totalmente irrelevantes. De otro, hay manifestaciones que, aun formando parte de los *obiter dicta*, son el antecedente o la consecuencia lógicamente imprescindible de la elección interpretativa realizada por el juez en el caso concreto, de manera que están ligadas por un nexo de prejudicialidad o de subordinación con la *rd*. En este caso, la vinculación entre *ratio* y *obiter dicta* es tan estrecha que se puede atribuir a estos últimos el carácter de precedente.

La aplicación de los precedentes suele decirse que es “flexible”. Con ello se hace referencia no a una tesis conceptual o definitoria, sino a una cuestión de hecho, esto es, a la constatación de la relativa libertad con que los tribunales determinan el fin y los límites de los precedentes y, distinguen unos casos de otros. Ante un precedente obligatorio, los tribunales aducen distintos medios como justificación para apartarse del mismo como son: el cambio de circunstancias; el conflicto del precedente con determinadas reglas o principios generales; la máxima “cuando cesa la razón cesa la regla misma”; la manipulación de los precedentes; la derogación de los mismos (cuando el tribunal es competente para ello) y la técnica de las “distinciones”: esto es, establecer que el caso al que *prima facie* debía aplicarse un precedente, en realidad, es un caso “distinto” del establecido por el precedente. Esta última técnica puede ser empleada correctamente para distinguir un caso (el objeto de decisión) respecto de un precedente no aplicable, puesto que no cae bajo el ámbito de

aplicación de este o los casos no son suficientemente similares. En estos casos no se está haciendo otra cosa que interpretar la *rd* y los hechos. Pero también puede ser utilizada para evitar la aplicación de un precedente relativo al caso puesto que la solución se considera injusta, incorrecta, etc. Como señala Zander (1989: 257) a veces el tribunal distingue lo indistinguible como la única manera de escapar de las garras de un precedente no deseado que, de otro modo, sería obligatorio.

Se puede distinguir tres modelos de razonamiento partir de los precedentes (Bankowski *et al.*, 1997: 497):

a) el modelo de analogía, cuando cada caso es considerado simplemente como un ejemplo ilustrativo de una decisión correcta o razonable, considerando todos los hechos relevantes, y por tanto como una guía práctica para las decisiones futuras en casos similares. Aquí la cuestión decisiva es qué casos son similares; ¿en qué nivel de detalle se debe comparar el caso presente y el precedente?

b) el modelo de reglas, cuando una regla (*rd*) adscrita a un caso precedente se considera apropiada para ser aplicada por los tribunales en casos futuros. En este caso el tribunal que decide un caso debe determinar si algún precedente tiene una *ratio* relevante para el caso presente, y entonces debe aplicarla, a menos que haya alguna diferencia entre el caso presente y el precedente u otra razón válida para no aplicar el precedente.

c) el modelo principio-ejemplificativo, en el que el precedente, en relación con su propio contexto factual, puede ser considerado, como base para la formulación de un principio jurídico que puede ser relevante para decidir casos futuros. En este supuesto, hay que considerar si los precedentes contienen principios útiles para justificar la decisión presente.

199

4. Precedente e igualdad ante la ley

Cuando se habla del precedente, en la mayoría de los casos se sobreentiende que se trata del precedente vertical y obligatorio. Pero un análisis del precedente requiere tener en cuenta el autoprecedente, esto es, la autovinculación del juez a sus propias decisiones. Esta no se basa en una obligación legal (en sentido estricto), sino en una determinada interpretación de la justicia formal.

La regla del autoprecedente suele justificarse en base al principio de universalidad, que corresponde a la exigencia de justicia formal de tratar de igual manera aquello que es igual, que constituye una regla del razonamiento práctico del que el razonamiento judicial es un caso especial. En este sentido se pronuncian iusfilósofos como MacCormick, Alexy o Dworkin. Para Dworkin (1986: 165-167, 245) la doctrina estricta del precedente no es más que otro nombre para designar el principio de que debemos tratar los mismos casos de la misma manera, y se pronuncia a favor del precedente no obligatorio y del apartamiento o derogación del precedente cuando haya razones para ello. MacCormick (1987: 161, 171-172) por su parte, considera que el principio de justicia formal se aplica tanto para el pasado como para el futuro. En el primer caso, el principio de justicia formal requiere la consistencia entre la decisión presente y las decisiones anteriores; en el segundo, exige que las decisiones presentes y las anteriores sean consistentes no sólo en el sentido anterior, sino también en el sentido de que, si son diferentes, la anterior se adecue a la posterior (lo que implicaría considerar que la decisión anterior ha sido errónea y el caso presente debe ser decidido mejor, bien distinguiéndolo del anterior, bien derogándolo). De otro lado, para MacCormick la obligación de aplicar

los precedentes es estricta, debiendo aplicarse a menos que entren en juego excepciones.

Sin embargo, hay que tener en cuenta (Ruiz Miguel, 1997: 387) que la aplicación del principio según el cual los casos similares deben ser tratados de la misma manera, no se basa en el principio de justicia formal (entre otras consideraciones porque este principio sólo dice que si dos decisiones sobre dos casos similares son diferentes, una de ellas es incorrecta, pero no dice cual). Es el principio de igualdad ante la ley el que ofrece una razón sustantiva para seguir la regla del precedente, esto es que las decisiones posteriores deben tener en cuenta no sólo las decisiones anteriores, sino también darles un determinado peso no derogable a menos que haya razones suficientemente fuertes. Esto significa, que los jueces deben seguir sus propios precedentes, no sólo cuando la solución es claramente correcta, sino también cuando era indeterminada (de manera que ni la decisión tomada ni otra solución alternativa no son claramente correctas o incorrectas), y la solución es levemente incorrecta, en el sentido de que no viola frontalmente el derecho existente y el peso de dicha incorrecta aplicación pesa menos que el principio de igualdad ante la ley (Ruiz Miguel, 1997: 388, 390).

Bibliografía

- ALLEN, C.K. (1969), *Las fuentes del derecho inglés*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- BANKOWSKI, Z., MacCORMICK, N., MORAWSKI, L. Y RUIZ MIGUEL, A. (1997), "Rationales for Precedent", *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Ashgate.
- CHIASSONI, P. (2004), "Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto", *Analisi e diritto*, pp. 75-101.
- CROSS, R. y HARRIS, R.W. (1991), *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Fontana, Londres.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid.
- GERHARDT, M.J. (2008), *The Power of Precedent*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- GOLDSTEIN, L. (ed.) (1987), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford.
- GOODHART, A.L. (1937), *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ITURRALDE, V. (1995), *El precedente en el Common law*, Civitas, Madrid.
- KOKOUREK, A. y KOVEN, H. (1935), "The Common Law: Judge Imparciality and Judge Made law", *The Law Quarterly Review*, Vol. 29, Núm. 8, pp. 971-999.
- MacCORMICK, N. (1987), "Why Cases Have Rationes and What These Are", GOLDSTEIN, L. (ed.), *Precedents in Law*, Clarendon Press, Oxford, pp. 155-182.
- MONTROSE, J.L. (1968), *Precedent in English Law and other Essays*, Irish University Press, Shannon.
- MORAL SORIANO, L. (2002), *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, A. (1997), "Equality before the Law and Precedent", *Ratio Juris*, Vol. 10, Núm. 4, pp. 372-391.
- RUIZ MIGUEL, A. y LAPORTA, F.J. (1997), "Precedent in Spain", MacCORMICK, N. y SUMMERS, R.S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth.
- SCHAUER, F. (1987), "Precedent", *Stanford Law Review*, Núm. 39, pp. 571-605.
- SILTALA, R. (2000), *A Theory of Precedent*, Hart Publ., Oxford-Portland.
- STONE, J. (1985), *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*,

Butterworth, Sydney.

TARUFFO, M. (1994), "Dimensioni del precedente giudiziario", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Núm. 2, pp. 411-430.

TARUFFO, M. (1996), "Per un'analisi comparata del precedenti giudiziario", *Ragion pratica*, Núm. 6, pp. 55-64.

TROPER, M. (1996), "La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto", *Ragion pratica*, Núm. 6, pp. 65-75.

TWINING, R. y MIERS, D. (1991), *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld and Nicolson, Londres.

ZANDER, M. (1989), *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson, Londres.



Reforma del sector de la seguridad

Alicia Cebada Romero
Universidad Carlos III de Madrid
alicia.cebada@uc3m.es

Resumen

Se presenta aquí una introducción al concepto de reforma del sector de la seguridad, que se relaciona con la mejora de la calidad democrática del sector de la seguridad y, por tanto, con el reforzamiento del Estado de Derecho. Se incluye una referencia al enfoque que la Unión Europea da a la reforma del sector de la seguridad, un área prioritaria de su acción exterior en el contexto de la resolución de crisis y la estabilización post-conflicto.

Palabras clave

Reforma del sector de la seguridad, gestión de crisis, democratización, estabilización post-conflicto.

Security Sector Reform

Abstract

Security Sector Reform is introduced here as an area related to the democratization of the security sector as well as to the enhancement of the rule of law. A reference to the European Union's approach to the security sector is provided as well. It will be seen that security sector reform has become a priority for the European Union within its external action and more precisely with regard to crisis management and post-conflict stabilization.

Keywords

Security sector reform, crisis management, democratization, post-conflict stabilization.

1. Marco en el que surge el concepto de reforma del sector de la seguridad

La reforma del sector de seguridad (en adelante, RSS) no es más que una concreción temática del llamado enfoque integral, que es el que se debe aplicar para conseguir lo que se podría denominar Seguridad Global. No se puede hablar hoy en día de seguridad sin hacer referencia a los derechos humanos, a la promoción del desarrollo o a la consolidación o impulso del Estado de Derecho y la democracia. Un concepto de seguridad integral debe abarcar todos estos elementos y es la combinación adecuada de los mismos lo que se pretende conseguir a través de las nuevas aproximaciones a la seguridad (Barbé, 1995). Un paradigma que incluya todas estas dimensiones tiene necesariamente un alcance global. Sería una seguridad global por su contenido multidimensional, pero también por su alcance, porque estaría asociada a la protección de intereses universales.

Se debe destacar que este debate en parecidos términos se ha dado también a la hora de definir otro concepto de importancia primordial: la paz, que hoy se acepta como una realidad multidimensional que va mucho más allá de la ausencia de conflicto armado (Fisas, 1998; Lederach, 2000). La paz así definida está en una relación directa con las nuevas concepciones de la seguridad. Precisamente, conviene no perder de vista que uno de los objetivos del nuevo paradigma de la seguridad es superar la identificación de ésta última con la defensa del interés unilateral frente a los intereses ajenos, para relacionarla con la contribución a la paz y con la identificación de intereses comunes, globales o compartidos. Impulsando conceptos ampliados de paz y seguridad en los que se integran intereses y valores que no responden únicamente a las expectativas de los Estados, sino también a las de otros actores internacionales, incluyendo a las personas y a la sociedad civil, estamos también contribuyendo a la creación de una “conciencia jurídica universal” (Galinsoga, 2005: 649). Ya lo decía Habermas (1994: 155): “... si se amplían las preferencias valorativas más allá de la percepción de los intereses nacionales en favor de la puesta en marcha de la democracia y de los derechos humanos, cambian entonces las condiciones bajo las cuales funciona el sistema de potencias”.

Tanto en el marco de la *seguridad sostenible* (nacional, humana y colectiva) (Center for American Progress, 2008), como en el de la *seguridad integral*, o la *seguridad ampliada* o del *comprehensive approach*, se produce, en definitiva, un acercamiento entre seguridad y paz, entendida también en un sentido amplio. Como ha ocurrido con otras nociones clásicas utilizadas en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional y de las relaciones internacionales, también en relación con el concepto de seguridad la transformación viene guiada por la necesidad de recoger no sólo las expectativas de los Estados, sino también las de otros sujetos y actores internacionales¹. Es un fenómeno que se puede encuadrar, por tanto, en el proceso de desplazamiento del Estado desde la posición central que solía ocupar en la sociedad internacional. Las nuevas conceptualizaciones de la seguridad surgen sobre la base del reconocimiento de la necesidad de garantizar la seguridad humana, poniendo la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos como objetivo prioritario².

¹ “The populations of states and not just the regimes in power have become the relevant points of security debates” “Security Sector Reform and the Challenges and Opportunities of the Privatisation of Security” (Bourne, 2002: 13).

² El concepto de Seguridad Humana fue acuñado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en 1994.

Pues bien, en el marco de este nuevo paradigma de la Seguridad surge el concepto de RSS, que se acuña por primera vez en 1998³, y que apunta a una “democratización” de este sector. La RSS está, pues, relacionada con la promoción de la democracia y el buen gobierno, así como con la consolidación del Estado de Derecho. Se trata, en definitiva, de reforzar el control democrático sobre las fuerzas armadas y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, así como del fortalecimiento del sistema de justicia.

2. ¿Qué es el sector de la seguridad?

La idea de “seguridad humana” tiene que ir necesariamente acompañada de una visión amplia en cuanto a la identificación de los componentes del sector o sistema de seguridad. De modo que éste estaría integrado no sólo por el ejército, y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, sino también por los servicios de inteligencia, los agentes de aduanas, las autoridades en frontera, los Parlamentos, los órganos judiciales, los distintos Ministerios, las instituciones penitenciarias. Se puede llegar a contemplar la inclusión de ONG, medios de comunicación o defensores del pueblo, como órganos de control (Bourne, 2002: 14). Algunas ONG han venido desarrollando una labor destacable en este terreno, como por ejemplo, Amnistía Internacional (Ball, 1998: 14).

En el manual sobre Reforma del Sistema de la Seguridad de la OCDE se incluye también a las milicias o a las compañías de seguridad privadas (OCDE, 2007). También la UE recoge un concepto muy amplio, en el que se incluyen todos estos componentes (Consejo de la UE, 2005).

3. La transversalidad de la RSS

La RSS es una cuestión transversal. Con el concepto de RSS se trata de poner de relieve la “naturaleza multisectorial” del sistema de seguridad, así como su influencia en la “prevención de conflictos, el restablecimiento de la paz y la democratización”, además de su contribución al desarrollo (Comisión Europea, 2006: 8). La conexión entre seguridad, desarrollo y derechos humanos ha sido completamente asumida por Naciones Unidas, como se demostraba en el informe publicado por Kofi Annan, en 2005: “In larger freedom: towards security, development and human rights for all.” Idea que ha sido reiterada por Ban Ki-moon (2008) en su informe sobre esta materia. Cualquier acción en materia de RSS tiene que coordinarse con otras actuaciones que se desarrollen en los ámbitos de la cooperación para el desarrollo económico y social, la promoción de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.

La variedad de actuaciones que pueden quedar encuadradas en el ámbito de la RSS es muy amplia. Ejemplo de actividades de RSS serían: la reforma de los cuerpos militares, paramilitares y policiales, incluyendo la formación en derechos humanos y la creación o el perfeccionamiento de mecanismos de rendición de cuentas. En algunos escenarios será necesario contemplar acciones de desarme, desmovilización y reintegración. También se debe considerar el reforzamiento de las estructuras civiles de supervisión del sector de la seguridad, incluyendo a los parlamentos y a las organizaciones representativas de la sociedad civil, que tienen que estar preparados para ser agentes que ejercen un control democrático del sector de la seguridad. Se debe también, en la medida necesaria, contribuir al incremento de la transparencia, incluyendo los programas de gastos relacionados

³ El término fue usado por primera vez, en 1998, por la Ministra de Desarrollo Internacional del Gobierno británico, Clare Short, en un discurso titulado “Security, Development and Conflict Prevention”, en el Royal College of Defence Studies, en el King’s College, en Londres.

con la seguridad. Igualmente, cualquier acción encaminada a mejorar la administración de justicia y a reforzar el Estado de Derecho contribuirá positivamente a la seguridad de la población.

Estas actuaciones no se pueden realizar sin una acción exterior “integrada”, que pasa por una actuación coordinada de los Ministerios de Defensa, Justicia, Interior, así como Asuntos Exteriores y Cooperación. Así pues, para llevar a cabo actuaciones de política exterior en el área de la RSS también hay que hacer cambios en el plano interno que hagan posible el llamado *whole-of-Government approach*, es decir, que en las acciones puedan participar todos los Ministerios implicados. Y que los objetivos (favorecer el buen gobierno de las instituciones que suministran seguridad y desarrollar mecanismos de control democrático de las mismas) sean definidos también de forma coordinada. La creación, pues, de mecanismos que faciliten y acojan esta coordinación interministerial parece una de las claves. Además una acción exterior en materia de RSS estará más legitimada y será más coherente si en el plano interno se ha desarrollado un concepto de defensa ampliada sobre la base de la coordinación interministerial.

4. La RSS, la democracia y la paz y la seguridad internacionales

La democratización de las instituciones encargadas de proveer seguridad, entendida como bien público o como un servicio público esencial, contribuye –sin duda– a la consolidación de la democracia. Y uno de los rasgos más sobresalientes y característicos de la democracia es precisamente que la violencia es descartada como mecanismo de resolución de controversias (Dixon, 1994). En un Estado democrático los distintos intereses en conflicto pueden ser conciliados y canalizados, de manera que es menos probable que tales conflictos puedan desembocar en una confrontación armada. Hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido a la posibilidad de resolver por medio del diálogo los problemas de un país, sin que haya que recurrir a la violencia, como uno de los indicadores democráticos más claros⁴. Por otro lado, también se ha documentado abundantemente que los Estados democráticos no suelen enfrentarse mediante el uso de las armas. De manera que la consolidación de la democracia en los Estados ha llevado a una reducción de los conflictos armados interestatales (Dixon, 1994). En este sentido, las acciones exteriores en el ámbito de la RSS, contribuyen a garantizar la paz y la seguridad internacionales.

Por desgracia, en la actualidad existen todavía muchos Estados con graves déficits democráticos, lo que los hace especialmente proclives a sufrir conflictos internos que pueden desembocar en guerras civiles. Es en estos Estados donde se detectan las necesidades más claras en el área de la reforma del sector de seguridad. Pero también hay otros Estados que “formalmente” se consideran democráticos y en los que, sin embargo, son necesarias actuaciones puntuales que se podrían encuadrar también en el marco de la reforma del sector de seguridad. Se habla de acciones de primera y de segunda generación, respectivamente.

5. El concepto de RSS se tiene que adaptarse al tipo de escenario

En algunos casos la RSS será necesaria para mejorar la calidad democrática de algunos Estados. En otros casos, la RSS estará necesariamente ligada al *Democratic State Building*. En este tipo de contextos los desafíos serán enormes.

⁴ “Further, the Court has previously held that one of the principal characteristics of democracy is the possibility it offers of resolving a country’s problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome”. ECHR, *Socialist Party and others v. Turkey*, Sentencia de 25 de mayo de 1998, párrafo 45.

Sobre todo en este último tipo de escenarios la colaboración con la población local se convierte en esencial, pero siempre lo es pues no se puede democratizar la seguridad y la justicia, sin contar con la población civil local.

No obstante, en escenarios transicionales, se plantean problemas específicos relativos a la necesidad de determinar cómo se va a hacer justicia en relación con las violaciones de los derechos humanos cometidas, o cómo implicar a la población local cuando al mismo tiempo se impulsa la muchas veces necesaria transformación de la sociedad local. Por otro lado, habrá que contemplar la existencia de sistemas de justicia tradicional y ver en qué medida pueden ser útiles o deben ser transformados.

El tipo de acción también se debe adaptar a las características del escenario. En situaciones post-conflicto el desarme, la reintegración y la desmovilización serán esenciales. En escenarios transicionales con autoridades locales ya constituidas se puede planear una acción sobre el terreno, por ejemplo, una Misión RSS de la Unión Europea, o una Misión Integrada de Naciones Unidas que incluya la RSS en su mandato. Por último, en situaciones ya estabilizadas, la acción en RSS estará ligada a la cooperación para promover la democracia, el buen gobierno y el Estado de Derecho (RSS de segunda generación).

6. La RSS y la Unión Europea

En noviembre de 2006, el Consejo de la Unión Europea emitió unas Conclusiones: “un marco político para la reforma del sector de la seguridad”, en las que asumía los conceptos elaborados tanto por el Consejo de la Unión, en 2005, como por la propia Comisión Europea, en 2006.

La Unión Europea, por su multidimensionalidad, es un marco en el que encaja bien un concepto como el de Reforma del Sector de la Seguridad. Además, se trata de un concepto perfectamente compatible con su modelo de acción exterior (Cebada, 2008). Además, tampoco es desdeñable la experiencia de algunos Estados de la Unión Europea (entre los que se incluye España) en lo que se refiere a la transformación democrática de sus respectivos sistemas de seguridad.

Los instrumentos a los que la UE puede recurrir son de muy diversa índole. Pueden ser Misiones PESC, pero no sólo, pues también se puede recurrir a programas de cooperación, fondos, acuerdos o diálogo político.

En lo que se refiere a las Misiones PESC, hay que decir, que las que actúan en el ámbito de la RSS pueden tener una naturaleza civil o militar. En Guinea Bissau es civil, aunque el jefe de Misión es un General español. En la RDC hay dos misiones distintas (una para la reforma del ejército y otra para la reforma de la policía). No se pudieron integrar por los problemas para coordinar al Consejo y a la Comisión.

Bibliografía

- ARTEAGA, F. (2008), “La Reforma del Sector de Seguridad: propuesta para su incardinación en la política española de Defensa”. *Cuaderno de Estrategia*, Nº 138, pp. 145-177,
- BALL, N. (1994), “Spreading good practices security sector reform: policy options for the British Government”, Saferworld, Londres.
- BARBÉ, E. (1995), *La seguridad en la nueva Europa*, Los Libros de la Catarata, Madrid.

- BOURNE, M. (2002), "Security Sector Reform and the Challenges and Opportunities of the Privatisation of Security", en LILLY, D. y VON TANGEN PAGE, M. (eds.), *Security Sector Reform: the challenges and opportunities of the privatisation of security*, International Alert, Londres.
- CEBADA ROMERO, A. (2008), *La acción Europea: ¿una acción exterior inteligente?*, Iustel, Madrid.
- CEBADA ROMERO, A. (2008), "La Reforma del Sector de la Seguridad. ¿Un nuevo ámbito de la acción exterior española?", *La reforma del Sector de la Seguridad : una nueva dimensión de la acción exterior española*, DocCITPAX, Núm. 1, pp. 75-94.
- CENTER FOR AMERICAN PROGRESS (2008). *In search of sustainable security. Linking national security, human security and collective security to protect America and our world*, Disponible en línea: http://www.americanprogress.org/issues/2008/06/sustainable_security.html
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2005), *EU concept for ESDP support to Security Sector Reform*, 12566/4/05 REV 4.
- COMISIÓN EUROPEA (2006), *A concept for EC Support for Security Sector Reform*. COM(2006)253 final.
- DIXON, W.J. (1994), "Democracy and the peaceful settlement of international conflict", *American Political Science Review*, Núm. 88/1, pp. 14-32.
- FISAS ARMENGOL, V. (1998), *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Icaria/Unesco, Barcelona.
- GALINSOGA, A. (2005), "El reconocimiento de los principios jurídicos en el Derecho internacional contemporáneo y el desarrollo de la conciencia jurídica universal", en RODRÍGUEZ CARRIÓN, V. (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje a J.A. Carrillo Salcedo*, Vol. I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, Sevilla.
- HABERMAS, J. (1994), *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona.
- INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS (2008), "La reforma del sector de la Seguridad: el nexo entre la seguridad, el desarrollo y el buen gobierno", *Cuaderno de Estrategia*, Nº 138, Madrid.
- LEDERACH, J. (2000), *El abc de la paz y los conflictos*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- OECD DAC (2007), *Handbook on Security System Reform. Supporting security and Justice*. Disponible en línea: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/25/38406485.pdf>.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (1994), *Informe sobre Desarrollo Humano 1994*. Fondo Cultura Económica. Disponible en línea: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh1994/capitulos/espanol/>



Las desobediencias en Derecho Penal

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

Resumen

Los delitos de desobediencia se construyen como tipos de cierre del sistema tratando con ellos de asegurar el cumplimiento de las normas particularizadas que se expresan a través de concretas órdenes de actuación. Por ello, el problema fundamental no es el de cuándo obedecer sino el de cuándo no debe obedecerse, pues ello es lo que marca la diferencia del paso de la sujeción al poder meramente personal (Absolutismo) al de la norma, de la antigüedad a la modernidad en la construcción del Derecho.

Palabras clave

Obediencia, desobediencia, autoridad, jerarquía, organización, funcionario, presunción de legalidad, mandatos antijurídicos.

Desobedience in Criminal Law

Abstract

The crimes of disobedience are conceived as close-offences and they only take place where a lawful order or lawful warrant (from a competent authority or official) are not complied. For this reason, the main issue is not when an individual must obey an order, but rather when he/she has the license to disobey. In cases of justification of the disobedience, we trace the difference between the subjection to mere personal authority (Despotic power or Absolutism) and the norms, the transition from the Ancient Age to the Modernity in the creation of law.

Keywords

Obedience, disobedience, authority, hierarchy, organization, public servant, presumption of legality, unlawful or anti-juridical mandate.

1. Se construyen las desobediencias (y su contrario, la obediencia) en Derecho Penal como líneas de cierre del sistema, acudiendo por ello en alguna ocasión a lo largo del Código –y más allá de las desobediencias específicas- a la técnica de los tipos de recogida. Esto es habitual con las grandes líneas maestras referidas a los bienes que sirven de ejes en la construcción del sistema; así, en el caso de la libertad se tipifican atentados específicos a la misma (como puede ser el caso de la libertad ambulatoria), pero se termina incluyendo un tipo general de coacciones que, por otra parte, es componente de una multitud de delitos a lo largo del Código: precisamente todos aquellos en los que la intimidación (la presión sobre la voluntad, expresión mínima de la libertad) se encuentra presente. Y lo mismo sucede con la incolumidad personal -que expresa la falta de lesión o daño, el estar indemne- en referencia a la cual se contemplan tipos específicos (como pueden ser los delitos de lesiones de los artículos 147 ss. CP), pero se termina acudiendo a un tipo general muy espiritualizado –que cada vez se ha ido apartando más de lo puramente físico, incluso de lo psicológico- que se termina anclando en lo que se constituye como núcleo duro y punto de arranque de los derechos fundamentales: la dignidad; y es en ese terreno donde encuentra su apoyo un tipo genérico basado en la idea de “no hacer daño” (ese final del castigo físico y psicológico como forma corriente de expresión de la autoridad, lo que fue especialmente relevante en nuestro país durante la Dictadura, cuando a los ciudadanos se les golpeaba y humillaba sistemáticamente desde su nacimiento: el Maestro en la Escuela, los padres en la casa, el Profesor en el Instituto, los oficiales en el Servicio Militar, la Policía y la Guardia Civil en la Universidad o en la fábrica, y los curas en todos los ámbitos), me refiero a los malos tratos (artículo 617.2º CP), o a las vejaciones injustas de carácter leve (artículo 620.2º CP).

2. Seguramente, sin embargo, la primera preocupación que embarga al Legislador en esta materia no es tanto cuándo y cómo castigar la desobediencia sino cuándo y cómo se debe consagrar la obligación de, precisamente, la desobediencia; o planteado desde otro punto de vista: cuándo y cómo es exigible la obediencia.

En efecto, todo Ordenamiento Jurídico se debe, en primer término, reivindicar frente al sistema que le precedió, y procurar obturar cualquier vía que revitalice el régimen precedente (impugnatorio del vigente). Esta idea se plasmó con claridad en la Constitución de Cádiz y en el primer Código Penal –el de 1822- que se dictó en su defensa. En efecto, el Código de 1822, como no podía ser de otra forma dado el momento histórico en que se aprobó, es, sobre todo, un Código dictado contra la Monarquía Absoluta, contra el Régimen Absolutista concretado en la indigna persona del Rey Fernando VII, en el que se dedican no pocos preceptos a amenazar con graves penas al monarca y a los funcionarios desafectos a la Constitución del 12. Así en el artículo 243. Quinto y Séptimo, se manifiesta la contienda mantenida entre los poderes constitucionales y el Rey, y los intentos de éste de invadir la potestad jurisdiccional legalmente atribuida (“Quinto. El Secretario del Despacho que firme, y el juez o cualquiera otra autoridad pública que ejecute alguna orden del Rey que prive a un individuo de su libertad o le imponga por sí alguna pena... Séptimo. El Secretario del Despacho que firme, y el juez o cualquiera otra autoridad pública que ejecute alguna orden del Rey para tomar la propiedad de algún particular o corporación, o para turbarle en la posesión...”). Pero de la misma forma que ocurre, tal y como he significado más arriba, con el Código Penal vigente en relación a bienes como la libertad o la incolumidad personal, en el Código Penal de 1822 se incluyeron tipos de recogida con los que se pretendía “salir al paso” de

cualquiera otra actividad atentatoria contra los bienes jurídicos protegibles; así el artículo 191 CP preceptuaba:

Cualquiera que aconsejare o auxiliare al Rey en cualquier tentativa para alguno de los actos expresados en los tres artículos precedentes [destruir o alterar la Constitución o el Gobierno monárquico moderado, impedir la actuación de las Cortes o de la Diputación permanente], es también traidor, y sufrirá la pena de muerte.

De esta forma los liberales que no se fiaban, con razón, del depravado Fernando VII —experiencia acerca de su carácter taimado y de su “resistencia constitucional” habían tenido—, quisieron “advertir” penalmente a los Elío y otros serviles de las consecuencias que podría tener un comportamiento como el que observaron en 1814. Se defiende, así, la Constitución y, por lo que importaba en ese momento, la nueva Administración de Justicia.

Pero advertía más arriba que más preocupa al Legislador en momentos de cambio revolucionario regular la obediencia que la desobediencia; y ello porque con el establecimiento de las obligaciones de obediencia es como se estructura el nuevo régimen. En efecto, el cambio del titular de la soberanía no sólo altera el fundamento mismo de la obediencia —de los “derechos sagrados del monarca” se pasa a la legitimación democrática—, sino que cambia lo absoluto —la obediencia ciega— por lo relativo: la obediencia en un régimen democrático es “vidente”, ya que únicamente es debida cuando concreta el Ordenamiento, pues una orden no es más que cristalización particular de las reglas jurídicas generales y ella es condición de su existencia (por ello precisamente, y a pesar de la opinión de la mayoría de los juristas, es inconcebible la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios).

3. Lo acabado de decir es consecuencia de la recepción por el Derecho secular del concepto de “jerarquía”, construido en el Derecho canónico. En efecto, aunque el concepto de jerarquía procede del uso idiomático griego de Bizancio, y no fue ideado por la Iglesia católica como sostienen la mayoría de los autores, en el ámbito de la Iglesia “jerarquía” significó el gobierno de las cosas sagradas, indicando el orden que en el gobierno de la Iglesia tienen las personas dependiendo de su grado. Obviamente, la adopción del sistema jerárquico por la Iglesia no es casual, pues dado que, según dicen, misión de la Iglesia es imitar el reino de dios en la tierra, aquélla se veía obligada a reproducir en ésta el sistema divino de ordenación de las tropas celestiales. El contagio de esta forma de organización al Derecho secular se realizó a través del Sacro Imperio que *no podía hacer otra cosa que asumir esta forma de poder. La originalidad hubiera sido pecado...Así, el emperador representaba, en último término, en la jerarquía del Imperio, la cualidad y poder divinos. La Iglesia y el Imperio imitaban la jerarquía celeste para representar de este modo visiblemente la esencia invisible de Dios y participar en la esencia de Dios, que consiste en la santidad. La Iglesia y el Imperio eran tanto más sagrados cuanto más claramente imitaban esta jerarquía en su estructura terrena. Dios tiene así en cuenta, en su misericordia, la naturaleza humana, y hace posible a los hombres, mediante la participación en el principio jerárquico, comprender lo visible en lo invisible* (Hattenhauer, 1981).

Evidentemente este discurso llegó a tener consecuencias importantes en la teoría de la dominación vigente hasta el siglo XIX, es decir: mientras siguió presente el “origen divino” del poder, puesto que al fundamentar la subordinación en la “esencia de dios”, el subordinado al obedecer servía a dios, y la desobediencia constituía, al mismo tiempo, pecado y delito; paralelamente se anatematizaba toda revolución y se consagraba el *statu quo*. Por esta misma razón la autoridad no era justiciable por los súbditos, y con la obediencia absoluta no se hacía más que

“realizar” esa peculiar “constitución política”, por lo que la obediencia a la autoridad constituida no podía originar jamás responsabilidad alguna para el que se limitaba a obedecer.

Pues bien, la importancia del cambio propugnado por los filósofos franceses del XVIII e impuesto por las revoluciones liberales consistió en que el título originario ya no iba a ser dios –y ni siquiera los “inviolables derechos históricos”, como una y otra vez invocara el sanguinario Fernando VII-, sino que a partir de ese momento el poder pasaba a ser detentado por el pueblo y sólo éste legitimaba la autoridad. Este cambio de perspectiva en la construcción teórica tuvo una importante consecuencia práctica en la recepción, por el Derecho secular, de la concepción canonista de la jerarquía: que ésta pasa a entenderse no como un concepto esencial a la propia constitución política, que es lo que hace la Iglesia, sino meramente como un principio técnico de organización del trabajo. Es decir, se conserva la organización jerárquica pero son desmantelados todos sus presupuestos ideológicos (precisamente por esto se comprende perfectamente que la introducción –junto al jerárquico- de sistemas organizativos horizontales en la Administración del Estado, no haya provocado crisis constitucional alguna, lo que sí hubiera sucedido en el Absolutismo).

4. Teniendo en cuenta lo anterior y el cambio constitucional producido con el texto fundamental de 1812, es perfectamente coherente que en el Código Penal de 1822 se introdujeran tipos específicos que advirtieran de la falta de obligación de obediencia –y no infrecuentemente de la obligación de desobedecer- a las órdenes que aún impartidas por el superior jerárquico contradijeran el Ordenamiento fundamental del Estado. Así se implantaron cláusulas particulares como la recogida en el artículo 216 CP, según la cual:

Nadie está obligado a obedecer las órdenes de cualquiera autoridad que sea para ejecutar alguno o algunos de los actos prohibidos en este capítulo [delitos contra la libertad de la Nación]. Si alguno los ejecutare, sufrirá respectivamente las penas impuestas, sin que le sirva de disculpa cualquier orden que haya recibido”.

Un precepto con el contenido del acabado de transcribir impugna decisivamente todo el orden hasta ese momento establecido: el hecho de ser superior en la escala jerárquica no implica ni la competencia del mando, ni la pretensión de obtener obediencia del inferior ni, para este último, la exención de toda responsabilidad al actuar por orden; es decir: la mera jerarquía no es *per se* fuente de juridicidad.

Pero no sólo se hicieron figurar en el Código Penal de 1822 cláusulas particulares de derogación del deber genérico de obediencia, sino que también se introdujeron preceptos generales con ese contenido en búsqueda, precisamente, de otorgar protección al sistema constitucional. Así en el artículo 484. Primero CP se excluía con carácter universal a los funcionarios públicos de la obligación de obediencia, en aquellos casos en los que la orden desatendida fuera opuesta a la Constitución.

Obviamente a medida que el sistema constitucional democrático se va consolidando, las exigencias de juridicidad de lo ordenado crecen y el mero peso de la jerarquía disminuye, con la consecuencia de que las obligaciones de obediencia exigen mayores requisitos. Por ello, tras la Constitución de 1869, donde se supera el dogma de la soberanía compartida y reflejándolo incluso en el propio texto constitucional en su artículo 30 (que es consecuencia del interminable número de pronunciamientos militares acaecidos a lo largo de todo el siglo), el Código Penal de

1870 estableció un filtro ampliado de conformidad a Derecho de las órdenes recibidas, en atención a lo cual el contraste habría de ser realizado no sólo en relación a la Constitución sino también a la ley (en el caso de los funcionarios constituidos en autoridad), con lo que el producto típico del Parlamento se manifiesta con toda su fuerza. Este es el sistema que permanece en el Ordenamiento vigente (aunque tras el “paso por la Dictadura” el Legislador ha ignorado que el Código Penal reflejaba en este punto el sistema de la Ley Orgánica del Estado de 1968 que aborrecía de la división de poderes, de modo que en el vigente CP –artículo 410- se consagra la inconstitucional idea de que el funcionario llamado a ejecutar una sentencia –o cualquiera otra resolución judicial- puede controlar su conformidad a Derecho).

Limitaciones, pues, a la obediencia con objeto de preservar la estructura constitucional del Estado, pero al mismo tiempo consagración del principio de obediencia desde el primer momento constitucional español (véanse los artículos 483 ss. del CP de 1822).

5. En este sistema, todos los mandatos que originan deber de obediencia están cubiertos, aunque sea presuntivamente, por el manto de la legalidad. En cuanto éste deja de prestar su cobertura la obligación de obediencia decae. Por lo tanto, no existen, como decía más atrás, mandatos obligatorios antijurídicos en el momento en el cual la obligación de obediencia es jurídicamente exigible. Sólo la legalidad genera la obligación de obedecer.

Esta última idea ha sido expuesta brillantemente por García de Enterría (1979) al expresar que el principio de legalidad *Es, con toda claridad, una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley; sólo ‘en nombre de la Ley’ –expresión ya habitual, pero cuya significación precisa resulta de su origen en los textos revolucionarios- se puede exigir la obediencia. La Ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la Ley, lex loquens, aunque en el sentido precisamente opuesto al que se dio a esta expresión en la Edad Media cuando se refería al Rey. Parafraseando a DUGUIT podríamos decir, con conceptos caros a la mentalidad administrativa, que se trata de la conversión del hecho bruto del poder político en la idea técnica de la competencia legal”.*

212

En otras palabras: no es posible sostener la existencia de un principio jerárquico construido con la idea de la vinculación personal, y que esté situado en paralelo al de legalidad. No se puede comprender la jerarquía, la potestad ordenatoria, la obediencia si no es fundamentada en la ley. La idea de algunos juristas de considerar que el principio jerárquico –siquiera por vía de excepción- puede imponerse a la legalidad, posee unas connotaciones que denotan una herencia trasnochada de épocas en las que la soberanía tenía un título distinto que en la actualidad.

6. El vigente Código Penal está preñado de tipos de desobediencia, unos específicos y otros genéricos. Con ellos se trata de cerrar el sistema de imperativos del Ordenamiento (en lo que importa a su eficacia), ya se refieran éstos a resoluciones de la autoridad administrativa en sentido amplio o de la autoridad judicial.

En efecto, por lo que importa a las sentencias condenatorias en materia penal –y este razonamiento puede aplicarse, *mutatis mutandi*, en otros campos-, no

cabe duda de que si el Derecho Penal quiere causar con sus intimidaciones el saludable efecto de amedrentar a los ciudadanos y que estos se abstengan de realizar las conductas prohibidas, no bastará con que se haya realizado una amenaza penal que en términos de tipicidad y pena sea adecuada para alcanzar los queridos efectos de prevención general, que la Policía actúe diligentemente y aprese al responsable de la conducta o que los Jueces hayan aplicado pronta y correctamente la Justicia, sino que también es necesario que en el momento de la ejecución penal se mantenga idéntica seriedad; es decir, que se ejecute la pena en los términos de la sentencia, en definitiva de la Ley, de forma tal que los destinatarios de la norma perciban que “la cosa va en serio”.

Se trata, así, de crear vías de cierre del Ordenamiento que garanticen la eficacia no de los sistemas normativos generales (para ello ese prevén las concretas figuras delictivas) sino de los instrumentos que sirven para la mediación entre norma y destinatarios de la norma: resoluciones administrativas y judiciales. ¿Es esto legítimo en términos democráticos?

Entiendo que en una democracia, con mayor razón que en las dictaduras, el principio de autoridad, en general, debe ser especialmente protegido. Ello es así porque a diferencia de lo que sucede en los regímenes autoritarios, en la democracia existe suficiente legitimidad para poder imponer normas de conducta, imposiciones que no pueden ser interpretadas como iniquidades –tal y como sucede siempre en las dictaduras- sino como plasmación de la voluntad general expresada en normas de conducta generadas en los Parlamentos. Por ello, lo progresista no es “desarmar” al Estado de Derecho privando de fuerza concreta de obligar a las resoluciones que se dicten en el ejercicio de los poderes ejecutivo o judicial, sino, por el contrario, lo progresista es rodear estas decisiones –llámense administrativas o judiciales- de suficientes instrumentos de coacción para garantizar su ejecución, puesto que en su imposición se refleja la fuerza del Estado democrático. Así las cosas, no es de ningún modo aceptable que a los ciudadanos se les envíe un mensaje que consista en hacerles creer que desobedecer una resolución judicial o una orden es posible sin temor a sanción; no es aceptable transmitir la idea de que atentar contra la autoridad o los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, no lleva consigo incurrir en responsabilidad penal; no es aceptable el dejar de castigar esos comportamientos que se dirigen, en definitiva, al “fruto” del funcionamiento mismo del Estado de Derecho. La dejadez en cualquiera de esos casos supone la causación de un daño persistente y difícilmente reparable en las instituciones, en todo tipo de instituciones; este hecho se pone diariamente de manifiesto en el ámbito judicial, donde frecuentemente aparece una resistencia, pertinaz en muchos supuestos, al cumplimiento de las resoluciones de los jueces y tribunales y a despecho de lo ordenado en el artículo 118 de la Constitución, lo que no es admisible.

En el sentido apuntado creo que es menester introducir tipos en el Código Penal que protejan la autoridad de las decisiones judiciales y administrativas, y que lo hagan con un arsenal que en términos de prevención general negativa sea lo suficientemente poderoso e intimidatorio. Se trata, en definitiva, de proteger la función judicial o administrativa, lo que constituye un requerimiento autónomo en relación a los concretos intereses que en cada caso puedan querer salvaguardarse. Obviamente, los respectivos tipos deben construirse de forma tal que dejen intactas las opciones de acudir, en primer término, a otras ramas del Ordenamiento Jurídico cuando la oposición a la ejecución de la resolución no haya alcanzado la suficiente gravedad. En este último sentido merece ser citada la SAP, Madrid, 5ª, 10/2005, de 7 de marzo, por su excepcional claridad:

En efecto, la inexecución voluntaria de una sentencia tiene por respuesta su ejecución forzosa. Si el deudor no paga, se le embarga, o si ya se ha embargado, se subastan sus bienes; si el condenado no entra voluntariamente en prisión, entrará tras su captura; y si la Administración no cumple una sentencia, el Tribunal tomará las medidas necesarias para su ejecución. Pero nunca la primera respuesta del ordenamiento jurídico al incumplimiento es la calificación de la conducta como delito de desobediencia. En el caso del orden jurisdiccional contencioso, la renuencia de la Administración a ejecutar una resolución judicial puede ir seguida del requerimiento a hacerlo acompañado del apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Téngase en cuenta que hacer ejecutar lo juzgado, también en el orden Contencioso-Administrativo es competencia exclusiva de los Tribunales (art. 117.3 de la Constitución y 103-1 de la Ley 29/98 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y las partes están obligadas a cumplir dichas resoluciones judiciales (art. 134 en relación con el 103-2 de la citada Ley) y, si las incumplieran, el Tribunal podrá ejecutar la resolución por sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de las distintas Administraciones Públicas, y adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido (Arts. 134 y 108 de la LJCA). Sólo cuando esto no baste se deducirá el tanto de culpa por delito de desobediencia, pues sólo entonces se pasa del incumplimiento a la negativa abierta a cumplir, qué es lo que exige el tipo penal del art. 410 del Código Penal, y es que la desobediencia requiere un conflicto entre dos voluntades con predominio inicial de aquella contraria a lo legítimamente ordenado por quien tiene la atribución de decidir; conflicto que exige que la negativa a cumplir siquiera se plasme en actos concluyentes y una mínima recepción o noticia de esa negativa por quien emite el mandato legítimo, que pueda requerir al cumplimiento y verificar la abierta rebeldía a dicho mandato, y es impensable que exista cuando ni siquiera consta que el Tribunal tuviera conocimiento del incumplimiento de lo acordado en el auto de 16.7.97.

Así pues pareciera que resulta adecuada la creación de tipos de desobediencia en defensa de los intereses antedichos, y así se ha hecho por el Legislador en el Código Penal español. En efecto, el Código Penal vigente recoge los siguientes tipos de desobediencia: artículos 227 (impago de pensiones), 348.4 c) (desobediencia a órdenes expresas de la Administración en materia de explosivos), 383 (desobediencia a la orden de someterse a pruebas de alcoholemia), 384 (desobediencia a la resolución de privación del permiso de conducción), 410 y 411 (desobediencia de funcionarios a resoluciones administrativas o judiciales), 463 (falta de comparecencia a citaciones judiciales), 468 (quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar), 479 (rebelión), 502 (falta de comparecencia a comisiones de investigación), 556 (desobediencia de particulares a las órdenes de la autoridad) y 634 (falta de desobediencia de particulares).

214

Sin embargo ¿era razonable, y resultaba preciso, crear tantos tipos relativos a conductas desobedientes? Esta pregunta tiene una primera respuesta: así, desde luego, no; y ello porque haciendo un estudio comparativo de todas esas figuras en lo que se refiere a las penas –véase Álvarez García (2007)- resultará que ante idénticos supuestos la sanción puede llegar a ser muy diferente, lo que no tiene sentido. Pero además, y desde el punto de vista de la mera incriminación, carece de sentido diferenciar entre desobediencia a sentencias civiles y desobediencia a sentencias penales, o entre sentencias y otras resoluciones judiciales, pues en todos los casos el bien jurídico lesionado es idéntico. E igual criterio, *mutatis mutandi*, hay que aplicar en el caso de las resoluciones administrativas.

Por ello la conclusión es que hay que construir tipos generales de desobediencia en protección de autónomos intereses de la Administración Judicial o Pública, huyendo de esa multitud de tipos que se han venido incorporando, al Código Penal, y que lo único que han logrado, hasta el momento, es crear confusión

y originar dislates valorativos y absurdos sistemáticos. Sólo excepcionalmente la desobediencia a las resoluciones de la autoridad deberían poder salir del ámbito acabado de mencionar, y en esos casos deberían hacerlo o como un elemento más del tipo de que se trate o como tipo agravado, aunque en este último caso con una relevancia penal que debería ser mucho más ajustada de lo que es ahora en los casos en los que se utiliza.

Dos últimas consideraciones que afectan al método en la elaboración de las normas penales: no es razonable redactar preceptos sin tener en cuenta que hay ciertas incriminaciones que “atravesan” todo el Código Penal, de modo que el hacerlas sin tener en cuenta esta consideración, va a suponer el provocar dislates valorativos sumamente importantes, y ataques irrazonados al principio de igualdad. En segundo término, y como de alguna manera se acaba de adelantar más arriba, primero deben ser las decisiones de Política Criminal y sólo después las puramente técnicas.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (1987), *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2008), “Sobre Quebrantamiento de condena, desobediencias, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y a citaciones judiciales”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2007), “Sobre quebrantamiento de condena, desobediencias, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y a citaciones judiciales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 19, pp. 9-38.
- DE VALLÉS, C. (1931), *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, Vol. I, Cedam, Padova.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1972), *La Administración española*, Alianza, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1979), *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid.
- HATTENHAUER, H. (1981), *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- HOBBES, T. (1993), *El Ciudadano*, CSIC, Madrid.



Fraude en el deporte

Maite Álvarez Vizcaya
Universidad Carlos III de Madrid
maite.alvarez@uc3m.es

Resumen

Ante la aparente ineficacia de las sanciones administrativas, el legislador ha decidido penalizar algunas conductas que afectan al desarrollo de la competición deportiva y que pueden alterar su resultado. Por ello ahora se castiga al denominado entorno del deportista por facilitar o administrar a éste sustancias que potenciando su capacidad física le permiten competir, alterando de este modo las reglas de igualdad. Por otro lado, también se sancionan las conductas fraudulentas encaminadas a alterar de forma deliberada el resultado de una prueba. Tal y como se intenta demostrar en el trabajo, no parece que al menos hasta ahora, el Derecho penal se haya demostrado un arma tan eficaz como se pretendía en la contención de estas conductas.

Palabras clave

Dopaje, fraude deportivo, tutela penal del deporte.

216

Cheating in sport

Abstract

Because of the apparent ineffectiveness of administrative sanctions, the Legislative has decided to penalize some conducts that concern the development of sports competitions and can affect their results. Now, the so-called sportman/woman environment is punished if he or she gets doping substances that promote their physical capacity and let them to compete, altering equality rules. Besides that, cheating conducts aiming to intentionally alter the results of one sport event are also punished. This work tries to show that Criminal Law has not yet shown itself as an efficient way to restrain this kind of conducts.

Keywords

Doping, sporting cheat, criminal tutelage in sport.

1. La tutela penal del deporte

Si hace escasos años alguien hubiese mencionado el binomio deporte-Derecho penal, la respuesta hubiese sido sin duda alguna la incredulidad, o al menos, la sorpresa. Han sido múltiples y de diverso orden los factores que han conducido a este matrimonio que en mi opinión ya anuncio de escasa conveniencia. Es cierto, que no es raro encontrar a día de hoy en las páginas de los diarios deportivos junto con los resultados de distintas competiciones noticias sobre investigaciones a deportistas de los que se sospecha han recurrido a la ingesta de sustancias o a la utilización de métodos que facilitan y potencian su capacidad física. Junto a éstas, a las que con la habitual capacidad de adaptación nos hemos ido acostumbrando, han comenzado a aparecer en tiempos más recientes, comentarios sobre compra venta de partidos o pagos realizados a jugadores para perder en determinados eventos. El ejemplo más reciente lo encontramos en la liga de fútbol italiana donde se ha descubierto una red, en la que podrían estar implicados 22 clubes y cerca de 52 futbolistas, dedicada a la compra venta de partidos con la consiguiente manipulación de las apuestas, sobre todo de las realizadas por internet, y sus correspondientes beneficios económicos.

La realización de estas conductas fraudulentas en el ámbito deportivo no supone ninguna novedad. Prácticamente desde los inicios de esta actividad se han utilizado métodos encaminados a mejorar artificialmente el estado físico de los deportistas para así conseguir alzarse con la victoria y la correspondiente ganancia económica (Ramos, 2000: 21). Hace ya unos años comenzaron a alzarse voces que reclamaban un mayor castigo, una represión más severa y eficaz de estos hechos, por considerar que las medidas hasta entonces adoptadas para reprimirlos en las federaciones deportivas eran insuficientes.

A esto se ha unido la constatación del progresivo y preocupante aumento de la venta de productos, farmacológicos o no, que se distribuyen en España fuera de los cauces oficiales, el descubrimiento de laboratorios dedicados específicamente a la modificación o creación de sustancias (endógenas o exógenas) capaces de aumentar el rendimiento físico, la masa muscular, la capacidad pulmonar... de una persona. Acumulación de circunstancias que, como mínimo, causan un cierto desasosiego, no sólo en el mundo del deporte, y que favorecen la exigencia de un mayor rigor punitivo.

Han sido varios los países con ordenamientos jurídicos tradicionalmente vinculados al nuestro, como por ejemplo Francia e Italia, que ya han introducido en sus respectivas legislaciones figuras delictivas expresamente referidas al dopaje deportivo, lo que ha permitido que algunos puedan afirmar “que los países que no penalizan estas conductas son los países que se han convertido en el paraíso del dopaje deportivo” (Palomar, 2004: 166).

Otro factor a tener en cuenta, y en modo alguno desdeñable, es el de la radical transformación de lo que se conoce como “deporte”. Tradicionalmente se venía asociando la práctica del deporte con la vida sana, el esfuerzo, la justa y recta competición. El ejercicio deportivo venía a ser el paradigma de la salud, del esfuerzo honrado en la competición, del *fair play*, de la aceptación y respeto de las reglas del juego, y si bien es cierto que desde los tempranos inicios de la práctica deportiva se ha convivido con situaciones en las que estos ideales se han visto pervertidos, no lo es menos, que la propia concepción de lo que se entiende por deporte ha variado sustancialmente en las últimas décadas.

Así, de un deporte prácticamente aficionado, desde la perspectiva de los escasos recursos económicos que se generaban, hemos pasado a un deporte espectáculo en el que lo prioritario es la organización de eventos capaces de reunir a miles de aficionados que pagan importantes sumas de dinero por acudir a los mismos (Lora-Tamayo, 2003: 35). Espectáculos que llevan aparejados sustanciosos contratos por derechos de imagen, venta de productos asociados con el deporte, etc.

Para poder mantener viva esta expectación se necesita forzosamente que las marcas mejoren, que se corra más rápido, que se jueguen más partidos, que se levante más peso. Parece evidente que, al menos en ocasiones, estos niveles de exigencia en el ámbito deportivo van más allá de lo humano. Si a ello le sumamos que la vida “laboral” de un deportista es muy corta, nos encontramos ante un cóctel explosivo que en cierto modo propicia el fraude.

Toda esta serie de circunstancias debe enmarcarse en un ámbito más amplio, pues coincide con un momento en el devenir del ordenamiento jurídico penal de carácter claramente expansivo. El legislador parece haber descubierto en el Derecho penal una especie de poción mágica que aplicada a los conflictos que surgen posee la capacidad para resolverlos de forma instantánea. Consecuentemente, vemos cómo paulatinamente se va desvaneciendo uno de sus principios rectores, el de *última ratio*, para redescubrirse en una instancia recurrente del legislador que sólo cabe calificar de expansionista (Silva, 2001: 23 ss.).

Si a todo ello se une la exigencia, desde ámbitos internacionales, de sancionar penalmente estas conductas fraudulentas, junto con la evidente necesidad de no quedar excluidos del circuito de celebración de competiciones, necesidad fundada en las ganancias que genera su realización, el resultado es la inevitable incorporación de las nuevas figuras delictivas de dopaje y de corrupción entre particulares a la legislación penal, iniciando el camino de lo que ya se ha comenzado a denominar Derecho penal del deporte (De Vicente Martínez, 2010: 96-97).

Incorporación que se ha producido de forma paulatina. En una primera fase se promulgó la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte en cuyo art. 44 se introdujo, en el Capítulo III De los delitos contra la salud pública, el art. 361 bis que recoge la conducta de quienes, sin justificación terapéutica, prescriban, faciliten, administren o proporcionen a cualquier deportista sustancias o grupos farmacológicos prohibidos destinados a aumentar sus capacidades o a modificar los resultados de las competiciones y que además pongan en peligro la vida o la salud de éstos. La pena prevista para estas conductas es la de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

Recientemente la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal ha incorporado una nueva figura delictiva que incrimina por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la corrupción entre particulares, incorporando en el nuevo art. 286 bis un cuarto número en el que se recogen algunos actos de corrupción en el mundo del deporte. Concretamente, cuando los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, así como los deportistas, árbitros o jueces, ofrezcan o concedan un beneficio o ventaja no justificados con la finalidad de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesional, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años,

inhabilitación especial para el ejercicio de industria y comercio por tiempo de uno a seis años y multa de tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

La incorporación al Derecho penal de estas conductas exige la determinación de un bien jurídico necesitado de tutela pues sólo de esta manera es justificable su inclusión en el catálogo de delitos. Tarea que se demuestra costosa y en la que habremos de deslindar ambas tipicidades.

Por lo que respecta al delito de dopaje, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos de la LO 7/2006 y de su ubicación en el Código penal, nos encontramos con varios intereses en juego. De un lado, se pretende proteger la salud del deportista que efectivamente puede verse mermada por la ingesta de determinadas sustancias con o sin el control médico pertinente; de otro, no puede olvidarse el correcto desarrollo de las pruebas deportivas, pues la ingesta de estas sustancias normalmente se encamina a conseguir un mejor rendimiento físico desequilibrando así la igualdad de los concurrentes en la prueba deportiva lo que supone un fraude en las reglas de la competición. Por último, el legislador ha querido tener en cuenta la salud pública en general, pues la constatación de que en ámbitos ajenos al deporte de competición se está haciendo un uso abusivo y peligroso de sustancias anabolizantes y hormonas que permiten a quienes las consumen alcanzar un mayor desarrollo físico, de carácter más bien estético, que el que se conseguiría simplemente entrenando, ha hecho saltar las alarmas de la sanidad pública dando lugar al intento de incluir también estos supuestos en el art. 386 bis (Álvarez Vizcaya, 2007: 563).

Mayor dificultad presenta esta tarea respecto al delito de fraude entre particulares en el ámbito deportivo. Para comenzar, resulta extraña su inclusión en esta tipicidad pues como señala Otero González (2011: 42) carece de sentido esta especificación ya que podría, en su caso, haberse incardinado la conducta en alguno de los números anteriores. Una atenta lectura y reflexión del tipo conduce mayoritariamente a la afirmación de que no parece existir aquí un verdadero interés necesitado de tutela penal (Muñoz Ruiz, 2010: 39-40).

En los intentos de la doctrina por hallar una justificación a esta nueva tipicidad, pueden señalarse varios, desde el interés público en que las competiciones no sean amañadas, al patrimonio de los apostantes o la integridad deportiva. Todos ellos parecen susceptibles de incardinarse en la descripción típica propuesta (De Vicente Martínez, 2010: 555-556).

Cabe afirmar que no existe duda alguna en que las conductas aquí recogidas son reprochables y deben ser objeto de sanción, ahora bien, lo que resulta cuestionable es que esta tutela tenga que ser dispensada por el Código penal.

A continuación se van a señalar algunas cuestiones, que en mi opinión dificultan la aplicación de estos tipos penales relegándolos posiblemente, como algunos otros en los últimos tiempos, a un olvido que pondría de manifiesto bien la falta de necesidad de su incriminación, bien la falta de destreza legislativa con que ha obrado el legislador a la hora de redactar estos nuevos tipos criminales.

2. Problemas básicos que dificultan la aplicación de la nueva normativa

Analizaremos separadamente los problemas que plantean en primer lugar, el delito de dopaje y, posteriormente, el fraude entre particulares de reciente incorporación al Código penal.

a) El art. 361 bis, que regula las conductas de dopaje en el deporte, todavía no ha tenido ocasión de “estrenarse”, si bien la norma lleva ya seis años en vigor. No pudo ser aplicada en la conocida *Operación Puerto* puesto que todavía no estaba vigente, y en la reciente *Operación Galgo* no se ha alcanzado la imputación del delito porque en el procedimiento seguido, a juicio del tribunal, no se han respetado las garantías a las que éste está sometido. Lo que ha conducido al sobreseimiento de la causa.

Dificultades de orden material: elementos de la tipicidad

En la descripción del art. 361 bis se solapan varias ideas que, en mi opinión, han propiciado su oscura redacción y que de haberse traducido en opciones jurídicas diferenciadas habrían permitido una tipicidad más ‘limpia’ y, en consecuencia, mayores posibilidades de aplicación.

De un lado, nos encontramos con la necesidad de frenar los fraudes en las competiciones, de otro, la urgencia en detectar y acabar con la venta indiscriminada y carente de control de productos destinados a potenciar la forma física y que pueden afectar a la salud pública y, para terminar, los problemas que a la salud del deportista le puede acarrear la ingesta de sustancias encaminadas a aumentar su capacidad física.

Resulta evidente la necesidad de deslindar la actividad desarrollada por los deportistas profesionales de la venta indiscriminada de sustancias que aunque se desarrolle principalmente en lugares “deportivos” (gimnasios) poco o nada tiene que ver con el ejercicio del deporte profesional.

Estos dos planos que subyacen en la mente del legislador han forzado que se deseche en la norma penal la utilización del término dopaje y que se utilice un concepto de deportista tan sumamente amplio que sus límites terminan por difuminarse hasta confundirse prácticamente con el de un ciudadano cualquiera.

220

Así se incluyen en el concepto de deportista a las personas que han hecho del deporte su medio de vida profesional y, en consecuencia, se hallan federados y se dedican a competir algunos de ellos, en lo que se denomina la alta competición. Pero también se incluye a las personas que practican simplemente deporte, es decir, ciudadanos que han optado por una vida sana y piensan que realizando un ejercicio moderado y continuo pueden tener una mejor calidad de vida, muchos de los cuales no han pensado siquiera en federarse. Ampliación del concepto debida a una enmienda transaccional del grupo parlamentario CIU por la que se incluyó el llamado deporte *recreacional* en el ámbito de la tipicidad.

Por tanto, para el texto legal “deportista” es prácticamente cualquier ciudadano que practica deporte. Concepto que propicia una gran confusión a la hora de delimitar el ámbito de la tipicidad.

Confusión que se va incrementando cuando fijamos la atención en las modalidades de conducta: prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer y, por último, facilitar.

La contrapartida de este celo punitivo es la equiparación de conductas cuyo grado de lesividad es bastante dispar. Fenómeno que se agudiza cuando nos encontramos, como es el caso, ante un delito de peligro.

No debería responder con idéntica pena quien se limita a ofrecer o facilitar una determinada sustancia (por no hablar de la difícil individuación de cada una de estas conductas típicas), dejando a la libre determinación del deportista el hecho de ingerirla o no, que quien la administra, pues en este caso parece evidente la necesidad de que el autor lleve a cabo una acción directa sobre el propio deportista (Álvarez Vizcaya, 2007: 569-570).

Pero donde verdaderamente se refleja el solapamiento de los criterios del legislador es cuando abordamos el concepto de “sustancias o grupos farmacológicos prohibidos así como métodos no reglamentarios”. Estamos ante un concepto estrictamente normativo, ya que para tener cabal conocimiento de lo que se debe entender por tales deberemos acudir a la lista elaborada por el Consejo Superior de Deportes (CSD) que a su vez se confecciona siguiendo las pautas y principios establecidos en el Código Mundial Antidopaje. Dicha lista se publica en el BOE mediante resolución de la Presidencia del Gobierno y se revisa con periodicidad anual.

Hay que destacar que en este caso los términos ilicitud y nocividad no van de la mano. Su ilicitud en el ámbito deportivo no viene dada por su nocividad ni por el peligro que puedan causar a la salud de quien las ingiere, su ilegitimidad está asociada, básicamente, al fraude que puede cometerse con su ingesta, pues la finalidad de quien las consume es conseguir un mayor rendimiento cuando compite en detrimento de los otros participantes. El ejemplo más evidente lo encontramos en la cafeína y el alcohol, sustancias que se encuentran en la lista de la AMA como prohibidas, luego ilícitas, pero que no cabe conceptuar *a priori* como nocivas, salvo ingesta reiterada y masiva.

De ahí que cuando se habla de sustancia prohibida no puede hacerse coincidir su significado con el de sustancia nociva. Algunas devienen nocivas no *per se* sino por la reiteración o por las dosis abusivas de su ingesta, otras no presentan nocividad alguna, simplemente son capaces de aumentar el rendimiento físico de un sujeto, sin causar perjuicio alguno a la salud, al menos constatable con los actuales conocimientos de la medicina (Álvarez Vizcaya, 2006: 79).

Resulta clarificador al respecto, el método de las transfusiones, método que consigue mejorar el rendimiento físico debido al incremento de hemáties que aumentan la disponibilidad de oxígeno y cuyo perjuicio para la salud sólo puede concretarse en la posibilidad de transmisión de enfermedades infecciosas (sida, hepatitis) debido a la utilización del procedimiento de transfusión y que se elude cuando, como suele ser frecuente, nos encontramos ante autotransfusiones.

Por ello, cuando a pesar de la ingesta de alguna sustancia prohibida no se pueda constatar el peligro concreto para la vida o para la salud del deportista, la conducta quedará extramuros del Derecho penal. Será atípica pues no debemos olvidar que la tipicidad penal se construye como un tipo de peligro concreto, si falta la concreta puesta en peligro de la salud o de la vida del deportista falta el delito.

Dificultades de orden formal o procesal

Se suscita una cuestión, a mi modo de ver central, en el procedimiento iniciado ante la presunta comisión de un delito de dopaje: la posible utilización en el procedimiento administrativo sancionador de la prueba obtenida en el proceso penal seguido contra los deportistas.

¿Pueden las federaciones deportivas servirse de las facultades excepcionales que la ley confiere al juez penal para la exclusiva investigación de delitos graves y utilizarlos en la conclusión de un expediente sancionador?

El problema se suscita cuando la persona afectada es el deportista. Hay que recordar que el Código penal sólo castiga a quien facilita o administra las sustancias prohibidas, pero no a quien las consume, siguiendo la pauta de los restantes delitos contra la salud pública. Sin embargo, en el ámbito deportivo sancionador es también el sujeto que se dopa quien resulta sancionado.

La cuestión, en principio, podría resolverse afirmativamente si no fuera porque la LECrim prevé medidas que afectan a derechos fundamentales de los ciudadanos como son la detención de una persona, la entrada y registro domiciliario o la intervención de las comunicaciones ya sean postales o telefónicas, que sólo encuentran justificación por la gravedad del delito presuntamente cometido y siempre y cuando existan indicios racionales, suficientes y fundados de su posible comisión (Castro, 2010b: 28).

Nos sirve para ilustrar el problema que se presenta el Auto de la AP de Madrid 3734/2009 (sección 5ª), de 26 de noviembre en el que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Mundial Antidopaje, la Unión Ciclista Internacional, la Real Federación Española de Ciclismo y la Abogacía del Estado, por la negativa del Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid de hacerles entrega de las actuaciones llevadas a cabo y de las muestras de las bolsas de plasma y sangre incautadas.

Esgrimían los recurrentes la necesidad de contar con estos elementos a fin de poder incoar el correspondiente expediente disciplinario, argumentando que el retraso en la entrega de las pruebas podría dar lugar a la prescripción de las infracciones administrativas cometidas, si bien no especificaban contra quién iba dirigido. Argüían que sólo pensaban proceder contra los deportistas que no hubiesen sido imputados en el proceso penal para así evitar un posible *bis in idem*.

222

La cuestión es si la información obtenida, con grave injerencia en los derechos fundamentales de las personas, puede ser facilitada y ulteriormente empleada para el ejercicio de una potestad disciplinaria que, en caso de haber sido iniciada en el ámbito deportivo, nunca habría podido recurrir a la mayoría de las medidas practicadas en el ámbito penal.

En muchos de estos supuestos no se va a ver afectado el principio del *non bis in idem*, pues los sujetos implicados, como se ha indicado anteriormente, son distintos: de un lado en el ámbito penal el denominado “entorno del deportista”; de otro, en el ámbito deportivo sancionador además de su entorno, también el propio deportista.

Entiende la Sala que no siempre es necesario esperar a la finalización de un proceso penal para poder librar testimonio de las evidencias encontradas. Pero en este caso al no haber terminado todavía la fase de instrucción y, en consecuencia, no haberse iniciado el procedimiento abreviado, no es oportuna la entrega de lo solicitado.

A ello añade que en el recurso interpuesto no se determina con claridad las personas contra las que se va a abrir el procedimiento sancionador, lo que a mayor abundamiento confirma el rechazo de su pretensión. Y finaliza su argumentación exponiendo que “cuando exista auto de apertura de juicio oral, puede accederse a lo

solicitado (...), siempre que se formule la petición con mayor precisión y sin perjuicio del valor que puedan tener los testimonios y muestras interesados en el procedimiento sancionador, lo que deberá ser discutido en dicho procedimiento”.

Elude pues entrar en el fondo de la cuestión: en el ámbito de la investigación al entorno del deportista y mediante interceptación telefónica se descubre que éste se dopa. Esta conducta que en modo alguno es constitutiva de delito y se ha obtenido mediante la interceptación de las comunicaciones telefónicas ¿es susceptible de ser utilizada e iniciar el procedimiento sancionador?

Hay un dato que no puede ser obviado para contestar a esta pregunta y que podría inclinar la balanza a una respuesta negativa: el carácter privado de las federaciones deportivas. La Ley 10/1990 de 15 de octubre del deporte en su art. 30 establece que el ejercicio de la potestad disciplinaria lo es por delegación, sustituyendo así a la administración y ejerciendo una auténtica función pública, si bien un importante sector de la doctrina entiende que esta delegación se hace con limitaciones “auxiliando en el ejercicio” de la misma pero no sustituyéndola (Castro, 2010b: 22).

Las reformas penales olvidan con frecuencia las consecuencias de orden procedimental que conllevan y como se puede comprobar, éstas no son de orden menor, sino como este caso pone de manifiesto pueden afectar a derechos fundamentales de las personas.

b) El art. 286 bis 4º, todavía de muy reciente factura, apunta ya algunos problemas que van a dificultar su aplicación: la cuestión relativa a los autores de los hechos; la interpretación que debe darse al término “incumplimiento de sus obligaciones” y para finalizar no puede menos que señalarse los posibles ámbitos de impunidad que esta nueva norma evidencia.

Si bien este número 4 remite a los tres anteriores del propio artículo, una atenta lectura conduce a que esta conducta fraudulenta entre particulares se ha configurado como un tipo especial puesto que únicamente puede ser cometida por los sujetos mencionados en el tipo (De Vicente Martínez, 2010: 548; Muñoz Ruiz, 2010: 51), es decir, los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva así como los deportistas, árbitros o jueces.

No deja de sorprender esta restricción en el número de autores sobre todo si lo que se pretende es poner coto a las conductas fraudulentas que afectan a la vida económica que se genera alrededor del deporte. Si bien la utilización del término “colaboradores” permite ampliar los sujetos implicados integrando a quienes tienen vinculación con las entidades deportivas (Castro, 2010a: 48), no alcanza a incluir algunos supuestos de sobornos llevados a cabo por particulares que quedarían fuera del ámbito típico, así la manipulación de algunas apuestas realizadas a través de internet no encuentran solución en este tipo. También quedarían fuera de la sanción penal los actos llevados a cabo por árbitros o deportistas que, imaginemos, conociendo que van a hacer perder un partido llevan a cabo sus propias apuestas en internet dado que aquí no existe ninguna clase de ofrecimiento o promesa, estamos ante un acto unilateral, su acción queda excluida del tipo.

Abundando en esta idea, Muñoz Ruiz entiende que la estructura típica se ha vertebrado como un tipo de mera actividad (2010: 48-49) en el que, en su opinión, bastaría para su consumación con el hecho de prometer, ofrecer o conceder, encontrándonos así con que también en este caso quedarían extramuros de la sanción penal los actos de tentativa. Si bien, puede apuntarse que nos encontramos

ante un tipo de resultado cortado, en el que la intención del autor al prometer u ofrecer algo, va dirigida a una ulterior finalidad, alterar el resultado de una prueba, que es independiente de él.

El art. 286 bis exige que la conducta de quien recibe el ofrecimiento debe realizarse “incumpliendo sus obligaciones” lo que permite afirmar que quien paga una prima a un jugador para ganar un partido no puede reputarse, *a priori*, delictiva pues dentro de las obligaciones de cualquier competidor está la de ganar.

3. La presunta gravedad de la pena frente a la hipotética levedad de la sanción administrativa

Resulta manida, de puro reiterativa, la creencia alimentada invariablemente desde el espacio público, de que el poder sancionador del Derecho penal es con mucho, el más poderoso instrumento del Estado para castigar la comisión de cualquier hecho. Sin embargo, es este un aserto que requiere de alguna matización. También es reiterada la constatación, y de ahí la desilusión en muchas ocasiones del justiciable, de que el instrumento penal no es tan fiero como lo pintan y que a veces una correcta, rápida y oportuna sanción administrativa es sentida, y no sólo por quien la recibe, como una mayor carga afflictiva. A ello contribuye el desconocimiento de cuáles son las reglas y garantías que rigen en el ámbito penal y la algarada populista que envuelve la criminalización de algunas conductas bajo la falsa promesa de que tras su inclusión en el Código penal el problema habrá desaparecido.

Me atrevería a afirmar que ésta es precisamente la situación en que nos vamos a encontrar cuando se apliquen, si es que alguna vez llegan a aplicarse, las sanciones previstas para estos tipos penales, al menos en lo que a la conducta de dopaje se refiere.

Si analizamos las penas previstas en el art. 361 bis del CP, prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años y las comparamos con las que prevé la LO 7/2006 de 21 de noviembre de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte para estas conductas, vemos que en los arts. 14 ss., enumera un elenco de sanciones en función de los posibles autores de la infracción. Así y por lo que atañe a quien aquí nos interesa, los médicos y demás personal sanitario podrán ser sancionados con una privación o suspensión de licencia federativa por un periodo de 2 a 4 años y una multa de 6.001 a 4.000€. La reincidencia en esta conducta llevará aparejada la privación a perpetuidad de la mencionada licencia (art. 18). (Idéntica sanción se prevé para el deportista (art. 15) si bien se modifica la cuantía de la multa: 3.001 a 12.000€).

Una correcta comparación de las mismas pasa por tener en cuenta las reglas generales de determinación de la pena y por ello las previsiones de los arts. 80 y 88 que permiten la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años por otra pena que no sea la de prisión. Que es justo en el caso en que nos encontramos.

Si a ello se añade que la LO 7/2006 prevé que la reiteración en la conducta permite la privación a perpetuidad de la licencia deportiva, cabe poner en duda la mayor gravedad de la pena. Por no referirnos a la, generalmente, mayor brevedad del proceso sancionador frente al penal, lo que implica inmediatez entre la acción prohibida y su correspondiente sanción.

4. Conclusiones

Creo que puede afirmarse, sin temor a equivocación, que en lo que respecta a este tipo de conductas nos encontramos ante un mínimo aprovechamiento del Derecho administrativo sancionador y un uso abusivo del Derecho penal. Abuso teórico y que terminará generando un sentimiento de “fraude” ya que muy posiblemente no se cumplan las expectativas que socialmente se depositan en la aplicación del Derecho penal.

La publicidad y la perspectiva de castigo que generan los casos de dopaje y de fraude colisionan con la realidad de no aplicación de los tipos penales, bien por no concurrir las exigencias típicas, bien por no darse las garantías exigidas en el proceso penal.

Aunque existen voces en contra, cabe recordar que el sentir mayoritario expresa que no es el Derecho penal el ámbito en el que debe resolverse la cuestión del fraude en el deporte (Palomar, 2004: 193). Su incardinación como conductas delictivas contribuye a la expansión a la que el Derecho penal se ve abocado en los últimos tiempos, haciéndole perder una de sus señas de identidad, su configuración como *ultima ratio* del sistema, desdibujando así los perfiles del *ius puniendi* estatal.

Bibliografía

- ALVAREZ VIZCAYA, M. (2006), “¿Necesita el deporte la tutela del derecho penal?”, en DE ASÍS ROIG, A. (dir.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid.
- ALVAREZ VIZCAYA, M. (2007), “La protección penal”, en CAZORLA PRIETO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el deporte*, Aranzadi, Pamplona.
- CASTRO MORENO, A. (2010a), “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *Revista Aranzadi de deporte y entretenimiento*, Núm. 28, pp. 17-36.
- CASTRO MORENO, A. (2010b), “Instrumentalización de los medios de investigación criminal con injerencia en derechos fundamentales al servicio de fines puramente deportivos”, *Revista Aranzadi de deporte y entretenimiento*, Núm. 29, pp. 17-29.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2002), *Derecho penal del deporte*, Bosch, Barcelona.
- GÓMEZ, L. (2002), “El deporte y la sociedad del siglo XXI”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, Núm. 7, pp. 11-16.
- LORA-TAMAYO VALLBÉ, M. (2003), *El derecho deportivo. Entre el servicio público y el mercado*, Dykinson, Madrid.
- MUÑOZ RUIZ, J. (2010), “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *Revista Andaluza de Derecho del deporte*, Núm. 9, pp. 31-40.
- OTERO GONZALEZ, P. (2011), “La corrupción en el sector privado”, *La Ley penal*, Núm. 87, pp. 29-54.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2004), *El dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid.
- RAMOS GORDILLO, A. (2000), *Dopaje y deporte: antecedentes y evolución*, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica de la ULPGC, as Palmas de Gran Canaria.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2001), *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid.



Violencia de género

Begoña Marugán Pintos
Universidad Carlos III de Madrid
bmarugan@polsoc.uc3m.es

Resumen

Después de cuatro décadas de desplazamientos nominales y ampliación del campo semántico, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género institucionaliza el concepto de “violencia de género” para denominar la violencia ejercida por varones sobre las mujeres en el seno de las parejas. Sus dos componentes son importantes, ya que partir de la denominación de “violencia”, implica asumir la existencia de conductas relacionales que rebasan el nivel de lo “aceptable”. Por otra parte, calificar a esta violencia como “de género” supone admitir su carácter estructural. El origen de estas conductas relacionales, que rebasan el nivel de lo “aceptable”, reside en la posición de subordinación del género femenino respecto al masculino. Ahora bien, este umbral varía en el tiempo y en el espacio. Por ello, en este artículo se tratará de mostrar cómo los niveles de tolerancia de determinados comportamientos en las parejas se han ido modulando a lo largo de la historia, dando lugar a diferentes denominaciones, hasta llegar a la designación -con sus ventajas e inconvenientes- de “violencia de género”.

Palabras clave

Género, dominación masculina, discriminación, violencia contra las mujeres, violencia de género

226

Gender Violence

Abstract

After four decades of nominal displacement and extension of the semantic field, the December 28th Act, about Integral Protection Measures against Gender Violence, institutionalizes the concept of "gender violence", to describe the violence perpetrated by men over women within couples. Its two components are important, because the name of "violence" implies to admit the existence of relational behaviors that go beyond the level of "acceptable." Moreover, to qualify this violence as "gender violence" supposes the admission of its structural nature. The origin of these relational behaviors that go beyond the level of "acceptable" lies in the position of subordination of female to male. However, this threshold varies in time and space and therefore in this article it will be shown how the levels of tolerance of certain behaviors in couples have been modulated throughout history and leading to denominations up to the designation -with its advantages and disadvantages- of "gender violence".

Keywords

Gender, male domination, discrimination, violence against women, gender violence

Construcción del término a partir de la ampliación del campo semántico

Las sociedades se reproducen simbólicamente por medio de un sistema complejo de símbolos y significantes a través de los cuales se transmite una concepción determinada del mundo. Por eso no es de extrañar que, aunque la violencia contra las mujeres haya sido una constante histórica, la preocupación por la misma sea muy reciente. Los cambios en el papel de las mujeres y, lógicamente, su valoración social han ido haciendo intolerables determinadas conductas masculinas (Marugán y Vega, 2002); circunstancia esta que ha tenido su reflejo en el lenguaje. Así, mientras hace varias décadas conceptos como “libertad sexual” o “violencia contra las mujeres” eran impensables, hoy en día la “violencia de género” se ha convertido en uno de los significantes más poderosos de la esfera pública.

El concepto “violencia de género” designa aquellas conductas que rebasan las convenciones que regulan lo “normal” o “aceptable” dentro de las relaciones de pareja heterosexuales (García Selgas, 2009: 58). Este término es el resultado de un largo proceso surgido de una cadena de significantes que comenzó con “el maltrato” para pasar después a la “violencia contra las mujeres”, ser reducida a “violencia doméstica” en los noventa y ampliarse, finalmente, a “violencia de género”.

La visibilidad del fenómeno hay que situarla hace medio siglo fuera de nuestras fronteras, puesto que en el franquismo no se podía concebir que las mujeres fueran lesionadas y/o dañadas física, psíquica o sexualmente. Así, significantes como “abuso sexual” o “violencia” eran inexistentes, mientras que otros, como el de “débito conyugal”, se incorporaban como norma reguladora de las relaciones de pareja. Este desolador panorama se va quebrando en la década de los setenta. A partir del Año Internacional de la Mujer (1974) se publican, en EE.UU. y Europa, las primeras investigaciones sobre violencia. Estas estaban centradas básicamente en la violación y ejercieron gran influencia en el discurso feminista que se dio, posteriormente, en el Estado español¹.

Publicaciones como “Nuestros cuerpos, nuestras vidas” (1969), del Colectivo de Mujeres de Boston, en la que se demandaba el derechos al propio cuerpo, llevaron al movimiento feminista a denunciar la violencia sexual que padecían muchas mujeres. Era el principio de la preocupación de los movimientos de mujeres por la violencia contra ellas, siendo la violación su primera forma de expresión.

La violación ataca física y sexualmente a la persona, pero también a su dignidad al negarle un derecho básico: el disponer de su propio cuerpo. La violación no es un delito enfocado hacia la búsqueda del placer sexual, sino el medio para conseguir una humillación. La violación “es un crimen de poder, no de placer” (Browmiller, 1975) en el que se acusa a la víctima de ser la instigadora del delito y se le exige demostrar su resistencia al mismo².

Obviamente, por aquel entonces, sólo se consideraba violación el coito vaginal y la imagen del delincuente que se manejaba era la de un agresor perturbado ajeno a la víctima, a la que asaltaba por la noche, en sitios inhóspitos. Sin embargo, en 1983-1984, la Asociación Women Against Rape investigó la prevalencia de violaciones en el centro de Londres y concluyó que el 17% de las

¹ Al calor de los movimientos antifranquistas, muchas mujeres empezaban a organizarse y a reclamar sus derechos de ciudadanía. La presión del cambio social, en general, y de las mujeres, en particular, hizo que del Código Civil se eliminaran todos los artículos que reflejaban una discriminación profunda contra las mujeres en materia de relaciones entre cónyuges, bienes matrimoniales y filiación.

² Lo que ha tenido su plasmación posterior en un número importante de sentencias.

encuestadas habían sido violadas y el 10% lo habían sido en su hogar. Es entonces cuando se empiezan a ofrecer datos sobre la existencia de violaciones dentro del matrimonio y de la pareja, situación que a menudo se acompaña de malos tratos. De este modo, se pasó a denunciar la existencia de “malos tratos” en los entornos familiares. La denominación como maltrato va más allá de lo que supone tratar mal a una persona y alude a un tipo de conducta abusiva e intolerable, continuada y objetiva, por parte de los varones, que empieza a reconocerse institucionalmente.

En la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Copenhague, en 1980, se denuncia que “la violencia contra las mujeres en el entorno familiar es el crimen encubierto más frecuente en el mundo” y se constata la complejidad del problema. Sin embargo, se concluye que el origen del mismo era el aislamiento geográfico y social, las dificultades económicas, la irregularidad del empleo, el abuso del alcohol y las drogas, la inseguridad, el sentimiento de inferioridad y la inestabilidad de las mujeres. La interpretación de los malos tratos como un problema individual derivaba de los aportes de la investigación del momento - predominantemente de tipo psiquiátrico y psicológico-, muy centrada en describir tanto el perfil de los agresores, como los efectos que ocasionaban estos delitos sobre las víctimas.

En 1979, la psicóloga norteamericana Lenore E. Walker describe a la mujer golpeada como “la que ha sido repetidamente sometida a coerción física o psicológica por un hombre, para que ella hiciera algo que él deseaba, sin tomar en cuenta sus derechos. Las mujeres golpeadas pueden ser esposas u otras mujeres con diferentes tipos de relaciones íntimas con los hombres”. Para ser una “mujer golpeada” había que haber sido sometida a más de una conducta violenta. Este término se amplía, en los noventa, por Graciela Ferreira al de “mujer maltratada” y en la psiquiatría aparece el “síndrome de la mujer maltratada”, equiparable en sus efectos al trastorno de estrés postraumático³.

228

En España, en 1983, se crea el Instituto de la Mujer. A partir de entonces se empiezan a recoger estadísticas en las comisarías de policía y en las Unidades Especiales de Mujeres Policías. La respuesta institucional se vio reforzada por un movimiento feminista organizado en barrios y pueblos que, desde las Comisiones Antiagresiones, mantenía la autodefensa y la autoafirmación colectiva frente a las agresiones, demandando también la tipificación de este delito en el Código Penal. La inclusión del artículo 425 del “maltrato por el esposo”, en 1989⁴, así como las aportaciones desde el Derecho (Rodríguez Ramos-Álvarez y García-Gómez Pavón), la criminología (Elena Larrauri) o la sociología (Miranda López; Fernández Villanueva) permitieron modificar la mirada psicológica anterior y buscar la raíz del problema en el universo cultural de la sociedad patriarcal. El origen de la violencia estaba en los valores patriarcales, según los cuales existe una intocable jerarquía de poder y dominación de los fuertes -los hombres adultos- sobre los débiles -las mujeres y los niños- (Gelles y Straus, 1988).

Este cambio de perspectiva analítica, en la que ya no solo se hablaba del maltrato sino de la violencia psicológica y sexual, tuvo su reflejo en las

³ Síndrome que en la actualidad es aceptado como defensa para mujeres acusadas de un ataque violento a sus parejas en los tribunales de países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda y Canadá.

⁴ Dicho precepto -introducido en el Código Penal por L.O. 3/89 de 21 de junio- sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad. (León Chaparro, 2003).

declaraciones institucionales que hicieron los organismos internacionales en la década de los 90. El foco de atención se desplazaba de las consecuencias a la búsqueda de explicación de las causas y el campo semántico se extendió a la “violencia contra la mujer”.

En 1992, el Consejo Económico y Social de la ONU propone denominar violencia contra la mujer “a todo acto o amenaza de violencia que tenga como consecuencia perjuicio y/o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer”. De acuerdo con ello, en el art. 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de la ONU, se define esta como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga, o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada”. La Convención Belém do Pará de 1994 y la de Beijing del año siguiente insisten en esta imagen de la violencia como “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo”.

El carácter sexista del fenómeno se había puesto de manifiesto. Así, en 1997, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/44 de la ONU exige la eliminación de la violencia contra las mujeres y exhorta a los Estados a “establecer y reforzar, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres y niñas que sean objeto de cualquier forma de violencia, ya sea en el hogar, en el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad”. Además, señala la especial vulnerabilidad de las muchachas y pide protección para ellas frente: al infanticidio femenino, la mutilación genital, el incesto, los abusos y la explotación sexual, la prostitución y la pornografía infantil.

A partir de las declaraciones de la ONU, el Parlamento Europeo aprobó una serie de resoluciones, entre ellas la Resolución A4-0250/97, sobre una campaña europea de tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. En esta resolución se emplea el término “violencia machista” y se reconoce que, pese a las legislaciones nacionales e internacionales en favor de la igualdad, las estadísticas de Naciones Unidas informan que la mayoría de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el mundo son mujeres y niños. La violencia contra las mujeres está “sin duda alguna vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político”, por lo que pide a “la Comisión y a los Estados miembros de las Naciones Unidas que hagan lo posible para que la Declaración de Pekín se convierta en un Convenio vinculante para todos los signatarios”.

La llamada a la Declaración de Beijing -como se conoce también a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1995- reviste un interés particular ya que, por un lado, en esta convención se reconoció que la violencia contra la mujer era un asunto público cuya atención debía ser asumida por el Estado y la sociedad, mediante el desarrollo de programas y acciones para prevenirla, sancionarla y erradicarla; y por otro, en la misma se demandó la utilización de la perspectiva de género en las políticas públicas y en el proceso legislativo. La ONU recogía así toda la línea de investigación que se preconizara desde la teoría sexo-género iniciada por la antropóloga Gayle Rubin (1975) en *The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex*. Rubin explicó que hay menos diferencias biológicas entre los hombres y las mujeres que entre éstos y otras especies. Sin

embargo, a partir del sexo biológico los sistemas sociales asignan características, cualidades, roles y categorías a los seres humanos a lo que se llama género masculino y femenino. Si el sexo es una construcción biológica, el género es social y mediante su uso lingüístico se describen el conjunto de características, formas de ser y sentir, expectativas de comportamiento, habilidades y destrezas, roles y responsabilidades que conforman los modelos masculino y femenino resultado de construcciones sociales y culturales. La famosa afirmación de Simone de Beauvoir: “no se nace mujer, se aprende a serlo”, describiría este proceso por el cual una cosa es nacer con un sexo y otra tener un destino marcado y diferente si se es hombre o se es mujer.

Analizar la realidad bajo esta perspectiva supone poner de manifiesto las desigualdades que existen entre mujeres y hombres. Así como las relaciones de subordinación y dominación que existen entre unas y otros en todos los ámbitos de la vida. La influencia de las organizaciones de mujeres en el trabajo de las organizaciones internacionales es evidente, como también lo es la incidencia de estas organizaciones internacionales y europeas en la creación del concepto de violencia y la delimitación de su alcance.

Desde principios de los noventa, la Resolución A4-0250/97 de la Unión Europea defiende que la violencia machista se produce tanto en la familia como en el lugar de trabajo o en la sociedad, pero -entre otras expresiones- emplea, por primera vez el concepto de “violencia doméstica”. Y esto se produce el mismo año en que, en España, Ana Orantes es quemada viva por su ex compañero.

Ana Orantes era asesinada como otras muchas mujeres lo habían sido durante siglos. Sin embargo, este caso marca un antes y un después en la representación en los medios de comunicación de la violencia conyugal machista por el carácter endogámico de los propios medios. La televisión ofrece la entrevista con Orantes confesando los maltratos de su ex esposo, poco después esta es asesinada y nuevamente la televisión reproducirá la misma. De este modo, la televisión se convierte en fuente de información y, al reproducir el documento “real”, multiplica su efecto de realidad porque no es una mujer anónima, es la que ha salido en la tele (López, 2002).

230

Durante los siguientes meses los medios citan los casos de asesinatos a mujeres, de manera que “la violencia doméstica” se convierte en un fenómeno mediático. Caracterizar la violencia como doméstica “expresa muy bien la vulnerabilidad de las mujeres en el ámbito de mayor confianza y aplica la consigna «lo privado es público», tan querida al movimiento feminista” (Miranda, 2006: 2486), pero supone reducir la violencia a una sola de sus manifestaciones: la que se ejerce por parte de los compañeros sentimentales. El concepto “violencia doméstica” establece fronteras innecesarias entre el hogar y el espacio público, la calle, en el que también se ejerce gran cantidad de violencia contra las mujeres.

Esta reducción se observa en la concreción de la Resolución europea A4-0250/97 y en los planes de actuación españoles: I y II Plan Integral Contra la Violencia Doméstica (1998-2000) y (2001-2004), respectivamente. La violencia contra las mujeres se parcela, y sólo se saca a la luz la violencia más disfuncional, la doméstica, que puede quebrar los entornos familiares o llegar a poner en cuestión la familia⁵.

⁵ Así se comprende que en Código Penal durante años el bien jurídico protegido no hayan sido las mujeres sino la paz familiar (Vidal Martínez; 2006)

Por otra parte, la reaparición mediática de la violencia supuso entenderla como una cuestión a gestionar. De este modo, el Estado crea una serie de dispositivos jurídicos, penales y asistenciales de carácter específico para gobernar la violencia. Había que evitar el asesinato y para ello se aprueban medidas específicas dentro de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

El funcionamiento de estos nuevos dispositivos exigía el desarrollo de un conjunto de saberes especializados, de estadísticas y datos que reforzaran la actuación de los poderes públicos y de la Administración. Tanto las cifras del problema como su tratamiento en los medios de comunicación despertaron la alarma social. El número de 72 mujeres asesinadas en el año 2004 a manos de sus parejas o ex parejas, 37.807 órdenes de protección emitidas y 57.527 denuncias de mujeres evidenciaban la frecuencia de este delito⁶. La constatación de que era un mal extendido en la sociedad y el máximo exponente de la discriminación femenina le otorgaban su carácter estructural. Desde las organizaciones de mujeres se demandaba al estado que regulara las relaciones familiares y privara a los cabezas de familia del poder de dirigir y controlar lo que sucedía en la casa, como sucediera desde el *Leviatán* (1651). Era preciso que este fenómeno se asumiera como una cuestión de Estado y que se dejara patente quiénes ejercían el maltrato y quiénes lo recibían.

La solución a ambas demandas vendría de la mano de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aprobada por unanimidad en el Parlamento español.

El salto conceptual que se produce en la Ley es un intento de abrir el fenómeno de la “violencia doméstica” a otras expresiones de la misma y de situar su origen en las relaciones de desigualdad y subordinación de las mujeres respecto a los hombres. “La violencia de género” es aquella que se dirige sobre las mujeres “por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Con el uso de este término, aparentemente, se da cabida a sus diversas manifestaciones. El artículo 1.3 indica que “la violencia de género (...) comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Por ello, el término debería haber sido sinónimo del de “violencia contra las mujeres”, que utilizara Naciones Unidas. Y sin embargo, no lo es.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 indica que “la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”. Sin embargo, la sustitución en el imaginario colectivo de la violencia

⁶ Un delito que había sido redefinido y ampliado desde su tipificación en el artículo 425 del Código penal de 1973, primero a través de su extensión a las violencias ejercidas contra los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes –mediante el artículo 153 del Código penal aprobado por la L.O. 10/95 de 23 de noviembre–, después por la ampliación del tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión y la ampliación de la acción también a la violencia psíquica –redacción del art. 153 dada por la L.O. 14/99 de 9 de junio– y finalmente, por la introducción del artículo 173 –por la L.O. 11/2003 de 29 de septiembre– en la que se amplían los sujetos pasivos a aquellos supuestos en los que exista análoga relación de afectividad a la del matrimonio aún sin convivencia, así como a cualquier tipo de descendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.

sobre las mujeres por la “violencia doméstica” ha supuesto una rémora y un desplazamiento metonímico de la parte por el todo. Así, aunque la Ley 1/2004 utiliza el concepto “violencia de género” -repolitizando esta cuestión- sólo tiene como objetivo actuar “contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia” (Art. 1.1). De este modo, deja fuera del ámbito de su intervención el acoso sexual y por razón de sexo, la violencia sexual o la trata de mujeres con fines de explotación sexual. Tanto es así que en las conclusiones del Informe sobre el impacto de la LO 1/2004 de la Subcomisión de Derechos de la Mujer, del Congreso de los Diputados, se insiste en la necesidad de “combatir la violencia de género desde la promoción transversal de la igualdad y en el ámbito de otras manifestaciones como el acoso laboral, la agresión sexual y la violencia económica”. Para mayor confusión, mediante la Ley se crean una serie de organismos (como la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer y el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer) destinados únicamente a atender lo que antes se entendía como violencia doméstica. Seguramente la causa esté en la importancia que en la primera década del 2000 se dio a este tipo de violencia.

Para mayor abundamiento, con esta expresión se aclara muy poco quiénes son las víctimas, de modo que su uso podría servir de pantalla encubridora de la relación de desigualdad que pretende desvelar. Esta ausencia de precisión semántica se reduce mediante el tratamiento penal. El Código penal diferencia entre la violencia doméstica -descrita en el artículo 173.2- y la violencia de género -tratada en el artículo 153.1. Originariamente el artículo 153 del Código penal castigaba la violencia en el ámbito doméstico sin distinción entre violencia doméstica y de género. Sin embargo, la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de modificación del Código penal en materia de violencia doméstica -con el propósito explicitado en su Exposición de Motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas- introdujo el artículo 173.2, que sirve como base para conformar la aplicación de los artículos de la violencia de género. Posteriormente, la ya citada Ley Orgánica 1/2004 estableció diferente régimen punitivo según la víctima afectada y su relación con el sujeto activo⁷. Así, mientras que el 173.2 se refiere a las personas que se encuentran integradas en el núcleo de convivencia familiar, el apartado 1 del artículo 153 se aplica “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Por tanto, una delimitación semántica que sociológicamente no es muy precisa encuentra en el ámbito penal una mayor precisión.

Bibliografía

- BROWMILLER, S. (1975), *Contra nuestra voluntad*, Planeta, Barcelona.
BOURDIEU, P. (2000), *La dominación masculina*, Anagrama, Madrid.

⁷ Lo que ocasionó la interposición de diversas cuestiones de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional por parte de muy distintos órganos judiciales contra el art. 153.1 (en relación con el art. 153.2) del Código penal de 1995, en razón de la redacción dada a ese precepto por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La discusión principal giraba en torno a la agravación llevada a cabo sobre la base del sexo de los sujetos activos y pasivo en los supuestos de violencia doméstica, intrafamiliar o de género. Los distintos cuestionamientos fueron respectivamente desestimados, teniendo como cabecera la STC (Pleno) 59/2008, de 14 de Mayo. Puede leerse la resolución íntegramente en : <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-059.html>

- GARCÍA SELGAS, F. (2009), “La investigación social sobre violencia de género: una propedéutica”, en MIRANDA, M.J., MARTÍN, M.T, y MARUGÁN PINTOS, B. (eds.), *Amor, Razón y Violencia*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- GELLES, R.J. y STRAUSS, M.A (1988), *Intimate violence*, Simon & Schuster, New York.
- LEON CHAPARRO, L. (2003), “Estudio del actual artículo 173 del Código penal”, *Revista Baylio*. Ilustres Colegio de Abogados de Ceuta. Disponible en línea: <http://www.icace.org/pdf/ponenciaCAM1.pdf>. Revisado el 3 de marzo de 2013.
- LÓPEZ DÍAZ, P. (2002), “La representación de la violencia masculina contra las mujeres en los medios de comunicación”, en BARRIOS, O. (ed.), *Realidad y representación de la violencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- MARUGÁN PINTOS, B. y VEGA SOLIS, C. (2002), “Gobernar la violencia: apuntes para un análisis de la articulación del patriarcado”, *Revista Política y Sociedad*, Vol. 39, Núm. 2, pp. 415-436.
- MARUGAN PINTOS, B. y VEGA SOLIS, C. (2003), “Acción feminista y gubernamentalidad”, *Revista Contrapoder*, Núm. 7, pp. 175- 196.
- MIRANDA LÓPEZ, M.J. (2006), “Violencia de género”, en KRAMARAE, C. y SPENDER, D. (eds.), *Enciclopedia Internacional de las Mujeres*, Síntesis, Madrid.
- RUBIN, G. (1975), “The traffic in women. Notes on the political economy of sex”, en REITRES, R. (ed.), *Toward an Anthropology of Women*, Monthly Review Press, New York.
- VIDAL MARTÍNEZ, M. (2006), “Propuesta de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, en relación a los tipos de violencia de género: reubicación sistemática de los tipos penales”. *Revista General de Derecho*, Núm. 1.



Rudolf von Jhering: *Nuestra tarea* (1857)

En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive

Luis Lloredo Alix

Universidad Carlos III de Madrid

luismanuel.lloredo@uc3m.es

1. Introducción

El escrito que aquí se presenta por primera vez en lengua española es uno de los documentos más relevantes de la ciencia jurídica del siglo XIX. Incluso podríamos decir, sin temor a incurrir en exageraciones, que se trata de uno de los textos más importantes de la historia de la ciencia del derecho, un punto de llegada de tendencias anteriores y a la vez un punto de partida para orientaciones que, con el correr de los años, impulsarían la renovación del método que abre las puertas al siglo XX. Escrito en 1857, en una etapa de cambio en casi todos los sentidos, en él se plasman ideas antiguas, heredadas de la doctrina de Savigny o Puchta, pero también nuevas teorías, verdaderos acicates para el pensamiento, que enseguida se constituirían en bastiones de la nueva dogmática jurídica que contribuyó a alumbrar el código civil alemán de 1900 (BGB). Algunas veces, el ojo contemporáneo no puede sino mirar con estupefacción las alambicadas argumentaciones de Jhering, el modo de exposición tan lastrado por la retórica del idealismo filosófico germano, o el ardor con que defiende concepciones que quizá nos parezcan ampliamente superadas. Otras veces, en cambio, nos encontramos con envidiables destellos de lucidez, con formas de pensar que probablemente deseáramos para nuestra dogmática jurídica actual y con reflexiones que nos recordarán a algún que otro debate contemporáneo. Mi objetivo en estas notas introductorias no es dar cuenta pormenorizada de todo ello, sino más bien apuntar algunas consideraciones biográficas del autor y de su época, algunas apreciaciones sobre su papel en la historia del pensamiento jurídico y alguna reflexión en torno a la trascendencia del escrito aquí presentado.

2. Breve semblanza histórica de Jhering

Rudolf von Jhering nació en 1818 y murió en 1892. Comparte año de nacimiento con Karl Marx, al que no conoció y con cuyo pensamiento no diálogo nunca de forma directa (Losano, 1984: 54-56 y 157-160), pero con quien existe una cierta complicidad involuntaria: el punto de vista historicista y dialéctico, la concepción conflictualista del derecho y de las relaciones sociales (Welzel, 1962: 198 ss.), así como el énfasis en la vinculación del derecho con el poder. Tres años antes del nacimiento de Jhering, había venido al mundo uno de los personajes que con más fuerza marcarían el devenir de los acontecimientos en Europa –en Alemania en particular– y que más influencia ejercerían en la trayectoria de nuestro autor: el futuro canciller Otto von Bismarck. Y sólo un año después de Jhering, nacía Theodor Fontane, el principal novelista del realismo alemán, cuyo significado en la historia de la literatura es comparable al de Clarín en España, al de Zola en Francia o al de Dostoievski en Rusia. Si a ello le sumamos el hecho de que en 1812 había

nacido Alfred Krupp –quien llegaría a ser el empresario siderúrgico más importante de Europa– y que en 1816 lo hizo Werner von Siemens –el ingeniero que fundaría una empresa de telecomunicaciones bien conocida en la actualidad–, tenemos un retablo que nos permite entrever el sentido de las transformaciones que determinaron a la época de Jhering (Rückert, 2004: 130-131). Se trata de un periodo, en efecto, de transición entre la organización estamental y la sociedad de clases, entre el predominio de lo rural y el protagonismo de lo urbano, entre un capitalismo de pequeña envergadura y un capitalismo monopolístico y tendente a la globalización, entre una vida condicionada por la religión y una vida esencialmente secularizada, en la que la ciencia y la tecnología se convertirán en nuevos ídolos; un periodo, en definitiva, que anuncia con claridad las notas distintivas de nuestro mundo.

En líneas generales, todas estas figuras de la política, la economía, la ciencia o la cultura adquirieron fuerza en la segunda mitad del siglo XIX, en una época que ha sido caracterizada como la era del realismo, y que otros autores califican como el tránsito del idealismo al materialismo (Winkler, 2009: 687-690). Más allá del tópico que subyace a estas expresiones, lo cierto es que se trata de una etapa llena de cambios y, sobre todo, atravesada por una sensación de velocidad en los acontecimientos, por un sentimiento de inestabilidad e inseguridad, que probablemente supera a todas las eras precedentes. Esta conciencia de la celeridad y la inevitabilidad del cambio es la que dio pie al surgimiento de la mentalidad historicista. En una realidad sacudida por mutaciones económicas, políticas y sociales tan repentinas –nótese que la revolución industrial traía nuevas invenciones y formas de organización a cada instante– y en la que los referentes presuntamente inamovibles del Antiguo Régimen parecían no ser sino una contingencia de tiempos pasados, el refugio en la historia era casi ineludible: por mucho que el mundo avance de forma imparable, siempre nos quedará la certeza de que somos el resultado de una cadena de sucesos que nos enlaza de modo orgánico con nuestros antecesores, y que nos proyecta hacia el porvenir con el apoyo que nos otorga la historia compartida. Esta conciencia de la evolución permanente, que se manifiesta en la dialéctica hegeliana, en la novela historicista o en la teoría darwiniana –entre otras ramificaciones de la cultura y la sociedad decimonónicas (Lloredo, 2012: 426-450)– provocó una profunda crisis de identidad que se resolvería de muy diversas maneras (Ripalda, 1977: 21-29).

Por un lado, fundamentalmente en la primera mitad del siglo XIX, se produjo el auge del idealismo, una corriente filosófica y literaria que, desde un prisma ideológico, podría interpretarse como una voluntad desesperada por volver a dotar de un significado trascendental y totalizador a una realidad que se había salido de sus quicios; una realidad que, más bien, parecía apuntar hacia la inquietante idea de que estamos condenados a la más pura y desnuda contingencia. Esta implacable convicción es la que alienta a buena parte de la filosofía idealista post-kantiana, desde Schopenhauer hasta Fichte o Hegel (Villacañas, 2001: 13-43) y la que, en un sentido jurídico, se tradujo en el pensamiento de Friedrich Carl von Savigny (Rückert, 1984: 335-342). La pretensión de sintetizar la filosofía y la historia en un mismo relato coherente, como caras de la misma moneda, la retórica romántica y nacionalista que se palpa en escritos como *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, o la analogía entre el derecho y los organismos vivos, son algunos de los rasgos del pensamiento de Savigny que se explican en el marco del idealismo filosófico. Este mundo, marcado políticamente por el dominio de la Restauración monárquica y por la voluntad de mantener los viejos poderes fácticos de la Edad moderna –el Papado y el Sacro Imperio romano-germánico–, así como por salvaguardar la hegemonía de la aristocracia, se escudaba en la recreación de un pasado mítico y perdido, pero venerable y recuperable.



Por otro lado, en la segunda mitad de la centuria, la respuesta ante la crisis de identidad se canalizó desde un punto de vista realista-materialista: tras el desconcierto de la primera mitad, en la que predominó una actitud preponderantemente escapista y nostálgica, a partir de 1848 se produce un vuelco fundamental. 1848, conocido como el año de las revoluciones o la primavera de los pueblos, marca un hito en Europa, al sellar la muerte de la Restauración dominante desde el final de las guerras napoleónicas. En Alemania es común hablar del *Vormärz* y el *Nachmärz* –el pre-marzo y el post-marzo– para aludir a la ruptura que se dio en casi todos los ámbitos a partir de la revolución del 18 de marzo. A raíz de estos convulsos acontecimientos, cobró fuerza la aspiración nacionalista a una Alemania unificada y Bismarck pasó a ocupar el protagonismo en la vida política prusiana. Asimismo, las ensoñaciones liberales del romanticismo cedieron en pro del anhelado Estado unitario, bajo el supuesto de que una mirada realista exigía sacrificar el principio de la libertad por el de la unidad (*Einheit vs. Freiheit*). En el marco de dichas transformaciones, el periodista August Ludwig von Rochau publicó un famoso artículo en el que se acuñaba la noción de *Realpolitik*, tan descriptiva de la política que empezaría a desarrollar el canciller y que, en un sentido amplio, sirve para caracterizar a muchas de las manifestaciones científicas y culturales que se sucedieron desde entonces (Wehler, 1972). El asentamiento de la industrialización y la correlativa explosión de la problemática social, con el consiguiente auge de las reivindicaciones obreras, se pueden entender bajo esa premisa; la respuesta filosófica materialista que hallamos en Marx, Engels o Feuerbach, o la literatura realista de Zola o Fontane, también deben entenderse desde dicha perspectiva. En el ámbito jurídico, los exponentes de este viraje serían, por lo menos en Alemania, el llamado segundo Jhering u Otto von Gierke (Nipperdey, 1998: 657-658; González Vicén, 1979: 259-260).

En definitiva, parece que el llamamiento a lo práctico, lo positivo, lo real y lo material adquiere la fuerza de un mantra para la mentalidad de mediados y finales del XIX; un mantra que no obedecía a una retórica vacía, sino que reflejaba la perentoria necesidad de reconfigurar las ideas y las instituciones en el contexto de la sociedad industrial. De hecho, el positivismo filosófico-científico que encontramos en autores como el conde de Saint-Simon, Auguste Comte o Herbert Spencer –entre muchos otros– se construye y se desarrolla con la vocación de armonizar el desarrollo industrial con la satisfacción de los problemas derivados de la cuestión social (Rossi, 1975). Aunque se ha debatido mucho sobre si el positivismo jurídico debe explicarse en esa misma clave, me parece evidente que no puede entenderse de otra manera. Sin perjuicio de que quepa identificar algunos rasgos cercanos al iuspositivismo en Thomas Hobbes (Murphy, 1995), y pese a que sea posible establecer un discurso independiente para cada manifestación particular del positivismo (Kolakowski, 1974: VII), la auténtica aparición y propagación de esta corriente sólo tiene lugar en el contexto del siglo XIX, de la mano de un cambio generalizado que se verifica en muchas áreas. En efecto, no creo que pueda hablarse de positivismo jurídico sin aludir al historicismo, al auge del empirismo y de las ciencias naturales, a la secularización de la política y la sociedad o al desarrollo de un Estado que asumía la tarea de legislar sobre todo el espectro de la vida social. Esta última nota conllevaba una visión instrumentalista del derecho, que consistía en pasar a concebirlo como una herramienta al servicio de la sociedad y no como un corolario de la razón natural. Y en este punto, por mucho que intentemos apoyarnos en referentes puramente jurídicos para explicar este tránsito entre paradigmas, el iuspositivismo coincidía con el planteamiento antimetafísico y utilitarista de un Comte, un Bentham o un Spencer. Por lo que se refiere al presente análisis, es imposible

entender a Jhering y su contribución al positivismo jurídico sin vincularlo con el movimiento global que se evidencia en muchos otros ámbitos del saber (Lloredo, 2012: 82 ss.).

En función de lo anterior, se explica que Jhering haya sido calificado con rúbricas de lo más variado: como utilitarista (Pound, 2000: 130 ss.), como empirista (Stammler, s.f.: 97-99) o como realista (Posada, 1896), entre otras etiquetas de corte similar que pueden encontrarse en la literatura secundaria. En cierto modo, se trata de apelativos que reflejan el conjunto de aspiraciones filosófico-científicas que laten desordenadamente en la obra y el método de Jhering, y que responden al clima general de la segunda mitad del XIX, impregnado por una difusa voluntad de acceder al conocimiento desde una mirada realista y pragmática. En general, esta preocupación por lo positivo solía venir acompañada de una vocación política reformista –en sentido progresista o conservador– que entendía la ciencia como una herramienta fundamental de la transformación social. Desde este punto de vista, ha sido bastante común emparentar a Jhering con tendencias izquierdistas o cercanas a alguna variante moderada de socialismo. Fikentscher, por ejemplo, afirmó que podríamos ubicarlo en el ala derecha de la socialdemocracia actual (Fikentscher, 1976: 156), mientras que Adolf Merkel sostuvo que su pensamiento era progresista en contraste con la “tonalidad conservadora” de Savigny (Merkel, 1893: 20). En realidad, Jhering era un autor conservador, procedente de una familia de tradición funcional desde hacía más de tres siglos y embebido por un nacionalismo alemán filo-prusiano que desembocaría en una ferviente admiración por Bismarck. En este sentido, valoró enormemente la política estatalista del canciller y la orientación social que éste le dio a la política alemana a partir de los años ochenta. Asimismo, apoyó entusiasmado la estrategia militar ideada por éste que, a través de las guerras contra Dinamarca, Austria y Francia, terminaría conduciendo a la unidad nacional.

Cuando hablo de orientación social de la política bismarckiana, me refiero a un conjunto de medidas promulgadas por el canciller a lo largo de la década de 1880, que incluía el seguro de enfermedad (1883), el seguro de accidentes de trabajo (1884) y el seguro de vejez e invalidez (1889), y que ha sido calificado como la primera experiencia histórica de Estado social (Esping-Andersen, 1993: 85-88; Sotelo, 2010: 141-149). Se ha dicho que el establecimiento de tales medidas fue trascendental para los tiempos venideros y que podría considerarse a Bismarck como un “terratene revolucionario” (Winkler, 2007). La paradoja es certera, ya que la inspiración de tales medidas no era en absoluto altruista, sino que se perseguía contener el avance del socialismo mediante la concesión de una serie de garantías sociales. En el caso de Jhering, las motivaciones son algo distintas. Para empezar, Jhering no era un gran propietario y no procedía de la aristocracia: el título de “von”, que sugiere ascendencia nobiliaria, le fue otorgado en 1872 por el emperador austriaco, como galardón por sus servicios durante su periodo en la Universidad de Viena (Hofmeister, 1993: 45-46). Además, la vocación socializante del último Jhering es más sincera que en Bismarck. Aunque siempre desde un prisma corporativista y partidario de un reformismo dirigido por las élites –contrario al sufragio universal– creía firmemente en la importancia de que el derecho y las instituciones se acompasasen con las exigencias sociales de su época. De ahí las concomitancias entre su filosofía jurídica sociológica-utilitarista y la política social-reformista que se empieza a poner en marcha hacia los años setenta y ochenta. Por otra parte, al revés que en la mayoría de los representantes del nacionalismo filo-prusiano y evangélico-luterano de la época, Jhering nunca dio muestras de antisemitismo, sino que en alguna ocasión llegó a defender a autores judíos o a publicar en revistas semitas (Lloredo, 2012: 236-238). Por todas estas razones, como en su día sugirió Mario Losano, Jhering fue un “conservador honesto” (Losano, 1970: 184-186).



En líneas generales, y con espíritu de síntesis, podría decirse que los factores que más nos ayudan a entender el tránsito paradigmático que sufre la ciencia del derecho en el siglo XIX –y que en Jhering cobran una especial relevancia– son tres:

En primer lugar, la *cuestión nacional*: buena parte de las discusiones científico-jurídicas y las propuestas de reforma que se dan en el ámbito del derecho tienen que ver con la lucha por un Estado unitario y por un derecho alemán unificado. A principios de la centuria, tiene lugar el primer episodio de esta diatriba, cuando Savigny publica su escrito *La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (1814), en el que contesta la propuesta de Thibaut de adoptar un código civil a semejanza del francés. De acuerdo con Savigny, en efecto, la esencia de la nación alemana no se avenía bien con el espíritu codificador francés, de corte racionalista, y era menester cultivar un derecho y una ciencia jurídica respetuosos con las tradiciones históricas de los diversos pueblos germánicos. Pero el corolario de esta divergencia metódica inicial entrañaba una diferencia política de mayor calado entre ambos autores: el objetivo de Savigny era, en realidad, poner el control de la renovación jurídica del país en manos de la clase de los juristas profesionales –el *Juristenrecht*: derecho de los juristas (Koschaker, 1966: 164 ss.)– y no en las del legislador, que estaba preso del principio de la soberanía nacional y que, seguramente, tendería a disolver el orden estamental para-feudal (Contreras, 2005: 112-120). El segundo episodio relevante de este debate tiene lugar a mediados de siglo, cuando se produce el enfrentamiento entre germanistas y romanistas. Mientras que los primeros se alinean con fuerza en la pretensión de un Estado alemán unitario modelado sobre la base de la hegemonía prusiana, con una poderosa vena estatalista, con mayor apertura a la soberanía popular y con mayor sensibilidad social (Beseler, 1843: 342 ss.; Losano, 1984: 33-52), los romanistas se mantienen en la apuesta por la gran Alemania (incluyendo a Austria), formada según el modelo del Imperio romano-germánico y con preeminencia del derecho de los juristas respecto al derecho legislado. El tercer episodio interesante a nuestros efectos tiene lugar tras la victoria alemana en la guerra franco-prusiana (1871), que propició la constitución del Estado alemán y cuyo resultado fue determinante para Jhering. Como consecuencia de este triunfo militar, e imbuido aún por el ardor bélico, nuestro autor pronunció la célebre conferencia *La lucha por el derecho*, en la que sienta las bases de la revuelta contra el formalismo que se desarrollará en las décadas siguientes. La visión del derecho que se empieza a cultivar desde entonces se adscribirá a un cierto pragmatismo y propenderá a confundirse con la sociología, en un intento por ligar al derecho con las profundas transformaciones que estaban ocurriendo en el ámbito político y económico.

En segundo lugar, la *cuestión social*. La cantidad de fenómenos que se engloban bajo la rúbrica de “cuestión social” es inabarcable: desde el problema de la explotación en el ámbito laboral hasta las dificultades que estaba causando el éxodo rural y el correlativo hacinamiento urbano, pasando por la emancipación de las mujeres o la cuestión de la raza. En líneas generales, la segunda mitad del XIX empieza a someter a juicio el principio individualista que se había cultivado desde las teorías del contrato social. De acuerdo con dicho principio, por ejemplo, era difícil condenar al empleador que obliga al operario a trabajar por un salario de miseria, si éste había suscrito un contrato conforme a la idea de la autonomía de la voluntad, tal y como rezaba la teoría clásica de los contratos. Y según ese mismo principio, se estaba fomentando un liberalismo desmedido que era necesario corregir en aras de la igualdad social. Así las cosas, buena parte de los debates jurídicos que se producen a

lo largo del siglo –especialmente en su segunda mitad– tienen que ver con las posibilidades de que el derecho se hiciera cargo de dicha realidad. Las primeras teorizaciones de la noción de responsabilidad objetiva en casos de accidentes de trabajo, las doctrinas de la función social de la propiedad, las tentativas embrionarias de instaurar derechos laborales (Menger, 1898), etc., se deben entender en esta clave. En el caso de Jhering, las inquietudes sociales se empiezan a palpar en el último volumen de su *Espíritu del derecho romano* (1865), en el que expone la teoría de los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos. De acuerdo con esta doctrina, el principio clásico de la voluntad no servía para aprehender el fundamento del derecho subjetivo, porque era una idea excesivamente individualista. Por encima del individuo, pensaba Jhering, estaban determinados intereses sociales que merecían ser salvaguardados con independencia de la voluntad de los sujetos (Jhering, 1953: 327 ss.). Ahora bien, tanto antes como después de esta obra, la necesidad de adecuar el derecho a los desafíos que estaba acarreado la industrialización es palmaria. En particular, *El fin en el derecho* es un claro trasunto del estatismo social del último tercio de siglo.

En tercer lugar, la *cuestión religiosa*. El XIX es el siglo de la secularización. En el plano institucional –con las sucesivas desamortizaciones de los bienes eclesiásticos, con la retirada de prerrogativas a las iglesias y con regulaciones constitucionales cada vez más tendentes a la laicidad– y en el ámbito de la ciencia y la cultura –con el estallido del darwinismo y las consecuencias que éste trajo para la filosofía, la cultura y otras ciencias sociales (Dewey, 2000)– la vida se independiza de la religión. En el contexto germano, la cuestión religiosa es especialmente importante a nuestros efectos, porque a ella se anudan muchos de los debates político-jurídicos que se han esbozado en las líneas precedentes. Buena parte del nacionalismo alemán que apostaba por la unificación con exclusión de Austria, en efecto, era de confesión evangélico-luterana, a la que pertenecía Jhering. La presión del Papado por perpetuar el estado de disgregación territorial en que se encontraban las regiones alemanas, o por apoyar a la católica Austria como potencia dominante del nuevo Estado, provocó que la evangélica Prusia entablase una encarnizada lucha con la Iglesia, la *Kulturkampf*. La *Kulturkampf*, que Bismarck condujo con mano férrea a lo largo de los años setenta, terminó dando pie a una cultura fundamentalmente laica, que erigía al Estado como máxima instancia de poder y que relegaba la religión al ámbito privado. Este clima favorecería la expansión de corrientes científicas y culturales novedosas y revolucionarias, como el darwinismo, que en Alemania ejerció un influjo considerable. Como se verá en el escrito al que estas páginas sirven de introducción, las ciencias naturales se hallan muy presentes en las reflexiones de Jhering, que quiso erigir una teoría del derecho “histórico-natural” y que encontró un refrendo de sus ideas en las teorías evolucionistas (Wieacker, 1973). En general, la ciencia jurídica decimonónica se obsesiona por homologarse con las ciencias naturales y experimenta un proceso de “naturalización” que contribuirá a la renovación del método y al surgimiento de nuevas disciplinas como la sociología del derecho.

3. Jhering en la historia del pensamiento jurídico: la cuestión de las etapas

Es habitual distinguir dos etapas marcadamente diferentes en el pensamiento de Jhering. En la primera, nuestro autor sería un representante de la llamada jurisprudencia de conceptos, cuyo credo implicaba entender el derecho como una agregación de normas que se derivan de “conceptos jurídicos” subyacentes, y que otorgan al conjunto un orden y un rigor lógicos absolutos. La tarea de la ciencia del derecho sería la de descubrir estas nociones implícitas mediante una labor de desbroce y “construcción jurídica”, para así poder dotar de coherencia al ordenamiento y suministrar soluciones jurídicas a cualquier



controversia que se presentara. De acuerdo con esta forma de ver el derecho, no existiría en éste ningún resquicio posible, ni habría razón para temer una hipotética situación de contradicción entre normas, ni de lagunas o casos irresolubles. En la segunda fase de su pensamiento, sin embargo, Jhering se habría desengañado de esta concepción formalista y habría dado paso a una visión más realista del fenómeno jurídico, en la que la lógica no desempeñaba ningún papel relevante, ya que el derecho, su aplicación y su evolución están determinados por fines sociales contingentes.

Este retrato es el que nos ha sido legado y el que generalmente nos encontramos en las exposiciones históricas de la filosofía del derecho. Sin embargo, como casi siempre sucede en estos casos, hay en ello más de leyenda y de lugar común que de realidad y de fidelidad a la historia efectiva. Es indiscutible que, si cotejamos las primeras obras con las últimas, hay diferencias abismales entre uno y otro Jhering. *El fin en el derecho* o *La lucha por el derecho* son una clara impugnación de los dogmas del espíritu del pueblo y el desenvolvimiento espontáneo del derecho, cultivados por Savigny y la mayoría de la escuela histórica, y avanzan en una línea de pensamiento que censura el culto a la lógica y al conceptualismo exacerbado. No obstante, no hay una ruptura meridiana entre ambas fases, ni puede hablarse legítimamente de un “Damasco” –como hizo Franz Wieacker– aludiendo a una supuesta conversión repentina (Wieacker, 1967: 451). Para Wieacker, este viraje tuvo lugar de forma bastante sobrevenida, como consecuencia de un caso de doble venta que Jhering tuvo que resolver a mediados de los años sesenta, y ante el que el método dominante ofrecía una solución contraintuitiva e injusta. A partir de entonces, según Wieacker, Jhering empezaría a revisar las ideas de la construcción jurídica del conceptualismo y a abandonar la fe en la infalibilidad de dicha teoría (Wieacker, 1968: 32 ss.). Sin embargo, me parece que esta datación es desacertada. En el mismo escrito *Nuestra tarea* encontramos abundantes ejemplos de casos jurídicos que Jhering examina conforme al método conceptualista de Puchta –demasiado deudor aún de las nociones jurídicas de la antigüedad romana– y cuyos resultados impugna por no ser acordes con el sentido común o las necesidades del tráfico moderno. De manera que, aunque todavía está marcado por una retórica y un paradigma filosófico fuertemente idealistas, el Jhering de *Nuestra tarea* (1857) ya ha empezado a transitar hacia la que vulgarmente conocemos como su segunda etapa.

Ahora bien, la crítica a la bipartición de su trayectoria va más allá de un prurito erudito o historiográfico. No sólo se trata de analizar su evolución en clave progresiva –cosa siempre recomendable a la hora de explicar cualquier proceso histórico– sino que el hecho de compartimentar así su pensamiento conduce a una mala comprensión de la jurisprudencia de conceptos. Para ser exactos, la propia denominación “jurisprudencia de conceptos” no se acuña y se propaga hasta mucho más tarde, cuando Philipp Heck utilizó dicho término como una forma despectiva de referirse a los excesos formalistas de la dogmática jurídica de su tiempo, proponiendo la antítesis de “jurisprudencia de intereses” como nueva alternativa (Heck, 1993: 15-25). Como podrá imaginarse, Heck toma a Jhering como referente de la nueva orientación y retrotrae hasta él el punto de inflexión que conducía a la renovación del método que él y otros antiformalistas de la época estaban propiciando (nótese que Heck es contemporáneo de la escuela del derecho libre, de la *libre recherche scientifique* de Gény o del realismo jurídico estadounidense). Sin embargo, Jhering no era plenamente consciente de esta dualidad que se hace tan patente tras su muerte. De hecho, la separación de su obra en dos etapas resulta útil

para entender la última deriva de su pensamiento y las diversas corrientes antiformalistas que surgieron en las postrimerías del XIX y la primera mitad del XX (Lloredo, 2013), pero es decididamente inadecuada para captar la sustancia de sus primeras ideas y distorsiona el significado que tuvo la teoría de la “construcción jurídica” expuesta en el *Espíritu del derecho romano* y en *Nuestra tarea*.

Para empezar, Jhering no escribió prácticamente nunca en la órbita metodológica de Savigny o Puchta. Sólo en un conjunto de ensayos de 1844, publicados a los 26 años de edad, puede comprobarse el método dogmático-jurídico aprendido en dicha escuela. Se trata de una recopilación de textos sobre derecho de sucesiones y derechos reales, en la que se incluye su propia tesis doctoral –en torno a la herencia yacente– que apenas tiene trascendencia filosófica (Jhering, 1844). Pero la primera obra seria en la que se embarca, el primer tomo del *Espíritu del derecho romano* (1852), ya marca diferencias importantes respecto al legado de sus maestros. El objetivo de Jhering era analizar el desenvolvimiento histórico del derecho romano, pero no para comprender éste en sus manifestaciones externas, sino para captar su esencia, su especificidad respecto de otras formas de regulación social y los atributos internos que lo habían convertido en la matriz del derecho moderno. Para descubrir, en síntesis, la clave de la civilización jurídica contemporánea.

Este propósito, que iba mucho más allá de la mera historia de las instituciones y de la dogmática jurídica que solían cultivar los miembros de la escuela histórica, le proyectaba directamente a la filosofía del derecho. No en vano, como él mismo advertía en las primeras páginas, su objetivo no era conocer el derecho romano, sino construir una “teoría general y natural del derecho” (Jhering, 1953: I, 22-24). Esta empresa se alejaba del tipo de investigación monográfica, precisa y dogmática que se les prescribía a los juristas de la escuela de Savigny, hasta el punto de que Puchta le desaconsejó vivamente que continuara con su empeño (Kunze, 1993: 13). Por si esto fuera poco, la primera sección del primer tomo estaba dedicada a criticar el nacionalismo de Savigny, que a Jhering le parecía inadecuado para explicar la evolución del derecho romano y el hecho de que éste se hubiera convertido en patrimonio universal: “si reparamos en que la singularidad y la separación no son la meta de la historia, sino que lo son la comunidad y la unidad, que la individualidad de las personas y los pueblos no queda destruida por el momento de la generalidad, sino que ésta es así elevada y ennoblecida, entonces no veremos en Roma a un ángel exterminador de nacionalidades, a un espíritu que sólo niega, sino a un portador y a un luchador de la idea de universalidad, enfrentado al dominio unilateral y pacato del principio de la nacionalidad” (Jhering, 1953: I, 314-315). En definitiva, el llamado primer Jhering ya se había distanciado en muchos aspectos del credo de la escuela histórica ortodoxa.

El siguiente peldaño de su trayectoria lo constituye el tomo segundo del *Espíritu del derecho romano*, en el que desarrolla las bases del método jurídico “constructivo” que, en su opinión, debería guiar el trabajo de los científicos del derecho desde entonces en adelante. Sobre la base del universalismo en la comprensión del derecho romano que se exponía en el primer tomo, Jhering justificaba la necesidad de adecuar el derecho de la antigüedad a las exigencias de su tiempo. Si el conocimiento del derecho romano tenía algún valor, éste no estaba en las normas e instituciones concretas, sino en su flexibilidad para adaptarse a nuevas coyunturas, en su capacidad para reinventarse e interpretarse en función del contexto. En este sentido, decía Jhering, de lo que se trataba era de purgarlo, de ver qué preceptos y argumentaciones pertenecían sólo al derecho romano histórico y cuáles podían seguir utilizándose. Ésta es una de las ideas que con más insistencia se destacan en este segundo tomo y en *Nuestra tarea*, y que más importancia



tuvieron para la renovación de la dogmática en la segunda mitad del XIX. Ya no sólo se trataba de recibir el material histórico romano, sino de reconfigurarlo, de producir nuevas normas allá donde fuese necesario y de destruir las viejas si es que habían perdido su validez. Este punto de vista se entroncaba a la perfección con la crítica al nacionalismo del primer volumen y suponía un eficaz antídoto contra las acusaciones de los germanistas. Los germanistas defendían el rescate de las costumbres germánicas tradicionales, por ser más acordes con el espíritu nacional alemán, y denunciaban la incongruencia de los relatos patrióticos apoyados en el derecho romano. Pero si concebíamos a éste como un elemento estructural de la civilización occidental, como un poso cultural independiente de naciones concretas, entonces sí podía instrumentarse la aspiración a una Alemania unificada sobre la plataforma del derecho romano. Una lección, por cierto, que no todo el romanismo posterior supo entender y que aún hoy debería presidir cualquier reflexión filosófica o antropológica sobre el valor del derecho romano en la civilización europea contemporánea (Barberis, 2008).

La paradoja del universalismo-nacionalismo en Jhering se explica si tenemos en cuenta que nuestro autor apuntaba hacia un Estado nacional erigido sobre la base de un sólido engranaje jurídico-político, y no como simple emanación de la cultura germana. Esta última visión, preferida por Savigny y otros representantes de la Restauración de principios del XIX, se apoyaba en la vieja idea del *Kulturstaat*, es decir, en el sueño de una unidad esencialmente cultural de los pueblos germánicos, que mantuviese incólume el *statu quo* de dispersión territorial y absolutismo monárquico predominante en el área centroeuropea durante todo el periodo medieval. Frente a esta concepción de la nación, cargada todavía de espíritu romántico, Jhering construye su teoría del universalismo del derecho romano, mediante la que justificaba la pertinencia de dicho derecho como base del futuro Estado alemán. Como buen intelectual de segunda mitad de siglo, Jhering ya no se contentaba con vacuas alusiones al espíritu del pueblo germano o con la existencia de una identidad cultural común, sino que aspiraba a refrendar ésta en términos jurídico-políticos. Y para ello, además del embeleso con el derecho consuetudinario alemán, hacía falta la aportación de unas instituciones jurídicas y un aparato conceptual sólidos como los que brindaba un derecho romano actualizado.

Pero las tornas cambian de verdad, instaurando un nuevo periodo en la biografía de Jhering, en la tercera entrega del *Espíritu del derecho romano*. En este último tomo, publicado en 1865, se propone la teoría del interés como fundamento del derecho subjetivo —antes aludida—, y se hace una apología de la legislación como principal fuente de derecho, frente a la entronización de la costumbre que había predominado entre los miembros de la escuela histórica. Probablemente, el hecho de que Savigny muriera en 1861 contribuyó a que Jhering se desinhibiese en su crítica a dicha corriente. De hecho, en un epitafio que dedicó a Savigny en el mismo año de su fallecimiento, se despachaba con una fuerte censura ideológica a sus ideas, a las que reprochaba haber fomentado un conservadurismo paralizante: “ese apocamiento frente al hecho histórico, alimentado por la teoría, le vino como anillo al dedo a las aspiraciones político-prácticas del periodo de la Restauración, dirigidas al mantenimiento de todo lo existente; y así, el nombre de la escuela histórica adquirió un sonido tan agradable en los oídos de los gobiernos, como impopular en la masa del pueblo: una impopularidad que atañería al fundador de la escuela en su mayor grado” (Jhering, 1981: 14). Este planteamiento es el típico de un intelectual del *Nachmärz* que, aun siendo conservador, había asumido el principio de la *Realpolitik* y apostaba por una transformación institucional de gran envergadura; una

transformación que, lejos de comparecer por la fuerza espontánea de la costumbre o por la evolución inconsciente de la naturaleza de las cosas, debía propiciarse mediante una intensa actividad legislativa.

Con todo, en esta fase no hemos asistido aún al viraje definitivo de Jhering. El auténtico “segundo Jhering”, al que generalmente se refieren las exposiciones históricas de la filosofía del derecho, surge sólo a partir de los años setenta, cuando se publican *La lucha por el derecho* (1871) y los dos volúmenes de *El fin en el derecho* (1875 y 1883). Especialmente en el primer tomo de *El fin*, el propio Jhering reconoce haber descubierto un nuevo principio para interpretar el fenómeno jurídico: el de la finalidad. Se trata de un concepto, a su modo de ver, notablemente distinto al del interés, que se movía aún en coordenadas demasiado subjetivas (Jhering, 1970: I, V-VI). La noción de fin, en efecto, le permitía aprehender el derecho desde una perspectiva objetiva y socializante. Objetiva, porque no entrañaba los riesgos de confusión con ideas como las de gusto o apetencia, que sí estaban presentes en el concepto de interés, y porque subordinaba la validez y la aplicación de las normas jurídicas a la existencia de un fin social intersubjetivo. De algún modo, si se quiere, la orientación de este Jhering se asemeja a las teorías contemporáneas de las necesidades, que creen posible identificar un elenco de necesidades objetivables – más allá de las apetencias individuales– y que justifican la atribución de determinados derechos (Heller, 1996; Doyal y Gough, 1994). La noción de fin, además, catapultaba a Jhering a la consideración del derecho desde una perspectiva socializante. Si el derecho es un mecanismo contingente, una mera herramienta destinada a satisfacer necesidades sociales coyunturales, entonces la ciencia jurídica debía bajar a ras de tierra e investigar las fricciones que se producen entre el mundo del derecho y la sociedad sobre la que se proyecta, entre las normas jurídicas y las prácticas sociales subyacentes. De ahí se deriva que el segundo tomo de *El fin en el derecho* se parezca más a un tratado de sociología o antropología jurídicas –nótese que en él se analizan instituciones sociales como el saludo, la propina o el traje popular–, que a un libro de teoría del derecho. Y así se explica que sus dos obras póstumas –*La prehistoria de los indoeuropeos* y la *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*– tengan un cariz histórico-antropológico tan marcado. En suma, éste es el Jhering que, como suele reconocerse en la literatura, se convertiría en pionero de la sociología jurídica (Raiser, 2007: 26-28).

Así las cosas, resulta que no sólo tendríamos un primer y un segundo Jhering, sino que sería necesario distinguir hasta cuatro fases: una inicial y puramente testimonial, representada por los *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, en la que permaneció leal al método dogmático de la escuela histórica ortodoxa; una segunda en la que avanza la crítica al nacionalismo y propone un acercamiento filosófico y pragmático al derecho romano, que encontramos en los dos primeros tomos del *Espíritu del derecho romano* y en *Nuestra tarea*; una tercera en la que desarrolla la doctrina del interés y en la que va cambiando su enfoque respecto a la importancia de la legislación (que coincide con el tercer volumen del *Espíritu*, el epitafio a Savigny y alguna de las cartas que después se compilarían en *Bromas y veras de la ciencia jurídica*); y una cuarta en la que abre las puertas al sociologismo que florecería en la miríada de orientaciones antiformalistas que surgen en la primera mitad del siglo XX, cuyos referentes serían *La lucha por el derecho* y *El fin en el derecho*. Más allá de la relevancia historiográfica que pueda tener esta nueva periodización, me parece fundamental tenerla en cuenta para entender el sentido de la jurisprudencia de conceptos. Y es que, si atribuimos esta etiqueta a las doctrinas de Savigny y Puchta, estamos forzados a buscar otro apelativo para las ideas de Jhering. O, por lo menos, estamos obligados a distinguir con cuidado. La concepción de la ciencia jurídica del llamado primer Jhering, en



efecto, iba mucho más allá del comentario de las pandectas de Justiniano preconizado por sus dos ilustres predecesores. Para el Jhering de *Nuestra tarea*, la dogmática jurídica era una actividad creativa, semejante a la ciencia por un lado, pero también al arte en algunos aspectos. En este sentido, el jurista no sólo debía limitarse a recibir las instituciones jurídicas y a desarrollarlas mediante el método lingüístico característico de las tendencias “filológicas” predominantes en la época – con fidelidad al texto y con rigor historiográfico en el manejo de las fuentes– sino que debía moldearlo con base en las necesidades del tráfico que hubiera que satisfacer (Wilhelm, 1958: 32 ss.). En este aspecto, la renovación metódica de Jhering está lejos de haber penetrado en la ciencia del derecho contemporánea – más próxima del comentario literal de las instituciones practicado por los pandectistas– y merece ser reivindicada como una sana forma de hacer dogmática.

Así las cosas, el puesto de Jhering en la historia de la filosofía del derecho es polifacético. Por un lado, alentó a una dogmática moderna, que en muchos sentidos se asemeja a la forma en que los teóricos del derecho contemporáneos se plantean el modo de funcionamiento de la interpretación jurídica en los Estados constitucionales. Donde Jhering subrayaba el papel creador de los conceptos, su potencialidad como mecanismo de integración del ordenamiento y su función estructuradora respecto a todas las demás proposiciones del sistema, autores como Dworkin desarrollan un modelo parecido sobre la base de los principios jurídicos; donde Jhering equiparaba el trabajo del científico del derecho al del artista, Dworkin nos sugiere una sorprendente analogía entre el jurista y el crítico de arte, basándose para ello en la hermenéutica de Gadamer (Dworkin, 1986: 55-62); y donde Jhering hablaba de “calcular” con los conceptos jurídicos, Alexy nos habla de “ponderación” de los principios. Evidentemente, las diferencias son múltiples y los paralelismos deben entenderse *mutatis mutandis*. Sin embargo, creo que hay buenas razones para trazar esa analogía entre la jurisprudencia de conceptos y las teorías de los principios contemporáneas (Lloredo, 2011). Además de lo señalado, ambas tendencias conllevan una cierta relajación de los límites entre el derecho y la moral (Dreier, 1993: 124-125) y ambas incurren en una concepción formalista del derecho: tanto las teorías actuales como la jurisprudencia de conceptos creen en la plenitud del ordenamiento jurídico, en su capacidad para integrarse desde sí mismo y en la existencia de una única respuesta correcta a los casos que se planteen (García Amado, 2012). Aunque el Jhering de los años setenta y ochenta reaccionaría contra esta idea, en el escrito aquí presentado se defiende con ardor esta visión formalista del derecho.

Por otra parte, sin embargo, Jhering es el responsable de otro cambio metódico radical, que ya ni siquiera apreciaba las virtudes de esta dogmática creativa, constructiva o semejante a la estética, sino que se lanzaba directamente al regazo de otras disciplinas sociales. A partir de un determinado momento, en efecto, Jhering se convence de la insuficiencia de la dogmática jurídica bosquejada en los párrafos anteriores, y se acerca a otros dominios como el de la sociología, la economía política o la psicología, en el entendido de que la ciencia jurídica sólo podía salvarse del anacronismo y del idealismo a través de una cierta interdisciplinariedad (Jhering, 2002: 77). Así es como, en 1871, le confiesa a Oskar von Bülow haberse hastiado de la dogmática: “he estado leyendo cosas jurídicas y económicas, las primeras sin ningún disfrute y las segundas con gran placer. En confianza: la ciencia jurídica me aburre cada vez más. Ya no sería jurista otra vez si tuviera la opción de elegir” (Jhering, 1971: 268). Al embarcarse en esta nueva tendencia metodológica, se vio forzado a penetrar en áreas de conocimiento ajenas y

ello le granjeó numerosas acusaciones de falta de rigor y de diletantismo (Kohler, 1915: 12; Rodríguez Paniagua, 1987). Sin embargo, esa misma sed de nuevas perspectivas y esa misma osadía son las que le han encumbrado a pionero de numerosas ramas de la ciencia jurídica del siglo XX. Por un lado, casi todas las corrientes antiformalistas de la primera mitad de la centuria se refirieron a él como antecedente, desde el realismo jurídico estadounidense hasta la jurisprudencia de intereses, para llegar hasta el movimiento de los Sin Tierra brasileño. Por otro lado, la obra del último Jhering suele considerarse como inspiración fundamental de la sociología del derecho y como una precursora del derecho comparado (Zweigert y Sieher, 1971). En definitiva, por todas las razones citadas, creo que Jhering es una figura esencial para entender varias de las direcciones de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica de la actualidad.

4. Jhering y *Nuestra tarea*

No quiero retrasar mucho más la lectura de este clásico que se está presentando en estas páginas, pero sí creo importante hacer algunas precisiones en aras de su mejor comprensión. Jhering escribe *Nuestra tarea* como prólogo al primer número de la revista que inauguró en 1857 junto con su amigo Carl Friedrich Wilhelm Gerber, otro de los grandes juristas del siglo XIX alemán, cuyas mayores aportaciones se registraron en el ámbito del derecho público. La transformación que Jhering quiso acometer en el derecho privado, en el sentido de la llamada “construcción jurídica”, es la que Gerber intentó capitanear para el incipiente derecho público del futuro Estado alemán (Oertzen, 1974). Además de esta diferencia de disciplinas, Gerber y Jhering se distinguían por su enfoque y por su objeto de estudio: mientras Gerber era germanista, nuestro autor era romanista, lo cual explica la orientación y el título de la revista: *Anuarios para la dogmática del derecho romano y germánico actual*. Desde el mismo prólogo elaborado por Jhering, especialmente en las últimas páginas, se percibe una impaciente vocación por renovar el derecho alemán en todas sus esferas, en particular a través de la conciliación entre los dos pilares del derecho positivo de su país: el romano y el germánico. Si ambas ramas habían vivido hostilmente escindidas durante buena parte del siglo, la perentoria misión de construir un derecho unitario requería un esfuerzo de entendimiento inaplazable, tal y como lo vieron estos dos autores.

El resultado de su empresa fue positivo y la revista pronto se convirtió en una de las publicaciones de referencia de la época, aunque con los años la relación entre Gerber y Jhering se fue resintiendo, probablemente como consecuencia del paulatino viraje que experimentó este último. No obstante, los *Anuarios* siguieron editándose con regularidad hasta la muerte de Jhering en 1892, año en que pasaron a denominarse *Anuarios Jhering para la dogmática del derecho privado romano y germánico actual* (1893-1896), para finalmente llamarse *Anuarios Jhering para la dogmática del derecho civil*. Así seguiría publicándose hasta 1942, cuando la revista se extinguió como resultado de los convulsos avatares de la Segunda Guerra Mundial (Losano, 1984: 64-66 y 174 ss.).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se entenderá mejor el tono programático del escrito, a veces semejante a un manifiesto, y las alusiones a la importancia de vincular el derecho romano y el germánico en una dogmática bien avenida. La significación que Jhering le otorgaba a la revista era inmensa –más allá de los llamamientos a la humildad que salpican todo el texto– puesto que le atribuía la misión de convertirse en el foro para la renovación de la dogmática jurídica en clave constructiva. A su modo de ver, ninguna de las publicaciones existentes hasta la fecha se había centrado en ese propósito, sino que todas ellas seguían cultivando la



tendencia marcada por Savigny más de cuarenta años antes, cuando éste fundó su propia *Revista para la ciencia histórica del derecho*. Esta iniciativa editorial, emprendida por Savigny en 1815, en coalición con otro célebre germanista –Karl Friedrich Eichhorn–, se había propuesto el objetivo de “historizar” la ciencia jurídica, trazando una clara demarcación entre las aportaciones dogmáticas que fueran historicistas y las que apostaban por un manejo sincrónico de las fuentes. Esta tarea, en la que se sienten los ecos de la reciente polémica entre Savigny y Thibaut acerca de la necesidad de un código, estaba presidida por las tendencias anticodificadoras de la primera mitad de la centuria. A la altura de 1857, sin embargo, Jhering entiende que las prioridades eran otras y, aunque nunca mostró una especial predilección por los códigos –más bien una cierta indiferencia o desconocimiento (Mitteis, 1905: 655)– sí percibía con claridad la importancia de trabajar en una profunda depuración y actualización del derecho vigente. Por eso, como se ve desde las primeras líneas, la oposición que Jhering identifica ya no tiene que ver con la historia, sino con el hecho de que la dogmática sea “productiva” o “meramente receptiva”.

De todo lo anterior, quizá se pueda inferir que la relación entre Jhering y las dos grandes figuras de la escuela histórica –Savigny y Puchta– no era del todo buena. Y así es por lo que respecta al primero. Pese a los elogios que dedica a Savigny a lo largo del escrito, lo cierto es que Jhering le odiaba secretamente. No sólo porque ya desde muy pronto mantuviera discrepancias filosóficas con sus ideas, sino porque, siendo un joven doctor, Jhering tuvo un breve encuentro con él –concertado previamente por quien había sido su director de tesis, Friedrich Rudorff–, en el que Savigny se comportó de forma altanera y desdeñosa. Por eso, aunque en *Nuestra tarea* se muestra justamente laudatorio con los méritos intelectuales del fundador de la escuela histórica, años más tarde desplegará una acerba crítica contra todo su pensamiento. Incluso, a lo largo de una velada en la que Jhering y Bismarck se pudieron conocer, parece que ambos sacaron a relucir su común animadversión por la personalidad y las ideas de Savigny (Jhering, 1893). Con Puchta, sin embargo, Jhering siempre demostró un enorme respeto. A pesar de que no había sido su mentor formal, Jhering le consideraba su maestro (Jhering, 1964: 16) y, aunque en *Nuestra tarea* le critica en varias ocasiones, su admiración por él nunca decayó. De hecho, un rasgo del método de Jhering, el empleo constante de casos prácticos, es una herencia de Puchta, que solía utilizar supuestos reales en sus clases, y que inspiraría a nuestro autor para publicar un libro de casos que logró renovar el estilo docente de la época (Jhering, 1870). Y es que, aunque dicha práctica ya era común en el contexto anglosajón, en Alemania el derecho seguía enseñándose conforme al sistema de la clase magistral (Hirsch, 1970). Esta forma de concebir la enseñanza se trasladaría también a su actividad investigadora, como podrá verse en muchos lugares del escrito *Nuestra tarea*.

Dicho esto, sólo quedarían un par de cuestiones por destacar antes de afrontar la lectura de este texto, que tienen que ver con el lenguaje y con las metáforas y alusiones que utiliza Jhering.

La primera se refiere a la influencia idealista que se palpa a lo largo del mismo. En muchas ocasiones, Jhering sostiene planteamientos en los que se pone de manifiesto una verdadera metafísica del concepto. Los conceptos, para el Jhering de esta etapa, son entidades corpóreas, con vida propia y a la vez con una existencia ideal, que les hace evolucionar de forma inmanente al relacionarse unos con otros. Independientemente de los avatares de la vida práctica, los conceptos

jurídicos se transformarían así en otros nuevos, de la misma manera que lo hacen los cuerpos vivos al interaccionar entre sí. La concepción del derecho que se deriva de ello es profundamente idealista: “si hay una ciencia práctica en la que el espíritu humano está preparado para el inmenso placer de zambullirse en el mundo del pensamiento, *dependiendo únicamente de sí mismo*, y de volver de él cargado de ricos tesoros, ésta es la ciencia del derecho. Se trata de la única ciencia práctica en la que el talento especulativo puede valorarse en su justa medida, la única rama del conocimiento humano en la que el método dialéctico y la fuerza propulsora del concepto se vuelven verdaderos en cualquier circunstancia”. Por otra parte, como podrá comprobarse en las primeras páginas del texto –en las que se discute en torno a la historia del derecho– el punto de vista de Jhering está calcado del método histórico-filosófico hegeliano. Al igual que el filósofo suabo se propuso trazar un retablo de la historia “universal”, reteniendo lo esencial y descartando lo “inesencial” (Hegel, 2001: 41 y 45-46), Jhering se afana en una tarea semejante respecto al derecho romano: sólo merecerían ser recuperadas aquellas nociones del viejo derecho itálico que tuvieran significación universal, mientras que el resto estarían condenadas al olvido. En definitiva, su obra de aquellos años estaba muy determinada por la filosofía del idealismo alemán. También a ello debemos achacar el lenguaje romántico y un tanto críptico del que hace gala en ocasiones.

La segunda tiene que ver con otra de las influencias que cabe identificar en el escrito, y que explica muchos giros y metáforas que se emplean en él: la de las ciencias naturales. Aunque a la altura de 1857 el darwinismo no había penetrado apenas en la obra de Jhering, sí pueden notarse algunas alusiones terminológicas a la química. Se nos habla de “estados inferiores y superiores de agregación del derecho” y se afirma que los conceptos se “combinan”, se “decantan” y se “precipitan” para dar lugar a otros nuevos. La profusión de este tipo de metáforas responde al clima naturalista y cientificista generalizado que se respiraba desde mediados de siglo en los ambientes intelectuales y a la voluntad de muchas disciplinas sociales por equipararse al supuesto rigor y exactitud de las ciencias de la naturaleza. En el caso de Jhering, además, se dan cita dos factores para explicar este fenómeno. Por un lado, como ha señalado Losano, Jhering recurría a las imágenes naturalistas cuando no sabía muy bien cómo precisar y desarrollar su punto de vista (Losano, 2002: 287). Pero, por otro lado, Jhering estaba realmente influido por químicos como Justus von Liebig, con quien pudo intimar durante sus primeros años en la Universidad de Gießen, de la que éste era rector a la sazón (Jhering, 1907). Liebig es, junto con Friedrich Wöhler, el padre de la moderna química orgánica, y al último de ellos se debe un descubrimiento que causó todo un aldabonazo: la síntesis de la urea. Hasta entonces, los químicos habían logrado descomponer la materia, analizándola hasta sus elementos básicos, pero no habían conseguido crearla. Wöhler rompe esta tendencia, sintetizando por primera vez en la historia un compuesto: la urea. Este logro excitaría la imaginación de la época en un grado muy considerable, hasta el extremo de que Mary Shelley fabuló con la posibilidad de crear vida animada desde la nada: el monstruo de Frankenstein. De hecho, como ella misma expresó en el prólogo, “el hecho que fundamenta esta narración imaginaria ha sido considerado por el doctor Darwin y por otros escritores científicos alemanes como perteneciente, hasta cierto punto, al reino de lo posible” (Shelley, 1999: 9). Estas ideas, trasladadas al ámbito jurídico, son las que alimentaron la imaginación de Jhering para desarrollar su teoría de la construcción del derecho: el derecho debía descomponerse hasta sus últimas proposiciones, el “alfabeto jurídico”, pero no por una simple voluntad de análisis teórico, sino para poder sintetizar nueva materia jurídica.

Hasta aquí las apreciaciones más importantes en relación con el lenguaje y los condicionantes filosóficos, científicos y culturales que subyacen a *Nuestra tarea*.



Pese a la ocasional pesadez del lenguaje idealista decimonónico, he decidido respetar la longitud y la sintaxis de las oraciones casi en su totalidad, adaptándolas al estilo y las reglas de la lengua española, y con la salvedad de algunas frases en los que la inteligibilidad exigía separar los largos periodos de Jhering. Me ha animado a ello la pretensión de mantener con la mayor fidelidad posible el estilo todavía romántico e idealista de su pensamiento en esta fase. Por otra parte, se han decidido adjuntar algunas notas del traductor, en aquellos casos en los que había referencias implícitas que quizás no se entenderían de otro modo. Aunque he procurado no ser demasiado intrusivo, algunas veces me ha parecido necesario dar explicaciones algo extensas. Por último, no he traducido las breves notas al pie de página que Jhering añadió en versiones posteriores de este escrito, porque en su mayor parte están dedicadas a ampliar o actualizar la bibliografía citada por él mismo en ediciones anteriores.

Bibliografía

- BARBERIS, M. (2008), *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- BESELER, G. (1843), *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmann'sche Buchhandlung, Leipzig.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. (2005), *Savigny y el historicismo jurídico*, Tecnos, Madrid.
- DEWEY, J. (2000), "La influencia del darwinismo en la filosofía", *La miseria de la epistemología. Ensayos de pragmatismo*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- DOYAL, L. y GOUGH, I. (1994), *Teoría de las necesidades humanas*, Economía Crítica, Barcelona-Madrid.
- DREIER, R. (1993), "Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft", en BEHREND, O. (ed.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Dr. Otto Schmidt, Köln.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1993), *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia.
- FIKENTSCHER, W. (1976), *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Bd. III: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2012), "Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho", en *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, Núm. 3, pp. 13-43.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1979), "La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke", en *Id.*, *Estudios de filosofía del Derecho*, Publicaciones de la Universidad de La Laguna, Sta. Cruz de Tenerife.
- HECK, P. (1933), *Interessenjurisprudenz. Gastvorlesung an der Universität Frankfurt am Main, gehalten am 15. Dezember 1932*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- HEGEL, G.W.F. (2001), *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, Madrid.
- HELLER, A. (1996), *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Paidós, Barcelona-México-Buenos Aires.
- HIRSCH, E.E. (1970), "Jhering als Reformator des Rechtsunterrichts (Die Jurisprudenz des täglichen Lebens)", en WIEACKER, F. y WOLLSCHLÄGER, C. (eds.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- HOFMEISTER, H. (1993), "Jhering in Wien", en BEHREND, O. (ed.), *Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17. 9. 1992*, Wallstein, Göttingen.

- JHERING, F. (1907), "Zur Gießener Wirksamkeit Rudolf von Jherings", en BIERMANN, J., *Briefe und Erinnerungen*, Verlag von H. W. Müller, Berlin.
- JHERING, R. von (1844), *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Breitkopf & Härtel, Leipzig.
- JHERING, R. von (1870), *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen (Zum akademischen Gebrauche bearbeitet und hrsg. von Rudolf Jhering)*, Mauke's Verlag, Jena.
- JHERING, R. von (1893), "Erinnerungen an Bismarck und Savigny", en FRANZOS, K.E., *Deutsche Dichtung*, Vol. 13, pp. 47-80.
- JHERING, R. von (1953), *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 vols., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt.
- JHERING, R. von (1964), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- JHERING, R. von (1970), *Der Zweck im Recht*, Georg Olms, Hildesheim-New York.
- JHERING, R. von (1971), *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, Scientia, Aalen.
- JHERING, R. von (1981), "Friedrich Karl von Savigny", en *Gesammelte Aufsätze*, Vol. 2, Scientia Verlag, Aalen.
- JHERING, R. von (2002), *¿Es el Derecho una ciencia?*, Comares, Granada.
- KOHLER, J. (1915), "Rechtsphilosophie und Universalgeschichte", en KOHLER, J. y HOLTZENDORFF, F. (eds.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, Vol. 1, München/Leipzig/Berlin.
- KOLAKOWSKI, L. (1974), *La filosofía del positivismo*, Laterza, Roma-Bari.
- KOSCHAKER, P. (1966), *Europa und das römische Recht*, C. H. Beck, München/Berlin.
- KUNZE, M. (1993), "Rudolf von Jhering – ein Lebensbild", en BEHRENDT, O. (ed.), *Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17. 9. 1992*, Wallstein, Göttingen.
- LLOREDO, ALIX, L.M. (2011), "Un paralelismo entre las teorías de los principios y la jurisprudencia de conceptos: la ruptura del puente entre las fuentes del derecho y la sociedad civil", en BARRANCO, M.C., CELADOR, O. y VACAS, F. (coords.), *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Dykinson, Madrid.
- LLOREDO ALIX, L.M. (2012), *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid.
- LLOREDO ALIX, L.M. (2013), "La socialización del derecho: el antiformalismo y los derechos económicos, sociales y culturales", en *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, Vol. 1, libro 2, Dykinson, Madrid.
- LOSANO, M.G. (1970), "Le concezioni politiche di Rudolf von Jhering in una lettera inedita ad Heinrich von Treitschke", *Studi in memoria di Carlo Ascheri*, Argalia, Urbino.
- LOSANO, M.G. (1984), *Studien zu Jhering und Gerber*, Teil 2, Rolf Gremer, Ebelsbach.
- LOSANO, M.G. (2002), *Sistema e struttura nel diritto (Vol. 1). Dalle origini alla scuola storica*, Giuffrè, Milano.
- MENGER, A. (1898), *El derecho civil y los pobres*, Victoriano Suárez, Madrid.
- MERKEL, A. (1893), "Jhering", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Gustav Fischer, Jena.
- MITTEIS, L. (1905), "Jhering", en *Allgemeine Deutsche Biographie*, Vol. 50, Duncker & Humblot, Leipzig.
- MURPHY, M.C. (1995), "Was Hobbes a Legal Positivist?", *Ethics*, Núm. 105, pp. 846-873.
- NIPPERDEY, T. (1998), *Deutsche Geschichte. 1866-1918 (vol. I). Arbeitswelt und Bürgergeist*, C. H. Beck, München.



- OERTZEN, P. Von (1974), *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung der formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- POSADA, A.G. (1896), “Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering”, en IHERING, R. von, *Prehistoria de los indoeuropeos*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid.
- POUND, R. (2000), *Jurisprudence*, Vol. I, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey.
- RAISER, T. (2007), *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- RIPALDA, J.M. (1977), *La nación dividida. Raíces de un pensador burgués: G. W. F. Hegel*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. (1987), “Rudolf von Ihering”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, Vol. IV, pp. 249-270.
- ROSSI, P. (1975), *Positivismo e società industriale*, Loescher Editore, Torino.
- SHELLEY, M. (1999), *Frankenstein o el moderno Prometeo*, El Mundo, Madrid.
- SOTELO, I. (2010), *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid.
- RÜCKERT, J. (1984), *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Rolf Gremer, Ebelsbach.
- RÜCKERT, J. (2004), “Der Geist des Rechts in Jherings «Geist» und Jherings «Zweck» (Teil 1)”, *Rechtsgeschichte*, Núm. 5, pp. 128-149.
- STAMMLER, R. (s.f.), (1922) *Tratado de filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid.
- VILLACAÑAS, J.L. (2001), *Historia de la filosofía contemporánea*, Akal, Madrid.
- WEHLER, H.-A. (1972), “Einleitung”, en ROCHAU, A.L. von, *Grundsätze der Realpolitik, angewendet auf die staatliche Zustände Deutschlands*, Ullstein, Frankfurt a. M./Berlin/Wien.
- WELZEL, H. (1962), *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WIEACKER, F. (1967), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WIEACKER, F. (1968), *Rudolph von Jhering*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart.
- WIEACKER, F. (1973), “Jhering und der Darwinismus”, en PAULUS, DIEDERISCHEN, U. y CANARIS, C.-W., *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München.
- WILHELM, W. (1958), *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.
- WINKLER, H.A. (2007), “Ein Junker als Revolutionär. Zum 100. Todestag Otto von Bismarcks”, *Auf ewig in Hitlers Schatten? Anmerkungen zur deutschen Geschichte*, C. H. Beck, München.
- WINKLER, H.A. (2009), *Geschichte des Westens. Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, München.
- ZWEIGERT, K. y SIEHER, K. (1971), “Jherings Influence on the Development of Comparative Legal Method”, *The American Journal of Comparative Law*, Núm. 19, pp. 215-231.



Nuestra tarea (1857)¹

Rudolf von Jhering²

En una época como la nuestra, tan sobrada de revistas jurídicas, es posible que ampliar el catálogo de éstas sea percibido por alguno como una empresa superficial e inútil. Este juicio estaría plenamente justificado si la nueva concurrente compartiera la tendencia de las revistas ya existentes. Sin embargo, por lo menos en lo que respecta a la superficialidad de nuestro propósito, dicho juicio debería retractarse en cuanto se mostrara, como intentaré hacer a continuación, que entre todas esas publicaciones periódicas no sólo ha quedado vacante un modesto rinconcito para que nosotros lo ocupemos, sino más bien un amplio espacio; un espacio más grande de lo que cabría esperar en un principio.

Hasta hace no mucho, todavía se pensaba que la tarea de la ciencia jurídica –así como la dicotomía evocada por ésta– podía resumirse en la fórmula “histórica” y “no histórica”. ¡Y cómo no iba a ser así! Hace algunas décadas, cuando los dos corifeos de la escuela histórica en los ámbitos del derecho romano y el derecho alemán, Savigny y Eichhorn, se pusieron de acuerdo entre sí, esta dicotomía era válida aun³. Sin embargo, desde que la orientación teórica por la que lucharon se convirtió rápidamente en dominante, y en un grado tal que dicha dicotomía ya no existe por ninguna parte, la tarea de la ciencia jurídica ha pasado a ser otra; una nueva oposición y una nueva lucha se dibujan ahora en el horizonte. Que algo nuevo se está preparando en la ciencia del derecho –esta percepción, quiero decir– solamente se le escapará a quien no considere en absoluto esta renovación como algo bueno. No quiero poner en discusión el hecho de que, hasta ahora, la novedad se ha manifestado a través de una aspiración casi siempre difusa, incluso de forma apresurada y vacilante, más que a través de aportaciones concretas: también en la ciencia suele ocurrir que, al llegar nuevas corrientes de viento, el polvo se arremolina causando un enorme revuelo. Ahora bien, por muchas personas que haya frotándose los ojos ante semejante fenómeno, debe consolarnos la convicción de que, al final, el polvo volverá a depositarse sobre la tierra, y de que un periodo de

¹ Traducción del alemán de Luis M. Lloredo Alix. Doctor en Filosofía del Derecho. Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.

² N. del T.: El título original es “Unsere Aufgabe”, una expresión que podría traducirse como “nuestra misión” o “nuestra tarea”. He optado por la segunda posibilidad, porque me parece que el talante del texto se acomoda mejor a la idea del trabajo cotidiano, pausado pero constante, que evoca la palabra “tarea”. El tono un tanto mesiánico del término “misión”, que también sería adecuado para un escrito programático como éste, se aleja del propósito que Jhering quería darle a la nueva ciencia jurídica.

³ N. del T.: Jhering se está refiriendo a la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Revista para la ciencia histórica del derecho)*, fundada en 1815 por el germanista Karl Friedrich Eichhorn y por el romanista Carl Friedrich von Savigny, para cuyo primer número Savigny escribió un célebre manifiesto, en el que propuso diferenciar entre la ciencia jurídica histórica y la no histórica. En su opinión, sólo la primera merecía la consideración de verdadera ciencia. Vid. SAVIGNY, F. C. von [1815], “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, en HATTENHAUER, H. (2002), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2ª ed., München, Franz Vahlen, pp. 201-205. Hay traducción española en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (1994), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31.

florecimiento puede ser de larga duración, al menos en la ciencia del derecho⁴. El siglo pasado también tuvo su periodo de auge en la ciencia jurídica; me refiero a la época de Thomasio, una era en la que los espíritus se agitaban vigorosamente, allí donde se creía glorioso y necesario, con la voluntad de romper con la tradición y de dejar paso libre a la “Ilustración”. ¡Qué superficialidad salió entonces a la luz! ¡Qué trivial y pobre era el propio Thomasio, pese a todas las profundísimas innovaciones que se anudan a su nombre en la vida y en la ciencia! ¡De qué modo se vanagloriaba entonces la impotencia y de qué forma aquél se erigió a sí mismo como el reformador que habría de marcar el camino! Y sin embargo, pese a la increíble suma de futilidad e insipidez que auspició dicha época –y en lo que superó a cualquier otra– se sembró la verdadera semilla que conduce hasta la actualidad. La legislación y la ciencia permanecieron todavía durante mucho tiempo bajo el influjo de este periodo; un influjo que no fue inmediatamente saludable, pero al que debemos imputar la existencia independiente de más de una rama de la ciencia jurídica.

Así pues, ¿qué es lo que se está fermentando y que apremia en este momento a nuestra ciencia? ¿Podemos ya expresarlo con claridad? ¿Podemos ya reconocer el objetivo que persigue el movimiento, aunque sea aún remoto, o todavía estamos condenados a andar a tientas? Yo creo que más bien lo primero, es decir, que el objetivo se puede ya definir en pocas palabras. En todas nuestras búsquedas y aspiraciones, por muy diversas que sean en todo lo demás, se eleva una fuerza motriz, una idea, según la cual la ciencia no está llamada a adoptar una mera conducta *receptiva* frente al material histórico, sino que debe llevar al derecho y a la profesión jurídica a una configuración *productiva* del mismo. Si tuviera que traducir en una fórmula la dicotomía que, a mi juicio, caracterizará de ahora en adelante nuestro trabajo, no podría hacerlo sino como una oposición entre la ciencia jurídica *receptiva* y la *productiva*⁵. Aunque la presente consideración únicamente tiene como objeto la dogmática, esta oposición no sólo se debe limitar a ella, sino que también atañe a la historia del derecho, por mucho que el nombre elegido pueda parecer menos adecuado para esta última.

En efecto, también en la historia del derecho se puede hablar de una conducta puramente receptiva ante el material histórico. Se trata de la actitud del historiador que se contenta con la forma en la que se suceden los acontecimientos histórico-jurídicos en el tiempo. Desde luego, así es como debe comenzar toda investigación histórico-jurídica y, cuando afirmo que el tratamiento de la historia del derecho por parte de la escuela histórica tiene fundamentalmente ese carácter, no pretendo emitir ningún reproche, sino que reconozco dicha restricción como plenamente justificada. Nadie mejor que yo mismo puede estar agradecido a esa forma de entender la historia del derecho, puesto que mi intento de desprenderme de ella en la obra citada [el *Espíritu del derecho romano*], sólo es concebible desde la sólida base que la historia del derecho había adquirido gracias a tal orientación. Sin embargo, también creo que lo que era conveniente para ella ya no lo es para nosotros. Es más, tengo la convicción de que, después de que la escuela histórica

⁴ Un crítico de mi *Espíritu del derecho romano* procedente de Leipzig (Kunze), que coincide conmigo en la percepción de que se avecina una nueva época para la ciencia jurídica, incluso llega a vislumbrar, en lugar del mero viento con el que yo me conformo, una auténtica tormenta. Este autor ha definido una clase propia de “aves de tormenta”, entre las que ha tenido la bondad de alinearme. Desde la aparición de su libro sobre la obligación, sobre el que volveré más adelante, la necesidad de organizar una reunión de aves civilísticas de este género se me ha revelado con claridad. Sin embargo, al mismo tiempo, entiendo que no tengo suficientes derechos para hacerme acreedor del honor de pertenecer a dicha clase. Por ello, le cedo a él mi puesto, con la propuesta de que lo asuma él mismo.

⁵ N. del T.: Jhering utiliza numerosos subrayados a lo largo del texto. Aunque ya se verá que a veces pueden resultar abusivos, he decidido respetarlos todos, reflejándolos en letra cursiva.

hubo concluido su tarea en lo esencial, la ciencia nos ha echado a las espaldas un nuevo problema. Ya me he pronunciado sobre ello en la obra mencionada y también he tratado de aportar mi grano de arena a la solución del mismo, de manera que quizá basten sólo algunas palabras al respecto.

El Evangelio de la historia del derecho del futuro consiste en el principio de que, detrás de lo que se manifiesta en el desarrollo histórico del derecho como hecho externo, detrás de las concreciones histórico-jurídicas, se esconde otro pedazo de la historia del derecho —la mejor parte, por cierto— que, sin embargo, queda más o menos oculta para el contemporáneo por su excesiva proximidad, y que sólo es plenamente perceptible para quien la observa desde lejos. Los testimonios de los contemporáneos, los códigos y las descripciones científicas del derecho no contienen absolutamente nada de este elemento abstracto de la historia del derecho, pero sí nos ofrecen la posibilidad de extraerlo. Del mismo modo que el naturalista utiliza los vestigios fósiles de épocas pretéritas, que le proporcionarán discursos y respuestas para interrogantes sobre los que no dicen nada de forma inmediata; del mismo modo que el más pequeño fragmento le conduce a menudo a conclusiones esenciales, sugiriéndole un solo hueso el animal completo, y revelándole un diente su sistema nutricional; del mismo modo, digo, sucede con los vestigios de una época pretérita en la historia del derecho. Por expresarlo de forma paradójica, si antes se tendía a juzgar el valor de las descripciones y los descubrimientos histórico-jurídicos en función de su adecuación a las fuentes, los logros de la nueva orientación deberán medirse, al contrario, sobre la base de su *no adecuación a las fuentes*. Así mismo, los descubrimientos histórico-jurídicos más importantes del futuro consistirán en principios e ideas que ningún jurista romano emitió jamás. En este sentido, también en la historia del derecho se puede hablar de una actividad *productiva*. Porque, si lo que buscamos es algo objetivamente histórico, su descubrimiento equivale a una obra, a una producción del sujeto. En efecto, ni las abstracciones que éste se siente impelido a elaborar, ni las tendencias y las ideas rectoras que éste identifica en el desenvolvimiento de la historia, ni las grandes concepciones nacionales a las que éste reconduce las proposiciones jurídicas individuales, ni toda esa materia abstracta que acompaña al historiador, en síntesis, es perceptible como tal en la tradición. A través de un método de este género, llámese como se llame, la ciencia no busca rehuir el material concreto, sino que, al contrario, lo conduce a un grado mucho más elevado de lo que era posible con el método meramente receptivo. Y es que muchas cosas que, para este último método, resultaban baladíes y no merecían ser destacadas, adquieren un valor inesperado para el método productivo, pues en ellas se refleja algo más alto y en apariencia invisible.

Ahora bien, de orientarse a lo más alto sólo pueden jactarse aquellas tentativas que también valoren y atiendan a lo más pequeño: quien no escudriñe e investigue en lo más pequeño, nunca encontrará lo que busca. Por eso, me parece que para poder juzgar cualquier obra que quiera caminar en esta dirección —e incluyo aquí la mía— el baremo más plenamente justificado, la prueba decisiva, consiste en ponderar hasta qué punto el autor ha conseguido reutilizar científicamente todas esas pequeñas astillas y fragmentos que hasta ahora se abandonaban en el camino por considerarlas inútiles. Por lo tanto, las dificultades de reconstrucción no quedan mermadas con este método, sino que más bien aumentan. Porque a la materia, que permanece idéntica, y a la reconstrucción histórico-concreta que se venía practicando hasta ahora, se añade ahora una tarea inigualablemente más difícil e intensiva: la elaboración abstracta de la misma. Quien no se sumerja con total seriedad en la materia cuyo interior pretende desvelar, con toda su pasión y su entrega, poniendo a disposición del tiempo su sentimiento y pensamiento por completo, conjurará sin éxito a los espíritus del pasado y sólo se le



revelarán los productos de su propia fantasía. Pero éste es, de hecho, el aspecto desventajoso de este método, a saber, que la frivolidad y la pereza tratarán de penetrar en él mucho más de lo que se atreverían con el método receptivo. En efecto, esta invocación de espíritus tiene un atractivo tan seductor y, para aquél que no encuentra gusto en el trabajo duro, parece tan apropiada para lanzarse a la producción literaria sin estudios, sin conocimientos y sin esfuerzos, que no me sorprendería nada si las naturalezas superficiales hallaran en dicho método el mayor de los placeres. Y tampoco me extrañaría si esta rama de la ciencia se convirtiera en un vertedero de la peor literatura, tal y como un esperanzador comienzo parece estar adelantando ya: producciones de un único día que, apenas salir a la luz, ya han caído de nuevo en el olvido. Por supuesto, el peligro para la ciencia no es grande, ya que no hay nada contra lo que el hartazgo y la repugnancia moral reaccionen más rápido, que contra el pseudodestilado del “espíritu”, contra el garrafón científico. Espero que el momento de la crítica que, como parece, no ha encontrado todavía el baremo para la valoración de este tipo de artículos, pueda llegar pronto y dar lugar a una energía y una agudeza, que en ningún lugar mejor que aquí hallarán su sitio.

Me dirigiré ahora al objeto real de las consideraciones anteriores: la dogmática. Para ésta, la oposición entre ciencia jurídica receptiva y productiva se adapta en un grado muchísimo mayor que para el método de la historia del derecho analizado hasta ahora, porque sólo en su ámbito se puede hablar de producciones jurídicas reales. En primer lugar, trataré de exponer esta oposición sin aludir en ningún momento a nuestra ciencia jurídica actual y, a continuación, podrá plantearse la pregunta de cómo se comporta ésta en relación con la citada dicotomía.

El comienzo de cualquier reconstrucción científica del derecho se caracteriza por conectarse de inmediato con la forma en la que éste se manifiesta en la ley, es decir, por una actitud meramente receptiva ante las fuentes. La interpretación de las leyes es el nivel absolutamente más bajo de toda la actividad científica, pero al mismo tiempo es el estadio preliminar necesario para desarrollar la más alta. La finalidad declarada de ésta es constreñirse a la voluntad del legislador. Todo lo que la interpretación encuentra está mediata o inmediatamente contenido en la ley; aquí no se da ninguna transformación *interna* del material jurídico, porque éste mantiene intacto el carácter que lleva consigo en la ley: el de las proposiciones jurídicas, las reglas jurídicas y los principios jurídicos. Ahora bien, en el ámbito de la interpretación no sólo cabe la exposición del contenido *inmediato* de la ley, sino también la extracción del *mediato*, es decir, la deducción del *principio* a partir de las decisiones particulares que están dadas en la ley y, a la inversa, el desarrollo de las *consecuencias* que se derivan del principio así construido. En suma: el ascenso y descenso lógico dentro de la ley.

La *producción* jurídica va, en parte, más allá de este material, puesto que genera una materia absolutamente nueva (lo que se ha denominado deducción de la naturaleza de las cosas también podría llamarse especulación jurídica), pero en parte se limita al material original. En todo caso, opera con este material de tal forma, que no se puede negar la existencia de una actividad reconfiguradora y, por tanto, productiva. Respecto a si la extensión analógica de la ley, en el sentido en el que habitualmente la definimos, puede considerarse desde este punto de vista, lo dejo al criterio del lector; desde luego, en el sentido en el que precisaré su concepto a continuación, no puede haber ninguna duda de que así es.

Diferenciaré entre ciencia jurídica superior e inferior⁶, entre un estado superior y un estado inferior de agregación del derecho⁷. La forma de manifestación más común con la que el derecho aparece en la realidad es la *regla* jurídica; si ésta es más general, se suele emplear la expresión de *principio* jurídico y, si es más especial y restringida, la expresión más habitual es *proposición* jurídica. Que la regla asuma *exteriormente* la forma imperativa, es del todo indiferente a este respecto, porque la imperatividad depende del objeto. Todas las operaciones de la ciencia jurídica que dejan intacta a la materia jurídica en estas formas primigenias e inmediatamente prácticas, que no van más allá de las proposiciones y los principios jurídicos, tanto si éstos han sido deducidos como si se trata de los mismos dados por el legislador, deben contarse como parte de la de la ciencia jurídica inferior.

La oposición entre la ciencia jurídica superior e inferior puede concretarse como la oposición entre el *concepto* jurídico y la *regla* jurídica, y el tránsito del derecho desde el estado de agregación inferior hasta el superior lo proporciona la *construcción jurídica*, al elevar la materia bruta dada hasta el nivel conceptual. La transformación que así tiene lugar consiste, *negativamente*, en despojar a la materia de su forma inmediatamente práctica e imperativa y, *positivamente*, en darle a ésta la forma de un *cuerpo jurídico*. Así, la suma total del derecho ya no se presenta como un *sistema de proposiciones e ideas*, sino como una esencia de *existencias* jurídicas, de *potencias*. Debemos representarnos al cuerpo jurídico como el elemento jurídico más sencillo y más natural. Cada uno de estos cuerpos tiene su forma, su naturaleza y sus propiedades particulares, mediante las cuales es capaz de producir determinados efectos. Así pues, nuestra tarea respecto a él adquiere el carácter de una *investigación histórico-natural*. Esto quiere decir que tenemos que averiguar sus propiedades y sus fuerzas; indicar la forma en la que nace y muere, las circunstancias y los estados en los que puede entrar, la influencia que sufre en dichos procesos y las metamorfosis que puede experimentar; tenemos que describir sus relaciones con otros cuerpos jurídicos, los vínculos que establece con ellos, los conflictos a los que se ve abocado con sus semejantes; y así, sobre la base de todas las indagaciones precedentes, tenemos que aprehender su naturaleza y su individualidad jurídica en un concepto, a modo de un punto focal de orden lógico; por último, al igual que el naturalista clasifica los objetos histórico-naturales, tendremos que ordenar todos los cuerpos jurídicos en un sistema. Aquí se aúnan las tareas de una investigación histórico-natural con las de una creación artística. En efecto, somos nosotros mismos quienes, en primera instancia, debemos formar y crear los objetos cuya naturaleza y esencia tenemos que determinar. Por supuesto, la materia original nos es dada, pero lo que saquemos de ella es, en realidad, nuestra propia creación: porque no se trata sólo de colocar la materia en un *orden* distinto, sino de configurarla. Sobre la base de qué consideraciones y puntos de vista hacemos esto, qué artificios y recursos empleamos, qué requisitos previos hacen falta y, en síntesis, cuáles son las *leyes de la construcción jurídica*, creo poder pasar por alto en esta sede, puesto que ya he tratado de ello en la obra citada y porque no está necesariamente vinculado con el fin del presente ensayo. En cambio, no puedo dejar de destacar, aunque sea con brevedad, el enorme significado de la configuración jurídica del material legal.

El interés de la construcción jurídica no es solamente científico –si es que acaso queremos plantear una antítesis entre lo científico y lo práctico– sino

⁶ N. del T.: las traducciones tradicionales de Jhering suelen hablar de jurisprudencia inferior y superior. En la presente versión se ha optado por traducir “Jurisprudenz” por ciencia jurídica, dado que la palabra jurisprudencia tiene en el castellano actual otro significado más preciso.

⁷ Ya he aludido a esta teoría en la introducción a mi libro sobre el *Espíritu del derecho romano* (vol. 1, p. 26 y ss.); una aproximación más detallada puede verse en la sección sobre la técnica de la ciencia jurídica romana (vol. 2, parte 2).



extremadamente práctico. En efecto, al otorgarle una forma a la materia original, se facilita muchísimo el manejo subjetivo de la misma, lo que resulta de extraordinaria ayuda para la aplicación del derecho. El alivio consiste en que la configuración plástica de la materia que se consigue mediante este procedimiento, hace que la materia misma se vuelva accesible a la *intuición jurídica*, y descarga así a la memoria del ingente esfuerzo de empaparse mecánicamente de una suma de concreciones positivas particulares⁸. El elemento blando y moldeable de las proposiciones jurídicas, que no ofrecía ningún punto firme de apoyo para la interpretación, ha adquirido así una forma sólida, se ha fijado en el esqueleto, en el andamio dispuesto por el concepto. Así es como este conjunto, partiendo de una masa de singularidades, se ha convertido en una única y exclusiva totalidad: nuestro cuerpo jurídico. Las proposiciones jurídicas individuales figuran ahora como líneas y puntos particulares en el cuadro que nuestra representación se hace del objeto; encuentran su sostén en la representación total, mientras que ésta, a su vez, encuentra su último punto de referencia en el concepto: el fundamento lógico del objeto, que devuelve reflejados los lineamientos esenciales del mismo.

Gracias a esta plástica del derecho, hay otra necesidad que queda satisfecha –aquí residiría el segundo provecho de la construcción jurídica– y que, pese a que no se suele hablar de ella habitualmente, en realidad es una de las cuestiones más importantes de toda ciencia del derecho. Me gustaría llamarla motivo *estético-jurídico*. Puede sonar paradójico hablar de un *sentido artístico jurídico*, pero no es posible calificarlo de otro modo, pues no hay otra expresión que sirva para dar cuenta de lo que ocurre. Si queremos convencernos de la existencia y el poder de este sentido, basta mirar a nuestro alrededor. No quiero reenviar a la ciencia jurídica romana, que lo tenía ya desde la propia cuna: sus primeros logros, las más extrañas figuras de la época antigua, no son sino producto de este sentido artístico; no hablemos ya del derecho tardío del periodo clásico. Pero prefiero limitarme a la ciencia jurídica actual. El derecho romano le debe a su recepción, en particular, que se preservara este sentido jurídico. ¿Y en qué, si no, habría de basarse la fuerza de atracción que todavía hoy ejerce este derecho sobre cualquier jurista? No se trata aquí del atractivo de una lógica y una consecuencia meramente formales, sino de la creación de un mundo de materia puramente espiritual, una réplica de la naturaleza en la sustancia del pensamiento. Este mundo es el verdadero hogar del jurista, hacia él se ha sentido siempre atraído y, desde los primeros compases de la ciencia del derecho, se ha tenido la vocación de recrearlo y perfeccionarlo. En este mundo radica la emoción que el jurista puede llegar a sentir por su ciencia y, si logra adentrarse en él, podrá alcanzar una altura que, para alguien que no sea jurista, que no tenga ni la más mínima idea de la existencia de esta creación artística ideal, que se eleva por encima del mundo inferior y sustancial de la materia positiva, seguramente será un misterio. En verdad, el logro de dicha altura tampoco tendría sentido si el jurista se viera condenado a vagar en esas regiones inferiores y, por lo tanto, no pudiera descubrir hasta qué nivel de la creación artística es capaz de alzarse la ciencia jurídica. Sin pasión nada florece, pero la pasión del jurista por su disciplina, tanto si se considera práctico como teórico, estriba precisamente en el elemento artístico del derecho, en la elevación y la espiritualización de la materia – una vez alcanzado el estatus humano– a formas ideales; en las maravillas de este mundo superior, de las que el jurista ni siquiera tiene que ser consciente para quedar poderosamente prendado; en el orden y la armonía, en la simplicidad y la belleza que reinan en él; en la segura decantación de las masas de pensamientos y en la precisión de sus formas; en la seguridad con la que el jurista puede pasearse entre dichas masas; en definitiva, en la riqueza inagotable que se manifiesta por

⁸ La simplificación de la materia jurídica a través de la concentración lógica, de la que ya he tratado en la obra señalada antes, no es exclusiva del tratamiento histórico-natural del derecho.

doquier, allá donde éste se adentra un poco más a fondo. Si pudiéramos abrir este mundo al profano, si éste tuviese el ojo preparado para percibirlo, le atraparía un sentimiento de admiración y de respeto hacia la ciencia jurídica, en vez de la opinión desdeñosa respecto a su valor científico⁹. Vería con claridad que una profundización en ese mundo no es en realidad un trabajo, sino un auténtico goce; un goce que, además, puede colmar el alma y la vida enteras de la persona más exigente.

Ahora bien, ¿no estaré idealizando las cosas? Admito que, para la elaboración de esta imagen de la ciencia del derecho, no estaba pensando en esos colegas de profesión que nunca han llegado a acceder a dicho mundo, ni en la universidad ni después, porque su sentido sólo ha podido quedarse en el nivel inferior. Pero tampoco he construido esta imagen pensando sólo en mí mismo, que tuve la fortuna de que mi profesión me dejara entrar en él. Sería muy malo para la ciencia jurídica que solamente el estudio teórico permitiera hacer aflorar el ambiente y la pasión que he descrito. Así que, para comprobar la veracidad de mi concepción, invito al práctico ejerciente, con total confianza, a que emita su juicio al respecto. Estoy convencido de que sólo he *expresado* lo que él mismo ya ha *sentido*.

Todo lo dicho hasta ahora ya sería correcto por sí mismo, si el valor de la ciencia jurídica superior o de la consideración histórico-natural del derecho consistiera tan sólo en dar a la materia positiva original su correspondiente forma jurídica. Pero junto a esta actividad especificadora, hay que añadir otra más, que sólo puede tener lugar a partir de este elevado punto de partida: una actividad puramente *productiva*. La ciencia jurídica superior no es sólo una *constructora* de la materia, sino también una *creadora*; y lo es, porque sólo ella puede producir nueva materia con seguridad y consciencia. La única operación en la que también puede *parecer* que la ciencia jurídica inferior lleva a cabo una actividad productiva –porque al menos se distancia de su objeto: la voluntad del legislador– es la interpretación analógica. Pero tampoco ésta se concibe adecuadamente, ni se desarrolla con seguridad, desde el punto de vista de la ciencia jurídica inferior. En efecto, cuando sólo se conocen proposiciones jurídicas y sólo se opera con ellas, ¿cómo puede entenderse que una de estas proposiciones, ideada por el legislador para una única situación concreta, se predique respecto de otra? ¿Por necesidad? Pero, si el legislador no ha reconocido tal necesidad, ¿con qué fundamento podemos hacerlo nosotros? ¿Sobre la base de la identidad de razón? Pero, ¿qué es la identidad de razón? Además, ¿a dónde conduciría esta forma de operar! Desde ese punto de vista, la interpretación analógica podría *manipularse* bajo pretexto de precisar su significado correcto con base en el sentido común o en sentimientos intuitivos, pero no podría *comprenderse*. Esto sólo es posible desde nuestro punto de vista, que además facilita su definición: la interpretación analógica no es sino la respuesta a la

⁹ N. del T.: Jhering está aludiendo implícitamente a la polémica que se produjo en Alemania a raíz de la conferencia del fiscal prusiano Julius von Kirchmann, en cuya opinión la “jurisprudencia” no merecía el calificativo de ciencia. Vid. KIRCHMANN, J. von (1848), *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag*, Berlin, Julius Springer. Reimpresión (1990), ed. por Hermann Klenner y con un apéndice, en Freiburg/Berlin, Rudolf Haufe. El apéndice preparado por Klenner incluye la respuesta de Friedrich Julius Stahl, otro de los miembros destacados de la escuela histórica, e importante representante del principio monárquico en la historia del derecho público: STAHL, F. J. (1848), *Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein? Eine Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt von Kirchmann gehaltenen Vortrags: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Janus. Como deja anotado Klenner en su edición crítica, la contestación de Stahl es sólo una de las muchas que surgieron en aquellos años. Tiempo después, el propio Jhering daría una célebre conferencia sobre el problema de la ciencia jurídica, publicada en JHERING, R. von (1868), *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, reeditada con anotaciones y un estudio preliminar de Okko Behrends (1998), Göttingen, Wallstein. Hay traducción española de los textos de Kirchmann y de Jhering: KIRCHMANN, J. von (1949), *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. y escrito preliminar de A. Truyol y Serra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos; JHERING, R. von, *¿Es el derecho una ciencia?* (2002), trad. y estudio preliminar de F. Fernández Crehuet, Granada, Comares.



pregunta de si una proposición jurídica, que primero surgió en la historia de forma aislada, pertenece al género o a la especie. La proposición jurídica *dolus pro possessione est* fue declarada con motivo de una decisión del Senado acerca de la *hereditatis petitio*. Es sabido que los juristas romanos no sólo aplicaban ese precepto para todas las *rem actiones*, sino también en acciones que se interponían contra el poseedor en cuanto tal. ¿En qué se basaba esta extensión? La *hereditatis petitio* es una de las acciones que se pueden interponer contra el poseedor en tanto que tal, y hay veces en las que se comporta como una especie, pero también hay otras en las que su funcionamiento es común al de todo el género. De manera que, cuando dicha proposición jurídica fue declarada en el marco de la *hereditatis petitio*, los juristas romanos tuvieron que preguntarse: ¿pertenece la *dolus pro possessione* a una u otra faceta de la *hereditatis petitio*? ¿Tiene su fundamento en su naturaleza específica como *hereditatis petitio*, o bien en su naturaleza en tanto que acción contra el poseedor? Una vez planteada así la pregunta, la respuesta no podía ser dudosa.

De acuerdo con esto, la interpretación analógica pertenece a la ciencia jurídica superior, porque presupone la concepción histórico-natural del derecho y porque exige un claro posicionamiento respecto a si tratamos con conceptos genéricos o específicos, así como una distinción de lo que es común al género y lo que es propio de la especie. Pero la ventaja de esta última operación no se limita en modo alguno a la interpretación analógica. Cuando el concepto genérico ha sido definido y construido como es debido, no sólo habremos logrado una herramienta jurídica permanentemente dispuesta para las especies ya existentes, sino también para las que surjan en el futuro. Esta es la razón por la que una ciencia jurídica madura nunca habrá de temer un déficit absoluto de proposiciones jurídicas. En efecto, por muy insólitas y desviadas que sean las formas en que se presente la sociedad del futuro, la preocupación de que pueda traernos algo absolutamente nuevo, es decir, algo que no encaje en alguno de los conceptos acuñados hasta ahora, es una preocupación tan infundada como la de creer que aún hoy se pueden descubrir nuevos animales que no encuentren cobijo en el sistema zoológico de la ciencia contemporánea. Una ciencia del derecho que trabaja desde hace siglos ya ha descubierto las formas esenciales o los tipos esenciales del mundo jurídico, y dentro de ellos discurrirá también cualquier evolución futura, por mucho que diverja en el resto de lo hasta ahora conocido: una ciencia jurídica madura ya no permite que la historia nos ponga en apuros.

Me quiero dirigir ahora a la actividad propiamente creadora de la ciencia jurídica superior. Cada página de las fuentes romanas del derecho nos ofrece la oportunidad de convencernos de ello. ¡Cuántas doctrinas existen –que no son más que un producto de la ciencia jurídica romana– para las que la ciencia del derecho, una vez desasida del punto de referencia de la ley, se ha consagrado a la investigación de la naturaleza de las cosas partiendo únicamente de sí misma, o sea, abriéndose a su necesidad interna! ¿De dónde proceden el derecho de acrecencia y las doctrinas de la especificación, de la accesión, del *dies*, de la condicionalidad, de la nulidad o de la anulabilidad? Una pieza maestra, en este sentido, es la doctrina de la divisibilidad y la indivisibilidad de los derechos. Por su finura y por el arte con el que fue elaborada, podríamos considerarla como un trabajo de filigrana civilístico. Ninguna ley había rozado o decidido siquiera una de las cuestiones que aquí acabo de mencionar. La masa entera de material jurídico que aquí se ha citado (téngase en cuenta que dichas doctrinas se han extendido a todo el ámbito jurídico y las innumerables cuestiones prácticas a las que se han trasladado, desde las servidumbres hasta el derecho de obligaciones o el derecho prendario, entre tantas otras) no es sino una creación de la ciencia jurídica romana,

alcanzada con el único apoyo de una consideración histórico-natural del derecho. La ciencia jurídica no ha asumido y resuelto sus problemas de forma distinta a como la ciencia natural se ha planteado, por ejemplo, la pregunta del peso específico de los cuerpos. Lo que ha hecho, en efecto, es desagregar todos y cada uno de los cuerpos jurídicos, comprobar las consecuencias que esta desagregación produce en ellos y, sobre la base de todos esos ensayos, obtener una teoría de la posibilidad y las consecuencias de una división de los cuerpos jurídicos. También aquí es pertinente la comparación con las ciencias naturales, en el sentido de que no fue ningún objetivo práctico inmediato —o por lo menos no fue el único— el que motivó y presidió la investigación, sino que se trataba de un interés puramente científico que animaba al investigador, ávido de descubrimientos, a proseguir su tarea. Pero, del mismo modo que los descubrimientos de las ciencias naturales, también los de la ciencia jurídica terminan siendo de utilidad para la vida. Desde luego, no de manera *inmediata* y no en *esa* forma. Es posible que algunas de las proposiciones jurídicas descubiertas permanezcan inutilizadas durante un siglo entero, antes de que se dé el primer caso en el que puedan aplicarse, y es posible que jamás aspiren a un valor inmediatamente práctico, pero prestan su servicio haciendo las veces de puente para otras, o llevando, soportando y completando a otras. E incluso en el caso de que una proposición jurídica no pudiera brindar ningún provecho, ahí estará *por sí misma*, existiendo, porque *no puede no existir* y porque la ciencia del derecho no sería ciencia del derecho, ni tampoco podría cumplir su finalidad práctica, si sólo se empeñara en buscar lo inmediatamente práctico. Ésta es otra de las buenas lecciones que la ciencia jurídica romana nos ha legado: que la ciencia, *para ser verdaderamente práctica, no puede limitarse a lo práctico*.

Al igual que no ignoro el beneficioso influjo que la necesidad práctica puede ejercer en el progreso de la ciencia, también sé, por mi propia y escasa experiencia, que a menudo un caso real, al suscitar una pregunta nunca antes planteada, nos abre las puertas a nuevos aspectos de la relación jurídica y, por lo tanto, impulsa enormemente a la teoría. Pero, por otro lado, nunca insistiré bastante en que el tratamiento histórico-natural del derecho posibilita que la ciencia se adelante con sus respuestas a las preguntas de la praxis, ahorrándonos así el fatigoso destino de avanzar únicamente a través de la práctica y, por así decir, de ir siempre renqueando tras de ella. No es la fantasía, que imagina extraños casos nunca antes conocidos, quien ha de guiarnos a nuevas preguntas y proposiciones jurídicas, sino que es la fuerza propulsora del pensamiento, la dialéctica interna de la relación jurídica, quien nos apremia y nos impulsa hacia delante, llevando así a nuevos descubrimientos. Esta dialéctica nos revela las relaciones y los aspectos más remotos y ocultos de la relación jurídica y, si hay una ciencia práctica en la que el espíritu humano está preparado para el inmenso placer de zambullirse en el mundo del pensamiento, *dependiendo únicamente de sí mismo*, y de volver de él cargado de ricos tesoros, ésta es la ciencia del derecho. Se trata de la única ciencia práctica en la que el talento especulativo puede valorarse en su justa medida, la única rama del conocimiento humano en la que el método dialéctico y la fuerza propulsora del concepto se vuelven verdaderos en cualquier circunstancia. Sólo un ignorante podría sonreírse si la ciencia del derecho —y no me refiero con esto a la filosofía jurídica, sino a esa disciplina práctica que los filósofos han solido mirar por encima del hombro: la dogmática jurídica— fuese catalogada como *filosofía*, tal y como hizo Ulpiano en el I. 1 § 1 de J. et J. (1. 1.)¹⁰. No puedo reprimir la necesidad de decir

¹⁰ N. del T.: Jhering se refiere a la célebre definición de Ulpiano en el *Digesto*, según la cual el derecho es “la técnica de lo bueno y de lo justo. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y



que la filosofía jurídica actual, al igual que el viejo derecho natural, no puede ni de lejos compararse con la dogmática respecto a su aplomo filosófico; y la razón por la que el auge de la ciencia jurídica de nuestro siglo coincidió con un decidido rechazo del derecho natural, y por la que también la filosofía jurídica contemporánea disfruta de una tan pobre resonancia, no se encuentra en el hecho de que contengan un excesivo peso filosófico, sino que éste es demasiado escaso. No ha sabido introducirnos en el organismo espiritual del mundo jurídico real, mostrarnos los procesos que en él se dan y esclarecernos las leyes que lo gobiernan. Precisamente porque nuestras necesidades filosóficas se encuentran plenamente satisfechas en la dogmática del derecho romano, tal y como éste es manejado hoy en día, la filosofía jurídica tiene un estado tan lamentable. Bajo la impresión de este espíritu filosófico que emana del derecho romano, fue como Leibniz emitió su famoso y manido juicio acerca del derecho romano¹¹, y bajo esta misma impresión fue como la Edad Media lo caracterizó como *ratio scripta*, como la razón revelada en el ámbito jurídico.

Valga todo lo anterior como respuesta a la pregunta sobre el valor práctico de la ciencia jurídica superior. Aparentemente, al practicar una investigación histórico-jurídica del derecho, su importancia sólo reside en su interés científico y el profano valorará las ventajas prácticas de interpretar correctamente una ley, mucho más que una definición precisa, que una construcción acertada de una relación jurídica, o que la solución de una cuestión puramente sistemática. En efecto, él ni siquiera vislumbra la enorme frecuencia con la que, detrás de la forma teórica externa, se esconde un contenido práctico infinitamente más rico. E incluso hay que soportar escuchar, en no pocas ocasiones, que los propios juristas describan ese tipo de investigaciones como ociosas, quisquillosas, etcétera. Precisamente esta última experiencia es la que me ha movido a subrayar de forma tan insistente el valor práctico del método histórico-natural: porque me parecía necesario poner nuestra revista –que justamente se ha marcado la tarea de aportar algo en el sentido de este método– a resguardo del gravoso prejuicio de que está orientada en una dirección poco práctica.

Me dirigiré ahora a la segunda cuestión anunciada arriba, a saber, la pregunta de cómo se comporta nuestra ciencia actual en relación con el tema de la ciencia jurídica superior e inferior.

Para responder a esto, tenemos que diferenciar el derecho romano del derecho alemán. Mientras que el método histórico natural –llamémoslo método jurídico a partir de ahora– todavía es muy reciente en el dominio del derecho alemán y no puede apenas retrotraerse más allá de los nombres de Gerber y Thöl¹², el

no simulada filosofía”. He extraído la traducción de GARCÍA GARRIDO, M. J. (2000), *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, p. 191.

¹¹ Epist. ad H. E. Kestnerum, epist. 15: “Dixi saepius post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jure consultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis – Nec uspiam juris naturalis praeclare exculi uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus sive ex majorum traditis sive ob leges novas, ipsae consequentiae ex nova hypothesis aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio nec minore firmitate deducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo videtur”. N. del T.: la traducción de la primera parte de este escrito reza así: “he dicho muchas veces que después de los escritos de los geómetras nada hay que pueda compararse con la fuerza y sutileza de los escritos de los jurisconsultos romanos: no sólo tienen nervio sino también profundidad”. Traducción de MARTÍNEZ TAPIA, R. (1996), “Leibniz y la ciencia jurídica”, en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 14, pp. 149-176. Cita en p. 165.

¹² N. del T.: a lo largo del siglo XIX, con el surgimiento del nacionalismo, se produce en Alemania una escisión entre los juristas que siguen trabajando sobre la base del derecho romano (en realidad ya derecho común) y los juristas que optan por dedicarse a un trabajo de recopilación, ordenación y comentario del derecho germánico tradicional. Mientras que Savigny, Jhering, Puchta o Windscheid eran romanistas, Eichhorn, Gerber, Beseler o Gierke eran germanistas. Más allá de la obvia diferencia

derecho romano nos ha sido transmitido en una forma jurídica tan acabada, que más bien deberíamos preguntarnos si todavía queda algo por hacer. Limitémonos primero a esta cuestión. Que la elaboración científica del derecho romano jamás hubiera sido posible con auténtico genio jurídico en otra rama, no debería sorprendernos en absoluto. Este genio se ha activado y objetivado en el derecho romano de una forma tan extraordinaria, que ni siquiera la estulticia y la incapacidad jurídica de las épocas subsiguientes pudo arrebatárle este carácter. Y sin embargo, no podemos ocultar que la moderna ciencia jurídica, pese a toda su dedicación al derecho romano, no ha podido extraer lo mejor que éste posee junto al método jurídico: ha explotado el modelo de la auténtica fuerza creativa del derecho en un grado infinitamente menor de lo que podría y debería haber hecho. La actividad receptiva, a la que fue empujada para la reconstrucción del derecho romano, no era en absoluto propicia para la capacidad *productiva* y entorpeció a ésta de tal manera, que la ciencia jurídica ni siquiera llegó a pensar que el derecho autóctono y, en algunos puntos, incluso el derecho romano, pudieran dar pie a esa misma actividad jurídica *conformadora*, cuyos resultados y éxitos veía pasar diariamente ante sus ojos. No se dio cuenta, en efecto, de que la mera reconstrucción del derecho romano no bastaba, corroborándose así aquella acertada apreciación, según la cual una época que no crea nada por sí misma tampoco es capaz de penetrar en el espíritu de las creaciones de una época pasada.

Si es verdad que, frente a lo anterior, la ciencia actual puede enorgullecerse de haber reavivado el espíritu de la ciencia jurídica romana, también lo es que no puede hacerlo sin reconocerle a Savigny el honor y el mérito por ello. No creo que cometamos ninguna injusticia si radicamos los méritos de este gran hombre –que, en mi opinión, ha marcado una época en la historia de la ciencia del derecho en mucha mayor medida que el mismo Cuyacio– fundamentalmente en el hecho de haber resucitado la investigación histórica del derecho romano. Aunque valoro mucho la historia del derecho, y aunque no cabría esperar de mí una devaluación de la misma, debo refutar enérgicamente que la transformación producida desde que Savigny entró en escena sea atribuible al auge de la historia del derecho. Las más eruditas investigaciones histórico-jurídicas de otras épocas, como las de la escuela holandesa, no han favorecido en nada a la verdadera comprensión del derecho romano –no me refiero con esto al histórico, sino al jurídico¹³–; de hecho, probablemente han tendido más a oprimir y marginar al espíritu jurídico, el único capaz de dicha comprensión, que a avivarlo y espolearlo. Me confieso tentado por la atrevida opinión de que un verdadero jurista, por muy deficiente que sea su formación histórico-jurídica, comprenderá el derecho romano, a grandes rasgos,

respecto del objeto de estudio, los germanistas eran globalmente más proclives al nacionalismo, al filoprusianismo y a un cierto progresismo. De ahí que el código civil alemán de 1900, cuyo máximo inspirador fue Windscheid, tuviera una impronta conservadora, y que Gierke desarrollara una dura crítica contra el mismo. No obstante, es necesario analizar autor por autor para poder verificar dicha tendencia general. Por otra parte, la oposición entre germanistas y romanistas no siempre fue virulenta. A Gerber y Jhering, por ejemplo, debemos la paternidad de la revista cuyo prólogo ofrecemos aquí, y a Savigny y Eichhorn debemos la fundación de la más antigua *Revista para la ciencia histórica del derecho*. Vid. al respecto LOSANO, M. G. (1984), *Studien zu Jhering und Gerber*, Ebelsbach, Rolf Gremer, pp. 33-52.

¹³ N. del T.: esta precisión debe entenderse como manifestación de una distinción muy característica de la época de Jhering, que los juristas solían establecer entre el derecho romano “actual” y el “histórico”. En un contexto en el que no existía aún un código y en el que, por consiguiente, el derecho vigente seguía siendo el derecho común, era esencial distinguir ambos niveles: mientras que el derecho romano “actual” era considerado como derecho vigente, el derecho romano “histórico” estaba condenado a convertirse en objeto de estudio para eruditos. La selección de lo que era considerado actual y la correlativa expulsión de lo histórico se producía casi siempre con base en criterios ideológicos y dependía mucho del intérprete en cuestión. En todo caso, esta distinción es la que explica el nombre de la revista a la que este escrito sirvió de prólogo: *Anuarios para la dogmática del derecho romano y germánico actual*, o el título de la célebre obra de Savigny: *Sistema del derecho romano actual*.



inigualablemente mejor que un historiador del derecho al que le falta el órgano jurídico. Y espero que me disculpen si no muestro con ejemplos contemporáneos, que los hay, cómo este defecto también tiene lugar entre los historiadores del derecho más renombrados. Si el derecho *vigente* de cualquier época sólo es realmente accesible para el sentido jurídico y para el ojo entrenado en esa materia, ¿cómo podría ser de otra manera para el derecho del *pasado*? ¿Cómo es posible que alguien que no sepa percibir el espíritu jurídico en la *dogmática*, fuese capaz de descubrir el dominio del mismo a lo largo de la *historia del derecho*? Sin duda, este estudioso podría aportar algún trabajo auxiliar encomiable, pero la verdadera misión que nos incumbe, el auténtico renacimiento jurídico del derecho antiguo, es algo que nunca podría conseguir. Pese a toda la erudición que logre acopiar, esta última tarea terminaría entre sus manos como un amasijo de materia positiva, como una especie de cuerpo muerto. Así pues, si la historia jurídica romana ha adquirido una forma totalmente distinta en manos de Savigny, Puchta, Keller y otros, frente a Hugo y sus antecedentes –en especial Heinecio y Bach, junto a los holandeses– la causa de ello no reside en que esos hombres se elevaran sobre los hombros de sus predecesores, sino en que aportaron una mirada jurídica a la historia del derecho. En Hugo tuvimos al primer verdadero historiador del derecho en mucho tiempo; en Savigny al primer jurista: una naturaleza propia de los jurisconsultos romanos. Gracias a esta semejanza con ellos, y gracias a la mirada del genio jurídico, pudo Savigny descubrir, iniciáticamente, lo que se les había escapado a sus antecesores. Con el *Derecho de la posesión* se conquistó de nuevo el método jurídico de los romanos y, con ello, nació la ciencia del derecho actual. Lo decisivo no era que la reconstrucción del derecho romano adquiriese desde entonces un carácter fundamentalmente *histórico*, sino el hecho de que pugnase por volver a adoptar un carácter *jurídico*: sólo cabe identificar el valor de las aportaciones histórico-jurídicas de esa época en el hecho de que facilitaron y fomentaron el logro de este último objetivo. Sin embargo, dudo que exista una clara consciencia de esta relación. De hecho, en casi toda la literatura se ha instalado un decidido malentendido entre la promoción del fin y la del simple medio. Podría pensarse que únicamente se trataba de historia y crítica del derecho romano, y no de una ciencia práctica. Por supuesto, también era mucho más fácil seguir al Savigny historiador que al Savigny jurista, y no todos los que han enarbolado su nombre son en realidad sus discípulos.

Mientras que la auténtica ventaja de la reforma introducida por Savigny debería haber consistido en un acercamiento de la ciencia a la vida, parece como si, en cambio, la mayoría de sus seguidores quisieran describir el florecimiento de la ciencia como un alejamiento de ésta de la vida. Más tarde, el mismo Savigny se vio obligado a reconocer y a deplorar públicamente el extrañamiento que se había producido entre ambas. Pero era un mal síntoma. Eso quería decir que se había fallado en alguna de ambas direcciones. ¿Tenía la culpa la práctica? No lo creo. Si la ciencia renunciara a intervenir en la vida a través de sus aportaciones *jurídicas*, si dedicara todas sus fuerzas a tareas que también un filólogo podría acometer, y que, por muy valiosos que fueran sus resultados en el ámbito de la historia, no suministrarán al jurista ningún alimento para sus necesidades científicas, entonces no tendría razón alguna para extrañarse si el interés hacia ella y sus contribuciones decayera entre el grueso de los juristas. ¿Cómo se explica, si no, que un tratado de derecho romano como el de Thibaut pudiera seguir imponiéndose bastantes años después de que Savigny ya hubiera trascendido, y de que un círculo de discípulos activos se hubiera reunido en torno a él? Hasta Puchta, ningún representante de la nueva orientación había intentado poner fin a la hegemonía de dicho libro y, con él, del viejo método. Mientras que algunas cuestiones histórico-jurídicas apenas desaparecieron del catálogo de problemas relevantes, mientras que la actividad de un hombre como Hugo se terminó desperdiciando en investigaciones acerca de las

tres partes, acerca del sistema de Gayo, etcétera, la dogmática disfrutó de una atención relativa mucho más pequeña. Y sin embargo, éste era precisamente el terreno en el que debería haberse librado la batalla entre la vieja y la nueva ciencia jurídica; el único terreno desde el que cualquier nueva tendencia de la ciencia jurídica podía aspirar a llegar al gran público. También aquí le estaba reservada a Savigny la auténtica cosecha. Así como el comienzo de su prolífica carrera se caracterizó por una contribución dogmática que marcaría un cambio de época, también su final estuvo aureolado por un significativo trabajo de dicho género: el *Sistema del derecho romano actual*. Casi a la vez que éste, entró en escena un peligroso rival, y si el *Sistema* de Savigny superó a todas las conquistas precedentes en lo que se refiere a la reproducción artificial de la materia –siguiendo el verdadero espíritu de la ciencia jurídica romana– lo mismo hizo la *Teoría del derecho común civil* de Kierulff en relación con la profundidad filosófica y con la configuración espiritual de la materia. Sólo se les puede atribuir un fallo a ambas: que quedaron inacabadas. Comparten esto con otra obra que, con justicia, debería considerarse la tercera más relevante de la actualidad, el *Curso de instituciones* de Puchta. Este último, cuya precipitada muerte se cuenta entre los más duros golpes recibidos por la ciencia jurídica de nuestro siglo, estaba destinado, más que ningún otro, a encabezar el desarrollo venidero de nuestra ciencia. Junto al sentido y el conocimiento del historiador, se concitaba en él un talento específicamente jurídico de primer rango y, para la *difusión* del método jurídico entre el gran público, nadie ha tenido mayor mérito que él con su *Tratado de pandectas*. Gracias a éste, el progreso alcanzado por Savigny se convirtió en patrimonio común y en una posesión segura para la ciencia jurídica alemana.

Así se recuperó el tiempo perdido en épocas anteriores y la dogmática pasó de nuevo al primer plano, tal y como le corresponde a una ciencia práctica. Hacia ella es a donde se dirige fundamentalmente el interés en la actualidad; ella domina el mercado. Si quisiéramos investigar cómo se distribuye hoy la actividad literaria en el ámbito de la rama romanística de nuestra ciencia, nos daríamos cuenta de que ésta se orienta en su mayor parte a la dogmática. Bien es verdad que, dentro de ésta última, la ciencia jurídica inferior predomina con claridad desde un punto de vista cuantitativo, con el tratamiento de cuestiones jurídicas prácticas, controversias legales, publicación de sentencias, etc., en especial en las numerosas revistas jurídicas que existen y en las recopilaciones legales periódicas. Sin embargo, desde el punto de vista cualitativo, la ciencia jurídica superior está creciendo cada vez más, y aquellas preguntas que, en la más inmediata actualidad, atraen hacia sí mayor interés y movilizan a los estudiosos, le pertenecen sin duda alguna. Entre todas éstas, yo destacaría la definición de la idea de representación en el derecho actual propuesta por Buchka; una doctrina sobre la que se han venido desarrollando contribuciones casi cada año y sobre la que también publicaremos un artículo en una de las próximas entregas de esta revista, desde un ángulo al que apenas se ha prestado atención hasta ahora; también destacaría la cuestión planteada por Delbrück acerca de la transferencia de deudas, que acaba de ser debatida recientemente¹⁴, o el reconocimiento como fuente de obligaciones de Otto Bähr; un escrito cuyo mérito no se limita, como en el caso de Delbrück, a haber planteado una pregunta enormemente importante, sino que, desde mi punto de vista, se trata de una de las producciones más valiosas de los últimos tiempos, porque ha logrado la fusión de la ciencia con la vida –que es el objetivo al que debería tender nuestra ciencia jurídica– con un éxito del que pocos escritos anteriores se pueden

¹⁴ Kuntze, *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts*. Leipzig, 1856.



vanagloriar. Al número de estas cuestiones¹⁵ pertenece también, y sobre todo, la construcción de la obligación correal, abordada por Kuntze en el texto citado¹⁶ con una brillantez tal, que dificulta mucho la defensa de la doctrina dominante hasta ahora.

Hasta hace no mucho tiempo, la posesión también pertenecía a este catálogo y algunas cuestiones de dicha doctrina –a saber, la de si la posesión es hecho o derecho, la de la posesión derivada o la de la determinación del *animus domini*– recibían casi cada año una nueva respuesta. Pero no quiero aumentar el número de ejemplos. A quien haya seguido la literatura contemporánea con un mínimo de atención, no se le escapará que la tendencia hacia la *construcción jurídica* se asienta cada vez con más decisión en el seno de la ciencia jurídica.

Los juristas romanos nos han dejado todavía mucho por hacer. En efecto, no sólo es que no concluyeran su trabajo respecto de un buen número de relaciones jurídicas, o que al menos no nos transmitieran su respuesta, sino que también hay bastantes casos en los que sus opiniones merecen ser corregidas, mejoradas o profundizadas¹⁷. Aquí también se da la circunstancia de que muchas modificaciones de calado se produjeron durante el periodo imperial, que ya no tenía la necesidad o la capacidad de la configuración jurídica de la materia, y que, por tanto, nos ha legado las correspondientes tareas irresolutas. Si a ello le añadimos las transformaciones que ha sufrido el derecho romano durante y desde su recepción, así como las construcciones propias del tráfico moderno, resulta que el campo de actividad que se abre ante nosotros es bastante más grande que pequeño.

A tenor de lo anterior, no creo que sea necesario señalar que nuestra revista no se presenta como una hostil antítesis respecto a las ya existentes, ni tampoco alberga la pretensión de instaurar una nueva doctrina. Reconoce como plenamente justificado y necesario el tipo de actividad literaria que se ha impuesto en general en dichas revistas, pero precisamente por el hecho de encontrarse en éstas ya muy bien representado, nuestra iniciativa tiene un buen motivo para no redundar en esa dirección y reservarse así la tarea de colmar las lagunas abiertas, mediante esa otra

¹⁵ La *hereditas jacens* –la pobre y afanosa– ha vuelto a emerger otra vez, y precisamente en la citada obra de Kuntze.

¹⁶ Cuanto más alegremente reconozco el notable talento para la construcción jurídica que se revela en este escrito, y cuantos mejores pronósticos le auguro para el futuro, más me aflige que el autor se menoscabe a sí mismo y al éxito de su obra con una forma de exposición que supera en exuberancia, osadía, desmesura y en una insipidez verdaderamente intimidante, en una embriaguez estilística, me atrevería a decir, a todas las aportaciones que se han hecho en relación con este problema –¡y las cosas que hemos podido leer ya!– haciendo pasar al libro como una auténtica rareza histórico-literaria.

¹⁷ Ahora bien, no se trata simplemente de arrojar por la borda las construcciones jurídicas romanas; una observación que dirijo contra Windscheid en particular. En su ensayo sobre la *hereditas jacens* en la *Münchener kritischen Umschau* (vol. 1, pp. 181 y ss.) se muestra sorprendido de que nos afanemos en dotar a la *hereditas jacens* de una personalidad jurídica patrimonial. De acuerdo con él, todo es mucho más sencillo, los derechos perduran en el tiempo y el concepto de patrimonio es perfectamente suficiente por sí mismo. A mi modo de ver, esto no sería muy distinto de una hipotética situación en la que alguien se maravillara de que los científicos naturales se molesten en esclarecer la razón de ser de que las luces se enciendan: es un hecho, ¿qué más queremos? Una de dos: o nos conformamos en cualquier caso con los simples hechos, es decir, renunciamos a buscar una conexión conceptual y una explicación de los mismos, o reconocemos esta actividad como tarea de la ciencia. En este último caso, sin embargo, hay algo que nos vincula lógicamente a los conceptos de los que ya disponemos. De manera que, si concebimos la obligación, la propiedad u otros como derechos de un *sujeto*, y en ese sentido explicamos el momento de la responsabilidad subjetiva como una pieza esencial del concepto, entonces no podemos contentarnos con el simple *hecho* de que, después de la muerte del testador, los derechos del mismo perduren sin sujeto, sino que debemos modificar nuestra definición de derecho –de modo que sea posible la existencia de un derecho sin sujeto–, o bien tenemos que derribar el medio a través del cual la ciencia jurídica romana se había ayudado en este caso: la asunción artificial de un sujeto, la personificación de la *hereditas jacens*.

rama de la actividad literaria que menos practican éstas. Que los trabajos exclusivamente críticos e histórico-jurídicos son ajenos al fin de la revista, queda patente en la remisión de su título a la dogmática. Evidentemente, es casi imposible precisar con claridad los límites así señalados, por lo que sólo podemos prometer que tendremos siempre presente el objetivo de seguir las evoluciones de la orientación anunciada.

Ahora bien, la tarea que nos compete hoy respecto al derecho romano no consiste sólo en *construir*, que es de lo que se ha hablado hasta ahora, sino también en *destruir*. Cuando vemos que algunas instituciones del derecho romano disfrutaban todavía hoy de una vida aparente en la doctrina, pero que ya han sido expulsadas de facto por la vida (la infamia o el derecho a los castigos privados, por ejemplo); cuando vemos cómo algunas reglas figuran como parte del derecho vigente por la simple autoridad del *corpus iuris*, pero cuya aplicación real seguramente sería rechazada por los mismos que las enseñan –consecuencias de fórmulas negociales y procesales romanas, interpretaciones literales rígidas, tal y como era propio en las instituciones del *jus strictum*, migajas olvidadas de antiguas concepciones paleo-romanas, de las que ni siquiera la Roma tardía tuvo noticia, corolarios de principios que ya hemos dejado de utilizar, etcétera–; en definitiva, cuando contemplamos con una mirada imparcial este culto civilístico a la momia, me parece que no podremos resistirnos a prorrumpir con la misma queja que en su día elevó Justiniano respecto a un fenómeno similar de su época, el *dominium ex jure Quiritium*: “*nomen ex jure Quiritium... nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inútiles legis antiquae dispositiones accipiunt*”¹⁸. Por dejar a los vivos en paz y por extraer mi ejemplo de un hombre al que admiro demasiado como para que mi reproche sea percibido en su detrimento o en el mío –me refiero a Puchta– ¿habría éste tenido el valor de aplicar también este principio a sus *Pandectas*? “La opción”, se dice en el § 221 de este libro, “sólo tiene lugar en sí, invariablemente, mediante la prestación en el caso del deudor, mediante la acción en el caso del acreedor y, si ésta está expresamente radicada en la voluntad, mediante la manifestación de dicha voluntad”. Se trata de un pasaje en el que Puchta examinaba el ejercicio del derecho de opción en las obligaciones alternativas. Si el derecho de opción estaba expresamente radicado en la voluntad (*utrum volet*), entonces éste se consumía con la manifestación de dicha voluntad (l. 54, § 9 de leg. I) y, con ello, se imposibilitaba una modificación posterior de la opción en cuestión. En cambio, si la estipulación decía: *illud aut illud dari*, entonces debía hacerse una rígida interpretación literal, como se estilaba con las estipulaciones, que acarreaba la consecuencia establecida en l. 138 §1 de V. O. (45. 1): *licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest*. Desde el punto de vista de la teoría de la estipulación romana, esto era absolutamente correcto y, en ese sentido, menos inquietante, puesto que todo el mundo en Roma conocía la rigidez con la que se interpretaban las estipulaciones y podía preverlo. Pero traslademos ahora este precepto a la época contemporánea, en la que nos es desconocido el principio de una interpretación literal de las disposiciones, y en la que más bien rige lo contrario a la causa mencionada (*quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest*), puesto que en nuestro derecho actual no hay diferencia, en principio, entre la

¹⁸ N. del T.: “la frase «por derecho de Quirites», que en nada se diferencia de un enigma, ni nunca se ve ni aparece en las cosas, sino que es frase vacía y superflua, y perturbada por ella la inteligencia de los jóvenes, que asisten a las primeras lecciones de leyes, aprende en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua”. La traducción ha sido tomada del *Cuerpo del derecho civil romano*, a doble texto, traducido al castellano publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias, por D. Ildefonso L. García del Corral, Libro VII, p. 219.



manifestación de voluntad tácita y la expresa. Asumamos que un testador haya legado a alguien la casa de X, en la que él vive de alquiler, o bien un capital de 10.000 táleros, y que el legatario haya declarado querer la casa. El testador compra la casa a X por un precio muy elevado; pero al igual que se la había ofrecido al legatario, retira su opción conforme al l. 138, § 1 de V. O. (45. 1). O imaginemos que se trata de un deudor que tiene que optar entre la prestación de una suma de dinero o la entrega de una significativa mercancía. Pongamos que se decide por lo último y que el acreedor, entretanto, adopta las disposiciones pertinentes para recibir la mercancía, cierra contratos relativos al transporte y a la venta posterior, etcétera. ¿Podría después retractarse el deudor de su elección? Para nosotros, hoy ni siquiera sería necesaria la remisión al l. 25 pr. de const. pec. (13.5) al que Puchta, si hubiera querido ceñirse estrictamente al derecho romano, debería haber invocado para lograr un resultado tan halagüeño: *Illud aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere*. Espero que ningún juez actual esté tan desprovisto de sentido común y de sensibilidad práctica, como para aplicar en este caso el l.138 citado, incluso aunque su aplicabilidad pueda respaldarse mediante la apelación a una autoridad como Puchta. Ahora bien, el mismo hecho de que pueda esgrimirse una autoridad semejante para defender tal principio, de que un juicio basado sobre éste pueda provocar una indignación tan generalizada y de que el presunto valor del derecho romano devenga más que dudoso para el ojo de cualquier profano sensato; el hecho de que aquí la ciencia no deje al práctico más alternativa que la de situarse en contradicción con ella, demuestra, en mi opinión, que nuestra teoría es todavía un tanto perezosa.

Tomemos otro ejemplo. El testador lega a su nieto su hacienda, pero precisa que su viuda dispondrá del usufructo de la misma con carácter vitalicio. ¿Cómo habría que decidir aquí según Puchta? La viuda y el nieto reciben, cada uno, la mitad del usufructo. ¡Increíble, exclamará éste! Pero véase el § 532 de las *Pandectas* de Puchta, *in fine*: ahí se contiene este principio de forma literal, con remisión al l. 19 de usu et usufr. (33. 2) y con el añadido de un razonamiento que se debe únicamente al propio Puchta, a saber: “porque no se puede aceptar sin más que, con la segunda disposición, el testador haya reducido el legado de propiedad a la mera propiedad”. Esta razón pertenece a aquéllas con las que suele operar el jurista, en caso de duda, para explicar lo inexplicable; en un estado tal de necesidad exegética, a éste le bastaría para contentarse, como a quien se está ahogando, una simple pajita. Pero cualquier persona imparcial se declararía partidaria justamente del razonamiento contrario. Del hecho de que el testador le haya legado a su viuda el usufructo de la hacienda, no se puede deducir que haya querido dejar al nieto algo diferente a la simple propiedad. ¿Cómo se resuelve entonces el misterio? También aquí se trata de una fórmula jurídica que tenía valor consuetudinario para los romanos, y cuya observancia podía ser requerida por quien redactaba el testamento, pero que para nosotros ha perdido toda su validez. Si alguien quería legar el usufructo a uno y la propiedad a otro, la fórmula decía, como se refleja en el pasaje anterior: *Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato*. Y si el testador no había utilizado la fórmula *detracto usufructu fundum lego*, entonces había que concluir que no tenía en mente el resultado para el que ésta estaba prevista, y que ambas personas habrían de gozar del usufructo. Por lo tanto, aunque en realidad el testador no hubiera querido cometer dicha equivocación, obviamente ésta no podía deshacerse sin vulnerar por completo la esencia de la fórmula. Pues bien, ¿acaso esto habría de ser válido *todavía hoy*, pese a que ya no conocemos dicha fórmula en absoluto?

Un ejemplo parecido nos lo ofrece la l. 15 § 7 de usufr. (7. 1), donde se dice que el propietario ni siquiera puede establecer una servidumbre predial, incluso en presencia de la fórmula “ne quidem consentiente fructuario”. O sea, que el simple *consentimiento informal* no bastaba, sino que, al contrario, había un cauce *formal* para alcanzar el resultado deseado (renuncia y restablecimiento del usufructo y, después del primero y antes del segundo, constitución de la servidumbre pretendida). Este procedimiento formal ha decaído en la actualidad y, por lo tanto, la disposición citada de la l. 15 ha devenido inservible. En este sentido se manifiesta justamente Arndts (*Pandekten*, § 179, nota 4), mientras Puchta (*Vorlesungen über das heutige römische Recht*, § 180), sostiene que dicho precepto es todavía útil y que aún se requiere el empleo de ese rodeo puramente formal para el derecho actual, de manera que se realizan *tres* actos en lugar de *uno*: ¡renuncia contractual al usufructo con reserva de restablecimiento, constitución de la servidumbre predial y restablecimiento del usufructo!

Desde el prisma de la jurisprudencia formularia, era perfectamente consecuente concebir el añadido *si volet* de un legado no como una mera precisión ociosa, sino como una condición (l. 65 § 1 de leg. l. 30). ¿Pero debemos concebir esta consecuencia de la jurisprudencia formularia romana (como pretende Puchta en el § 539, nota b) como un principio del derecho actual? También aquí volvemos a encontrar una aplicación de la antigua regla, ya obsoleta para nosotros: *expressa nocent, non expressa non nocent*. No discuto la posibilidad de que el testador exija la declaración de voluntad del legatario como condición, con la intención de que el legado no se transmita a los herederos si el legatario muere antes de dicha declaración. Ahora bien, para esta visión de las cosas, es precisamente la voluntad del testador la que provoca el resultado, no la mera palabra, de manera que, incluso si se utilizaran los términos arriba citados, deberían considerarse como puramente ociosos, siempre que se desprendiera de las circunstancias que, en realidad, el testador no había previsto el legado como condicionado. En cambio, la ciencia jurídica, tanto en éste como en los casos anteriores, no podría haber perdonado el error en el uso de las palabras.

¿Y qué podemos decir también de la siguiente frase del § 321 del tratado de Puchta: “los accesorios de la cosa no deben considerarse implícitos con el depósito, sino también como parte del contenido si se trata de una caja precintada” (l. 1 § 5, 41 Depos. 16. 3)? ¿Quién podría ver en esto algún sentido, si no es el de descargar al depositario de la responsabilidad por los accesorios (por ejemplo, la brida y la silla de montar en el depósito de un caballo)? Y sin embargo, ciertamente ningún juez se tomaría la licencia de admitir una reclamación del depositante por la brida y la silla de montar, si el caballo se hubiera extraviado sin *culpa* del depositario. Entonces, ¿qué sentido tiene esa frase? Tiene que ver, de nuevo, con la jurisprudencia formularia, en particular con la correcta interpretación de la *actio depositi*: si ésta debe dirigirse respecto del “caballo y la silla” y respecto de “la caja y los objetos en ella contenidos (que claramente deban portarse)”, o sólo respecto del “caballo ensillado” y respecto de la “caja precintada”.

Si un testador dispone: “A será mi heredero; en caso de que éste se case con su criada, entonces deberá traspasar la herencia a B”. Si la condición ocurre, la realización de la disposición tiene lugar mediante la restitución de la herencia como fideicomiso universal. Si el testador hubiera dicho: “entonces la herencia recaerá en B” o “entonces A debe ceder la herencia a B”, incluso el rigorista más exacerbado se vería en aprietos para negar que en este caso sucede absolutamente lo mismo. ¿Y qué pasaría si hubiera dicho: “entonces B recibirá la herencia” o “entonces se la entrego a B, de modo que B asumirá el puesto de A”, o bien “entonces B será mi heredero”? En el último caso, de acuerdo con Puchta (§ 476, nota g), la disposición



es nula porque choca con el principio *semel heres, semper heres*. Los juristas romanos mantenían en vigor la disposición del testamento, incluso a pesar de esta teoría, por lo menos en dos casos: en el testamento de soldados y cuando aparecía en un codicilo, entendiendo la disposición, en este último caso, como orden de fideicomiso universal. Así pues, debido a la naturaleza más libre de los codicilos, en esta situación se sentían habilitados para pasar por encima del “rigor iuris civilis” y dar cabida a la “voluntas testatoris¹⁹”. Pero lo que consideraban posible para el codicilo –a saber, el distanciamiento de la fórmula estricta y la interpretación más libre de la expresión utilizada– ¿no se convirtió acaso en principio general con la legislación imperial posterior? Si ya los compiladores se asustaron de resucitar las decisiones de los juristas más antiguos en el sentido de ese principio –un trabajo colosal, de todos modos–, ¿podemos nosotros reconocer esos residuos de la jurisprudencia formularia romana como proposiciones válidas, sólo porque figuran en el *corpus iuris* y a pesar de que sea incontrovertible que, en la vida jurídica moderna, disponemos de un principio interpretativo totalmente distinto, frente al que las decisiones mencionadas hasta aquí se encuentran en flagrante contradicción? Si ya se han pronunciado, con razón, en contra de la aplicabilidad actual del *jus poenitendi* romano en los contratos innominados –por no ser compatible con la estructura actual de estos contratos–, ¿cómo pretenderá justificarse la permanencia de esas otras decisiones, cuya incongruencia con nuestro principio de interpretación actual no es menos evidente?

Si ha sido posible hacer un florilegio semejante con Puchta, a quien no le faltaba ni sensibilidad jurídica, ni sentido filosófico e histórico para comprender lo individual en relación con su *principio* general –y podría aumentar este florilegio con unos cuantos ejemplos más– no hará falta comparar con otros escritores para hacernos una idea de lo poco que un aplicado romanista, adornado con las mismas propiedades que Puchta, es capaz de desprenderse del *corpus iuris*; y debo reconocer que no me puedo sustraer de un sentimiento de espanto cuando me pongo a pensar en la suma de estupideces que se han hecho con el derecho romano desde la época de su recepción, qué cantidad de razón y sentimiento se ha podido desperdiciar en juicios indignantes sobre la base de la autoridad del *corpus iuris*. El estudio del derecho romano debería ser un medio para ejercer la libertad intelectual, para darnos la posibilidad de justificar científicamente las inclinaciones de nuestro sentimiento²⁰ –que se solivianta frente a la aplicación de esas proposiciones jurídicas específicamente romanas– y para deducir la inaplicabilidad actual de las mismas. En cambio, el derecho romano se ha convertido en la actualidad, más bien, en un instrumento de la esclavitud intelectual más profunda. Un

¹⁹ I. 76 ad SC. Trebell (36. 1); I. 41 pr. de test. milit. (29. 1).

²⁰ N. del T.: Es posible que llame la atención la frecuencia con que Jhering apela a la idea de sentimiento en relación con cuestiones jurídicas. El concepto de “sentimiento jurídico” (*Rechtsgefühl*) es muy común en la literatura iusfilosófica alemana, especialmente en la época de Jhering y en la primera mitad del siglo XX. En el caso de Jhering, el sentimiento jurídico tenía una doble dimensión: por un lado, se trata de una especie de mecanismo del que disponemos para reaccionar ante la vulneración de un derecho de manera sensible y no puramente intelectual, de forma que éste sea más eficazmente protegido; y, por otro lado, se trata del sentimiento de adhesión al derecho y a las instituciones estatales, que en última instancia constituye la fuente psicológico-social de la eficacia y la validez del ordenamiento jurídico y político. Vid. BEHRENDTS, O. (1986), “Das Rechtsgefühl in der historisch-kritischen Theorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jherings zweitem Wiener Vortrag”. En JHERING, R. von, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch*, Napoli, Jovene, pp. 55-184; vid. RÜMELIN, G., “Über das Rechtsgefühl” [1871]. En WOLF, E. (1948), *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, pp. 360-377; vid. DUXBURY, N. (2005), “Jhering’s Philosophy of Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 1, pp. 23-47; vid. en fin LLOREDO ALIX, L. (2012), *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, pp. 358-359 y 388-390.

uso tal del derecho romano, un fanatismo de la literalidad tan ofuscado, que manipuló la verdadera doctrina a base de quemar y chamuscar, al modo de los tribunales de la Inquisición, son los que en verdad pusieron las armas en manos de los adversarios del derecho romano de todas las épocas. Y pese a que no deseo hacer causa común con ellos, porque creo que se han dirigido los reproches al derecho romano, cuando se deberían haber lanzado contra los romanistas –contra el puñal en vez de contra quien lo empuña–, al mismo tiempo les doy por completo la razón en las invectivas que han arrojado contra esa forma de manejar el derecho romano. Podríamos denominarlos el método del *romanismo ortodoxo*. ¡El texto decide! ¡Lo que está en el texto es válido y lo que no está es inválido! Éste es su credo en su más plena desnudez y nitidez. Dudo que alguien suscriba todavía hoy este credo, pero sí ha habido épocas en las que ha regido; épocas en las que Ulpiano y Paulo, si hubieran resucitado, habrían sido acusados de herejía por dictar proposiciones jurídicas que no pudieran hallarse en una ley o que no estuvieran documentadas en el *corpus iuris*; épocas, en fin, cuyo lema rezaba: *Juris consultus sine lege loquens erubescit*²¹. ¿Quién podría negarlo? Conviene precisar que la historia moderna del derecho romano consiste en un permanente proceso de excreción. No creo que haya ninguna observación más cierta y, en particular, me parece que el mundo contemporáneo está llamado a tomar parte de esta excreción en un grado extraordinario. Aquí debo remitirme una vez más a Savigny, porque también en esto se elevó hasta la cúspide de la ciencia jurídica actual. Hasta la aparición de su *Sistema*, era habitual suponer que el sistema jurídico se basaba, precisamente, en una estricta sujeción al antiguo derecho romano. Qué sorpresa causaría descubrir que, al contrario, lo que él hacía era declarar el derecho romano obsoleto en muchas partes que, sin embargo, todavía seguían siendo cuidadosamente cultivadas por otros teóricos (por ejemplo la infamia o los castigos privados). Nadie hasta ahora ha roto como él con esa ortodoxia romanística. Y, lo que es más importante, lo hizo en un momento en el que ya nadie podía hacerle el reproche de ligereza juvenil, conocimiento deficiente de la problemática o propensión hacia lo positivo. La libertad intelectual con la que se plantaba frente a la materia, y sin la cual nunca habría podido llegar a ser el auténtico Savigny, también le ayudó a delimitar la aplicabilidad práctica del derecho romano como nadie lo había hecho hasta entonces. Si cualquier persona se lamentaría conmigo de la insustituible pérdida que supone el hecho de que su *Sistema* no tenga perspectivas de llegar a término, yo lo lamento especialmente porque eso implica que Savigny ya no participará en la permanente tarea de excrecencia de la materia jurídica romana que ha dejado de ser útil para la vida. Un juicio de su boca habría tenido mayor peso que los más aplicados esfuerzos de todos los demás, y en cuanto Savigny hubiera roto una sola lanza respecto a la validez práctica de una determinada institución jurídica, la praxis se habría apresurado a adherirse a su autoridad, dificultando así enormemente sostener una opinión contraria.

En relación con lo que acaba de decirse, tampoco se trata de hacer nada nuevo, sino que basta con seguir el ejemplo de Savigny. También en esto, si bien aspiro a que la revista tenga esa disposición, estoy muy lejos de crearme el abanderado de una nueva gesta; y la crítica anterior, que he dirigido contra Puchta en vez de contra otros autores, está únicamente motivada por la pretensión de mostrar, en nuestros corifeos civilísticos, cuánto específicamente romano se encierra aún en nuestra doctrina y, por tanto, cuánto nos queda aún por hacer. Esta convicción, así como el deseo de contribuir con mi grano de arena a esta tarea, es la que me ha llevado a volcar todos estos pensamientos en mi libro sobre el *Espíritu del derecho romano*. En efecto, estoy persuadido de que la lucha que ahora nos compete –o, si se prefiere, que el debate de la ciencia actual– sólo puede contar con

²¹ N. del T.: “El jurisconsulto sin ley se sonroja al hablar”.

el derecho romano en una pequeñísima parte, al menos por lo que se refiere a los bajos fondos de las proposiciones e instituciones particulares. ¿Es ésta o aquella proposición propiamente romana y, por consiguiente, inaplicable para nosotros? ¿Quién podría responder a esta pregunta? La diferencia de la concepción actual del derecho –no como ésta es supuestamente experimentada por uno u otro sujeto, sino tal y como se ha *objetivado* en la *realidad* de la construcción jurídica moderna– respecto a la concepción romana, sólo podrá evidenciarse en una proposición individual en algunos rarísimos casos. Sin embargo, las cosas cambian de manera radical si conseguimos identificar, desde ambos puntos de vista, el principio o la cosmovisión que ha dado pie a una proposición concreta y, por lo tanto, a todo un conjunto de ellas. Así, confrontando un principio con otro, las cosas se ponen inmediatamente en claro y, junto con el *principio* romano cuya obsolescencia haya sido demostrada al cotejarse con otro más moderno, se van a pique todos los derivados. Aquí ya no se trata de *lex posterior derogat priori*, sino de *principium posterior derogat priori*. La investigación ya no se limita así a la cuestión de si toda una institución del derecho romano ha perdido su valor práctico, sino a saber qué es lo que ha devenido inservible desde la misma base de dicha institución, como consecuencia de pertenecer a un principio específicamente romano (como, por ejemplo, todos los residuos formalistas en la teoría de la herencia). Esta investigación presupone que tenemos que aprehender lo específicamente *romano* del derecho romano desde la raíz, pero esto sólo es posible si intentamos aprehender los principios y las cosmovisiones de las que el derecho se deriva; éste era, precisamente, el propósito que se perseguía en la obra citada.

Ahora bien, la solución de esta tarea de purga de los principios específicamente romanos a través de su confrontación con los principios prácticos del derecho actual que sean contradictorios con ellos, requiere, en no menor medida, un análisis de principio de las instituciones del derecho alemán. El romanista, si quiere responder a la cuestión de la validez actual del derecho romano de la manera que se ha mostrado antes, no puede prescindir en absoluto de la consideración del derecho práctico alemán. La unificación del derecho privado romano con el alemán, que se ha perseguido aquí y allá de forma demasiado superficial, sólo podrá llevarse a cabo si, en la elaboración dogmática de las doctrinas particulares del derecho romano, las divergencias con el derecho alemán no sólo se nombren de pasada, sino que se trabajen conjuntamente desde el interior de la exposición. Así, por ejemplo, la regla de derecho romano debería ampliarse o modificarse de tal manera, que también las instituciones de derecho alemán emparentadas pudieran englobarse en ella. Espero que no se me replique que las instituciones de uno y otro derecho parten de ideas completamente diferentes. Esto es indiscutible, pero no es menos indiscutible que, posteriormente, ambos se han encontrado y conviven el uno junto al otro. Y si no, ¿cómo podría justificarse que se hayan conservado inalteradas las abstracciones y reglas de los juristas romanos, si éstas se correspondían enteramente con su época y abarcaban todo el espectro de las relaciones vitales, mientras que el derecho de la actualidad –no la mitad romana del mismo, sino el derecho unitario compuesto de ambos elementos– se mofa de dichas reglas? La regla es una abstracción del derecho efectivo: *ex jure, quod est, regula fiat*²²; por lo tanto, tiene que acomodarse a cualquier modificación del derecho efectivo y mantenerse siempre a la altura de su tiempo. ¿Y cómo se puede llevar esto a cabo, si el romanista propone reglas a su audiencia o deduce que algo es jurídicamente imposible –como por ejemplo la conexión de una obligación con una cosa o la constitución de una obligación respecto de una persona futura e indeterminada– mientras que el germanista va por detrás demostrando lo contrario?

²² I. 1 de R. J. (50. 17). N. del T.: “del derecho que es, nace la regla”.

Desde el punto de vista del derecho *actual*, esas *reglas* sólo pueden caracterizarse como históricas, como abstracciones de derechos pretéritos. Se podría objetar que las reglas y deducciones del romanista sólo aspiran a ser verdaderas respecto de las instituciones todavía vigentes del derecho romano y, por consiguiente, no entran en contradicción con las reglas del germanista, que por su parte sólo serían apropiadas para las instituciones del derecho alemán. Una división de los dos ámbitos es enormemente necesaria para el progreso del conjunto en relación con el quehacer científico, y no quiero decir que debamos eliminarla de nuestro derecho, pero una cosa bien distinta es si la última y más elevada tarea consiste en que el romanista se comporte dentro de su campo –tal y como hace y está obligado a hacer en la actualidad– como si no existiera un derecho alemán en absoluto. Si bien puede y debe seguir ciñéndose a las instituciones jurídicas puramente romanas, las reglas *superiores* deberían confeccionarse de tal modo que no sólo dejen espacio para el desarrollo jurídico de las instituciones romanas, sino también para las del derecho alemán. Así, por ejemplo, las reglas de la obligación deberían confeccionarse de tal forma, que el documento de titularidad, las cargas reales o el endoso *in blanco* respecto de éstas no aparezcan como imposibilidades jurídicas. Por lo tanto, el concepto genérico de obligación definido por el romanista debería ser, de ahora en adelante, lo suficientemente amplio como para abarcar las dos especies, la obligación del derecho romano y la del derecho alemán; y sólo después de que el concepto genérico hubiera sido desarrollado, podría el romanista dedicarse a la especie que le corresponde en exclusiva. Tal y como están las cosas ahora, la ciencia tiene dos especies, pero ningún concepto genérico; dos mitades, pero ningún todo. Se ha dicho que el derecho romano ha dejado de ser una pieza extraña de nuestra vida jurídica, pero yo no puedo admitirlo hasta que la ciencia haya solucionado el problema anterior; y ese momento debe de estar aún bastante lejos, porque la tarea en sí es gigantesca. Con todo, no se puede desconocer que algunas aportaciones notables ya se han hecho en sectores particulares del derecho, como por ejemplo en el derecho mercantil o en el derecho local, de la mano del *Derecho privado de Württemberg* de Wächter, y que incluso ya se ha realizado la primera verdadera tentativa, aunque enciclopédica, de fundir internamente ambas partes de nuestro derecho. Esta tarea asegura a nuestra ciencia jurídica una abundante cosecha y un rico porvenir; le abre un vasto horizonte de actividad interesante y fructífera, de auténtica producción jurídica.

Pero si nos preguntamos si la configuración jurídica del derecho alemán ya está lo suficientemente desarrollada como para que pronto podamos aspirar a una fusión del derecho romano y el alemán, no creo que nadie pueda responder afirmativamente. En efecto, la orientación auténticamente jurídica en el dominio del derecho alemán todavía es tan joven y reciente, que casi tiene que pelearse aún por su existencia. Si la necesidad de una configuración técnico-jurídica de la materia jurídica germanística fuese percibida con carácter perentorio y generalizado, no haría falta complicarse aún más el trabajo de colmar esta falla con el miedo a la denominada *romanización*. Con esta palabra se hace un reproche absolutamente justificado y se identifica una verdadera aberración de la construcción jurídica. Pero de romanización sólo debería hablarse allí donde la materia jurídica es forzada a encajar en los conceptos romanos, desconociendo su naturaleza jurídica original. No vale la pena decir que esto no sería tolerable. Pero no porque se haya tomado prestado del derecho romano el medio para la construcción jurídica, sino sólo *en la medida* en que esta última sea inadecuada y fallida. Ningún entendido negará que algunas de nuestras instituciones jurídicas puramente germanas se pueden construir de forma plenamente satisfactoria con medios propios del derecho romano. ¿Para qué postular nuevos conceptos, cuando los ya existentes son perfectamente



suficientes²³? ¿Qué más da si, por ejemplo, la noción de copropiedad ya fuera conocida y hubiera sido desarrollada por los romanos antes que por nosotros, y por qué habríamos de despreciar la noción ya existente sólo porque sea romana? Soy de la opinión de que este concepto, por ejemplo, nos ofrece el único medio posible para entender la estructura civilística de un *banco de giro*. Permítaseme desarrollar esta opinión en pocas palabras, ya que para mí es conocida, pero hasta ahora no ha sido expuesta en ningún lugar. El vínculo de los interesados en un banco ha sido descrito, entre otros, como un vínculo societario²⁴, pero esta concepción no me parece acertada. Para poder aplicarla, habría que violentar el concepto de sociedad y ensancharlo de tal manera, que apenas quedaría ya nada del original. El número de los interesados en el banco de giro y la suma de sus depósitos puede aumentarse sin el consentimiento de los supuestos socios. ¿Cómo encaja esto con el concepto de sociedad? En realidad, la finalidad del vínculo no está orientada a una *operación comunitaria*, porque cada operación individual se refiere siempre sólo a dos de los miembros y, por lo tanto, no afecta a la sociedad en su conjunto. La finalidad es totalmente alcanzable a través de un *haber* comunitario y la forma correspondiente para un mero *haber* comunitario (que no excluye una reducción o un aumento de las cuotas individuales a través de una cesión contractual) es la *copropiedad*²⁵. En este caso, el objeto de la copropiedad sería la provisión total de lingotes del banco. El que la ampliase con el depósito de un nuevo lingote, cedería la propiedad y recibiría por ello una cuota de la propiedad de la masa total, o bien, puesto que ésta se compone de barras individuales, una copropiedad de cada lingote que se correspondiese con la relación existente entre su depósito y la masa total (por ejemplo de 1 a 1000). La inscripción y la desinscripción en el banco no implican nada más que una reducción o un aumento de las cuotas individuales de la copropiedad, una enajenación entre copropietarios que, al ser todos poseedores de forma simultánea, no exige una tradición y, por lo tanto, puede ser realizada mediante un proceso puramente ideal (la mera inscripción o desinscripción). Además, por otra parte, otros copropietarios podrían realizar sus pagos entre sí. Ahora bien, al igual que si las provisiones de lingotes de diferentes propietarios se fundiesen entre sí –incluso sin su conocimiento y su voluntad– surgiría una copropiedad, también ocurriría lo mismo si un nuevo interesado llega sin conocimiento de los demás y, al entregar sus lingotes (por seguir con el ejemplo) confunde su metal con los del resto. El hecho de que en el banco de giro la declaración de voluntad del copropietario haya asumido una forma especial para la transferencia de su cuota o de una parte de la misma, así como el hecho de que los copropietarios no puedan realizar por sí mismos la reinscripción, sino que ésta (como toda la administración del banco) deba ser monitorizada por una diputación del banco, no altera en lo más mínimo la estructura civilística del vínculo. Todas las proposiciones jurídicas válidas en relación con el vínculo se explican de forma plenamente satisfactoria desde la perspectiva que acaba de ofrecerse, y sólo desde ella. ¿Qué importa si ésta está expresamente prevista en la ley o si, en caso de que no estar, se ha tomado prestada del derecho romano? ¿O acaso debemos

²³ Así se pronuncia Wilda en su ensayo sobre los bancos en el *Rechtslexikon*, vol. I, p. 592.

²⁴ Sobre la ley de la economía, véase mi *Espíritu del derecho romano*, III, 1, § 56.

²⁵ Es sabido que la copropiedad sin sociedad es posible, como también lo es la sociedad sin copropiedad. Sin embargo, según la l. 2 pr. Comm. Div. (10. 3) y la l. 25 § 16 fam. Erc. (10. 2) es dudoso que sea necesario presumir una sociedad para la constitución contractual de la copropiedad. La consecuencia va en contra de ello. En efecto, si el mero *haber* comunitario no constituye ningún vínculo societario, ¿cómo podría surgir éste si la voluntad de las partes está únicamente orientada a este *haber*? Esta consecuencia está reconocida también en la l. 31 pro socio (17. 2) y el banco de giro, precisamente, nos brinda un ejemplo apropiado de una voluntad que se orienta a un mero *haber*.

limitarnos a una simple *descripción* del vínculo²⁶, sin intentar dar una explicación jurídica del mismo?

En definitiva, lo que quiero decir es que la subsunción de una moderna relación jurídica bajo un punto de vista romano no es en absoluto reprobable por sí misma, y que la oposición sólo está justificada cuando se trata de impugnar una construcción errónea, a saber, cuando, por ejemplo, falta por completo la cobertura jurídica, o cuando ésta sólo puede llevarse a cabo de forma excesivamente forzada o artificiosa. Pero para pronunciar un juicio semejante, es necesario situarse en el punto de partida del derecho alemán *actual*, es decir, que no basta con que la relación tuviese una forma distinta en el derecho alemán *antiguo*. Por ejemplo, ¿en qué podría mejorar el análisis jurídico del concepto de autonomía del derecho *actual*²⁷ el hecho de que en épocas *pretéritas* fuera necesario para éste la idea de una autoridad legislativa? El testamento romano, tanto en forma como en materia, antiguamente era una *lex*, y algunas consecuencias de esta forma de concebirlo pervivieron hasta la época de los juristas clásicos; sin embargo, ¿a quién de éstos se le pasó por la cabeza que, sólo por ello, la testificación de su propia época tuviera que comprenderse bajo dichos parámetros? Del mismo modo, la ciencia actual tampoco puede ya aceptar un momento legislativo en lo que se refiere a la autonomía de los individuos particulares (miembros de la alta nobleza y de la caballería, antaño directamente dependiente del emperador), sino sólo un aumento de aquella autonomía que se le pueda adjudicar a todo ciudadano, a saber: el derecho de constituir relaciones jurídicas *concretas*, ya sean para personas presentes o futuras. Otro ejemplo: ¿en qué podría servir para la conceptualización actual de las cargas reales el hecho de que el antiguo derecho germánico hablara en éstas de una *Gewere*²⁸? Si ésta ha desaparecido ya del derecho contemporáneo, entonces ni se puede hacer uso de ella como medio de explicación *dogmático*, ni se puede poner en la balanza para explicar jurídicamente dicha institución a través de los conceptos que nos ofrece el derecho *actual*. Desde el punto de vista del derecho actual, la carga real aparece más bien como una consecuencia de la idea jurídica moderna – en la que me parece detectar un progreso decisivo frente al derecho romano– según la cual tanto las pretensiones activas (documento del titular) como las pasivas (cargas reales) pueden vincularse con una cosa de tal manera, que el titular coyuntural de la misma (ya sea poseedor o propietario) se convierte a la vez en el sujeto coyuntural de la pretensión (tanto si dicho sujeto ya existe como si –tal y como creo– sólo *surge* después de la presentación del documento o de la llegada de la fecha de vencimiento de la carga real)²⁹.

²⁶ Véase así, por ejemplo, Eichhorn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, §388; o Beseler, *System des deutschen Privatrechts*, § 218.

²⁷ Como, por ejemplo, lo ha intentado Gerber en el *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 37, pp. 35 y ss.

²⁸ N. del T.: la *Gewere* es una antigua institución de derecho germánico que carece de traducción a las lenguas latinas. De acuerdo con el derecho germánico, no existe separación entre el *corpus* y el *animus* en la posesión, es decir, entre la cosa que se posee y la intención de la persona que posee. La *Gewere* era así, por lo tanto, un concepto que aglutinaba la posesión, la propiedad y todos los demás derechos reales, de modo que comprendía cualquier relación entre una persona y una cosa que implicase una tutela jurídica.

²⁹ Como sospecho que pasará mucho tiempo antes de que pueda desarrollar más pormenorizadamente la opinión sobre los documentos del titular que acabo de enunciar en el texto, y como todavía no he podido convencerme de la incorrección de la misma, permítaseme exponer la sustancia de mi tesis en unas pocas palabras. En el documento sólo percibo el medio, jurídicamente asegurado, para la *constitución* de la obligación, no la obligación en sí misma. El titular del documento se halla en la misma situación jurídica respecto a la obligación, que el que ha prestado juramento respecto a la herencia. Ambos tienen el derecho (a través de la presentación o de la sucesión) de cobrarse la obligación o la herencia. Pero este derecho es transferible en el primer caso e intransferible en el segundo. Entre los romanos había un medio para hacer totalmente transferible la herencia testamentaria, colocando como heredero no a la persona deseada, sino a sus esclavos. Con los



Y ahora, por volver al anterior reproche de romanización, lo entiendo plenamente justificado en el sentido señalado, y no quiero dejar de decir que, en algunos casos en los que se ha producido, quizá haya sido con razón. Por ejemplo, cuando sostengo que el propósito de conceptualizar los documentos del titular desde la base del derecho de obligaciones romano –como Thöl ha intentado hacer recientemente³⁰– es imposible, no podría objetar nada si en este caso quisieran hablarnos de romanización. Pero de forma igualmente decidida debo protestar contra el hecho de que la tendencia a la construcción civilística, que está significativamente representada por Gerber y Thöl, sea calificada sin más con este apelativo. Porque, ¿qué otra cosa pretende esta orientación, si no es una configuración jurídica de la materia jurídica autóctona, una realización del método jurídico en el derecho alemán? Si se quiere llamar romanístico a este *método* porque históricamente apareció primero con los romanos, entonces la ciencia jurídica seguirá siendo romanizante mientras el mundo exista. No hay ningún otro método y, de igual manera que es irrelevante si el método matemático nos ha sido transmitido por los griegos o por los romanos, lo mismo debería importarnos respecto del método jurídico. La romanización real no es una consecuencia de este método, sino más bien un atentado contra éste, porque entra en colisión con la más alta ley del mismo: la investigación y el reconocimiento de la individualidad jurídica de la relación a construir. En esa mal llamada romanización reside todo el futuro científico del derecho alemán, y no existe ningún medio más seguro para emanciparnos del derecho romano que precisamente éste. En el mismo grado en que seamos capaces de utilizar este medio, crecerá la fuerza de atracción jurídica del derecho alemán y se reducirá la preponderancia del romano. Tan sólo se trata de conceder la misma atención al sentido jurídico y las necesidades del derecho alemán, que la que ya se presta en la actualidad a una parte del mismo: el derecho cambiario. Éste es el único camino real para quebrar moralmente la sobreabundancia del derecho romano, mientras que todas las apelaciones al sentimiento nacional quedarán sin efecto, en tanto en cuanto el jurista siga reclamando alimentos *jurídicos* y no se conforme con la mera materia jurídica bruta o con la historia del derecho. Arrebatarse al propio derecho romano las armas para combatirlo, éste es el verdadero camino para la liberación; de manera que, a mi modo de ver, el lema de nuestra ciencia jurídica podría condensarse así: *a través del derecho romano, pero más allá del derecho romano*. Éste habrá de ser también el emblema de nuestra revista; en él se

esclavos, el propietario podía transferir el derecho de recibir la herencia a cualquier otro. El propietario coyuntural de los esclavos era la persona jurada coyuntural, y no conozco ninguna relación del derecho romano que nos brinde un equivalente mejor para nuestra figura del documento del titular. En ambos casos se trata de una potestad transferible concedida al titular a través de una cosa (el esclavo, el documento) que ofrece el derecho de *constituir* una determinada relación jurídica con carácter discrecional y en cualquier momento. La cuestión de si se presume que existe una obligación antes de la presentación, prácticamente no tiene importancia, al menos hasta donde yo veo. En efecto, si el titular eleva su pretensión frente al deudor, entonces la obligación nace de inmediato. En cambio, ésta no hace falta antes porque, para vender el documento, empeñarlo o, si es posible, reivindicarlo, la presunción de una obligación previamente existente no es en absoluto necesaria. Del mismo modo que, cuando el propietario del esclavo de la relación anterior reivindicaba al esclavo, no estaba reclamando jurídicamente la *herencia* –pero esta vindicación se la aseguraba inadvertidamente, a través del derecho a la herencia– tampoco podemos percibir una vindicación de la obligación, desde el punto de vista *jurídico*, en la vindicación del documento del titular. La única diferencia de ambas relaciones, que no compromete su comparabilidad, reside en que la posibilidad de ganancia está vinculada a la *propiedad*, en el primer caso, y a la *titularidad* en el segundo. La amortización del documento del titular aparece así como una restitución frente a la pérdida de una posibilidad de ganancia (Analogía en el derecho romano: *transmissio hereditatis ex capite restitutionis in integrum*). La fecha de la prenda que se haya constituido como garantía de la obligación (papeleta de empeño) no es el día de la presentación del documento, sino el día de la libranza, lo cual no representa ninguna dificultad, según los principios del derecho alemán, que admite la cláusula de una hipoteca *in personam incertam*.

³⁰ *Handelsrecht*, vol. I, 3ª ed., § 54 y siguientes.

han puesto de acuerdo los dos editores y, en consecuencia, le damos una calurosa bienvenida a todo aquél que quiera trabajar con nosotros en esa dirección.

Hasta ahora he tratado de indicar la senda por la que nuestra revista pretende internarse, tanto para el derecho romano como para el alemán. Esta senda ya nos ha sido dibujada por otros; el tiempo apremia cada vez más para entrar en ella, y precisamente en esto basamos nuestra esperanza de que nuestro propósito sea visto como oportuno. Por supuesto, el objetivo en sí está todavía enormemente lejos. Cuanto más nos persuadimos de esto, menos disimulamos que nuestra revista, en el mejor de los casos, sólo promoverá el trabajo en una pequeña parte, y más inclinados nos sentimos a pedir a los lectores que acepten nuestra empresa con indulgencia. Del mismo modo, les rogamos que consideren el presente escrito introductorio, con el que la lanzo al mundo, no como un baremo con el que hayan de medirse nuestras *aportaciones*, sino como un *programa* del que deberán extraerse nuestras *aspiraciones*.





Recensión

Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional

Ermanno Vitale,

(2012) Trotta, Madrid, 136 pp.

Ricardo Cueva

Universidad Carlos III de Madrid

rcueva@der-pu.uc3m.es

Notas para una presentación

Cuando a uno le ofrecen la posibilidad de presentar y comentar al tiempo la obra recién editada de un autor tan relevante en el campo de la Filosofía Política como ocurre en el caso de Ermanno Vitale, enseguida le asaltan las dudas de si va a poder enfrentarse con éxito a tal cometido. En cualquier caso, *Defenderse del poder* supone un enfoque original digno de la mayor atención y no he podido “resistirme” a hablar de la “resistencia”.

Vitale pretende realizar un estudio que tiene como telón de fondo la coyuntura específica de retroceso actual de numerosas conquistas sociales, jurídicas y políticas. Otros quizás puedan ignorar las fisuras de todo un modelo, el de la posguerra europea, o esconderlas bajo el atisbo de una crisis económica que, por ser mundial, nos atañería sólo en un ámbito muy acotado y en el que intervendrían los correspondientes “especialistas económicos”; pero tal postura no resulta ser la opinión del autor italiano, para quien la intervención política guarda grandísima relevancia y que entiende que la ciudadanía debe mantener un papel activo en la toma de decisiones colectivas, sin confiar en presuntos tecnócratas que puedan curar una enfermedad de posible tratamiento “científico”. En su “Introducción” deja bien claras las preguntas que va a intentar contestar: “qué es” la resistencia, su “porqué”, “frente a quién o frente a qué” se ejerce, “cómo se puede o se debe resistir” y “quién resiste” (Vitale, 2012: 13-15). En este sentido, su preocupación principal gira sobre la resistencia colectiva, interesándole mucho menos la individual (*Ibíd.*: 15-17). Con esta ambiciosa declaración de intenciones, Vitale muestra su interés en buscar modelos que permitan “vigilar la democracia constitucional y defenderla” o emprender “batallas civiles en nombre del constitucionalismo moderno” (*Ibíd.*: 16). Queda, pues, bastante claro, que el autor no habla de una resistencia cualquiera, sino de una que se halle fuertemente comprometida con el mantenimiento de la democracia constitucional, es decir, a diferencia de la idea de *multitudo* manejada por Negri y otros, sosteniendo un orden constituido por el pueblo que luego se sometería a sus propias reglas previas. Así, nos dice, “el término se utiliza de manera más apropiada cuando hacemos

referencia a la oposición de quien, a pesar de encontrarse al margen o fuera de la legalidad, busca sin embargo la conservación de instituciones y ordenamientos que están en peligro de ser modificados, subvertidos, o que, de hecho, ya lo han sido, violando con ello normas consideradas como fundamentales o de un rango superior respecto a la autoridad y competencia de que dispone quien actúa en tal sentido; normas cuya abolición o modificación se considera injustificada porque son atribuidas a la divinidad, a la naturaleza o a costumbres ancestrales. O incluso, cuando dichas normas están justificadas a través del pacto social, consensuado entre los contrayentes, pero siempre y cuando se trate de principios o normas consideradas como fundamentales, aunque convencionales, positivas, como las que han sido probadas a partir de las constituciones del siglo XVIII”.

En este sentido, y a continuación, Vitale diferencia revolución de resistencia: esta última, “en su significado específico, tiene como objetivo corregir, enmendar y restablecer el orden constituido que se ha alejado de sus principios, que ha desarrollado en su interior patologías degenerativas, pero que es considerado fundamentalmente legítimo”; la revolución, en cambio, “pretende establecer un orden nuevo, una nueva legitimidad, considerando que el poder constituido contra el que lucha es esencial e irremediamente injusto” (*Ibid.*: 25). Para Vitale, en torno a tal asunto no cabe dudar que “el Estado democrático de Derecho es la mejor propuesta normativa, el mejor de los regímenes políticos posibles”. En consecuencia, “la materialización de las democracias constitucionales, sin duda ampliamente imperfecta, debilita y vacía de sentido la idea de revolución pero no así la de resistencia constitucional que se activaría si y sólo si la ocupación y la corrupción sistemática de las instituciones políticas, especialmente de las instituciones de garantía, por parte de una mayoría en el gobierno, las haga parciales y poco fiables, convirtiendo así las normas de la democracia en una apariencia de democracia”. Por añadidura, y esto también quiere dejarlo claro Vitale apoyándose en Bobbio, la revolución no tiene por qué ser violenta o repentina (*Ibid.*: 26), aunque, frente a la reforma, sea por su propia naturaleza ilegal.

¿Ocurre lo mismo con el ejercicio del derecho de resistencia? ¿Qué parentesco guarda con la desobediencia civil? Esta última sería “una forma de protesta, individual y colectiva, de tendencia no violenta pero ilegal, que busca hacer presión a quien detenta el poder político con el fin de que modifique una o más decisiones o normas que se considera injustas, bien porque son contrarias a las normas superiores de la conciencia, bien porque están en contradicción con los principios constitucionales del ordenamiento jurídico del que forman parte”. La resistencia constitucional se distinguiría así de la desobediencia civil no por el medio, sino por el motivo y los fines (*Ibid.*: 28). En cuanto a las semejanzas, la resistencia constitucional sería “aquella forma de desobediencia civil en la que toda la atención se concentra en la ‘norma de cambio’ de un ordenamiento, y en particular de los ordenamientos de las democracias parlamentarias” (*Ibid.*: 29). En este sentido, el conservador de la Constitución debe distinguirse también del conservador político, teniendo el primero “como objetivo la defensa de los principios y las normas constitucionales cuando considera que estas se encuentran seriamente amenazadas o subvertidas, no solo por una evidente abrogación sino también con formas debilitadoras o desgastadoras que perjudican su íntegra actuación en el ordenamiento jurídico o en la realidad social” (*Ibid.*: 32). A su vez, y más allá del conservadurismo político, estaría la contrarrevolución, e incluso la reacción, diferentes a su vez (*Ibid.*: 33).

Tras todas estas divisiones conceptuales, Vitale se dirige a uno de los fenómenos que cobijan la corrupción (*Ibid.*: 34) del sistema democrático. Al respecto, asevera que “las nuevas formas de absolutismo ya no tienen una



dimensión estrictamente política, sino patrimonial. El absolutismo patrimonial se manifiesta bajo la apariencia de la con-fusión de los poderes sociales, en particular de la imbricación entre el poder económico y el poder ideológico que, lejos de “desmonopolizarse para distribuirse en una sociedad civil plural, vuelven a concentrarse, o nunca han dejado de estarlo” [“oligarquía” (*Ibíd.*: 39)]. Así, la participación ciudadana ya no es ni directa, ni eficaz, ni libre. La resistencia actual, ante la mencionada situación, sería la de tender a derrocar no cierta forma del Estado, sino “una determinada forma de sociedad”. Asimismo, la resistencia hoy no se consideraría en “términos de licitud moral o de derecho, sino esencialmente en términos políticos, de pura oportunidad y eficacia, en definitiva, de fuerza” (*Ibíd.*: 40). En relación con ella, resulta preferible, y aquí de nuevo siguiendo a Bobbio, buscar medios no fundamentados en la “violencia estructural”, es decir, métodos pacíficos (*Ibíd.*: 41). Para Passerin d'Entreves, por otra parte, la cuestión de la legitimidad es axiológica, pues basaría la resistencia en cuestiones de valor y no de hecho (*Ibíd.*: 41-42).

Esto conduce a su vez a Vitale a reflexionar sobre el derecho de resistencia. En primer lugar, con carácter histórico y luego conceptualmente. La corriente tradicional ha entendido que una Constitución que tenga “como objetivo limitar al poder político, previendo las normas y los instrumentos jurídicos” no puede dar cabida a artículo o párrafo alguno que “haga legal una resistencia *extra ordinem*”, sea violenta o pacífica, al menos en teoría (*Ibíd.* 49). Las constituciones modernas incorporan el juicio de constitucionalidad de las leyes y los procedimientos agravados de reforma como mecanismos de preservación (*Ibíd.*). Ferrajoli apunta a que resulta legítima la resistencia cuando las funciones y las instituciones de garantía secundaria no son practicables y accesibles de un modo normal” (*Ibíd.*: 52), pero rechaza su constitucionalización, por ser asunto que cae fuera de la órbita del Derecho (*Ibíd.*: 54). Sin embargo, Vitale entiende que es posible que determinado partido o coalición política tenga una intención abierta de violar la constitución mediante ciertos mecanismos, ello parece factible, así que no resultaría absurdo introducir tal tipo de precepto en las Cartas Constitucionales (*Ibíd.*: 49-50), considerando al menos un sentido prescriptivo y pedagógico de tal cláusula (*Ibíd.*: 57).

La siguiente vuelta de tuerca realizada por Vitale se refiere a los *mass media*. Recogiendo la idea de que suponen anclajes ideológicos sólidos y que han venido a sustituir en importancia a otros más antiguos, como la Universidad o la iglesia, se pregunta “si también las formas de resistencia y de desobediencia civil colectiva no corren el riesgo de convertirse en fenómenos marginales, en conductas meramente demostrativas realizadas por unas minorías ilustradas, numéricamente insignificantes y por ello escasamente incisivas, susceptibles de sucumbir a las leyes no escritas de la manipulación de consenso, a las técnicas de la propaganda” (*Ibíd.*: 71). “La llamada contra-información exige como presupuesto la existencia de, al menos, una minoría significativa de individuos que considera importante adoptar las decisiones colectivas después de un proceso de deliberación pública, en vez de hacerlo de manera emotiva o imitativa, por la vía de la mera asociación de imágenes, como la mayoría de los medios de comunicación de masas nos invitan a hacer” (*Ibíd.*: 72).

Así como Bobbio venía a proponer una separación entre poder económico, ideológico y político, en la cual el principal era el primero (*Ibíd.*: 65-66), el autor de *Defenderse del poder* señala que existe una nueva jerarquía en la que el mercado global determinaría las decisiones políticas más importantes, con apoyo de la

hegemonía en los *mass media* (*Ibíd.*: 87). Contra esa mercantilización es frente a la cual Vitale va a lanzar sus siguientes dardos, sosteniendo que la resistencia a esta coalición puede apoyarse en dos líneas teóricas que él considera relevantes (*Ibíd.*: 108).

La primera es la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales de Ferrajoli. Mientras que estos últimos serían inderogables, universales e indisponibles, los patrimoniales no gozarían de tales características, tal y como, por ejemplo, señala la Constitución italiana (*Ibíd.*: 77). Los bienes fundamentales incluirían los personalísimos, los comunes y los sociales, y operarían al margen de la lógica del mercado (*Ibíd.*: 78). En consecuencia, y según el esquema ferrajoliano, urgiría un constitucionalismo de derecho privado, que corrija las asimetrías de poder originadas por los grandes actores económicos y engendre una alternativa a decisiones orientadas sólo por la ganancia y la eficiencia (*Ibíd.*: 100).

La segunda línea de combate de la resistencia sería la propuesta antiutilitarista o decrecionista, complementaria de la anterior en el sentido de que evitaría su deriva burocrática (*Ibíd.*: 102). La donación supondría un sistema de intercambio alternativo a la compraventa y que en realidad ha sido muy habitual en la Historia, una “comunidad (*cum munus*), que se funda sobre la confianza en la reciprocidad de intercambios personalizados y diferidos pero no contractuales, y por ello no garantizados por el derecho” (*Ibíd.*: 92-96). Pese a sus eminentes fallas, como la dificultad de su propagación a países subdesarrollados (*Ibíd.*: 107) o su falta de respuesta a los interrogantes planteados por la eliminación que defiende de la división del trabajo, el decrecionismo sería el segundo eje desde el que abordar la resistencia constitucional al poder económico (*Ibíd.*: 108), mediante su recuperación de “la sobriedad de comportamientos individuales y colectivos” y de la donación “en las mentes de los hombres y en las dinámicas sociales” (*Ibíd.*: 109). Por añadidura, todo esto no supondría abandonar la modernidad, sino recobrar la seguridad de la auto-conservación en el más esencial sentido hobbesiano (*Ibíd.*).

En cuanto a los métodos para vehicular la resistencia, Vitale profundiza en la Historia de las Ideas, y concretamente se ampara en la perspectiva de los monarcómacos y Althusius para sostener, frente a la apelación a los cielos de Locke, una resistencia de carácter “gradual y proporcional, organizada contra la tiranía por ejercicio” (*Ibíd.*: 116). Asimismo, la noción de pueblo que manejaba el inglés no le parece a Vitale nada clara (*Ibíd.*: 118), mientras que piensa que Althusius en cambio se refiere no a un colectivo exasperado, sino a otro “que toma conciencia de la tiranía a través de un proceso público capaz de hacerla evidente mediante argumentos y que ha sido instruida por magistrados inferiores o por algunos de ellos” (*Ibíd.*: 119). Para este enfoque es necesario, antes de pasar a algún tipo de actuación violenta, comprobar que las instituciones no se van a enmendar por sí solas (*Ibíd.*: 120). Esta idea y la de un único uso legítimo de las armas cuando se permite por sujetos políticamente responsables y dotados de autoridad, junto con la proporcionalidad y graduación, le parecen a Vitale sostenibles y acordes con su propuesta de resistencia constitucional (*Ibíd.*). En cuanto a Thoreau y su desobediencia civil, el autor manifiesta que, pese a su iusnaturalismo y solipsismo, su renuncia a la violencia, que supone una responsabilidad en la argumentación, así como la publicidad de las razones para no acatar el Derecho, resultan totalmente coherentes de nuevo con la resistencia al poder (*Ibíd.*: 122). Una acción que Vitale no cree que pueda ser armada, por resultar contraproducente o estéril ofrecer al poder el pretexto para mostrarse en todo su autoritarismo (*Ibíd.*: 127). Por el contrario, los métodos de resistencia pacíficos servirían mejor para desenmascarar los mecanismos represivos de aquéllos opresores (*Ibíd.*: 128). Esta



conclusión orientaría a su vez al resistente hacia Gandhi, a excepción de que la fuerza de la verdad debería quedar sustituida por la fuerza de la Constitución (*Ibíd.*: 131), alejándose de la persecución de una presunta verdad trascendente o dogmática, y acercándose en cambio a esas cartas donde “se encuentran diseñados los principios y las normas que representan el punto más elevado del progreso moral y civil que la humanidad haya logrado traducir en derecho positivo hasta nuestros días” (*Ibíd.*: 132). Esta sería la vía adecuada por la que huir de la garra de las “autocracias electivas” (*Ibíd.*: 134).

El trabajo de Vitale me parece, sin duda, valiente y crítico, muy arrojado en los tiempos que corren. Pero no quiero eludir, aunque parezca algo arrogante, algunos comentarios que se me han ocurrido al hilo de la lectura de *Defenderse del poder* y que a veces no son coincidentes con la perspectiva del autor.

En primer término, creo que el diagnóstico sobre los males de una sociedad como la nuestra es bastante real. El poder económico domina el ámbito ideológico pergeñado por los *mass media*, controlando asimismo el comportamiento de los gobiernos y representantes políticos. No tengo muy claro, sin embargo, que esto suponga novedad alguna; más bien que a medida que a las grandes corporaciones y a la banca le ha hecho más difícil maniobrar realizando concesiones, han invadido cada vez más el ámbito político y las áreas de decisión, merced también a mecanismos corruptores de distinta índole y cuyos efectos bien conocemos en el país de Vitale y en el nuestro, y siempre orientados a conseguir rentas de posición. Tampoco lo ha sido la existencia de la contrainformación: ya desde los años sesenta se ha podido hablar de una “contracultura” dispuesta a enfrentarse al discurso oficial. Ha existido siempre ese grupo pequeño al que Vitale se refiere y que sobreviviendo en catacumbas, cafés, estaciones piratas, comunas, ediciones *underground* o pequeños seminarios en las Universidades, se ha negado a aceptar las consignas habituales de los *mass media*. El que antes se etiquetaran de situacionistas y hoy se denominen *hackers*, por poner algún ejemplo, no varía el hecho de que los fenómenos de respuesta a la cultura oficial de los medios siempre han existido desde que estos nacieron; otra cosa es que a veces sean acallados con mayor o menor frecuencia o incluso absorbidos por la industria del entretenimiento. El gran problema con el que se encuentran los portavoces del discurso oficial, sin embargo, es que ahora cuentan con un rival que se atrinchera en un espacio en el que no puede haber cuotas de mercado y que se llama Internet.

Por añadidura, tampoco entiendo muy bien por qué Vitale señala que los trabajadores no saben muy bien hoy en día dónde se halla su “patrón” (*Ibíd.*: 73); pienso que, aun siendo cierto que se ha producido una sofisticación de las formas de dirección empresarial, las personas que componen el estrato superior de nuestras sociedades tiene nombres y apellidos e ignorarlo sólo ayuda a ocultar su existencia. Igual que los tiene el trabajador despedido por negarse a aceptar ciertas medidas que vayan contra su intimidad o su seguridad en el puesto laboral, el detenido por asistir a una de las manifestaciones denominadas “ilegales” o el periodista acosado por redes mafiosas. Distinto es cuál sea la visibilidad de unos y otros. Quizás debiéramos preguntarnos, en este sentido, qué sabemos realmente sobre las personas que tienen el poder económico en nuestro país; si no se trata de demasiado poco, si no se protegen a través de testaferros o mensajeros tan a menudo que les perdemos el rastro. La minusvaloración de Vitale del tradicional movimiento obrero creo que no se justifica y, sinceramente, me parece una frivolidad lo que asevera cuando dice que “las huelgas o la negociación de los convenios colectivos se traducen en simples reordenamientos funcionales del mercado” (*Ibíd.*:

74). Ni a artistas, lasallistas, marxistas, socialistas o anarquistas se les pasó nunca por la cabeza que el aumento de bienestar de los trabajadores fuera una cosa trivial, y tampoco se me ocurre que pueda ser sostenible lo contrario si advertimos que todo empresario desea tener el menor número de sindicalistas y comités de empresa en el lugar de trabajo. Argumentar que el enfrentamiento entre trabajador y empresario ha tomado nuevos tintes no significa que haya sido abolido ni que tenga escasa importancia. Ni mucho menos que resulte rechazable su propia existencia, aun basándonos en la tecnología y el estado de los conocimientos actuales. Pero veamos a donde traslada entonces Vitale el campo de la lucha que él mismo denomina “resistencia”.

En primer lugar, su preocupación esencial parte de la defensa de una Constitución ya instaurada. En el libro se olvida prácticamente del todo de una posible construcción europea, o incluso de la posible aparición de nuevas naciones en el continente; en general de todo un proceso que puede transformar el rostro de nuestros tradicionales patrones jurídico-políticos, basados todos ellos en la institución estatal. Su interés, y las alusiones son principalmente a la realidad italiana, es el de conservar cierta situación constitucional bajo amenaza. Creo que, al margen de que las Constituciones de la posguerra europea hayan sido una muestra de avance indudable, hacerlas cargar con el peso de los acontecimientos, que son, al fin y al cabo, políticos, y no jurídicos, supone atribuirles una tarea imposible. Así, no dejan de partir de una coyuntura histórica determinada y de enfrentarse a una aporía por todos conocida. Se supone que representan un acuerdo constituyente popular, pero luego se cobijan, excepto en algunos casos, bajo cláusulas que imposibilitan su reforma por exigir requisitos de casi imposible cumplimiento: mayorías reforzadas y referéndums, aprobación de varios Parlamentos, etc. Perpetuar de esta manera la vigencia de una Constitución sobre sucesivas generaciones que no participaron en su aprobación no deja de ser escasamente democrático. ¿Hasta qué punto una Carta de aquella índole resulta legítima para ellas? En una situación de crisis como la señalada por Vitale, ¿por qué no abrir un nuevo proceso constituyente? ¿No resulta lo contrario caer en una suerte de fetichismo constitucional excesivo?

Pero el autor del libro prefiere hablar menos de voluntad popular, a la que se muestra reacio hasta el punto de buscar algún portavoz autorizado para la resistencia y que no nos aclara de dónde puede proceder, y más próximo a aludir a derechos que culminen una constitucionalización ferrajoliana. Esta postura, sin embargo, mal se compadece con el segundo eje de su propuesta global: el decrecionismo. Vitale expone que la sobriedad y la donación son vías adecuadas para resistirse a ese poder económico que es también ideológico. Pero tales actitudes resultan precisamente apelar muy poco a los derechos, y como él mismo subraya, menos aún a la solidaridad entre extraños habermasiana, pues suponen grupos muy reducidos. El ámbito de tal postura, según se podría desprender de un estudio más o menos exhaustivo de la corriente, nos conduciría a actitudes como el rechazo del consumo, el boicot a los productos de origen determinado o la abstinencia de utilizar medios tecnológicos como los teléfonos móviles o los aviones. En el área de la producción, de otro lado, Vitale lo identifica con la donación o contribución gratuita, y no por cierto con el cooperativismo que considera, creo que muy precipitadamente, poco menos que enterrado (*Ibid.*: 104). La sobrevaloración de esta tendencia económica creo que es evidente. Contando con escasos seguidores, y casi todos ellos ubicados en Europa, sin embargo parte de diversos análisis que se han difundido con rapidez. Pero es fácil advertir su debilidad si examinamos algunos de sus puntos flacos. El decrecionismo se apoya principalmente en dos fundamentos, a saber:



1) La idea de que no hay suficientes recursos para toda la población y su modo de vida. Se asevera así que las fuentes de energía y materias primas son limitadas y que cuanto más rápido se dilapidan, antes se disiparán.

2) La segunda premisa sería la de que el incremento desenfrenado en el consumo se debe a que los deseos son infinitos y no existe límite para ellos, factor con fuerza incrementada además por propio crecimiento demográfico.

En realidad, este tipo de ideas han calado en la sociedad y podrían augurar el nacimiento de autocracias “ecológicas” de uno u otro signo. Pero sus premisas resultan falsas. En primer lugar, la “falacia ricardiana” se basa en la variación de un sólo elemento del sistema, congelando todos los demás sin admitir que pueden cambiar también. Así, con respecto al crecimiento demográfico, ha quedado suficientemente comprobado que el crecimiento vegetativo y los hábitos reproductivos se basan en ciertas convenciones culturales, a su vez dirigidas hacia la moderación cuando existen ciertos patrones de desarrollo económico. Los neomalthusianos no parece que hayan advertido tal eventualidad, o al menos se empeñan en ignorarla, pese a que los estudios de Ehrlich fueran vaticinios refutados por el paso de las décadas.

Por otra parte, la noción de que los deseos son infinitos pretende escapar a la realidad de contextos diferentes y al hecho de que el consumo mantiene delimitaciones temporales y, también de nuevo, culturales. E incluso materiales: pensemos en que gran parte de nuestro ocio actual se desarrolla en escenarios de carácter virtual. Ignoro, con toda sinceridad, si desde posiciones verdaderamente progresistas resulta asumible aquel patrón antropológico del animal deseante, típico por otro lado del capitalismo tradicional.

Y es que el decrecionismo juega con una lógica de la escasez a la que, curiosamente, nos ha tenido muy acostumbrados ese capitalismo, con su correlativa ideología de defensa de los mercados a través del colonialismo, y cuya expresión más reaccionaria y cruel fue la del “espacio vital” reclamado por los nazis. Una cosa es creer que el sistema económico, tal y como funciona, nos puede conducir al precipicio, y otra pretender no llegar a él utilizando sus mismas premisas. En nuestra época existe un magma que pretende seguir inculcando en la ciudadanía el miedo a esa escasez suministrada: miedo a perder un puesto de trabajo porque nadie pueda ofrecernos otro para sustituirlo, miedo a que la situación empeore porque los emigrantes se agolpan a las puertas de nuestras fronteras, miedo a que no haya para todos ni siquiera lo que cubre nuestras necesidades mínimas. Así que entonces cabría preguntarse si es legítimo un repliegue a actitudes más o menos románticas según el modelo “amish”, como vía adecuada para no caminar hacia la destrucción, o si no habría que replantearse cuál es nuestro sistema productivo y en qué base reposa. Marx intentó levantar una alternativa, sosteniendo que el capitalismo frenaba la expansión de las fuerzas productivas. Quizás pecaba de optimista en cuanto a la forma política que daría cabida a tal solución, pero esto no significa que tengamos que dar por sentados los parámetros habitualmente adoptados. Las actuales economías de escala bajo centralización, la separación del hacer y el saber, reforzada por las patentes y su congelación de recursos, la concentración en grandes compañías de suministro energético del abastecimiento a poblaciones enteras, y otros muchos males de nuestro sistema económico puede que exijan una profunda revisión. Pero quizás precisamente tal cambio consista en liberar recursos y organizar de otra forma el trabajo y la producción, no en seguir la dinámica actual y en la parte trasera del vagón de cola. De ello depende también la

supervivencia de gran parte de la población mundial, para quien, evidentemente, y como parece reconocer el propio Vitale, no cabe aplicar recetas de retroceso y austeridad. A quienes pasan hambre o sufren miseria no se les pueden contar ciertas cosas de escasa verosimilitud, en su caso, porque además suponen una mentira mucho más cruel. Afortunadamente, no parece que vayan a admitirlas, porque ya nos observan a través de sus televisores y de sus visitas más o menos administradas a nuestros países.

Pero sobre todo, no acabo de ver la relación que guarda la postura decrecionista con la “resistencia” de la que habla Vitale en su libro. Una cosa es el testimonio y otra la resistencia efectiva. ¿No resulta algo raro que Vitale no conceda valor a la huelga y sí a las posturas, escasamente científicas y más bien “de conciencia”, individuales, de los decrecionistas? ¿Dónde está la mínima organización de una alternativa en cuanto a defensa de otro modelo social y económico? La resistencia a la que alude, recortada además en su ámbito merced a la restricción al campo no violento, y aunque no lo pretenda, se parece mucho a la reunión de voluntades individuales que se oponen a alguien para conservar algo. Con el fin de mantener un cúmulo de libertades que, sin duda, y en esto coincido con el autor italiano, es uno de nuestros mejores productos civilizatorios. Pero se echa de menos añadir algún combate que ponga verdaderamente en cuestión el núcleo de nuestro modelo socio-económico. Si se defiende la escasez material en este ámbito, no hay nada más que un paso a continuación para caer en la correspondiente reducción de los derechos ciudadanos. Y resulta algo dudoso, por cierto, que frente a esta última posibilidad sepamos cuándo fallan esas “instituciones secundarias de garantía” que Vitale tampoco acierta a indicarnos. Aunque quizás esto sea pedir demasiado a un trabajo por otra parte tan valeroso como lo es *Defenderse del poder*.





Recensión

Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional

**Ermanno Vitale,
(2012) Trotta, Madrid, 136 pp.**

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid
agreppi@der-pu.uc3m.es

Observaciones sobre Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional de Ermanno Vitale

284

“Cuando un Estado tiene una constitución en el sentido moderno del término —una ley fundamental que declara inalienables un conjunto de derechos de la persona y el ciudadano y predispone garantías para ellos mediante un sistema de pesos y contrapesos institucionales inspirados en el principio de la separación de poderes— entonces la resistencia para el restablecimiento de principios y normas constitucionales ampliamente incumplidos”, puede estar justificada (Vitale, 2012: 4).

Esta es la tesis central del libro de Ermanno, que no voy a criticar en esta ocasión, sencillamente porque la comparto. Tampoco voy a intentar defenderla con argumentos míos, apropiándome de ella: el libro se defiende solo. Lo que haré es hablar en sus márgenes, o en torno a él. Además de la tesis central, comparto con el libro, y con Ermanno, el interés por rescatar un tema tan *inactual* y *extravagante* como este. ¿Por qué dedicarse a *resistir*, en lugar de hacer otra cosa, como por ejemplo afinar los instrumentos teóricos del *mejor constitucionalismo*? Mi primer comentario será precisamente sobre las razones para la/s resistencia/s.

I

Han pasado varios años desde que Ermanno escribió este libro y eso es algo que no se le escapa al entorno de su trabajo. No es un secreto que estas páginas aluden —y en algún punto incluso explícitamente— a la lenta agonía de la situación política que se vive en Italia desde hace más de dos décadas. La resistencia o, mejor dicho, el retorno a la Resistencia —con mayúscula, en este caso— es el último recurso frente a la degradación social y cultural de la política italiana.

Obsérvese que no estoy diciendo que la idea de “resistencia constitucional” sea relevante únicamente en el entorno en que Ermanno la desarrolla, sino todo lo contrario. Cuando la ponemos en su contexto comprendemos que no es tan

descabellado llevarla a otros lugares, en los que a primera vista no se necesitan remedios tan extremos. Porque tan descabellado sería hablar de resistencia aquí y ahora, como hacerlo en Italia cuando Ermanno escribía estas páginas. Allí también la mención a la resistencia/Resistencia resultaba extemporánea, parecía no ser más que nostalgia de otros tiempos. Y más aun en estos días, tras el cambio de ciclo que ha tenido lugar en este último año, con la aparición de un nuevo gobierno *técnico*. La *inactualidad* de la “resistencia constitucional” es todavía más evidente que antes, si cabe.

¿Pero qué es lo que tiene de característico la propuesta de Ermanno, que permite extenderla a tiempos y lugares distintos? O, al revés, ¿qué es lo que tiene de tan extraño para que no encaje en ningún lado? La forma de resistencia que a él le interesa consiste en *hacer oposición* “a la eversión desde arriba”, al intento de “vaciamiento” y “debilitamiento” de las garantías, “que abre la vía a una flagrante contradicción entre principios y normas constitucionales”. A diferencia de lo que sucede en el caso de la desobediencia civil, esta peculiar forma de disidencia es que su “atención se centra fundamentalmente en las ‘reglas de cambio’ del ordenamiento” (*Ibíd.*: 13). Si algo funciona medianamente bien en nuestras democracias consolidadas, se dirá, es precisamente eso: las reglas de cambio.

Como ya he dicho, la idea de resistencia constitucional nace en referencia al caso italiano. Y es que desde mediados de los años 90, la política italiana había estado condicionada por la irrupción de una poderosa corriente de opinión —de la que Berlusconi no era más que la punta de lanza, como se está viendo ahora— con un programa muy concreto: formar una coalición de poder hegemónica, abiertamente clientelar y para-mafiosa, que lograra *ocupar transversalmente* los nódulos fundamentales del poder político, económico y mediático, sin distinción alguna, subvirtiendo todo atisbo de autonomía de las diferentes magistraturas del Estado, esto es, precisamente —y esto es lo que señala Ermanno— los mecanismos de producción normativa y, por tanto, de legitimación política.

El escenario ha cambiado, y consiguientemente el trasfondo en que se ejerce la resistencia. Aniquilado el fenómeno Berlusconi, ha quedado establecida la tesis según la cual un país que esté en una situación tan catastrófica como la italiana sólo puede ser gobernado por “técnicos”. Con esta solución, la recurrente anomalía italiana parece que está dejando de ser tal, y no porque el país se haya vuelto normal, sino porque ahora la anomalía se parece un poco más a la que existe en otros lugares. Vistas así las cosas, la *forma de eversión* a la que habría que oponer resistencia no consiste tanto —o sólo— en la ocupación de algo por alguien, sino que está relacionada con la dramática ausencia de algo que suele darse por descontado y que, sin embargo, no existe. Más claramente, el diagnóstico general sería este: el vaciamiento del proyecto constitucional no pasa solamente por *ocupación*, como por el *colapso* de los poderes representativos, por la autonomización de los sistemas encargados de asegurar los equilibrios funcionales, o con una fórmula amarga y paradójica, por la *institucionalización de la ingobernabilidad*.

Ermanno contestará enseguida que el objeto de la resistencia, *en un contexto como este*, sigue siendo la subversión de las “reglas de cambio” del orden jurídico y político, la *cláusula secreta* que introduce una mutación en las reglas del juego. Estoy de acuerdo. Pero entonces de lo que se trata, en un escenario tan indefinible y fluido como el que hoy tenemos, es de identificar los objetivos, esto es, las *ausencias* ante las que oponer resistencia.



II

La segunda cuestión en la que quería entretenerme arranca de la distinción entre resistencia constitucional y desobediencia civil. En el libro aparecen varias razones para distinguir entre estas dos figuras, aunque luego (creo que) no acaba de quedar claro si en realidad son dos especies de un mismo género o si una es una sub-especie de la otra. Al margen del problema puramente terminológico, la cuestión está en saber qué añade la resistencia constitucional, tal como Ermanno la identifica, a la desobediencia. O, en otros términos, la pregunta es por qué o para qué distinguirlas.

No tengo una opinión firme al respecto, pero me interesa particularmente el enfoque desde el que Ermanno se enfrenta a la cuestión de las *modalidades de la disidencia*. Se trata de situarlas históricamente, con el sencillo argumento de que según sean las articulaciones históricas de los poderes así serán también las articulaciones de los contra-poderes. Y esto tiene que ver, obviamente, con la cuestión de si, en este momento, necesitamos aventurarnos por la senda de la resistencia, o nos conviene más bien recorrer el más confortable camino de la desobediencia. Aunque, en relación con esto, el planteamiento de Ermanno bordea una dificultad teórica que me interesa poner en evidencia.

Tanto en la versión de d'Entrèves, como en la de Rawls, a las que alude el libro, la idea de desobediencia arrastra un inefable sabor iusnaturalista: el desobediente *apela lockeanamente al cielo* cuando el poder de los hombres se revela irreparablemente ilegítimo. Pero la solución de Ferrajoli, con su tesis acerca de la *primacía práctica* de la moral sobre el derecho, y con su inclinación emotivista, tampoco está tan lejos como parece, o lo suficientemente lejos, de ese mismo esquema argumental. La lógica de la desobediencia lleva al desobediente a *apelar al cielo*, para reclamar ante él la restitución del derecho violado; por su parte, el resistente constitucional no mira tan arriba y lo que hace es agarrarse a la interpretación correcta del pacto constituyente, denunciando una interpretación flagrantemente torcida del mismo. El problema es el mismo. En ambos casos, el desafío del disidente nos pone ante un auténtico dilema: o afirmamos que ha de prevalecer la interpretación —por así decir— verdadera, vista desde cualquiera de los dos puntos de vista enfrentados, o renunciamos por completo a pronunciarnos sobre la corrección de las interpretaciones e identificamos la legitimidad con la legalidad, esto es, con la voluntad de quien tenga en cada caso la última palabra.

En referencia a la ilustre saga de desobedientes iusnaturalistas, de Antígona en adelante, Ermanno escribe:

Las normas de la tradición y las leyes naturales [...] son ciertamente diferentes, pero comparten la idea de fondo de cierta 'naturalidad' de la producción del derecho, *bien* como hipostatización de un acontecimiento particular y mitológico que se convierte en una especie de segunda naturaleza [...], *bien* como creencia en una naturaleza originaria, entendida ésta como cosmos y no como caos [...] (*Ibid.*: 30).

Pero ¿qué ocurre con la resistencia (constitucional)? Si la desobediencia tiene un ingrediente iusnaturalista, ¿puede decirse que la resistencia cae del lado del iuspositivismo?, o, por el contrario, ¿cojea del mismo pie?

Quisiera eludir estas preguntas, porque creo que no aciertan a señalar lo más urgente. De hecho, me gustaría extender la desconfianza de Ermanno ante la desobediencia de matriz iusnaturalista a sus variantes típicamente positivistas, a la



posición de quienes dicen que la *razón para resistir* es la defensa de las convenciones básicas *inscritas* en el pacto constitucional, que un poder *desviado* incumple o ignora. Mi argumento sería que las formas más rígidas —¿o dogmáticas?— de convencionalismo tropiezan en la misma piedra que los iusnaturalistas, con quienes comparten una misma idea de fondo: piensan que el significado de las normas está *dado*, de una vez para siempre, al menos en su núcleo central, en la estipulación originaria. Que es —justo como decía el texto citado de Ermanno— una forma de *naturalización del significado*. El resistente convencionalista supone que existe algo parecido a un significado verdadero encerrado en algún lugar del texto o en la mente de quienes lo aceptan como base del pacto social. Por el contrario, frente a unos y otros, tiendo a pensar que el significado de la constitución es, siempre, un problema. Es más, creo incluso que no debería nunca dejar de ser un problema.

Desde este punto de vista, quiero leer el texto de Ermanno, y su reivindicación de la resistencia, como un alegato contra la *naturalización de los significados* (constitucionales). Frente a la autoridad semántica de los tribunales, filosóficamente ilustrados, de un lado, o de los pueblos, las mayorías o los individuos, de otro, creo que la lucha por el derecho se combate *en otro terreno distinto*, en el terreno de la producción de *lenguajes significativos*, donde se *ponen a prueba* las condiciones pragmáticas para la aceptación de significados controvertidos. Y ahí, en ese terreno, la práctica de la resistencia juega un papel insustituible.

III

Un último apunte. De nuevo por razones contingentes, creo que hay al menos un sentido en el que la resistencia no puede ser más que resistencia constitucional. O, al revés, que en nuestro tiempo no hay resistencia posible al margen del orden constitucional. Intentaré explicar brevemente cómo entiendo esta afirmación.

El obstáculo más obvio y más fuerte a las distintas formas de oposición organizada, como explica Ermanno en el capítulo tercero de su libro, está en la sistemática debilidad de la opinión pública: cualquier manifestación de desacuerdo que ponga en tela de juicio los equilibrios del orden social, por más que éste se encuentre muy por debajo de un cumplimiento razonablemente de sus propias promesas, está condenada a la marginalidad y, a la larga, al fracaso. No es ninguna novedad ver cómo las más sensatas reivindicaciones se pierden en las espirales de silencio que caracterizan a la comunicación de masas. En relación con esta cuestión, deja expresamente abierta la pregunta por las condiciones que han de darse para la formación de “espacios de resistencia” (*Ibid.*: 70). (De hecho, el lector encontrará en las páginas siguientes a esta cita un capítulo dedicado a los *contenidos* de la resistencia y uno a las técnicas: de lo que no se vuelve a hablar es de la formación de los sujetos que resisten).

Mi opinión es que la explicación de la sistemática debilidad de los públicos resistentes pasa, en nuestros días, por el análisis de la objetiva dificultad que encuentra el ciudadano para la tematización y problematización de sus propias necesidades e intereses. En un mundo crecientemente complejo, cada vez es más difícil llegar a saber lo que queremos. En relación con esto, creo compartir con Ermanno la desconfianza frente a los públicos dispersos, frente a la fuerza disruptiva de la multitud, frente a las explosiones de solidaridad espontánea en el ámbito público. La democracia es resistencia organizada, constitucionalizada: una arquitectura de mediaciones, un mecanismo de iteración discursiva, una herramienta



inigualable para la formación del juicio. Por eso lo primero son las reglas. La *resistencia conservadora* que nos interesa es, ante todo, lucha por la regularidad en los procesos de formación de la opinión y la voluntad.





Respuesta a Ricardo Cueva y Andrea Greppi

Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*

**Ermanno Vitale,
(2012) Trotta, Madrid, 136 pp.**

Ermanno Vitale

Università della Valle d'Aosta

e.vitale@univda.it

El síndrome de Hobbes

1. Quiero ante todo agradecer a José María Sauca la organización de un seminario a propósito de *Defenderse del poder*, y enseguida también a Andrea Greppi y a Ricardo Cueva que han tenido la paciencia de leer y comentar este último trabajo mío (que en realidad es ya el penúltimo: está a punto de salir en la editorial Laterza un pequeño volumen titulado *Contro i beni comuni. Una critica illiminista*, un título que parece hecho a posta para darle la razón a mi amigo Sauca, que me considera un incurable ilustrado... ¡algo que no dejo de tomar como un cumplido!).

Responderé brevemente, intentando sobre todo poner ejemplos que puedan aclarar los puntos difíciles y las afirmaciones algo sibilinas que aparecen en algunos puntos de mi libro, y que los comentaristas no han pasado por alto. Intentaré responder además, de memoria, a las indicaciones que surgieron en el intenso debate que siguió a las exposiciones programadas. Me perdonarán los demás comentaristas que no les responda citándoles literalmente, por no entrar en diatribas histórico-hermenéuticas sobre algún detalle del libro o de sus observaciones. Como las críticas apuntan a problemas importantes, me gustaría entrar directamente en la cuestión misma, aunque sea por alusiones, sin la pretensión de tener la última palabra, sino más bien cooperando con los demás en la búsqueda del mejor argumento.

Pero ante debería explicar el título que he dado a esta respuesta, “el síndrome de Hobbes”. Uso esta expresión no tanto (o no solo...) porque haya cedido a la vanidad y crea que puede establecerse algún paralelismo con una de las mentes más lúcidas que hayan existido jamás en la historia de la cultura occidental, sino porque desde el momento en que publiqué este pequeño volumen mi pensamiento vuelve con frecuencia a una reseña de Bobbio al libro de John Bowle, *Hobbes and His Critics*, cuya tesis era la siguiente: durante mucho tiempo Hobbes fue visto con desconfianza tanto desde la derecha como desde la izquierda —esto es, tanto por los absolutistas que fundaban el poder absoluto del rey sobre el

* Traducido del italiano por Andrea Greppi

derecho divino y no sobre el consenso desde abajo, como por los antiabsolutistas, que constataban cómo el pensamiento hobbesiano acababa llevando a una defensa del poder absoluto.

Como bien observa Greppi, mi situación —*si parva licet*— parece en cierta forma análoga: el libro les resulta “subversivo” a los partidarios de la legalidad constituida, y “conservador” de esa misma legalidad a los espíritus rebeldes, a los indignados, a quienes presienten “la insurrección que vendrá”, y obviamente desean. Demasiado y demasiado poco, en definitiva. Y no porque el libro persiga un compromiso, alguna forma de tercera vía, sino porque parece apostar por una especie de revolución inevitablemente incompleta, que no puede realizarse por entero en el contexto de una sociedad capitalista; porque parece indicar como meta algo que ya existe —las constituciones inspiradas en el constitucionalismo de los derechos— pero que, al mismo tiempo, *pour cause* nunca ha llegado a existir completamente, de manera que se nos antoja como un recorrido que no lleva a ninguna parte y que, en todo caso, es demasiado poco ilusionante.

No tardé en darme cuenta de esto cuando, a mediados de 2010, una radio cercana a los centros sociales, que había mostrado un gran entusiasmo por mi anterior libro sobre las figuras de los migrantes y su trágica condición humana, se dirigió a mí para decirme que me iba a entrevistar “por amistad” y sin ninguna convicción. Las objeciones de la entrevistadora —lo recuerdo bien— fueron aproximadamente las mismas que han vuelto a aparecer siempre que se ha abierto el debate sobre este libro, tanto en Italia como en el extranjero. Entendí que un libro que me parecía incómodo para la derecha también lo era para la izquierda, y no solamente para la izquierda radical, la que no veía en él una revolución al alcance de la mano. También para la izquierda reformista e “institucional”, la que presta en sus programas y, sobre todo, en sus comportamientos políticos efectivos mucha menos atención a la igualdad y los derechos de la que yo desearía, la fórmula de la “resistencia constitucional” le resultaba discordante y no políticamente correcta. En el fondo, sentían que se les había colocado en la diana, y efectivamente así era, en vista de que la sociedad fundada en los principios del neoliberalismo que ellos habían contribuido a edificar se había alejado demasiado del modelo del constitucionalismo de los derechos contenido en las constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX, en las que aparentemente se inspiraba.

Finalmente, comprendí que se trataba de un libro incómodo incluso para los propios partidarios del decrecimiento: en el fondo, su propuesta quedaba enmarcada en un contexto en el que se convertía en una pieza más de un mosaico más complejo, perdiendo centralidad y visibilidad. Además, los teóricos del decrecimiento eran objeto de críticas y preguntas comprometidas. Si se quiere decir así, este libro es una pequeña prueba añadida —por si aún hiciera falta— de que la lección milliana de *On Liberty* está todavía lejos de haber sido entendida y practicada. Quienes *uti singulus* vienen a poner en duda una *Weltanschauung* cualquiera, tanto si es política, social o éticamente mayoritaria, como si es minoritaria, al final acaban resultando molestos. *En tiempos se hubiera dicho “versos sueltos”, una expresión que refleja bien la idea de que no conviene llevar la propia libertad más allá de las pautas de la rima, en este caso, con una afiliación ideológica reconocible.*

Así pues, no tardé en resignarme —y, con el tiempo, lo confieso, acabé incluso tomándole cariño— a la idea de que este era un libro así, intempestivo y extravagante respecto al *what’s going on* de la agenda política y cultural italiana, y no solo. Razón de más para mostrar mi agradecimiento a las pocas personas que lo

han considerado como digno de atención, tanto el editor italiano como el español, así como los amigos que me han invitado a entablar un debate público en torno a él.

2. Paso ahora a responder de manera puntual a las observaciones (que considero) más importantes, gracias también al hecho de que un eficaz resumen de los contenidos del mismo aparece ya en las primeras páginas del comentario de Ricardo, lo cual me permite ahorrarme buena parte del trabajo. Me referiré primero a sus críticas y dedicaré el tercer y último apartado a las observaciones de Andrea.

La primera cuestión se refiere a la relación entre poder político, económico e ideológico (mediático). Ciertamente, como observa Ricardo, no es ninguna novedad que los tres poderes vayan de la mano. Pero una cosa es que vayan de la mano, y otra distinta que se concentren en las mismas personas o instituciones, haciendo saltar por los aires la separación de poderes que es el núcleo mismo del pensamiento liberal, incluso del más contaminado por el socialismo y el comunitarismo (¿recordáis a Michael Walzer?), y del constitucionalismo. Que el presidente o primer ministro sea al mismo tiempo propietario de una gran empresa en el campo de las telecomunicaciones, reuniendo así en sus manos, sin mediación alguna, más que de fachada, los tres poderes sociales, es indiscutiblemente una (pésima) novedad. Además de esta evidencia, hay que evitar la tentación de caer en una especie de ontología del poder. El poder ha sido y será siempre así, una suma de dinero, influencia ideológica y capacidad coactiva. Sin duda. Pero la mezcla, las proporciones y las normas explícitas e implícitas que regulan sus relaciones son las que hacen la diferencia.

No particularmente relevantes me parecen las observaciones que siguen a la anterior en el comentario de Ricardo. La cultura *underground*, subterránea, --- *mancano le catacombe... ma non c'è la parola*--- a menudo no pasa de ser marginal y, en ciertos aspectos, resulta a su pesar funcional al poder mismo, pero en algunas ocasiones es el lugar de incubación del futuro (recuérdese, por ejemplo, los orígenes del cristianismo en las catacumbas). Mirarla, por principio, por encima del hombro significa quedar prisioneros del presente, ser incapaces de pensar un mundo distinto al que nos es dado. En los lugares en que se genera y se practica, a menudo aparecen —aunque de manera confusa y caótica— formas de resistencia al capitalismo. Por ejemplo, en la red de las casas ocupadas se experimentan modos de vida ecológicamente compatibles y, al mismo tiempo, incompatibles con la lógica del beneficio y de la sacralidad de la propiedad privada. Y, desde el punto de vista de la teoría, lo más importante no es dónde y cuántos son quienes reflexionan sobre y practican modelos alternativos de sociedad, sino la calidad de las indicaciones que en su caso sepan dar. De lo contrario, de nuevo, volveríamos a quedar encarcelados en lo existente.

Por el contrario, preferiría ser más cauto sobre internet como lugar y medio taumatúrgico para los males de la democracia, como lugar de la transparencia, de la participación y la horizontalidad en las relaciones entre individuos. De un lado, la red sigue encontrándose en buena medida bajo el dominio de las grandes *corporations*, como cualquier otro sector; de otro, la ausencia de filtros la convierte en el reino más clásico de la simulación y la disimulación, de la demasiada información que se convierte en desinformación, y así sucesivamente. Si ha llegado a convertirse en un lugar común acusar de cobardía a quienes critican (o difaman) escondiéndose tras la red, por alguna razón será...

Decir que no se conoce con exactitud la “entidad” de cuyas decisiones depende el futuro económico de cada uno es quizá una afirmación banal, pero no por ello falsa. Puede pasar por ejemplo que el fondo de pensiones del que depende



total o parcialmente tu pensión tome decisiones —para preservar el valor del fondo y, por tanto, tu propia pensión— que acaban provocando tu despido. Tendrás así una pensión mejor, pero no llegarás a cobrarla nunca. Es en este sentido, relativamente básico pero cargado de consecuencias para los trabajadores, en el que afirmo que en muchos casos ha dejado de haber “patronos”, propietarios de carne y hueso a cuyas ventanas es posible ir a protestar; lo que existen en cambio son complicados entramados financieros en los que se evaporan las responsabilidades de la propiedad y el *management*. Por este motivo también las formas tradicionales de lucha del movimiento obrero (y de los trabajadores en general) se han convertido frecuentemente en armas inofensivas contra empresas que han hecho de la deslocalización su *modus operandi* habitual. E incluso desde el punto de vista político las huelgas han dejado de producir los efectos de antaño: en otra época, una huelga general podía hacer caer un gobierno, mientras que hoy no consigue mover ni siquiera un ápice el *quantum* de las medidas económicas que se despachan bajo el nombre de recortes en el gasto social. En Italia, y singularmente en Turín, el momento álgido del cambio se produjo en 1980. Un largo ciclo de huelgas de los obreros de la FIAT fue interrumpido por la llamada “marcha de los cuarenta mil”, formada por cuadros y niveles intermedios que desfilaron contra la huelga y en demanda de que fuera restablecida cuanto antes la ley y el orden. Eran aproximadamente una quinta parte de los empleados, y los sindicatos que habían promovido la huelga quedaron más que derrotados, desarbolados. Después de aquel K.O., no han vuelto a levantar cabeza y han modificado incluso su naturaleza: se han convertido en asociaciones que se dedican a explicar a los trabajadores por qué hay que aceptar el empeoramiento de las condiciones de trabajo. Al menos en Italia, los sindicatos que no aceptan este papel quedan marginados, y los acuerdos y convenios colectivos se suscriben tranquilamente sin su consentimiento.

Negarse a admitir que, lamentablemente, la huelga —o, al menos, la huelga llevada a cabo según las modalidades tradicionales— es un arma obsoleta, es miope. Como también lo es no querer reconocer que las cooperativas se han convertido en empresas como todas las demás, y que a veces explotan a los trabajadores todavía más que las otras.

Lo que me llama la atención en estas observaciones de Ricardo es el *leitmotiv*: con instrumentos como estos estamos perdiendo la guerra en el terreno de la hegemonía cultural, más aun que en el plano político y económico, pero que nadie se atreva a ponerlos en duda e intente imaginar alternativas a un modelo en el que la carta de triunfo está siempre en manos del capital. Un modelo de desarrollo basado en la necesidad de un crecimiento ilimitado del PIB y los beneficios, que deben estar a la altura de los ofrecidos por las operaciones financieras más atrevidas (aunque quizá sería mejor decir: más criminales). No basta, en definitiva, que una fábrica arroje beneficios y tenga pedidos para los próximos años: si las ganancias no alcanzan al menos el 6-7% anual, conviene dejar de producir, porque una operación financiera arrojaría un mejor resultado, de manera que el dinero vuela hacia donde produce más.

Gran parte de la izquierda —en Italia, pero creo que también en España— ha asumido este modelo, intentando orientarlo un poco hacia la redistribución. Lo diré de la forma más clara: con paupérrimos resultados, porque la lógica del modelo es intrínsecamente oligárquica y desigualitaria.

Pero, aun dejando de lado la igualdad, ¿qué es lo que ha sucedido? Que se construyen urbanizaciones y grandes obras públicas de las que se sabe de

antemano que van a quedar ampliamente infrautilizadas, pero que consumen terreno y destruyen el medio ambiente, simplemente porque la rueda de *esta* economía de mercado dopada por las finanzas debe seguir girando a toda velocidad para autoalimentarse, prescindiendo de cualquier consideración de utilidad efectiva sobre aquello que se produce. Que, en un momento determinado, la burbuja financiera y/o inmobiliaria acabe explotando, está en el orden de lo inevitable.

Además, por esta vía, según estimaciones prudentes, la huella ambiental en 2008 ascendía ya a 1.3, es decir, que estábamos utilizando el planeta Tierra como si tuviera un tercio de recursos más de los que efectivamente posee. Se estima que, de seguir así, en 2050 necesitaríamos un segundo planeta como la Tierra para sostener este tipo y este ritmo de desarrollo. Muchos otros datos, y más precisos, pueden encontrarse en un libro que me permito recomendar: *Finanzcapitalismo*, publicado por Einaudi en 2011, de Luciano Gallino, profesor emérito de la Universidad de Turín. Estamos ante un riesgo muy concreto, relativamente inminente, de catástrofe planetaria.

Estas son las razones —mucho más sencillas de las que maneja Ricardo Cueva al afrontar el tema y, al mismo tiempo, mucho más preocupantes— que deberían llevarnos a todos a tomarnos en serio, y cuanto antes, las reflexiones sobre el decrecimiento. Reflexiones que no son el Evangelio, es cierto, pero que no pueden despacharse como “subterráneas” o *underground*. Es el despertar de las conciencias individuales la que da forma y fuerza a los movimientos colectivos y la que puede cambiar este estado de las cosas. Considérese lo que pasaría si tan solo un 10% de los consumidores eligieran abastecerse directamente de los productores o de la red (en vías de extinción) de pequeños comerciantes y no de las grandes cadenas de distribución. No dejaríamos de estar en una economía de mercado, pero sería *otro mercado*. Esto, en parte, está sucediendo ya, por ejemplo entre los grupos de consumo solidario. Es uno de los terrenos en los que puede darse, sin grandes alharacas, una forma de “resistencia constitucional”, volviendo a dar sentido a la idea de la función social de la economía de mercado contemplada en el constitucionalismo de los derechos.

Por lo que respecta a los pueblos que no han “disfrutado” de este tipo de desarrollo, y que ahora lo exigen, cueste lo que cueste, habría que reflexionar colectivamente, de un lado, acerca de las consecuencias nefastas que para todos tendría esta obsesión autodestructiva, y, de otro, acerca de la deseabilidad de este modelo. La generación actual en los países “en vías de desarrollo” podría también desentenderse de las generaciones futuras y exigir su pequeña cuota de felicidad consumista, pero si pudiera tener una imagen menos idealizada de nuestras sociedades quizá el deseo de parecerse a nosotros podría al menos ser puesto en tela de juicio. Dicho esto, no soy un fanático del decrecimiento y no añado nada más salvo que, probablemente, el rechazo a pensar en un decrecimiento ordenado y consensuado producirá “decrecimientos” locales *de facto*, desordenados y tumultuosos, en los lugares más alejados del mundo, como el que estamos viendo en Grecia (a propósito, muy eficaces allí las huelgas, ¿no es cierto?).

Quedan aún por examinar dos objeciones significativas propuestas por Ricardo. La primera: ¿qué hacer con los tratados que hemos firmado en el seno de la UE, de Maastricht en adelante, que son de clara orientación neoliberal? La segunda: en lugar de seguir insistiendo con tanto “fetichismo constitucional”, ¿no será mejor devolverle la palabra a los ciudadanos e imaginar un proceso constituyente en el que se que cambien sensiblemente —que se reescriban, por decirlo más claramente— las viejas constituciones aprobadas hace más de medio siglo (la española, en realidad, es bastante más reciente, pero no importa)?



Observo, ante todo, en extrema síntesis, que las constituciones se hacen para que duren más allá de la generación que las aprueba, pues de lo contrario no serían constituciones sino leyes ordinarias. Añado que, cruzando las dos objeciones de Cueva, aparece una flagrante contradicción: pero cómo, ¿pedimos un proceso constituyente que aparque las viejas e insuficientes constituciones en nombre de una especie de *---benealtrismo---* y, a continuación, nos creemos atados de pies y manos por unos tratados europeos que, por lo demás, no paran de ser reescritos y modificados continuamente (recuérdese el episodio del llamado tratado constitucional, rechazado y más tarde reescrito, en forma descafeinada, en Lisboa)?

Pero, al margen de esta contradicción, no me quedan claros cuáles serían los contenidos absolutamente innovadores —y no reconducibles a alguna forma de implementación del constitucionalismo de los derechos— de este nuevo proceso constituyente. Quede constancia que lo que estoy proponiendo conservar no es lo existente, sino una arquitectura constitucional, esto es, un proyecto, un modelo de sociedad que no ha llegado a realizarse sino parcialmente, y que en parte ha sido traicionado y desviado. En este sentido, soy un conservador del constitucionalismo de los derechos, y no del progresivo estrangulamiento y vaciamiento al que estamos asistiendo impotentes. Pero si al alcance de la mano tenemos algo distinto y mejor, por favor, no dejéis de informarme al respecto... lo único que pido, como antes se leía en los anuncios matrimoniales de los periódicos, es que se abstengan *---perditempo non c'é: aprovechados?... non é la stessa cosa, ma riguarda lo stesso campo semántico---* y mercenarias.

3. Llego así a las observaciones de Andrea, observaciones que más que críticas son, me parece, posibles argumentos para reforzar la propuesta de la "resistencia constitucional".

Ante todo Andrea pone en evidencia la carencia o ausencia de representatividad que hace frágiles nuestras democracias. Como ya observaba Locke, una de las razones de la resistencia es precisamente la quiebra de la confianza entre representantes y representados. Muy banalmente, considero que esta crisis de confianza y de capacidad de representar depende en buena medida de la transformación de los partidos políticos, verdadero corazón de la democracia representativa, en grupos oligárquicos prácticamente autorreferenciales, expresión de esa con-fusión de los poderes que convierte a la política en sierva de la economía. Esto es evidente sobre todo en la izquierda, donde el hiato entre ser y deber ser aparece con la mayor crudeza, mientras que a la derecha es comprensible la defensa de los sectores privilegiados de la sociedad. Quizá haya que dar por descontado lo que Michels observaba a propósito del partido socialdemócrata alemán, que el partido podía ganar las elecciones, pero no sus ideas socialistas, las cuales estaban en evidente contradicción con el carácter vertical y jerárquico de cualquier organización de partido. No obstante, también en este caso la cuestión es de grados, y la impresión es que la degeneración y la corrupción han pasado el límite de aquello que podríamos considerar como distancia fisiológica entre los ideales y la materia de la democracia representativa.

Resistencia, por tanto, por quiebra de confianza: y resistencia que no puede ser más que constitucional, orientada al restablecimiento de las condiciones no sólo procedimentales sino también sociales y culturales de la confianza en la representación, en un marco de separación, y no de confusión, tanto entre los poderes del Estado como entre los poderes sociales. Sólo en una dialéctica social que lleve a defender los propios intereses particulares mediante la exposición de



buenos argumentos será posible —no digo fácil, sino posible— reconocer el sentido y los límites del propio interés particular en el marco de exigencias nacionales y supranacionales. Esta invitación a tomar en serio el Estado democrático de derecho y a implementar la estructura de derechos fundamentales —un Estado en ausencia del cual se abren no ya los abismos del viejo autoritarismo o del absolutismo, sino los abismos aun más siniestros del totalitarismo— constituye, si no me equivoco, el hilo conductor del reciente libro de Andrea, *La democracia y su contrario*, que sugiero leer junto a *Finanzcapitalismo* de Gallino. En ambos, el diagnóstico sobre nuestras democracias es amargo, así como la prognosis reservada y sustancialmente infausta: no obstante, al menos no hay lugar para hacerse inútiles ilusiones.

A propósito de remedios que no sean ilusorios, Andrea me plantea la cuestión de los espacios de resistencia y de los sujetos que podrán ocuparlos y darles vida. Algún ejemplo he intentado indicarlo ya en respuesta a las objeciones de Ricardo. Las semillas crecen *underground* y es ahí adónde hay que mirar en los momentos de crisis, de tránsito. No todas las plantas que brotan crecen, no todas las que crecen dan frutos comestibles, y no todos los frutos comestibles son también organolépticamente interesantes. Ayudar a distinguir y a elegir, en los límites de las capacidades y los estatutos epistemológicos de las distintas disciplinas, es la labor de la teoría. Pero el aspecto que más me interesa destacar es que resistir no significa necesariamente echar mano del fusil, en el caso extremo, o en todo caso organizar marchas, manifestaciones, ocupaciones, piquetes, etc., conforme a repertorios de protesta que son, a grandes rasgos, conocidos. También organizar la propia vida al margen de los esquemas impuestos por la “propaganda”, por mencionar aquí el título del viejo libro de Bernays, el primero que consideró las relaciones entre sociedad, política y el llamado *marketing*, puede ser un acto de resistencia, individual y colectiva al mismo tiempo.

Queda finalmente una última cuestión importante. Andrea observa que el significado que ha de atribuirse a la constitución en su conjunto y a cada una de sus normas es siempre un problema. Precisamente porque tiene la aspiración de valer en el tiempo histórico más allá de una o dos generaciones, y especialmente en tiempos como estos, sujetos a cambios repentinos de toda índole, *la estructura de fondo de una constitución* no puede más que estar sujeta a una continua revisión de significado, a una continua interpretación. Estoy de acuerdo, pero con una aclaración. Concuero con el ejemplo que pone Andrea: en aquellos puntos en los que hasta ahora se pensaba en el desarrollo como instrumento para afirmar y garantizar realmente los derechos fundamentales, y en particular los derechos sociales, ahora habría que leer “decrecimiento”, o en todo caso habría que imaginar otros modos distintos para promover los derechos que el desarrollo como crecimiento del PIB está actualmente destruyendo: se trata de interpretar para implementar, o al menos conservar por otras vías más oportunas, esos derechos y sus garantías primarias y secundarias (Ferrajoli).

Si, por el contrario, la interpretación se convierte en una operación de vaciamiento del significado de las normas, más allá del punto en que resultan claras sin sombra de duda, entonces el riesgo de que el constitucionalismo se convierta en un simulacro vacío resulta efectivamente alto. Un ejemplo por todos: la constitución italiana dice que la escuela puede ser pública o privada, pero que esta última debe realizar su labor “sin carga para el Estado” (artículo 33). La constante financiación pública a la escuela privada, en los mismos años en que está continuamente quitándose recursos a la pública, es manifiestamente inconstitucional, aunque interpretaciones capciosas podrían seguramente “justificar” una decisión política de gobiernos que estén buscando congraciarse con las jerarquías de la iglesia católica.



En otras palabras, para bien y para mal, la objetividad textual —de un texto que por lo demás está históricamente situado, si bien en la historia de los grandes periodos— determina los límites de la interpretación y la declinación del significado. Estos puntos de referencia son los que, en mi opinión, permiten medir el avance o retroceso de las políticas públicas respecto del mandato constitucional. En Italia, los avances se daban, en los años sesenta y setenta, en una escuela que a pesar de todo conseguía funcionar como escalera de movilidad social, en un servicio sanitario que por fin había conseguido ser universal, en un sistema de pensiones digno, en el estatuto de los trabajadores. Estos pilares han comenzado hoy a tambalearse, y la República italiana ha dejado de considerarse responsable de lo establecido en el artículo 3 de su Constitución (*Corresponde a la República eliminar los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social de la nación*).

Alguien, a estas alturas, puede traer a colación, como hizo José María Sauca, cerrando brillantemente el seminario, el iusnaturalismo, el cognitivismo moral y, sobre todo, mi ingenuo legado ilustrado.

Es posible que haya caído al mismo tiempo en estos tres pecados de la filosofía moral y política, pero sinceramente ignoro por qué razón, en mis peregrinajes por la teoría y la praxis, nunca he llegado a preguntarme hasta qué punto estaba corriendo esos riesgos. Debería pararme a pensar un poco sobre ello y, si lo consigo, elaborar una defensa articulada. Mientras tanto, me limito a decir que soy consciente de que las constituciones del siglo veinte y el propio constitucionalismo de los derechos son productos históricos, que no expresan ninguna metafísica o conjunto de valores eternos. Son, para mí, en mi limitada experiencia ampliada, aunque no demasiado, por algunos conocimientos sobre el tiempo pasado, el punto más alto alcanzado hasta la fecha por la civilización europea y occidental, y un modelo que merece ser respetuosamente propuesto como fundamento de las relaciones entre todos los seres humanos y no humanos, en espera de que la astucia de la razón nos indique caminos todavía más ilusionantes para el futuro de nuestros nietos y bisnietos.





Recensión

El marco de las coaliciones promotoras en el análisis de políticas públicas. El caso de las políticas de drogas en España (1982-1996)

Ruth Martín Quintero,

(2011) Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 352 pp.

Isabel Wences Simon*

Universidad Carlos III de Madrid

iwences@polsoc.uc3m.es

Análisis de políticas públicas y teoría política

De acuerdo con una corriente de la Ciencia Política, de larga influencia especialmente en el mundo anglosajón, ésta debería desterrar los valores del ámbito de la investigación y, por tanto, separar teorías normativas de teorías empíricas fundadas en la observación estructurada de la realidad. Este planteamiento se encuentra en el fundamento de la separación académica entre la Teoría Política y la Ciencia Política, las cuales han protagonizado a lo largo de su historia institucional diversos tipos de relaciones que se caracterizan tanto por los alejamientos y desencuentros como por los acercamientos y el diálogo¹. No es este el espacio para cuestionar la conveniencia de dicha situación, pero sí es oportuno subrayar que la pretendida neutralidad axiológica —que en algún tiempo fue santificada— es inalcanzable; dando la vuelta a esta creencia la lectura del libro de Ruth Martín nos demuestra, más bien, la necesidad de incorporar a la investigación politológica, incluso en su ámbito de estudios de políticas públicas, todos los aspectos de la realidad socio-política que son necesarios para una comprensión cabal de la misma. En este sentido, tanto el marco teórico elegido en este trabajo, el marco de las coaliciones promotoras, como su aplicación empírica, a las políticas de drogas en España de 1982 a 1996, muestran el enriquecimiento que supone para el análisis politológico la incorporación de elementos normativos, de principios y de valores. Al fin y al cabo, la común preocupación de ambos enfoques —el de la Ciencia Política y el de la Teoría Política— por la política y lo político impide la ruptura total de sus vínculos.

No se trata de abogar por una confusión entre los estudios que tratan de conocer la realidad de la esfera social que constituye la política a través de teorías de valor explicativo e incluso predictivo —la Ciencia Política—, y aquellos que aspiran a comprender la realidad política analizándola y evaluándola para poder proponer su transformación principalmente ahondando en materia de justicia —la Teoría Política². Más bien, el objetivo es tener en cuenta la posibilidad del

* Subdirectora General de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹ Una detallada descripción de parte de este debate puede verse en Farr (1999).

² Véase, Del Águila (2000).

enriquecimiento mutuo, en la medida en que se trata de dos perspectivas de investigación y reflexión sobre una misma realidad. A la hora de aproximarnos a observar y estudiar problemas sociales y políticos no debiéramos ignorar que, por una parte, cualquiera que sea el enfoque que emplee la Ciencia Política para aproximarse a los fenómenos que pretende analizar no puede desprenderse de la presencia de valoraciones, “sea en la elección del campo investigado, sea en la interpretación de los datos obtenidos o sea en la elaboración de las conclusiones”; (Arteta *et al.*, 2003: 14) ni tampoco ignorar, por otra parte, que la Teoría Política no sólo conlleva una tarea analítica, e incluso muchas veces conceptual, sino que también toma en cuenta la realidad política y social y tiende puentes entre la actividad política y sus formas de teorización. Las reflexiones del teórico político no pueden hacerse en abstracto, sino que tienen que tomar en cuenta los diferentes contextos de aplicación (Renaut, 2003).

El libro de Ruth Martínón, *El marco de las coaliciones promotoras en el análisis de políticas públicas. El caso de las políticas de drogas en España (1982-1996)*, intenta explicar cómo y por qué cambian las políticas públicas. Para ello aplica un marco teórico diseñado por el norteamericano Paul A. Sabatier, con la especial colaboración de Hank C. Jenkin-Smith³. Se trata de una propuesta teórica con dos particularidades importantes. En primer lugar, su ambición por incorporar al modelo todas las variables explicativas posibles del cambio en las políticas públicas, incluyendo los aspectos cognitivos, valorativos y de creencias de los actores protagonistas de los procesos. En segundo lugar, ello se hace de tal modo que facilita una aplicación empírica certera y enriquecedora del propio modelo.

Al mismo tiempo, la autora eligió una política pública objeto de estudio, la política de drogas, en la que ciertamente los aspectos normativos tienen un papel protagonista. Es decir, no se trata de un ámbito político social en el que un consenso generalizado permita que solo se discutan aspectos técnicos o instrumentales. Las diferentes posiciones que se construyen en este domino de políticas, dando lugar a las diferentes coaliciones promotoras, parten de concepciones morales distintas sobre cuestiones tan importantes como los niveles aceptables o legítimos de intervención pública en la intimidad de las personas, el trato político-jurídico correcto a la conducta “desviada”, las relaciones entre seguridad y libertad...

La posibilidad, o tal vez deberíamos decir necesidad, de incorporar estos elementos normativos al análisis del cambio de una política pública para posibilitar su comprensión, pone de relieve la utilidad que los constructos, fruto de la reflexión de la Teoría Política e incluso de la Filosofía del Derecho, pueden tener para la Ciencia Política. En el libro se plantea, por ejemplo, cómo desde la perspectiva del prohibicionismo los poderes públicos pueden proscribir el consumo privado de sustancias psicoactivas tras dictaminar que son malas para quien las consume. Ello supone una imposición de la moral mayoritaria a todos los miembros de la sociedad.

Queda claro que aquí se presenta un debate respecto de si los poderes públicos deben promover determinadas conductas de los ciudadanos para orientarlos a la consecución del bien, como sostendrían los llamados comunitaristas, o, por el contrario, si el poder público debe ser neutral respecto a cualquier concepción del bien, como bien se sabe defienden los liberales.

³ Aunque existen múltiples publicaciones posteriores completando y corrigiendo el diseño original, éste se encuentra en Sabatier y Jenkins-Smith (1993).

La justificación de dicha intervención del poder político en la intimidad de las personas en las sociedades liberales requiere contraponer la búsqueda de algo bueno que lo compense (Hart, 1981: 20). En el caso de la prohibición de las drogas ha habido dos intentos de justificación, el elaborado por los moralistas y el denominado paternalismo de Estado. Los primeros consideran que una conducta inmoral de acuerdo a los estándares comunes puede ser punible bien porque lo contrario socavaría los cimientos de la sociedad, bien porque es una cuestión de valor en sí misma. Mientras, desde la perspectiva paternalista prima la idea de que es obligación de los poderes públicos evitar que una persona se dañe a sí misma. Frente a la obligación moral de respetar la autonomía individual se defiende la obligación ética de desarrollar políticas sociales que devuelvan a los individuos las condiciones vitales mínimas para que dicha autonomía sea posible (Martinón, 2011: 140-141).

De acuerdo con el liberalismo, el individuo es capaz de sustraerse de sus propósitos y de sus relaciones a fin de evaluarlos y decidir cuáles son más convenientes. Lo fundamental aquí no son los fines perseguidos sino la capacidad del sujeto para determinarlos. De esta prioridad del sujeto proviene la prioridad de lo “justo” o “correcto” sobre lo “bueno”.

Desde el punto de vista liberal, mientras se respete la autonomía del individuo se puede considerar que se está procediendo de manera justa, esto es, correctamente. Los comunitaristas sostienen, en cambio, que la acción del Estado debe tener entre sus cometidos la promoción de formas de vida moralmente valiosas de las personas. Esta tesis constituye un principio de la moral política. Esto quiere decir que no estamos ante una pauta prudencial o pragmática, sino que estamos ante el planteamiento de un juicio sobre la legitimidad de la acción del Estado o un deber de la moral política.

Este es tan solo un ejemplo de cómo los valores y conceptos de los que se ocupa la Teoría Política se presentan como necesarios para la comprensión de los discursos y comportamientos de los actores del escenario político. También son relevantes aspectos culturales de la sociedad en la que la política pública se lleva a cabo, por la interrelación entre la clase política y la opinión pública, y por la misma relevancia del comportamiento social ante la realidad de las drogas. Tanto el político como el técnico necesitan conocer la legitimidad, la aceptación, el valor, el papel de las drogas en la sociedad. Se trata por tanto de aspectos que van más allá del concepto de cultura política, y muestran la relevancia de aspectos muchas veces irracionales presentes en la sociedad.

La política, por tanto, se aborda a través del estudio y el análisis de datos empíricos que se muestran concretos y objetivos, pero no puede ser aprehendida en su totalidad si no se tienen en cuenta elementos que juegan un papel fundamental a la hora de la legitimación política, pero también como factores guía de comportamiento: el amplio mundo de las ideas, los valores de aquellos que, en definitiva, son los protagonistas de los procesos socio-políticos.

Como se concluye en el propio libro (*Ibíd.*: 330), el trabajo que supone muestra que el análisis de políticas públicas es una herramienta idónea para que la Ciencia Política ahonde en el conocimiento empírico del papel que la moral juega en la esfera pública. Hasta ahora, la Filosofía y el Derecho han acaparado el estudio de los aspectos de valor en el ámbito de la intimidad de las personas y de la ordenación social de la convivencia desde una perspectiva esencialmente normativa. Sin embargo, queda por profundizar en el conocimiento del papel que la moral desempeña de facto en las relaciones de poder y en la conformación de los



productos del sistema político. Es aquí donde la Teoría Política, desde su postura reflexiva y de construcción conceptual en el ámbito normativo, puede coadyuvar en la búsqueda desde la Ciencia Política de respuestas empíricas a preguntas típicamente filosóficas como las siguientes: ¿qué papel juegan los valores de los actores involucrados en el juego político? ¿Cómo cambian dichos valores? ¿Qué oportunidades y límites fácticos, además de los filosóficos y jurídicos, encuentra la moral para adentrarse en el mundo de la cosa pública? ¿Los aspectos morales tienen el mismo peso en todo tipo de políticas? ¿Por qué?

Bibliografía

- ARTETA, A., GARCÍA, E. y MÁIZ, R. (eds.) (2003), *Teoría Política: poder, moral y democracia*, Alianza, Madrid.
- DEL AGUILA, R. (ed.) (2000), "Monográfico especial sobre la teoría política contemporánea", *Revista Española de Ciencia Política*, Núm. 3, Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, Madrid.
- FARR, J. (1999), "Rememorando la revolución", en FARR, J., DRYZEK, J.S. y LEONARD, S.T. (eds.), *La ciencia política en la historia*, Istmo, Madrid.
- HART, H.L.A. (1981), *Law, liberty and Morality*, Oxford University Press, Londres/Oxford.
- RENAUT, A. (2003), "¿Qu'est-ce qu'une philosophie politique juste? Essai de philosophie politique appliquée", *Politique et Sociétés*, Vol. 3, Núm. 22, pp. 155-178.
- SABATIER, P.A. y JENKINS-SMITH, H.C. (eds.) (1993), *Policy change and learning: An Advocacy Coalition Approach*, Westview Press, Boulder.



Recensión

Global Justice and Due Process

Larry May,

(2011) Cambridge University Press, Cambridge, 270 pp.

Florabel Quispe Remón

Universidad Carlos III de Madrid

florabel.quispe@uc3m.es

301

El profesor de Filosofía y Derecho de la Universidad de Vanderbilt (Nashville), Larry May, nos brinda en su obra *La justicia global y debido proceso* una reflexión profunda y a la vez global sobre los fundamentos morales y las deficiencias en la protección de un conjunto de derechos o instituciones jurídicas procesales que May agrupa de una forma amplia bajo el *due process*. Nos hallamos ante 270 páginas que recogen un total de doce capítulos, varios de los cuales reflejan las reflexiones resultantes de distintas conferencias impartidas, de forma que el libro nos brinda la oportunidad de conocer los argumentos críticos sobre varios de los temas expuestos, y las réplicas a las críticas efectuadas por el propio May, respondiendo a un método frecuente en las universidades anglosajonas, método que es muy rico desde el punto de vista científico. Los doce capítulos se agrupan en cuatro partes: La primera está referida a los derechos procesales y al legado de la Carta Magna. La segunda al hábeas corpus y *ius cogens*; la tercera a la deportación, fuera de la ley, y el juicio por jurado; y la cuarta, y última, a la seguridad e instituciones globales.

La justicia global y el debido proceso enfatizan en la necesidad de preocuparse no solo por los derechos sustantivos como la libertad y la vida a nivel internacional, sino también por el derecho al debido proceso a través del cual la apelación por la privación de un derecho sustantivo puede hacerse. Así, en su investigación acerca del Derecho internacional el autor consideró cada vez más necesaria la atención al debido proceso en los debates de justicia global. May hace su primer contacto con estos temas, en un contexto teórico y práctico, a raíz de los cursos recibidos en la Facultad de Derecho sobre derechos humanos y Estado de Derecho, y participando en algunos casos de hábeas corpus, apelación de primeras condenas de homicidio premeditado y varios casos de pena de muerte en los Estados Unidos. Esta experiencia consolidó su creencia en la importancia de las cuestiones del debido proceso.

Para May, hay un valor en el debido proceso que constituye una norma de Derecho que excede el beneficio de la protección de los derechos sustantivos. Asimismo argumenta que los derechos procesales internacionales pueden llegar a ser piedra angular de una *internacional* de un imperio de la ley que cura muchas

debilidades del Derecho internacional hoy en día. El libro, que se dirige a llenar un vacío en la literatura de la filosofía política sobre justicia global, centra su atención en una cuestión de procedimiento, mientras que la mayoría de la literatura se refiere al aspecto sustantivo. Focaliza su atención en los derechos legales de los detenidos, ya sea en lugares como Guantánamo o campamentos de refugiados.

May analiza la justicia global desde dos perspectivas: la justicia global como un asunto de moralidad, especialmente como un asunto de justicia moral, y la justicia global desde la perspectiva del Derecho internacional como un sistema emergente de normas. Esta doble perspectiva requiere un análisis interdisciplinario donde los principios filosóficos y las prácticas legales se relacionan entre sí. Para ello emplea materiales históricos de la tradición de la guerra justa que proporcionan una base para ambos, filósofos morales y abogados internacionales. Asimismo, se inspira en gran parte en la Carta Magna y sus aportes legados. Como es lógico, al abordar el debido proceso es imprescindible acudir a la Carta Magna, uno de los instrumentos jurídicos más importantes de la Edad Media, donde encontramos el origen del *due process of law*, que aparece por primera vez en el Cap. XXXIX.

Hay que tener en cuenta que los debates sobre justicia global, por lo general, se refieren a la justicia económica distributiva o la justicia penal retributiva. Ambas formas de justicia conciernen a la justicia sustantiva; es decir, se refieren a derechos sustantivos que tienen las personas en virtud de cualquier necesidad económica o en su condición de víctimas. May señala que los derechos procesales constituyen un Estado de Derecho internacional. Sostiene que los derechos procesales crean una base moral para cualquier sistema de Derecho, más aún en el plano del Derecho internacional que en el interno. Estos derechos procesales ofrecen al menos una protección minimalista en materia de derechos fundamentales. En este ese sentido, el contenido moral de la ley natural puede muy bien ser su mejor ejemplo en la institución del Estado de Derecho.

Por otro lado, el autor, en el capítulo 7, sostiene que algunos derechos procesales que son cruciales para el funcionamiento de los procesos penales, como el hábeas corpus, forman parte de las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*). En este contexto hace una referencia a las normas de *ius cogens* desde su reconocimiento en la Convención de Viena de 1969 y cita, por error en la página 121 del libro, el art. 54, cuando debe ser el art. 53, dejando claro que se trata de normas que van más allá de la voluntad de los Estados, no son normas consensuales que dependen de la aprobación de éstos para su validez. Si bien su definición es lo suficientemente clara, las razones subyacentes y la justificación conceptual para ellos es algo difícil de alcanzar. La cuestión de la fuente de estas normas es problemática debido a que todo el sistema jurídico internacional parece estar basado en el consentimiento de los Estados. Para May, la fuente última del *ius cogens*, habida cuenta su alcance universal, es moral. Con todo, considera el autor que, se trata de normas problemáticas para todos los Estados porque supuestamente generan obligaciones *erga omnes*.

La justicia global y debido proceso efectúa un parangón en las normas sustantivas y procesales, destacando la importancia de estas últimas además de la primera. Si se afirma que las normas de *ius cogens* protegen a las personas a nivel mundial de graves violaciones a la vida o a la libertad, y que la protección de la libertad es clave, no se puede ignorar que las garantías procesales protegen esa libertad; por tanto, debería tener un gran peso unido a ellos. En este contexto equipara la importancia de los derechos sustantivos con los derechos procesales

respecto a tener la categoría de *ius cogens*. Así, el hábeas corpus, por ser una garantía procesal que protege uno de los derechos más importantes del ser humano, la libertad, debe estar en la parte superior de la lista de candidatos a ser *ius cogens*, junto con otros derechos sustantivos. Es indiscutible la importancia del hábeas corpus, reconocido desde tiempos inmemoriales, tal es así que encontramos una referencia importante en el Cap. XXXIX de la Carta Magna de 1215, aprobada por el Rey Juan sin Tierra. Si bien en aquel entonces era un privilegio, más tarde con la constitucionalización e internacionalización de los derechos humanos pasó a ser un derecho muy importante en cualquier Estado de Derecho. Comparto con el autor en otorgarle a determinados derechos procesales la categoría de *ius cogens*. Es el caso del debido proceso, piedra angular de los derechos humanos, sin el cual no sería posible la protección efectiva de los derechos, derogables e inderogables, y afortunadamente cada vez más encontramos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana un avance en ese sentido, como lo he señalado en mi monografía “El Debido Proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano”. Dada su importancia, el debido proceso y otros derechos procesales se pueden defender de *lege ferenda* como normas de *ius cogens*.

El autor también hace referencia a la relación entre las normas de *ius cogens* y el principio de equidad. Destaca la similitud de ambas normas, su complementariedad y el carácter moral del fundamento de ambas, sobre todo en la moral de la justicia. Asimismo, realiza un breve comentario sobre el “encarcelamiento arbitrario en el derecho europeo de los Derechos Humanos”, y señala que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos existen dos artículos (arts. 5.3 y 5.4) que se refieren a cuestiones similares a las de hábeas corpus, pero que en su opinión no ofrecen la protección fundamental éste. Considera que en estos dos apartados existen varias lagunas que el Derecho internacional puede llenar.

Luego hace referencia a los detenidos en Guantánamo y, en la página 133, vincula el caso Guantánamo con la Corte Interamericana al señalar *I next turn to the way that Guantánamo was handled by the Inter-American Court of Human Rights*, aunque luego hace referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Probablemente, vincular el caso Guantánamo, sea un error tipográfico por cuanto la Corte Interamericana no puede conocer ni pronunciarse sobre dicho caso por más que las violaciones a los derechos humanos y al derecho al hábeas corpus sean evidentes, ello porque Estados Unidos no ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos ni asumió la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, el otro órgano de este sistema, la Comisión, sí tiene competencia para pronunciarse, pero con la limitación de hacerlo sobre los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos Humanos. En esta parte del trabajo destaca brevemente la negativa por parte del gobierno estadounidense de otorgarles el derecho de hábeas corpus a los detenidos y el pronunciamiento de la Comisión Interamericana que conoció de algunos casos donde emitió medidas cautelares a favor de lo que se hallan en poder de Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo, y solicitó a dicho Estado adoptar medidas urgentes necesarias para que la situación jurídica de los detenidos sea determinada por un tribunal competente. Estados Unidos cuestionó la jurisdicción de la Comisión, la misma que fue rechazada por este órgano, no informo sobre dichas medidas a la Comisión y, lamentablemente a día de hoy, seguimos hablando de los presos de Guantánamo debido a que las promesas de Obama respecto a su cierre aún no se han concretado. El autor muestra en este caso, además del incumplimiento de ciertos derechos, el incumplimiento de las recomendaciones de un órgano del Sistema Interamericano por parte de Estados Unidos. En este sentido, es crítico, con razón, con el papel que desempeñó la Comisión Interamericana en



este asunto y pone en duda la capacidad de este órgano para proteger los derechos de procedimiento, como el hábeas corpus. Por otro lado, nos da una visión general del tratamiento del hábeas corpus por parte del derecho interno y el pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en varios casos de donde se advierte una división de opiniones. Entre otros, el autor menciona el caso *Boumediene vs. Bush* (2008) donde la Corte Suprema determinó que la Ley de Comisiones Militares es inconstitucional debido a la negación del derecho fundamental de hábeas corpus como un instrumento de protección de la libertad individual y el imperio de la ley.

En el capítulo 9, el autor trata la cuestión de la responsabilidad colectiva y el castigo colectivo. Como él mismo indica, si bien la primera cuestión es generalmente aceptada por el Derecho Internacional, no sucede lo mismo con la segunda, lo que de alguna manera podría suponer una incoherencia. En concreto, en relación con los confinamientos y detenciones colectivas, éstas violan la máxima presente en el Derecho Internacional desde Grocio en relación con la cual las personas sólo pueden ser castigadas por lo que hayan hecho o acordado realizar. Como señala el autor, estas cuestiones tienen su reflejo práctico en los hechos de Guantánamo, preocupación constante a lo largo de la obra.

Por último, en el capítulo 10, de nuevo desde esa perspectiva amplia en la conceptualización de las pretensiones del *due process*, fundamenta la relación estrecha entre el hábeas corpus y el principio *non-refoulement*, llevando hasta sus últimas consecuencias esta relación, hasta el punto de considerar que dicho principio debe tener también la consideración de *ius cogens*.

En fin, estamos ante una obra que aborda cuestiones del debido proceso de una forma amplia y profunda, al mismo tiempo. La idea que late constantemente en ella es la importancia del fundamento ético del debido proceso, y una pretensión de coherencia que lleva al autor a aprovechar al máximo la fuerza motriz de este fundamento para la configuración más exigente de varias normas jurídicas iusinternacionales, al servicio de la dignidad humana. Una obra que despertará sin duda el interés de quien trabaje en y por el debido proceso, tanto universitarios (filósofos del Derecho e iusinternacionalistas) como activistas y defensores de los derechos humanos. En este sentido, un elemento valioso de esta obra de May es el hecho que se nos brinda en un lenguaje claro y accesible, pese a tratarse de un libro de filosofía. El tema de Guantánamo, presente como preocupación del autor a lo largo de la obra, y realidad de aplicación de sus teorías, es más que pertinente, sobre todo en un momento en que se hace más que necesario recordar la ilegalidad de dicha situación.



Recensión

Responsabilidad por la justicia

Iris Marion Young,

(2011) Morata, Madrid, 205 pp.

María Candelaria Quispe Ponce

Universidad Carlos III de Madrid

mcquispeponce@derechoyjusticia.net

Responsabilidad por la Justicia es una obra póstuma de Iris Marion Young, publicada con un prefacio escrito por su marido, David Alexander, y prologado por Martha Nussbaum. Young fue una de las filósofas políticas y feministas más importantes del último cuarto del siglo pasado, Catedrática de Ciencias políticas de la Universidad de Chicago, sus planteamientos teóricos han sido fuente de inspiración no sólo para académicos y académicas sino también para activistas y movimientos sociales comprometidos con la justicia social y de género. A su muerte prematura en 2006 dejó casi terminado el original del libro *Responsibility for Justice*, obra culmen donde se plasman los temas que han prevalecido a lo largo de su vida. Tiene en su haber, entre otros títulos: *Global Challengers: War, Self-Determination and Responsibility for Justice* (2007), *On Female Body Experience: Throwing Like a Girl and Other Essays* (2005), *Inclusion and Democracy* (2000), *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy and Policy* (1997) y *Justice and the Politics of Difference* (edición castellana: *La Justicia y política de la diferencia*, 2000).

Fiel a su compromiso con la justicia social, en esta obra Young realiza una reflexión acerca de la injusticia estructural y nos proporciona una novedosa teoría de la responsabilidad que permita hacer frente a tal problemática. Vivimos en un mundo con múltiples y significativas injusticias estructurales y, en calidad de agentes morales -sostiene la filósofa norteamericana- es ineludible preguntar: ¿Cuál es nuestra responsabilidad en relación a este tipo de injusticia? Al elaborar una respuesta a esta pregunta e invitarnos a la tarea de pensar y asumir el poder que cada persona tiene -más allá del lugar, la condición o posición que ocupa- para modificar los procesos estructurales que producen injusticia, dedica la autora página a página los siete capítulos de *Responsabilidad por la Justicia*.

Young denuncia el giro abismal que se ha producido en la forma de entender y enfrentar la pobreza. Según el nuevo paradigma comprensivo que surge en el discurso político a finales de los años ochenta del siglo pasado en Estados Unidos y se extiende a los estados de bienestar europeos, se considera que las causas principales de la pobreza no son sociales, sino personales; es decir que esta tiene su origen en la conducta y en los atributos de los pobres. Así, se alega que los segmentos sociales que tienden a la pobreza no se responsabilizan de su vida como los miembros de otros grupos, y que muy a menudo adoptan una conducta que se aparta de la norma o que es autodestructiva. De acuerdo con este razonamiento, los programas de ayuda estatal no harían sino empeorar el problema al permitir que

estos segmentos marginados esperen ayudas por las que no hacen nada en compensación. Ante la consolidación de esta perspectiva, Young (2011: 47) analiza y cuestiona los argumentos que sostienen el paradigma de la responsabilidad personal que han servido de fundamento de las políticas sociales actuales en todo el mundo, y defiende recuperar el entendimiento de la pobreza y el desfavorecimiento en términos estructurales.

Para este análisis, se centra en los escritos de dos politólogos norteamericanos defensores del paradigma de la responsabilidad personal, reconocidos por proporcionar la base teórica principal de la reforma del bienestar social de la década de 1990: Lawrence Mead, considerado experto en estudios de pobreza y bienestar en Estados Unidos, autor, entre otros, del libro *Más allá de los Derechos: las obligaciones sociales de la ciudadanía* (1986) y Charles Murray, que salta a la escena pública en 1984 por su obra *Losing Ground, American Social Policy, 1950-1980*. Young cuestiona tres de los principales argumentos que configuran el pensamiento de Mead y Murray. En primer lugar, ambos autores consideran que las raíces de la pobreza deben ser ubicadas exclusivamente en la responsabilidad personal o en causas estructurales, pero no en ambas. Young argumenta y defiende que ambos enfoques no sólo son compatibles, sino necesarios para abordar adecuadamente esta problemática. En segundo lugar, Mead y Murray defienden que la igualdad de oportunidades establecida en las sociedades desarrolladas brinda las condiciones necesarias y suficientes a todas las personas necesitadas para desarrollarse, y ascender peldaños en la escala económica si lo intentan en base a esfuerzo y determinación. Young rebate este planteamiento y afirma que existen graves problemas estructurales que hacen difícil, si no imposible, que muchas personas pese a su esfuerzo y determinación, mejoren su situación.

En tercer lugar, el razonamiento que Young considera cuestionable en el discurso de la responsabilidad personal es que se centra solamente en la supuesta irresponsabilidad de los pobres, presuponiendo de forma implícita que el resto de las personas cumple apropiadamente con sus responsabilidades. Así, al evaluar exclusivamente la responsabilidad personal, la que a su vez configuran como la no dependencia de ayuda estatal, consideran que las personas que reciben este tipo de ayudas por definición no son responsables de sí mismas; y que en consecuencia, merecen atención única. Young cuestiona este razonamiento y sostiene que con esta elaboración se efectúa una evaluación sesgada de la realidad, ya que al tener en cuenta únicamente la responsabilidad de los pobres, y culpabilizarles de su situación, se dejan de lado tanto el impacto que las estructuras sociales injustas tienen sobre la vida de éstas personas, como la responsabilidad que todos tenemos respecto de estas estructuras.

Por otra parte, destaca que durante las mismas décadas en que en los debates sobre la política social se deliberaba sobre la cuestión de responsabilidad personal de los pobres, tuvo lugar un debate paralelo entre los teóricos de la justicia. Analiza la teoría de Ronald Dworkin sobre la responsabilidad y la suerte. En su teoría de la *Igualdad de Recursos*, Dworkin defiende que una sociedad justa pregunta de forma apropiada hasta qué punto el desfavorecimiento material relativo a una persona es una consecuencia de las decisiones que ha tomado y hasta qué punto deriva de las circunstancias que están fuera de su control (suerte). La respuesta de Dworkin es que la justicia debía rectificar o compensar sólo por este último caso, pero no por el primero.

Young sostiene que a pesar de las importantes diferencias entre los compromisos políticos de Dworkin y de autores como Mead y Murray, la teoría de Dworkin tiene dos similitudes con el discurso político de la responsabilidad personal. En primer lugar, la teoría de la igualdad y la desigualdad relativa de las personas se enfoca en gran medida en los atributos de los individuos. En segundo lugar, al sostener que todo acerca de la situación de una persona no deriva de sus decisiones en términos de suerte, Dworkin fracasa en distinguir entre las causas del desfavorecimiento relativo, que pueden basarse simplemente en no tener suerte, de aquellas que resultan de procesos y sistemas sociales. Así, la teoría de la justicia de Dworkin, al igual que la de los politólogos Mead y Murray, pasa por alto la estructura social. Es más, al calificar a las circunstancias que están más allá del control de una persona y que originan una situación desfavorecida como mala suerte, Dworkin sustituye de forma inapropiada el término justicia por el de destino inmerecido. Calificar la injusticia implica un juicio más fuerte y específico que el considerar que una persona sufra un infortunio inmerecido. El problema de este enfoque es que atribuir las privaciones de bienestar a la suerte, o a la casualidad, incita a las personas a resignarse ante estas circunstancias, a no sentir la obligación de emprender una acción para remediar las situaciones desfavorables porque se considera que tienen un origen inexplicable más allá del poder de las personas para cambiarlo.

En consecuencia, sostiene Young, las circunstancias que desfavorecen injustamente a algunas personas están indebidamente interpretadas como manifestaciones de mala suerte, ya que en gran medida están condicionadas por las leyes institucionales y prácticas sociales que sitúan a las personas en diferentes posiciones de poder respecto de otras, dan a algunos individuos un estatus más elevados que a otros, o les permiten un amplio rango de opciones para sus acciones en comparación con otros. Una teoría de la responsabilidad personal en relación a la justicia debería cuestionar no sólo de qué manera los individuos son responsables de sus circunstancias, sino también de qué modo deberíamos considerarnos responsables por aquellas que las relaciones institucionales producen en otras personas.

En ese contexto caracterizado por la pérdida de confianza en la capacidad colectiva de dar respuesta a las injusticias, en el que la responsabilidad se sitúa exclusivamente a nivel personal y se considera que si algunas personas están en una situación desfavorecida es porque lo merecen o porque han tenido mala suerte, permanece eclipsada la responsabilidad individual frente a las estructuras comunes que producen injusticias. Young defiende que los antecedentes personales son socioestructurales y, en consecuencia, nos persuade a repensar la responsabilidad con este objetivo. Apoyada en la elaboración teórica de la filósofa Hanna Arendt respecto de la distinción entre culpabilidad y responsabilidad la autora elabora su propia teoría descartando que la culpa, la falta o la obligación sean formas básicas para asignar responsabilidad.

Teoriza los procesos socioestructurales de modo tal que explica por qué la desigualdad estructural es una forma crucial de injusticia. Así, sostiene que la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar o ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para ejercitar o desarrollar sus capacidades. Teniendo en cuenta esta situación, al igual que John Rawls, distingue dos niveles de análisis, el institucional y el individual, cada uno de ellos sometido a un juicio moral diferenciado. Aunque añade que dicho análisis es insuficiente debido a que los actores individuales



también tienen responsabilidad respecto de las estructuras que producen injusticias y, por tanto, Young cree necesario enmarcar la distinción entre estructuras e interacción de tal manera que la acción individual también sea contemplada en el nivel marco del análisis. De este modo, la evaluación de nuestras acciones se debe realizar desde dos puntos de vista diferentes, irreducibles: el interaccional y el institucional. Deberíamos juzgar nuestras propias acciones y las de otros en función de cómo tratamos a las personas con las que tenemos una relación directa, también deberíamos preguntar si y cómo contribuimos con nuestras acciones a procesos estructurales que generan vulnerabilidades de privación y dominación en algunas personas que se encuentran en ciertas posiciones con opciones limitadas en comparación con otras.

Con el estímulo de la pregunta: ¿Cómo deberían pensar los agentes morales la responsabilidad en relación a la injusticia social? Young desarrolla e interpreta los escritos “*Responsabilidad Colectiva*”, “*Culpa organizada y responsabilidad universal*” y “*Eichmann in Jerusalén*” de Hannah Arendt, de los que extrae herramientas para elaborar su teoría de la responsabilidad política que le permitan exponer un pensamiento sobre la responsabilidad en relación a la injusticia estructural. Parte de la distinción de Arendt entre culpa, que concierne a la evaluación moral y legal de lo que los individuos han hecho, y responsabilidad, que atañe al estado de cosas en el mundo. A su vez, considera poco satisfactorio el significado que Arendt otorga a la responsabilidad política: aquella que reside en la mera pertenencia a una comunidad política y es independiente de los actos u omisiones de los individuos que integran dicha comunidad. Para perfilar su elaboración incluye como elementos cruciales de la responsabilidad política las acciones y relaciones sociales en las que las personas se desarrollan política y moralmente. Obtiene de este modo la noción de responsabilidad política como un deber en el que los individuos asumen una postura pública mediante acciones y eventos que afectan a grandes masas de personas y organizan una acción colectiva para prevenir el perjuicio masivo o promueven cambios institucionales para mejor.

Dado que en los casos de injusticia estructural no es posible identificar de qué forma las acciones de una persona concreta, ni siquiera de un agente colectivo determinado, han causado daño inmediato a otras personas concretas, los marcos estándares de la responsabilidad moral y legal, al requerir una conexión lineal entre los actos de una persona con el daño cuya responsabilidad se quiere atribuir resultan insuficientes. Con el objetivo de hacer operativa la atribución de la responsabilidad en relación con la injusticia social estructural, Young propone el *modelo de conexión social*, en virtud del cual, todas las personas que contribuyen con sus actos a los procesos estructurales que ocasionen alguna consecuencia injusta comparten la responsabilidad de esa injusticia.

Este tipo de responsabilidad se configura por las siguientes características: no individualiza a aquellos que considera responsables; tiene en cuenta el entorno y las condiciones contextuales que definen la posición de los actores en la estructura social; no mira primordialmente al pasado, como hace la atribución de culpa, sino ante todo al futuro; entiende la responsabilidad como algo compartido; y considera que solo podemos ejercer nuestra responsabilidad mediante la acción colectiva. Asumir la responsabilidad de la injusticia estructural, según el modelo de la conexión social implica unirse a otros para organizar una acción colectiva que conduzca a reformar las estructuras. Incluso quienes son víctimas de la injusticia estructural también son corresponsables.

El orden institucional global en el que vivimos produce injusticia estructural que traspasa fronteras, y el modelo de la conexión social de responsabilidad, propuesto por Young, puede parecer poco útil para la reflexión moral porque expande el ámbito de las circunstancias en relación a qué personas deberían sentirse responsables. Si se comparte con otros muchos en el mundo la responsabilidad de todas las injusticias sociales que resultan de los procesos estructurales a los que contribuyen con sus actos, ¿es posible emprender una acción concreta frente a problemas tan masivos y diversos? La respuesta de Young es afirmativa, para la autora, decir que la responsabilidad se comparte significa que se atribuye a todos personalmente, sin tener que dividir ni medir. Sin embargo, que compartamos la responsabilidad de este modo como contribuidores, no implica que debamos distinguir los grados y tipos de responsabilidad al pensar en cómo emprender una acción futura para eximirnos de ella. Quienes compartamos responsabilidad deberíamos emprender una acción, pero depende de nosotros decidir lo que es razonable dadas nuestras capacidades y circunstancias particulares. En ese sentido, Young nos ofrece cuatro parámetros de razonamiento sobre la acción individual y organizativa en relación con la injusticia estructural: poder, privilegio, interés y capacidad colectiva, estos parámetros sirven para responder a la idea de que diferentes agentes tienen distintos tipos y grados de responsabilidad de cara a la justicia.

Aunque Young reconoce la relevancia de los Estados y las instituciones internacionales (Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio) para modificar los procesos estructurales y hacerlos más justos, conocedora de que en la mayoría de los casos las leyes y prácticas de estas instituciones están más alineadas con el poder y los procesos que producen y perpetúan injusticia que con aquellos que buscan debilitarla, sostiene que la responsabilidad política en relación con la injusticia estructural debe implicar exigir al Estado y a las instituciones internacionales medidas que reduzcan los diferenciales de poder y privilegio. En este marco, la crítica, la protesta, la organización y la indignación se potencian como necesarias.

Si bien nadie que participe en procesos sociales que causen injusticia estructural está exento de la responsabilidad de unirse a los demás para cambiar tales estructuras, algunos agentes sociales privilegiados por ellas emplean diferentes estrategias para eludir su responsabilidad. Están quienes reifican los procesos, y los equiparan a las fuerzas naturales que uno no puede controlar, otros niegan la conexión entre las personas que no interactúan directamente. Acabar con la injusticia, por último, no forma parte de lo que la mayoría de las personas incluye entre sus obligaciones cotidianas. Todas estas estrategias sólo sirven de excusa para quienes se abstienen de intentar cambiar los procesos estructurales, y pensar cómo unirse políticamente a otras personas para desarrollar conjuntamente una acción con tan loable fin.





Recensión

Religion and the public order of European Union

Ronan McCrea,
(2010) Oxford University Press, Oxford, 294 pp.

Khrystina Kolesen

Universidad Carlos III de Madrid
khrystina.kolesen@gmail.com

Ronan McCrea, Catedrático de Universidad especializado en Derecho constitucional comparado, Derecho de la UE, Derecho público con particular énfasis en derechos fundamentales, secularización y la relación entre ley y religión en democracias liberales, es el autor del libro que voy a analizar.

Al comenzar la obra el autor confiesa que nunca creyó que podría escribir un libro, y aunque la lista de sus publicaciones es extensa, *Religión y orden público en la Unión Europea* es el primero escrito por Ronan McCrea, habiendo sido publicado en 2010.

El libro es el resultado de la tesis doctoral concluida en el Instituto Europeo de la Escuela de Economía de Londres. Con ella, el autor obtuvo el Premio del Consejo de Investigación en Artes y Humanidades de Gran Bretaña y fue galardonada como la mejor tesis doctoral de 2010 por la Asociación Universitaria de Estudios Europeos Contemporáneos.

Desde mi punto de vista, el tema elegido por R. McCrea es evidentemente actual. Recientemente, las cuestiones en torno a la religión, la identidad nacional y las de naturaleza comunitaria han llegado a tener cada vez más importancia en Europa, convirtiéndose en temas de gran debate.

Hoy en día, el tema religioso está especialmente referido a la competencia de cada Estado miembro de la UE, y no se hace visible la importancia de esta cuestión a nivel Europeo. No obstante, existen esferas conectadas con la religión que pueden ser consideradas de común interés e importancia para toda la Comunidad Europea, a saber en materias de educación, empleo, migración, ampliación de la UE, aborto, matrimonio, eutanasia, moral sexual, derechos fundamentales como la libre circulación, la libertad religiosa, etc.

El autor, en este trabajo, se centra en las cuestiones más importantes para los Estados miembros y la Comunidad Europea. En general, los problemas más importantes y actuales -ya mencionados- pueden ser el resultado de la influencia de la religión en el orden público de la UE y en la esfera pública y privada de los

ciudadanos de los Estados miembros. El libro ofrece información de manera detallada, señalando, por un lado, matices sobre cómo el Derecho de la UE determina el rol de la religión y, por el otro, describe la influencia de la religión en el Derecho de los Estados miembros.

✱

Para determinar las ideas principales de la obra podemos decir que la peculiaridad que caracteriza a la UE en su relación con la religión es su propio enfoque basado en la *identidad* y el *equilibrio*. Por lo tanto, la concepción de la religión se entiende como una forma de *identidad individual*, junto a la *identidad colectiva* -cuando se constituye en un elemento de la cultura nacional de los Estados miembros- que a juicio del autor pueden ser mutuamente incompatibles. Así, la facilitación de la identidad colectiva a través de la promoción de las normas comunitarias puede ser incompatible con la libertad de las personas a desarrollar su propia identidad; asimismo, la protección de la identidad individual puede influir en la identidad colectiva religiosa de los demás.

El siguiente rasgo característico destacado por el autor es el *pluralismo* religioso de la Unión. Es decir, identificar el papel de la religión en el orden público como un elemento de identidad pluraliza la religión y ello inevitablemente implica el reconocimiento de más de un tipo de identidad religiosa. R. McCrea opina que esto ayuda a asegurar la autonomía de la esfera pública frente la dominación de cualquier forma única de religión, en particular a nivel de la UE donde no predomina una sola identidad cultural. De esta manera, podemos ver que el enfoque de la Unión caracteriza a la religión no sólo como una opción individual, sino como una parte de la vida nacional que los Estados miembros tienen derecho a mantener. Y la UE, al contrario que los Estados Miembros, puesto que carece de una fuerte identidad cultural propia, debe ser extremadamente cuidadosa para no interferir con la autonomía de los Estados miembros.

311

De ahí que el autor llegue a la conclusión que, debido a su herencia cristiana, la UE no es estrictamente secular. La relación religión - orden público está vinculada a una tradición cristiana humanista que sobreentiende el equilibrio entre la religiosidad cristiana y tradición humanista (que en su lugar enfatiza los conceptos de autonomía individual y separación de la religión y la ley). Dicho de otra manera, la Unión Europea integra la religión en su orden público pero intenta proteger la esfera política de la dominación religiosa y promueve un cierto grado del *equilibrio de las influencias religiosas, culturales y humanistas*.

✱

R. McCrea opina que la problemática en cuestión consiste en la vaguedad del enfoque de la Unión respecto a la religión relacionada a los procesos legislativos y políticos, y llega a la conclusión de que para resolver todas las cuestiones que puedan aparecer hoy en día respecto a la religión, la Unión Europea, siendo cuidadosa en no interferir en la autonomía de los Estados miembros, debe decidir, si en el ejercicio de sus funciones, la obligación de respetar la libertad religiosa simplemente requiere la adopción de un *enfoque neutral* por parte de la Unión, o si es necesario *facilitar las prácticas religiosas*.

En cuanto a las conclusiones que extraigo acerca de la obra, puedo destacar que la UE no tiene una política específica sobre religión, ni ninguna competencia explícita en relación a los asuntos religiosos, a pesar del hecho que la Unión integra



la religión en su orden público y lo considera como una fuente de los valores constitucionales de la Unión con su raíces culturales en Europa.

★

Para argumentar mis ideas y críticas sobre el libro, quisiera hacer una breve introducción acerca de su contenido. En mi opinión, no hay necesidad de mencionar los títulos de los capítulos –en lo que a mí respecta, excesivamente largos–, divididos en varios apartados que a su vez tienen sus propios títulos. Por lo demás, veo de mayor utilidad antes que presentar la estructura, que parece bastante complicada por ser una tesis doctoral, enseñar el orden en el que el autor expone sus ideas principales. De este modo, todas estas cuestiones y las características importantes acerca del rol de la religión en el orden público de la UE el autor las esboza y analiza en la introducción, cinco capítulos y la conclusión.

Dando cuenta de cómo se fue formando el orden público de la Unión, R. McCrea pone énfasis en que la identidad europea originalmente surgió de una *adherencia compartida al cristianismo*, y luego ha sido moldeada por una fuerte *tradición humanista* (en su origen debida al cristianismo) que jugó un papel importante en la experiencia de la secularización que viven la mayoría de Estados miembros desde el siglo XV. Como resultado, *el papel político de la religión ha decaído* dando paso a las ideas liberales y humanistas, mientras que en algunos Estados miembros, la religión todavía conserva cierta influencia sobre la legislación en relación a "cuestiones morales" como el principio y el final de la vida, las estructuras familiares y sigue teniendo un papel importante, en particular, en relación con la salud y la educación.

A continuación, el autor caracteriza la religión *como una fuente de los valores constitucionales de la Unión*, y subraya su papel en el proceso legislativo de la UE. Para ello se refiere al Tratado de Lisboa, en cuyo Preámbulo los valores constitucionales de la Unión derivan de un *equilibrio* -mencionado anteriormente- entre la influencia religiosa, cultural y humanista. De hecho, como señala el autor, ese equilibrio no nos permite caracterizar el enfoque de la Unión como totalmente secular, ni considerarlo ajustado a la teoría de la base religiosa de la moralidad pública europea. Aunque hay un hecho que está completamente claro: el orden público de la UE se compromete a mantener un equilibrio adecuado, pero al mismo tiempo permite a los Estados miembros un alto grado de libertad y no impone limitaciones a otorgar determinado tipo de influencia a la religión. La única condición consiste en que el tipo de equilibrio elegido por el Estado miembro sea compatible con el respeto a los derechos humanos individuales y la democracia que constituyen bienes últimos de la Unión.

Enseguida, está demostrado que la influencia religiosa en la legislación de la UE no se limita a actuar solamente como una fuente de valores constitucionales. También ha sido reconocido que la religión tiene un papel especial en el *proceso legislativo*. Para confirmar esto, el autor apunta que las *entidades religiosas tienen vínculos informales* con las instituciones europeas: la Iglesia Católica, las iglesias protestantes, los grupos musulmanes, judíos, ortodoxos y los humanistas; todos tienen su representación en Bruselas a tiempo completo. El Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa reconocen la *contribución especial* de las iglesias y comunidades religiosas para la formulación de políticas de la Unión. El autor llega a la conclusión de que la Unión considera a los organismos religiosos como actores particularmente importantes en la formulación de la moral pública europea y, sobre

esta base reconoce su importante contribución a la elaboración de leyes y la formulación de políticas de la Unión.

Pero ésta se ha negado a asociarse explícitamente con las ideologías particulares, por lo tanto, ha concedido el mismo *reconocimiento a organizaciones religiosas, filosóficas y no confesionales*. Esto también requiere que los grupos religiosos reconozcan la legitimidad de otras ideologías.

Todo ello certifica la presencia de la mencionada *moralidad pública pluralista* que caracteriza a la UE y representa un *intercambio de las obligaciones* entre la Unión y los Estados miembros. De este modo, la UE tiene la obligación de respetar el principio de pluralismo y garantizar a los Estados miembros el derecho de establecer su propio “orden público”, su “política pública”, su “moral”. A su vez, llegar a ser, y seguir siendo, un Estado miembro de la Unión Europea implica compromisos morales a partir de ciertas nociones de lo “bueno”. Estas nociones se han vuelto vinculantes en la Unión a través de los Criterios de Copenhague, que los Estados miembros deben cumplir y mantener. Así, por ejemplo, la defensa de los derechos fundamentales se considera un elemento clave para la adhesión a la UE, de modo que los Estados miembros deben respetar el pluralismo moral europeo inherente a la *noción de libre circulación*. Tales derechos de libre circulación permiten a los individuos ponerse bajo los diferentes regímenes éticos y, por ende, se les permite llevar a cabo actividades que pueden estar prohibidas por razones de moralidad pública en su país de origen. Se reafirma que el principio de *autonomía individual* es el principio más importante en el orden jurídico de la UE.

Aunque el autor señala que los Criterios de Copenhague constituyen ciertas nociones de “lo bueno” y de la moral pública de la Unión, y en ciertos momentos de los procesos de adhesión limitan el papel de la religión en los procesos legislativos, no dice en qué forma tales criterios puedan definir la relación entre la religión, el derecho y la política.

Se puede apreciar que el R. McCrea subraya el deber de respetar el derecho de los individuos a desarrollar y adherirse a una identidad religiosa de su elección, pero al mismo tiempo indica que las organizaciones religiosas pueden contribuir a los procesos legislativos. Las limitaciones de tal contribución no están identificadas por el autor, lo que en mi opinión resulta sumamente importante ya que los dogmas religiosos pueden ser incompatibles con la autonomía individual.

Más adelante se trata, principalmente, de la protección de la libertad religiosa. Desde un inicio el autor examina separadamente cuatro razones fundamentales por las *cuales la libertad religiosa debe ser protegida*. Las dos primeras razones consideran esta libertad como un medio para evitar la persecución y un instrumento para acabar con los conflictos provocados por la intolerancia religiosa. La tercera justificación se basa en motivos religiosos: Así, una política de tolerancia puede servir como un medio por el cual los adherentes de la fe mayoritaria pueden asegurarse de que su fe se tolerará donde predominan otras religiones. El fundamento último simplemente ve a la libertad religiosa como una parte importante de la sociedad liberal.

Aquí, el autor subraya la importancia de la protección de la libertad religiosa, y como uno de los motivos para ello señala el intento de evitar la persecución y favorecer mantenimiento de la paz. Tal mantenimiento de la libertad religiosa puede tener por objetivo el mero compromiso y la conformación del “contrato de mutua convivencia” para el mantenimiento de la paz. Pero hoy en día la libertad religiosa puede tener un mayor papel en la sociedad democrática, como el servir de base



para comparar virtudes y defectos, para el reconocimiento de las diferencias y del derecho a ser diferente, etc.

El autor distingue dos conjuntos de derechos relacionados con las obligaciones de la Unión respecto a la libertad religiosa. El primero es el deber de respetar el *derecho de los individuos* a desarrollar y adherirse a una identidad religiosa de su elección, mientras que el segundo se centra en el *derecho del Estado a definir el papel de la religión* en la identidad colectiva. En este caso, la religión es considerada como contenido de un *derecho individual* que debe ser protegido por el estado, y como *parte de la cultura* que constituye el Estado. Como resultado, McCrea señala que los enfrentamientos entre el interés del Estado en la preservación de la neutralidad religiosa de la esfera pública y las demandas por parte de los individuos han sido resueltos a favor del Estado. Tal enfoque es consecuente con la idea secular de la esfera pública como un ámbito neutral.

En el contexto del *mercado común*, la religión está considerada tanto *como una opción económica* en el mercado, como un fenómeno que requiere una protección frente a los procesos económicos y comerciales del mercado. La legislación de la UE facilita la identidad religiosa individual al promover la igualdad de trato de todas las religiones a través de la prohibición de discriminación directa e indirecta en el empleo por motivos de religión. Pero también, la Unión Europea ha reconocido a la religión como un elemento de la cultura nacional que los Estados miembros tienen derecho a defender.

Luego, se tratan las cuestiones de la limitación de la influencia religiosa. El enfoque de la Unión frente a la *migración* y la *ampliación* muestra referencias a la limitación de la influencia religiosa sobre el Derecho y la política como prerrequisitos para el respeto de los derechos fundamentales. Además, el deber de aceptar las limitaciones ha sido visto como una obligación de los Estados que deseen adherirse a la Unión y como un deber individual de las personas que desean residir en la Unión. El autor nos ofrece ejemplos de estados como Rumania y Turquía en su proceso de integración en la Unión. Podemos ver cómo la Unión utiliza los Criterios de Copenhague sobre la ampliación para asegurar que los estados solicitantes equilibran su deseo de promover la moral religiosa a través de la ley con las nociones de igualdad y la autonomía individual. Éstas son las cuestiones principales examinadas por el autor respecto a la religión en el orden público de la UE.

*

En mi opinión, este libro aunque esté escrito con un lenguaje científico resulta de interés para toda persona que se encuentra fuera del ámbito del Derecho, siempre y cuando se halle interesada en los temas de la política de la Unión, el “espíritu” de la UE, su moralidad, religión, cultura, etc. Todo el contenido se ofrece de manera clara, dando al lector la posibilidad de formar su propia opinión, llegando a conclusiones sobre sus propuestas. El título del libro: *Religión y orden público en la UE*, contiene ya en sí mismo muchos indicios de lo tratado y el autor consigue no solamente hacer referencia a todos problemas que pueden surgir, sino profundizarlos usando la base normativa de la UE y confirmando todas sus argumentaciones con la práctica de los tribunales.

Al leer los primeros capítulos tuve la impresión que el trabajo tenía un carácter compilatorio. El autor expone las posiciones de diferentes científicos sociales como Durkheim, Habermas, Casanova, Weber, etc. Pero luego, llegué a la

conclusión de que este trabajo tiene una base de fuentes muy amplia que da cuenta que el autor está muy bien informado, recogiendo constantes referencias de la literatura que versa sobre este tema y, lo más importante, es que pudo usarlo para realizar observaciones muy apropiadas.

Debido a que el libro es el resultado de una tesis doctoral, tras la presentación, la estructura me pareció complicada, aunque bien formulada. Como podemos ver, el autor al principio expone la base del enfoque europeo para formular una idea general y hacer una introducción al tema que luego resulta ser bastante amplia. Más tarde, exponiendo todo el material de una manera lógica, McCrea nos permite recibir la información fácilmente.

Con todo esto, considero que el autor realizó un trabajo amplio, que es no solamente una de las mejores tesis doctorales, por su actualidad, su estructura, su base referenciada a las fuentes, el material y la manera de exponerlo, sino es simplemente un libro interesante y útil para cada ciudadano y residente de la Unión Europea.

