



**EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.**  
**Número 1. Septiembre, 2011- febrero, 2012**

**ÍNDICE**

**Presentación**

*José María Sauca* 1

**Estudios**

Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris* 3

*Luigi Ferrajoli*

Jurisdicción multicultural en el Estado liberal: una visión crítica 35

*Jean L. Cohen*

Sobre la dignidad del Derecho 59

*Tomás Vives Antón*

**Foro y ágora**

La reforma de 2010 del Código penal español en materia de corrupción 75

*Francisco Javier Álvarez García*

Las inmunidades de la política en Italia: entre garantía y privilegio 85

*Gianluca Famiglietti y Roberto Romboli*

La erradicación de la tortura como objetivo jurídico: luces y sombras de la 97

contribución del Derecho Internacional

*Fernando Mariño Menéndez*

**Voces de Cultura de la legalidad**

Integridad. *Manuel Villoria* 107

Obediencia al Derecho. *Eusebio Fernández* 114

Responsabilidad moral. *Roberto R. Aramayo* 119

Responsabilidad jurídica. *Juan Antonio García Amado* 125

Cultura legal. *Karina Ansolabehere* 133

Ética de las Administraciones. *Txetxu Ausín* 141

Secreto. *José Luis del Hierro* 148

Legalidad penal. *Carmen Lamarca* 156

Delitos de prevaricación. *Félix Pedreira* 161

Abuso de información privilegiada de Funcionario. *Pilar Otero* 167

**Releyendo a...**

Hans Kelsen: *Preface. On Interpretation*. Estudio introductorio 173

*Álvaro Núñez Vaquero*

**Rincón de lecturas**

Mauricio García Villegas (dir.) (2009), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. 185

*María José Fariñas Dulce*

Mariano C. Melero (2010), *Rawls y la sociedad liberal*. 189

*Paloma de la Nuez*

David. A. Strauss (2010), *The Living Constitution*. 196

*Miguel Núñez Valadez*

Isabel Turégano (2010), *Justicia global: los límites del constitucionalismo*. 202

*Mar Fernández Pérez*



## Presentación

El alumbramiento del número 1 de *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, luce con el especial atractivo de la novedad pero se disciplina como un primer caso representativo de la línea de trabajo que pretende seguir la publicación y que ha sido expuesta, con carácter general, en la *carta a lectores y autores*. En este sentido, destacaría como característica prevalente de este breve número inicial la de aportar una combinación representativa de la pluralidad de perspectivas y temas que animan a la Revista.

De esta manera, en la sección de **Estudios** tenemos la fortuna de concitar las contribuciones de tres autores prestigiosos e influyentes como Luigi Ferrajoli, Jean Cohen y Tomás Vives Antón. Cada uno de ellos aporta una perspectiva disciplinar heterogénea y plantea cuestiones netamente diferenciadas que suponen, sin embargo, un excelente muestrario de materias relativas a la Cultura de la Legalidad. Ferrajoli contribuye con la versión española de un trabajo de contestación a algunas críticas formuladas a una obra suya de largo alcance: *Principia Iuris*. Presenta así una defensa de la más reciente formulación de la teoría garantista de Derecho que propicia su, hasta la fecha, versión más completa de la misma. No se le escapará al lector que esta perspectiva garantista supone una estrategia relevante en las aproximaciones teóricas que pueden proponerse en el ámbito de los estudios de una Cultura de la Legalidad. Jean Cohen aporta una visión teórico-política que focaliza su atención en una de las cuestiones actuales más acuciantes para el Estado de Derecho. Me refiero a la tensión que para el mismo generan las dimensiones de reclamaciones morales subyacentes a la lógica de la diferenciación por razón del género, religión en el espacio público, pluralismo jurídico, etc., presentando una tesis crítica sobre dichas exigencias y restrictiva en cuanto a su alcance justificado. La aportación de Tomás Vives Antón supone una reflexión general sobre los problemas de falta de confianza en el Derecho en la actualidad que se suscita desde la experiencia del ejercicio de la función jurisdiccional, la asesoría técnica en la producción normativa y un largo y fructífero recorrido en la academia penalística.

En la sección de **Foro y Ágora** se presentan el trabajo de Javier Álvarez, el conjunto de Roberto Romboli y Gianluca Famiglietti y el de Fernando Mariño quienes nos ofrecen la exposición crítica de regulaciones jurídicas desde la perspectiva del Derecho español, del internacional y del comparado. La respuesta a temas de actualidad que anima a esta sección aborda, por parte de Álvarez, el análisis de la reforma de Código penal del pasado año que resultó especialmente relevante en materia de lucha contra la corrupción. En segundo lugar, Romboli y Famiglietti nos explican la evolución del reverso de la moneda y detallan la evolución normativa, jurisprudencial y política que ha acompañado a los intentos de limitación de la responsabilidad de cargos públicos en Italia. Finalmente, Mariño, internacionalista y miembro del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, expone las recientes medidas jurídicas desarrolladas en la lucha contra la erradicación de esta práctica cuyo uso quizá ha sido, en los últimos años, más impunemente tolerado bajo excusas relativas a la seguridad.

En la sección de **Voces de Cultura de la Legalidad** incluimos diez contribuciones que representan el amplio abanico de conceptos básicos que debieran nutrir el contexto léxico de la materia. Por un lado, cuestiones teóricas de

carácter básico como las abordadas por Eusebio Fernández y Manuel Villoria y que rezan *obediencia al Derecho e integridad*; conceptos elementales como los tratados por Roberto R. Aramayo, Juan Antonio García Amado, Karina Ansolabehere o José Luis Del Hierro, titulados respectivamente *responsabilidad ética, responsabilidad jurídica, cultura legal y secreto*. Asimismo, se incluyen entradas más específicas como las aportadas por Txetxu Ausín, *ética de las administraciones*, y Carmen Lamarca, *principio de legalidad penal*, o los delitos analizados por Félix Pedreira, *de prevaricación*, o por Pilar Otero, *de abuso de información privilegiada de funcionario*.

La sección de **Releyendo a...** recoge la traducción y el estudio introductorio preparados por Álvaro Núñez Vaquero sobre el prefacio de Hans Kelsen a su libro sobre las Naciones Unidas. No creo que sean muchos los trabajos originales de Kelsen que aguardan su versión en español y menos aún que tengan la trascendencia teórica de la cuestión de la interpretación del Derecho; uno de los aspectos en que quizá la teoría kelseniana se encuentre más cercana a las miradas de la Cultura de la Legalidad.

Finalmente, en la sección del **Rincón de lecturas** se comentan cuatro monografías publicadas en 2010. Las temáticas también se pretende que sean representativas de algunos ámbitos temáticos de la Cultura de la Legalidad: la filosofía política, analizando el concepto de neutralidad en Rawls; la sociología jurídica, comentando modelos de adecuación al cumplimiento de las normas jurídicas; la filosofía del Derecho, sobre las teorías de la interpretación constitucional o, de últimas, ese ámbito singular que conocemos como teoría de la justicia, tratando sobre la justicia global. Estos comentarios han sido realizados tanto por profesores como María José Fariñas o Paloma de la Nuez como por jóvenes investigadores como Miguel Antonio Núñez o Mar Fernández.

En definitiva, este primer número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* incorpora trabajos de variados perfiles de investigadores, ensaya distintas metodologías y aborda temas diferentes que pretendemos resulten significativos de las inquietudes intelectuales que promovemos bajo la rúbrica de la Cultura de la Legalidad.

José María Sauca



## Doce cuestiones en torno a *Principia iuris*\*

Luigi Ferrajoli

Università degli Studi "Roma Tre"

[l.ferrajoli@uniroma3.it](mailto:l.ferrajoli@uniroma3.it)

### Resumen

El trabajo presenta la contestación a algunas críticas que se han dirigido a su obra *Principia iuris*. Seis respuestas abordan temas metateóricos y seis teóricos. Las primeras se refieren: 1) a la justificación del método axiomático en la construcción de la teoría formal del derecho; 2) la idoneidad de la teoría formalizada para sostener una teoría jurídica normativista y realista; 3) la legitimidad científica de la aproximación interna de la ciencia jurídica, y las externas de la filosofía política, la sociología del derecho y de la ciencia política; 4) la especificidad de la ciencia jurídica positiva o dogmática respecto a otras ciencias empíricas; 5) la configuración del paradigma constitucional como un refuerzo del positivismo jurídico y 6) la exigencia jurídica de la completitud del derecho positivo de los actuales ordenamientos constitucionales. Las segundas se refieren a: 1) al paradigma del constitucionalismo democrático, 2) el concepto de igualdad, 3) el problema de las antinomias y de las lagunas, 4) la relación entre libertad y propiedad, 5) la noción de federación y 6) las perspectivas de la construcción europea. Por último, concluye con referencias a su itinerario intelectual y político.

### Palabras clave

Constitucionalismo, derechos fundamentales, positivismo jurídico, democracia constitucional y garantismo.

## Twelve questions on *Principia iuris*

### Abstract

This work responds to several critics which were directed to *Principia iuris*. Six answers deal with meta-theoretical issues and another six with theoretical. The first ones referring to: 1) the justification of the axiomatic method within the construction of the formal theory of Law; 2) the suitability of the official theory to support a normativist and realistic juridical theory; 3) the scientific legitimacy of the internal approach of juridical science and the external one of the political philosophy, the sociological law and the political science; 4) the specificity of the positive juridical science or dogmatic regarding other empirical sciences; 5) the configuration of the constitutional paradigm as an effort of juridical positivism and 6) the juridical demand of completeness of the positive law by the current constitutional legislation. The second ones refer to theoretical issues, 1) to the paradigm of democratic constitutionalism, 2) the concept of equality, 3) the problem of antinomies and legal gaps, 4) the relationship between freedom and property, 5) the concept of federation and the prospective of European construction. Finally, it concludes with some references regarding Ferrajoli's intellectual and political course.

### Keywords

Constitutionalism, fundamental rights, juridical positivism, constitutional democracy and garantism.

\*Traducción de José Roberto Ruiz Saldaña

## 1. Introducción

Agradezco a Stefano Anastasia, Tamar Pitch y Eligio Resta por haber promovido dos buenas discusiones sobre mis *Principia iuris*: la realizada en Perugia, el 22 de abril de 2009, y la de Roma, el 14 de diciembre de 2010. Y agradezco a todos los amigos y colegas que intervinieron por sus juicios complacientes sobre mi trabajo y por sus intervenciones críticas y problemáticas, todas ellas estimulantes.

Distinguiré los muchos temas tratados en nuestras discusiones en doce cuestiones: seis de carácter metateórico y seis de carácter teórico. Las cuestiones metateóricas tienen que ver con el empleo, singular y en apariencia difícil, del método axiomático en la construcción de la teoría formal del derecho, el estatus metateórico de la teoría respecto a las diversas aproximaciones disciplinarias del estudio empírico de los fenómenos jurídicos y la consecuente idoneidad de la teoría formalizada para resolver las tradicionales oposiciones entre normativismo y realismo, entre formalismo y sustancialismo, entre voluntad y razón, entre iuspositivismo y rol constructivo de la ciencia jurídica. Las cuestiones teóricas tienen que ver, en cambio, con temas específicos de teoría del derecho y de la democracia: el paradigma del constitucionalismo democrático, el concepto de igualdad, el problema de las antinomias y de las lagunas, la relación entre libertad y propiedad, la noción de federación y las prospectivas de la construcción europea. Finalmente, Giovanni Palombarini y Dario Ippolito quisieron recordar mis años en la magistratura y mis escritos de aquella fase, intensa y decisiva, de mi formación.

## 2. Cuestiones metateóricas

Las cuestiones metateóricas, sobre las cuales intervinieron Gaetano Azzariti, Simona Sagnotti, Maria Rosaria Marella, Giacomo Marramao, Salvatore Senese, Tamar Pitch, Francesco Cerrone, Aurelio Gentili y Fabrizio Mastromartino, se refieren tanto a la dimensión sintáctica de la teoría del derecho, es decir, al método axiomático empleado en su construcción, como a su dimensión semántica y pragmática, entre ellas vinculadas, una relativa a la relación entre la teoría y las diversas aproximaciones disciplinarias -jurídica, sociológica y politológica- del estudio del derecho y, la otra, referente al rol normativo -además de explicativo- en las relaciones del propio objeto asignado, pasando por la estructura misma del paradigma constitucional, la teoría del derecho y la ciencia jurídica en sus dimensiones rigurosamente iuspositivistas.

### *El método axiomático*

Gaetano Azzariti identificó en el empleo del método axiomático una primera razón de la dificultad y de la desconfianza con la cual la teoría del derecho que he elaborado fue recibida por la doctrina constitucional italiana. Soy consciente de ello plenamente. Por ello advertí desde la introducción que las dificultades, ciertamente innegables en la construcción de la teoría, son para el lector más aparentes que reales, y es suficiente, para superarlas, ignorar totalmente el cálculo lógico que es solo un instrumento de elaboración y de control del discurso.

Las razones de la axiomatización de la teoría están estrictamente ligadas a la naturaleza del lenguaje teórico. De ello habló bien Simona Sagnotti. A diferencia del lenguaje de las ciencias jurídicas positivas, unido dogmáticamente a los usos lingüísticos del legislador, el lenguaje de la teoría es un lenguaje artificial, construido por el teórico mediante *asunciones* y *definiciones estipulativas*. Sería absurdo ir a

buscar en los códigos o en otros textos legislativos el significado de palabras como “norma”, “ordenamiento”, “acto ilícito”, “obligación”, “prohibición” y similares, en el mismo modo en el cual debemos, en cambio, recabar de los textos de las leyes el significado normativo, que redefinimos con *definiciones lexicales*, de conceptos como “mutuo”, “compraventa”, “robo”, “homicidio”, “estafa” y similares, normativamente definidos por el legislador. Entonces, si el lenguaje teórico es un lenguaje convencional construido por la teoría misma, no solo *podemos*, sino que *debemos* construirlo de la manera más rigurosa. Esto es lo que se ha hecho posible con el empleo del método axiomático: con base en éste todos los términos de la teoría son *definidos* mediante otros términos teóricos, en aplicación de reglas de formación previamente establecidas, y todas las tesis de la teoría son *demostradas* como teoremas a partir de otras tesis teóricas, con el auxilio de reglas lógicas de transformación también ellas preestablecidas. Naturalmente, para evitar el regreso al infinito, algunos conceptos son asumidos como indefinidos en forma de *primitivos* y algunas tesis son asumidas como indemostrables en forma de *postulados* y de *definiciones*.

Las ventajas de este modo de proceder, ciertamente difícil y laborioso, son muchas y todas científicamente importantes. En primer lugar, la *univocidad semántica* del lenguaje y la *coherencia* interna del discurso teórico, cuyas tesis o teoremas son todas lógicamente verdaderas, por ser tautológicas, respecto a las premisas. En segundo lugar, la potenciación del razonamiento teórico, método que permite no solo el *control* lógico del discurso, sino también el *descubrimiento* de la verdad, respecto de las premisas, de tesis no derivables de estas intuitivamente e, inversamente, el *descubrimiento* de la falsedad, respecto a las mismas premisas, de tesis con frecuencia aceptadas intuitivamente como verdaderas. En tercer lugar, la *transparencia* de las opciones iniciales o primitivas, es decir, de los postulados y de las definiciones, que no son ni verdaderas ni falsas sino solo puestas a prueba por la fecundidad explicativa revelada por sus implicaciones, o sea, por su idoneidad para hacer derivables tesis consideradas efectivamente verdaderas y no derivables tesis consideradas efectivamente como falsas. En cuarto lugar, y consecuentemente, un más *claro planteamiento* del debate teórico, dado que solo tales opciones iniciales y transparentes son las que vienen expuestas en la discusión y a su eventual corrección, siendo las otras tesis de la teoría derivadas lógicamente de aquellas.

Es así que la teoría puede desarrollar, a partir de la formulación de los cuadrados y de los hexágonos deónticos de las modalidades y de las expectativas, los que llamé *principia iuris tantum* de la coherencia y de la completitud; los cuales -diversamente de aquellos que llamé *principia iuris et in iure*, que son principios jurídicos internos al derecho positivo, reformulados por las diversas disciplinas dogmáticas- son principios teóricos externos al sistema jurídico, del cual reflejan la sintaxis lógica y la estructura interna normativa imponiéndole su “deber ser”, es decir, la coherencia y la completitud con sus *principia in iure*: un deber ser al mismo tiempo lógico y jurídico, sobre la base del cual, escribe Simona Sagnotti, la teoría “ejercita una función de control lógico sobre las interconexiones que pueden darse o no darse entre las diversas partes de un ordenamiento jurídico”.

Todo esto hace injustificable, por deberse a un mal entendido, la desconfianza en el método axiomático que, como observó Azzariti, se generó de la impresión de un “valor absorbente, en cierto sentido totalizante [no creo en cambio que pueda decirse totalitario<sup>1</sup> (Rescigno, 2008a, 2008b: 41-51)] de la teoría axiomática”, como si con la axiomatización la teoría pretendiera “dar reglas al poder por vía analítica” y, así, “lo real pudiese quedar sujeto a lo ideal”. El carácter

<sup>1</sup> Pueden ver mis respuestas en *Costituzionalismo.it* y *Antigone*, durante el año 2008.

axiomático y sistemático, recuerda de hecho Azzariti, tiene que ver con la teoría general del derecho, es decir, con el apartado conceptual y el sistema de las relaciones sintácticas necesarias a cualquier discurso sobre cualquier experiencia jurídica, ya sea simple o compleja, democrática o antidemocrática. Tiene que ver entonces, solamente, con la teoría, la cual es formal,<sup>2</sup> y por ello formalizable, porque no nos dice nada sobre la realidad de los ordenamientos concretos, sino se limita a identificar -en un lenguaje que por su artificialidad bien puede ser construido de la manera más rigurosa- las categorías elementales y las estructuras sintácticas -por así decir, las formas *a priori*- de los discursos no solo jurídicos, sino también políticos y sociológicos en torno al derecho de cualquier ordenamiento.

Al contrario, tanto la ciencia constitucional como la teoría normativa de la democracia son disciplinas empíricas, una unida a cada ordenamiento positivo concreto, otra a la experiencia histórica de las presentes democracias constitucionales. Se desarrollan por ello en un nivel de discurso diverso de aquel del discurso teórico, de cuyo aparato conceptual y sintáctico hacen, sin embargo, necesariamente uso. La concepción crisafuliana de la Constitución como documento político y normativo recordada por Azzariti, por ejemplo, es en consecuencia totalmente incompatible con la teoría axiomatizada, no diversamente que de otras concepciones, sean estas normativistas o realistas, formalistas o institucionalistas.

### *Normativismo y realismo*

Llego de esta forma a la segunda razón, señalada por Azzariti, de la desconfianza de la actual doctrina constitucional frente a la teoría axiomatizada.

Esta segunda razón tiene que ver con una cuestión más amplia y de fondo: la de la semántica de la teoría del derecho y de sus relaciones con la ciencia jurídica positiva y, en particular, con la ciencia constitucional. Azzariti subraya el contraste entre la dimensión normativa que he asignado a la teoría del derecho y a la de la democracia constitucional, y las vertientes realistas prevalecientes en las actuales orientaciones de los constitucionalistas italianos. Asociada a la tesis del carácter formal de la teoría del derecho (pero no de la democracia), sobre la cual regresaré más veces, esta dimensión hizo inscribir mi trabajo en el “formalismo normativista”, por mucho tiempo criticado, y finalmente superado por la actual doctrina que “por años fue cubierta por la capa del dogmatismo, construida en Italia en la forma rara y falsamente ascética del ‘método jurídico’ orlandiano”.

Podría limitarme a subrayar que muchas veces critiqué, más con referencia a los ordenamientos dotados de constitución rígida, el método técnico-jurídico y la pretensión avalorativa de la ciencia del derecho que desde hace siglo y medio pesaron no solo sobre las disciplinas publicistas sino sobre la entera ciencia jurídica, ocultando en realidad las operaciones políticas de legitimación acrítica del derecho

<sup>2</sup> “Formal” en el sentido de Bobbio (1955: VI): “La teoría general del derecho es una teoría formal del derecho en el sentido que estudia el derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma, independientemente de los valores a los cuales esta estructura sirve y del contenido que sostiene... Es inútil decir que esta idea fue elaborada, en su forma más notable, por Kelsen”, cuya doctrina o teoría es “pura” o “formal” en el sentido mencionado. En este sentido, véase también N. Bobbio, (1954: 145-147). [Hay traducción al castellano con el título “La teoría pura del Derecho y sus críticos” en *Contribución a la teoría del Derecho*]. Sobre el carácter “formal” de los conceptos y de las tesis teóricas, reenvío a Ferrajoli (2001: 5-9; 123-145, 279-288 y 298-309). [Hay traducción al castellano con el título *Los fundamentos de los derechos fundamentales*]. Añado que el carácter “formal” de la teoría en nada implica, como mostraré en la nota 11, la naturaleza descriptiva y avalorativa reivindicada por Kelsen y por Bobbio. Reenvío, para una crítica de esta última connotación kelseniana y bobbiana de la teoría del derecho a Ferrajoli (2007: 21-38) (en adelante *Pil, Pili e PIII*), y a Ferrajoli (2009: 14-22).

vigente a ellos subyacentes.<sup>3</sup> Pero la cuestión de fondo en la oposición entre normativismo y realismo jurídico es mucho más compleja, y va más allá de las cuestiones de método, pues tiene que ver con la naturaleza misma de las presentes democracias constitucionales caracterizadas por una divergencia estructural entre el deber ser normativo del derecho y su ser efectivo: una doble divergencia, una entre validez y vigor y la otra entre vigor y efectividad de las normas, que solo la construcción de un sistema complejo de funciones y de instituciones de garantía es capaz, en mi parecer, de reducir, si bien es cierto, jamás de eliminar completamente.

En mi parecer, de hecho, como recordó Maria Rosaria Marella, en presencia de constituciones rígidas, que establecen las condiciones de validez no solo formal sino también sustancial del derecho vigente, la ciencia jurídica no puede ser ni solo normativista ni solo realista, sino debe ser una y la otra conjuntamente: *normativista* en el análisis del *deber ser* normativo y específicamente constitucional de las leyes y, más en general, de la producción jurídica; *realista* en el análisis y en la crítica de su *ser* efectivo, es decir, de los perfiles de invalidez y de ineffectividad, además de validez y de efectividad de las normas vigentes.<sup>4</sup> Solo de esta forma se pueden evitar las dos opuestas falacias que permiten una aproximación unidimensional al derecho positivo: la *falacia normativista* de quien mira únicamente a las normas y al “deber ser normativo” del derecho, imposibilitándose así, como en la teoría kelseniana, a reconocer la existencia de normas inválidas pero vigentes y de normas ineffectivas pero válidas; y la *falacia realista* de quien, mirando solo a los hechos y al “ser efectivo del derecho”, no está en posibilidad de reconocer la existencia de normas válidas pero ineffectivas y de normas inválidas pero efectivas. Si la primera falacia es la expuesta por la vieja escolástica normativista y justificó, como escribe Azzariti, “la rebelión en contra del formalismo” de la reciente doctrina constitucional, hoy el mayor riesgo es el presentado por la segunda falacia: lo que Azzariti llamó el “hiper-realismo, que asumió el mero hecho como única expresión de lo jurídico” y que “la doctrina italiana terminó por adoptar”.

Y bien, en contra del rol de legitimación de lo existente desarrollado por ambas falacias -una porque descuida el derecho como hecho, la otra porque descuida el derecho como norma- la teoría formal del derecho, teorizando la doble naturaleza de los fenómenos normativos (como hechos respecto a las normas que los regulan y como normas respecto a los hechos por ellas regulados) y las inevitables divergencias deónticas que traen consigo, permite apreciar del derecho vigente tanto los perfiles de validez y de invalidez como los perfiles de efectividad y de ineffectividad. Permite, en particular, identificar y criticar las antinomias, generadas por las violaciones de comisión, y las lagunas, generadas por las violaciones de omisión, de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

### *Formalismo y sustancialismo*

Hay una segunda oposición que el paradigma constitucional permite superar: aquella entre forma y sustancia, o sea, entre formalismo y sustancialismo y, en consecuencia, entre ius-positivismo e ius-naturalismo, del mismo modo invocada por

<sup>3</sup> Me limito a recordar Ferrajoli (1999: 5-59, 102-104). [Hay traducción al castellano con el título “La cultura jurídica en la Italia del Siglo XX”, en *Epistemología Jurídica y Garantismo*]; Ferrajoli (2007:21, 38 y 40-41); y Ferrajoli (2009: 14-22).

<sup>4</sup> Reenvío, sobre esta crítica de la falsa oposición entre normativismo y realismo, a Ferrajoli (1983), en particular §§ 5-7. [Hay traducción al castellano con el título “La semántica de la teoría del derecho”, en *Epistemología Jurídica y Garantismo*]; Ferrajoli, (1999: 110-113); Ferrajoli (2003, 361-364). [Hay traducción al castellano con el título “La pragmática de la teoría del derecho”, en *Epistemología Jurídica y Garantismo*]; Ferrajoli (2007: 8-20), en *Pil*; Ferrajoli (2008a: 30-37). Véase también Prieto Sanchís (2009: 57).





Azzariti con sus justas observaciones críticas en lo que hace al tendencial iusnaturalismo de las actuales doctrinas neo-constitucionales. Estas doctrinas, sobre la base de la configuración de las normas constitucionales no ya como reglas, sino como principios (o valores) morales -susceptibles de ponderación y hasta de derogación, en vez de solo aplicación a causa de su vaguedad y de su tendencial conflicto- terminaron por debilitar el carácter vinculante del “texto normativo” de la constitución y por avalar un “subjetivismo interpretativo” y un activismo judicial que corren el riesgo de debilitar también la legitimación de la jurisdicción.<sup>5</sup> Una análoga oposición fue destacada también, por otra parte, por Maria Rosaria Marella, quien reveló la singular “actitud antiformalista” de la reciente doctrina civilista que se manifiesta en el rechazo del “conceptualismo propio de la teoría general” en cuanto “sinónimo de conservadurismo”, en la “atención por el llamado derecho viviente”, en la preferencia por “una aproximación funcionalista” bajo “la influencia de movimientos surgidos más allá del Atlántico” como el del análisis económico del derecho, así como en el “llamado al antiformalismo y a la función creadora de la jurisprudencia”.

Pues bien, no diversamente de la falsa oposición entre la concepción del derecho como “norma” y aquella del derecho como “hecho”, también la idea del derecho como “forma” y la idea del derecho como “sustancia” e instrumento de concreta tutela, no son en absoluto alternativas entre sí. Como afirmó Azzariti, según el paradigma constitucional que he teorizado, “las normas y su validez poseen una doble dimensión: por un lado, la formal”, relativa a la conformidad de las formas de la producción normativa y, “por otro lado, la sustancial”, relativa a la coherencia de la sustancia de las normas producidas con las normas constitucionales. Estas dos dimensiones de la validez, una impuesta por “normas formales” sobre el *quién* y sobre el *cómo* de las decisiones, y la otra por “normas sustanciales” sobre el *qué* es prohibido o es obligatorio decidir, inciden, por otra parte, sobre la democracia constitucional uniendo también, como recordaron Francesco Cerrone, Giacomo Marramao y Alessandro Ferrara, junto a la tradicional dimensión *formal* expresada por las formas representativas de las funciones políticas de gobierno y relativa a la *esfera de lo decidible*, una dimensión *sustancial*, asegurada por los límites y por los vínculos impuestos a tal esfera por los derechos constitucionalmente establecidos, relativa a la que he llamado la *esfera de lo indecidible*: la esfera de lo no decidible *que*, conformada por los *derechos de libertad*, y la esfera de lo no decidible *que no*, conformada por los derechos sociales.

Precisamente esta nueva relación entre forma y sustancia fue también subrayada por Giacomo Marramao como la característica distintiva del constitucionalismo rígido y del paradigma teórico que he elaborado: una “cesura” y un “vuelco”, ha escrito, “respecto a la tradición de un derecho público anclado sobre el concepto fuerte de soberanía”; es más: “una inversión diametral del orden de las relaciones entre ‘forma’ y ‘sustancia’” que, “reclasificando radicalmente la pareja política-derecho, determina una sensible recaída sobre la definición misma de ‘democracia’”. Gracias a esta nueva relación entre forma y sustancia es satisfecha por el constitucionalismo rígido la exigencia de la limitación jurídica del poder en la cual Salvatore Senese identificó el problema recurrente en toda la historia de la filosofía política: “arbitrio *versus* norma, *voluntas/ratio*, poder/ley, son estos los polos de la tensión que atraviesa el pensamiento político-jurídico del occidente y con el cual el teórico del derecho se debe confrontar”.

Esta tensión permaneció como no resuelta en el viejo estado legislativo de derecho, en el cual la ley se configuraba como expresión de la voluntad general

<sup>5</sup> Para una crítica de estas doctrinas, reenvío a Ferrajoli (2010: 2771-2816).

inevitablemente expuesta, escribe Senese, a la “deriva jacobina”. Pues bien, el pacto constitucional no es más que la imposición a la voluntad general de aquella *esfera de lo indecidible*, a tutela no solo de los derechos de la persona sino de la democracia misma, contra sus posibles degeneraciones despóticas. El antiguo y recurrente dilema y contraste entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, entre razón y voluntad, entre derecho natural y derecho positivo, entre Antígona y Creonte, que desde la antigüedad atravesó la historia de la filosofía jurídica y política, fue así en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas con la positivación de aquella *ley de la razón*, históricamente determinada y contingente, que se expresa en los principios y en los derechos fundamentales por ellas estipulados como límites y vínculos a la *ley de la voluntad*, que en democracia es la ley del número expresada, en cambio, por el principio mayoritario. Estos límites y estos vínculos, como bien sabemos, son hoy no solo muy frecuentemente violados, sino también rechazados por las actuales culturas populistas y mayoritarias. De aquí, observa Azzariti, la “diferencia entre normas y realidad, de frente a la cual hoy nos encontramos” y “el bajo grado de democraticidad en el plano fáctico” de nuestro sistema político. De aquí, escribe Marella, “el sentido de un análisis formal de las categorías jurídicas” destinado a “una crítica *al interior* del derecho mismo”. De aquí, agrega Marramao, “la idea de que el iuspositivismo constitucional esté llamado a desempeñar, en sus relaciones con el derecho vigente, un *rol crítico-normativo análogo a aquél desempeñado en el pasado por el derecho natural*”.

#### *Teoría del derecho, ciencia jurídica y sociología del derecho*

La divergencia deóntica entre derecho como norma y derecho como hecho, o sea, entre validez, vigor y efectividad, permite repensar no solo en la ciencia del derecho sino en el mapa entero del saber jurídico dentro de lo que llamé, recuerda Marella, un “modelo integrado” de ciencia del derecho. Esta integración es, en realidad, hecha posible precisamente por el carácter formal de la teoría del derecho respecto a la cual los diversos saberes jurídicos se configuran como otras tantas interpretaciones empíricas o semánticas. “Lejos de traducirse en un formalismo abstracto”, escribe por ello Marramao, la axiomatización y la formalización de la teoría permiten superar “aquella involución escolástica de la ius-analítica que se manifiesta en una verdadera y propia fobia por las visiones ideológicas o por las contaminaciones sociológicas, traicionando su paradójica sumisión a una tradición pandectística férreamente abrazada a la idea del derecho como ciencia autónoma o lenguaje disciplinario autosuficiente”.

Llego así a la cuestión de carácter epistemológico subrayada por Tamar Pitch. Desde al menos un siglo y medio nuestros estudios -por múltiples razones, de no poca importancia las separaciones disciplinarias introducidas por su organización académica- son objetados por una absurda ignorancia, desconfianza e impermeabilidad entre aproximaciones sociológicas y aproximaciones filosófico-políticas. Cada una de estas aproximaciones se afirma como privilegiada o peor, como “científicamente” exclusiva respecto a todas las otras. Es “la insidia del imperialismo disciplinario” que fue denunciada por Norberto Bobbio: una insidia “que enfrenta los historiadores a los filósofos, los juristas a los politólogos, los sociólogos a los historiadores y así sucesivamente”. “En el vastísimo, siempre más vasto, universo del saber”, agregaba Bobbio, “hay afortunadamente espacio para todos”, y la utilidad de la reflexión metodológica consiste en “hacer más consciente, a cada uno en su propio campo, de los límites del propio territorio y del derecho a existir de otros terrenos lejanos o vecinos” (Bobbio, 1990)<sup>6</sup>. Contra esta recíproca ignorancia y

<sup>6</sup> Ahora en la obra del mismo Bobbio, *Teoria generale della politica*. [Hay traducción al castellano con el título “Las razones de la filosofía política”, en *Teoría general de la política*].



desvalorización -responsable de un sustancial analfabetismo filosófico y sociológico de la mayor parte de los juristas y de los sociólogos del derecho- debemos simplemente reconocer la desconfianza sobre los puntos de vista y, con ello, sobre los métodos de investigación, de las múltiples aproximaciones disciplinarias -la de la ciencia jurídica, la de la sociología del derecho y la de la filosofía política- todas esenciales, y ninguna exclusiva, para el estudio de los fenómenos jurídicos. Como escribe con razón Tamar Pitch, “el objeto de investigación” de estas diversas disciplinas “es siempre, en parte, construido por su definición, el cual es un particular modo de verlo”.

De hecho, podemos mirar el derecho desde puntos de vista diversos, correspondientes a otras preguntas y respuestas con las cuales puede ser formulada y resuelta la cuestión “de ¿qué hablamos cuando hablamos del derecho?”<sup>7</sup> Podemos preguntarnos, en primer lugar, *cuál es el derecho de un ordenamiento dado* y responder, en sede de *ciencia jurídica*, que consiste en un conjunto de normas, de las cuales es reconocible la *existencia* y la *validez* sobre la base de su producción de conformidad con las normas establecidas por el ordenamiento mismo. Podemos preguntarnos, en segundo lugar, *para qué sirve y qué significa el derecho*, y responder, en sede de *filosofía política*, que es un conjunto de normas destinado a asegurar el orden y la paz, o a satisfacer determinadas exigencias de *justicia* como las expresadas, por ejemplo, por un conjunto de principios y de derechos fundamentales. Podemos preguntarnos, en tercer lugar, *cómo funciona en concreto el derecho* y en cuáles formas y medidas condiciona, en la práctica de los diversos ordenamientos, los comportamientos humanos y las relaciones sociales, y responder, en sede de *sociología del derecho*, que el derecho es lo que hacen concretamente los tribunales y los operadores jurídicos o, más en general, que es el conjunto de prácticas sociales por él determinadas y sobre cuya base es posible medir su grado de *efectividad* y de *inefectividad*.

Pues bien, si reconocemos que el derecho positivo es un sistema normativo producido por los hombres, del cual es analizado el contenido normativo, se indaga el grado de efectividad y se valora el grado de justicia, debemos también reconocer que las diversas aproximaciones o puntos de vista desde los cuales puede ser visto -el interno de la ciencia jurídica, el externo de la filosofía política y el fáctico externo de la sociología del derecho y de la ciencia política- se han de considerar rigurosamente distintos, pero precisamente por ello no podemos ignorarlos entre sí. Han de distinguirse, sin por esto ser tomado alguno como exclusivo, si se quieren evitar las diversas falacias ideológicas -normativistas y realistas, como se dijo en el párrafo que precede, pero también iusnaturalistas y ético-legalistas- que provienen de su confusión o también, simplemente, de la pretensión de que cualquiera de estos puntos de vista sea el único científicamente legítimo. En particular, han de tenerse distinguidas y distantes, sobre el plano de la meta-teoría semántica, la aproximación jurídica, que mira al derecho como norma respecto a los hechos por él regulados, y la aproximación sociológica, que mira al derecho como hecho respecto a las normas por las cuales es regulado: en síntesis, las normas y los hechos, las normas y sus aplicaciones. Como precisamente observa Tamar Pitch, “esta distancia se anula si el derecho”, como sucede en muchas concepciones de tipo realista, “es definido como ‘práctica social’, ya que vienen a coincidir normas, interpretaciones y aplicaciones;” con el resultado que la así llamada práctica social, cualquiera que sea, es de hecho legitimada como derecho válido, más allá de su deformidad, por las normas que la regulan.

<sup>7</sup> Es la primera de las tres cuestiones metateóricas -la cuestión *semántica* (las otras son la cuestión *sintáctica* y la *pragmática*)- de las cuales traté en la Introducción de *Principia iuris*.

ESTUDIOS

Hay después un segundo aspecto bajo el cual puede ser mirada la distinción entre normas y hechos. No tiene que ver más con la dimensión semántica, sino con la dimensión pragmática del paradigma constitucional. Es necesario, escribe Francesco Cerrone, “mantener clara esta distinción: hecho y derecho, dimensión normativa y aspectos pragmáticos del derecho deben rigurosamente distinguirse”. Sin embargo, agrega Cerrone refiriendo la valencia simbólica y cultural del constitucionalismo, “en la realidad de la experiencia jurídica, hecho y derecho están íntimamente unidos”, en el sentido que los principios constitucionales funcionan como normas solo si son de hecho socialmente compartidos, y llegan a ser menos si son removidos del sentido común sin que sus violaciones susciten disensos y rebeliones. Cerrone recuerda, en apoyo de este nexo pragmático, la advertencia de Bobbio al concluir la Introducción a *Derecho y razón*: “también el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo la propia garantía, y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que, normativamente declarados, no son siempre efectivamente protegidos” (Bobbio, 1989: XIV).<sup>8</sup> Sin esta intervención activa, si de hecho los principios constitucionales no son compartidos, si existe y se generaliza la divergencia entre normas y práctica social, entre principios constitucionales y sentido común, la democracia constitucional se vacía y desvanece, aun sin formales golpes de estado.

Desde la perspectiva de estos dos aspectos y sentidos mencionados, la cuestión de la divergencia entre normas y hechos es, en suma, una cuestión de fondo, quizá la cuestión central de toda la teoría del derecho y de la democracia, por tener que ver con el rol normativo mismo del derecho positivo y, en particular, con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. La cuestión es fundamental sobre todo hoy, en la edad de la globalización, frecuentemente descrita, escribe Pitch, “en términos de prevalencia de la *lex mercatoria* y al mismo tiempo del lenguaje de los derechos”. Ya que derechos y *lex mercatoria* están siempre, entre sí, en virtual conflicto, es esencial, afirma Pitch, defender el “deber ser de los derechos según sus enunciados normativos presentes en las cartas nacionales, supranacionales e internacionales” respecto a las dinámicas de otro modo desreguladas y salvajes del mercado. Por esto, si no aclaramos “la distancia y la desconfianza” entre normas y hechos y el rol normativo de las primeras en sus relaciones con los segundos, se termina inevitablemente por avalar como derecho existente, casi como un fenómeno natural, lo que de hecho sucede: por legitimar, repito, la prevalencia de los hechos, o sea, de la práctica social, sobre las normas y en particular sobre los derechos.

Es lo que está sucediendo hoy con la disolución del derecho del trabajo producida, recuerda Pitch, por aquello que Alain Supiot llamó “el advenimiento de un nuevo feudalismo, donde la ley pierde el rol de tercero y las relaciones entre las personas, no más mediadas por la ley, regresan a una posición de tipo, precisamente, feudal, o sea de subordinación personal”. Fueron ejemplares, bajo este aspecto, los casos de Pomigliano y Mirafiori, en los cuales la ideología liberista logró acreditar las relaciones de fuerza del mercado como necesarias en cuanto naturales. Es este nexo entre necesidad y naturaleza el que debe ser rechazado por tratarse de un *non sequitur*. Es verdad, la ley del más fuerte es la ley de la naturaleza por antonomasia. Sin límites y sin reglas ésta, de hecho, prevalece “naturalmente”. Pero precisamente esto confirma la naturaleza salvaje, en ausencia

<sup>8</sup> [Hay traducción al castellano con el título *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Se recuerda, sobre esta doble garantía, política y social, el último artículo de la Constitución francesa del año III: “El pueblo francés pone los contenidos de la presente Constitución a la fidelidad de los Cuerpos legislativos, el Director ejecutivo, los administradores y los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, las esposas y los maridos, al afecto de jóvenes ciudadanos, al valor de todos los Franceses”.

de límites y reglas, de cualquier poder y el rol del derecho, en el cual reside su razón social, como ley del más débil. Ciertamente, la falta de integración jurídica de Europa, aún hoy poco más que un mercado común, como sostiene Sergio Marchionne, permite colocar la producción en los países de la Unión en los cuales son menores las garantías del trabajo. Es aquí donde se manifiesta la aporía y el límite de Europa por defecto de derecho y de garantías, reveladas también por Marella: los derechos establecidos en la Carta de Niza están destinados a permanecer sobre el papel sin un común y adecuado sistema de garantías, que si hubiese un solo derecho del trabajo y un sindicato unitario, cada uno a nivel europeo.

### *El estatuto epistemológico de las disciplinas jurídicas positivas*

Como se dijo al final del apartado sobre el *método axiomático*, la teoría del derecho es una teoría formal, que por sí misma no nos dice nada sobre la realidad sin una adecuada interpretación empírica o semántica. Sus tesis, o mejor todavía, sus asunciones primitivas, no son ni verdaderas ni falsas sino solo más o menos dotadas de capacidad explicativa frente a los fenómenos jurídicos, los que pueden ser vistos desde los tres diversos puntos de vista, a saber, el de la filosofía de la política, el de la ciencia jurídica y el de la sociología del derecho, correspondientes a las respectivas interpretaciones empíricas o semánticas de la teoría. Mientras la filosofía política normativa es una disciplina axiológica, que elabora los criterios y los principios de justicia con los cuales deben ser construidos y valorados los ordenamientos jurídicos, la ciencia jurídica positiva y la sociología del derecho son disciplinas empíricas, cuyas tesis están engarzadas, respectivamente, a las normas y a los hechos por lo que son susceptibles de verificación o falsación, una sobre la base de lo que dicen las normas, la otra sobre la base de lo que de hecho acaece. Hablé apenas de la aproximación jurídica-sociológica, cuyo estatus es obviamente el de cualesquiera de las ciencias empíricas, con los caracteres específicos de las ciencias sociales. Me ocuparé ahora del estatus epistemológico de la ciencia jurídica positiva -que llamamos “dogmática” por el carácter de “dogmas” que para los juristas tienen las normas del derecho positivo- sobre el cual intervino, con su acostumbrado rigor analítico, Aurelio Gentili.<sup>9</sup>

La especificidad de la dogmática respecto a otras ciencias empíricas consiste en el carácter lingüístico de su objeto de investigación que hace, del lenguaje dogmático, un meta-lenguaje respecto al lenguaje del discurso del legislador en el cual tal objeto consiste. Pues bien, me pregunta Gentili: ¿las proposiciones de la dogmática “son solo descriptivas” o son “también prescriptivas”? Que en mi parecer sean (también) “descriptivas”, escribe Gentili, no hay duda: lo son, si bien es cierto que con las comillas requeridas, por el hecho que tienen por objeto documentos normativos y son, en consecuencia, el fruto de aquella particular y singular “descripción” que es el análisis o la interpretación del lenguaje legal. De ellas es predicable la “verdad” o la “falsedad” jurídica -de nuevo con las debidas comillas, por el carácter opinable, como diré, de una y de la otra- en el sentido, recuerda Gentili, de su “correspondencia” con lo que dicen los textos normativos: entiendo por “correspondencia”, según la concepción semántica de la verdad de Alfred Tarski, el *significado* del predicado metalingüístico “verdadero”, que nada nos dice en torno a los *criterios* de verdad, es decir, a las condiciones en presencia de las cuales es

<sup>9</sup> Sobre la cuestión de la naturaleza del objeto de la dogmática, véase otra aguda intervención de A. Gentili, (2011) y mi réplica en §§ 1.3 y 2.1. de la misma obra.

justificado decir de una tesis que es verdadera o que es falsa, y que son en cambio el criterio sintáctico de la coherencia y el pragmático de la aceptabilidad justificada.<sup>10</sup>

Dicho esto, debemos enseguida añadir que una “verdad jurídica” así es con frecuencia demasiado opinable al estar *justificada* por argumentos racionales y, en consecuencia, en base a ellos, propuesta o prescrita como aceptable o compartible. De aquí el carácter *también* “prescriptivo” de las proposiciones de la dogmática, ligado al hecho, como escribe Gentili, de que ésta “afirma el carácter y las condiciones de validez de las normas expresadas por documentos legislativos”. Estas operaciones -el análisis del significado y el juicio sobre la validez de las normas- no son solamente descriptivas. El significado de las normas no es objetivamente intrínseco a los enunciados normativos, sino que está asociado a estos por el intérprete mediante proposiciones que, cuando tales enunciados son equívocos y su interpretación es controvertida, son del tipo: “entiendo y propongo entender tal texto en el sentido que...”.

Aún mayor es el valor prescriptivo de los juicios sobre la validez de las leyes, a las cuales, a la indeterminación semántica tanto de los textos legislativos como de los constitucionales, se agrega la valoración de la incompatibilidad de los significados asociados a los primeros con los *principia iuris et in iure*, algunas veces en conflicto entre sí, formulados por los segundos. Pero no solo. Las violaciones de las normas constitucionales pueden presentarse, además de por comisión con motivo de leyes inválidas, también por omisión, como sucede por ejemplo en caso de falta de actuación legislativa de los derechos constitucionalmente establecidos. Se arriba así a lo que muchas veces he llamado, en polémica con la pretendida no valoración recomendada por el método técnico-jurídico, al rol crítico y proyectual, en este sentido prescriptivo, impuesto a la ciencia jurídica por los *principia iuris tantum* de la coherencia y de la completitud: crítico frente a las *antinomias*, ante las cuales considera como debida su anulación jurisdiccional, y proyectual frente a las *lagunas*, ante las cuales igualmente considera debida su superación por vía legislativa. El mismo vigor de las leyes, como justamente subrayó Gentili, puede ser incierto, y por ello no solo defendido sino también rechazado, sobre la base por ejemplo de su implícita abrogación o por el defecto de competencia de los sujetos que las produjeron.

Es evidente que el grado de verificabilidad y de falsación (e, inversamente, de opinabilidad y de prescriptividad) de las tesis de la dogmática depende de la semántica tanto del lenguaje legislativo como del lenguaje constitucional, y precisamente del grado de determinación de uno y del otro. No tendríamos dudas si, por ejemplo, en un examen de derecho civil, ante la pregunta de “qué es el mutuo”, un estudiante responde con la definición de “comodato”, para decir que su respuesta es falsa. En cambio, será mucho más opinable, a causa del carácter vago, valorativo y algunas veces contradictorio del lenguaje normativo, la verdad o falsedad de tesis como aquellas de que una dada conducta integra el no mejor precisado delito de “maltratos en familia”, o que una determinada circunstancia del delito integra el estado de necesidad o la legítima defensa, o que una determinada norma de alguna ley es compatible o no con el principio de igualdad.

En suma, es de la semántica del lenguaje legal que depende la que Gentili llama la “felicidad” de los enunciados normativos y, de reflejo, la de las proposiciones de la dogmática. De hecho, la doctrina se encuentra con frecuencia

<sup>10</sup> Reenvío, sobre la noción semántica de “verdad jurídica” y sobre la distinción entre “significado” y “criterios” de verdad a Ferrajoli (2008b [1989]: 13-18, 94-107; y a Ferrajoli (1993: 477-486). [Hay traducción al castellano con el título “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre *Derecho y razón*”, en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?*].



frente a enunciados normativos vagos y ambiguos y a conflictos entre derechos fundamentales que amplían algunas veces, por mucho, “los espacios de discrecionalidad interpretativa” y las “valoraciones” requeridas por la necesidad de colmarlos. Por ello, siempre es de extrema actualidad la invitación de Gaetano Filangieri para el desarrollo de una “ciencia de la legislación” y también, debe añadirse, de una “ciencia de la constitución”, como la llamó Giandomenico Romagnosi, destinada a promover la formulación de las normas legislativas y constitucionales en un lenguaje lo más posiblemente claro y riguroso: en garantía de la certeza del derecho y de la efectiva sujeción a la ley de los poderes públicos, para comenzar por el poder judicial.

### *Positivism jurídico y constitucionalismo*

Gracias a la ambivalencia de los fenómenos normativos, conducibles todos, se dijo, tanto a normas reguladoras como a hechos regulados, el paradigma constitucional, como he sostenido muchas veces, puede ser configurado como un complemento y un refuerzo del positivismo jurídico. En base a este, de hecho, no solo el ser, sino también el deber ser (o no ser) del derecho resulta positivizado en normas supraordenadas a cualquier otra norma del ordenamiento y es, en consecuencia, eliminado, con la sujeción al derecho también del legislador, el último residuo del gobierno de los hombres. Es claro que esta positivación del “deber ser” del derecho se resuelve en el carácter normativo de los *principia iuris tantum* de la coherencia (lo que el derecho “no debe ser”) y de la completitud (lo que el derecho “debe ser”) y comporta por ello el ya mencionado rol crítico y proyectual de la ciencia jurídica en las relaciones con sus posibles violaciones o incumplimientos. Es así que el “derecho ilegítimo”, como bien observaron Giacomo Marramao y Salvatore Senese, es tratado en *Principia iuris* como el objeto ineludiblemente impuesto a la ciencia jurídica por la positivación del deber ser constitucional de su objeto mismo: entendiendo con “derecho ilegítimo” el derecho que “no debe ser” sino que indebidamente es, como se manifiesta en las antinomias, es decir, en violaciones por comisión, y el derecho que “debe ser” pero que indebidamente no es, como se manifiesta en las lagunas, es decir, en violaciones por omisión de los derechos constitucionalmente estipulados.

Encuentro, en consecuencia, infundada la tesis de Fabrizio Mastromartino según la cual precisamente “la naturaleza normativa de los principios de coherencia y de completitud”, consecuencia de la positivación del deber ser del derecho, haría “ideológico, según el significado atribuido por Bobbio a ‘ideología’”, el paradigma constitucional por mí teorizado. Bobbio, en efecto, caracteriza la aproximación iuspositivista, según el tradicional modelo benthamiano y austiniano, como una aproximación puramente descriptiva, que excluye valoraciones o críticas al interior por parte de la ciencia jurídica,<sup>11</sup> permitiéndolas solo desde el exterior por parte de la

<sup>11</sup> Como observé más arriba, al final de la nota 2, el carácter formal de la teoría no se identifica para nada, en mi parecer, con su carácter descriptivo y avalorativo, excluido éste, en cuanto hace a la teoría, por el carácter estipulativo o convencional de las definiciones de sus conceptos y, por lo que hace a las disciplinas jurídicas particulares, por el rol crítico a ellas asignado por el paradigma constitucional en sus relaciones con las leyes inválidas y los incumplimientos legislativos de la constitución. Por lo demás, como tuve oportunidad de subrayar en Ferrajoli (2010: 2772-2773), en la nota 2, no me parece enteramente compartible ninguno de los tres significados de “positivismo jurídico” distinguidos, como se sabe, por N. Bobbio (1965: 103-114). [Hay traducción al castellano con el título “Jusnaturalismo y positivismo jurídico”, contenido en *El problema del positivismo jurídico*]: a) no, como apenas sostuve, el significado del positivismo jurídico como “método” consistente en una aproximación puramente descriptiva y avalorativa del estudio del “derecho cual es”, y no “cual debe ser”, dado que en el “derecho cual es” entra, en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, también el “derecho cual debe ser constitucionalmente”, sobre cuya base debe ser valorada la validez del restante “derecho cual es”; b) tampoco del “positivismo jurídico” como “teoría”, que describe el “derecho como hecho”, es decir, como el conjunto de reglas “puestas directamente o indirectamente por órganos del

política y de la filosofía política. Mi iuspositivismo, por ello, faltaría a este supuesto postulado metodológico del positivismo jurídico, dado que se caracteriza por la distinción, ignorada por aquel modelo, entre validez y vigor de las normas, así como por la tesis de que la ciencia jurídica no puede limitarse a un acercamiento al derecho positivo de tipo solamente descriptivo, siéndole impuesto por su mismo objeto un rol crítico en sus relaciones con las violaciones por comisión o por omisión del dictado constitucional por parte del legislador, y por ello prescriptivo de su reparación a cargo de la jurisdicción constitucional y de la legislación ordinaria.<sup>12</sup>

Tengo la impresión que en la base de esta caracterización como “ideológico” de un acercamiento al derecho esté la tesis, sostenida por Mastromartino, de la “naturaleza axiológica de los principios de coherencia y completitud”, los cuales corresponderían a “valores”. Coherencia y completitud, al contrario, como por otra parte reconoce en cierta medida el mismo Mastromartino, son “principios lógicos del discurso normativo, normativos respecto a su objeto, el derecho, en razón del carácter nomodinámico de los sistemas jurídicos modernos, fundados sobre el principio de legalidad y articulados sobre más niveles, cada uno de los cuales es normativo respecto al inferior”: en consecuencia, no principios axiológicos, o ideológicos, o valores morales o políticos, ni menos aún características objetivas o efectivas de los ordenamientos, sino más bien principios jurídicos *-iuris tantum*, si bien no *in iure*- cuya normatividad es la misma que la normatividad del derecho. Es el mismo Bobbio quien lo reconoce en un pasaje por mí citado en *Principia iuris* y también citado por Mastromartino: “Un sistema jurídico, en cuanto está fundado sobre el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto fue ilustrado particularmente por Kelsen y por García Máynez. Pero esto significa que el principio de no contradicción es una verdadera y propia regla jurídica, contenida implícitamente en cada ordenamiento. Y si primero mostré que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción tiene en un sistema teórico, ahora me doy cuenta que el principio de no contradicción funge en el mismo sistema normativo como regla jurídica” (Bobbio, 1954: 153-154).<sup>13</sup> No-contradicción (o coherencia) y completitud, en breve,

Estado”, no pudiéndose hoy admitir, después del fin del monopolio estatal de la producción jurídica, la “común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatalista del derecho”; c) tampoco, finalmente, del iuspositivismo como “ideología”, significado según el cual el derecho existente, solo por ser tal, es también “justo”: concepción que, en realidad, no es iuspositivista, estando en contraste con las primeras dos, y que por lo demás no fue nunca sostenida sino más bien firmemente rechazada por todos los clásicos del positivismo jurídico: por Bentham, Austin, Kelsen, Hart y por el mismo Bobbio.

<sup>12</sup> Desde Ferrajoli (2008b [1989]: 909-922), contrapuse el “positivismo crítico” o garantista propio del estado constitucional de derecho, basado en la disociación entre validez y vigor, al “iuspositivismo dogmático” propio del estado legislativo de derecho, en el cual, en cambio, validez y vigor coinciden. El consecuente reconocimiento de que la doctrina “admitiría juicios de validez que son en realidad juicios de valor constitucional” -es decir, que no obstante la doctrina y la jurisprudencia constitucional hacen, hicieron siempre y no pueden no hacer- es extrañamente considerado por Mauro Barberis “un primer deslizamiento metodológico (la doctrina no conoce avalorativamente, sino valora)” en dirección de la temida ideología (Barberi, 2011: 233). Este primer deslizamiento, agrega Barberis, “comporta, viéndolo bien, un segundo deslizamiento: si los valores morales fueran ya internos al derecho del Estado constitucional, entonces el derecho no sería más un simple hecho que se podría conocer avalorativamente, sino devendría él mismo un valor, al cual los juristas deberían adherirse moral y políticamente”: tesis esta que, además de ser un simple *non sequitur*, no solo no fue nunca sostenida por mí, sino fue siempre, al contrario, explícita y netamente rechazada sobre la base de la firme defensa, también en el Estado constitucional, de la separación entre derecho y moral (en Ferrajoli, 2008b [1989]: 203-210 y, por último, en Ferrajoli (2007: pp.309-314), *Pill*, cap. XVI, § 15.2, y en Ferrajoli (2010), dedicados a la crítica del neoconstitucionalismo iusnaturalista de cuantos -como Dworkin, Alexy, Nino y Atienza- interpretan el constitucionalismo como una renovada conexión post-positivista entre derecho y moral).

<sup>13</sup> [Hay traducción al castellano con el título “Formalismo jurídico y formalismo ético”, contenido en *Contribución a la teoría del Derecho*]. “El principio de no contradicción”, había escrito a su vez Kelsen (1945) en el pasaje referido por Bobbio, “es, de hecho, igualmente válido para el conocimiento en el campo de la validez normativa como en el de la realidad empírica.” Trad. it. de S. Cotta y G. Treves





son aspectos que el derecho positivo de los actuales ordenamientos constitucionales *de hecho* no tienen, pero que *de derecho* deben contener, en razón del deber ser no ya moral o político, sino más bien jurídico, además que lógico, expresado por normas constitucionales y, más en general, por normas de nivel superior respecto a (o sea sobre la producción de) aquellas de nivel inferior.

Ciertamente, podemos muy bien continuar identificando el positivismo jurídico, en las palabras de Bobbio, como un “modo de acercarnos al estudio del derecho... caracterizado por la neta distinción entre derecho real y derecho ideal o, con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho cual es y el derecho cual debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista sea el primero y no el segundo” (Bobbio, 1965: 105).<sup>14</sup> a condición, no obstante, de que se reconozca que para el “derecho cual es”, o sea, del “derecho real” o “como hecho”, en las actuales democracias constitucionales también hace parte integrante, con rango supra-ordenado, su “deber ser jurídico” o “constitucional”, por lo que cualquier aproximación que se considere “iuspositivista” no puede no ocuparse de este;<sup>15</sup> del cual, aún más, el jurista positivo se debe ocupar como del principal objeto de análisis explicativo y del principal parámetro de valoración normativo: pero de una valoración, atención, que es enteramente jurídica o interna, es decir, desarrollada sobre el plano mismo del derecho positivo. Banalmente, diremos que los *principia iuris tantum* son principios lógicos que expresan y explican la normatividad del derecho y, en particular, de los *principia iuris et in iure*, estos sí axiológicos, constitucionalmente establecidos. De aquí, como afirman Senese y Marella, el abandono de cualquier pretensión avalorativa jurídica del derecho vigente y el reconocimiento del rol performativo, además de crítico y proyectual, desarrollado por la ciencia jurídica en sus relaciones con su objeto: un objeto lingüístico, al cual la teoría, donde tome seriamente la constitución, impone coherencia y consistencia lógica y que la ciencia positiva del derecho y la práctica jurídica constantemente reformulan y tienen la tarea de reformular en actuación de su modelo constitucional.

### 3. Cuestiones teóricas

El segundo grupo de cuestiones atendidas en nuestra discusión, con las intervenciones de Giacomo Marramao, Alessando Ferrara, Tamar Pitch, Maria Rosaria Marella, Francesco Cerrone, Cesare Salvi, Salvatore Senese, Fabrizio Mastromartino, Gaetano Azzariti y Stefano Anastasia, tiene que ver con temas específicos de teoría del derecho y de la democracia: el modelo de la democracia constitucional, la cuestión de la igualdad, los conceptos de propiedad y de libertad, las antinomias y las lagunas, Europa, la noción de federación y la perspectiva de un constitucionalismo supranacional.

(1959: 415). [Hay traducción al castellano con el título *Teoría General del Derecho y del Estado*]. Estos pasajes son citados por mí Ferrajoli (2007: 75), en *Pil, Introduzione*. Véase también en Ferrajoli (2007: pp. 26-38).

<sup>14</sup> [Hay traducción al castellano con el título “Positivismo jurídico”, contenido en *El problema del positivismo jurídico*]. Se trata de la separación entre derecho y moral que, como recordé en la nota 12, siempre he defendido firmemente.

<sup>15</sup> Hace parte, en otras palabras, del “derecho positivo” como derecho “puesto” por quien está habilitado para producirlo, tal cual es definido por el mismo Bobbio en el siguiente pasaje: “Si se conviene llamar derecho positivo el derecho vigente en una determinada sociedad, es decir, aquel complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos que vienen habitualmente seguidas por los ciudadanos y aplicadas por los juristas, entonces se puede definir ‘positivismo jurídico’ cada teoría del derecho la cual parta del presupuesto que, objeto de la ciencia jurídica, sea el derecho positivo”. (Bobbio, 1965: 106-107).

*El paradigma de la democracia constitucional*

Ya recordé la sintética reconstrucción, a cargo de Salvatore Senese, Giacomo Marramao, Francesco Cerrone y Alessandro Ferrara, del paradigma constitucional diseñado en *Principia iuris*: la dimensión sustancial, además de la formal, de la validez de las leyes y, por ello, de la democracia, introducida en nuestros sistemas políticos por la constitucionalización de un conjunto de derechos fundamentales correspondiente a la esfera de lo que ninguna mayoría puede decidir y que cualquier mayoría debe decidir.

Se trató, como escribió Marramao, de un radical cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia: no más concebible, uno según el viejo modelo paleo-iuspositivista, el otro según el sentido común y las teorías dominantes de Kelsen a Bobbio, de Dahl a Dworkin y el mismo Rawls, sobre la base de condiciones solo formales o procedimentales, sino más bien definibles ambos sobre la base de una “doble fuente de legitimación democrática: la soberanía popular que se expresa en el voto y en las instituciones de la representación, y el sistema de los derechos y de las garantías fundamentales puestas en tutela de los ciudadanos por cualquier mayoría”; en breve, sobre la base no solo de la forma, sino también de la sustancia democrática consistente en los derechos de todos, a cuya forma está subordinada. Se transforma consecuentemente, agrega Marramao, la relación entre derecho y política. El derecho continúa siendo un producto de la política, conforme al paradigma positivista. Sin embargo, cesa de ser un simple instrumento de actuación de la voluntad, cualquiera que esta sea, de las mayorías políticas. La política de hecho está, al contrario, subordinada al derecho, y precisamente a la constitución, en cuanto instrumento de actuación de la razón social en ella estipulada.

Se entiende, escribe aún Marramao, cómo la complementación del estado de derecho realizada con la “positivación de los derechos fundamentales” amplía el rol de la jurisdicción. Se logra de hecho la sujeción del legislador mismo a la ley constitucional y, en consecuencia, al control jurisdiccional de legitimidad constitucional de las leyes ordinarias. Pero precisamente esta expansión del rol de la jurisdicción, agregó, impone que de esta sea reiterada la legitimación garantista, en cuanto actividad tendencialmente cognitiva de aplicación de la ley, contra su etización a cargo de las orientaciones neoconstitucionalistas y neoiusnaturalistas de autores como Dworkin, Alexy, Atienza y Zagrebelsky quienes, sobre la base de una concepción de los derechos fundamentales como principios morales, objeto de balance en vez de aplicación, debilitan, como ya dije, tanto la fuerza normativa de las normas constitucionales como las fuentes de legitimación de la jurisdicción.

Alessandro Ferrara, a su vez, subrayó la actualidad de este cambio de paradigma, producido cerca de la caída de los totalitarismo, “en el momento histórico en el cual vivimos”: no solo en tutela de los derechos, sino también en contra del desarrollo, en Italia pero más en general “en todos los continentes”, de aquellas que bien podemos llamar “autocracias electivas”.<sup>16</sup> Evidenció además el carácter formal del “blindaje estructural” que en mi parecer viene dado por la rigidez de las constituciones a la que llamé la esfera de lo no decidible: un blindaje fundado no ya, como el propuesto por Rawls, en una “filosofía de la historia”, o como la proyectada por Dworkin sobre una “interpretación moral de la constitución”, sino más bien sobre “una concepción simple de los derechos fundamentales y de la naturaleza de la democracia, que hace la teoría del derecho y de la democracia...

<sup>16</sup> Sobre las tendencias degenerativas hacia la “autocracia electiva, populista y plebiscitaria”, véase M. Bovero (2000: 157). [Hay traducción al castellano con el título *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*]; y Bovero (2009), en §§ 3 y 4. [Hay traducción al castellano con el título “La democracia y sus condiciones”, en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*].



particularmente conforme con una visión no perfeccionista y, sin embargo, plenamente normativa del liberalismo”. Este blindaje es llamado con razón por Ferrara “estructural”, dado que proviene de la misma estructura o forma universal de los derechos fundamentales: una forma universal, atención, no ya en el sentido de su (inexistente) compartición universal, menos aún de cualquier (supuesta) objetividad o universalidad moral, sino más bien en el sentido puramente lógico de la cuantificación universal de las personas que son los titulares. Tales derechos, de hecho, contrariamente a los derechos patrimoniales que son atribuidos singularmente a cada uno con exclusión de otros, son conferidos a todos por normas heterónomas; entonces, gusten o no gusten, ninguno puede privárselos sin que estos cesen de ser universales y con ello fundamentales; ni pueden ser abolidos o reducidos por ninguna mayoría, dado que ninguna mayoría puede disponer de lo que no le pertenece. De aquí mi redefinición de la “soberanía popular”, recordada por Francesco Cerrone, como garantía frente a cualquier poder, para comenzar con las “autocracias electivas” de las cuales habló Ferrara: precisamente, como *garantía negativa*, en el sentido que la soberanía, como afirma por ejemplo la Constitución italiana, “pertenece al pueblo” y a ningún otro, tanto que ningún titular de poderes públicos -asamblea electiva o presidente electo- puede apropiársela y usurparla; y como *garantía positiva*, en el sentido que, no siendo el pueblo un macrosujeto sino el conjunto de millones de personas de carne y hueso, la soberanía se identifica con aquellos fragmentos de poderes y contrapoderes soberanos de todos y de cada uno que son precisamente los derechos constitucionales atribuidos a todos y a cada uno.

Se puede de esta forma invertir, en razón de este blindaje estructural de los derechos constitucionalmente establecidos, el argumento de Ackerman recordado por Alessandro Ferrara de la autoridad de la “voluntad democrática soberana” y, antes aún, el de Sieyès de la soberanía popular constantemente en acto, también a cargo de las generaciones futuras, cuyas manos no pueden en consecuencia ser ligadas por las generaciones presentes.<sup>17</sup> Es de hecho en la misma forma universal de los derechos fundamentales, es decir, en su titularidad a cargo de todos y cada uno, que reside la soberanía popular y el fundamento político de la rigidez de las constituciones: dirigidas, precisamente, a atar las manos de las generaciones cada vez presentes así como a impedir, como por desgracia históricamente sucedió, que sean amputadas las de las generaciones futuras.

Se puede además responder, sobre esta base, a la pregunta que me dirigió Alessandro Ferrara: considerado que el artículo 139 de la Constitución italiana protege con rigidez absoluta solamente la forma republicana, ¿sería posible, por ejemplo, reintroducir en Italia con ley constitucional una religión oficial del Estado, en contraste con el principio de igualdad y con los principios de la laicidad y de la igual libertad religiosa? La respuesta, sugerida por las razones conceptuales y estructurales arriba recordadas, es que no sería posible. Añado que estas razones son también normativamente expresadas por el artículo 2 de nuestra misma Constitución, que declara “inviolables” los derechos del hombre. En este sentido, por otra parte, se pronunció nuestra Corte constitucional, que en la famosa sentencia n. 1146 de 1988 declaró que “la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni

<sup>17</sup> “Una nación no puede ni alinear ni vedarse el derecho de querer; y, cualquiera que sea la voluntad, no puede dejar el derecho de cambiarla cuando su interés lo exige”. (Sieyès, 1788). Trad. it. *Che cosa è il terzo Stato?* a cargo de U. Cerroni (1992: 59). [Hay traducción al castellano con el título *¿Qué es el tercer Estado?*]. El principio fue enunciado en el artículo 1 del título VII de la Constitución francesa de 1791: La Asamblea nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución”, y después en el artículo 28 de la Constitución del 24 de junio de 1793: “Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”.

ESTUDIOS

siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales”: principios entre los cuales se encuentran, evidentemente, los derechos fundamentales.<sup>18</sup> Dicho esto, sin embargo, sería sumamente oportuno, con los tiempos que corren, garantizar aún más explícitamente, estableciéndoles la rigidez absoluta, cuando menos los derechos y los principios considerados precisamente “supremos”, como hicieron muchas otras constituciones: la portuguesa y la brasileña sustraen de la modificación una amplia serie de principios y de derechos por lo que, ni siquiera por la humanidad, pueden ser suprimidos o reducidos.<sup>19</sup>

### *La igualdad y las diferencias. Lo universal y lo particular*

Un segundo orden de cuestiones atendidas en nuestra discusión fue la *vexata quaestio* de la relación entre igualdad y diferencia.

Tamar Pitch parte de mi definición de la igualdad como igual valor asociado a todas las diferencias de identidad y como desvalor asociado a las desigualdades económicas y sociales. Y dirige una crítica a mi distinción y contraposición entre diferencias y desigualdades: unas implicadas por el principio de igualdad, las otras por este mismo principio negadas; las primeras garantizadas por los derechos de libertad, que son todos derechos a la (tutela de la propia) diferencia, las segundas contrastadas y, cuando menos, reducidas por la garantía de los derechos sociales, que son todos derechos a la remoción de las desigualdades. Pues bien, Pitch sostiene “la imposibilidad de distinguir diferencias de desigualdades (no sobre el plano normativo, sino) sobre el plano social. Lo que concretamente somos (y también lo que seremos) es el resultado de la interacción entre condiciones no escogidas (dónde nacemos, nuestro sexo y habilidad física, el color de nuestra piel, la posición social de nuestra familia de origen, etcétera) y condiciones escogidas, además del resultado de la interacción entre cómo nos percibimos y cómo nos perciben los otros, en modo tal que llega a ser frecuentemente difícil actuar para disminuir las desigualdades respetando, aún más valorizando, las diferencias”.

Por otra parte, como observó justamente Marella, “es un error hacer” de las libertades y de los derechos civiles “una agenda en sí, ignorando las condiciones materiales de vida de las personas”. Las violaciones de las libertades fundamentales, como por ejemplo aquellas perpetradas por leyes contra las mujeres en materia de procreación asistida y de autodeterminación, o aquellas encaminadas al diseño gubernativo en materia de testamento biológico, agravan de hecho también las desigualdades materiales, pesando sobre todo sobre las personas más débiles y económicamente desaventajadas. “El contexto político-social”, de hecho, afirma Marella, “condiciona el disfrute de los derechos” de libertad, dado que “en contextos de desigualdad social y material, la atribución de los derechos mismos beneficia a los grupos sociales de los que son destinatarios en manera diversa, según las relaciones de fuerza al interior de la sociedad, es decir, de la diversa

<sup>18</sup> Se recuerda también, en el tema de “principios supremos”, la sentencia constitucional n. 31 del 1 de marzo de 1971 en la cual se afirma: “El artículo 7 Constitucional no impide el control de constitucionalidad de las leyes que introdujeron en el ordenamiento interno las cláusulas de los Pactos Lateranenses, pudiéndose valorar la conformidad o no a los principios supremos del ordenamiento constitucional”.

<sup>19</sup> El artículo 79, párrafo tercero, de la Ley fundamental alemana de 1949 establece: “No es admisible una modificación de la presente Ley fundamental en virtud de la cual se afecte la división de la Federación en *Länder*, la participación de los *Länder* en la legislación o los principios enunciados en los artículos del 1 al 20”. El artículo 288 de la Constitución portuguesa enumera catorce buenas materias, entre las cuales están todos los derechos fundamentales y la separación de los poderes, sustraídas al poder de revisión. Análogamente, el artículo 60 de la Constitución brasileña de 1988 establece la intangibilidad, además de la forma federal del Estado; de la separación de los poderes y de los derechos y de las garantías individuales.



fuerza de reivindicación, del diverso grado de información e instrucción, de las concretas posibilidades/actitudes de acceso a ese derecho, hasta consolidar y agravar la situación de desventaja de quien deberían ser mayormente tutelado”.

Todo esto es verdad. Sobre el plano social nuestra identidad es también determinada, de hecho, por las desigualdades materiales con las cuales estamos aventajados o discriminados. Y las desigualdades materiales terminan por comprometer, por las discriminaciones que de hecho traen, también la igualdad formal. Estas acertadas advertencias, sin embargo, no prejuzgan en nada, en mi parecer, la distinción y la oposición conceptual entre diferencias y desigualdades expresadas “sobre el plano normativo” por el principio de igualdad, contra su negación y confusión “sobre el plano social”: a fin, precisamente, de tutelar las primeras (como aquellas enlistadas en el párrafo primero del artículo 3 de la Constitución italiana) y de remover las segundas (como aquellas a las que se refiere el párrafo segundo del mismo artículo). Aquellas advertencias valen, acaso, para confirmar la estrecha relación no ya de conflicto -según un lugar común de la ideología liberal- sino más bien de sinergia entre derechos civiles y de libertad por un lado y derechos sociales por el otro: es decir, las tesis, sobre las cuales he insistido mucho, de que las garantías de los segundos valen para reforzar las garantías de los primeros, siendo un presupuesto esencial de su efectividad,<sup>20</sup> que la igualdad formal no es para nada descontada, sino que es también un principio normativo cuya efectividad depende en gran parte del grado de igualdad sustancial; que, en suma, la tutela de las diferencias requiere la reducción de las desigualdades.

Tómese la cuestión de las acciones positivas subrayada por Pitch. Tamar Pitch critica mis tesis en su apoyo con el argumento, frecuentemente invocado en la literatura feminista, de que las acciones positivas “reiteran, sobre el plano simbólico y cultural”, la discriminación de las mujeres, así que para superar esta “no se trata tanto de cambiar los criterios del reclutamiento y/o de mudar las condiciones sociales y culturales” como sí lamentablemente de transformar “el sistema mismo (jurídico, social, cultural) para así hacerlo de verdad apto para quien en él no estaba preparado”. De acuerdo. Es claro, sin embargo, que una transformación proyectada de esa forma es al mismo tiempo de tipo jurídico, social y cultural. Sobre el plano jurídico aquella transformación es favorecida por una más amplia satisfacción de los derechos sociales, el primero de entre ellos el derecho a la educación, y por procesos que le permitan civilizarse a la sociedad masculina y de reducción de las desigualdades. Sobre este mismo plano, por otra parte, el argumento de Tamar Pitch en contra de las acciones positivas puede ser invertido. Hasta que aquella transformación sobre el plano social y cultural no sea producida, las acciones positivas, precisamente por su valencia simbólica, tienen el valor de una denuncia y de una desmitificación: sirven para evidenciar precisamente la discriminación de hecho, sobre el plano social y cultural, que los normales “criterios de reclutamiento”, las “condiciones sociales y culturales que premian” una clase de sujetos respecto a otra y la presente “organización del sistema político construido a medida de aquellos sujetos” sirven para negar y ocultar.

<sup>20</sup> Reenvío, sobre esta sinergia entre las garantías de las cuatro clases de derechos fundamentales, distinguidas en sede de teoría del derecho -derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales-, a *Pill*, Ferrajoli (2007: 23-24, 71, 256, 397 y 611). Remito también a *I fondamenti dei diritti fondamentali* en Ferrajoli (2001: 328 ss.), en respuesta a la crítica que me dirigió Anna Pintore (2000: 189-190), según la cual los derechos están frecuentemente entre sí en conflicto y “entran en un juego de relaciones recíprocas de suma cero”. [Hay traducción al castellano con el título “Derechos insaciables”, contenido en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*].

Añado que el nexo entre igualdad y diferencia es un nexo lógico y conceptual que va más allá, sobre el plano teórico, del significado normativo mismo del principio jurídico de igualdad. Se le puede explicar e iluminar a través del análogo nexo que liga lo “universal” y lo “particular”, por ejemplo, en el juicio, al mismo tiempo de legalidad y de equidad, sobre un hecho determinado. Estoy por ello agradecido con Cerrone por haber recordado las tesis sobre la equidad y sobre la relación entre equidad y legalidad que sostuve en *Derecho y razón* y que me parecen centrales para los fines de la comprensión de la fenomenología del derecho (Ferrajoli, 2008 [1989]: 135-147). En contra de la idea común de que la equidad se opone a la legalidad como una suerte de “correctivo”,<sup>21</sup> caractericé la equidad simplemente como la comprensión y la valoración de las circunstancias de hecho -individuales, existenciales e irrepitibles- que hacen de cada hecho, o situación o persona un hecho, una situación y una persona *diferente* de todos los otros, todos normativa y abstractamente previstos como *iguales*. Esta relación entre universal y particular, entre abstracto y concreto, entre concepto y cosas por él denodadas está a la base no solo de la definición de la igualdad como igual valor normativamente asociado a las diferencias personales, sino también de la fenomenología del juicio, por ejemplo penal, en el cual la legalidad tiene que ver con la *jurisdictio* mientras la equidad tiene que ver con la *iuris-prudentia*, es decir, la valoración de las circunstancias concretas que fundan la motivación de la medida de la pena. Pero está también a la base, más en general, de la valoración del caso concreto y del aprecio de sus circunstancias en presencia de todas las cuestiones de principio, como justamente subraya Cerrone a propósito del juicio sobre el velo islámico, si es expresión (por ser fruto de libre opción) o, al contrario, lesión (por ser fruto de constricción) de la libertad personal. De aquí el aspecto positivo, subrayado por Cerrone, de la comprensión equitativa: *tout comprendre est tout pardonner*, dice una vieja máxima. Una plena comprensión de todas las razones y de todos los aspectos específicos de un hecho comporta siempre una posición de indulgencia, si bien no de justificación.

### *Propiedad y libertad*

Se dijo que la igualdad en cuanto tutela de las diferencias y remoción de las desigualdades está asegurada por derechos fundamentales, que son siempre derechos a la diferencia o a la reducción de las desigualdades. “Los hombres nacen... iguales en derechos”, dice el artículo 1 de la Declaración de derechos de 1789: entendiéndose evidentemente por “derechos” los derechos fundamentales, que son atribuidos igualmente a todos, y no los derechos patrimoniales, de los cuales cada uno es, al contrario, titular con exclusión de todos los otros y que están en consecuencia a la base de la desigualdad. Somos iguales en las libertades fundamentales, y no ciertamente en las propiedades, respecto a las cuales somos inevitablemente desiguales.

<sup>21</sup> Es la concepción de la equidad como justicia del caso concreto, no *intra-*, sino *extra-* o *ultra-* o *contra-legem*, proveniente de Aristóteles y constantemente retomada en toda la historia del pensamiento jurídico, de Hobbes a Kant y Hegel, hasta Perelman y Bobbio: véanse las notas en Ferrajoli (2008 [1989]: 180-183. Aquello que es equitativo, escribe Aristóteles, “si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es ella menos recta; de hecho, el error no reside en la ley, sino en la naturaleza de la cosa... Cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y esta es, sin más, la naturaleza de lo equitativo: corregir la ley ahí donde es insuficiente a causa de su expresión universal”. (Aristóteles, 1957: 155-156). [Hay traducción al castellano con el título *Ética Nicomaquea*].



De esta relación entre libertad y propiedad Cesare Salvi delineó un breve pero eficaz itinerario histórico. Recordó sobre todo cómo la identificación lockiana de propiedad y libertad, “constitutiva de la modernidad jurídica de occidente” y “dominante hasta el siglo XX ya avanzado”, fue puesta en crisis, a mitad del siglo pasado, por la exclusión de la propiedad del elenco de los derechos en las constituciones del periodo post-segunda guerra y, por otra parte, por las políticas de intervención estatal en la economía, por las limitaciones de la propiedad privada y por la construcción del Estado social como “condición para asegurar una libertad sustancial”. Después, reveló Salvi, en el último cuarto de siglo se produjo la restauración liberista de la vieja “identificación entre (garantía de la) propiedad y (garantía de la) libertad”. La restauración vino, escribe Salvi, sobre más niveles y terrenos: a) sobre el plano ideológico, a través de las teorizaciones de Nozick, por la escuela del análisis económico del derecho y de autores como Richard Pipes (autor, en 1999, del famoso ensayo *Property and Freedom*), los cuales relanzaron la idea de la propiedad como libertad, configurando el mercado, libre de interferencias estatales, como el lugar auto regulado, óptimo y natural de la producción y de la distribución de la riqueza; b) sobre el plano político y jurídico, a través de las masivas privatizaciones de los bienes comunes y de dominio público y la afirmación del carácter excepcional de la propiedad pública respecto a la privada, derogable a favor de la primera solo en presencia de evidentes intereses generales y obviamente dentro de la adecuada indemnización; c) finalmente, a nivel institucional, a través de procesos de integración supranacional e internacional, como la formación de la Unión Europea y la globalización, los cuales debilitaron los límites y los vínculos normativos impuestos al mercado a las leyes y a las constituciones nacionales y elevando la *lex mercatoria* a sustancial *grundnorm* del nuevo orden global.

Sobre esta turbada relación entre propiedad y libertad, Salvi expresa por un lado un acuerdo, por el otro una crítica de mis tesis. El acuerdo tiene que ver con la distinción estructural que sobre el plano del análisis conceptual debe ser según mi parecer operada entre a) los derechos de libertad, b) la propiedad como derecho civil de llegar a ser propietario y de intercambiar bienes de propiedad y, c) la propiedad como derecho real sobre bienes de propiedad. Es ésta, como recordó Dario Ippolito, una tesis sobre la cual siempre he insistido. Tal tesis rechaza la mistificación liberal, desde Locke en adelante, de la propiedad como libertad y, conjuntamente, la opuesta descalificación marxista, a la primera subalterna, de las libertades como corolario o variantes de la propiedad. Mientras, de hecho, los derechos de libertad consisten o en simples inmunidades, o bien en libertad-facultad cuyo ejercicio no consiste nunca en actos jurídicos productores de efectos, la propiedad, en los sentidos mencionados, es un poder, dado que su ejercicio interfiere en la esfera jurídica de los otros y debe, por ello, en el estado de derecho que no permite la existencia de poderes *legibus soluti*, ser sometida a límites y a vínculos en garantía de los derechos fundamentales de todos. Estos límites y estos vínculos por lo demás, como bien destacó Marella, son establecidos por la misma definición del “contenido del derecho” de propiedad dictada por el artículo 832 de nuestro código civil: “El propietario tiene derecho de gozar y de disponer de las cosas en modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico”.

La crítica tiene que ver en cambio con aquello que Salvi llamó mi “optimismo utopista” de frente a la presente globalización, la cual arrolla derechos y democracia y al proceso de integración europea tal cual se desarrolló en estos últimos años. Respondo que el mío es un optimismo que llamé “metodológico” porque está ligado a la posibilidad sobre el plano teórico, y por ello al deber de la política sobre el plano práctico, de aquél “futuro mejor” sin cuya “esperanza”, como escribe Kant, “un serio deseo de hacer cualquier cosa útil no habría nunca excitado el corazón humano”

(Kant, 1965 [1793]: 276).<sup>22</sup> No se trata para nada, entonces, de una genérica previsión optimista: dediqué cientos de páginas al análisis de los procesos devastadores -desde el crecimiento exponencial de las desigualdades hasta los millones de muertos de cada año por hambre y enfermedades no curadas, desde las guerras a las violaciones de los derechos humanos y a los crímenes impunes contra la humanidad, desde las destrucciones ambientales a la disipación de los recursos naturales mundiales- ya producidos por una globalización sin reglas y destinados a agravarse en la inercia de la política. Pero lamentarse no basta. No es en absoluto pensable que la relación entre derecho y mercado pueda ser restablecida en las viejas formas de la relación entre Estado y mercado, no siendo concebible, admitiendo que sea deseable, que los mercados puedan volver a entrar al interior de los márgenes nacionales y reorganizarse sobre la base de inverosímiles autarquías. El único modo para disciplinar los poderes salvajes del mercado global es por ello la construcción, a su altura, de una esfera pública global, es decir, adecuadas instituciones de garantía que reproduzcan, a nivel supranacional, la heteronomía del derecho y de los derechos respecto al mercado y la subordinación a ellos de los poderes propietarios. El optimismo metodológico y normativo consiste simplemente en sostener que este es posible y también jurídicamente debido en cuanto impuesto por los derechos fundamentales -de libertad y sociales- ya hoy estipulados en tantas cartas internacionales o supranacionales; que, al contrario, considerar “utopista” una prospectiva así, más allá del obvio pesimismo generado por la inercia de hecho de la política, equivale a hacer irresponsable la política misma a través de la legitimación de lo existente como inevitable y la confusión de lo que los intereses dominantes impiden hacer con lo que es imposible hacer; que por ello, el actual vacío de garantías a nivel internacional debe ser denunciado, si tomamos el derecho en serio, como una ilegítima laguna que es tarea de los Estados, además que del interés de todos, colmar.

En cuanto a la Unión Europea, debemos reconocer que es el fruto de un largo proceso aún incompleto. Salvi tiene ciertamente razón en defender la primacía de las constituciones nacionales en materia de derechos fundamentales, reiterada, por ejemplo, por la Corte constitucional alemana en referencia al Tratado de Lisboa y a la Carta de los derechos de Niza en este integrada. Pero esta defensa está ya contenida en la misma Carta de Niza, cuyo artículo 53 establece que “ninguna disposición de la presente Carta debe ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reconocidos... por las constituciones de los estados miembros”. Es ciertamente verdad que, en tutela de la concurrencia, el Tratado impone límites a las ayudas estatales hacia las empresas, límites encaminados a impedir el fracaso o la dislocación en otros países con el resultado de efectos sobre el desempleo. Sin embargo, el “no” a la aprobación del Tratado, manifestado por ejemplo en los referéndums francés y holandés en 2005 sobre su primera formulación, tuvo que ver, de hecho, solo con la Carta de los derechos y de los elementos de integración política en sentido federal introducidos por el Tratado, para comenzar por el voto de mayoría en diversas materias; mientras que fue un “sí” al viejo Tratado de Ámsterdam, que quedó evidentemente igual. Más allá de las intenciones del electorado de izquierda, significó, en suma, la victoria de los nacionalismos y de los soberanistas y, en consecuencia, paradójicamente, también de cuantos quieren mucho una Europa liberista consistente en un libre mercado. La alternativa que se ponía de frente al proceso constituyente europeo, en otras palabras, era si dejar que Europa permaneciera solo un “mercado común” o completar en cambio un primer y relevante paso en el proceso de integración

<sup>22</sup> [Hay traducción al castellano con el título *Sobre el dicho común: ‘esto puede ser justo en teoría, pero no vale para la práctica’*].





política y constitucional, en dirección de la construcción de una Europa federal de los derechos.

Por ello, el desarrollo de este proceso es el único y verdadero problema. Si es verdad que es impensable que los mercados entren de nuevo en los márgenes nacionales, es claro que su actual dictadura permanecerá más fuerte e incuestionable cuanto más débil sea la integración jurídica y política de la Unión. Ello porque un mercado común sin integración política implica inevitablemente la oposición de cada Estado, en tutela de la propia economía de la concurrencia extranjera, a las políticas sociales y de intervención en la economía de los otros Estados. Las intervenciones estatales en la economía en apoyo de la sobrevivencia de las empresas y de las políticas sociales en tutela del empleo suponen, en suma, el desarrollo de una esfera pública común y de un constitucionalismo democrático de tipo europeo. Sin contar el valor en sí de la integración en cuanto factor de paz y de igualdad, contra los tantos nacionalismos, localismos, racismos y egoísmos regionales que están desarrollándose en toda Europa y que, en Italia, se añaden a la crisis de la democracia determinada por la deriva populista, de las concentraciones de los poderes y de los conflictos de intereses en el vértice del Estado, además de la reducción de los gastos sociales y de la disolución del derecho al trabajo. El problema, como siempre, parece ser la construcción de las garantías de los derechos normativamente proclamados y prometidos.

#### *Los derechos fundamentales y sus garantías. Antinomias y lagunas*

Sobre este problema intervinieron Maria Rosaria Marella, Fabrizio Mastromartino y Salvatore Senese. Las promesas constitucionales expresadas por los derechos -escribe Marella, subrayando la analogía entre la correlación entre derechos y deberes formulada por el análisis realista de Wesley N. Hohfeld y la enunciada en *Principia iuris*- son "serias solo si son acompañadas o seguidas por la individualización de los correlativos deberes", es decir, de las obligaciones y de las prohibiciones en las cuales identifiqué su garantía. La falta de introducción de garantías es la causa de la ineffectividad de los derechos y el problema central del derecho y de la democracia constitucional.

Relativo a este problema, Fabrizio Mastromartino, por otra parte, subrayó una cuestión relevante tanto para la teoría del derecho como para la teoría de la democracia: el de la naturaleza de la normatividad constitucional de los derechos fundamentales y de las lagunas de garantía que llamé "estructurales". Mastromartino parte de mi tesis según la cual "todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos... requieren una legislación de actuación que disponga las garantías" (Ferrajoli, 2007: 96). Y afirma, retomando una observación de Luis Prieto Sanchís, que esta tesis admite "dos lecturas diversas: una más radical, según la cual todos los derechos fundamentales establecidos en una constitución requieren leyes de actuación, porque ninguna laguna de garantía puede ser colmada por vía interpretativa; la otra más moderada, según la cual no todos los derechos fundamentales establecidos en una constitución requieren leyes de actuación, porque algunas lagunas pueden ser colmadas por vía interpretativa". Y concluye: "La primera interpretación debe ser sin más rechazada; la segunda puede ser acogida con algunas debidas precisiones".

Ambas tesis requieren, en realidad, ser precisadas. Las dos lecturas no son para nada incompatibles, al menos si se entiende la primera en el sentido de que requieren leyes de actuación aquellos derechos cuyas garantías consisten necesariamente en normas, precisamente, de ley, y si se entiende la segunda no ya en el sentido de "no todos", sino en el sentido de "no siempre" los derechos

fundamentales constitucionalmente establecidos requieren, para ser aplicados, leyes de actuación. La *interpositio legis* se requiere, precisamente, solo cuando de ella, es decir, de la producción de normas generales y abstractas, depende la existencia de las garantías y, por ello, la aplicabilidad de los derechos relativos. Es lo que observó Luis Prieto Sanchís, (2008: 336-337), quien me atribuyó la por mi llamada tesis moderada de la *interpositio* acudiendo a un pasaje del primer volumen de *Principia iuris*: “No todo vicio da lugar a antinomias o a lagunas. No produce, obviamente, antinomias, cualquier acto inválido, productor de efectos ilegítimos. Y no es una laguna cualquier incumplimiento de actos preceptivos. La razón es simple: los vicios formales y los vicios sustanciales que no competen a normas, sino a situaciones singulares, no entran a hacer parte del ordenamiento, que según la definición que se dio, es un conjunto de normas (D8.12), y no son, por ello, destinados a alguna aplicación” (Ferrajoli, 2007: 687).<sup>23</sup>

No siempre, entonces, los derechos fundamentales requieren leyes de actuación. De frente a la lesión de un principio constitucional por parte de un *acto formal singular*, por ejemplo, administrativo o jurisdiccional o negocial -como el impedimento por parte de la policía de una reunión pacífica y sin armas, o una iniciativa de censura de la libre imprenta, o un arresto o un cateo ilegítimo- es claro que no es necesaria ninguna ley de actuación: el juez declara la ilegitimidad del acto con este en contraste, en cuanto inválido y en cuanto ilícito. La *interpositio legis* en caso de lagunas y el pronunciamiento preventivo de anulación en caso de antinomias, se requiere solamente en los casos en los cuales, en su ausencia, las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales no son aplicables:<sup>24</sup> es el caso, por lo que hace a las antinomias en ordenamientos dotados únicamente del control concentrado de constitucionalidad, de las leyes inválidas pero vigentes y, en consecuencia, aplicadas, en perjuicio de los derechos por ella lesionados, hasta que no sean anuladas; y es el caso, por lo que hace a las lagunas, de los derechos sociales, como el derecho a la salud o a la educación o a la asistencia, pero también de muchos derechos de inmunidad, del derecho a la vida y a la integridad personal a gran parte de los derechos de libertad, igualmente inaplicables sin la introducción legislativa del servicio sanitario, o de la escuela pública, o de idóneos aparatos de policía o de la punibilidad de los delitos, en observancia del principio de legalidad penal, de sus lesiones. Un buen ejemplo de la complementariedad de las dos técnicas de garantía en relación a un mismo derecho -una adecuada legislación garantista de actuación cuya falta, sin embargo, no excluye su parcial e inmediata actuación- es ofrecido precisamente por Mastromartino, quien recordó el derecho de asilo previsto por el artículo 10, párrafo tercero, de la Constitución “según las condiciones establecidas por la ley”: se requiere para los fines de su garantía, cierta y efectiva, la aprobación de la ley prevista por la Constitución pero aún no emanada, jurisprudencia ya consolidada, a partir de la sentencia de la Corte de apelación de Milán de fecha 27 de mayo de

<sup>23</sup> “El elemento que une antinomias y lagunas es el hecho que ellas tienen que ver, unas con la indebida presencia y, la otra, con la indebida ausencia de normas en contraste con normas sobre su producción” (T10.268-T10.269)” (Ferrajoli, 2007: 687).

<sup>24</sup> El pasaje señalado en la nota que precede sigue así: “Ya sea las lagunas o las antinomias, en cuanto que consisten en inobservancias de normas sobre su producción (T10.269), son vicios conexos a los desniveles normativos, es decir, a la violación -unas por comisión y las otras por omisión- de normas de grado supraordenado (T10.270, T10.271). Por esto -en cuanto que consisten en normas en contraste o en la ausencia de normas que estas requieren- interponen entre normas supraordenadas y normas subordinadas una serie de diafragma: no solo su remoción implica, como para todos los otros vicios, una específica decisión, sino que ellas impiden, si no es que remueven, la aplicación de las normas supraordenadas. Precisamente, se dijo, tal aplicación supone, en el caso de las antinomias la anulación de la norma con esta en contraste (T10.266), y en el caso de las lagunas, la introducción de la norma respecto a ella faltante (T10.267)” (Ferrajoli, 2007: 687-688).



1964, que le aseguró una tutela aunque sea “parcial y de cualquier modo insuficiente”.

El problema de las lagunas de garantías fue finalmente abordado por Salvatore Senese con una tesis bastante fecunda tanto sobre el plano teórico como sobre el plano práctico: la posibilidad, abierta a la jurisprudencia, de denunciar las lagunas transformándolas en antinomias. El caso formulado por Senese tiene que ver con una de las lagunas más vergonzosas de nuestro ordenamiento. El artículo 13, cuarto párrafo, de la Constitución italiana contiene la única “obligación de punición” constitucionalmente impuesta al legislador: “Se castigará toda forma de violencia física y moral ejercida sobre las personas sujetas de cualquier forma a restricciones de libertad”. Contiene entonces la obligación de introducir en nuestro ordenamiento el delito de tortura, impuesto entre otros también por el artículo 4 de la Convención contra la tortura del 10 de diciembre de 1984 que lo configura como una “obligación internacional”, por lo demás vinculante para nuestro legislador con fundamento en los artículos 10, párrafo primero y 117, párrafo primero, de la Constitución. Pues bien, este delito, no obstante las tantas propuestas de ley y las innumerables peticiones de la cultura democrática, no ha sido introducido en Italia. Existen, es verdad, delitos como el abuso de autoridad contra arrestos o detenidos o las lesiones personales previstas por los artículos 608 y 582 del código penal. Estas normas, sin embargo, no son capaces de colmar la laguna en cuanto que las penas modestas por estas previstas comportan una prescripción muy breve de los relativos delitos que le banaliza frecuentemente la punibilidad, en contraste con los principios constitucionales de la dignidad y de la integridad de las personas, además de la imprescriptibilidad asociada a los crímenes contra la humanidad, como es la tortura, por el artículo 29 del Estatuto de la Corte penal internacional. Ahora bien, sostiene con razón Senese, en presencia de una laguna así “valorada a la luz de los tiempos del proceso penal”, sería seguramente fundada una excepción de inconstitucionalidad del artículo 157 del código penal sobre los términos de la prescripción, dirigida a suprimir la antinomia con los artículos arriba citados de la Constitución.

Senese (2008: 378-381) había ya intervenido, con su importante contribución sobre el problema de las lagunas estructurales de garantías, ciertamente entre los más graves de la teoría de la democracia. Estas lagunas, obviamente, no son reparables, en virtud de la separación de los poderes, en sede jurisdiccional: las mismas sentencias llamadas “aditivas” deben como sea versar sobre normas existentes, declaradas inconstitucionales solo “en la medida en que no prevén” una determinada disciplina en contraste, por ejemplo, con el principio de igualdad. Lo único que puede hacer una Corte constitucional, como está expresamente previsto por la Constitución portuguesa y por la brasileña, es señalar la laguna y recomendar al legislador su superación. Pues bien, Senese, con referencia a este tipo de intervención, observó que el modelo brasileño de la “recomendación” bien podría ser integrado con aquel adoptado por las Cortes europeas de Estrasburgo y de Luxemburgo”, de la “condena” del Estado incumplido a pagar periódicamente una determinada suma de dinero hasta el momento del cumplimiento.

Insisto sobre la centralidad de este problema, en dirección del cual, por otra parte, se desarrolló el que llamé el “constitucionalismo de tercera generación”. Piénsese en Brasil, donde en adición al débil pronunciamiento de inconstitucionalidad por omisión, fueron introducidos, por los artículos 34, fracción VII, inciso e), 198 §§ 2 y 3 y 212 de la Constitución, vínculos de balance en materia de derechos sociales, a través de la previsión de determinadas cuotas para ser destinadas obligatoriamente a la satisfacción de los derechos a la salud y a la

educación; con el efecto de transformar las lagunas de garantías en otras antinomias censurables judicialmente.

### *Por un cosmopolitismo global*

El problema de las garantías de los derechos, es decir, de sus leyes de actuación y, por ello, de la construcción de la democracia a través de la introducción de idóneas funciones e instituciones de garantía, se ubica, evidentemente, sobre todo en el terreno del derecho internacional. Sobre este terreno, de hecho, existen ya innumerables cartas, declaraciones, convenciones y pactos sobre los derechos. Lo que falta a estas cartas es su actuación aunque sea solamente normativa, es decir, la edificación y el desarrollo de una esfera pública global.

Hablé de este problema en el apartado *Propiedad y libertad*, a propósito del “optimismo utópico” recriminado por Cesare Salvi. Una objeción análoga fue sostenida por Gaetano Azzaritti, quien a propósito del “cosmopolitismo de los derechos” diseñado por esas cartas criticó mi “optimismo voluntarista” en razón de las “prospectivas de democratización del mundo” y de constitucionalismo global expresadas por lo que llamé “un embrión de constitución del mundo” -la Carta de la ONU, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 y los dos Pactos sobre los derechos de 1966-, destinado a permanecer sobre el papel “si se reconoce que estas normas no son idóneas para garantizar sus promesas”. En efecto, ese es precisamente el problema: la ausencia de una esfera pública global, es decir, de normas de actuación que introduzcan, a nivel supranacional, las funciones y las instituciones de garantía de las cartas no solo prometidas, sino normativamente implicadas e impuestas. Lo que la teoría de la democracia no puede solamente, sino debe hacer, es tomar en serio esas cartas, o sea, como conjunto de normas vinculantes y, por ello, leer su falta de actuación como una laguna ilegítima que la política tiene el deber de colmar.

No se trata solo, obviamente, de un problema de ingeniería institucional. Se trata aún antes de un problema cultural. La prospectiva de un “constitucionalismo mundial como horizonte” de la política, escribió con razón Giacomo Marramao, “requiere en primer lugar una radical revocación de nuestra ‘visión eurocéntrica’ como condición imprescindible para un relanzamiento del universalismo”, según la bella fórmula por él propuesta de “un *cosmopolitismo de la diferencia* capaz de ir más allá de la paralizante antítesis entre *universalismo (homologante) de la identidad* y *antiuniversalismo (fundamentalista) de las diferencias*”. En cuanto a la construcción europea, observó a su vez Francesco Cerrone, lo que cuenta es la formulación de un sentido común de pertenencia a una común entidad política -la Unión Europea y, en prospectiva, la comunidad internacional- que por otra parte se desarrolla gracias a la compartición y reivindicación de un mismo derecho positivo y, por ello, de la igualdad en los mismos derechos fundamentales.

### *Sobre la noción de federación*

Hay finalmente un problema específico, que fue destacado por Stefano Anastasia, y que tiene que ver con las relaciones entre ordenamientos. Anastasia subrayó una aporía en mi caracterización de las nociones de ‘federación’ y de ‘confederación’: su definición como instituciones políticas *originarias* (D12.42, D12.44), define estas, a su vez, como instituciones políticas generadas por un acto constituyente (D12.40), a su vez definido como un acto producido por sujetos naturales (D12.3) y no artificiales, es decir, por seres humanos de carne y hueso. La aporía es determinada por el hecho de que tanto las federaciones como las confederaciones parecen más bien instituidas por sujetos artificiales, como lo son



los Estados y sus órganos, mediante actos institutivos consistentes, en el primer caso, en *pacta subjectionis* y, en el segundo, en *pacta associationis*. Es verdad, la aporía existe y agradezco a Anastasia por señalarla y por la reflexión por esta sugerida. Excluido, en efecto, que se puedan considerar “sujetos naturales” los autores institucionales de los actos constituyentes de las federaciones y de las confederaciones, no quedan más que dos posibles soluciones de la aporía.

La primera solución, sugerida por Anastasia, consiste en admitir, modificando las definiciones D12.42 y D12.44, que tanto las federaciones como las confederaciones son en realidad instituciones *derivadas*. En cuanto a las instituciones federadas, diremos que pueden ser tanto originarias como derivadas, y será entonces suficiente reformular la definición D12.43 afirmando simplemente que estas son “las instituciones políticas que hacen parte de una institución federal”. Se trata de rectificaciones que no llevan a ninguna implicación en la teoría de los ordenamientos, sino el reconocimiento del carácter no originario sino derivado de las instituciones federales y, en particular, de las supra- e inter-nacionales. En particular, no son afectadas, como observa Anastasia, ni mi calificación de la Unión Europea como federación, ni mi caracterización de la ONU como confederación.

La segunda solución consiste en admitir, con una ligera modificación de la definición D12.3, que los actos constituyentes pueden ser producidos también por sujetos artificiales, y no necesariamente por sujetos naturales como son siempre, en base al postulado P13 y a la tesis T7.58, los sujetos constituyentes. Es difícil decir cuál de las dos soluciones es preferible. A favor de la segunda solución, que igualmente no comportaría modificaciones relevantes en el desarrollo de la teoría, debemos reconocer que las constituciones, en efecto, son frecuentemente producidas por sujetos artificiales, como son por ejemplo las asambleas constituyentes. A favor de la primera, debemos sin embargo reconocer que, de tales asambleas, son a su vez constituyentes los sujetos naturales por quienes estas fueron instituidas: el acto constituyente, en tal caso, podría configurarse como un acto informal complejo que incluye, además de la emanación de la constitución, también la institución de la asamblea constituyente. En ambos casos, tanto la crítica de Anastasia como las posibles soluciones del problema, muestran de manera emblemática las ventajas del método axiomático: una tesis sostenida inaceptable obliga, para ser corregida sin incurrir en incoherencia, a remitirse a las opciones iniciales, expuestas de manera transparente en las asunciones primitivas.

#### 4. En los orígenes del garantismo

Dedico pocas palabras, finalmente, a las evocaciones históricas y las referencias biográficas originadas con motivo del segundo de nuestros dos encuentros: el congreso organizado en Roma el 14 de diciembre por mis setenta años.

Dario Ippolito trazó dos orígenes diversos de la expresión “garantismo”. El primero está en el léxico político francés: precisamente en la obra *Le nouveau monde industriel et sociétaire* de Charles Fourier, publicada en 1829, y en numerosos escritos sucesivos de inspiración foureriana, en los cuales el término es entendido esencialmente en el sentido de “garantismo social” en apoyo de los sujetos más débiles. El segundo, más reciente, está en el léxico filosófico-jurídico italiano, en el cual “garantismo” es entendido sobre todo, en cambio, en el sentido de “garantismo liberal”: tanto en su primer empleo, hallado por Perfecto Andrés Bañez en *Storia del liberalismo in Europa* de 1925, como también en los escritos de los años sesentas y setentas de Giovanni Sartori y de Nicola Matteucci y después, obviamente, en los usos hoy prevalecientes en los cuales el garantismo se

especifica como “garantismo penal” y se liga a la reflexión iluminista sobre las condiciones de legitimidad de la justicia penal.

Ippolito, además, se detuvo sobre todo en la teoría del garantismo penal que desarrollé en *Derecho y razón*. Evidenció la derivación de la tradición del iluminismo penal y, en particular, de la unión entre utilitarismo y contractualismo que estuvieron en la base de los principios de legalidad y de ofensa en cuanto límites a la potestad punitiva. Ilustró con síntesis eficaz las líneas medulares, en particular la configuración y la legitimación de la jurisdicción como actividad tendencialmente cognitiva, gracias a las garantías sustanciales (la primera entre todas la de taxatividad) de la verificabilidad (y de la falsación) en abstracto, y a las garantías procesales de la verificación (y de la falsación) en concreto de las hipótesis legales del delito. Finalmente, trazó dos raíces: mi experiencia de juez, entre 1967 y 1975, “en contacto con la exigencia de los sucesos, en el alboroto de la lucha por el derecho y por los derechos en la Italia de los años 70’s”, y “la matriz marxista” de la concepción de la sociedad de la cual, él dice, es derivado, “con aparente paradoja, el paradigma liberal del ‘derecho penal mínimo’ construido en *Derecho y razón*”.

Siempre es útil e instructivo reflexionar sobre las interpretaciones ofrecidas por otros de los propios recorridos intelectuales, sobre todo si, como las de Dario Ippolito, son ofrecidas con sólida cultura e inteligencia historiográfica. Sobre la primera raíz no tengo dudas. Es verdad, la experiencia de juez y mi participación en el grupo de *Magistratura Democratica*, entonces apenas constituido, fueron decisivas en mi formación. Esa experiencia me puso con los pies en la tierra frente a la abstracción de la lógica y de la teoría axiomatizada del derecho que precisamente en aquellos años estaba concibiendo, y me hizo entender muchos aspectos del funcionamiento práctico del derecho que, quizá, lamentablemente, habría ignorado siempre. Me hizo entender y, sobre todo, experimentar en la actividad jurisdiccional, aquella que más tarde llamé la “divergencia deóntica” entre el deber ser (constitucional) y el ser (legislativo y jurisdiccional) del derecho y, más específicamente, entre la validez (también sustancial) y la vigencia (solo formal) de las leyes y de los códigos que entonces –y por desgracia en gran parte también hoy– eran aún los heredados por el fascismo. Fue sobre esta base que maduré la idea del garantismo como la otra cara del constitucionalismo: la cara, precisamente, de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos, de cuya introducción o perfeccionamiento depende su efectividad. Pero sobre todo el garantismo penal, escribió con justicia Ippolito, fue la respuesta que la cultura penalista liberal, que en nuestro país fue siempre minoritaria y prevalentemente de izquierda, opuso a la legislación de emergencia y al derecho penal de excepción desarrollados en Italia en los años de terrorismo. Lo que una minoría de juristas y el grupo de magistrados democráticos sostuvimos fue que el estado de derecho no admite excepciones, dado que los principios valen sobre todo en los momentos difíciles y de emergencia; que la jurisdicción, como enseñó Beccaria, no conoce enemigos, sino solo ciudadanos e imputados; en suma, que la fuerza del derecho radica ante todo en su diferencia y asimetría respecto al crimen, de las cuales depende también su capacidad de deslegitimación política y moral y de aislamiento social de la subversión terrorista.

Más problemáticas, me parece, fueron mis relaciones con el marxismo y aquella que Ippolito llamó la “matriz marxista” de la teoría del garantismo desarrollada en *Derecho y razón*. Ciertamente, mi reflexión se inspiró y alimentó de la que entonces llamábamos “justicia de clase”. Algunos de mis escritos de los primeros años setentas resintieron, sobre todo en el lenguaje, de una configuración



marxista.<sup>25</sup> Rápidamente, sin embargo, encontré siempre más insoportable, y ciertamente incompatible con la opción garantista, el desprecio por el derecho que caracterizaba la ortodoxia marxista y que estuvo en el origen del fracaso de la grande esperanza del siglo que fue el comunismo real.<sup>26</sup> De la vulgata marxista, de hecho, el garantismo rechaza dos tesis de fondo para la teoría jurídica y política: en primer lugar la concepción misma del derecho, considerado no más como una superestructura que refleja la ley del más fuerte, sino al contrario, por lo menos en su paradigma constitucional, como un instrumento de tutela de los sujetos más débiles; en segundo lugar, la desvalorización como “burguesas” de las libertades fundamentales, ya no más amalgamadas a la propiedad, según la ideología lockiana acriticamente recibida por la tradición comunista, sino más bien, como se ha dicho antes, conceptualmente contrapuestas a estas y, en consecuencia, concebidas según la enseñanza liberal-socialista de Piero Gobetti, como las condiciones del libre despliegue de las luchas sociales, de la autonomía individual y colectiva y de la dignidad de las personas. Nos fue de ayuda, en este doble vuelco de la escolástica marxista –pienso que estará de acuerdo Salvatore Senese, con quien he compartido desde entonces gran parte de mi itinerario cultural- la enseñanza de dos grandes maestros del socialismo italiano: Lelio Basso y Vittorio Foa.

También yo sentí, y fuertemente, la fascinación del pensamiento de Marx: por su análisis de la explotación del trabajo y de las desigualdades sociales, por la fuerza y el radicalismo de su pensamiento crítico y por habernos enseñado, como afirmó Ippolito recordando el bellissimo pasaje de Norberto Bobbio, a ver el mundo desde el mismo punto de vista de los débiles y de los oprimidos, que identificamos con el punto de vista indicado por una porción del artículo 3 de nuestra Constitución, que comprende a quienes padecen los “obstáculos de orden económico y social” que limitan “de hecho la libertad y la igualdad” e “impiden el pleno desarrollo de la persona humana”. Pero sobre todo, me impresionó siempre el extraordinario rol histórico desempeñado por el pensamiento de Marx: por haber refundado la política moderna, abriéndole una perspectiva nueva de progreso y redefiniéndole los horizontes y los contenidos; por haber fundado la subjetividad política de los excluidos; por haber obligado a repensar radicalmente, sobre la base de la crítica de las relaciones de trabajo en la economía capitalista, los valores de la igualdad y de la libertad, y con ello, de la dignidad de la persona; en suma, por haber contribuido en Europa al nacimiento de los partidos socialistas de masa los cuales, no obstante sus dogmatismos ideológicos y sus degeneraciones burocráticas, promovieron la emancipación civil y la participación política de grandes masas de trabajadores y el desarrollo del Estado social y de nuestras democracias. Son estas lecciones que hoy, lamentablemente, las izquierdas parecen haber olvidado, condenándose a la exclusión o a la subordinación cultural de las derechas.

Por otra parte, mi reflexión sobre el garantismo, como aquella de tantos otros juristas de mi generación y ciertamente del grupo de *Magistratura Democratica*, habiendo nacido sobre el terreno penal, comprendía también el derecho laboral, el

<sup>25</sup> Me refiero sobre todo al ensayo, escrito con Salvatore Senese y Vincenzo Accattatis (1973: 149-182), *Per una strategia politica di magistratura democratica*, que presentamos como ponencia en el congreso de *Magistratura Democratica* llevado a cabo en Roma del 3 al 5 de diciembre de 1971 e impreso con el título *Per una Magistratura Democratica*, en “Problemi del socialismo”. [Hay traducción al castellano con el título “Por una <<Magistratura democrática>>”, contenido en *Política y justicia en el estado capitalista*]. Acentos marxistas también son reconocibles en Ferrajoli (1973: 105-122). [Hay traducción al castellano con el título “<<Magistratura democrática>> y el ejercicio alternativo de la función judicial”, contenido en *Política y justicia en el estado capitalista*].

<sup>26</sup> Una neta toma de distancia de la idea comunista de la extinción del Estado fue formulada en el pequeño volumen de Ferrajoli y Zolo (1978). Una crítica radical de esa idea fue desarrollada poco tiempo antes por Zolo (1974).

derecho ambiental y, más en general, el entero sistema constitucional en cuanto conjunto de límites y vínculos a todos los poderes, no solo públicos sino también privados, en garantía de todos los derechos constitucionalmente establecidos. En este sentido, la noción de garantismo en mi parecer es declinable no solo, de acuerdo con su doble origen, tanto en la dimensión liberal correspondiente a los derechos de libertad como en la dimensión social correspondiente a los derechos sociales; sino también en la dimensión política y en la civil, correspondientes a las otras dos clases en las cuales distinguí los derechos fundamentales, es decir, en la de los derechos políticos de la esfera de la representación política y en la de los derechos civiles de la esfera del mercado. La teoría del garantismo, en suma, es una teoría de los límites y de los vínculos constitucionalmente impuestos no solo a la política sino también a la economía; no solo al Estado sino también a los poderes, de otra forma salvajes, que se desarrollan a la sombra de su mistificación como libertad en la sociedad capitalista.

Se revela, bajo este aspecto, el uso instrumental y desviado que en el lenguaje corriente es hecho hoy por la derecha de la palabra garantismo: para designar la ausencia de límites, reglas y controles en las relaciones de los poderes de gobierno y de los poderes de la empresa; como si el único poder del cual se justifica la limitación -en ayuda, evidentemente, de la impunidad de los poderosos y de los poderes salvajes de la política y del mercado-, fuese aquél que en realidad es en sí mismo una función garantista, el poder judicial, destinado precisamente a la garantía secundaria de las violaciones del derecho y de los derechos perpetrados en vía primaria. De este reclamo absurdo al garantismo, antes que instrumental, habló Giovanni Palombarini, quien denunció el uso parcial a favor de los poderosos, al aplicarse políticas gubernamentales, abiertamente iliberales y antigarantistas, en temas de seguridad y en contra de los inmigrantes. Palombarini además rememoró nuestras batallas en defensa de los derechos de la persona en los años setentas en materia laboral y sobre todo en materia penal, contra las prácticas de la emergencia e inquisitoriales que venían afirmándose contra el terrorismo. Aquellas prácticas, recordemos, tuvieron una de sus manifestaciones más arbitrarias e inquietantes en el llamado “proceso 7 de abril” en contra de los grupos de la “Autonomía padovana” y romana, que precisamente Palombarini, en cuanto juez instructor en Padua, supo reconducir en los rieles de la legalidad, resistiendo a las pesadas campañas de la prensa en apoyo de una acusación -aquella de que en un grupo de profesores de Padua se escondiera el cerebro de las Brigadas Rojas- que se reveló insensata aun antes que infundada.

Pero Giovanni Palombarini nos llevó al pasado recordando, más en general, nuestra común dedicación en los orígenes del grupo de *Magistratura Democratica*: nuestras batallas por las garantías de los derechos y por la igualdad de los ciudadanos de frente a la ley; aquellas batallas en apoyo de la independencia interna y externa de los magistrados, la jurisprudencia garantista inaugurada en materia laboral y de defensa del medio ambiente; nuestras críticas a la jurisprudencia conservadora que ignoraba la Constitución y después a la legislación de excepción en los años oscuros del terrorismo; los procedimientos disciplinarios a los cuales, por aquellas críticas, fuimos entonces sujetos muchos de nosotros; la deontología judicial, destinada a la independencia y a la garantía de los derechos violados o incumplidos, que elaboramos en alternativa al viejo modelo del juez como puro técnico, de hecho culturalmente gravitando en la órbita del poder.

A propósito de aquellos lejanos recuerdos, ante todo de uno, evocado tanto por Giovanni Palombarini como por Dario Ippolito, quiero también regresar: aquél de nuestra extraordinaria iniciativa que tomamos en 1971, inmediatamente después de las miles de denuncias y de procesos por los delitos de opinión o sindicales contra





obreros, estudiantes y sindicalistas.<sup>27</sup> Haciendo propia una propuesta mía, recordaron Ippolito y Palombarini, un pequeño grupo de jóvenes jueces emprendió la recolección de las firmas con el fin de realizar un referéndum abrogativo de los delitos sindicales y de opinión. Fue la primera iniciativa de referéndum en la historia de la República, poco después de la aprobación, en 1970, de la ley que instituía este. No fue logrado el requisito de las 500.000 firmas solicitado por la ley, dado que obtuvimos poco más de 300 mil. No obstante, esa experiencia marcó profundamente la identidad del grupo de *Magistratura Democratica* y de cada uno de nosotros. Por primera vez en la historia -pensemos en la rígida clausura grupal y corporativa de la magistratura de aquellos años- un grupo de magistrados estableció un contacto directo con los ciudadanos. Recuerdo que andábamos en las escuelas, en las fábricas, en las Casas del pueblo para hablar de los problemas de la justicia, de la Constitución no actuada, de la contradicción con sus principios del viejo código penal fascista y de gran parte de la legislación vigente, rompiendo con la costumbre de la separación que había caracterizado siempre la deontología de los magistrados.

Esa lejana experiencia en la magistratura fue una experiencia crucial que significó, para mí como para muchos otros, el descubrimiento del compromiso civil y político: por el carácter contagioso de la pasión política, que siempre se desarrolla gracias a su dimensión colectiva; por la particular naturaleza de la actividad judicial, que comporta un contacto cotidiano con la realidad y conjuntamente con el derecho y con sus aporías; por el nexo entre compromiso civil y compromiso científico promovido por la actividad judicial y por la reflexión colectiva, gracias a la conciencia teórica, de las dimensiones de ilegitimidad jurídica y del rol de adecuación del derecho a su deber ser constitucional que incumbe tanto a la ciencia jurídica como a la jurisdicción.

## Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2005), "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción", en CARBONELL, M. Y SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, pp. 59-76.
- ARISTOTELES (1957), *Ética Nicomachea*, Laterza, Bari,
- ARISTÓTELES (2006), *Ética Nicomachea*, Mestas, Madrid.
- BARBERIS, M. (2011), *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- BOBBIO, N. (1954), "La teoria pura del diritto e i suoi critici", *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1954), *Formalismo giuridico e formalismo etico*, en BOBBIO, N., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1955), *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1965 [1961]), *Aspetti del positivismo giuridico*, en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 105 ss.
- BOBBIO, N. (1965), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano.
- BOBBIO, N. (1980), "Formalismo jurídico y formalismo ético", en *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, pp. 107-117.
- BOBBIO, N. (1980), "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, pp. 119 ss.

<sup>27</sup> Recuerdo dos dossiers sobre aquella ola de denuncias: *Repressione*, a cargo de los sindicatos metalmeccánicos FIM, FIOM, UILM, Editrice Tindalo, Roma, 1970 y *14.000 denunce. Chi, dove, come, quando, perché*, a cargo de L. Borgomeo y A. Forbice, Edizioni Stasind, Roma, 1970.

- BOBBIO, N. (1999 [1990]), *Ragioni della filosofia politica*, en BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Einaudi, Torino, pp. 24-39.
- BOBBIO, N. (2003), “Las razones de la filosofía política”, BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, pp. 97-112.
- BOBBIO, N. (2004), “Jusnaturalismo y positivismo jurídico”, en BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, pp. 67-90.
- BOBBIO, N., (2004), “Positivismo jurídico”, en BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, pp. 37-66.
- 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.
- BOVERO, M. (2009), *La democrazia e le sue condizioni*, Notizie Editrice, Modena.
- BOVERO, M. (2010), “La democracia y sus condiciones”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 253, pp. 11-30.
- FERRAJOLI, L. (1973), “Magistratura Democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria”, en BARCELLONA, P. (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, pp. 105-122
- FERRAJOLI, L. (1978), “<<Magistratura democrática>> y el ejercicio alternativo de la función judicial”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, Editorial Fontanella, Barcelona.
- FERRAJOLI, L. (1983), *La semantica della teoria del diritto*, en Scapelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 81-103.
- FERRAJOLI, L. (1993), “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione”, en Gianformaggio, L. (ed), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, pp. 477-486.
- FERRAJOLI, L. (1999), “La cultura jurídica en la Italia del Siglo XX”, en FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, pp. 169-229.
- FERRAJOLI, L. (1999), “La pragmática de la teoría del derecho”, en FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, pp. 109-139.
- FERRAJOLI, L. (1999), “La semántica de la teoría del derecho”, en FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, pp. 17-74.
- FERRAJOLI, L. (1999), *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2001), “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre *Derecho y razón*”, en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?*, n. 2, pp. 15-86.
- FERRAJOLI, L. (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma.
- FERRAJOLI, L. (2003), “La pragmática della teoria del diritto”, en COMANDUCCI P. y GUASTINI, R., *Analisi e diritto. 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, pp. 361-364.
- FERRAJOLI, L. (2004), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2005), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol. I. Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol. II. Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol. III. Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2008), “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en FERRAJOLI, L., ATIENZA, M. y MORESO J.J., *La teoría del*



- derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 30-37.
- FERRAJOLI, L. (2008 [1989]), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L., (2008), “Sul nesso tra (teoría del) derecho y (teoría de la) democracia”, *Costituzionalismo.it.*, 3. Disponible en internet: <http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=297>. Revisado el 15 de julio 2011.
- FERRAJOLI, L. (2009), *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, en “Diritto pubblico”, n.1, pp.14-22.
- FERRAJOLI, L. (2010), “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, en *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, pp. 2771-2816.
- FERRAJOLI, L. Y ZOLO, D. (1978), *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano.
- GENTILI, A. (2011), “‘Scienza giuridica’, ‘negozió’ y ‘popolo’ nei Principia iuris di Luigi Ferrajoli”, en DI LUCIA, P., *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Editrice Universitaria, Milano.
- KANT, I. (1965 [1793]), *Sopra il detto comune: ‘questo può essere giusto in teoría, ma non vale per la práctica’*, III, *Contro Moses Mendelssohn*, en KANT, I., *Scritti politici e di filosofía della storia e del diritto*, Utet, Torino.
- KANT, E. (1986), *Sobre el dicho común: ‘esto puede ser justo en teoría, pero no vale para la práctica’*, Tecnos, Madrid.
- KELSEN, H. (1958), *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México.
- KELSEN, H. (1959), *Teoría generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959.
- KELSEN, H. (2007 [1945]), *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, New Jersey.
- PINTORE, A. (2001), “Diritti insaziabili”, en FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma. pp.189 ss.
- PINTORE, A. (2005), “Derechos insaziables”, en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2008), “*Principia iuris*: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 31, pp. 336-337.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2009), “La teoría del derecho de *Principia iuris*”, en MARCILLA CÓRDOBA, G. (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 52 ss..
- RESCIGNO, G. U. (2008), “La democracia costituzionale di Luigi Ferrajoli”, *Costituzionalismo.it.*, 3. Disponible en internet: <http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=286>. Revisado el 15 de julio 2011.
- RESCIGNO, G. U. (2008), “La democracia costituzionale di Luigi Ferrajoli”, *Antigone. Cuadernos de crítica del sistema penal e penitenciario*, n. 3, pp. 41-50.
- FERRAJOLI, L., SENESE, S. Y ACCATTATIS, V. (1978), “*Por una <<Magistratura democrática>>*”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, Editorial Fontanella, Barcelona.
- SENESE, S. (2008), “Consideraciones extravagantes de un ‘jurista empírico’”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 31, pp. 378-381.
- SENESE, S. et al. (1973) “*Per una Magistratura Democratica*”, en *Problemi del socialismo*, n. 13-14, pp. 149-182.
- SIEYÈS, E.-J. (1989), *¿Qué es el tercer Estado?*, Alianza, Madrid.
- SIEYÈS, E.-J. (1992), *Che cosa è il terzo Stato?*, Editori Riuniti, Roma.
- SIEYÈS, E.-J. (2002 [1788]), *Qu’est-ce que le tiers état?*, Éditions du Boucher, Paris.
- ZOLO, D. (1974), *La teoría comunista dell’estinzione dello Stato*, De Donato, Bari.



## Jurisdicción multicultural en el Estado liberal: Una visión crítica\*

Jean L. Cohen

*Columbia University, New York. Estados Unidos*

[jlc5@columbia.edu](mailto:jlc5@columbia.edu)

### Resumen

Este trabajo sostiene una actitud crítica respecto al llamado “nuevo pluralismo jurídico”. Comienza situando este concepto en una perspectiva histórica, para luego analizar los argumentos feministas a favor de la “acomodación transformativa” de la diversidad religiosa en un pluralismo jurídico basado en el estatus religioso. La aportación de la autora no se ciñe a identificar los fallos del pluralismo jurídico, sino que ofrece además un modelo diferente de acomodación transformativa, que descansa en una mezcla de enfoques jurídicos respecto a los problemas que afrontan las mujeres religiosas en una democracia constitucional.

### Palabras clave

Igualdad de género, minorías religiosas, multiculturalismo, pluralismo jurídico, constitucionalismo, derecho personal y de familia.

## Multicultural jurisdiction in the liberal state: A critical Assesment

### Abstract

This paper defends a critical view about the so called “new legal pluralism”. It begins by placing this concept in an historical perspective, and then analyzing feminist arguments for the “transformative accommodation” of religious diversity in the form of status based legal pluralism. The author’s contribution is not only the assessing of the flaws in the legal pluralist solution, but also the offering of a different model of transformative accommodation that rests on a mix of legal approaches to the problems faced by religious women in a constitutional democracy.

### Keywords

Gender equality, religious minorities, multiculturalism, legal pluralism, constitutionalism, personal and family law.

\* Traducción de Mariano Melero de la Torre

Los debates sobre cómo debería figurar el género en la construcción de la igual ciudadanía han resurgido en nuestros días debido a la creciente inmigración y al *revival* religioso. Cuestiones como la de si la igualdad se promueve mejor mediante un enfoque centrado en las diferencias de género o mediante una aproximación ciega al género, o la de si es posible abstraerse de las perspectivas marcadas por el género, son siempre polémicas<sup>1</sup>. En la actualidad afrontamos una nueva versión de este dilema: ¿cómo podemos lograr la igualdad de género, ignorando o reconociendo las diferencias religiosas de género?<sup>2</sup>

Según algunos, ser sensible a las perspectivas y experiencias de las minorías religiosas que viven en las democracias occidentales requiere desprenderse del “liberalismo basado en derechos abstracto e individualista”, junto con la idea secular y republicana de otorgar el monopolio legislativo al Estado, en la medida en que ambos elementos tienden a homogeneizar y nivelar las diferencias cultural-religiosas. Nuevas formas de pluralismo religioso y religión pública desafían los viejos modelos asimilacionistas (Casanova, 1994). En ningún otro sitio la uniformidad jurídica se cuestiona con mayor virulencia en nombre de la acomodación de la diferencia que en el dominio del derecho personal (familiar)<sup>3</sup>. El viejo modelo del “muro de separación” entre Iglesia y Estado, supuestamente vinculado a la privatización de la religión, así como el monopolio del Estado laico en el ámbito del derecho de familia, no se consideran adecuados para las necesidades de una sociedad plural con muchos grupos religiosos, múltiples minorías y “minorías dentro de minorías”<sup>4</sup>. De hecho, se cuestiona el carácter secular del derecho personal de origen estatal que existe en las democracias occidentales, afirmando que a pesar de que la ley de matrimonio civil es formalmente secular y neutral, resulta evidente la influencia de las normas religiosas sobre dicha ley. Si las comunidades religiosas dominantes (cristianas) fueron capaces de lograr la congruencia entre la religión y el derecho en las democracias occidentales, esto se debe a que tales comunidades pudieron votar en su contexto cultural, siendo este contexto el que el derecho codificaba y hacía respetar (Witte, 1997; Teitelbaum, 2007; Grossberg, 1985)<sup>5</sup>. Ahora, sin embargo, que la diversidad de las sociedades occidentales se está haciendo más profunda (y que los grupos religiosos se hacen oír más), parece que la equidad requiere un nuevo “modelo de igualdad” sensible a la diferencia respecto a esa zona de intersección entre religión y Estado que es el derecho personal<sup>6</sup>.

El lema hoy es el “pluralismo jurídico” –es decir, el reconocimiento por parte del Estado de que hay una pluralidad de religiones con normas de familia que deberían acomodarse legalmente, delegando y/o compartiendo con las autoridades religiosas el poder para crear derecho vinculante en el ámbito de la intimidad.

<sup>1</sup> El primer paso hacia la resolución de este dilema es la deconstrucción de la dicotomía ideológica: igualdad/diferencia. El opuesto a igualdad es desigualdad; el contrario de diferencia es similitud. Por tanto, la auténtica cuestión es si es el trato diferente o idéntico del derecho lo que promueve la igualdad de género y cuáles son los estándares que dan forma a la línea de salida. Véase MacKinnon (1989) y Cohen (2002).

<sup>2</sup> La primera ronda de debates sobre este asunto se produjo a partir del artículo de Susan M. Okin (1999). La siguiente se compuso de respuestas a otro artículo de Okin (2005), publicado póstumamente.

<sup>3</sup> El otro terreno igualmente polémico es la educación.

<sup>4</sup> Véase los debates en Eisenberg y Spinner-Halev (2005).

<sup>5</sup> Sin embargo, la génesis no es estructural: si pueden ofrecerse justificaciones no religiosas independientes para el derecho de familia, entonces las raíces religiosas o la mayor compatibilidad de las normas con unas religiones que con otras no determina o socava su legitimidad.

<sup>6</sup> Eisgruber y Sager (2007) critican el análisis basado en la separación y lo sustituyen por un análisis basado en la igualdad.

Algunas feministas afirman hoy que un estatus religioso bien diseñado a partir del pluralismo jurídico puede resolver los dilemas de la diferencia que plantea la mujer religiosa en nuestra sociedad.

Esta cuestión ha cobrado recientemente una especial atención debido a casos de arbitraje en el ámbito del derecho de familia de raíz islámica en Canadá, así como al infame discurso del reverendo Rowan Williams, arzobispo de Canterbury en 2008, donde defendía que el Estado liberal debía reconocer, en “algunas áreas del derecho” y para algunas comunidades religiosas minoritarias, una “jurisdicción suplementaria” que derivase del derecho religioso<sup>7</sup>. Como consecuencia, cuando trate con comunidades religiosas con normas de intimidad e identidades comprensivas fuertemente enraizadas, el Estado debería compartir su soberanía y aceptar un pluralismo jurídico en función del estatus. Aunque este argumento se pensó para las minorías musulmanas, es pertinente para otras minorías religiosas –como los judíos ortodoxos– y potencialmente también para las religiones mayoritarias. De hecho, la derecha cristiana de los EEUU ha adoptado recientemente el discurso del pluralismo jurídico, defendiendo leyes matrimoniales “de diferentes niveles” a escala estatal, en un velado intento por recuperar la santidad del matrimonio en el derecho (contra el divorcio fácil y libre). Este movimiento ha logrado que se reconozca legalmente un matrimonio y un divorcio de dos niveles, mediante leyes de “pacto de matrimonio”, en Arizona, Arkansas y Luisiana<sup>8</sup>. Aunque esto no equivale a compartir jurisdicción con las autoridades religiosas, sus defensores invocan el discurso del pluralismo jurídico con la esperanza de deshacer la uniformidad del derecho secular en este ámbito<sup>9</sup>.

En este artículo me centraré en esa forma de pluralismo jurídico que consiste en delegar o compartir el poder del Estado con autoridades religiosas. Mi argumentación irá en contra de la introducción de cualquier versión de pluralismo jurídico en función del estatus religioso en el ámbito del derecho personal de las actuales democracias constitucionales occidentales. Rechazo el “grupismo jurídico” que se agazapa tras estas demandas, junto con la reificación del pluralismo sectario, la fragmentación de la ciudadanía y la soberanía, así como la amenaza a los derechos humanos individuales y a los principios democráticos que el pluralismo jurídico en función del estatus religioso reforzaría o crearía (Baer, 2010). En aquellas democracias constitucionales no occidentales donde ya existe un pluralismo jurídico en función del estatus religioso, lo considero más un *faute de mieux* que un modelo normativamente atractivo.

<sup>7</sup> Rowan Williams, “Civil and Religious Law in England: a Religious Perspective”, Conferencia dictada en el Royal Courts of Justices, Londres, Inglaterra, el 7 de febrero de 2008. Disponible en la siguiente dirección electrónica <http://www.archbishopofcanterbury.org/1575> (fecha de consulta 5 de junio de 2011). Véase Phillips, (2007, pp. 166, 176) para una discusión sobre los esfuerzos en Canadá (Ontario) y Gran Bretaña para lograr el reconocimiento oficial de un sistema separado de derecho de familia islámico y/o otorgar fuerza legalmente vinculante a los tribunales de arbitraje que aplican derecho musulmán. Ambas empresas fracasaron tras la movilización en su contra de feministas y otros grupos. Hasta la fecha, ninguna decisión de los tribunales religiosos, sean islámicos, católicos o judíos, tiene de por sí el más mínimo valor legal en Canadá, Gran Bretaña o, para esta cuestión, en los tribunales estadounidenses. Véase Eisenberg (2006).

<sup>8</sup> Véase Arizona *REV. STAT. ANN.* &25-901 a 906 (2006); Arkansas *CODE ANN.* &9-11-801 a 811 (2006); *LA. REV. STAT. ANN.* &9:272 (2006). El propósito del pacto de matrimonio es hacer más difícil el divorcio e implicar a las autoridades religiosas en la tarea de preservar los matrimonios. Esto se refleja en una disposición de la ley de Luisiana, según la cual sólo las autoridades religiosas pueden realizar el preceptivo asesoramiento prematrimonial estipulado para aquellos que opten por las reglas del pacto de matrimonio y se salgan de la legislación estatal del divorcio sin culpa. Nichols (1998, 2007). Véase McClain (2010) para una crítica.

<sup>9</sup> Spaht (1998) argumenta que uno de los propósitos de estipular un asesoramiento prematrimonial, por parte de autoridades religiosas, es volver a traer la religión a la plaza pública con el objeto de realizar una función que es específica de ella: preservar los matrimonios.



Comienzo situando el concepto de pluralismo jurídico en una perspectiva histórica. La historia es instructiva, y deberíamos saber de qué estamos hablando cuando se coloca un vino viejo (el pluralismo jurídico en el derecho personal en función del estatus religioso) en odres nuevos (“jurisdicción multicultural” dentro de las democracias constitucionales) (1). A continuación se analizan los argumentos feministas a favor de la “acomodación transformativa” de la diversidad religiosa en un pluralismo jurídico basado en el estatus religioso (2). La tercera sección ofrece una crítica que toma en serio los dilemas subyacentes de la diferencia que identifican tales argumentos al tiempo que se valoran los fallos del pluralismo jurídico (3). Concluyo con un modelo diferente de acomodación transformativa que descansa en una mezcla de enfoques jurídicos respecto a los problemas que afrontan las mujeres que tratan de reconciliar su religión y sus derechos (4). El enfoque jurídico multidimensional que definiendo no es hostil a la religión, sino a las estructuras de poder patriarcal, las prácticas discriminatorias y las reglas que perpetúan la dominación masculina en nombre de la autonomía religiosa y la acomodación de la diferencia<sup>10</sup>. Dada la desastrosa privatización de gran parte del Estado, local y globalmente, y dados los peligros del *revival* religioso para la legitimidad democrática y la igualdad de las mujeres, este no es el momento de coger el carro del pluralismo jurídico basado en el estatus religioso. Existen mejores formas de reconocer la diferencia religiosa de género que no pasan por cosificar los grupos, atrincherar la autoridad de las élites masculinas dentro de ellos, o congelar en el derecho las identidades y las preferencias adaptativas.

### 1. ¿Qué es el pluralismo jurídico?

El pluralismo jurídico hace referencia al hecho de una multiplicidad de órdenes legales dentro del mismo espacio social<sup>11</sup>. El concepto surgió a principios del siglo XX cuando los antropólogos del derecho que estudiaban los imperios basados en el territorio descubrieron costumbres locales o derechos religiosos que parecían más importantes en la vida de los individuos que el derecho estatal<sup>12</sup>. Los europeos que llevaron el imperialismo a ultramar también encontraron un “derecho” indígena que consideraron invariable y como una “tradicición” atrasada –juzgando sus propios sistemas jurídicos como civilizados y “modernos”. Cuando impusieron sus sistemas jurídicos coercitivos sobre las colonias, trataron el “derecho indígena” sobre la base del principio de repugnancia: en tanto que una “costumbre” –regla, norma o práctica— no era repugnante para la justicia natural tal y como ellos la definían, los colonizadores la respetaban y dejaban a los líderes locales su administración (Merry, 1988: 872-879). Esto fue particularmente cierto respecto al

<sup>10</sup> Además, es igualmente hostil a las normas patriarcales que persisten en el derecho secular. Dichas normas deben ser atacadas sobre la base de los principios de igual libertad individual e igualdad de género que subyacen a los estados democráticos constitucionales y al derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>11</sup> Merry (1988): 207; Moore (1973) argumenta que el derecho estatal depende de, e interactúa con, otros sistemas normativos, y que como tal está “incrustado” en otros ámbitos normativos; Griffiths (1986) ofrece una panorámica crítica de las teorías existentes del pluralismo jurídico.

<sup>12</sup> Eugene Erlich (1913), un antropólogo del derecho, encontró que en una provincia del Imperio de los Habsburgo, Bukowina, el derecho consuetudinario local tenía un efecto mayor en las vidas de la gente que el derecho del Estado imperial. Este “descubrimiento” fue eclipsado por la crítica contra el pluralismo jurídico por parte del iuspositivismo de Hans Kelsen, pero fue “redescubierto” por Leopold Pospisil (1972). El artículo de Sally Falk Moore, “Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study” (Moore, 1973), también jugó un papel crucial en el *revival* del pluralismo jurídico. Véase Gunther (2008). Otra fuente de estudio del pluralismo jurídico fue Figgis (1913). Para desarrollos históricos, véase Merry (1988) y Griffiths (1986). Lo que se llama el “nuevo” pluralismo jurídico aplica este enfoque al contexto internacional o transnacional. Uno de los primeros en hacerlo fue de Sousa Santos (1995), junto con Teubner (1997). Véase Berman (2009) y Tamanaha (2008).

derecho personal y religioso (Merry, 1988: 872-879)<sup>13</sup>. Sin embargo, los colonizadores no consideraron las normas o costumbres religiosas de los indígenas como un verdadero “derecho”, en el sentido soberanista fuerte del derecho estatal. Una vez que el sistema de estados soberanos se estableció en Europa, sólo el Estado soberano podía legislar en el sentido estricto de la palabra. Desde entonces, el significado y la referencia del término “derecho” han sido ambiguos en el discurso del pluralismo jurídico.

Todavía hay confusión en la literatura actual sobre el pluralismo jurídico. Algunos usan el término para referirse a una amplia gama de órdenes normativos superpuestos, mientras que otros lo restringen a la interacción del derecho estatal con otros órdenes. Como descripción de una multiplicidad de órdenes normativos, el pluralismo jurídico está en todas partes y no reporta demasiadas complicaciones. Conviene señalar que los órdenes normativos no estatales pueden ejercer una poderosa influencia sobre los miembros de la comunidad: las normas consuetudinarias y jerárquicas pueden ser muy coercitivas. Pero los analistas contemporáneos del pluralismo jurídico, global o nacional, presuponen el éxito de la construcción estatal y, al mismo tiempo, atacan la hegemonía del paradigma soberanista. Consideran que en la actualidad el pluralismo jurídico es un hecho objetivo que el discurso de la soberanía estatal es incapaz ya de ocultar. Muchos lo ven como un ideal normativamente deseable, por cuanto que la multiplicidad de órdenes normativos que sólo de forma parcial son penetrados o controlados internamente (e internacionalmente) por el Estado, ofrece supuestamente lugares de resistencia, lucha y experimentación, creando una variedad de puertos de entrada e influencia sobre el derecho estatal para actores individuales y grupales, promoviendo así un diálogo entre el Estado y aquellos que de otro modo carecerían de voz<sup>14</sup>. Otros defienden la disgregación del monopolio jurisdiccional del Estado sobre la producción de leyes públicamente ejecutables, de modo que se comparta tal facultad con las autoridades religiosas, como un modo de acomodar la diversidad normativa. La creación de jurisdicciones múltiples (y/o híbridas) sobre ciertos temas dentro de una comunidad política supuestamente proporcionaría a las minorías religiosas y culturales más libertad para ordenar sus vidas a su manera, y por ende mejoraría la equidad y la igualdad.

En lo que sigue voy a restringir mi análisis al concepto de pluralismo jurídico en función del estatus religioso dentro del Estado moderno, es decir, a cuestiones de jurisdicción nacional. El pluralismo jurídico basado en el estatus religioso consiste en que el Estado soberano adscribe/delega a grupos religiosos su poder coercitivo para hacer leyes vinculantes, de modo que se concede a las órdenes y decisiones normativas de las autoridades religiosas la producción de efectos legales como parte del derecho estatal, respaldado por el poder coercitivo y la autoridad simbólica del Estado.

En los años 70, el análisis del pluralismo jurídico, en el sentido indicado, se hizo más sofisticado y reflexivo. Los antropólogos críticos del derecho se dieron cuenta de que las religiones, costumbres y tradiciones indígenas que encontraron los colonizadores occidentales en Asia, África y el Oriente Medio se habían formado durante siglos a través de las conquistas y las migraciones. En realidad, lo que se había etiquetado como “derecho” consuetudinario e indígena era, en gran medida, el producto del encuentro colonial europeo (Merry, 1988: 875). Fueron los administradores coloniales quienes codificaron, autorizaron y atrincheraron los

<sup>13</sup> Véase también Chatterjee (2010).

<sup>14</sup> Parafraseando a Berman (2009: 237-238). Krisch (2009) y Berman (2007). Pero en última instancia es el Estado el que determina los parámetros de la delegación y la acomodación.



sistemas y poderes legales de los líderes locales, capacitándoles para ejercer un control completo, especialmente en el derecho personal y familiar, sobre los miembros de su grupo. En el proceso, los líderes locales reforzaron su propio poder, aunque quedaron subordinados a, y dependientes de, el poder y el derecho jerárquicamente superior de los colonizadores (Merry, 1988: 875)<sup>15</sup>. Desde esta perspectiva, un sistema jurídico es pluralista cuando la soberanía ordena diferentes cuerpos jurídicos para diferentes grupos de población, dependiendo de la etnicidad, la religión, la nacionalidad o la tribu. Al adscribir o delegar la producción legislativa a las autoridades de los grupos culturales relevantes, se crearon regímenes jurídicos paralelos que dependían en última instancia del sistema jurídico estatal (Merry, 1988: 817). Los “nuevos” pluralistas jurídicos reconocieron estas complejas interrelaciones entre órdenes normativos y las políticas jurisdiccionales que implicaban (Merry, 1988: 817)<sup>16</sup>.

Pero el pluralismo jurídico en función del estatus no fue una invención del colonialismo occidental de ultramar. Como es bien sabido, el Imperio Otomano adscribió jurisdicción legal sobre educación, religión, derecho personal y familiar a cada una de las comunidades religiosas no musulmanas —estableciendo así unas entidades comunitarias rígidamente separadas (Barkey, 2008). Su famoso sistema de los *millet* fue una herramienta imperial para gestionar la diferencia. Los no musulmanes estaban protegidos y podían vivir bajo el derecho de sus propias religiones siempre que reconociesen la superioridad del Estado y el lugar privilegiado del Islam —el principal rasgo de inclusión en la comunidad política. El impacto del pluralismo jurídico en la relación entre el grupo musulmán dominante y los grupos no musulmanes subordinados ha sido descrito como “separados, desiguales y protegidos” (Barkey, 2008: 120)<sup>17</sup>.

Más allá de lo que cada uno piense sobre este “prodigio de control flexible sobre la complejidad”, una cosa está clara: el pluralismo jurídico basado en el estatus religioso de los *millet* puso a las élites intermediarias en el control de los miembros del grupo y dotó a la ortodoxia religiosa de una participación real en el *statu quo* —con su poder ahora legalmente atrincherado, y externamente garantizado, para administrar sus comunidades semiautónomas (Barkey, 2008: 294)<sup>18</sup>. Más aún, la codificación y delegación del control sobre el derecho personal a las autoridades de los distintos grupos religiosos no implicó únicamente la acomodación de la “diferencia”. También ayudó a construir y dar forma a esa diferencia, junto con su marco religioso y su jerarquía de género. El resultado fue la creación de un sistema legal de pluralismo sectario de grupos, que interesaba especialmente a las élites masculinas por cuanto que su poder, estatus y autoridad dependían de su porción de poder jurisdiccional del Estado<sup>19</sup>.

Los derechos personales que regulaban el matrimonio, el divorcio, la custodia de los hijos y la propiedad familiar llegaron a ser potentes herramientas

<sup>15</sup> Véase también Mamdani (1996).

<sup>16</sup> Describe este entendimiento reflexivo como el “nuevo pluralismo jurídico” (Merry, 1988: 872-879). El término “nuevo pluralismo jurídico” también se usa para referirse al surgimiento del pluralismo jurídico global y la interacción multidireccional entre normas locales, nacionales e internacionales. Berman (2009: 229-233).

<sup>17</sup> Los actores podían, a decir verdad, como en cualquier otro sistema, participar en un *forum shopping* o hacer un uso estratégico de la complejidad legal.

<sup>18</sup> Barkey se refiere al sistema otomano como un prodigio de flexibilidad. Aunque su libro es excelente no estoy segura del atractivo de este modelo de pluralismo jurídico para las democracias constitucionales contemporáneas.

<sup>19</sup> Esta es una característica del pluralismo jurídico en todas partes. Véase Chatterjee (2010: 528 y 550-551).

disciplinarias para la vigilancia de los límites entre comunidades religiosas y para el refuerzo de las jerarquías de género. Los líderes de cada grupo podían defender su autoridad para gobernar a los miembros de su comunidad argumentando que este derecho era un derecho religioso autorizado por el Estado (Chatterjee, 2010: 551). La función de demarcación del derecho familiar (determinando los miembros a lo largo del tiempo) a través de requisitos religiosos cuya interpretación recaía en una atrincherada élite masculina, jugó un papel crucial en la perpetuación de las jerarquías, al subordinar la sexualidad de la mujer a la función reproductiva del grupo, unido a las desigualdades distributivas internas por razón de género. A decir verdad, los contextos en los que se atrincheraron estas formas de pluralismo jurídico en función del estatus no fueron repúblicas, ni democracias constitucionales, sino imperios autocráticos y/o asentamientos coloniales de ultramar. Aun así, en la medida en que estos sistemas han permanecido o se han reintroducido en las repúblicas democráticas post-coloniales o post-imperiales –India, Sudáfrica e Israel— las consecuencias para la igual ciudadanía y para la igualdad de las mujeres no han sido tranquilizadoras<sup>20</sup>. Aunque los arreglos institucionales difieren, y aunque el pluralismo jurídico basado en el estatus fue, en cada caso, el producto de un compromiso pragmático circunstancial del Estado y la construcción nacional y/o constitucional, todos ellos atrincheraron las jerarquías sociales de género dentro de los grupos religiosos y/o tribales relevantes<sup>21</sup>. No puedo profundizar aquí sobre esto. Baste decir que no se debería hacer una virtud normativa de una necesidad estratégica<sup>22</sup>. Debería resultar obvio a partir de lo dicho que el pluralismo jurídico en función del estatus religioso (y de otros tipos) debe entenderse en el marco de la política jurisdiccional y de las luchas por el poder, y no simplemente en términos de acomodación de diversos órdenes normativos.

## 2. El más reciente pluralismo jurídico: ¿Acomodación transformativa?

Actualmente el pluralismo jurídico reclama el reconocimiento de diferentes sistemas de derecho personal para las comunidades religiosas dentro de las democracias constitucionales occidentales consolidadas. El argumento es que el pluralismo jurídico en función del estatus acomodaría creencias y prácticas profundamente asumidas por grupos minoritarios en sociedades crecientemente diversas, constituyendo así una alternativa deseable al poder soberano y homogeneizador del Estado laico. Éste no sólo debería reconocer la autonomía de las comunidades religiosas en áreas cruciales para su propia definición y reproducción –derecho de familia y educación— según el viejo modelo del “muro de separación” que relegaba la diferencia religiosa a la esfera privada<sup>23</sup>. Por el contrario, el Estado tendría que dar efecto legal a las decisiones de las autoridades de tales comunidades y de sus tribunales de arbitraje en dichos ámbitos. Aparentemente, el tiempo ha venido a demostrar la pluralidad de formas familiares

<sup>20</sup> Helen Irving (2008: 21) señala que cuando las mujeres han participado en el proceso constitucional siempre han defendido la plena igualdad y la supremacía de la constitución sobre el derecho consuetudinario tribal o religioso. Véase también Hassim (2006); Nussbaum (2005); Hirschl y Shachar (2005); Jagwanth y Murray (2005); y Agnes (1999). Pero véase también Subramanian (2008).

<sup>21</sup> Esto es así incluso allí donde la constitución prioriza la igualdad de género sobre el derecho consuetudinario y donde existe una alternativa civil. Andrews (2009) discute las tensiones entre los reclamos de igualdad civil y el respeto hacia el derecho indígena.

<sup>22</sup> En Sudáfrica y la India los compromisos estratégicos estuvieron claramente en cuestión, pero habría sido mucho mejor si las cláusulas de suspensión respecto al derecho religioso y consuetudinario hubieran sido incluidas en la constitución. En Israel se preservó el sistema de los *millet* con objeto de crear una identidad judeo-israelí monolítica y dominante (etnonacionalismo) y para diferenciar las identidades no-judías. En otros contextos post-coloniales estuvieron implicados otros propósitos. Pero en todos los casos se sacrificaron los derechos humanos de las mujeres. Véase Sezgin (2010).

<sup>23</sup> La metáfora del “muro de separación” la hizo famosa Jefferson en su muy citada carta a los baptistas de Danbury, Connecticut, afirmando que la Constitución había “levantado un muro de separación entre la Iglesia y el Estado”. Véase Dreisbach (2002).



correspondiente a las muchas comunidades religiosas que viven entre nosotros, y a ofrecer alternativas al único modelo que encaja con el sistema de derecho estatal “secular y absolutista” que se da en la mayoría de las democracias occidentales (Witte y Nichols, 2011).

De hecho, se argumenta que debido a su función de demarcación, el control sobre el derecho de familia es central para la identidad y perpetuación de los grupos religiosos. Rechazar el reconocimiento legal de las normas de matrimonio y divorcio de los grupos religiosos supone erosionar el “... poder del grupo para preservar el carácter distintivo de su cultura mediante la demarcación de sus miembros” (Shachar, 2001: 72). La falta de una acomodación legal supuestamente pone a las minorías religiosas en una posición de desventaja injusta dado que o bien llegaron al juego después de que éste hubiese empezado (los grupos inmigrantes), o bien tuvieron poca influencia en el contexto cultural que configura los estándares de las instituciones sociales a pesar de haber estado presentes todo el tiempo (minorías o grupos indígenas). Ciertamente el papel de la religión mayoritaria (el cristianismo) en la configuración del trasfondo cultural y el derecho de familia en Occidente es indiscutible (Shachar, 2001: 73-74). La influencia de facto que esta cultura de trasfondo continúa teniendo en el Estado secularizado y en su monopolio sobre el derecho personal implica, según los defensores del pluralismo jurídico, que el Estado laico no es neutral en sus efectos. El remedio es entonces, supuestamente, la des-monopolización: por razones de equidad e igualdad, las tradiciones religiosas minoritarias deberían tener un efecto legal para sus miembros en el ámbito de la intimidad (Shachar, 2001: 73-76).

Pero este pluralismo jurídico en función del estatus religioso podría crear un ámbito impenetrable para los derechos constitucionales y humanos que protegen la igualdad de género y la autonomía personal de las mujeres (Baer, 2010). Las feministas han sido muy críticas con las estructuras patriarcales instaladas en el derecho personal de todas las principales religiones, por no mencionar el derecho consuetudinario tribal de los pueblos indígenas<sup>24</sup>. Muchas han criticado los derechos de ciudadanía en función del grupo cultural como un camino erróneo para acomodar la multiculturalidad y en especial las diferencias religiosas, adoptando para ello precisamente la perspectiva de los miembros vulnerables dentro de dichos grupos, los cuales están ya relativamente discapacitados y en peligro de quedar encerrados en estructuras jerárquicas de gobierno (Okin, 1999). Es sorprendente ver cómo algunas feministas intentan diseñar y promover, en el ámbito del derecho personal, un pluralismo jurídico basado en el estatus religioso supuestamente benigno para las mujeres en las democracias constitucionales liberales donde todavía no existe<sup>25</sup>. ¿Por qué una feminista defendería una versión del pluralismo jurídico que otorga la autoridad del derecho público a las decisiones de las autoridades y/o tribunales privados (típicamente masculinos y sin rendimiento de cuentas) de comunidades religiosas y sobre un área tan crucial para las mujeres? Aquí sólo puedo referirme a

<sup>24</sup> La literatura al respecto es demasiado extensa para hacer una breve referencia. Véase Phillips (2007) y Song (2007) para una discusión reciente.

<sup>25</sup> En los EEUU, los indígenas americanos son la gran excepción al monopolio de los Estados sobre el derecho personal. Esto se debe a la herencia de dependencia o cuasi-soberanía que se atribuyó a las tribus indígenas desde mediados del siglo XIX. La muy discutida sentencia de la Corte Suprema, *Santa Clara Pueblo v. Martínez*, 436 US 49 (1978) afirmó la jurisdicción de la tribu sobre el derecho personal correspondiente a la condición de miembro (permitiendo reglas discriminatorias de género por las cuales los hijos de los miembros masculinos de la tribu, pero no de los miembros femeninos, que se casen fuera de la tribu retienen su condición de miembros independientemente de su lugar de residencia). Véase Resnik (1989).

los argumentos procedentes de las representantes más talentosas de esta posición (Shachar, 2001)<sup>26</sup>.

El esfuerzo por descubrir un pluralismo jurídico en función del estatus, pero benigno con las mujeres, parece estar motivado por la intención de ser sensible hacia la vida de las mujeres religiosas y de aceptar la importancia de la función de demarcación de la familia para el mantenimiento de las comunidades religiosas. El razonamiento es que cuando se configura adecuadamente, la “jurisdicción multicultural”, por usar el término de Shachar, podría ayudar a las mujeres religiosas a escapar del dilema en el que se encuentran dentro de las democracias constitucionales seculares cuando se trata del derecho de familia: “tu religión o tus derechos”<sup>27</sup>. Una versión feminista del pluralismo jurídico podría resolver la “paradoja de la vulnerabilidad multicultural” –que sobreviene cuando el Estado liberal erige un régimen de derechos de ciudadanía diferenciados por grupos con objeto de acomodar las diferencias religiosas, pero termina permitiendo un grado de control grupal que puede implicar graves injusticias para los miembros más vulnerables dentro del grupo (Shachar, 2001: 3). En tales contextos de “diversidad privatizada”, la carga de hacer efectiva la justicia de género recae enteramente en los hombros de la mujer individual, la cual se arriesga al ostracismo y a la pérdida de su grupo de origen al invocar sus derechos constitucionales o humanos en el ámbito del derecho personal ante los tribunales civiles, evitando a las autoridades del grupo y su “derecho” religioso<sup>28</sup>. La alternativa es fomentar la “acomodación transformativa” –una estrategia que toma en serio las creencias de las mujeres religiosas, su interés en formar parte del grupo y la importancia de la función de demarcación del derecho de familia para la supervivencia del grupo, al tiempo que ofrece incentivos para que las autoridades religiosas tomen decisiones distributivas más igualitarias (Shachar, 2010: 406-407)<sup>29</sup>.

43

Teniendo en cuenta estas consideraciones, no es sorprendente que la versión feminista del pluralismo jurídico rechace los dos enfoques alternativos de los dilemas de género de la ciudadanía religiosa. El primero, denominado el modelo “secular absolutista”, típico de la mayoría de las democracias liberales occidentales, permite el libre ejercicio del pluralismo normativo religioso e incluso en algunos casos (en EE.UU.) deja que los líderes religiosos oficien en las bodas como representantes del Estado. No obstante, este modelo reserva al Estado las decisiones sobre las cuestiones legales acerca de quién se pueda casar con quién, el divorcio, la custodia de los hijos, las condiciones económicas de liquidación, etc. El Estado democrático secular mantiene el monopolio sobre el derecho personal y familiar. Su código civil y sus tribunales seculares establecen una relación directa con el ciudadano individual, ofreciendo así una opción real para salir del orden privado de normas familiares del grupo (así como un derecho a optar por él). El miembro de la comunidad religiosa puede escapar del poder regulatorio del grupo, pero con el coste potencial de sufrir ostracismo por parte de dicho grupo. Este enfoque, por tanto, no parece hacer nada para resolver los dilemas de género de la vulnerabilidad multicultural (Shachar, 2001: 72-78). O aún peor. Según sus críticos, el modelo “secular absolutista” erosiona el poder de los grupos religiosos para preservar su diferencia cultural (Shachar, 2001: 73).

De ahí que se vuelva a reclamar un pluralismo jurídico en función del estatus religioso como una forma de corregir las desigualdades entre los grupos religiosos

<sup>26</sup> Otras defensoras son McClain (2010), que asume el modelo de Shachar y Eisenberg (2005). Para una matizada discusión véase Macklin (2009).

<sup>27</sup> Shachar (2001: 1-10) lo expresa como “tu cultura o tus derechos”, pero refiriéndose a la religión.

<sup>28</sup> El caso más notorio es el de *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum*, AIR 1985 SC 945.

<sup>29</sup> *Ibid.*:127-145



dominantes y minoritarios, haciendo que el Estado promueva la auto-regulación, la autonomía y la supervivencia de los últimos. Este modelo de “particularismo religioso” implicaría una forma de síntesis de lo público y lo privado mediante la delegación de los poderes soberanos a las respectivas autoridades religiosas. El Estado acomoda la diversidad de comunidades religiosas dando fuerza legal a las decisiones de los tribunales de arbitraje y/o las autoridades religiosas en materia de estatus personal, distribución de la propiedad, matrimonio, divorcio, custodia de los hijos y otros asuntos de derecho personal (Shachar, 2001: 78-85)<sup>30</sup>. Pero Shachar señala acertadamente que tal descentralización de los poderes jurisdiccionales del Estado hacia los grupos religiosos tampoco hace nada para mejorar la subordinación intragrupal y el maltrato de las mujeres en el ámbito del derecho personal, puesto que a pesar de que tal subordinación suele estar ya codificada en la tradición del grupo, ahora resulta reforzada por el Estado (Shachar, 2001: 61).

El riesgo de esta forma de acomodación de la pluralidad religiosa en las democracias constitucionales es obvio: las mujeres ponen en peligro sus derechos individuales como ciudadanos iguales, tan duramente ganados, cuando deben presentarse ante un tribunal religioso que no asume las normas de la igualdad de género. En algunas versiones del “modelo privatizado de diversidad”, desaparece enteramente la opción de salida, por cuanto que no hay un derecho civil alternativo, o si lo hay, no se mitiga la carga que ha de asumir la mujer individual al “elegir” sus derechos sobre su cultura. Tampoco se plantea ningún tipo de exigencia por parte de la sociedad en general (presumiblemente más igualitaria y democrática) de una reforma interna de los grupos religiosos. Por el contrario, esta versión hace al Estado cómplice de la violación de los derechos de igual ciudadanía de las mujeres, reforzando el poder privado de las élites masculinas.

La alternativa que ofrece es, supuestamente, un pluralismo jurídico basado en el estatus y benigno para las mujeres, diseñado con el objetivo de crear incentivos para que los grupos religiosos respeten las normas de igualdad de género de la sociedad en general, y para que transformen en este sentido sus propias normas religiosas internas en el ámbito del derecho personal (Shachar, 2001: 117-145; 2010: 405-410). En lugar de cargar a la mujer individual con la tarea de gestionar la vulnerabilidad multicultural, y evitando otorgar un monopolio incondicional de jurisdicción a los líderes religiosos en nombre de la acomodación de la diversidad, este modelo propone una jurisdicción condicional y compartida entre el Estado y las autoridades religiosas. El *quid pro quo* es el siguiente: las autoridades del grupo religioso obtienen una porción del poder legislativo del Estado, así como el prestigio que eso conlleva, a condición de acordar por anticipado una forma parcial de salida para los miembros del grupo (su derecho a acudir a los tribunales estatales) en caso de que las autoridades del grupo no respeten el convenio (Shachar, 2010). Dicho convenio implica un acuerdo *ex ante* por el cual las autoridades religiosas se comprometen a ajustar sus decisiones a unos mínimos de igualdad de género en asuntos como la distribución posterior al

<sup>30</sup> Donde Shachar discute este modelo tal y como funciona principalmente en países no occidentales. Entre los defensores de alguna versión del pluralismo jurisdiccional en el ámbito del derecho de familia cabe citar a Nichols (2007), que defiende otorgar autonomía jurisdiccional a los tribunales religiosos con una mínima supervisión del Estado; Zelinsky (2006), que exige al Estado que se deshaga de su monopolio respecto al matrimonio a favor de un mercado matrimonial en el que el matrimonio civil compita con otros modelos procedentes de instituciones religiosas o de otro tipo; y Crane (2006), que demanda que el derecho civil permita a las parejas hacer contratos civiles atribuyendo jurisdicción sobre su matrimonio a las autoridades religiosas. Para una panorámica crítica véase McClain (2010). Debe recordarse que mientras los católicos, los musulmanes y los judíos tienen sus propios tribunales religiosos para resolver las disputas matrimoniales, los protestantes carecen de ellos.

divorcio, los derechos matrimoniales futuros, la custodia, etc. (Shachar, 2010: 117-145). Las autoridades del grupo obtienen así el reconocimiento y la ejecución legal de sus decisiones, al tiempo que el Estado conserva el poder de declarar un divorcio civil y de ejercer una revisión *ex post* cuando así lo reclame un demandante individual o un grupo de interés público.

En suma, esta forma de pluralismo jurídico implica una interacción regulada y una jurisdicción conjunta entre las autoridades religiosas y los tribunales civiles. Otorga a las primeras un poder legalmente sancionado sobre los miembros del grupo. A cambio, las autoridades del grupo asumen una regla de “no-monopolio”, aceptando formas preestablecidas de salida parcial del grupo, así como una división del trabajo jurisdiccional en relación a las funciones distributiva y de demarcación del derecho personal. El Estado conserva el control final de las cuestiones distributivas mientras las autoridades religiosas asumen una jurisdicción exclusiva sobre la determinación del estatus. El Estado, por tanto, también renuncia a su monopolio sobre el derecho personal. El reconocimiento de una opción de salida parcial por parte de las autoridades del grupo realza supuestamente la voz de los miembros más débiles (las mujeres podrían intentar que las autoridades religiosas se sometan a sus acuerdos públicos). La jurisdicción conjunta supone, en teoría, un fuerte incentivo para transformar las normas distributivas discriminatorias que violan los derechos de ciudadanía igual de las mujeres a cambio de una sumisión obligatoria por parte de los miembros del grupo a los procedimientos de divorcio regulados por las normas religiosas. Supuestamente, el atractivo de los poderes legislativo y regulatorio bastarían para mejorar los aspectos transformativos de la salida: el peligro de que las mujeres acudan a los tribunales civiles y que éstos anulen las decisiones de las autoridades religiosas sería un incentivo suficiente para socavar las normas patriarcales dentro de estos grupos (Shachar, 2010: 125).

### 3. Las trampas del pluralismo jurídico en función del estatus

Aunque los argumentos a favor de jurisdicciones plurales y compartidas entre el Estado laico y los grupos religiosos en el ámbito del derecho personal parecen preocuparse por los intereses de las mujeres, se conducen por imperativos contradictorios que en última instancia los condenan a no lograr su propósito. O aún peor. Se desvían de otros tipos de acomodación transformativa en los que el Estado podría facilitar que se respetase el ejercicio de la libertad religiosa, pero priorizando la igualdad de género y sin correr el riesgo de establecer oficialmente una (o varias) religión(es) mediante la excesiva implicación del Estado con las autoridades religiosas y la privatización parcial que propone Shachar. Haré aquí únicamente tres comentarios críticos y sugeriré una alternativa.

En primer lugar, no es convincente la idea de que los líderes religiosos reformarán los aspectos patriarcales de sus reglas comunitarias para evitar una salida masiva y/o para otorgar un efecto legal a sus decisiones. De hecho, las versiones ortodoxas o fundamentalistas de las religiones tienden a definirse por encima y contra el feminismo y los movimientos liberales o reformistas disidentes, sin importarles el coste en el número de miembros (Reitman, 2005). La fidelidad a lo que consideran normas constitutivas y prácticas ortodoxas fundamentales tiene prioridad sobre el número de verdaderos creyentes. Más aún, los líderes religiosos podrían jugar con el sistema: esto es, aceptar como una cuestión formal una opción parcial de salida (el uso de los tribunales estatales) a cambio de su porción de la tarta regulativa, al tiempo que continúan de manera informal haciendo que dicha opción sea muy poco atractiva para las mujeres del grupo (Reitman, 2005: 203). El Estado no puede ilegalizar la expulsión o el ostracismo. La estrategia particularista propuesta por Shachar implica un precio demasiado alto: la sumisión obligatoria a



un sistema de divorcio patriarcal al menos en la primera vuelta (Reitman, 2005: 204)<sup>31</sup>.

Otro rasgo de la acomodación transformativa de este modelo es incluso más inquietante. Tiene un propósito doble: promover la igualdad de género dentro del grupo (la parte transformativa) y prevenir la erosión de la diferencia del grupo religioso (la parte de acomodación) (Shachar, 2001: 73). Shachar pretende hacer la cuadratura del círculo mediante el uso creativo del derecho estatal. Pero los medios socavan los fines al menos en lo que se refiere al primer objetivo. Incluso aunque tuviera algún efecto el incentivo para crear resultados menos discriminatorios por razón de género en el ámbito del derecho personal religioso, las principales estructuras patriarcales de los grupos religiosos se mantendrían intactas. El control exclusivo por parte de las élites masculinas sobre el derecho religioso relativo a las cuestiones de demarcación del estatus implica una injusticia de género que no se reduciría por medio de este tipo de acuerdos. En realidad, la autoridad de los líderes (masculinos) del grupo se reforzaría y posiblemente aumentaría con la propuesta de esta autora. Es llamativo el que no haya nada en su propuesta que desafíe el desequilibrio de poder que es inherente en la división de género de la típica autoridad jerárquica de muchos grupos religiosos. En otras palabras, la exclusión formal de la mujer de las jerarquías y posiciones de poder religiosas en, digamos, el judaísmo ortodoxo, el islamismo y el catolicismo (las mujeres no pueden ser rabinos ortodoxos, imanes o sacerdotes, ni pueden sentarse en los tribunales de arbitraje), se reforzaría aún más cuando las autoridades religiosas adquiriesen el poder legislativo del Estado, y sus decisiones en las cuestiones de familia se ejecutasen por el Estado. A buen seguro, la mejora del poder coercitivo y del prestigio de los líderes religiosos masculinos sería contraproducente desde el punto de vista de la igualdad de género. Es harto difícil que las autoridades religiosas existentes estén dispuestas a participar en un esquema de jurisdicción conjunta que quebranta su poder. En realidad, la idea es seducirles para hacer asignaciones distributivas más justas en los divorcios ¡ofreciéndoles un poder jurisdiccional incluso mayor! Los tribunales religiosos, compuestos típicamente por hombres, no tendrán el más mínimo incentivo para desafiar estos rasgos estructurales de jerarquía de géneros, incluso aunque rebajen las desigualdades, por ejemplo, en los acuerdos de divorcio. Como en el caso de otras formas de pluralismo jurídico en función del estatus, el Estado que delega su poder legislativo se convierte en un cómplice de las jerarquías de género dentro de los grupos religiosos. Los efectos simbólicos secundarios dentro de la sociedad en general no son triviales. Ninguna forma preacordada de salida será lo suficientemente transformativa como para aminorar este problema<sup>32</sup>.

Ni es la tarea propia del Estado laico asegurar la supervivencia de ninguna religión protegiéndola de las vicisitudes del mercado de valores religiosos o seculares<sup>33</sup>. Lo cual no significa que defienda el modelo tendenciosamente

<sup>31</sup> Tampoco ayudaría considerar las reglas de demarcación discriminatorias por razón de género según la versión de las que se vieron en el caso Martínez. Véase Pierik (2004).

<sup>32</sup> Ésta es la razón por la que las feministas de Ontario lucharon tan duro contra tales propuestas. Véase Eisenberg (2006); Macklin (2009), y Philips (2007: 169-180), que discuten las protestas en Canadá y Gran Bretaña.

<sup>33</sup> Véase la opinión de Black en nombre de la mayoría tanto en *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*, et al. 330 U.S. 1;67 S.Ct.504 (1947), como en *McCullum v. Board of Education* 333 U.A. 203 (1948). La excepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema es el razonamiento en *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972), que permitió que la comunidad Amish quedara exenta, sobre la base del libre ejercicio de su religión, del pleno cumplimiento de una ley sobre la asistencia obligatoria al colegio, con objeto de asegurar en última instancia la supervivencia de la comunidad. Estoy de acuerdo con los que piensan que ésta fue una decisión errónea. La opinión disidente de

denominado “secular absolutista”, puesto que no creo que sea posible hoy en día, si alguna vez lo fue, la absoluta separación de la religión y el Estado<sup>34</sup>. La interrelación entre las diferentes esferas, junto con algún grado de regulación por parte del Estado de la autorregulación de los grupos religiosos, fue y sigue siendo indispensable. Pero las alternativas no se restringen a los modelos del “particularismo religioso” o el “gobierno conjunto”.

Antes de pasar al tercer conjunto de argumentos críticos basados en razones republicanas y democráticas, es necesario hacer algunas distinciones conceptuales posteriores<sup>35</sup>. Como ya se ha dicho, el pluralismo jurídico en el sentido difuso de una multiplicidad de órdenes normativos que coexisten en un espacio social ha existido siempre. Pero el pluralismo jurídico en el sentido de una multiplicidad de poderes jurisdiccionales dentro de un Estado democrático constitucional soberano adopta alguna de estas tres formas ideales típicas: federal, consociacional, o jurisdicción en función del estatus personal sobre ciertos temas específicos<sup>36</sup>. Es importante comprender la diferencia entre estas formas.

#### 4. Excursos sobre las formas de pluralismo jurídico interno

El principio federal acomoda la diversidad local permitiendo a las minorías localizadas territorialmente que se gobiernen por su cuenta en asuntos clave, al tiempo que permite a las mayorías organizarse en el centro (Elazar, 1987: 1-80, 263). Los acuerdos federales pueden también ayudar a proteger las minorías contra la opresión local, si la constitución federal incorpora los derechos individuales básicos. De este modo, los principios federales pueden militar contra la tiranía de la mayoría simple (local o federal) mientras favorecen la diversidad y la experimentación jurídicas. Si los intereses de los ciudadanos se localizan según las subunidades políticas territoriales, entonces el gobierno local mejorará la voz de los ciudadanos acomodando las diferentes preferencias locales. Aunque los arreglos federales se ajusten a las divisiones de lengua, cultura, etnicidad o religión, tales divisiones no llegarán a cosificarse dado que en un sistema federal bien ordenado los individuos pueden inmigrar y emigrar a través de las fronteras estatales, quedando garantizados los derechos constitucionales para todos a nivel federal<sup>37</sup>. Todo esto es bien conocido. Pero quiero subrayar que los arreglos federales tratan sobre *la división del poder público jurisdiccional, y no sobre la mezcla de las autoridades públicas y privadas*. En un Estado democrático constitucional, los acuerdos constitucionales estipulan en ambos niveles la misma forma de gobierno: democrático, constitucional y republicano. Es, por tanto, una forma de pluralismo legal o constitucional dentro de una comunidad política que no socava los principios

---

Douglas, por el contrario, es acertada, al señalar que debería haberse tenido en cuenta el interés de los alumnos en desarrollar su capacidad de elección, y no sólo el interés de sus padres.

<sup>34</sup> Según Shachar (2001: 72), el “modelo secular absolutista” está “... basado en la estricta separación de Iglesia y Estado. Bajo este modelo, el Estado tiene la última palabra para definir legalmente lo que constituye la familia y para regular su creación y disolución”. La argumentación de la autora es tendenciosa porque habla del derecho secular como algo impuesto sobre los ciudadanos con independencia de su afiliación religiosa. Esto implica que sólo los ciudadanos no religiosos tienen buenas razones para aceptar la separación y el principio anti-establecimiento, y que los ciudadanos religiosos no tienen ninguna buena razón para aceptar un código civil uniforme para el derecho de familia. Sin embargo, en los siglos XVIII y XIX, los disidentes baptistas y las iglesias evangélicas reclamaron, por razones religiosas, una versión fuerte de la separación del derecho estatal y la religión. Witte (2005: 21-41).

<sup>35</sup> Para el mejor desarrollo de la justificación de los estados seculares a partir de los principios del republicanismo crítico, véase Laborde (2008).

<sup>36</sup> Dejo a un lado las divisiones jurisdiccionales que implica la separación constitucional de poderes.

<sup>37</sup> Esto es cierto en los modelos de EE.UU. y Alemania. Para un defensa del federalismo asimétrico en el que no se mantendría tal condición, véase Stepan, Linz y Yadav (2011: 201-276) y Stepan (1999). En tales casos los arreglos federales pueden ajustarse a identidades étnicas, lingüísticas o religiosas territorialmente localizadas, y cosificarlas.





constitucionales o democráticos: el poder en ambos niveles es público, representativo y responsable (los oficiales públicos locales y nacionales y los legisladores son responsables ante el pueblo que los eligió), la soberanía jurídica no está parcelada en grupos privados particulares organizados sobre bases no democráticas, y los derechos individuales constitucionales limitan todos los niveles del gobierno.

No puede decirse lo mismo de las otras dos alternativas contemporáneas para gestionar la diversidad: la democracia consociacional o el pluralismo jurídico en función del estatus religioso (Lijphart, 1969, 1977). El primero, basado también en mayorías organizadas en su centro y con recursos para construir consensos más sustantivos que los sistemas de mayoría simple, promueve la autonomía de las unidades autogobernadas. La democracia consociacional implica mayorías concurrentes no territoriales<sup>38</sup>. Se caracteriza por un pluralismo grupal sectario y grandes coaliciones que a menudo implican principios de proporcionalidad y vetos en las decisiones de política nacional y en la legislación (Elazar, 1987: 23). Este tipo de arreglos se caracterizan por dos rasgos. En primer lugar, enfatizan (y cosifican) la existencia supuestamente permanente de identidades de grupo religiosas, étnicas o culturales, sobre el supuesto de que la sociedad está tan profundamente dividida que no hay otro modo de lograr el consenso. En segundo lugar, la partición del poder entre los grupos autónomos sectariamente diferenciados está típicamente unida al control y la negociación de las élites (Elazar, 1987)<sup>39</sup>.

La jurisdicción multicultural, como los arreglos consociativos, implica garantizar la autonomía jurídica en función del estatus personal y no de la división territorial (Kelsen: 2008: 305). Sin embargo, esta forma de acomodar la diversidad cede el control público del derecho personal y familiar a las autoridades privadas, y públicamente irresponsables, eximiendo con frecuencia a los miembros de su comunidad de las leyes generales relevantes de la comunidad política (códigos civiles y derechos humanos)<sup>40</sup>. El resultado es la cosificación de identidades segmentadas junto con el atrincheramiento de las jerarquías privadas. Las autoridades religiosas privadas ejercen un poder público, pero, a diferencia de las subunidades federales, no tienen que ajustar sus formas de organización para que resulten congruentes con los principios republicanos o democráticos que estructuran la democracia constitucional en la que se encuentran. Como consecuencia, desde una perspectiva democrática y republicana, no es normativamente deseable una jurisdicción basada en el estatus religioso (híbrida o total) en el ámbito del derecho personal. No existe ninguna razón normativamente apelante para introducir esta forma de jurisdicción dentro de las democracias constitucionales consolidadas. Los costes son demasiado elevados: fragmentación de la comunidad política, privatización de los elementos clave del poder político, cosificación y segmentación de las identidades de grupo a expensas de las múltiples alianzas superpuestas, atrincheramiento de las jerarquías religiosas respaldadas por el poder del Estado y disminución del sentido de ciudadanía compartida y de pertenencia a la sociedad en su conjunto.

Aunque la soberanía estatal les parezca aberrante a los pluralistas jurídicos, porque piensan que es necesariamente homogeneizante hacia el interior y belicosa

<sup>38</sup> Los grupos identitarios también pueden estar concentrados territorialmente, lo cual supone una determinada forma de arreglo para compartir el poder. Para una valoración crítica véase Elazar (1987: 19-26).

<sup>39</sup> Esto puede implicar, aunque no necesariamente, una jerarquía interna dentro de cada grupo.

<sup>40</sup> Esto es cierto en los modelos del particularismo religioso y de la jurisdicción conjunta. (Shachar, 2001: 78-85, 88-140).

ESTUDIOS

hacia el exterior, no es en absoluto deseable la alternativa de la desmonopolización de la competencia legislativa del Estado a través de una jurisdicción privatizada o conjunta. Dados los riesgos de conflicto violento y fragmentación política que acarrea la politización del pluralismo religioso en cualquier sociedad, el control del Estado laico sobre la soberanía legal y política, así como los vigorosos principios contra la adopción de una (o varias) religión(es) oficial(es) son, como ya señaló Hobbes hace mucho tiempo, la solución, no el problema (lo cual no significa de ningún modo que debamos aceptar su modelo político autoritario). Los fundadores norteamericanos tenían razón cuando crearon una república democrática que protegía la diversidad religiosa y la libertad de conciencia individual mediante unos derechos de libre ejercicio individual garantizados constitucionalmente, y rechazando la adopción de una religión oficial<sup>41</sup>.

Como consecuencia, el derecho personal en los EE.UU. ha estado durante más de tres siglos exclusivamente en el dominio público civil. Este monopolio público se caracteriza incorrectamente como un absolutismo secular bajo el supuesto de que descansa en una doctrina comprensiva secular y por tanto hostil a la religión<sup>42</sup>. Es todo lo contrario: junto con las cláusulas de la Primera Enmienda (de libertad religiosa y contra la adopción de una religión oficial), el monopolio del Estado sobre el poder legislativo es la condición necesaria para la igual libertad de los diferentes individuos y grupos religiosos y no religiosos que componen nuestra sociedad. El principio de no adopción de una religión oficial ofrece la base institucional para la transición desde la tolerancia de las minorías religiosas por parte de la religión mayoritaria políticamente establecida, hasta la igualdad de trato de todas las religiones y el respeto de la conciencia religiosa/moral de todos los individuos por igual. La libertad de conciencia puede por sí misma garantizar la tolerancia de los grupos religiosos minoritarios, pero no protege contra el atrincheramiento estatal de los privilegios y desigualdades que existen entre ellos y dentro de ellos<sup>43</sup>.

El “absolutismo secular”, como forma institucionalizada del principio de no establecimiento, lejos de ser hostil a la religión, se ha defendido en los EE.UU. no sólo a partir de razones republicanas y liberales, sino también por razones religiosas. Muchos grupos religiosos temen la corrupción o la cooptación a través del uso del poder coercitivo del Estado por parte de las mayorías religiosas. Los demócratas republicanos y liberales tratan de proteger las esferas públicas comunes (civiles, políticas y jurídicas) de la comunidad política y los derechos individuales de los ciudadanos contra los efectos totalitarios, intransigentes, corruptos y divisorios de la politización de las facciones religiosas (Witte, 2005: 21-39). Ambos ven el no establecimiento de una religión oficial como la condición necesaria de un Estado democrático constitucional secular e imparcial. Los primeros defienden dicho principio porque consideran que el Estado es incompetente en el terreno

<sup>41</sup> La sección relevante de la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense afirma que “El Congreso no aprobará ninguna ley que aboque al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma”. Los documentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan la libertad de conciencia y la libertad religiosa, aunque por motivos obvios no recogen ningún principio de no establecimiento.

<sup>42</sup> Para una distinción entre las doctrinas comprensivas religiosas y los principios políticos seculares, cuyo carácter intencionadamente incompleto los hace propicios para servir de marco en el que poder crear un terreno común y acomodar la individualidad y la pluralidad, véase Eisgruber y Sager (2007). Para la idea de que el republicanismo no necesita asumir una concepción comprensiva del secularismo, véase la defensa de Laborde (2008).

<sup>43</sup> El modelo alternativo de “establecimiento múltiple” que implica la jurisdicción multicultural ni trae igualdad ni evita el riesgo de fragmentación al que se ha aludido arriba. Para una defensa del establecimiento múltiple, véase Modood (2003: 164). Para una crítica véase Laborde (2008).



religioso/espiritual y una amenaza para libertad religiosa individual. El principio de no establecimiento requiere distinguir entre los poderes temporal y espiritual, y prohíbe al Estado laico el uso de la verdad religiosa como justificación de sus leyes o directrices políticas –es decir, implica también una división epistemológica del trabajo (Witte, 2005).

Para los segundos, el principio de no establecimiento es crucial precisamente por la importancia de la religión para los creyentes. Las religiones son redes comprensivas de creencias y conductas que tratan sobre las cuestiones últimas acerca del significado y el valor de la vida. Los grupos religiosos implican típicamente la distinción de los estatus de miembros y extraños. La participación en los ritos y la obediencia de las normas religiosas determinan quién es miembro del grupo, con consecuencias importantes para el creyente. La función de demarcación del estatus que es inherente a la religión hace que la diferencia religiosa sea un blanco primordial de la discriminación injusta<sup>44</sup>. Sin embargo, debido a su carácter comprensivo y al poder que pueden generar la creencia y la organización religiosas, existe un riesgo de conflicto social cuando, en una sociedad religiosamente plural, las religiones compiten por el poder jurisdiccional o político del Estado. Desde la perspectiva de una república democrática constitucional, la esencia de un principio de no establecimiento reside en evitar la amenaza que la división religiosa supone para la ciudadanía común y la unidad política, localizando el monopolio de los poderes legislativo y ejecutivo en manos del Estado laico, y prohibiendo el uso de dichos poderes para propagar, defender o privilegiar ninguna Iglesia o doctrina religiosa. La premisa de una democracia constitucional es que la legitimidad política deriva de principios sociales y políticos inmanentes, incompletos y falibles, y de leyes que nosotros mismos nos damos, pero nunca de verdades religiosas o legisladores trascendentes<sup>45</sup>. Ningún estado democrático puede delegar, sin contradicción, a autoridades religiosas –es decir, soberanos competidores— el poder legal sobre un área tan vital como el derecho de familia. El estatus de un ciudadano democrático, sus derechos y libertades, no pueden depender de las decisiones de unas autoridades que carecen de las restricciones procedimentales de un tribunal estatal<sup>46</sup>. Los ideales de imparcialidad e igualdad de ciudadanía requieren una república políticamente secular que rechace la implicación ideológica (justificatoria) e institucional excesiva del Estado con la religión.

Aunque es una cuestión abierta determinar cuál es el grado excesivo de implicación, los principios de no establecimiento y legitimidad democrática excluyen la jurisdicción híbrida entre autoridades religiosas y seculares que defienden Shchar y otros multiculturalistas. De hecho, en los tribunales de EE.UU. se han

<sup>44</sup> Eisgruber y Sager (2007: 208-211) discuten estos rasgos de la religión y los distinguen correctamente de las doctrinas seculares.

<sup>45</sup> Eisgruber y Sager (2007) tienen razón en insistir sobre la distinción cualitativa entre el carácter incompleto de los principios políticos, o incluso visiones del mundo, seculares y las religiones, que han de ser comprensivas y abordar las cuestiones del sentido último y las verdades trascendentes. Es, pues, falso el supuesto según el cual podemos equiparar las religiones y las “doctrinas comprensivas” seculares. Una doctrina secular puede casi llegar a ser totalmente comprensiva, pero esto es raro e innecesario. La legitimidad democrática, que las doctrinas seculares no discuten, presume que la ciudadanía es la fuente del derecho, y que por tanto el derecho público y las directrices políticas no pueden adscribirse a la voluntad divina o considerarse como leyes naturales “dadas” por una divinidad.

<sup>46</sup> Parafraseo aquí la descripción de Witte y Nichols (2010) del argumento pluralista, que no comparten. Defiendo que aunque el grupo o tribunal religioso no discrimine en función del género, su legitimidad no puede ser democrática. La religión implica heteronomía en relación a las normas y el derecho, mientras que la democracia implica autonomía –la idea de que los ciudadanos son la fuente del derecho público.

impugnado con éxito varios intentos de jurisdicción compartida<sup>47</sup>. Ciertamente la jurisprudencia de la Primera Enmienda es variada y polémica. Hago referencia a ella simplemente con objeto de subrayar las razones para resistir la senda del pluralismo jurídico (o cualquier otra) de restablecer la religión (o las religiones).

La respuesta adecuada a la objeción de que la neutralidad del derecho civil que regula la asociación íntima es un mito, puesto que ha sido durante mucho tiempo congruente con el cristianismo occidental, es hacer que ese derecho sea más secular y más imparcial. Éste ha sido el camino que ha seguido la transformación del derecho de familia desde el siglo XIX en EE.UU. y en todas partes. Las críticas como la feminista a las reglas que regulan la intimidad desde premisas cristianas o patriarcales han conseguido hacer que las leyes del Estado sean más seculares y más justas desde una perspectiva de género<sup>48</sup>. Siempre se comienza *in media res*. Desvelar las bases religiosas de un determinado estándar jurídico y criticarlo como una violación de la igual libertad no significa que el ideal de estándares imparciales o seculares sea una farsa, sino que la imparcialidad, la justicia y la secularidad son siempre una verdad por construir. En lugar de invocar la jurisdicción conjunta, la desmonopolización y lo que equivale al establecimiento de múltiples religiones oficiales, con objeto de acomodar las tradiciones minoritarias de derecho de familia que no se alinean con las prácticas religiosas de la mayoría, la respuesta adecuada es asegurar que el ámbito de la intimidad se regula por leyes congruentes con las protecciones constitucionales de la igual ciudadanía, la anti-discriminación, los derechos humanos, la libertad personal y la igualdad de género<sup>49</sup>.

## 5. ¿Acomodación transformativa sin pluralismo jurídico?

El problema del “modelo secular absolutista” no es el monopolio estatal del poder legislativo o su carácter secular, sino el mito que lo acompaña de un “muro de separación” entre Iglesia y Estado. Si la separación significa una auto-regulación sin límites, y si la acomodación según el modelo separatista implica la exención de las leyes y reglas constitucionales que garantizan la igual ciudadanía, entonces se trata sin duda de una metáfora problemática. El derecho de salida vinculado al modelo de estricta separación no mitiga por sí mismo la desigualdad de género dentro de las organizaciones religiosas, y no alivia al individuo de la carga de tener que elegir entre su religión (ortodoxa) y sus derechos.

La solución no es terminar con el monopolio estatal de la soberanía legal sobre la base del dudoso supuesto de que el señuelo del poder coercitivo público jurisdiccional será un incentivo para que las autoridades religiosas masculinas cumplan con las normas de igualdad de género<sup>50</sup>. Por el contrario, el remedio es abandonar la metáfora del muro de separación puesto que la regulación estatal de la

<sup>47</sup> *Larkin v. Grendel's Denn* 459 U.S. 116 (1982) anula una ley estatal que otorgaba a las iglesias un poder de veto respecto a la cesión de licencias de venta de alcohol en un radio de 500 pies de la iglesia en cuestión, al considerarlo como una delegación inadecuada del poder civil que viola la cláusula anti-establecimiento de la Primera Enmienda. *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994) anula la creación por parte del Estado de un distrito escolar único dentro de una comunidad del movimiento judío Satmar Hasidic, al considerarlo una delegación inadecuada del poder civil que viola la Primera Enmienda.

<sup>48</sup> Lo cual no implica simplemente sustituir estatus por contrato, sino criticar los distintos regímenes de estatus con su propia forma de desigualdad de género. Véase Siegel (1997: 1116-1119).

<sup>49</sup> El hecho de que estos principios puedan estar más en sintonía con una determinada religión o que la separación de Iglesia y Estado tuvo su origen en una u otra cosmovisión religiosa no viene al caso. Que el origen no implica estructura significa que es suficiente con que podamos ofrecer, para justificar tal distinción, razones seculares relativas a los principios de igual libertad.

<sup>50</sup> Este proyecto crea extraños compañeros de cama. Witte y Nichols (2010), en absoluto feministas, defensores acérrimos de los matrimonios pactados, y claramente alineados con la derecha cristiana, defienden un modelo de jurisdicción conjunta bastante similar al que propone Shachar.



religión es inevitable y deseable. La cuestión es qué tipo de regulación y qué forma de acomodación reconcilia mejor la libertad de asociación religiosa con el interés público en la igual libertad, la anti-discriminación y la ciudadanía democrática, al tiempo que se evita una excesiva implicación que equivaldría al establecimiento. Lo que aquí me preocupa es dónde trazar la línea cuando surgen las cuestiones de igualdad de género. Estoy de acuerdo en que la acomodación transformativa es necesaria para complementar la auto-regulación con respecto a las jerarquías sociales de género institucionalizadas en las organizaciones religiosas, pero no en la forma de un pluralismo jurídico o una jurisdicción híbrida. Debería vincularse, por el contrario, a una serie de incentivos estatales basados en un análisis de igualdad que se focalice en el individuo, en lugar de en el grupo, y que priorice los principios democráticos y anti-discriminatorios.

Sabemos que esto último es intervencionista: su aplicación requiere una acción efectiva del Estado (Olsen, 1985: 835, 836-837)<sup>51</sup>. Por otro lado, una regulación estatal completa, que pretenda conseguir la plena congruencia de las estructuras de gobierno y de las reglas de pertenencia de los grupos religiosos con las normas democráticas y liberales, socavaría los principios constitucionales de libertad religiosa y asociación voluntaria (Rosenblum, 1998). ¿Cómo podemos entonces promover el respeto a la igual ciudadanía y la igualdad de género, manteniendo la prioridad constitucional de igual libertad para todo individuo, sin una coerción indebida por parte del Estado?

Debemos pensar en los términos de un enfoque con tres vertientes. Una opción fuerte de salida del tipo que ya existe en EE.UU. y otras democracias constitucionales occidentales, basado en localizar el derecho de familia vinculante exclusivamente en las manos del Estado, es la condición necesaria para reconciliar los principios públicos de igualdad de género e igual ciudadanía con la libertad de religión y el pluralismo normativo<sup>52</sup>. Esto es lo que se ajusta a la lógica de la separación y la auto-regulación<sup>53</sup>. También ha habido siempre prácticas que, aunque religiosas, se han considerado incompatibles con los propósitos públicos y los principios constitucionales y, por tanto, se han criminalizado por las democracias constitucionales (por ejemplo, los sacrificios humanos, el matrimonio forzoso, o entre menores, o plural). Lo cual implica regulación de arriba a abajo, directa y coercitiva. Cualquier prohibición puede impugnarse democráticamente y las autoridades públicas deben justificar por qué es imposible la deferencia hacia las normas de la comunidad religiosa debido a un interés público superior y/o el criterio preeminente de la igual libertad. Una tercera vertiente trae consigo la regulación indirecta de la auto-regulación. Lo cual implica incentivos por parte del Estado y/o la obtención de beneficios públicos para estimular el cumplimiento de los principios constitucionales básicos de la igual ciudadanía (Cohen, 2002: 151-179). La regulación indirecta de la auto-regulación no supondría ni el reparto del poder legislativo del Estado con los grupos religiosos ni la abolición de su autonomía para crear y vivir bajo sus propias

<sup>51</sup> Pero esto no implica que no se diferencie la familia del Estado. Véase Cohen (2002, pp. 28-76).

<sup>52</sup> Una opción robusta de salida presupone una república democrática en la que hay una relación directa entre el individuo y el Estado. Los derechos individuales de ciudadanía y la regulación del Estado de los sujetos a su derecho no están mediatizados por grupos. Que las repúblicas democráticas constitucionales realmente existentes se toman en serio la igualdad de género es, por supuesto, un supuesto bastante heroico. Sin embargo, los principios democráticos y las normas constitucionales anti-discriminatorias que excluyen la discriminación por razón de género y de sexo, junto con las normas de los derechos humanos, siguen siendo nuestra mejor apuesta.

<sup>53</sup> Abandonar la metáfora del "muro de separación" no significa que pueda existir una república democrática sin un concepto de separación en absoluto, ya que tal concepto se presupone en el principio de anti-establecimiento. No puedo bajar aquí a los detalles respecto a los requisitos institucionales de la separación básica ligada a dicho principio.

normas religiosas. En este sentido, el pluralismo normativo puede ser objeto de reconocimiento, pero no el pluralismo jurídico en el sentido de una jurisdicción multicultural o híbrida, que debe evitarse.

La vertiente de la regulación indirecta no sería directamente coercitiva. Pero vendría a complementar las estrategias liberales de elección y salida. Estas últimas son indispensables pero insuficientes cuando nos enfrentamos a las preferencias adaptativas de los miembros y a estructuras jerárquicas de organizaciones que discriminan por razón de género<sup>54</sup>. ¿Por qué? Las instituciones religiosas, particularmente los colegios y la familia (religiosa), son agencias de socialización primaria de los niños. Por eso sus normas y desigualdades de género internas, basadas en la religión, perpetúan los prejuicios dentro y a través de las generaciones. En la socialización primaria, la pertenencia a las asociaciones religiosas no es voluntaria sino por adscripción. Dado que las religiones hacen aseveraciones sobre las vidas completas de sus miembros, y dado que la socialización primaria religiosa es tan potente, la salida es costosa y difícil. Por eso son necesarias las estrategias de regulación indirecta por parte del Estado democrático constitucional, las cuales mandan un fuerte mensaje relativo a las normas de igualdad de género y ayudan a ampliar la voz de los miembros desaventajados de tales grupos.

Esto traerá consigo algún tipo de implicación del Estado con la religión, pero no necesariamente excesiva. No estoy sugiriendo que el gobierno ilegalice directamente las prácticas discriminatorias de los grupos religiosos relativas a la contratación o la demarcación de sus miembros, o que regule directamente las reglas de demarcación y distribución de los matrimonios y divorcios religiosos. Estoy de acuerdo en que, “El gobierno no puede decir a la Nación del Islam (“Black Muslims”) que admitan a blancos; no puede decir a una iglesia mayoritariamente blanca que admita negros. No puede decir a la Iglesia Católica romana que debe tener mujeres sacerdotes”<sup>55</sup>. Los tribunales estadounidenses han declinado consistentemente aplicar leyes anti-discriminatorias con respecto al género en la contratación del clero y algunas otras posiciones de liderazgo<sup>56</sup>. Pero hay otras formas de “decir”, esto es, de mandar el mensaje de la igualdad, además de la prohibición pura y simple mediante leyes y decisiones legales. Los tribunales estadounidenses han denegado algunos beneficios públicos de derecho civil en casos de severa discriminación de género por motivo de las reglas religiosas relativas al divorcio<sup>57</sup>. Han retirado exenciones fiscales federales a una universidad

<sup>54</sup> Sobre las preferencias adaptativas véase Elster (1983: 123 ss.). Véase también Laborde (2008: 119, 120) con respecto a las preferencias adaptativas de género en la socialización religiosa.

<sup>55</sup> Greenawalt (2006: 378-379). La Iglesia Católica, los judíos ortodoxos y la mayoría de los grupos musulmanes no permiten la entrada de las mujeres en el clero.

<sup>56</sup> El Título VIII de la Civil Rights Act, que prohíbe la discriminación en el empleo, cubre las organizaciones religiosas, con la excepción explícita que permite la discriminación en las asociaciones e instituciones educativas de carácter religioso con respecto a sus actividades religiosas. En 1972 se amplió para cubrir todo tipo de actividades. 42 U.S.C. & 2000e-1. Para una discusión sobre este asunto véase Greenawalt (2006: 382-387).

<sup>57</sup> El Estado de Nueva York promulgó una serie de leyes para deshacer una determinada desigualdad derivada de la disponibilidad universal del divorcio civil con respecto a maridos judíos ortodoxos que se negaban a conceder a sus mujeres un divorcio religioso, asegurando a ambos un divorcio religioso y civil. Estos maridos pueden volverse a casar siempre que prevengan a sus mujeres de hacerlo dentro de la comunidad religiosa. Las leyes de Nueva York deniegan a estos hombres el beneficio del divorcio civil salvo que acudan a un tribunal religioso y un rabino certifique que han tomado las medidas necesarias para no impedir a sus mujeres unas segundas nupcias. Véase Greenawalt (2008), el cual respalda el esfuerzo del Estado para eliminar un obstáculo a la igualdad respecto a la capacidad para divorciarse y volverse a casar, pero considera inconstitucional que se delegue a un rabino la autoridad absoluta para bloquear el divorcio civil. Esta medida podría corregirse si los tribunales otorgasen a la certificación del rabino un valor presuntivo, pero no concluyente.



religiosa que practicó discriminación racial en la matriculación y contratación por razón de convicciones religiosas<sup>58</sup>. Por tanto, el Estado democrático liberal interviene indirectamente, y tiene la obligación de hacerlo, para regular los costes de salida, como en el primer caso, y los costes de la exclusión discriminatoria, como en el segundo, de acuerdo con los principios de la igual ciudadanía. Aunque no puedo entrar al detalle aquí, generalizaría a los asuntos de igualdad de género el enfoque indirecto que adoptó la Corte Suprema de los EE.UU. con respecto a la raza en el caso de *Bob Jones University v. United States*<sup>59</sup>. Según dicho enfoque, ningún grupo corporativo que discrimina sistemáticamente contra las mujeres en sus jerarquías internas, decisiones de contratación, normas familiares, etc. debería disfrutar, simplemente porque se califica como religioso, de exenciones fiscales, subsidios o cualquier otro privilegio otorgado por el Estado<sup>60</sup>. Ciertamente tales grupos no deberían ser un poder legislativo delegado. Aun así, su poder legislativo no vinculante jurídicamente, pero internamente coercitivo, requiere una intervención indirecta y una regulación de su auto-regulación. Lo cual es deseable y preferible tanto al estricto enfoque separatista (libertario) como a la jurisdicción multicultural<sup>61</sup>. El razonamiento aquí es sencillo: la complicidad del Estado con instituciones que discriminan contra las mujeres envía un mensaje incorrecto y minusvalora los efectos corrosivos que dicha discriminación produce en todos, niños y adultos, dentro y fuera de la organización. Ni el poder ni los fondos públicos deberían estar a disposición de aquellas organizaciones jerárquicas que incumplen los principios básicos de la igual ciudadanía.

Debemos separar la libertad religiosa de los individuos y la libertad de asociación religiosa –derechos básicos individuales que protegen la autonomía y la autodeterminación espiritual— de la privacidad de las organizaciones usada como un instrumento para escudar a las élites del cumplimiento de los derechos básicos. Las feministas han hecho un buen trabajo desacreditando la privacidad de las organizaciones y de las familias<sup>62</sup>. Es tiempo de hacer el mismo trabajo respecto al pluralismo jurídico religioso. Como críticos del discurso multicultural respecto a las comunidades no estales generadoras de “nomos”, debemos evitar suponer un significado unitario de las normas relevantes o la ausencia de interpretaciones y narrativas en conflicto (Resnick, 2005: 17, 27). La única forma de descubrir si hay voces disidentes es garantizar a todos los individuos los mismos derechos y escuchar la voz de los miembros desaventajados. Nada de esto significaría para los individuos la pérdida de su libertad de asociación religiosa, o para los grupos religiosos la privación de sus derechos como comunidades autogobernadas –al contrario, disfrutarían de las protecciones jurídicas que el Estado ha de ofrecer a todos estos colectivos. Lo que se prohibiría es la complicidad del Estado, mediante

<sup>58</sup> *Bob Jones University v. United States* 461 US 574 1983.

<sup>59</sup> En este caso la Corte Suprema respaldó una decisión del IRS (Internal Revenue Service). La Bob Jones University no admitió alumnos negros hasta 1971 y posteriormente prohibió las parejas y matrimonios interraciales. Estoy de acuerdo, sin embargo, con Robert Cover y con Paul Schiff Berman en que la Corte debería haber hecho explícitas las razones basadas en principios en que basaron su decisión, es decir, su compromiso con la erradicación de la discriminación racial y su rechazo a ser cómplice con la política racista de una universidad privada garantizando a dicha institución exenciones fiscales. También me gustaría ver un compromiso explícito con la erradicación de la injusticia de género. Cover (1983: 64-68); Berman (2010: 26).

<sup>60</sup> Lupu (1987: 391, 395-399), argumenta que una vez que las instituciones religiosas admiten individuos como miembros, deben estar obligados a respetar las leyes antidiscriminatorias con respecto al trato que otorgan a sus miembros.

<sup>61</sup> Estoy de acuerdo con Okin (1999, 2005) y Reitman (2005).

<sup>62</sup> Comenzando con las críticas al estatus que tenía la mujer casada en el derecho común inglés y estadounidense (*the doctrine of coverture*). Para una discusión sobre este tema véase Cohen (2002: 22-78).

exenciones fiscales y otros beneficios, con jerarquías sociales de género y prácticas discriminatorias justificadas en nombre de la religión, que suponen la violación de las premisas igualitarias básicas de las democracias constitucionales así como de los derechos humanos de sus miembros<sup>63</sup>.

La regulación de la auto-regulación debe matizarse y existe el riesgo de que ciertas mayorías xenófobas o intolerantes se apropien de la lucha contra la desigualdad de género ocultando sus verdaderos objetivos bajo el disfraz de una preocupación por los derechos de las mujeres. También puede ocurrir que el Estado se equivoque (Reitman, 2005: 204-208). Pero el miedo a estos riesgos no es razón suficiente para evitar la tarea de diseñar leyes y directrices políticas de intervención indirecta democráticamente justificables cuando están en peligro los principios constitucionales y los derechos humanos. Si la combinación de estos enfoques jurídicos socava las estructuras patriarcales de los grupos religiosos que están basados, en el fondo, en polémicas interpretaciones de la ortodoxia religiosa, tanto mejor.

## Bibliografía

- AGNES, F. (1999), *Law and Gender Inequality*, Oxford University Press, New Delhi.
- ANDREWS, P. E. (2009), "Who's Afraid of Polygamy? Exploring the Boundaries of Family, Equality and Custom in South Africa", *Utah Law Review*, pp. 351-379.
- BAER, S. (2010), "A Closer Look a Law: Human Rights as Multi-Level sites of struggle over Multi-Dimensional Equality", *Utrecht Law Review*: vol. 6, núm. 2, pp. 56-76.
- BARKEY, K. (2008), *Empire of Difference: The Ottomans in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BERMAN, P. S. (2007), "Global Legal Pluralism" *Southern California Law Review*: vol. 80, pp. 1155-1238.
- BERMAN, P. S. (2009), "The New Legal Pluralism" *Annual Review of Law and Social Science*: vol. 5, pp. 225-242.
- BERMAN, P. S. (2010), "Toward a Jurisprudence of Hybridity", *Utah Law Review*: núm. 1, pp. 11-29.
- CASANOVA, J. (1994), *Public Religion in the Modern World*, University of Chicago Press, Chicago.
- CHATTERJEE, N. (2010), "English Law, Brahmo Marriage and the Problem of Religious Difference: Civil Marriage Laws in Britain and India", *Comparative Studies in Society and History*: núm. 52, pp. 524-552.
- COHEN, J. L. (2002), *Regulating Intimacy*, Princeton University Press, Princeton.
- COVER, R. (1983), "The Supreme Court, 1982 Term--Foreword: Nomos and Narrative" *Harvard Law Review*: núm. 97, pp. 4-68.
- CRANE, D. A. (2006), "A 'Judeo-Christian' Argument for Privatizing Marriage" *Cardozo Law Review*: vol. 27, núm. 3, pp. 1221-1259.
- DEVEAUX, M. (2005), "A Deliberative Approach to Conflicts of Culture". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1995), *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the New Paradigmatic Transition*, Routledge, Nueva York.
- DREISBACH, D. L. (2002), *Thomas Jefferson and the Wall of Separation between Church and State*, New York University Press, Nueva York.

<sup>63</sup> Respaldo la defensa de aumentar la voz de las mujeres religiosas cuando el Estado actúa sobre asuntos que les atañen, consultando no sólo a las autoridades (masculinas) sino también a las mujeres miembros del grupo afectado. Véase Deveaux (2005).





- EISENBERG, A. (2005), "Identity and Liberal Politics: the Problem of Minorities within Minorities". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- (2006) "The Debate over Sharia Law in Canada". En ARNEIL, B., DEVEAUX, M., DHAMOON, R. y EISENBERG, A. (eds.), *Sexual/Cultural Justice*, Routledge, Londres.
- EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J. (2005), *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- EISGRUBER, C. L. y SAGER, L. G. (2007), *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Ma.
- ELAZAR, D. J. (1987), *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa y Londres.
- ELSTER, J. (1983), *Sour Grapes*, Cambridge University Press, Cambridge.
- EUGENE, E. (1913), *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker and Humboldt, Berlín.
- FIGGIS, J.N. (1913), *Churches in the Modern State*, Longmans, Green, Londres.
- GREENAWALT, K. (2006), *Religion and the Constitution*, vol. I, Princeton University Press, Princeton.
- GREENAWALT, K. (2008), *Religion and the Constitution*, vol. 2, Princeton University Press, Princeton.
- GRIFFITHS, J. (1986), "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*: núm. 24, pp. 1-50.
- GROSSBERG, M. (1985), *Governing the Hearth: Law and Family in 19<sup>th</sup> Century America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- GUNTHER, K. (2008), "Legal Pluralism or a Uniform Concept of Law?", *NoFo*: núm. 5, pp. 5-21.
- HASSIM, S. (2006), *Women's Organizations and Democracy in South Africa*, University of KwaZulu Natal Press, Scottsville, Sudáfrica.
- HIRSCHL, R. y SHACHAR, A. (2005), "Constitutional Transformation, Gender Equality and Religions/National Conflict in Israel". En BAINES, B. y RUBIO-MARÍN, R., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- IRVING, H. (2008), *Gender and the Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JAGWANTH, S. y MURRAY, C. (2005), "No Nation can be Free When One Half of it is Enslaved: Constitutional Equality for Women in South Africa". En BAINES, B. y RUBIO-MARÍN, R., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KELSEN, H. (2008), *General Theory of Law and the State*, Transaction Pub., New Brunswick, NJ.
- KRISCH, N. (2009), "The Case for Pluralism in Post-National Law", *Law, Society and Economy Working Papers*: núm. 12.
- LABORDE, C. (2008), *Critical Republicanism*, Oxford University Press, Oxford.
- LIJPHART, A. (1969), "Consociational Democracy", *World Politics*: vol. 21, núm. 2.
- LIJPHART, A. (1977), *Democracy in Plural Societies*, Yale University Press, New Haven.
- LUPU, I. (1987), "Free Exercise Exemptions and Religious Institutions", *Boston University Law Review*: núm. 67, pp. 391 ss.
- MACKINNON, C. A. (1989), *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge.
- MACKLIN, A. (2009), "Particularized Citizenship: Encultured Women and the Public Spheres". En BENHABIB, S. y RESNIK, J., (eds.), *Migrations and Mobilities*, New York University Press, Nueva York.

- MAMDANI, M. (1996), *Citizen and Subject*, Princeton University Press, Princeton.
- McCLAIN, L. C. (2010) "Marriage Pluralism in the United States: On Civil and Religious Jurisdiction and the Demands of Equal Citizenship", *Boston Univ. School of Law Working Paper*. Disponible en internet: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1614843#](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1614843#). Revisado el 5 de junio 2011.
- MERRY, S. E. (1988), "Legal Pluralism", *Law & Society Review*: vol. 22, núm. 5, pp. 869-896.
- MODOOD, T. (2003), *Multiculturalism, Muslims and the British State*, British Association for the Study of Religion, Londres.
- MOORE, S. F. (1973), "Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review*: vol. 7, núm. 4, pp. 719-746.
- NICHOLS, J. A. (1998), "Louisiana's Covenant Marriage Statute: A First Step toward a More Robust Pluralism in Marriage and Divorce Law?", *47 Emory Law Journal*: vol. 47.
- NICHOLS, J. A. (2007), "Multi-Tiered Marriage: Ideas and Influences from New York and Louisiana to the International Community", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*: vol. 40, núm. 1, pp. 135-196.
- NUSSBAUM, M. C. (2005), "India, Sex Equality and Constitutional Law". En BAINES, B. y RUBIO-MARÍN, R., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge.
- OKIN, S. M. (1999), "Is Multiculturalism Bad for Woman?" En COHEN, J., HOWARD, M., NUSSBAUM, M. C., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton.
- OKIN, S. M. (2005), "Multiculturalism and Feminism: No Simple Question, No Simple Answers". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., eds., *Minorities within Minorities* Cambridge University Press, Cambridge.
- OLSEN, F. E. (1985), "The Myth of State Intervention in the Family", *University of Michigan Journal of Law Reform*: núm. 18, pp. 835 ss.
- PHILLIPS, A. (2007), *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, Princeton.
- PIERIK, R. (2004), "Review of Multicultural Jurisdictions", *Political Theory*: núm. 32, núm. 4, pp. 585-589.
- POSPISIL, L. (1972), *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Yale University Press, New Haven.
- REITMAN, O. (2005), "On Exit". En EISENBERG, A. y SPINNER-HALEV, J., *Minorities within Minorities*, Cambridge University Press, Cambridge.
- RESNIK, J. (1989), "Dependent Sovereigns: Indian Tribes, States and the Federal Courts", *The University of Chicago Law Review*: núm. 56, pp. 671-759.
- RESNIK, J. (2005), "Living Their Legal Commitments: Paideic Communities, Courts and Robert Cover", *Yale Journal Law & the Humanities*: núm. 17, pp. 17-53.
- ROSENBLUM, N. (1998), *Membership and Morals*, Princeton University Press, Princeton, NJ.
- SEZGIN, Y. (2010), "How to Integrate Universal Human Rights into customary and Religious Legal System?", *Journal of Legal Pluralism*: vol. 60, pp. 5-40.
- SHACHAR, A. (2001), *Multicultural Jurisdictions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SHACHAR, A. (2010), "Faith in Law? Diffusing Tensions Between Diversity and Equality", en *Philosophy and Social Criticism*: vol. 36, núm. 3-4, pp. 395-411.
- SIEGEL, R. (1997), "Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action", *Stanford Law Review*: núm. 49, pp. 1111-1148.
- SONG, S. (2007), *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge University Press, Cambridge.



- SPAHT, K. S. (1998), "Louisiana's Covenant Marriage: Social Analysis and Legal Implications", *Louisiana Law Review*: núm. 59, pp. 63-130.
- STEPAN, A. (1999), "Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model", *Journal of Democracy*: vol. 10, núm. 4, pp. 19-34.
- STEPAN, A. et al. (2011), *Crafting State-Nations: India and other multinational democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- SUBRAMANIAN, N. (2008), "Legal Change and Gender Inequality: Changes in Muslim Family Law in India", *Law & Social Inquiry*: vol. 33, núm. 3, pp. 631-672.
- TAMANAH, B. (2008), "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review*: vol. 30, pp. 375-411.
- TEITELBAUM, L. (2007), "Religion and Modernity in American Family Law". En BROWNING, D. S. y CLAIRMONT, D. A., eds., *American Religions and the Family*, Columbia University Press, Nueva York.
- TEUBNER, G. (1997), "Global Bukowina: Legal Pluralism in World Society". En TEUBNER, G., ed., *Global Law without a State*, Brookfield, Dartmouth.
- WITTE, J. Jr. (1997), *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*, Westminster John Knox Press, Louisville, Ky.
- WITTE, J. Jr. (2005), *Religion and the American Constitutional Experiment*, Westview Press, Boulder, CO.
- WITTE, J. Jr. y NICHOLS, J. A. (2010), "Faith Based Family Laws in Western Democracies?", *Fides et Libertas: The Journal of the International Religious Liberty Association*: pp. 119-132.
- ZELINSKY, E. A. (2006), "Deregulating Marriage: The Pro-Marriage Case for Abolishing Civil Marriage", *Cardozo Law Review*: vol. 27, núm. 3, pp. 1161-1220.



## Sobre la dignidad del sistema jurídico

Tomás Vives Antón  
*Universidad de Valencia*

### Resumen

El autor revisa el momento crítico que experimenta el derecho español, mientras el impacto de la crisis política y económica afecta la confianza en las instituciones, los problemas del sistema jurídico pasan desapercibidos. Desde su vasta experiencia jurisdiccional y académica él plantea la necesidad de hacer frente a los problemas que desacreditan a legisladores y tribunales. Se hace necesario promover la dignidad de la legislación y de la ley, esta última es la norma esencial para recuperar la confianza en el estado democrático, bajo la primacía de la constitución. Reclama también la dignidad de la judicatura española, haciendo propuestas para afrontar antiguos males.

59

### Palabras clave

Sistema jurídico, judicatura, crisis de la ley, estado democrático, supremacía constitucional.

## In defense of Law's dignity

### Abstract

The author retraces the critical experience of Spanish juridical system at the present time. While the impact of economic and political crisis affects confidence in institutions, the dysfunctions of the system remain unnoticed. Due to the author's large experience as judge and scholar, he hints to face up to the problems that discredit lawmakers and tribunals. It is necessary to promote the value of legislation and law. The last one is the essential norm to restore confidence in democratic regime in accordance with the constitution. Finally he defends the dignity of the Spanish judicial branch and suggests coping with ancient evils.

### Keywords

Juridical system, judicial branch, crisis of law, democratic regime, supremacy of constitution.

*A la memoria del gran constitucionalista Ignacio de Otto,  
compañero y amigo, que falleció, por desgracia, prematuramente.*

## 1. Introducción

Sobre el derecho pesa en estos tiempos un cierto descrédito. Las ciencias empíricas han adquirido un desarrollo y una importancia tal en el pensamiento y en la vida contemporáneos que todo lo que no sea ciencia resulta devaluado y eso le ha sucedido al derecho que ni es ni puede ser una actividad científica: por mucho que algunos académicos hablen de la “ciencia” del derecho, esa determinación del derecho como ciencia haría reír a un físico o a un biólogo. Pero es que, además, el derecho es un orden coactivo y ha de afrontar, por lo tanto, el problema de la legitimidad de esa coacción; y, en ese punto, puede entrar en conflicto con lo que, en el sentido de Rawls, podemos llamar concepciones comprensivas (omnicomprensivas) del mundo, en especial con los credos religiosos.

Cuando ese conflicto se produce –cosa que no es infrecuente- confronta a ordenamientos que fundamentan su legitimidad en argumentos más o menos razonables con la fe de quienes, en virtud de ella, se sienten en posesión de la verdad. Así las cosas no es de extrañar que tales personas –que a veces constituyen la mayoría o, incluso, la práctica totalidad de una sociedad dada- miren al derecho con un cierto desdén.

A ello se suma la circunstancia de que la izquierda occidental –e, incluso, la izquierda mundial- estuvo fuertemente influida por una vulgarización ideológica del marxismo. Según esa vulgarización el derecho era una simple superestructura y, por lo tanto, algo insignificante, carente de toda dignidad material o intelectual.

Por si lo dicho fuera poco, a todo ello se añade una gravísima crisis económica. Las crisis económicas son tiempos de incertidumbre, de desilusión y de desesperanza. En el caso de la que estamos viviendo, a su nocivo impacto sobre las vidas y haciendas de cada uno de nosotros, se une una crisis política, casi tan profunda como la económica. Se ha perdido la fe en el sistema democrático y en su ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la confianza en los pilares en que se apoya la estructura de ese sistema se tambalea. Desconfiamos de los políticos que hemos elegido y que, en virtud de esa elección, pueblan los gobiernos y los parlamentos, y de los jueces que constituyen el elemento decisorio de los Juzgados y Tribunales, sobre los que proyectamos una desconfianza refleja de la anterior porque, al menos en una gran parte, se basa en que tenemos la sospecha de que son a menudo meros instrumentos en manos de los políticos.

Nuestra desconfianza trasciende, pues, a la totalidad del ordenamiento jurídico y afecta, no solo a las normas que crean nuestros representantes; sino también al modo en que se aplican: es pues el derecho mismo el que está puesto en tela de juicio.

Si se analiza más profundamente, esa falta de fe, esa desconfianza en el derecho refleja una falta de confianza en nosotros mismos, porque afecta a las reglas de convivencia en cuya creación, al menos indirectamente, hemos participado; y se proyecta, no solo sobre las normas existentes, sino sobre cualquier

otro sistema de reglas con que pudiéramos sustituirlas, como expresa gráficamente la vieja sentencia según la cual “hecha la ley, hecha la trampa”.

En esta breve nota no me propongo realizar un análisis global de las causas de esa gravísima crisis política; pues ese análisis implicaría una cala de tal profundidad en la naturaleza del hombre y de la sociedad humana que excede mis capacidades. Por lo tanto intentaré tan solo poner de manifiesto algunos de los problemas que han contribuido a producirla y defender la posibilidad y la dignidad de un derecho legítimo; pero, con ello, me gustaría tratar de mostrar a la vez que el derecho no es una superestructura despreciable, ni un orden coactivo sin validez propia ni una actividad de segundo orden frente al trabajo de los científicos.

Para ello dividiré la exposición en dos parte, dedicando la primera a analizar algunos de los problemas estructurales que plantea el restablecimiento de la dignidad de la legislación y la segunda a exponer algunas de las insuficiencias de la justicia que ponen en tela de juicio la legitimidad de su actuación.

## 2. La dignidad de la legislación y sus problemas

### *El problema del concepto de ley*

La idea de ley remite a una serie de concepciones materiales acerca de lo que la ley es. Para no referirme sino a las más importantes, la ley se concibe, en primer término, como una determinación de la razón humana que precisa el modo en que deben ser resueltos los distintos problemas prácticos que plantea la vida social. En este sentido decía Montesquieu que las leyes son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. También se habla de la ley como decisión de la voluntad general según el esquema de Rousseau, es decir, como la expresión de aquellas normas en cuya necesidad la mayoría de los ciudadanos coinciden. Ambos modos de concebir la ley apuntan a una característica que parece consustancial a su mismo concepto, la de la generalidad. Un tercer modo de entender la ley es identificarla con el “derecho de la tierra”, es decir, con los usos, costumbres y reglas consagrados por el tiempo y aceptados por una determinada comunidad.

Sin embargo ninguna de estas concepciones es sostenible tras el advenimiento del derecho positivo moderno. Según Ignacio de Otto (1993), “cuando hablamos de positividad del derecho moderno para diferenciarlo de lo antiguo, la palabra se utiliza en ese sentido concreto, para señalar que el derecho moderno es creado por la decisión y no por la costumbre, y que dentro de ese modo de creación la legislación desempeña el papel principal”. Ese modo de concebir la positividad comporta, según de Otto “una alteración en el modo de concebir la *validez*”. Esa alteración se expresa en los siguientes términos:

En la conciencia jurídica moderna, tanto científica como vulgar, en la experiencia jurídica, se considera que lo que confiere validez a las normas es la decisión de crearlas por parte de quien está habilitado para ello, y que la validez no deriva de ninguna otra cualidad. Y esto es un cambio de capital importancia respecto de la conciencia jurídica premoderna, para la cual el derecho vale, es tal, no en virtud de la decisión, del respaldo del poder, sino en virtud de la justicia o de la antigüedad: derecho es equivalente a justicia y no puede haber derecho allí donde hay normas injustas; o el derecho vale en virtud de su antigüedad, es mejor el derecho antiguo que el nuevo, el *ius vetum* que el *ius novum*. El derecho vive ante todo en la comunidad y en su pasado, su antigüedad es la demostración de su existencia y de su valor, y la idea de que es posible innovar en cualquier momento de ordenamiento jurídico resulta por completo ajena a la conciencia jurídica tradicional.



En consecuencia en un ordenamiento jurídico moderno “tiene carácter de ley todo lo acordado por el órgano legislativo mediante el procedimiento correspondiente, con total independencia de cuál sea su contenido. Este concepto se denomina formal por que lo que da carácter de ley a una manifestación de voluntad del Estado no es más que el hecho de que revista la *forma* de ley, cualquiera que sea la materia sobre la que verse u el modo sobre el que se disponga acerca de ella”.

Esta ausencia de contenido, característica de la concepción meramente formal de la ley, crea una especie de paradoja de la validez: si la ley es válida porque es derecho decidido, parece inevitable preguntarse sobre qué fundamento reposa ese poder de decidir. De Otto responde a ese problema del siguiente modo:

En un ordenamiento no positivizado la creación jurídica tiene unos contenidos normativamente determinados por la historia o la ética, en los que se da expresión normativa a exigencias sociales. No ocurre así en un ordenamiento moderno, en el que esas exigencias no tienen otra expresión normativa –aparte, claro está, de su capacidad de imponerse como necesidades de hecho- que las que les pueda prestar el propio ordenamiento jurídico, el propio derecho. No son la moral ni la historia las que prefiguran normativamente el contenido del ordenamiento jurídico, sino que esta función la cumple la norma superior del mismo, la Constitución. En un ordenamiento no positivizado la escasa cuantía del derecho legislativo hace que la posición del legislador sea forzosamente secundaria, y por ello es de escasa entidad; en un ordenamiento moderno, por el contrario, el legislador ocupa una posición central y el problema de fijar los límites de su creación normativa pasa a un primer plano.

La fundamentación del poder de creación normativa y su sumisión a límites, un problema que no podía emerger a la conciencia jurídica premoderna, se hace así cuestión capital en los ordenamientos modernos, primero con el concepto de “leyes fundamentales” esgrimidas frente al absolutismo, esto es, frente a los primeros pasos de la soberanía-positividad, luego en el constitucionalismo. Se trata del problema de establecer en el interior del ordenamiento mismo una norma que cumpla las funciones antes asignadas al derecho natural o a la historia.

El hecho de que la Constitución imponga, frente a esa ley definida en sentido formal y vaciada, por tanto, de contenidos concretos, ciertas exigencias y ciertos límites, vuelve a poner de actualidad el concepto material de ley; pues, singularmente desde la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, el contenido posible de la ley se halla profundamente restringido. Tanto es así que, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vuelve a hablarse de ley en sentido material, es decir, de una norma que, con independencia de su origen parlamentario o consuetudinario, ha de ser accesible a la generalidad de los ciudadanos, de una parte, y previsible en su aplicación a los casos concretos de otra, además de resultar, en cualquier caso “necesaria en una sociedad democrática”. Ciertamente, el TEDH habla de ley en sentido material a causa de que los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplican también a ordenamientos de *common law*. Pero, en cualquier caso, las exigencias materiales que deriva del Convenio (y que la Constitución española de 1978 impone igualmente) muestran, en este ámbito la insuficiencia del concepto formal de ley.

De esas exigencias, que se alzan frente a la ley singularmente desde todos y cada uno de los derechos fundamentales, cabe inferir otras de carácter general, que se proyectan sobre cualquier clase de ley, cualquiera que sea su contenido, a saber: la ley no puede infringir el principio general de igualdad, ni contravenir las prohibiciones de discriminación, contenidas en el Art. 14; ni puede tampoco violar la

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenida en el Art. 9.3 de la C.E. De modo que resulta imposible concebir la ley exclusivamente de modo formal, sino que han de integrarse, en su propio concepto, las exigencias de racionalidad contenidas en las limitaciones a que se acaba de hacer referencia.

Como señaló M. Jiménez (2011: 51-114) en el Estudio preliminar a mis *Fundamentos del Sistema Penal*, se fracasa, incluso por puras razones conceptuales, cuando se intenta entender el derecho moderno exclusivamente desde la perspectiva formal, desde la perspectiva de la positividad que fascinó al positivismo. Cuando se intenta entender el derecho moderno desde esa sola perspectiva “inmediatamente surge un *sí, pero conforme a Derecho*, un levantarse a sí mismo el Derecho por encima de las disposiciones del poder (para autorizar las disposiciones del poder) y un consiguiente auto suponerse el Derecho que, conceptualmente, o se interpreta en términos de validez práctica o no hay manera de interpretarla”.

En consecuencia, y puesto que la perspectiva meramente formal resulta insuficiente, es necesario adoptar otra. Según precisa M. Jiménez, la que adopta Habermas (1998) consiste en entender el Derecho como una *Verschränkung*, “término que en alemán corriente significa íntimo e inextricable entrelazamiento de *forma jurídica y principio del discurso*”. Para entender lo que con esa fórmula se quiere decir habría que remitir a la obra entera de Habermas y, especialmente a *Facticidad y Validez*. Para resumirlo, nada mejor que seguir reproduciendo parcialmente el análisis de M. Jiménez según el cual, a causa de las características específicas del desarrollo histórico de la modernidad (del que hace un breve resumen y al que luego se aludirá esquemáticamente), se producen en el Derecho los siguientes cambios:

La regulación jurídica queda sujeta a una evolución interna, a un proceso de autoconstrucción, que consiste por tanto en que en ese propio tipo de regulación, en la regulación jurídica, se van incorporando, es decir, van quedando juridificadas, es decir, van quedando convertidas en derecho positivo las propias condiciones de producción y cambio legítimos del derecho y en general las propias condiciones de legitimidad del Derecho positivo moderno, donde hoy se dirime la tensión entre validez ideal y positividad. Y en todo caso el derecho positivo moderno, al haber juridificado sus propias condiciones de producción legítima, regula un proceso de formación de la opinión y voluntad, es decir, regulan un proceso de (en el mejor de los casos) *uso público de la razón* o (en todo caso) *de uso de la razón social* (que mientras seamos seres hablantes tiene a aquél como medida interna), regula, digo, un proceso de formación de la opinión y voluntad políticas que aseguran y aun garantizan al Derecho una constante tensión interna entre positividad, facticidad de la razón social y validez ideal.

Más aún, venimos hablando de una *Verschränkung* entre *forma jurídica y principio de discurso*; *conforme a éste sólo pueden considerarse válidas precisamente aquellas normas (jurídicas) a las que todos los posibles afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*.

Aunque asumo enteramente ese planteamiento, no intentaré, en esta breve nota, formular un concepto alternativo al concepto formal de ley que, por lo dicho, deviene insostenible, pues dudo de que el problema que aquí se aborda pueda resolverse por ninguna clase de concepto (dado que no atribuyo a los conceptos ninguna clase de capacidad milagrosa) y, por lo tanto, no creo que la empresa de formular uno merezca la pena.



Baste pues aquí con señalar que, en los ordenamientos constitucionales, la ley no es ni puede ser una pura forma; sino que requiere un contenido que la haga constitucionalmente legítima.

### *El problema de la realidad de la ley*

#### *El cambio de posición de la ley*

Las limitaciones que se han señalado en el epígrafe anterior no alteran en absoluto la dignidad de la ley, sino que contribuyen a mantenerla en la medida en que representan requerimientos de racionalidad que no solo determinan que la ley sea conforme a la Constitución; sino que, además, pueda ser aceptada como legítima por la generalidad de los ciudadanos. Sin embargo, afectan, y mucho, a la posición de la ley en el ordenamiento jurídico.

En efecto, como señala de Otto, aunque la Constitución Española de 1978 habla tanto en su Preámbulo como en el Art. 117.1 del *imperio de la ley* y garantiza de diversos modos el principio de legalidad, acogiendo fórmulas acuñadas y pulidas durante casi dos siglos por el constitucionalismo europeo; para interpretarlas, sigue diciendo, “sería erróneo, sin embargo remitirse sin más a lo que esas expresiones hayan podido significar en la teoría clásica y extraer de ahí conclusiones acerca de la posición que la ley ocupa en el sistema de fuentes que la Constitución diseña”. En el constitucionalismo europeo anterior a la Segunda Guerra Mundial “la ley no está sujeta a ninguna otra norma superior a ella y el legislativo resulta un poder que no conoce limitación jurídica alguna”.

Con una cita de Carré de Malberg, expone las bases de ese modo de concebir la democracia. La reproduzco en su quintaesencia: “la ley, en cuanto obra de la voluntad general, se convierte en un estatuto de la más elevada especie que no soporta estatuto alguno de esencia superior a la suya”. A lo que de Otto añade que, la ley en cuanto acto de autodeterminación de los ciudadanos es garantía de su libertad frente al poder que el Estado sustenta en régimen de monopolio”; y, más adelante, añade que esa omnipotencia del legislador se basa en la confianza depositada en la ley, o sea, en la concepción de la ley que ve en ella autodeterminación de la sociedad sobre sí misma, no imposición ajena.

De Otto no entra a analizar las causas de ese cambio de paradigma; pero el hecho de que, en el continente europeo, a diferencia de la evolución inglesa (Allan, 1993), la democracia haya dejado de comportar el carácter “supremo” de la ley tras la Segunda Guerra Mundial deja bien claro que fue el advenimiento y la caída de los regímenes totalitarios la causa determinante de ese cambio. Franz L. Neumann (1980) y Franz Wieacker (1957) han estudiado la evolución que condujo en Alemania al triunfo del nacionalsocialismo y el modo en que una concepción de la ley no sujeta a ninguna exigencia de racionalidad (la concepción de la ley sustentada por el que Wieacker denomina “positivismo ilegítimo”) facilitó la transformación en “norma” jurídica suprema la voluntad del Führer, transformando el derecho en un “*arcanum dominationis*”.

Tras la Segunda Guerra Mundial era, pues, prácticamente imposible reeditar el modelo anterior. En consecuencia, se volvieron los ojos hacia el modelo norteamericano estableciendo constituciones normativas que pasan a ser las normas supremas del ordenamiento y configuran el estatuto de las fuentes del derecho y, con ellas, jurisdicciones constitucionales, indispensables para dar realidad a esa supremacía. Sin embargo, con eso no se menoscaba la dignidad de

la legislación, como piensan algunos autores (Forsthoff, 1971; Waldron, 1971); y no se menoscaba porque, como subraya Ignacio de Otto, en el Estado Constitucional sigue rigiendo el principio democrático. Vale la pena transcribir las consecuencias que Ignacio de Otto otorga a la vigencia de dicho principio en el régimen constitucional:

El principio democrático, sin embargo, incide sobre el sistema de fuentes obligando a que a la ley se le asigne una posición de preferencia respecto de las restantes normas. No es posible definir tal posición más allá del dato mínimo de que al menos en algunas materias la legislación debe prevalecer sobre cualquier otra forma de producción normativa, pero al menos esa referencia última debe existir. El hecho de que la ley proceda directamente del órgano que representa al pueblo obliga, además, a que el sistema de fuentes se interprete en favor de la ley. La legitimación democrática de la ley no da lugar a un sistema cerrado, como el principio de soberanía, pero es punto de partida obligado para la interpretación.

El principio democrático es, por otra parte, fundamento y justificación de los rasgos básicos de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico español. En primer lugar, y de modo sólo aparentemente paradójico, el principio democrático presta fundamento a la subordinación de la ley a la Constitución y explica el modo concreto en que esa subordinación de la ley se hace efectiva. Un estado no se ve privado de la condición de democrático por carecer de justicia constitucional, como ocurre en la Gran Bretaña; pero lo cierto es que la concepción moderna de la Democracia avala la sujeción del legislador a límites que garanticen los derechos de la minoría frente a la mayoría. En la democracia no se trata solo de asegurar la supremacía de la voluntad popular mayoritaria, sino de mantener abierto el pluralismo mediante el reconocimiento de las libertades individuales y colectivas. El relativismo propio de la democracia no supone el reconocimiento de que es la mayoría quien define la verdad, sino el que no hay más verdad del que resulta del libre juego de opiniones que, precisamente por esa razón, debe encontrarse garantizado.

Establecida esa subordinación mediante la justicia constitucional, el propio principio democrático explica sus peculiaridades: el privilegio de la jurisdicción concentrada y la presunción de legitimidad constitucional de la ley. El principio democrático es fundamento también de una cualidad específica de la ley: la llamada fuerza de ley. Por último, la democracia explica también el modo en que se configuran las relaciones entre ley y reglamento, acentuando la subordinación de este que deriva de la fuerza de ley.

De modo que ni el carácter supremo de la Constitución, ni la existencia de una jurisdicción constitucional que garantiza esa supremacía menoscaban en modo alguno la importancia de la ley. Sin la ley, el ordenamiento jurídico sería una estructura sin contenido. Es más, a la ley corresponde el desarrollo de esa esencia última de la Constitución que son los derechos fundamentales. En otros lugares he definido ese desarrollo como limitación y coordinación: sin las leyes que los desarrollan, los derechos fundamentales serían inviables. De modo que el cambio de posición de la ley no le ha hecho perder ni un ápice de su dignidad. Si, al menos en parte, la ha perdido ha de ser por otras razones.

### *El descrédito de la ley*

Si algo nos enseña el proceso histórico, al que tan sucinta referencia hemos hecho, es que el sistema democrático contiene en su interior un germen autodestructivo, sobre todo cuando se aplica sobre escenarios cada vez más amplios. La “democracia deliberativa”, que es el ideal al que el sistema democrático apunta y que forma parte del núcleo duro de su fundamento justificativo, se hace más difícil en la medida en que el número de participantes crece. El modelo del discurso racional, al que como hemos visto, remite Habermas, es tan difícil de



implantar en los grandes Estados nacionales modernos que no parece que ninguna de las democracias existentes en ellos responda, ni siquiera aproximadamente, a él. Pero, la realidad actual ha sobrepasado el marco de los estados nacionales, como la crisis económica ha puesto claramente de manifiesto. Por lo tanto, el problema del ideal de democracia deliberativa habría de examinarse hoy a escala mundial en la que, al menos en las condiciones actuales, no es que resulte difícil sino absolutamente imposible. A ese nivel global, seguir hablando del sistema democrático como un sistema legítimo requiere, cuando, menos, que haya algunos instrumentos globales de control en los que, por muy indirectamente que sea, se hallen equitativamente representados los intereses de todos. Eso, por el momento, es poco más que un sueño; pero, o pasa a convertirse en un proyecto viable o el déficit de legitimidad del sistema democrático a escala global se proyectará sobre todos y cada uno de los sistemas democráticos nacionales existentes produciéndoles un descrédito que, al menos en circunstancias difíciles, resultará prácticamente imposible de compensar.

Pero, basta centrarse en cualquiera de los sistemas democráticos nacionales para detectar a simple vista el germen de destrucción a que se acaba de hacer referencia. Ni qué decir tiene que en España, por circunstancias que no es oportuno analizar aquí, resulta especialmente visible.

En efecto, basta con echar una ojeada a la discusión política para comprender que, al menos lo que de ella llega a la mayor parte de la ciudadanía, no es una exposición de los problemas que afectan al país en su conjunto y una serie de argumentos razonables sobre los modos y maneras de resolverlos; sino algo bien distinto, a saber, una permanente descalificación del otro.

La clase política se juega, en cada proceso electoral, su *modus vivendi*. En ese escenario falta espacio para una exposición sensata de los problemas y una discusión sosegada de las posibles soluciones; pero tampoco interesa que lo haya. El modo más fácil de llegar al electorado es la negación de cualquier cosa que hagan los adversarios y la sobrevaloración de las propias propuestas y capacidades. Lo que de todo ello percibe un gran número de ciudadanos es que la clase política persigue sus propios intereses y no los del pueblo al que representa: de ahí que constituya una de sus mayores preocupaciones.

Naturalmente, los defectos del proceso de deliberación política repercuten sobre la legislación. El ordenamiento jurídico resultante de esa deliberación desenfocada es cualquier cosa menos un sistema racional. Esa falta de racionalidad repercute en cualquiera de los sectores que se examine. Si se analiza el reparto territorial del poder, tras un punto de partida constitucional discutible e impreciso, en el que la distribución de competencias reviste una complejidad innecesaria y preludia un resultado caótico, el desarrollo de los Estatutos de Autonomía no ha mejorado en absoluto el pronóstico. Si uno examina el proceso autonómico, se hace patente en él una lucha competencial entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas que no tiene por objeto mejorar el gobierno ni la gestión de los recursos públicos, sino que versa sobre dónde ha de radicarse el poder: y ese *dónde* no designa meramente una localización *territorial*, sino también otra *personal*. Muchos ciudadanos, con independencia de que la posición que adopten sea centrífuga o centrípeta, perciben la irracionalidad del esquema resultante, con el descrédito consiguiente del mismo.

Desde luego, como acaba de apuntarse, en el tema del reparto territorial del poder existen perspectivas diversas y esa diversidad de perspectivas es, por sí sola,

determinante de un conflicto de intereses y, en consecuencia de un cierto grado de irracionalidad; pero, en otras esferas donde ese conflicto no existe o, al menos, no debería existir, se crea más o menos artificialmente.

Para poner un solo ejemplo me referiré a la Justicia de la que luego se hablará con mayor detenimiento. Nadie podrá seriamente poner en duda que la Justicia es un problema de Estado en el que resulta necesario un gran acuerdo que es, sin duda, racionalmente posible. Sin embargo ese acuerdo no se ha producido o, al menos, no se ha producido acerca de los problemas centrales que la Justicia tiene hoy en España. Escogeré un solo ejemplo, el de la necesaria reformulación de la figura del Juez de Instrucción. Puesto que he analizado detenidamente el tema en otro lugar, donde he puesto de manifiesto tanto la actual inconstitucionalidad de la figura como su disfuncionalidad, me limitaré aquí a reproducir la reflexión del juez Zupancic, en el voto particular a la Sentencia del TDH en el caso Vera Fernández Huidobro c. España de 6 de enero de 2010 (TOL. 1.754.631). Dice el juez europeo en el apartado 4 de su voto:

La misma noción de juez de instrucción, manifiestamente, es una *contradictio in adjecto*, una contradicción en los términos. Desde un punto de vista epistemológico, un juez, un árbitro, un tercero imparcial, etc., es alguien que recibe informaciones de ambas partes. Esto significa que él no puede instruir en el sentido jurídico del término sin partir primero de una hipótesis en cuanto al acontecimiento histórico que instruye. Por cierto, su actitud frente al sospechoso en la causa puede ser más o menos objetiva, pero simplemente queremos decir con eso que está exento de prejuicio flagrante. Esto no significa que sea imparcial; siempre es más o menos parcial en relación a su propia hipótesis.

Pues bien: pese a la manifiesta inconstitucionalidad de la figura y a la lamentable, por inadecuada, imagen del juez como policía justiciero que proyecta sobre el sistema y sobre la generalidad de la ciudadanía, no ha sido posible redefinirla pese a los reiterados intentos de reforma. Dado que en los grandes países de la Unión Europea, el Juez de Instrucción ya no dirige la investigación policial y que, por consiguiente, somos los únicos de entre ellos que mantenemos esa figura en términos constitucionalmente indefendibles, creo que basta ese ejemplo para poner de manifiesto la irracionalidad que aqueja a todo nuestro ordenamiento.

Si uno examina con algún detenimiento los procesos legislativos encuentra muestras patentes de esa falta de reflexión racional: leyes contradictorias, leyes derogadas antes de su entrada en vigor, erratas y errores son moneda corriente en el seno de nuestra legislación. En ese contexto, afirmar la dignidad de la ley resulta francamente difícil.

### 3. Sobre la dignidad de la jurisdicción

#### *La concepción continental de la jurisdicción.*

En los sistemas continentales –y el español no es, desde luego, una excepción– la del juez no ha sido ni con mucho, una figura central de la cultura política. Ha desempeñado una función de segundo orden y su condición personal ha estado siempre en manos del ejecutivo como pone de manifiesto la obra de Dieter Simon. Eso, que se predica también de los periodos democráticos, se explica en ellos porque, como hemos visto en el período anterior a la Primera Guerra Mundial, la soberanía se hace residir en el Parlamento y el gobierno tiene usualmente la mayoría parlamentaria. En la historia de España se encuentran abundantes ejemplos en que gobernantes cuyo talante democrático no cabe poner en duda

(como Montero Ríos o Azaña) hablan en el Parlamento de determinados jueces como si les estuvieran directamente subordinados y, lo que es peor, actúan conforme a esa idea.

Esa subordinación de los jueces al ejecutivo se acentúa, como es natural, en los regímenes dictatoriales y así sucedió en España con la dictadura franquista. No tiene pues nada de particular, que con el advenimiento de la democracia, la reforma de la Justicia se concibiese de modo paradójico, como una reconquista de la independencia que nunca se había tenido. Con ello pasó al primer plano la configuración de la Justicia como “Poder Judicial”, quedando la imparcialidad tan en segundo plano que la Constitución española de 1978 ni siquiera la menciona.

En el capítulo vigésimo segundo de la segunda edición de los *Fundamentos del Sistema Penal* he intentado esbozar el relato del lento y deficitario advenimiento de la imparcialidad en nuestro sistema constitucional: una vez “reconquistada” la independencia, la mayoría de quienes entonces nos ocupábamos de los problemas de la Justicia pensaba que el problema nuclear, en el orden de los principios, estaba ya resuelto, cuando la verdad es que estaba y está casi todo por hacer, hasta el punto de que, pese a la creación del Consejo General del Poder Judicial, ni siquiera la independencia está suficientemente garantizada. En efecto, ese órgano elefantiásico cuya justificación Constitucional radica en la garantía de la independencia, no puede “garantizarla” más que haciendo de vez en cuando declaraciones platónicas, así que ha asumido muchas competencias, unas innecesarias, otras contraproducentes y solo unas pocas relacionadas con su función constitucional. Pero, el objeto de estas notas no es el Consejo, sino la Jurisdicción. De modo que, para terminar esta digresión sobre la independencia, baste decir que la misma idea de una “carrera judicial”, con cargos temporales que se obtienen a través del Consejo es, no una garantía, sino una amenaza para la independencia.

Entender la independencia como el momento más básico del ejercicio de la Jurisdicción es, desde la perspectiva constitucional, un profundo error. Lo que constituye un pilar básico del proceso justo es la exigencia de un juez imparcial, de un juez que no se incline por ninguna de las partes, que se halle libre de pre-juicios y, por lo tanto esté en posición de poder aplicar el Derecho de modo neutral, sin ningún tipo de condicionamientos, ni externos ni internos, ajenos a la determinación del sentido de las prescripciones normativas.

### *La experiencia anglosajona*

En la cultura anglosajona la posición histórica del juez es bien distinta de la que ocupa en el Continente. Eso se pone de manifiesto con solo comparar el contenido de dos obras cuyos títulos parecen, a primera vista, idénticos, a saber: *Dier Herrschaft des Gesetzes*, de Franz L. Neumann, a la que ya se ha hecho referencia y *Law's Empire* de Ronald Dworkin (1986). En la primera de ellas se trata, básicamente de la soberanía de la ley y de su progresiva transformación en la soberanía de la voluntad del Führer; en la segunda, en cambio, la interpretación de las normas, los límites y funciones de la jurisprudencia y la figura del juez ocupan el papel central. Hasta tal punto los jueces y tribunales se hallan en el centro de la reflexión política anglosajona que Rawls considera la justicia como un foro privilegiado en el que la razón pública opera de un modo especialmente significativo.

El voto del juez Zupancic, al que se acaba de hacer referencia, muestra ese contraste entre sistemas continentales y anglosajones. Dice así:

5. La imparcialidad es un ideal jurídico que a menudo se alcanza en el sistema del common law, donde los elementos viciados de prueba están cuidadosamente filtrados por un tercero, a saber al juez. El que toma la decisión en el asunto es el jurado, que ocupa una posición totalmente pasiva ya que ni debe ni puede, precisamente por esta razón, plantear preguntas específicas a las partes. Más aún, a esta posición estructural de total pasividad del jurado viene a añadirse su posición epistemológica que hace que las vías de información de ambas partes permanezcan abiertas, es decir, no cortadas (de - ciso) tanto tiempo como sea posible. Si la carga de la prueba se encuentra de facto trastornada, esto puede contribuir a influir sobre el jurado. El estatuto de no profesional de éste constituye una ventaja desde este punto de vista epistemológica, porque encuentra más difícil formarse una hipótesis en la materia sub iudice. Es una situación normal y deseable, sobre todo si consideramos el hecho, totalmente desconocido en el derecho continental, de que existen numerosos obstáculos sofisticados de inadmisibilidad regidos por el derecho de la prueba. Aquí el juez es el *dominus litis* procesal, que estrictamente tiene el papel de aplicar filtros en materia de pruebas y de excluir todos los elementos viciados, etc. bajo pena de un nuevo proceso ordenado por la jurisdicción superior en el asunto considerado.

De ningún modo quisiera idealizar el sistema anglosajón en general ni el norteamericano en particular, pues no dejan de tener inconvenientes de gran calado. Para prevenir respecto a una transposición mecánica creo oportuno reproducir lo que escribí al respecto hace ya muchos años sobre la relación entre jueces y poder:

*Preferiría hablar de los Jueces en términos de derecho; pero, puesto que el "ius dicere" comporta, desde luego, un poder creo necesario poner de manifiesto que ese poder tiene límites y que, en una democracia, no se halla, en absoluto, libre de toda sospecha.*

*Suscribo plenamente las palabras de Tribe: "en temas de poder, el fin de la duda y la desconfianza es el comienzo de la tiranía" (Constitutional Choices, Harvard, 1985, pág. 7). Y, por ello, la diferencia de perspectiva entre quienes se aferran al modelo de proceso histórico y la tradición en que se inscribe la Constitución de 1978, radica no en que ésta desconfíe del Gobierno menos, sino en que desconfía de los Jueces más. Y no –desde luego– porque sean jueces, sino por el poder que ejercen. Aunque no sean conscientes de él, es tanto que puede llegar a anular la soberanía del pueblo.*

*Cada vez que, en virtud de una revolución, o simplemente por el mecanismo de los votos, asume el Gobierno un grupo dirigente con una base social nueva y nuevos objetivos, se producen movimientos de resistencia en el aparato judicial.*

*Si el nuevo poder es totalitario, tales movimientos son fácilmente vencidos; pero, si se trata de poderes democráticos, que generalmente responden al ascenso de una nueva clase, entonces no es raro que la resistencia llegue a tener éxito y anule el nuevo programa de Gobierno. La historia está llena de ejemplos al respecto, y en la nuestra, desde luego, no faltan: baste recordar lo que sucedió en la primera legislación liberal de señoríos o con las medidas desmoralizadoras de Mendizábal.*

*Especialmente significativo, por sus repercusiones ulteriores –que aún se parecían en nuestro país y en nuestro tiempo– es lo que sucedió en U.S.A. en la denominada "era Lochner" (Tribe, American Constitutional Law, New económica*



conservadora con amplio eco social, se opuso al movimiento progresista instalado en el Gobierno Federal y en muchas de las legislaturas.

Martin Kiele caracterizó lo ocurrido en dicho período como “corrupción del Estado constitucional” por el individualismo posesivo (Introducción a la Teoría del Estado, Buenos Aires, 1980, pág. 295). Veamos su breve descripción del mismo:

“Fueron declarados inconstitucionales leyes que prohibían, por ejemplo, el trabajo de los niños, que fijaban sueldos mínimos para mujeres, que establecían un impuesto del 2 por ciento sobre rédito, y ganancias superiores a 4.000 dólares, que establecían impuestos territoriales, controlaban la formación de consorcios, etc. En 1895, la Corte Suprema declaró inconstitucional el impuesto progresivo sobre los ingresos (*Pollock v. Farmers Loan and Trust Co.*, 1895). Una ley que prohibía el comercio interestatal de mercaderías producidas por niños menores de catorce años excedía, en la opinión de la Corte, la competencia federal (*Hammer v. Degenhart*, 1918). Una ley que limitó la jornada laboral de los empleados de panaderías a sesenta horas semanales, privaba a los empleados y al empleados de sus libertades “without due process of law” (*Lochner v. New York*, 1905).

La oposición de la judicatura no se ciñó a problemas económicos y laborales. La descripción de Kriele continúa así:

Los más ilustrativos son los casos en los cuales se trataba de un conflicto entre la libertad personal de uno y la propiedad económica del otro. Entre estos casos es especialmente impresionante el del esclavo negro Dred Scott, que desempeñó un papel decisivo en la prehistoria de la guerra civil norteamericana. Dred Scott fue llevado por su señor y propietario en el año 1834 de Missouri a un viaje a Illinois y Luisiana del Norte, es decir, a un territorio al norte de la línea de 36 grados 30 minutos. Esta línea superaba en virtud del llamado “compromiso de Missouri” de 1820 los territorios en los cuales estaba permitida la esclavitud de los territorios en los que estaba prohibida por una ley federal. En 1847 Dred Scott volvió a Missouri. Varios años después demandó pidiendo que se estableciera su status de ciudadano libre. Pues al vivir en el Norte, donde no hay esclavitud, se había convertido –así alegaba Scott–, por ley, en ciudadano libre. Habiendo alcanzado una vez el status de libre, ya no podía perderlo de nuevo. La Corte Suprema rechazó la demanda y declaró inconstitucional la ley federal que había abolido la esclavitud, con el argumento de que era incompatible con la Enmienda V, según la cual nadie puede ser privado de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal... el propietario de Dred Scott habría sido privado de su propiedad por una ley federal, es decir, no por un “proceso legal”; tal privación es inconstitucional y nula.

Tales excesos condujeron, en Estados Unidos a la adopción de la teoría de la “judicial restraint” formulada por Thayer en 1893, de la que se derivó a través de la generalización de la técnica del “balancing”, una mutilación de los derechos fundamentales (Kriele, op. Cit., págs. 300 y ss.)

El fin de la “era Lochner” –cuyo defecto más grave fue el exceso de confianza de los jueces en sus propias convicciones (Tribe, 1988, 586) dio lugar, en Estados Unidos, en primer término, a esa especie de abdicación de los jueces representada por el exceso de “judicial restraint” a que se refiere Kriele; pero, ulteriormente, y tras los diversos ensayos, la decadencia de los derechos fundamentales encontró el freno adecuado en la doctrina de los “preferred position rights”, que comienza a imponerse a finales de los años 30 (Tribe, 1988, págs.. 769 y ss.)

Con lo expuesto basta (y sobra) para dejar claro que no cabe mirar al mundo anglosajón en general, ni a los Estados Unidos en particular, para concluir que, con la transposición de su sistema a España los problemas de la justicia española se habrán resuelto; pero creo que una vez examinados los que, en mi opinión son los más básicos, el sistema norteamericano puede brindarnos algunos remedios.

*Problemas básicos del sistema jurisdiccional español*

Creo que los problemas más visibles del sistema jurisdiccional español son de una parte, su lentitud con la ineficiencia que comporta y, de otra, su imprevisibilidad.

El primero de dichos problemas no tiene una solución sencilla; pero no es insoluble. Algunos de los elementos que pueden ayudar a resolverlo son la introducción de trámites de admisión que descarguen a la Justicia de tareas indebidas, la simplificación de los procesos, la racionalización del sistema de recursos, dotar al Juez de potestades directivas que impidan o minimicen los posibles abusos del proceso y, finalmente, un análisis cuantitativo de las competencias que permita proyectar adecuadamente los órganos y asignar racionalmente los medios personales y materiales. A todo ello habría que añadir la conveniencia de crear organismos o sistemas arbitrales que descargasen a la Jurisdicción de muchas clases de asuntos que pueden resolverse muy bien (incluso, mejor) sin que intervenga.

Algunas de las causas de los retrasos e ineficiencia de los Tribunales dependen de un comportamiento desleal del Ejecutivo que no les guarda el respeto debido. Así, por ejemplo, la administración, cuando un problema relativo a determinada clase de funcionarios se resuelve de modo inequívoco por los Tribunales, no generaliza el criterio establecido por estos sino que obliga a recurrir en cada caso, con lo cual multiplica artificial e indebidamente la carga de trabajo que a estos corresponde.

En otros casos la lentitud e ineficiencia se debe a que la carga competencial del órgano está mal calculada y resulta excesiva dadas sus posibilidades de afrontarla. Tal deficiencia afecta, nada menos, que al Pleno del Tribunal Constitucional que, sesión por sesión, recibe muchos más asuntos de los que puede resolver. Con ello, el retraso se hace cada vez mayor, con la consecuencia, no sé si buscada intencionalmente, de que el control de constitucionalidad llega generalmente tarde. El griterío mediático que ha acompañado a la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Partido Popular frente al Estatuto de Cataluña (que se ha resuelto en un plazo muy inferior al de la media de los recursos de inconstitucionalidad) y su impacto sobre la ciudadanía, pone de manifiesto, bien a las claras, el descrédito que para la Jurisdicción puede comportar este tipo de problemas (y el daño que materialmente producen a la Justicia).

Respecto a todos los remedios apuntados existen experiencias ajenas, dentro y fuera del ámbito anglosajón, de las que cabe aprender. Porque, ni qué decir tiene, las reformas hay que introducirlas tras procesos de estudio y reflexión que, en la medida de lo posible, partan de experiencias reales y no, como se hace a menudo sobre una base parecida a las que propugnaba el antiguo arbitraje, es decir, sobre ideas inmaduras abocadas al fracaso.

El segundo de los problemas que percibe con más fuerza la ciudadanía es el de la imprevisibilidad, es decir, el hecho de que, sobre el mismo tipo de asunto, haya criterios diversos de un órgano a otro e, incluso, dentro del mismo órgano. Tal





sucede incluso, en el Tribunal Supremo, que intenta resolver el problema mediante un instrumento que, dicho sea con todo respeto, me parece profundamente inadecuado, porque los Acuerdos gubernativos no pueden pretender legítimamente tener incidencia alguna sobre la Jurisdicción. Eso no implica que el problema sea irremediable. Para paliarlo es preciso, en primer término desprenderse de la idea de que la independencia del Juez comporta la libertad de interpretar el Derecho: el Juez independiente ha de aplicar el Derecho objetivamente vigente y, si ello es así, no puede decidir libremente lo que es y lo que no es Derecho: eso ha de decidirlo el sistema jurídico, no el juez individual. De modo que el sistema puede obligarle a que se atenga a los precedentes, como hace el *common law* y, en mi opinión, debería hacerlo, pues el principio de legalidad (por muy perfectamente que se hallen redactadas las leyes, lo que no es, precisamente, el caso) no basta para garantizar la seguridad jurídica si no se establecen y respetan ciertos hábitos aplicativos.

Esa insuficiencia del texto de la ley para garantizar una aplicación uniforme bajo la vigencia del principio de libertad interpretativa se debe a razones de orden lógico. En efecto, el significado que, como mostró Wittgenstein, tiene su origen en la estabilidad del uso de las palabras, se volatiliza cuando no hay ni siquiera un mínimo de estabilidad garantizada en ese uso. Y eso es lo que sucede en el caso del texto de la ley bajo la vigencia de la idea de libertad interpretativa, tan enraizada hoy en el sistema español. En efecto, en virtud de esa supuesta libertad interpretativa del Juez todo resulta interpretable y, en consecuencia, según Wittgenstein, todo puede hacerse concordar con la regla o también discordar de ella. Lo que se pierde en ese proceso es la esencia normativa del Derecho: en lugar de la regla, que no tiene un contenido fijo, se sitúa la voluntad de cada uno de los jueces, como en el lugar de la ley vacía de contenido se instaló la voluntad del Führer. Por eso, cuando el criterio con el que operó la jurisdicción ordinaria se corrige por una jurisdicción de garantías, la función jurisdiccional no resulta menoscabada: al contrario, su dignidad se refuerza.

El absurdo de la idea de que los jueces pueden determinar a su arbitrio el contenido de la ley mediante la interpretación, se puso ya de manifiesto en el caso de la interrupción de la prescripción, donde un entendimiento secular y perfectamente adecuado de la cláusula relativa hacia la prescripción quedaba interrumpida solo cuando el procedimiento se dirigiese contra el culpable fue, en muy poco tiempo, sustituido por otro que admitía como actos interruptivos la simple presentación de la denuncia o la querrela. Con ello se reducía la zona de impunidad y se incrementaba la posibilidad de imponer una pena. Es decir con esa interpretación se producía *de facto* una norma nueva, sin cobertura legal (porque la ley exigía que el procedimiento se hallase dirigido contra el culpable y mal podía suceder eso con la interposición de la querrela o denuncia, dado que el procedimiento penal no empieza sino por resolución del Juez) y desfavorable al reo, que se proyectaba hacia atrás, aplicándose a hechos acaecidos con anterioridad. Pero, ese absurdo alcanza su paroxismo en el llamado “caso Parot” (STS. 197/2006).

Aunque ya dediqué a ese caso un breve comentario, que no voy a reproducir, creo que vale la pena hacer aquí algunas consideraciones adicionales sobre él.

En la sentencia que “resuelve” el caso se modifica una interpretación secular sobre el cómputo de las penas a efectos de cumplimiento, entendiendo el Código penal de 1973, que era el aplicable, según una norma de creación judicial equivalente a la promulgada por el legislador en 1995, la llamada “doctrina Parot”;

pero, con una diferencia esencial: el legislador de 1995 otorgó al nuevo criterio el carácter de excepción con lo que el antiguo quedaba, *ipso facto*, convertido explícitamente en regla general, y estimó acertadamente que no podía dar efecto retroactivo a la nueva norma especial de cómputo. Sin embargo, el Tribunal Supremo, sin reparar en que desde 1995 el precepto del Código era incompatible con su nueva doctrina, la proclamó y, sin reparo alguno, le otorgó efecto retroactivo.

El resultado que con la aplicación hacia atrás de esa “doctrina” se ha producido es que algunos individuos, considerados especialmente peligrosos, vieran repentinamente prolongada sustancialmente la condena que habían sufrido y que, a buen seguro, en muchas ocasiones, tendría ya la duración judicialmente fijada mediante la pertinente liquidación.

Para comprender adecuadamente el alcance de esa decisión vale la pena compararla con dos casos paradigmáticos.

En el primero de ellos (Gabarri Moreno c. España, sentencia de 22 de julio de 2003 –TOL. 293320-) el criterio empleado por el Tribunal Supremo implicaba que el condenado cumpliera un día más de pena de la que le hubiera correspondido aplicando la ley según la interpretación usual; sin embargo, pese a la insignificancia del problema, el TEDH condenó al Estado español.

En el segundo se impugnó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la custodia de seguridad alemana, institución que implicaba la posibilidad de que el Juez, en caso de delincuentes especialmente peligrosos, pudiese acordar, tras el cumplimiento de la pena, un internamiento de seguridad de varios años. Jakobs había calificado esa disposición como una manifestación de lo que llama “derecho penal del enemigo”, para él legítimo; pero repudiado por la inmensa mayoría de los juristas europeos. El TEDH en el caso M. v. Germany (sentencia de 17 de diciembre de 2009) declaró contraria al convenio dicha custodia.

Pues bien, a la vista de esos dos casos cabe precisar que en la “doctrina Parot” lo que está en juego no es un día de privación de libertad sino muchos años de mucha gente; y, por otra parte, respecto de la custodia de seguridad procede destacar que, al menos, se basaba en una habilitación legal explícita mientras que la “doctrina Parot” surge, según hemos visto, *contra legem*. No estamos, pues, ante el “derecho penal del enemigo”, sino que hemos ido mucho más allá, hasta el punto de que cabría calificarla de puro acto de hostilidad, para usar la terminología de Hobbes.

En todo caso, en las resoluciones comentadas se pone de manifiesto no solo la imprevisibilidad de la respuesta jurisdiccional a los problemas; sino una solución de los mismos que no presta la necesaria atención a los derechos fundamentales. Tal parece que la jurisdicción, en lugar de permanecer neutral, haya querido solucionar un problema de justicia (o un problema político-criminal). Y ni se explica bien ni se justifica fácilmente que cuando el terrorismo está al borde de la desaparición como problema en la conciencia colectiva, constituya una exigencia de justicia material o un comportamiento político-criminalmente adecuado proceder a la exasperación de un sistema penal ya de por sí bastante duro.

En cualquier caso, se trata de una actuación en la que la idea de Derecho queda devaluada.

## Conclusiones

Si algo puede concluirse de lo dicho anteriormente es, de una parte, que el descrédito del sistema puede remediarse, si no del todo, al menos en lo esencial y, de otra, que para remediarlo necesitamos todos, los ciudadanos en general, pero especialmente los que ejercemos oficios jurídicos, tomarnos los derechos en serio y el Derecho en serio. Porque ciertamente la crisis económica, en la medida en que afecta a la satisfacción de las necesidades más básicas de muchos seres humanos es lo más urgente y lo más grave. Pero la falta de dignidad del sistema jurídico menoscaba la dignidad de todo el país, es decir, de todos y cada uno de nosotros.

## Bibliografía

- ALLAN, T.R.S. (1993) *Law, Liberty and Justice*, Clarendon Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (1986) *Law's Empire*, Fontana Paperbacks, London,
- FORTSHOFF, E. (1971), *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de estudios políticos, Madrid.
- HABERMAS, H. (1998), *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid.
- NEUMANN, F. L. (1980), *Die Harschaft des Gesetzes*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- OTTO, I. de (1993), *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- VIVES ANTÓN, T. (1992) *La reforma del Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia,
- VIVES ANTÓN, T. (2011) *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- WALDRON, J. (1971), *The dignity of Legislation*, Cambridge University Press, New York.
- WIEACKER, F. (1957), *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid.



## La reforma de 2010 del Código penal

Fco. Javier Álvarez García  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[falvarez@der-pu.uc3m.es](mailto:falvarez@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

En este artículo el autor manifiesta sus puntos de vista acerca de la reforma del Código penal introducida por la LO 5/2010, destacando la repuesta legal para delitos como el tráfico de órganos, mobbing inmobiliario o tráfico de personas en el siglo XXI. Sin embargo, él llama la atención sobre innumerables errores atribuidos a los legisladores que van contra el respeto de los valores democráticos. Al mismo tiempo, el autor se muestra consternado por la intolerable actitud de funcionarios públicos autonómicos y locales coludidos con la impunidad. Finalmente, lamenta la ausencia de castigo para los responsables de la crisis política y financiera de España.

### Palabras clave

Código penal español, Ley Orgánica 5/2010, tráfico de personas, impunidad, corrupción, crisis.

## The Act on Amendment of the Spanish Penal Code (2010)

### Abstract

In this article the author expresses his views about the Spanish Penal Code Amendment Act -LO 5/2010-. He underscores the legal response to crimes such as organ trafficking, mobbing and human trafficking in the 21th century, however he draws attention to numerous mistakes committed by lawmakers who act against democratic values. At the same time, the author is shocked by the unacceptable attitude of regional and local public servants colluded with impunity. Finally, he regrets the lack of sanctions for those persons who caused the financial and political crisis in Spain.

### Keywords

Penal Code, Amendment Act LO 5/2010, human trafficking, impunity, corruption, crisis.

1. La reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, es, sin duda, una de las más importantes desde la de 25 de junio de 1983, con la que se procuró adaptar las leyes penales provenientes del franquismo no sólo al nuevo régimen político, sino también al moderno Derecho Penal. Digo que es especialmente relevante esta reforma porque ha afectado, entre otras, a las siguientes materias: a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a nuevas penas como la privación de la patria potestad, al fortalecimiento de la localización permanente, a una novedosa regulación del período de seguridad, a una distinta disciplina en el cumplimiento de las penas privativas de libertad por extranjeros, a la libertad vigilada –lo que supone romper el modelo preexistente de relación entre penas y medidas-, al cambio del sistema de interrupción de la prescripción de los delitos o a una modificación muy trascendente en la disciplina de las consecuencias accesorias; también hay que resaltar la incorporación de tipos novedosos como son el tráfico de órganos, la trata de personas, el mobbing inmobiliario, corrupción entre particulares y en entidades deportivas o la piratería y las organizaciones delictivas; cambios importantes también los hay en delitos contra la libertad sexual, en los relacionados con medios informáticos y de comunicación, delitos patrimoniales –especialmente, pero no sólo, la estafa-, delitos socioeconómicos –en algunos supuestos para proporcionar la sanción, caso de los “top manta”, en otros para cubrir realidades nada nuevas como la bursátil-, y un larguísimo etcétera que abarca reformas muy trascendentes en tráfico de drogas, asociaciones ilícitas o terrorismo.

La reforma, pues, ha sido trascendente, pero también plena de errores, y lo más lamentable es que no pocos de ellos eran solucionables simplemente con haber puesto atención a lo que se hacía, pues algunos consistían en remisiones a artículos vacíos de contenido o cuya redacción había sido alterada por la propia reforma, con lo que ya no tenía sentido la remisión, en algún otro caso se “habían olvidado” de algún artículo a la hora de exigir responsabilidad a la persona jurídica – caso del artículo 284-, etc. (en la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se ha introducido una verdadera corrección de errores –aunque no, obviamente, con ese régimen jurídico- para salir al paso de algunos de los defectos aludidos, pero se ha vuelto a hacer mal, como no podía ser de otra manera, ya que algunos errores no han sido corregidos, como por ejemplo la remisión que se hace en el artículo 371 al número 2 del artículo 369 CP). Pero tampoco merece la pena insistir en este punto: el Ministerio de Justicia 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.

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. Con este plantel de legisladores no es extraño –lo anormal sería lo contrario- que Las Cortes den a luz, paran, textos tan espantosos.

2. A la hora de analizar la reforma lo más trascendental es examinar si, en su conjunto, se compeadece o no con los principios democráticos; y es, quizás, en este punto donde, en mi criterio, flojea más la reforma penal. Naturalmente que para compartir este juicio habrá de estarse previamente de acuerdo en que “lo democrático” no se agota con la existencia de parlamentos –demasiados, por cierto,

en España- y la convocatoria periódica de elecciones, sino que incluye valores materiales entre los cuales hay que mencionar la no complacencia ante el ejercicio desviado del poder, ante la corrupción de las instituciones, ante la prevaricación como norma de comportamiento de no pocas instituciones del Estado (especialmente, pero no sólo, de ámbito local), ante el ejercicio torcido de los poderes del Estado, etc.

Pues bien, desde el prisma acabado de describir, resulta verdaderamente difícil entender que con la reforma operada por la LO 5/2010 se persigan objetivos materialmente democráticos. En efecto, pocas dudas hay de que uno de los principales problemas del Estado –que, a su vez, es generador de tantos otros- es el de la rampante corrupción urbanística, pues ello no sólo ha supuesto la destrucción de buena parte del territorio, sino que también ha traído de la mano, y por lo que se refiere a tipos penales, el cohecho y la prevaricación, así como algo más que una sombra de sospecha sobre los administradores públicos. Pero además, y desde el punto de vista económico, esa corrupción urbanística ha hipotecado a millones de ciudadanos durante buena parte de su vida, pues la corrupción ha ido de la mano con la especulación y el alza absolutamente salvaje del precio de un bien de primera necesidad como lo es la vivienda, lo que ha llevado a los ciudadanos a asumir créditos casi imposibles para sus modestas economías; y todo ello ha sucedido ante la mirada complaciente del poder, del poder político y del, como no, económico. Los mismos que nos han regado con sus lágrimas de cocodrilo cuando ha estallado la burbuja inmobiliaria, al tiempo que solicitaban la aportación del Estado para impulsar al “motor de nuestra economía”.

Con este panorama ¿cómo ha reaccionado el Legislador de la reforma operada con la LO 5/2010? Antes de responder a esta pregunta hay que realizar alguna precisión: en este campo, en el de la corrupción urbanística, sólo con medidas penales no se conseguirá ningún resultado, ninguno. Antes hay que incidir en temas como la financiación de los Ayuntamientos, el de a quién deben beneficiar los cambios de calificación del suelo, las competencias de los Ayuntamientos en materia urbanística, la ejecución de las sentencias dictadas por la Jurisdicción contencioso-administrativo, y un largo etcétera. Es decir: el tratar de responder (aunque ahora analizaremos si se ha tratado de una auténtica respuesta) a la corrupción urbanística exclusivamente con el Derecho Penal, significa lo mismo que 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.

Pero volvamos a la reforma del Código Penal. ¿Cómo ha reaccionado el Legislador ante la corrupción urbanística? Pues con un tímido aumento de pena en el artículo 320.2 CP que deja abierta la condena a una pena privativa de libertad que ni siquiera asegura la entrada en prisión del condenado. Pero es que además esa pena no “pone en valor” suficientemente la importancia del bien jurídico protegido en esos ilícitos; en efecto, de lo que se está hablando es de conductas con las cuales, como acabo de decir, se está destruyendo (en algunos casos el deterioro ya no tiene marcha atrás, como en la inmensa mayoría del litoral español) el medio ambiente, atacando algunos de los espacios más valiosos –por distintas razones- de nuestro territorio, fabricando un tejido urbano difícilmente compatible con la vida de relación, contribuyendo a un desorden urbanístico absoluto, alentando la especulación inmobiliaria, la compra y venta de administradores públicos, etc. Pues bien, castigar esa conducta con una pena inferior, muy inferior, a la que merece el estafador que utiliza un cheque para su designio criminal (diferencia que se



mantiene después de la reforma, véase artículo 250.1.3º CP), es inaceptable, y pone de manifiesto que la primacía en la tipificación de conductas –y por mucho que se hable del sentido social de los derechos fundamentales- la sigue llevando la propiedad en sentido liberal, lo que tampoco se ajusta exactamente con un programa penal socialdemócrata como el que, teóricamente, sustenta ideológicamente al actual Gobierno.

Pero es que, además, la modificación operada en el artículo 319.1 CP –al sustituir la expresión “autorizada” por “autorizable”- va por el camino opuesto al deseable, pues limita aún más el tipo. A ello hay que sumar una aplicación errónea del principio de retroactividad penal, que permite constantemente a los Ayuntamientos acudir a las denominadas “legalizaciones” –modificación, a posteriori, de los Planes de Ordenación Urbana con objeto de recalificar terrenos y evitar así la condena por haber construido en terrenos no autorizados urbanísticamente en el momento que se erigió la edificación- y burlar la norma penal.

Ahora bien, cuando el subterfugio acabado de describir no puede evitar la condena por haberse conculcado normas autonómicas, las propias asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas no tienen empacho en modificar singularmente la Ley que sirvió de sustento a las dichas condenas, y todo con miras a evitar que una sentencia firme se ejecute. Un ejemplo de lo acabado de señalar nos lo ha proporcionado la Asamblea de Cantabria, que tras dictar una ley del suelo (Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio) con objeto, entre otros, de ordenar la edificación (ley que fue aplicada por los tribunales y como consecuencia de ello dictadas sentencias por la Sala de lo Contencioso-administrativo que ordenaban múltiples derribos de viviendas), resuelve, ante las lógicas consecuencias de dicha ley (declaración de ilicitud de construcciones efectuadas en suelo protegido, con grave afectación del medio ambiente, vulneración de la normativa autonómica en materia urbanística, del planeamiento municipal, etc.), tramitar una resolución para, nada más y nada menos, impedir la ejecución de sentencias firmes a las que se había llegado al aplicarse la ley aprobada por la propia Asamblea. En efecto, con fecha 17 de diciembre de 2007 se aprueba por el Pleno del Parlamento de Cantabria la resolución de la tramitación de una Proposición no de Ley en la que se establece lo siguiente: “...que el Parlamento de Cantabria encomiende al Gobierno que, a la vista de la situación en que se encuentran las personas perjudicadas por sentencias de derribo de viviendas en Cantabria, establezca, en el plazo más breve posible, un plan encaminado a dar solución...”. Es decir, la Asamblea Parlamentaria venía a apoyar con su resolución la conculcación de la norma, mandando un mensaje muy claro a Ayuntamientos, Promotores, Constructores y compradores de viviendas construidas sin licencia o con licencia concedida en contra del Ordenamiento: que no tengan miedo, que su problema se arreglará hagan lo que hagan, y construyan donde construyan. Es lo que podríamos llamar prevención general “al revés”, o forma de alentar a la comisión de actos ilícitos. Esa solicitud del Legislativo al Gobierno Autónomo finalizó con la aprobación por la Asamblea de Cantabria, con fecha 26 de julio de 2010, de una reforma de la legislación sobre suelo que permite “legalizar” buena parte de las viviendas condenadas a ser derribadas por sentencia firme.

Pero el apoyo a la corrupción urbanística por parte de los parlamentos autonómicos no tiene límites, y al darlo no se duda en atacar burdamente el Estado de Derecho. En esta materia nuevamente Cantabria acaba de dar ejemplo, y mediante la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo

de Cantabria, se ha condicionado la ejecución de las sentencias sobre derribo de viviendas al abono de determinadas indemnizaciones. Es decir: el control sobre la ejecución de las sentencias se ha arrebatado (con independencia del dictado del artículo 117.3 CE) a los jueces y tribunales. De esta forma, en aquellos casos en los que por conculcación de una ley estatal –generalmente la Ley de Costas- no le es posible a la Asamblea de Cantabria “legalizar” las viviendas, acude a “paralizar” la ejecución de las resoluciones mediante la exigencia de la previa indemnización, y como la existencia de fondos presupuestarios para satisfacerlas depende –en la mayoría de los casos- de las mismas Administraciones Públicas que concedieron las licencias ilegales, ello quiere decir que el círculo se ha cerrado. La Administración de Justicia resulta anulada, las decisiones de la Jurisdicción contencioso-administrativa no serán ejecutables (ni siquiera conceptualmente) y el Estado de Derecho queda puesto seriamente en cuestión. La lucha contra la corrupción ha tenido un claro ganador: los corruptos, y en esa liza han sido eficazmente auxiliados por los parlamentos regionales (una situación parecida se está repitiendo en distintas Comunidades Autónomas, véase, por ejemplo, el caso de Extremadura y las modificaciones efectuadas a su Ley del Suelo).

3. Pero lo antidemocrático no llega únicamente por vía de la corrupción urbanística –y el consentimiento en su logro de todo tipo de autoridades, incluidas las parlamentarias, o las parlamentarias en primer lugar-, sino de modo más general por no implementar tipos penales que obliguen a los administradores públicos a ponerse a disposición de los ciudadanos; es decir: por evitar que la Administración Pública sea verdaderamente servidora de los intereses generales. En efecto, los ciudadanos están alejados en buena medida de cualquier posibilidad de ejercer el control de los administradores públicos (ciertamente que se podría contestar: lo ejercen a través de sus representantes, por ejemplo, en los Ayuntamientos por medio de los Concejales; pero esa, obviamente, es sólo una salida formal del problema, pues los Concejales están tan alejados de los ciudadanos como los administradores, y generalmente sólo atienden a los intereses de sus partidos políticos –que en no pocos casos son radicalmente extraños, cuando no contrarios, a los de los ciudadanos), con lo que la capacidad de dirección de los ciudadanos respecto de las actividades de los administradores públicos ha de garantizarse por medio de la constitución de tipos penales con la consiguiente amenaza de sanción.

Ciertamente la Jurisprudencia penal ha tratado de ejercer ese control a través de tipos como el de la prevaricación del funcionario, y así, construyendo este delito en comisión por omisión, ha intentado penalizar la conducta de aquellas autoridades que reclamadas para realizar una acción referida a las funciones de su cargo, no la llevaban a efecto. El problema es que esta “solución” presenta no poco inconvenientes, entre los que se encuentran dos especialmente relevantes: primero, decir que la construcción de la prevaricación en comisión por omisión no resulta fácil técnicamente, por ello, no es extraño encontrar posiciones discrepantes (o fuertemente limitativas) en Doctrina y Jurisprudencia acerca de la posibilidad de edificar tal estructura delictiva en este delito; segundo, que incluso los partidarios de admitir la omisión impropia en la prevaricación, la restringen a ciertos supuestos –en los que es posible identificar un resultado. Es decir, y como conclusión, tenemos una Administración Pública servida por unos funcionarios a los que no podemos obligar –fuera de algunos supuestos que están expresamente contemplados como la obligación de perseguir delito o la de prestar asistencia sanitaria- a realizar muchas de sus funciones, a los que no podemos “doblarles el brazo” cuando no hacen aquello a lo que están obligados por el Ordenamiento, por lo que la mayor parte de las omisiones de los funcionarios respecto al deber del cargo quedan fuera de control y de sanción. Ello coloca a los administrados, frecuentemente, en una





situación “desesperada”, pues no tienen herramientas reales para salir al paso de la arbitrariedad administrativa.

De lo que se trataría es de contar con un instrumento que permitiera controlar al funcionario en el ejercicio de su función, de modo que ante su inicial inactividad, y sin tener que esperar a que realice otro tipo penal, se pueda actuar contra él. Dicho de otra forma: resulta preciso incorporar al Código Penal un tipo de, al modo italiano, omisión o denegación de actos de la función, sin necesitar que se encuentren adjetivados (omisión de perseguir delitos, de juzgar, etc.). De esa forma, en el momento en que el funcionario infrinja dolosamente el deber del cargo (cuando el Alcalde no impida la prosecución de una obra sin licencia, no pare la edificación “salvaje” en terreno no calificado, no clausure un local que realice su actividad sin la necesaria autorización causando molestias difícilmente soportables a los vecinos, o cuando el Fiscal no acuse debiendo hacerlo, etc.), habrá realizado un tipo penal [Por cierto, es hora ya de que se controle penalmente a los Fiscales de la misma forma que se hace con todo el resto de los funcionarios públicos, ya sean judiciales o administrativos. Es más, en la falta de control del Ministerio Fiscal se encuentra, seguramente, una de las causas de la expansión de la acusación popular que tan injustamente, entiendo, está siendo criticada (por más que se haya de reconocer ciertos abusos en la utilización de la misma, abusos que en cualquier caso no son privativos de los acusadores populares pues se extienden también –y con mayor abundancia- a los acusadores particulares); y digo injustamente porque sin tal instrumento procesal –y ante la abulia persecutoria del Ministerio Fiscal en no pocos casos de corrupción- los supuestos de descontrol de conductas delictivas ligadas con la corrupción y las actuaciones arbitrarias de los funcionarios, sería mucho mayor. A nadie sensato se le puede ocurrir acabar o limitar fuertemente la acusación popular, pues ponerse en manos del Ministerio Fiscal –que actúa jerárquicamente y cuyo Jefe es nombrado por el Ejecutivo- significa lo mismo que echarse en manos del poder de turno, y renunciar a cualquier posibilidad de control en el ámbito penal].

De lo que se trata, en definitiva, es de someter a control la actividad de los funcionarios, pues la realidad del vigente Ordenamiento sigue consagrando una idea absolutamente autoritaria de la Administración Pública: que el funcionario/autoridad puede, si lo desea, realizar su función de modo caprichoso, sin control democrático real alguno. Ciertamente que este proceder arbitrario de los funcionarios sin miedo a la amenaza de sanción alguna, es consecuencia de una decisión de nuestros legisladores, esos legisladores que sólo raramente piensan además de en sus intereses en los nuestros. En este sentido, y manteniéndome en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, debe decirse que no puede por menos que denominarse de fenomenal “prevaricación legislativa” la cometida por los autores del Código Penal de 1995 cuando eliminaron el tipo de prevaricación imprudente dejando únicamente la dolosa. Eliminaron la versión imprudente justamente cuando la corrupción imperante aconsejaba precisamente lo contrario..., y por ello se hizo. De esta forma se ha despojado, en buena medida, a las resoluciones de los funcionarios administrativos de todo control penal (y el administrativo no suele existir), pues las dificultades para probar el dolo suelen evitar la condena por prevaricación dolosa; precisamente por ello resulta imprescindible, desde un punto de vista democrático, reintroducir el tipo imprudente de prevaricación si se quiere reconducir de alguna manera a la legalidad la actuación de los funcionarios públicos, de las autoridades públicas.

4. Pero quizás donde haya que fijarse más en estos días es en la cuestión económica. En efecto, vivimos actualmente en España uno de los momentos más “delicados” (por utilizar un eufemismo) de nuestra historia moderna; veinte millones

de parados –con una parte de ellos sin el mínimo subsidio-, el continuo cierre de empresas de todo tipo, la inexistencia de financiación, la disminución de los salarios, el constante recorte del “Estado del Bienestar”, el aumento de la edad de la jubilación, la disminución del gasto público en todos los sectores (con dolorosísimos recortes en investigación), la pérdida de sus hogares para muchos conciudadanos ante la imposibilidad de pagar los plazos de las hipotecas, y un infinito etcétera lo atestigua. Se trata de una crisis vinculada, en lo que importa a España, a las decisiones de gestión de los ejecutivos de las entidades bancarias (de crédito y financieras), que han demostrado una incompetencia –y una codicia- difícilmente superable en la administración de aquéllas entidades. En efecto, han sido bancos y cajas quienes han estado suministrando –temerariamente- a promotoras y constructoras los fondos económicos –que eran de los accionistas, de los impositores, de los cuentacorrentistas- necesarios para que aquéllos “armaran” la burbuja inmobiliaria; y las consecuencias de tan temerario proceder se está viendo en estos días en las quiebras de “Cajasur” (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba) y Caja Castilla-La Mancha (y de otras “cajas” que si no han quebrado ha sido porque oportunamente salieron en su rescate fondos públicos suministrados por las Comunidades Autónomas y disfrazados de diversas formas –véase, por ejemplo, el caso de “Caja Guadalajara”).

Pues bien ¿es razonable seguir manteniendo la irresponsabilidad penal –y casi de cualquier tipo- de las conductas gravemente, en el mejor de los casos, negligentes de los gestores de las instituciones de crédito? (pues las sanciones que acostumbra imponer el Banco de España a esos gestores además de no ser, obviamente, penales, suelen ser irrisorias –véase el ejemplo de la infligida a los responsables de la quebrada Caja de Castilla La Mancha que no pasa de unos pocos miles de euros, a pesar de que con su gestión negligente han propinado un fortísimo golpe a la financiación de esa región).

Seguramente la raíz de todo el problema está en que las instituciones financieras, y en concreto las cajas de ahorro, han estado “poco contaminadas de democracia”, mucho de corrupción y bastante de impunidad. En efecto, los partidos políticos, con distintos disfraces institucionales, han tomado al asalto las cajas de ahorro y han sentado en sus Consejos de Administración a “su gente” –que en muchos casos, en la mayoría, eran absolutamente ignorantes de los rudimentos del negocio que iban a dirigir-, quienes se han dedicado, desde esa posición privilegiada, a servir a intereses que no siempre, ni mucho menos, coincidían con los de los ahorradores. El problema está en que a la vuelta de los años el “rescate” de esas entidades de crédito naufragadas o a punto de hundirse, está costando –y lo seguirá durante años- millones de euros a todos los ciudadanos, y quienes fueron sus actores principales están a salvo de cualquier exigencia de responsabilidad.

Pues bien, no deja de ser curioso que en la última reforma penal se haya introducido un tipo para castigar la llamada “corrupción de particulares”, y sin embargo para estos casos de gravísima negligencia en el manejo de los fondos ajenos no haya respuesta penal alguna; y tampoco para los responsables de las firmas auditoras, de evaluación de riesgos y los tasadores, y ni siquiera para “el controlador” (Banco de España) quien sabiendo lo que estaba ocurriendo en las entidades de crédito y el riesgo que estaban asumiendo, no tomó las medidas oportunas.

Pues bien, en la reforma penal no se cuestiona el modelo absolutamente abstencionista del Código frente a tan gravísimos acontecimientos, y por lo tanto el Legislador penal ha decidido seguir favoreciendo a quienes se han apropiado, y



manejan, la riqueza de la Nación. Por ello, y con esos datos sobre la mesa, no se puede más que concluir que la actual reforma penal no responde ya no a las necesidades represivas, sino ni siquiera plenamente al propio Estado Democrático.

Esta idea de ir apuntalando cada vez más el Estado a favor de las clases más favorecidas –olvidando, por tanto, la fundamental referencia a la igualdad material- se expresa también de forma especialmente clara en materia fiscal. En efecto, el “delito fiscal” está adelgazando a pasos forzados mediante los siguientes instrumentos: 1º) Aboliendo impuestos “de referencia” para la izquierda democrática –patrimonio, sucesiones y donaciones; 2º) Disminuyendo el peso del impuesto sobre la renta en relación a los indirectos; 3º) Haciendo más difícil la investigación del fraude fiscal –al no contar ya con la información que proporcionaban los contribuyentes en sus declaraciones sobre el patrimonio; 4º) Concediendo a la propia Administración –ya no la judicial sino la tributaria- la competencia para ejecutar las sentencias dictadas por jueces y tribunales, y “desalojando” a estos últimos de semejante labor (véase la Disposición Adicional Décima a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

5. Todo nuestro sistema penal se encuentra gravemente lastrado por un apriorismo: lo colectivo posee escaso valor en su comparación con lo individual. Es decir, parece que a nadie le extraña que el delito de estafa se pueda encontrar sancionado con una pena de prisión de hasta ocho años (artículo 250.2 CP) y que, en cambio, la destrucción o el daño de un importante elemento de nuestro patrimonio histórico esté amenazado con una pena privativa de libertad de seis meses a tres años (artículo 321 CP). ¿Es esto razonable? ¿Cómo podemos evaluar si lo es? Desde luego en no pocos casos la ideología que nos transmiten las leyes y las actuaciones de las autoridades y sus agentes es la de “lo que es de todos no es de ninguno”, lo que da carta de naturaleza a cualquiera actuación consistente en ese ataque a lo colectivo, ya sea la tranquilidad (o el orden) públicos, el patrimonio artístico, el medioambiente o la Administración de Justicia. Así, han sido necesarias algunas decisiones del Tribunal Supremo (véase por todas la STS 1307/2009, de 5 de noviembre) para convencer a las autoridades policiales y administrativas, de que no es admisible de ninguna manera que un sujeto instale un “bar de copas” en un edificio de viviendas e impida a los vecinos dormir durante años, y que el interés empresarial individual (la obtención de beneficio por parte de un sujeto, o incluso la creación de puestos de trabajo) no justifica cualquier comportamiento que suponga un ataque a los intereses colectivos de los ciudadanos.

Pero no es cuestión de anécdotas particulares, sino de concepciones globales. La constatación de que vivimos en comunidad impone, respetando el ámbito individual, proteger lo colectivo. En este sentido resulta preciso retocar las escalas de valores y tomar las decisiones que desde el punto de vista estrictamente político exige el sistema democrático. Es decir, la renuncia a la protección, o a la protección eficaz, de los intereses generales, únicamente beneficia a aquellos que tienen individualmente la capacidad de prestarse por sí mismos esa tutela, y luego, en ocasiones, comercian con la desprotección de lo colectivo. La alternativa debiera ser incrementar el amparo de lo colectivo, lo que en el ámbito penal implica la imposición de penas más adecuadas a lo injusto típico (penas de multa proporcionales al beneficio obtenido, inhabilitaciones más amplias, comiso, etc.) y en ocasiones más duras, más prolongadas (No es inoportuno en este momento comentar que penas más duras no implican necesariamente un Código Penal autoritario; más aún, entiendo que este Código Penal nuestro puede ser catalogado, al menos parcialmente, como autoritario precisamente por disponer penas “blandas”

en algunos casos, precisamente en aquellos que afectan a los intereses de la clase dominante).

6. El Ordenamiento debería tener también un interés autónomo en conservar el prestigio de las instituciones y, desde luego, el posibilitar su funcionamiento. Ciertamente en ocasiones este empeño resulta poco menos que imposible ante la decisión de alguna de las más altas instituciones de la Nación por desprestigiarse a marchas forzadas.

En esa situación se encuentra, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial, que lleva tres años, tres, para cubrir una plaza de Magistrado en la Sala 2ª, y el acuerdo no llega; pero no por falta de candidatos idóneos, no, sino por bastardos intereses de bandería. Pero esa falta de nombramiento constituye una mera anécdota ante el espectáculo que cotidianamente nos ofrece el citado Consejo cuando llega el momento de designar cualquier puesto: los regateos, los “cambios de cromos”, el servicio a desconocidos intereses constituye la norma (lo que ha venido a ser puesto de manifiesto por la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo que ha anulado no pocos nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial).

Pero el que los integrantes de las instituciones se esfuercen –con éxito– en el desprestigio de las mismas, no empece para que se afirme la necesidad de defenderlas–con respeto, obviamente, a la libertad de expresión; y en ese sentido que sea preocupante la falta de represión de conductas que afectan decisivamente al funcionamiento de las instituciones. En efecto, tomemos el caso de la Administración de Justicia (de cuyo impresionante mal funcionamiento, del que no me atrevo a decir que no sea empeorable porque día a día se nos está demostrando lo contrario, no es, desde luego, responsable el Ordenamiento Penal): pues bien, como es conocido uno de los deportes nacionales consiste en declarar en falso en una causa judicial para favorecer a un amigo, o en realizar un informe pericial que, en algunos casos, poco tiene que ver con lo que es una pericia de acuerdo con los conocimientos actuales de la ciencia de que se trate. Obviamente esta práctica (apenas perseguida por los tribunales) puede llegar a pervertir el proceso penal hasta el punto de hacer perder credibilidad a testigos y peritos.

El problema es que ni la tipicidad del falso testimonio es adecuada, ni la pena con la que se amenaza la conducta es la idónea, ni la actitud (de resignación) frente a ese delito de la Fiscalía y de los jueces es la más recomendable. En efecto, en lo que importa a lo injusto se observa un residuo talional (especialmente en el artículo 458.2 CP) que no tiene sentido, pues todas las modalidades del falso testimonio – con independencia de las concretas consecuencias del mismo– deben ser castigadas con idéntica pena (otra cuestión será la de los posibles concursos de delitos) al ser el bien jurídico protegido la Administración de Justicia (la pureza de la fase probatoria en un proceso judicial) y no la situación de las partes en el proceso, en tanto y en cuanto el ataque ilícito implica una perturbación en el normal desenvolvimiento de la función jurisdiccional referida a la prueba, por lo que las diferencias de pena en función del tipo de procedimiento y del resultado del mismo (y de la eficacia causal de la deposición) no deberían servir de referente. Por el mismo motivo ha de resultar indiferente el momento procesal en que se preste el testimonio (tema distinto es que se imponga una pena agravada en función de los sujetos activos en referencia a los peritos o intérpretes). Es decir, debe confeccionarse un tipo de simple actividad (o inactividad) que quedaría colmado con la simple prestación del testimonio, sin exigencias de resultado o condición objetiva de punibilidad alguna.



En cuanto a la pena debe ser, nuevamente, una sanción adecuada a la importancia del bien jurídico protegido, y con capacidad de desplegar funciones de prevención general negativa; en ese sentido debe contarse con que se trata de la necesidad de tutelar una de las funciones esenciales del Estado como lo es la de la Justicia, por lo que estamos, otra vez, ante un interés colectivo que, obviamente, debe tener una protección más enérgica que intereses individuales no esenciales como los meramente patrimoniales (sin embargo, el tipo básico de robo con fuerza está sancionado con la pena de uno a tres años, o la estafa básica con prisión de seis meses a tres años). En conclusión, debería apuntalarse la exigencia de veracidad a los testigos, peritos e intérpretes con una pena siempre superior en el grado mínimo a los dos años, y que fuera suficientemente intimidatoria.

De la misma forma hay que reforzar la autoridad de los tribunales en relación a las citaciones de testigos o peritos, imponiendo penas disuasorias a quien falte a la obligación constitucional de colaborar con la Administración de Justicia, y sobre todo a quienes se niegan a ejecutar las resoluciones judiciales (el espectáculo de los Alcaldes resistiéndose a ejecutar sentencias de lo contencioso-administrativo en materia urbanística es constante; pero lo más grave es que los jueces y magistrados rarisísimamente toman decisiones “fuertes” al respecto; y por supuesto la Fiscalía General del Estado casi nunca).

7. Conclusión: por lo expuesto se trasluce que la Política Criminal a la que sirve la reciente reforma penal no es, en mi criterio, la más adecuada a las exigencias del Estado democrático. Por ello antes de efectuar la próxima reforma penal sería conveniente establecer con claridad las líneas de Política Criminal a las que se quiere servir, y solamente después enzarzarse en la redacción de los nuevos preceptos; y en todo caso sugerir a nuestros legisladores que piensen en “democrático” a la hora de redactar los preceptos penales.



## Las inmunidades de la política en Italia: entre garantía y privilegio\*

Gianluca Famiglietti  
*Università di Pisa*  
[famiglietti@ddp.unipi.it](mailto:famiglietti@ddp.unipi.it)

Roberto Romboli  
*Università di Pisa*  
[roberto\\_romboli@yahoo.it](mailto:roberto_romboli@yahoo.it)

### Resumen

Los conflictos relativos a la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 68 párrafo 1 de la Constitución representan uno de los aspectos más delicados sobre los cuáles la Corte constitucional se enfrenta, desde el momento que esta tipología de conflictos puede considerarse el instrumento más revelador de la relación entre la política y la justicia; en general, el tema de la responsabilidad jurídica de los sujetos que tienen importantes funciones políticos-constitucionales (los “altos cargos del Estado”) y el de garantizar funciones políticas-constitucionales, se colocan con gran fuerza en el centro del debate político (y doctrinal) como consecuencia de la introducción de una hipótesis de suspensión de los juicios en curso para los “altos cargos”, de la sucesiva declaración de ilegitimidad constitucional, de la reproposición algún tiempo después de la análoga prerrogativa y de la sucesiva (nueva) declaración de ilegitimidad constitucional pronunciada en la sent. n. 262 del 19 de octubre de 2009.

En el presente estudio se recorren las etapas más significativas de la jurisprudencia constitucional, una jurisprudencia marcada por pronunciamientos, a menudo anunciados como “grandes novedades”, los cuáles a menudo se debilitan por decisiones posteriores, sin embargo, casi nunca capaces de impedir las “disputas” entre el poder judicial y el Parlamento.

### Palabras clave

Inmunidad de la política, conflictos entre política y justicia, corte constitucional.

### Political immunities in Italy: between protection measures and privilege

### Abstract

The conflicts about the parliamentary immunity provided by article 68.1 of the Constitution are one of the most delicate trials the Constitutional Court has to face, considering that this kind of conflict can be considered an instrument that really represents the relationship between politics and judiciary. From a general point of view, the issue of the legal liability of persons who have important political – constitutional functions (the “the High Offices of the State”) and the one of ensuring an independent exercise of such functions are really in the middle of the political (and academics) debates as consequence of the introduction of a case of suspension of trials involving the “High Offices”, its declaration of unconstitutionality, the renewal of a very similar legislative framework and its (new) declaration of unconstitutionality with the decision no. 262 of 19th, October 2009.

In this essay the Authors go through the most significant milestones of the constitutional case-law about those issues, a case-law sometimes announced as “big news”, but also often called in question by subsequent decisions, almost never able to stop the “argument” between the judiciary and the Parliament.

### Keywords

Political immunities, conflicts between politics and judiciary, constitutional court.

\* Si bien en el marco de una reflexión común, se habría de atribuir a Roberto Romboli los §§ 1 y 2 y a Gianluca Famiglietti los §§ 3 e 4. La traducción corresponde a José María Sauca. Salvo que se indique lo contrario, todos los entrecomillados corresponden al original.

Recibido: 15 de abril 2011  
Aceptado: 15 de junio 2011

## **1. Los conflictos de competencia entre poderes del Estado en el ámbito de aplicación de la inmunidad parlamentaria a causa de los votos emitidos y las opiniones expresadas, a tenor del art. 68, apartado 1º de la Constitución**

En 1993, a resultas de una serie de investigaciones judiciales y de procesos (por ejemplo, Tangentópolis) que habían hecho emerger una situación de corrupción en el mundo político, se procede en Italia a la revisión del art. 68 de la Constitución mediante la que es suprimida la institución del suplicatorio que prevé una autorización para someter a investigación criminal a un parlamentario. Como ha señalado Gustavo Zagrebelsky (1994), esta institución, tal y como era aplicada por las Cámaras del Parlamento, era “un símbolo y síntesis de la arrogancia y de la impunidad de una clase política entonces repudiada en su conjunto”. Por tanto, la garantía de los parlamentarios fue reducida a la cuestión sustancial de que fuesen inatacables por las “opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”.

En el ámbito de los debates parlamentarios que llevaron a la modificación del art. 68, se trajo a colación la decisión con la que, unos años antes, el Tribunal Constitucional había afirmado la competencia exclusiva y, por tanto, prevalente de la Cámara correspondiente para juzgar acerca de la posibilidad de reconducir las opiniones expresadas a los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones a la específica actividad del parlamentario (Sentencia 1150/1988). La eliminación del suplicatorio situaba, por tanto, el problema en concretar la vía mediante la cual la Cámara correspondiente expusiera su propio juicio sobre la aplicabilidad o no de la inmunidad sustancial.

Los informes de los diferentes proyectos presentados subrayaban que se habría venido a crear un desequilibrio entre el poder legislativo y el judicial, en el caso de que fuese reconocido a este último la posibilidad de someter a un parlamentario a un procedimiento penal sin ningún filtro ni verificación por parte del órgano representativo y sostenían, por tanto, la necesidad de proceder de alguna forma a solventar el «agujero» que se habría creado con la supresión de la institución del suplicatorio, haciendo a tal fin referencia expresa a la posibilidad de una intervención futura del legislador ordinario.

El Gobierno consideró dar continuidad a la reserva antes señalada mediante la aprobación de un Decreto-ley, relativo a las medidas urgentes de actuación sobre la modificación del art. 68 de la Constitución y tendente principalmente a afrontar la laguna normativa arriba mencionada y se dio comienzo a una serie interrumpida de diecinueve decretos-ley (del 455/1993 al 555/1996) ninguno de los cuales fue ratificado.

En la regulación resultante de la revisión constitucional y de la interpretación del Tribunal constitucional antes recordada, a las Cámaras les correspondía decidir si el comportamiento objeto del proceso pudiese o no ser cualificado como opinión expresada en el ejercicio de las funciones parlamentarias, mientras que a la autoridad judicial se le reconocía la posibilidad de plantear un conflicto de competencias entre los poderes del Estado en el caso de que hubiese considerado que la decisión de las cámaras no fuese respetuosa del dictado constitucional y por tanto, invasiva de las competencias atribuidas a la magistratura.

En el periodo 1996-2002, fueron numerosos los conflictos planteados por la autoridad judicial y la consecuente jurisprudencia constitucional confirmó una posición muy diferente de la seguida por el Parlamento. En un comienzo, el Tribunal Constitucional, atendiendo los recursos planteados por el poder judicial, ha intentado

no transformarse en un juez del caso concreto, sosteniendo que la decisión acerca de la posibilidad de encausar o no la opinión del parlamentario correspondía al juez y a la Cámara y se reservaba para sí misma la posibilidad de intervenir sólo en caso de discrepancia entre las valoraciones respectivas, actuando por tanto a posteriori y “desde fuera”, en una función arbitral y de garantía del equilibrio constitucional entre salvaguardia de la potestad autónoma de la Cámara y la tutela de la esfera de competencias de la autoridad judicial.

Esta tentativa de reservarse un examen “externo” no ha tenido éxito y el Tribunal -con el objetivo de sustraerse a un examen de los hechos y, por tanto, a una función más propia de un juez ordinario que la de un juez constitucional- ha intentado proveer una individuación lo más específica posible y “objetivamente” verificable de las condiciones exigidas para la aplicabilidad de la inmunidad establecida en el art. 68 de la Constitución, subrayando la importancia del “nexo funcional”. Esta operación encuentra su momento más significativo en las sentencias números 10 y 11 de 2000, con las que el Tribunal ha ratificado la noción de nexo funcional y ha afirmado que deben considerarse como perseguibles todas aquellas declaraciones que excedan el campo aplicativo del “derecho parlamentario”, esto es, que no estén inmediatamente vinculadas con formas específicas de ejercicio de funciones parlamentarias. Así, las manifestaciones pueden tener relevancia como forma de control político sólo si se explican como funciones parlamentarias mediante actos y procedimientos específicamente previstos en los reglamentos parlamentarios. Por otro lado, el Tribunal ha precisado que para considerar que subsista el carácter inatacable de la manifestación en el caso de reproducción en el exterior de la sede parlamentaria, es necesario que se verifique una identidad sustancial de contenido entre la opinión expresada en sede parlamentaria y la manifestada en sede externa, en el sentido no de una puntual coincidencia textual, sino de una sustancial correspondencia de contenido.

Con estas decisiones el Tribunal ha venido a delimitar con mayor precisión su ámbito de intervención, haciendo la misma más objetiva y previsible y poniendo así las condiciones para el ejercicio de un control predominantemente “externo”. El resultado será una serie de pronunciamientos conducentes a la anulación de las deliberaciones parlamentarias.

Muy diferente ha sido la interpretación que las Cámaras han dado a la noción de “opiniones expresadas en el ejercicio de de las funciones parlamentarias”, proveyendo a la misma de una lectura amplia y omnicompreensiva que lleva, en algunos casos, a incluir, contra toda evidencia, hipótesis que parecían claramente excluidas de la disposición constitucional e, incluso, revirtiendo sin motivación decisiones en las que la propia comisión parlamentaria había excluido en términos absolutamente perentorios e inequívocos la aplicación de la inmunidad. En algunos casos, las Cámaras han calificado como “opiniones” expresadas en ejercicio de las funciones parlamentarias, a comportamientos desarrollados antes de haber alcanzado el *status* de parlamentario o a simples actos materiales, como en el caso de los diputados y senadores acusados de interrupción del tráfico o de resistencia a la autoridad. En muchísimos casos, las “opiniones” expresadas por el parlamentario se resolvían en realidad en ofensas e insultos hacia los propios enemigos políticos y, más a menudo, hacia los magistrados o en ofensas de carácter exclusivamente personal o gratuitamente ultrajantes o inapropiadas. Tampoco ha revestido ninguna importancia la circunstancia de que fuese acreditada la falsedad de las “opiniones” expresadas por el parlamentario, incluso en aquellas afirmaciones ofensivas que no tenían más que una naturaleza absolutamente personal relativa a la vida privada del parlamentario y no a la función ejercida como en el caso del entonces presidente de





un equipo de fútbol en relación con declaraciones bochornosas realizadas contra la actuación del árbitro en un partido de su equipo o en aquella en que un parlamentario, en el curso de una transmisión televisiva de la que era presentador, había comentado groseramente el juicio expresado en su contra por una miembro de la comisión evaluadora de una cátedra de historia del arte en la que él había participado (obviamente con poco éxito).

La reacción parlamentaria a la jurisprudencia constitucional se ha expresado principalmente mediante la aprobación de la Ley núm. 140 de 2003, con el fin de proveer una interpretación “amplia” de la noción de “opiniones expresas” de un parlamentario. En particular, la ley recoge específicamente una categoría de actos que deben ser considerados “en todo caso” como opiniones expresadas en el ejercicio de la función parlamentaria (“la presentación de propuestas o proposiciones de ley, enmiendas, órdenes del día, mociones y resoluciones, las interpelaciones y las preguntas, las intervenciones en las asambleas y en los restantes órganos de la Cámara, cualquiera expresión de voto como quiera que se haya expresado, todo otro acto parlamentario, toda otra actividad de inspección, divulgación, crítica y de denuncia política, conectada con la función parlamentaria, gestionada incluso fuera del Parlamento”). En cambio, es comprendida en una segunda categoría “todo otro caso en el que [el juez] mantenga aplicable el art. 68, apartado 1º de la Constitución”. Parece evidente la ampliación de la noción de “opiniones expresadas en el ejercicio de las funciones parlamentarias” que viene representada, de manera particular, por la inclusión en la primera categoría de actos de “cualquier otra actividad de inspección, divulgación, crítica y denuncia política”. Así, si respecto de la consolidada jurisprudencia constitucional en materia de interpretación del art. 68, 1º de la Constitución, las actividades de inspección ejercitadas fuera de las Cámaras y las de divulgación del contenido de los actos parlamentarios “típicos” pueden estar comprendidas entre aquellas cubiertas por la inmunidad parlamentaria, las actividades de crítica y de denuncia política parecían introducir una clara y notable ampliación de la noción que había sido acogida por el Tribunal Constitucional. En un sistema constitucional como el nuestro con Constitución rígida, la ley es válida solo a condición de que respete los principios constitucionales y entre las tareas principales y más características del Tribunal Constitucional se encuentra la de controlar que la ley ordinaria sea conforme a la Constitución e interprete correctamente las disposiciones constitucionales. Por todo ello, en el caso de contraposición entre la interpretación hecha por el Tribunal y la proporcionada por el Parlamento con el instrumento de la legislación ordinaria, no puede sino prevalecer la primera, determinando, por consiguiente, la inconstitucionalidad de la segunda. Por este motivo, Alessandro Pace (2003) ha sostenido la inconstitucionalidad de los señalados aspectos de la Ley núm. 140, ya que se colocan en oposición frontal con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional del art. 68, apartado 1º de la Constitución.

En estos mismos años, la interpretación de la noción de “opiniones expresadas en el ejercicio de funciones parlamentarias” ha sido sancionada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos que ha condenado a Italia por violación del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), relativo al acceso a una autoridad judicial independiente e imparcial (Sentencia de 30 de enero de 2003, Cordova vs. Italia; 3 de junio de 2004, Jorio vs. Italia). El Tribunal Europeo ha subrayado que el derecho reconocido en el art. 6 CEDH no puede considerarse absoluto sino que debe ser necesariamente ponderado con otros principios entre los que, con seguridad, se encuentra el expresado en el art. 68 de la Constitución italiana que persigue objetivos sin duda legítimos a tenor de los cuales, en general, la inmunidad parlamentaria no puede considerarse una restricción desproporcionada

respecto a los valores expresados en el art. 6 CEDH, a condición de que las actividades del parlamentario estén vinculadas al ejercicio de las funciones parlamentarias y no supongan, más bien, “una querrela entre particulares”. La ausencia de un vínculo evidente con la actividad parlamentaria impone, según el Tribunal Europeo, una interpretación estricta de la noción de proporcionalidad entre los fines y los medios usados desde el momento en que la limitación de las vías de acceso a la justicia derivan de la decisión de un órgano político, a tenor de lo cual y como conclusión, el Tribunal afirma que, en el caso, no puede decirse que se haya respetado el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la tutela de los derechos fundamentales.

## 2. El proceso de constitucionalidad de la Ley 140/2003

Como era claramente previsible, la cuestión de la constitucionalidad de la Ley 140/2003 ha sido rápidamente planteada ante el Tribunal Constitucional.

Los jueces *a quibus* dudaban de la conformidad de tal Ley a la Constitución, denunciando una ilegítima extensión por parte del legislador ordinario del campo de aplicación de la inmunidad parlamentaria mediante una interpretación “larga” de la disposición constitucional que abarca en la práctica, cualquier comportamiento del parlamentario en evidente contraste con la interpretación “estrecha” del art. 68, ap. 1º ofrecida por la jurisprudencia constitucional. A juicio de las autoridades judiciales que planteaban la cuestión, la lectura desarrollada por el Tribunal, especialmente a partir de las Sentencias núms. 10 y 11 de 2000, resultaba particularmente inconciliable con la previsión de que la inmunidad parlamentaria debe aplicarse a las actividades de “inspección y de divulgación” y sobre todo “de crítica y de denuncia política”.

El Tribunal Constitucional (Sentencia 120/2004) ha declarado infundada la cuestión mediante una resolución de tipo interpretativo, atribuyendo un papel absolutamente central a la referencia, contenida en la disposición impugnada, de “nexo funcional” y ha resuelto que el legislador no ha ampliado ilegítimamente el ámbito de aplicación del art. 68 ap. 1º al incluir las actividades de “inspección, de divulgación, de crítica y de denuncia política”, ya que a pesar de que no sean manifestadas en actos “típicos” deben entenderse conectadas con el ejercicio de funciones parlamentarias y “es precisamente este nexo el protegido por la prerrogativa parlamentaria y, a la vez, por el principio de igualdad y de los derechos fundamentales de los otros afectados”.

La decisión del Tribunal se revelará absolutamente eficaz para la finalidad y los valores que pretendía proteger. Una sentencia estimatoria habría, de hecho y con toda probabilidad, suscitado una viva reacción de parte de las Cámaras quienes habían amenazado con recurrir a una revisión constitucional, bien en el sentido de reformar el art. 68 de la Constitución, bien para reducir los poderes del Tribunal a modo de sanción a su actitud. Todo esto se evitó con el recurso a una sentencia, como se ha dicho, desestimatoria que obtiene, en sustancia, los mismos resultados que se habrían obtenido mediante una declaración de inconstitucionalidad.

En efecto, valorando en otro sentido la referencia, presente en la Ley, al nexo funcional, el Tribunal llega a la conclusión de que nada ha cambiado tras la Ley 140/2003 acerca de la interpretación de la garantía parlamentaria por las opiniones expresadas a tenor del art. 68 de la Constitución, por las que la jurisprudencia constitucional puede permanecer igual y neutraliza la tensión de la tentativa parlamentaria dirigida a superar su lectura “estrecha”.



La demostración más evidente de ello viene representada por las decisiones que el Tribunal ha mantenido hasta hoy (abril 2011) en los sucesivos pronunciamientos a la Sentencia 120/2004: sobre 57 fallos con los que el Tribunal ha resuelto los conflictos entre las autoridades judiciales y las Cámaras, en casi 51 ha considerado que éstas últimas se habían exorbitado en el uso de sus poderes y que no era correcta la deliberación con la que habían considerado ciertos comportamientos como protegidos por la inmunidad parlamentaria, mientras que solamente en 6 de los casos ha sido rechazado el recurso de la autoridad judicial.

### 3. La suspensión de los procesos penales en curso para “los altos cargos”. Del “laudo Schifani” al “laudo Alfano”

Los conflictos relativos a la inmunidad parlamentaria a tenor del art. 68, ap. 1º de la Constitución representan uno de los aspectos más delicados sobre los que el Tribunal Constitucional ha sido llamado a decidir, pudiendo el “conflicto de los conflictos” considerarse como uno de los “termómetros” más fiables de las relaciones entre política y justicia. Si esto es cierto, responde también a la verdad cómo el tema de la responsabilidad jurídica de los sujetos titulares de altas funciones político-constitucionales (por ejemplo, los “altos cargos del Estado”) y el concurrente de garantizar su ejercicio independiente se han colocado con fuerza en el centro del debate político (y doctrinal) desarrollado a resultas de la introducción (Ley 140/2003; esto es el “Laudo Schifani”<sup>1</sup>) de una hipótesis de suspensión de los procesos en curso para los “altos cargos”, de la sucesiva declaración de su ilegitimidad constitucional (sentencia n. 24 de 20 de enero de 2004), de un replanteamiento de una prerrogativa análoga ex. Ley de 23 de julio 2008 n. 124 (*Disposiciones en materia de suspensión del proceso penal de los altos cargos del Estado*, esto es, el “laudo Alfano”<sup>2</sup>) y de la sucesiva declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la Sentencia núm. 262 de 19 de octubre de 2009.<sup>3</sup>

Además de al Jefe del Estado, el “escudo” del 2004 habría beneficiado al Presidente del Consejo, a los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado y al Presidente del Tribunal Constitucional. La censura del Tribunal se abate sobre el apartado 2 del art. 1 de la Ley 140 y, en consecuencia, sobre los apartados 1 y 3 de la misma disposición, aunque la motivación afronta solo parcialmente los muchos aspectos de la cuestión planteada por el juez *a quo*, de las partes y de la Abogacía del Estado. En efecto, se habían recurrido, entre otros, los problemas atinentes a la idoneidad de una ley ordinaria para introducir una regulación derogatoria de los procesos penales relativos a los cinco “altos cargos” del Estado; a la distinción entre inmunidad de tipo funcional e inmunidad de carácter extrafuncional (como aquella en

<sup>1</sup> La ley en cuestión era originariamente conocida con el nombre de “laudo Meccanico” (porque había sido propuesta por el senador de centro-izquierda Antonio Maccanico a fin de evitar que el semestre de la presidencia italiana del Consejo europeo pudiese resultar “manchado” por la condena del Primer Ministro en un proceso) quien reniega de la misma una vez fue modificada por una macro-enmienda firmada por el jefe del grupo parlamentario en el Senado del partido del Presidente Berlusconi, Renato Schifani (actual Presidente del Senado) y entonces rebautizada “laudo Schifani”. La elección inicial del término “laudo” estaba influida por la impostación “bipartita” que inspiraba la propuesta. En efecto, un componente esencial del “laudo” era la negociación entre derecha e izquierda y la adopción de una duración semestral en la previsión legislativa. Sin embargo, como la propuesta fue asumida por la mayoría de gobierno sin este elemento dirimente (el plazo), la palabra “laudo” (elegida por evocar el procedimiento de conciliación arbitral) pierde su significado profundo. Sin embargo, todavía se mantiene en la vulgata político-periodística aun cuando la propuesta fue duramente contestada por la oposición.

<sup>2</sup> Del nombre del proponente, el Ministro de Justicia, Angelino Alfano.

<sup>3</sup> Para un comentario orgánico véase la publicación en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) de los actos de la Mesa redonda organizada por el profesor M. Chiavario, con las contribuciones de P. Gualtieri, R. Orlandi, S. Panizza y N. Zanon, *Dopo la nuova pronuncia di incostituzionalità del regime peculiare di tutela dai processi per le “alte cariche» dello Stato*.

cuestión), relativa a delitos comunes y a la incongruencia de los efectos producidos por la ley impugnada respecto a la regulación derivada de los arts. 90 y 96 de la Constitución (expresamente exceptuados); a la tutela de los derechos de la parte ofendida desde la perspectiva civil en el procedimiento penal suspendido y a la violación de la tutela judicial efectiva (“derecho a un juez”) reconocido en el art. 13 CEDH.

En esta ocasión, el Tribunal considera “interés apreciable” en el nivel constitucional, el perseguido por el art. 1 de la Ley 140/2003, individuado en la voluntad de asegurarse el “sereno desenvolvimiento de las funciones relevantes” inherentes a los cinco “altos cargos” y por ello referido a la protección de la función. En la ponderación de tales intereses con los otros valores constitucionales, el Tribunal estima, también en consideración del carácter general, automático y de duración no determinada de la suspensión en estudio, como contraria a la Constitución la elección del legislador de hacer prevalecer el citado interés sobre el derecho de defensa del imputado (el cual se encontraría en la condición de tener que elegir entre la dimisión del cargo y la falta de verificación judicial de las acusaciones planteadas en su contra) y sobre el aspecto de carácter civil. El Tribunal subraya además que desde la efectividad del ejercicio de la jurisdicción no pueden considerarse indiferentes los tiempos del proceso, por lo que no basta decir que ningún derecho o ningún principio constitucional es sacrificado por la ley impugnada de manera definitiva. Por tanto, si la violación del art. 24 de la Constitución hace referencia esencialmente a la limitación del derecho de defensa del imputado; la del art. 3 de la Constitución considera la diferente posición que, bajo el aspecto de la paridad acerca de los principios fundamentales de la Jurisdicción, asumen los Presidentes de las Cámaras, del Consejo y del Tribunal Constitucional respecto de los otros componentes de los órganos presididos por ellos.

La vuelta a plantear cinco años después del “laudo Schifani” el instrumento de la suspensión de los procesos en curso a los “altos cargos” con la ley 124/2008 ha dado ocasión al Tribunal para volver más difusamente sobre la prerrogativa, colmando aquellos “métodos del silencio” del 2004 que el legislador del 2008 había considerado como de carácter permanente (Pugiotto, 2004: 3). La Sentencia núm. 262/2009 “representa finalmente un punto firme en materia de prerrogativas constitucionales y de relaciones entre justicia y política” (Giupponi, 2009). En efecto, afirma el Tribunal que las prerrogativas de inmunidad, en cuanto dirigidas a tutelar funciones constitucionalmente, atribuidas a determinados órganos (arts. 68, 90, 96 y 122 de la Constitución) y representando una derogación al principio general de la igualdad (art. 3 de la Constitución), deben ser introducidas mediante el instrumento de la ley constitucional (art. 138 de la Constitución). A la ley ordinaria, entonces, le queda sólo el cómputo de una eventual actuación, sobre el plano procedimental, del dictado constitucional.

Partiendo de la premisa de que “las instituciones señaladas (...) están asimismo dirigidas a realizar un delicado y esencial equilibrio entre los diversos poderes del Estado, pudiendo incidir sobre la función política propia de los diversos órganos”, el Tribunal deduce que “la regulación de las prerrogativas contenida en el texto de la Constitución debe ser entendida como un específico sistema normativo fruto de una particular ponderación y arreglo de intereses constitucionales; sistema que no le está permitido alterar al legislador ordinario ni *in peius* ni *in melius*”. En línea con este razonamiento, el Tribunal acoge también la censura relativa a la violación del principio de igualdad ya que, aunque “en el caso de que la distinción de trato de cara a la jurisdicción proteja al titular o a un componente de un órgano constitucional y sus miembros, la razón justificativa de la misma, que es la exigencia



de proteger las funciones de dicho órgano, requiere necesariamente que un tal *ius singulare* tenga una precisa cobertura constitucional”.

En lo que respecta exclusivamente a la posición del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional subraya la heterogeneidad de las potestades que le son atribuidas, haciendo referencia a lo que ya sostuvo en 2004. Tal heterogeneidad sería debida tanto a las "fuentes de investidura" como a la "naturaleza de sus funciones". De este modo, el Tribunal Constitucional prefiere no profundizar en las características de dicha función, las del Jefe del Estado, precisamente las que debería haber analizado con mayor profundidad.<sup>4</sup>

La ley 140/2003 ha intentado también (además de, como se ha dicho, para los cuatro más altos cargos del Estado) trazar una posición de *primus super pares* para el Presidente del Tribunal Constitucional. La norma, además de atribuir una particular tutela al Presidente de la Corte, diferenciaba netamente su posición respecto de los otros miembros del órgano, alterando sensible y discutiblemente, el régimen jurídico de los jueces constitucionales que está tradicionalmente inspirado en la idea de identidad de garantías para todos los miembros del Tribunal. Sobre la cuestión, la Sentencia núm. 24/2004 ha reconocido los importantes elementos de intrínseca falta de razonabilidad en la fallida articulación del «laudo Schiafani» con el art. 3, 1 de la Constitución (n.1/1948). En efecto, ha observado como el «laudo» resultaría totalmente inútil para el Presidente del Tribunal ya que al “calificar como “recepticio” el reenvío que el art. 3, apartado 2 de la Ley constitucional 1/1948, hace al (anterior) art. 68 de la Constitución, se deriva que a los jueces constitucionales – incluido el presidente- se continuará aplicando el instituto del suplicatorio en toda su originaria amplitud (en la línea con lo prescrito en el pleonástico artículo 2 de la Ley 140/2003, que establece su prevalencia sobre los procedimientos introducidos por la Ley 140, laudo incluido”) (Pugiotto, 2004: 11).

#### 4. La decisión del Tribunal Constitucional sobre el legítimo impedimento a comparecer en juicio

Salvadas las consideraciones dirigidas a propósito de los “laudos Schifani y Alfano” (y sus relativas declaraciones de inconstitucionalidad<sup>5</sup>), queda por examinar el “falso mito” de la preeminencia del Presidente del Consejo respecto de los Ministros.

Ha advertido el Tribunal en la Sentencia núm. 262/2009 “que las significativas diferencias que existen en el plano estructural y funcional entre el Presidente y los componentes del citado órgano no son adecuadas para modificar el complejo diseño del Constituyente, consistente en atribuir respectivamente a las Cámaras y al Gobierno, y no a su Presidente, la función legislativa (art. 70 de la Constitución) y la función de dirección política y administrativa (art. 95 de la Constitución). No es, en efecto, configurable una preeminencia del Presidente del Consejo de Ministros respecto a los ministros ya que aquél no es el único titular de la función de dirección del Gobierno, sino que se limita a mantener su unidad, promoviendo y coordinando la actividad de los ministros y cumple por ello una posición tradicionalmente definida como *primus inter pares*”, no pudiéndose potenciar tal preeminencia ni siquiera “en cumplimiento de la Ley de 21 de diciembre

<sup>4</sup> Cfr. Sobre estos últimos temas y sobre el más general de los caracteres de la responsabilidad del Jefe del Estado, Spertti (2010) y, recentísimo, Ruggeri (2011).

<sup>5</sup> Véase, entre otros, la contribución de Carlassare (2010), para el análisis de las “razones políticas” en apoyo de los dos procedimientos (y de la relativa “debilidad” de los argumentos jurídicos adoptados ante el Tribunal por la Abogacía en favor de la plena constitucionalidad de la Ley 124/2008).

de 2005, núm. 270 (...) según la cual, en el procedimiento electoral es necesaria la previa indicación formal del jefe de la fuerza política o de la coalición. En efecto, se debe advertir que tal ley, en cuanto fuente de rango ordinario, no es idónea para modificar la posición constitucional del Presidente del Consejo de Ministros” (punto 7.3.2.3.1).

La tentativa de dotar al Presidente del Consejo (y a los Ministros) de un “escudo procesal” es además proseguido con la Ley de 7 de abril de 2010, núm. 51 (*Disposiciones en materia de impedimento a comparecer en juicio*) sobre la que se volverá en breve.

En otro pasaje de la Sentencia núm. 262, el Tribunal, casi preconizando desarrollos ulteriores, advierte que “la deducibilidad del legítimo impedimento a comparecer en el proceso penal (...) no constituye una prerrogativa constitucional ya que prescinde del análisis de la naturaleza de la actividad que legitima el impedimento, y es de aplicación general por lo que no exceptúa el principio de igualdad de trato ante la jurisdicción. Se trata, por tanto, de un instrumento procesal para la tutela del derecho de defensa de cualquier imputado y como tal legítimamente previsto en una ley ordinaria como el código procesal penal, incluso en el caso de que tal instrumento, en su aplicación práctica, sea modulado en consideración de la entidad de la tarea realizada por el imputado” (punto 7.3.1.) Ha observado con preocupación Alessandro Pace (2010) que es cierto que el Tribunal ha afirmado que la deducibilidad del legítimo impedimento a comparecer en el proceso penal no constituye prerrogativa constitucional, y por tanto es regulable por el legislador ordinario, pero tal conclusión del Tribunal está ligada al presupuesto de que el legítimo impedimento prescinde de la naturaleza de la actividad y constituye una norma de aplicación general. Por el contrario, el legítimo impedimento regulado por la Ley 51/2010 “no es una norma de aplicación general. Concierno solo al Premier y a los ministros, y contra ella no es admisible la prueba en contrario. Constituye por ello una prerrogativa del Premier y de los ministros por lo que la previsión necesita, por tanto, (...) una ley constitucional”.

Al respecto hay que recordar la decisión tomada por el Tribunal, en otras circunstancias, con la Sentencia núm. 225 de 6 de julio de 2001 a propósito de los impedimentos parlamentarios del imputado Cesare Previti. En esta ocasión, el Tribunal, llamado a pronunciarse sobre el rechazo de las solicitudes de suspensión de juicio correspondientes a tareas parlamentarias del imputado, anula cinco órdenes emitidas por el juez del Tribunal de Milán en el curso de los mismos procedimientos correspondientes al imputado Previti, con base en las consideraciones de que no competía a dicho juez del Tribunal de Milán apreciar los caracteres y la relevancia de los impedimentos alegados por la defensa del imputado para solicitar la suspensión de la audiencia, ni afirmar que el interés de la Cámara de los Diputados en el desarrollo de las actividades parlamentarias y, por tanto, el ejercicio de los derechos-deberes inherentes a la función parlamentaria debiese ser sacrificado en interés de la celeridad del procedimiento judicial.

Si, por lo tanto, es cierto que el ejercicio de la función jurisdiccional no puede *a priori* prevalecer sobre la política “es también cierto que, a su vez, la política no puede prevalecer apriorísticamente sobre el ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo tanto, la ponderación entre los dos valores constitucionales no puede ser efectuada de una vez por todas por el legislador ordinario haciendo prevalecer un poder del Estado sobre el otro. Para ello deberá proceder sólo el magistrado competente, cada una de las veces y según las reglas ordinarias. (Pace, 2010)



El “caso Previti” ha llevado además al Tribunal a un nuevo pronunciamiento - la Sentencia núm. 451 de 12 de diciembre de 2005- que retoma muchos de los fundamentos de la decisión de 2001 e insiste sobre la inadmisibilidad de la intervención del Diputado Previti, sujeto extraño dado que el resultado de aquel no podía perjudicar su posición, la cual habría podido ser defendida en una sede procesal más apropiada. La Corte también se pronuncia respecto al mérito de la cuestión decidiendo que el Tribunal de Milán no era competente para apreciar la prueba ni el carácter del impedimento del imputado parlamentario para comparecer en las audiencias realizadas en dicho tribunal por la concomitancia con los trabajos de la Cámara. En este sentido, la Corte afirma: a) que el juez no tenía ninguna obligación de proceder a la adquisición de la prueba del impedimento, y que a tal fin era irrelevante la carta de convocatoria del Jefe del Grupo parlamentario; b) que subsiste impedimento sólo cuando en el Parlamento hayan sido previstas votaciones y se haya probado la efectiva presencia del imputado en los trabajos parlamentarios. De consecuencia, anula las ordenanzas con las que habían sido rechazadas por el Tribunal las excepciones relativas a los compromisos parlamentarios del imputado concomitantes con las audiencias.

Anteriormente, en la Sentencia núm. 379 de 2 de noviembre de 1996, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre los parlamentarios “pianistas”, a saber los miembros del Parlamento descubiertos votando con el sistema electrónico de los escaños de sus colegas ausentes, haciéndoles así resultar presentes (y votantes). En ese caso, el Tribunal resuelve el conflicto de atribuciones entre la Cámara de Diputados y el juez del Tribunal de Roma, afirmando que no correspondía a este último proceder contra dos diputados (falsa acreditación de la identidad y sustitución en el voto de los diputados ausentes), llegando a aquella decisión mediante una ponderación entre dos valores, ambos tutelados en el nivel constitucional: el de la independencia e imparcialidad del juez y el de la autonomía y la libertad política del Parlamento. Sobre la base de los arts. 64, 68 y 72 de la Constitución, los jueces del Tribunal afirmaron la existencia de una esfera de autonomía garantizada a las Cámaras, respecto de la cual se consideran “cubiertos” los derechos correspondientes al parlamentario como miembro de las Cámaras y los comportamientos regidos bajo las normas del Derecho parlamentario (como sostiene el Tribunal en estos casos).

Una nueva etapa a señalar en el difícil “diálogo” entre justicia y política en materia de prerrogativas viene conformada por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Tribunal de Milán sobre la cuestión del “legítimo impedimento” (Ley núm. 51 de 7 de abril de 2010) por violación de los arts. 3 y 138 de la Constitución, pocos días después de la entrada en vigor del procedimiento, no apenas habían formulado la solicitud de apoyarse en la asistencia de los abogados del Presidente del Consejo, imputado por corrupción en actos judiciales en el “proceso Mills”. Desde la Sentencia núm. 23 de 25 de enero de 2011, las disposiciones legislativas en tema de impedimento del Presidente del Consejo y de los Ministros a comparecer en juicio han sido en parte reelaboradas y en parte canceladas.

En síntesis, la cuestión afectaba a las previsiones de hipótesis específicas de legítimo impedimento para comparecer en audiencia por parte del Presidente del Gobierno y de los Ministros imputados en procedimientos penales. Dichas hipótesis eran relativas al “concomitante ejercicio de una o varias de las funciones previstas por la ley o por los reglamentos [...] de las respectivas actividades preparatorias y posteriores, además de toda actividad esencial a las funciones del Gobierno” (art. 1, apartado 1 y 2). Ante las alegaciones del imputado de tales eventuales

coincidencias, el juez debía disponer el aplazamiento del proceso a una audiencia posterior. En el caso de que la Presidencia del Consejo hubiera declarado que el impedimento tenía un carácter continuado en el tiempo, el juez – por el contrario – habría tenido que aplazar la audiencia a un “periodo posterior al indicado” que, en cualquier caso, no podía ser superior a seis meses (art. 1, apartado 3 y 4). Tal regulación -expresamente pensada como provisional hasta la emanación de la “disciplina orgánica de las prerrogativas del Presidente del Consejo de Ministros y de los Ministros” relativa a los delitos no vinculados con sus funciones – habría en cualquier caso debido cesar en su eficacia al decimoctavo mes de su entrada en vigor, salvo “los casos previstos en el artículo 96 de la Constitución”.

El Tribunal, reivindicando su propia jurisprudencia en el tema de suspensión de los procesos por altos cargos del Estado y de conflictos de competencia, encuadra la normativa en cuestión a la luz del necesario equilibrio entre el ejercicio de la jurisdicción y consecuente celeridad del proceso y la tutela del ejercicio de las funciones constitucionales de gobierno. Según el Tribunal, en efecto, ninguna de las dos exigencias puede sacrificar totalmente a la otra así como al exigible deber de respeto del principio de leal colaboración<sup>6</sup>. Esa reconstrucción, sin embargo, requiere que al juez se le permita valorar libremente, caso por caso y en concreto, si el impedimento alegado para la participación en la específica audiencia sea no sólo legítimo sino absoluto en el sentido de la regulación general prevista en el art. 420-ter del Código de Procedimiento penal (que regula el legítimo impedimento a comparecer en juicio para el imputado o para el defensor). De forma diferente, de cara a una regulación que previese una obligación general y automática de retraso por parte del juez sin ningún margen de valoración, la violación de la Constitución sería evidente en virtud de la construcción de una verdadera y propia prerrogativa, derogatoria del régimen procesal común y aprobada por ley ordinaria (en violación por tanto de los arts. 3 y 138 de Constitución).

El Tribunal Constitucional sin embargo acoge sólo en parte las cuestiones de constitucionalidad promovida, ofreciendo una interpretación de la Ley núm. 51/2010 constitucionalmente conforme. En efecto, según los jueces constitucionales el art. 1 apartado 1, en virtud de la exigencia del art. 420-ter del Código de Procedimiento penal, debe ser considerado como mera especificación de la regulación procesal general, debiéndose por tanto identificar como legítimo impedimento sólo el ejercicio de las actividades “coesenciales a las funciones de gobierno” consistentes en “un preciso y puntual compromiso”, no pudiendo, por el contrario, ser evocado ningún impedimento legítimo de cara a “responsabilidades políticas no calificadas [...] no reconducibles a atribuciones coesenciales a la función de gobierno”, aunque sean abstractamente “previstas en leyes o reglamentos». Por lo tanto, procede por parte del juez común la valoración caso por caso no de la abstracta coincidencia de la audiencia con un empeño general de gobierno, sino de la concreta superposición con actividades estrechamente coesenciales a un específico empeño institucional conexo a la función de gobierno, extremo que el imputado deberá puntual y específicamente indicar.

A la luz de tal interpretación, el Tribunal declara en cambio, inconstitucionales los sucesivos apartados 3 y 4 del mismo artículo 1, que no

<sup>6</sup> Así afirma el Tribunal: «Por un lado, el juez debe definir el calendario de audiencias teniendo en cuenta las responsabilidades del Presidente del Consejo de ministros que son reconducibles a competencias coesenciales a la función de gobierno y en concreto las absolutamente indiferibles. Por el otro, el Presidente del Consejo de ministros debe programar sus propios asuntos teniendo en cuenta, en el respeto de la función jurisdiccional, los intereses de la celeridad del proceso que le concierne y reservando a tal fin el espacio adecuado en la propia agenda».





parecen garantizar al juez los márgenes de valoración caso por caso sino que establecen auténticos automatismos generalizados. El éxito es sustancialmente el mismo, debiendo el juez siempre «evaluar en concreto por la norma del art. 420-ter [...] el impedimento adoptado».

La Ley número 51, ya intensamente devaluada en la Sentencia n. 23 de la Corte Constitucional, ha sido definitivamente anulada en uno de los cuatro referéndums que se han celebrado en Italia el 12 y el 13 de junio pasado. Tras dieciséis años en los que las consultas referendarias ex art. 75 de la Constitución no alcanzaban el *quórum* estructural (que vote el 50% más 1 de los electores), la última ocasión ha marcado un renacimiento de la institución: el *quórum* de participación ha sido ampliamente superado (para los cuatro referéndums en torno al 55%) y casi el 95% de los votantes se han pronunciado a favor de la derogación de las normas en cuestión (además de la cuestión sobre la derogación de la parte restante de la Ley n. 51, se les ha llamado a pronunciarse sobre dos cuestiones relativas al agua como bien público y a la prohibición de construir centrales nucleares en el país).

Se ha debatido mucho –y todavía se debatirá más en el futuro- si la consulta sobre el tema de las nucleares (después del accidente en Japón) ha dado vuelo a las restantes o si, por el contrario, ha sido la cuestión sobre la ley de *legítimo impedimento* la que ha llevado a tantos electores a las urnas.

## Bibliografía

- CARLASSARE, L. (2009), “Indicazioni sul ‘legítimo impedimento’ e punti fermi sulla posizione del Presidente del Consiglio in una decisione prevedibile”. *Rivista AIC*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Disponible en internet: [http://www.rivistaaic.it/old\\_site\\_aic/dottrina/garanzie/Carlassarre.pdf](http://www.rivistaaic.it/old_site_aic/dottrina/garanzie/Carlassarre.pdf). Revisado el 12 de junio 2011.
- GIUPPONI, T.F. (2009), “La sentenza sul “lodo Alfano”: le possibili prospettive di riforma”. *Forum di Cuaderni Costituzionale*, Università degli Studi di Ferrara, Disponible en internet: [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2009/0028\\_nota\\_262\\_2009\\_giupponi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0028_nota_262_2009_giupponi.pdf). Revisado el 12 de junio 2011.
- PACE, A. (2003), “Immunità politiche e principi costituzionali”, *Diritto Pubblico*, n. 2, pp. 385-404.
- PACE, A., (2010), “L’incostituzionalità della presunzione absoluta di legítimo impedimento”, *Rivista AIC*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Disponible en internet: [http://www.rivistaaic.it/old\\_site\\_aic/dottrina/garanzie/Pace7.pdf](http://www.rivistaaic.it/old_site_aic/dottrina/garanzie/Pace7.pdf). Revisado el 12 de junio 2011.
- PUGIOTTO, A. (2004), “Sull’immunità delle “alte cariche” una sentenza di ‘mezzi silenzi””, *Diritto & Giustizia*, n. 5, pp. 3 ss.
- RUGGERI, A. (dir.) (2011), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Giappichelli, Torino.
- SPERTI, A. (2010), *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Giappichelli, Torino.
- ZAGREBELSKY, G. (1994), “La riforma dell’autorizzazione a procedere”, *Corriere giuridico*, p. 282 y ss.



## La erradicación de la tortura como objetivo jurídico: Luces y sombras de la contribución del derecho internacional

Fernando Mariño Menéndez  
Universidad Carlos III de Madrid  
[fmarinno@der-pu.uc3m.es](mailto:fmarinno@der-pu.uc3m.es)

### Resumen

El autor analiza en este trabajo de qué modo el Derecho Internacional pretende lograr la erradicación de la tortura, su prevención y represión eficaz. Se trata, por lo demás, de un objetivo cuya consecución difícilmente podrá lograrse sin que concurra una voluntad política decidida y sostenida por parte de los Estados de la Comunidad Internacional. Aún así, la prohibición de torturar, impuesta en la actualidad a los Estados *erga omnes parte* de una norma internacional de carácter universal, absoluta e inderogable –de *ius cogens*– se contiene en una pluralidad de instrumentos internacionales, universales y regionales, entre los que sin duda destaca la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, concluida en 1984. Se repasa aquí, en primer lugar, de qué modo cabría concretar el contenido de la obligación del Estado de no torturar para, en segundo lugar, centrar el examen en los desarrollos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha traído consigo en relación con la *positivación* del derecho humano a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos, de un lado, y con la responsabilidad internacional del individuo al que cabe considerar autor de torturas aplicadas de modo generalizado o sistemático, de otro.

### Palabras clave

Actos de tortura, imputación al Estado, responsabilidad del individuo, crimen internacional, lucha contra la impunidad, reparación de las víctimas de torturas, prevención.

### The eradication of the torture as a legal objective: the highs and the lows of the contribution of the International Law

### Abstract

In this work the author analyzes in which way the International Law seeks the eradication of torture, its prevention and effective repression. It is about a goal which consecution could hardly be reached without the taking part of a decisive and sustainable political will from the States of the international community. Even though, the prohibition of torture, currently imposed to the States "erga omnes parte" by the International Law with an universal character, absolute and unabolishable –de *ius cogens*– it is contained within a plurality of international tools, universal and regional, among of which it is outstanding the *Convention against Torture of the United Nations*, concluded in 1984. It examines, in first place, in which way the content of the obligation of the State of non torture should be summarized with the aim, in second place, of focusing the assessment on the developments that the International Law of the Human Rights has resulted in regarding the positivation of the human right of non being subject of torture or inhuman treatment, on the one side, and with the international responsibility of the individual who should be considered as author of tortures committed in a common or systematic way, on the other.

### Keywords

Torture acts, State accusation, responsibility of the individual, international crime, fight against impunity, reparation to victims of torture, prevention.

1. La contribución del ordenamiento jurídico internacional al logro progresivo del objetivo, plenamente civilizador, de la erradicación de la tortura debe considerarse imprescindible en la época histórica *mundializadora* que nos ha tocado vivir. Al mismo, tiempo debe quedar claro que el elevado grado de idealismo del objetivo así formulado, que se halla en los límites extremos de la utopía ilustrada, precisamente por la universalidad de su concepción que incluye la de su efectividad real en todas las sociedades humanas, queda acentuado por las insuficiencias que presentan las garantías jurídicas internacionales relativas a la imposición de la prohibición *absoluta* de la tortura. El propósito de este trabajo no es otro que repasar de qué modo el Derecho Internacional ha avanzado en las últimas décadas en dicha imposición. Junto a ello, resulta obligada la mención de las carencias que el sistema internacional presenta aún en este ámbito.

En el Derecho Internacional se utiliza como término técnico referente al fenómeno criminal aquí considerado el término de *tortura* y no otros como los de “suplicio” o “tormento”, quizá por su mayor carga teológica o ideológica. *Tortura* en Derecho Internacional, como “term of art” está definido en el artículo 1 de la Convención contra la tortura de Naciones Unidas de 1984:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una personas dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a estas.

Lo que aquí cabe destacar de esta definición jurídica, la más ambiciosamente universal nunca formulada, es que, a fuer de propia del orden jurídico internacional, abarca solamente uno o más actos que intencionadamente se realizan para causar un sufrimiento grave, físico o mental, a una o más personas, por un actor que no esté aplicando una sanción dictada por una autoridad legítima (sanción que, a su vez, no pueda ser considerada cruel inhumana o degradante), pero conductas que sean llevadas a cabo (con finalidades concretas, ampliamente definidas) por agentes públicos, directamente o con su instigación, su consentimiento o, más en general, su aquiescencia. Porque las “torturas” realizadas por terceros, sin consentimiento del Estado en cuestión, si bien deben ser también reprimidas penalmente por el Estado que *está obligado internacionalmente a ello*, no constituyen actos de tortura internacionalmente imputables al Estado mismo, que así pues no respondería en Derecho Internacional por su realización sino solamente por su falta de represión interna, aunque también sean calificadas como “tortura” por el orden jurídico interno en cuestión. En todo caso, la tortura en sentido jurídico internacional tiene que quedar cubierta en todas sus manifestaciones por la definición de tortura que emplee el Derecho estatal, aunque esta sea más amplia que la de la Convención.

2. Más allá de la prohibición absoluta de la tortura impuesta por la norma moral (y por la ética aplicada) de no torturar nunca a otro ser humano puesto que en otro caso se legitimaría la utilización de éste como mero instrumento y no se le trataría como a un ser libre cuya dignidad debe siempre ser respetada, la formulación del objetivo político y jurídico de la prohibición de la tortura con carácter

universal y absoluto dirigida a los poderes públicos, es un fenómeno histórico que hunde sus raíces en la Ilustración europea y que por ello no tiene más de 250 años. No hay que volver aquí sobre los miles de años anteriores al siglo XVIII, durante los cuales la tortura se practicaba *Semper et ubique* por todo poder político que se preciara de bien ordenar la sociedad o sociedades dominadas, con las finalidades más diversas y lo mismo en tiempo de paz que durante los diferentes conflictos armados y guerras de todas clases. Su uso era “legitimado” ya fuera como retaliación legítima en venganzas privadas, como castigo al enemigo vencido, como medio de aterrorizar a cualquier opositor o adversario o como pena contra crímenes de diferente naturaleza: la muerte era considerada muchas veces una pena más honrosa y “humana” comparada con los horrores del sufrimiento causado a las víctimas por los procedimientos más diversos.

Incluso la Iglesia Católica legitimó la tortura con justificaciones derivadas de la necesidad o exigencia de mantener el dogma y la unidad doctrinales en temas teológicos y, concomitantemente, la disciplina y unidad políticas, según los diferentes avatares de las luchas por el poder en la Europa tardo medieval y Renacentista, en las que el Papado intervino de modo bien activo. Que en los países católicos europeos (y sus primeras colonias) ese fenómeno fuera propiciado por la convergencia de intereses de las Monarquías absolutas y del Papado, de consuno en la búsqueda de una homogeneidad ideológica al mismo tiempo de dogma religioso y de lealtad política, no significa, como sabemos, que en otros lares europeos no se practicara intensamente la *quema de brujas* o el martirio de herejes ni que en sus primeras colonias no se practicara de modo sistemático la degradación de los pueblos autóctonos.

Como quiera que sea, sin tener que citar la larga cadena de los mejores espíritus siempre contrarios al uso de la tortura, se suelen vincular con la posición adoptada por Voltaire y particularmente con la difusión alcanzada por el manifiesto “*Dei delitti e delle pene*”, escrito por el abogado turinés G. Beccaria, el inicio e impulso a través de Europa, que se encontraba a finales del siglo XVIII en trances revolucionarios, de la convicción de que la práctica y la tolerancia de la tortura por el poder público constituían un mal que se debía eliminar definitivamente, como instrumento bárbaro y arbitrario que era, además inútil por cuanto el torturado confesaba en efecto finalmente todo lo que el torturador quisiera.

Los ideales universales de la Ilustración y el lento avance de los regímenes parlamentarios en Europa y América no impidieron, como se ha dicho, que los dominios coloniales fueran un campo de Agramante para toda tortura, pero quizá la semilla de la universalidad estaba plantada en la conciencia jurídica incipiente de una posible Comunidad Internacional que, según “proyectos de paz” bien abundantes, podría organizarse sobre la base del respeto a ciertas normas mínimas, a modo de orden público mundial.

3. Tras dos Guerras Mundiales y sus correspondientes decenas de millones muertos (incluidos los sacrificios “genocidas”-como se diría en Derecho Internacional desde 1948- de víctimas completamente inocentes, según el paradigma del *Holocausto*) y contemporáneamente a las diferentes versiones de la tortura aplicada por totalitarismos de signo “estalinista” y otros colectivismos extremos, y al desarrollo y finalización, casi siempre sangrientos, de los conflictos de *liberación colonial*, la Comunidad Internacional organizada precariamente, desde 1945 por los vencedores de la Segunda Guerra en el marco de las Naciones Unidas, comenzó una senda de creación y desarrollo de instrumentos y mecanismos jurídicos en los



ordenamientos estatales y en el Derecho Internacional, dirigidos a establecer y, más precariamente, a hacer cumplir la prohibición absoluta de la tortura.

El texto inicial de expresión de tal ambición universal fue el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948:

*“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.*

Un día antes, la propia Asamblea había adoptado la primera gran Convención universal protectora de los derechos humanos, la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* que en su artículo II, b) considera como acto de genocidio la “Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” humano cuya destrucción intencional, total o parcial, se pretendiere.

La consolidación de la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (indisolublemente vinculados a ella) se ha producido por la Comunidad Internacional dentro de un proceso que ha llegado hasta nuestros días y ha tenido por resultado más característico la formación de una norma de Derecho internacional general inderogable (*ius cogens*) que obliga a los Estados a respetar y hacer respetar la prohibición absoluta de la tortura (para esta afirmación véanse en particular los *loci classici* constituidos por sentencias del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, particularmente las adoptadas en los asuntos *Furundzija* y *Celibici*, ambos de 1998). Los hitos instrumentales de ese proceso, es decir, la práctica internacional que ha dado origen a la norma, se nutre en gran medida de la adopción y aplicación de una relevante serie de tratados internacionales catalogables de este modo, dejando de lado aquí tanto instrumentos específicamente orientados a erradicar la pena de muerte -objetivo como se sabe no logrado en Estados bien relevantes- como las normas propias del Derecho Internacional Humanitario:

i) Convenciones Internacionales universales y regionales, protectoras en general de todos los derechos humanos civiles y políticos y en especial del derecho humano de la persona a no ser sometida a tortura ni a “tratos inhumanos” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, artículos 7 y 4.2; Convenio Europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, artículo 3 y 15; Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007, artículo 4; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, artículos 5.2 y 27.2; Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 27 de junio de 1981, artículo 5).

ii) Convenciones universales y regionales destinadas específicamente a impedir la tortura en todas sus formas y a prevenir y reprimir su perpetración (Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura de 18 de diciembre de 2002; Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987; Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura de 9 de diciembre de 1985).

iii) Convenciones protectoras de los derechos de determinadas personas o colectivos humanos, considerados especialmente vulnerables (Convención para la

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1984; Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 9 de junio de 1994; Protocolo a la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos sobre los derechos de la mujer en África de 11 de julio de 2003, artículos 3 y 4; Convención sobre los derechos de Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 37,a; Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990, artículo 10; Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, artículo 15; Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006).

4. Como instrumentos convencionales multilaterales estos tratados imponen a los Estados Partes obligaciones *erga omnes partes* de modo que su incumplimiento por una Parte lesiona el interés jurídico de cualquier otra, es decir, un interés colectivo y por ello la correspondiente responsabilidad internacional puede ser exigida por cualquier otra, incluso no lesionada “directamente”, a través de los procedimientos establecidos en el propio Tratado, o por los medios propios de la Comunidad Internacional aplicables a las relaciones entre las partes, sean diplomáticos o jurisdiccionales. Por otro lado, las Convenciones organizan diferentes sistemas internacionales de control de su cumplimiento, generalmente por medio de Comités internacionales de expertos, pero que en ocasiones pueden incluso conducir a la condena de un Estado Parte a través de una sentencia dictada en un procedimiento judicial internacional realizado tras denuncia de la víctima (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Africano sobre derechos humanos y de los pueblos). Lógicamente, siendo instrumentos de Derecho Internacional particular obligan únicamente a los Estados Partes: por ejemplo la Convención de 1984 vincula actualmente a 147 Estados entre los cuales están todos los más poderosos del planeta (excepto la India que solo la ha firmado).

El contenido de las obligaciones internacionales impuestas a los Estados Partes por las Convenciones presenta una cierta tipicidad y puede ser sintetizado de esta manera:

i) Obligación del Estado de respetar él mismo la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos.

ii) Obligación de proteger a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción o control efectivo frente a los actos de tortura y los tratos inhumanos, adoptando las medidas necesarias para ello, y en primer lugar la adopción de las normas penales internas que definan los delitos y establezcan penas de gravedad adecuada a la del crimen. Deriva de esta obligación también la de no devolución (*non refoulement*) de un individuo a un país donde existan razones fundadas para creer que puede ser sometido a torturas.

iii) Obligación de establecer un aparato instrumental y procedimental independiente y eficaz, organizado para erradicar la tortura, previniendo y reprimiendo los actos de su realización.

iv) Obligación de establecer su propia jurisdicción penal sobre los perpetradores de los crímenes, con carácter universal, según criterios que incluyen desde la aplicación obligatoria del principio *aut dedere aut punire* hasta la obligación de ejercer la jurisdicción de modo completamente universal, como es el caso de las



Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario, en cuanto a la represión de los crímenes de guerra, sus denominadas “violaciones graves”. Sin embargo, tampoco en este último caso y a pesar de lo establecido, la obligación de reprimir solo en los casos vinculados con el foro por alguno de los criterios generalmente aceptados para el ejercicio de la competencia penal extraterritorial.

v) Obligación de reparar integral y efectivamente todo daño causado a las víctimas por los hechos de tortura y tratos inhumanos.

vi) Obligación de garantizar la no repetición futura de los actos criminales realizados.

5. El impresionante desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos durante los últimos sesenta años ha producido, a través de todas las fuentes del Derecho Internacional y normas de Derecho interno, tal y como ha sido extensamente analizado doctrinalmente, cambios en la estructura misma del sistema jurídico internacional. El individuo ha adquirido un estatuto jurídico internacional público propio: sin llegar a adquirir la condición de subjetividad jurídica internacional completa sí se ha podido afirmar con fundamento en el Derecho Internacional *positivo* (mas allá de afirmaciones puramente especulativas) que aquel es titular de determinados derechos subjetivos internacionales y capaz de ser considerado penalmente responsable en Derecho Internacional de ciertas conductas prohibidas por el propio ordenamiento internacional.

En la perspectiva de la erradicación universal de la tortura interesa afirmar que cada una de las Convenciones antes citadas, bien porque sea de aplicación inmediata por las autoridades internas, bien porque se haya transformado en Ley interna, debe ser aplicada en el sentido de reconocer la titularidad de toda persona del derecho humano fundamental a no ser sometida a tortura ni a tratos inhumanos: ese derecho le debe de ser atribuido, reconocido y protegido por el Estado Parte que debe dictar y hacer cumplir las normas sustantivas y procedimentales que den eficacia a su goce y, de ese modo, permitan su acceso a los tribunales para una defensa efectiva que cumpla todos los requisitos exigidos por los estándares de un “juicio justo”.

Simultáneamente, la Comunidad Internacional ha adoptado determinados instrumentos jurídicos internacionales destinados a permitir la exigencia ante tribunales internacionales penales de la responsabilidad internacional individual por determinados crímenes internacionales. Sin necesidad de hacer aquí un inventario de los instrumentos creadores de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia, Ruanda y otros tribunales internacionales más efímeros (por lo general de naturaleza “mixta”) el Estatuto de la Corte Penal Internacional de La Haya de 2002 define los cuatro crímenes internacionales individuales para cuya represión puede ser competente dicho Tribunal: Agresión (cuyo contenido acaba de ser precisado por la Conferencia de Kampala de 2010), Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de lesa humanidad. Como se sabe, los tipos penales de Genocidio (ya se ha señalado), y los de crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, incluyen entre las conductas incriminadas las constitutivas de tortura

Al margen de otras consideraciones, y de que el *principio de complementariedad* preside la acción represora de la Corte de La Haya, habida cuenta de la preferencia que en él se establece a favor de las jurisdicciones estatales penales para perseguir en primer lugar las conductas incriminadas, lo cierto es que cualquier individuo, al margen del cargo que ocupe en la jerarquía estatal, puede ahora ser llevado ante dicho Tribunal, fuera de la aplicación normal

de los demás criterios de su competencia, si así lo decide el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Así acaba de suceder en relación con el Presidente de Libia coronel El Gadafi, según la resolución 1970 /2011 del Consejo de Seguridad.

Se ha producido, pues, un desarrollo sustantivo e institucional muy destacado en el ordenamiento internacional puesto que las torturas aplicadas, por así decirlo, de modo generalizado o sistemático, con una dimensión colectiva, integran crímenes internacionales de primer grado. En la práctica, sin embargo aún queda muy lejos el logro de la exhaustividad de la justicia penal frente a la impunidad de los responsables de esos crímenes internacionales, sobre todo en relación con las conductas de los más Altos cargos del Estado y de su ejército.

6. En efecto, un acto de tortura internacional como tal no integra por sí solo un crimen internacional individual perseguible por los tribunales penales internacionales, y *en la práctica* tampoco por el ejercicio sistemático (no prohibido por el Derecho Internacional) de la jurisdicción penal universal *absoluta*, dejando al margen el de la universalidad limitada del principio, antes indicado, de *aut dedere aut punire*.

Por lo demás, son escasísimos los casos en que una sentencia internacional dictada en un litigio entre Estados condena a uno de ellos por alguno de los crímenes internacionales mayores, de primer grado, que también se les pudiera atribuir. En tal caso, las formas más extremas de la tortura deberían ser perseguidas por la jurisdicción penal interna del Estado condenado como una modalidad de la reparación debida a las víctimas, la cual incluye desde luego la persecución penal interna de los individuos criminales con la excepción de “los Tres Grandes”, protegidos por la inmunidad internacional absoluta ante órganos internos de terceros Estados, mientras ocupen sus cargos: Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores. Debe quedar claro que un Estado, como se ha señalado, puede él mismo ser internacionalmente responsable, junto con personas determinadas, de agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en especial sus formas de tortura. Así se desprende por ejemplo de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia dictada el 26 de febrero de 2007 en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención sobre la prevención y el castigo de crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* en la que se afirma que el Estado hubiera podido muy bien ser considerado responsable de genocidio por violación de la Convención (aunque en el caso sub iudice finalmente no lo fuera).

Una variante de la vía anterior, destinada también a actuar por vías jurídicas a favor de la represión y erradicación de la tortura y contra la impunidad de los grandes criminales, es desde luego la que consiste en que una víctima de tortura obtenga una decisión de un órgano internacional, en el mejor de los casos una sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos, condenatoria de un Estado miembro del sistema y que la obligada ejecución interna de dicha sentencia implique (como contenido de la reparación debida) la persecución penal interna de los presuntos responsables del hecho. Si bien no hay muchos precedentes debe ser citada en ese sentido la sentencia de 7 de abril de 2009 de la Sala especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú (confirmada luego en apelación) condenando al ex Presidente Fujimori como autor mediato de los delitos de homicidio calificado por la agravante de alevosía, lesiones graves y secuestro agravado por la circunstancia de trato cruel. Esta sentencia se dictó en un proceso iniciado en cumplimiento de sentencias previas dictadas contra el Estado peruano por la Corte Interamericana, particularmente la adoptada en *el caso de La Cantuta* el 29 de noviembre de 2006.





7. La vía de la represión penal eficaz de los responsables es imprescindible para la erradicación de la tortura, pero tal eficacia es, sin embargo, limitada de modo que un mayor énfasis de la acción internacional (complementaria de la interna) debe ponerse y se ha puesto ante todo en la *prevención*. Varias obligaciones internacionales, convencionales y generales, se imponen así a los Estados:

i) Obligaciones de formar al personal policial y judicial en la cultura contra la tortura y los tratos inhumanos y su carácter gravemente criminal y en la adopción de reglas y protocolos de conducta profesional que imponen en la práctica el completo respeto a su prohibición.

ii) Obligación de educar en dicha cultura de respeto a los derechos humanos como patrimonio universal de todos los pueblos, más allá de ideologías concretas, a todos los ciudadanos.

iii) Obligación de definir de modo normativo, y con claridad, todas las garantías obligatorias que deben de respetarse en caso de privación de libertad de una persona cualquiera, por los agentes y fuerzas del aparato represor del Estado. No es necesario insistir aquí hasta qué punto son relevantes para prevenir la tortura las normas que garantizan la asistencia letrada al detenido, la asistencia médica forense, el contacto con sus familiares o allegados, el control judicial efectivo de su situación personal mientras dure la privación de libertad, en arresto, en detención preventiva previa al juicio o en prisión, la vigencia de protocolos de interrogatorio que excluyan toda forma “reforzada” de interrogar a un sospechoso que violente a la persona en forma de tortura o trato inhumano, la conveniencia de grabar tales interrogatorios en video o audio y el cumplimiento puntual de los plazos procesales dando acceso a la justicia al privado de libertad cuando lo solicite y aplicando la garantía de la doble instancia penal en caso de condena. En particular son relevantes las obligaciones de investigar inmediatamente cualquier denuncia de haber sufrido tortura o trato inhumano durante una privación de libertad. Además ninguna confesión obtenida bajo tortura puede ser utilizada como prueba en ningún procedimiento sino es precisamente uno destinado a determinar las responsabilidades del torturador.

De otra parte, la prevención viene exigida por la *obligación de garantizar* que la conducta de tortura o trato inhumano no se va repetir ni respecto de la víctima ni respecto de otras víctimas potenciales cualesquiera. Esta obligación, como ya se ha señalado, constituye un elemento de la reparación debida.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Campo Algodonero* de 16 de noviembre de 2009, ha obligado al Estado de México, condenado por falta de diligencia en la represión de los hechos de desaparición y asesinato de tres jóvenes mujeres, a adoptar en la zona de Ciudad Juárez medidas de *reparación transformadora* de la situación allí existente, considerada por la Corte como discriminatorio por razón de género.

8. El conjunto de instrumentos internacionales convencionales destinados a obligar a los Estados a erradicar la tortura pueden ser lógicamente analizados en la perspectiva de su eficacia para el logro de tal finalidad. A pesar de que en conjunto (con la excepción de la aún incipiente Corte Penal Internacional) su contribución al progreso universal de la prohibición absoluta de la tortura y los tratos inhumanos está dentro de lo que cabría razonablemente esperar de una Comunidad Internacional insolidaria, lo cierto es que a algunas dificultades de concepto, siempre presentes se ha unido en los últimos años la acentuación de otras patologías que lastran el sistema universal. En lo técnico conceptual está todavía por clarificar la

distinción entre tortura propiamente dicha y tratos inhumanos, utilizada sin rubor para justificar el uso de técnicas reforzadas de interrogatorios en la lucha antiterrorista llevada a cabo en particular en las bases de Abu Grahیب y Guantánamo y otras (incluidas prisiones secretas en terceros países) por Estados Unidos, en el contexto de la denominada por el Gobierno del Presidente Bush, “guerra contra el terrorismo”. También la práctica de comités y tribunales internacionales adolece de precisión en la determinación del contenido de la reparación internacionalmente debida a las víctimas de tortura y tratos inhumanos y de la aceptación o rechazo de la obligatoriedad de aceptar la jurisdicción civil universal para exigir reparación por las víctimas, separadamente de la determinación de la responsabilidad penal correspondiente. A lo anterior hay que añadir las dificultades existentes para dar ejecución, en Derecho interno, a las decisiones de órganos internacionales en esta materia.

Además, la creciente participación de organizaciones no gubernamentales como actores del sistema despierta la desconfianza de los Estados menos proclives a permitir la completa apertura de su ordenamiento y sociedad a la vigilancia y control internacionales en materias estimadas tan sensibles y vinculadas a la defensa de la seguridad del Estado.

Por último todo el sistema internacional opera en condiciones de penuria económica y los planes de racionalización presentados por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos no logran afrontar esa cuestión central.

9. En efecto, en última instancia la voluntad política de los Estados, en particular de las Grandes Potencias, es la que con sus apoyos, iniciativas y consensos permite que los sistemas de protección internacional de derechos humanos pervivan y progresen. Ello está claro en una doble dimensión.

De una parte en los retrocesos que (increíblemente) ha sufrido la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos en todas las democracias occidentales y particularmente en Estados Unidos con ocasión de la acción contra el terrorismo tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, concretados en la justificación de las torturas y tratos inhumanos en especial a través del Memorando del Ministerio de Justicia de 1 de agosto de 2002 (reemplazado finalmente por otro de 30 de diciembre de 2004) y de la aprobación por el Secretario de Defensa Donald Rumsfeld, el 16 de abril de 2003, de una “Lista de técnicas de contra resistencia utilizadas para facilitar los interrogatorios de los detenidos en Guantánamo”. El Tribunal Supremo de Estados Unidos no comenzaría a retrotraer a la legalidad a su Ejecutivo hasta la sentencia de 2004 en *Hamdan c. Rumsfeld*. Toda la historia está ya bien escrita y el último alarde a favor de técnicas de tortura para interrogar ha aparecido en mayo de 2011 en boca del director de la CIA, Leon Panetta, que anunció que la localización final y mortal de Osama Bin Laden fue posible gracias a la información obtenida bajo tortura de un preso de Guantánamo.

De otra parte en las enormes dificultades políticas existentes para dar cuerpo real a la noción de “responsabilidad de proteger” que correspondería a la Comunidad Internacional organizada por medio del Consejo de Seguridad, el cual decidiría intervenir incluso militarmente con fines humanitarios para terminar violaciones graves y masivas de derechos humanos en un territorio determinado. De lejos evocan esa utilización los consensos precariamente alcanzados para impedir la “utilización de la fuerza contra la propia población civil” por el régimen de Libia, por medio de las resoluciones del Consejo de Seguridad 1970 y 1973 de 2011. Pero ni



los consensos se han repetido en otros casos paralelos (como el de Siria), ni los actos del Consejo de Seguridad son sometibles a control de legalidad internacional ante órgano judicial internacional alguno.

En síntesis, para las violaciones más graves de los derechos humanos, incluida la práctica sistemática de la tortura que “amenaza a la paz”, los remedios de la Comunidad Internacional son aún inexistentes o ineficazmente utilizados por falta de consenso político. En este punto se impone el realismo de los intereses políticos frente a la exigencia de las normas y de las poblaciones desesperadas.

Pero nadie dijo que la lucha por la erradicación de la tortura fuera cosa de un día, o de una generación o de un siglo. Es asunto de toda la Humanidad y se acabará imponiendo (hagamos un ejercicio de optimismo *transcivilizacional*, según la expresión utilizada recientemente por Onuma Yasuaki (2009) en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya: “A transcivilizational perspective on International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol.343.



## Integridad

Manuel Villoria  
*Universidad Rey Juan Carlos*  
[manuel.villoria@urjc.es](mailto:manuel.villoria@urjc.es)

### Resumen

El trabajo constata el soporte moral de la idea de integridad y lo proyecta sobre el funcionamiento y organización de las instituciones públicas. Asimismo, analiza sus implicaciones para el buen gobierno y las características de los marcos de integridad.

### Palabras clave

Virtud, buen gobierno, éticas profesionales, sistemas de integridad, marcos de integridad.

## Integrity

### Abstract

This work states the moral support of the idea of integrity and projects it on the functionality and the organization of the public institutions. Moreover, it analyzes its implications for the good governance and the characteristics of the integrity frames.

### Keywords

Virtue, good governance, professional ethics, integrity systems, integrity frameworks.

La palabra integridad proviene del latín *integer* (entero)<sup>1</sup> y es usada en diversas áreas de conocimiento con significados diversos pero casi todos ellos vinculados a la idea de algo no dañado, algo que no ha perdido su entereza. Cuando se utiliza desde la ética, la integridad se refiere no sólo a un rechazo a embarcarse en conductas que evaden la responsabilidad, sino también a una búsqueda de la verdad a través del debate o el discurso. De acuerdo con Carter (1996: 7-10), la integridad requiere la formalización de tres pasos: 1. El discernimiento de lo que está bien y lo que está mal. 2. La actuación de forma coherente con los resultados del discernimiento, incluso con coste personal. 3. La declaración abierta de que se está actuando de forma coherente con lo que se entiende como correcto. La integridad sería, así pues, una virtud que garantiza que las acciones se basan en un marco de principios internamente consistente. Una persona que actúa de forma íntegra deriva sus acciones y creencias del mismo grupo de valores esenciales; en ella existe una solidez que se deriva de su honestidad y la consistencia de su carácter. En suma, afirmamos de alguien que es íntegro/a cuando creemos que esa persona actúa de forma coherente con los valores, creencias y principios que afirma sostener.

Según Aristóteles (2001) en el Libro II, Cap. VI, la virtud es un hábito, una cualidad que depende de nuestra voluntad, y que está regulado por la razón en la forma que lo regularía el hombre verdaderamente sabio. La virtud es un medio entre dos vicios, que pecan, uno por exceso, otro por defecto y que cuando se posee permite vivir como un ser social, un ser que facilita la vida en común. En consecuencia, aceptando esta concepción aristotélica de la virtud, podríamos decir que la integridad, para que sea virtuosa, debe situarse en un justo medio que le aleje de los excesos y de los defectos. La palabra integrista procede de la misma raíz y expresaría el exceso en la concepción de la integridad, sería un modelo de integridad en el que la coherencia absoluta entre principios y conducta se convierte en razón vital, en el “logos” de la propia existencia, de manera que incorpora una comprehensividad ética que llega a negar la posible existencia de otras formas de entender el bien y que repudia cualquier principio, regla o práctica social que no sean las que marca la propia concepción de la vida buena. Normalmente, el integrista está vinculado a ideas tradicionalistas del origen y ejercicio del poder y a interpretaciones radicales y carentes de matiz de los textos sagrados, por lo que lleva a menudo a posiciones políticas y religiosas fanáticas. Por su parte, la hipocresía expresaría la actitud defectuosa en relación a la integridad; pues la hipocresía, con su doble moral, se caracteriza por la falsedad en el actor, el cual, aunque afirma unos principios y expresa su adhesión a los mismos, incluso mostrando indignación ante su incumplimiento, en su vida privada los incumple sistemáticamente, sobre todo cuando está libre de control social.

La exigencia de la virtud “integridad” como una virtud esencial para los servidores públicos se justifica mejor si se utiliza para ello la teoría de Alasdair MacIntyre sobre las virtudes sociales; este autor, en su obra *After Virtue* (1984), nos aporta un marco teórico de las virtudes exigibles a cualquier forma de actividad humana cooperativa. Para este autor, los seres humanos nos embarcamos en actividades cooperativas que se denominan prácticas, y dentro de las prácticas están las profesiones; una actividad humana es una práctica cuando reúne una serie de requisitos, como el reconocimiento social, el requerimiento de destrezas técnicas, la complejidad, la existencia de unos principios y valores vinculados tradicionalmente a la actividad técnicamente exigible, la cooperación, etc. (Cooper,

<sup>1</sup> Diccionario etimológico María Moliner (1983).

1987). Estas prácticas ayudan a la sociedad a funcionar mejor siempre que se respete el bien interno, la razón de ser de esa práctica, lo que la justifica socialmente.

Llevado este concepto al campo de las éticas profesionales, podríamos decir de éstas que son prácticas que ayudan a la sociedad, siempre que sus miembros desarrollen sus actividades de forma coherente con el “bien interno” de las mismas, con lo que las justifica socialmente. La práctica médica tiene como bien interno evitar las enfermedades y promover la curación de los pacientes, la práctica de la administración pública se basa en el servicio al interés general con imparcialidad, etc. Estos bienes internos sólo pueden identificarse y reconocerse participando en la práctica en cuestión, el bien interno es consustancial a su práctica: no existe bien interno sin práctica. Junto a los bienes internos de las profesiones existen los bienes externos; los bienes externos pueden ser alcanzados de muchas otras maneras que con la realización de una práctica concreta. Son bienes externos el dinero, el prestigio, el estatus o el poder. Si se logran, son siempre propiedad y posesión de un individuo. Son típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos, por el contrario, cuando son alcanzados, producen un bien para toda la comunidad. El problema ético aparece cuando los profesionales ponen por delante el bien externo al bien interno de la profesión, cuando, por ejemplo, un médico no piensa en cómo curar al paciente, sino en cómo sacar el máximo dinero del paciente, o cuando un funcionario no piensa en servir el interés general, sino en abusar de la autoridad que se le delega para obtener ingresos que no le corresponden legalmente, por ejemplo, mediante el cohecho. La ética de los servidores públicos, en consecuencia, se basa en tener claro el bien interno de su profesión –el principio del servicio público– y en ser coherentes en sus actuaciones diarias con ese bien interno. Ello conlleva un triple paso, en primer lugar la conciencia del bien interno, en segundo lugar una identificación de los valores coherentes con el mismo y, en tercer lugar, la virtud de la integridad, o el hábito de actuar de forma coherente con los principios y valores asumidos. La integridad consiste precisamente en esa virtud que permite al servidor público actuar cotidianamente de forma coherente con el principio del servicio público y con los valores congruentes con el mismo, como la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, la legalidad, etc. Eso sí, buscando ante el ineludible conflicto de valores el justo medio, el prudente compromiso entre valores deseables.

Finalmente, para favorecer esa integridad en la actuación de los servidores públicos, existe todo un conjunto de instrumentos, procesos y estructuras que integrados holísticamente constituyen marcos de incentivos y constricciones muy útiles y necesarios. Desde una perspectiva operativa, un gobierno íntegro es el que asume e implanta los instrumentos, procesos y órganos necesarios para prevenir la corrupción y fomentar un servicio público coherente con los principios y valores que fundamentan su ética profesional en un régimen democrático. Y, desde esta perspectiva, podríamos considerar principios esenciales del buen gobierno: 1. El respeto y promoción de los derechos humanos en el marco constitucional correspondiente. 2. El servicio al interés general. 3. El respeto al Estado de Derecho y la imparcialidad en la aplicación de las normas. 4. La búsqueda de la eficiencia y el uso correcto de los bienes públicos. 5. La responsabilidad profesional y la humanización de la administración<sup>2</sup>, o la preocupación por los problemas de la ciudadanía, evitando la distancia y la indiferencia burocrática. 6. La transparencia en la actuación pública. 7. La plena disposición a la rendición de cuentas. Desde la

<sup>2</sup> Concepto usado por Victoria Camps en las “Jornadas de Ética Pública” celebradas en el INAP en 1997.



clara asunción de esos principios, la integridad de los servidores públicos –políticos y funcionarios- consistirá en actuar de forma coherente con ellos.

A estos efectos, queda fuera del debate sobre la integridad la respuesta a la pregunta de ¿qué debe hacer un gobierno? Los fines del gobierno son fruto del debate democrático entre diversas concepciones del bien común, ello llevará a más o menos gastos de defensa, o a mayor o menor protección social, pero lo que está claro es que sin integridad en el gobierno ninguna política cumplirá su fin de servir al bien común, como dice Thompson (1992: 255), precisamente porque hay opciones más importantes para el gobierno que la ética, la ética es la opción más importante. En esta fase, la clave es asumir una ética profesional y, desde dicha ética aplicada, tratar de definir: 1. Cuál/es son los principios (bien interno) y valores esenciales que deben guiar la actuación de los servidores públicos. 2. Qué instrumentos esenciales y complementarios podrían auxiliar en la consecución de una conducta íntegra. 3. Qué procesos y qué estructuras son necesarias también para prevenir la corrupción y promocionar la ética profesional. 4. Qué instrumentos, procesos y estructuras es necesario implantar dentro de cada organización pública y qué factores externos hay que considerar para que el marco funcione. Aquí ya estamos en la fase de la conexión entre buen gobierno e integridad.

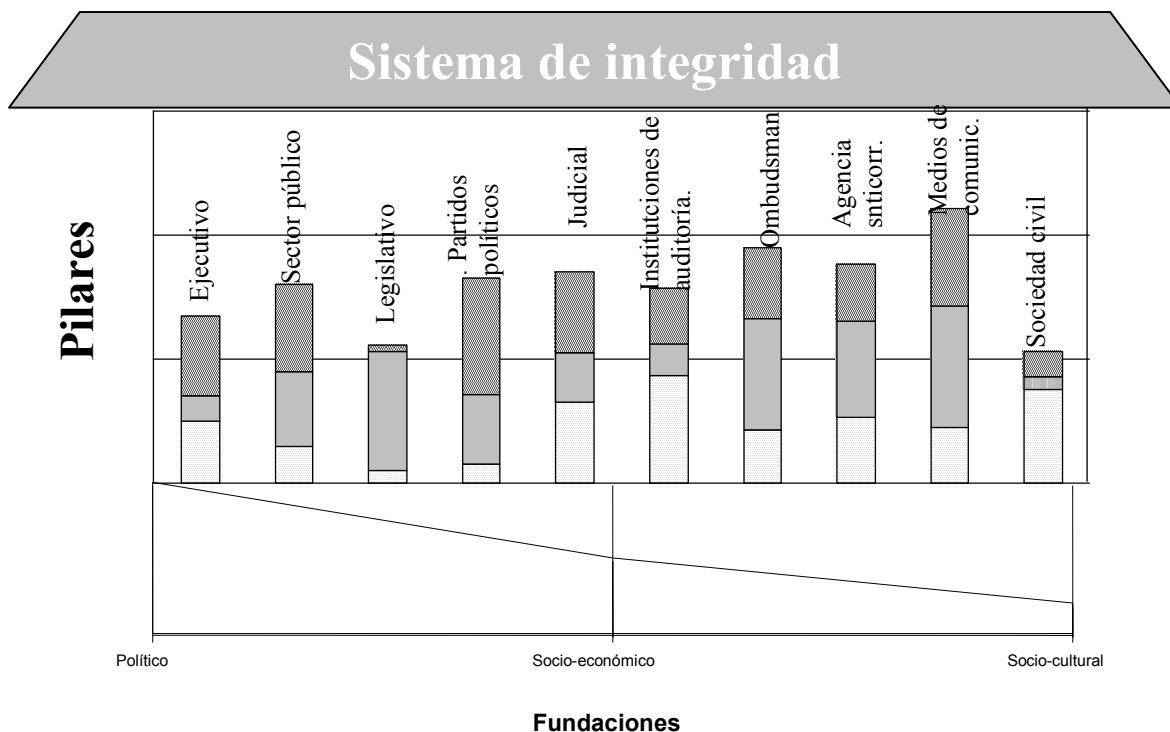
¿Cuáles serían los riesgos para un buen gobierno desde esta aproximación de la integridad democrática? Según Johnston (2009): 1. La debilidad en la *accountability* interna o el exceso paralizador de la misma (Anechiarico y Jacobs, 1996); 2. La debilidad o la parcialidad en la *accountability* externa; 3. La interferencia política excesiva y su utilización partidista; 4. La debilidad de los controles administrativos internos, ya sean sobre ingresos o gastos o sobre el propio reclutamiento de funcionarios; 5. Objetivos inalcanzables, contradictorios, ilegítimos; 6. Insuficiencia clara o inadecuación de recursos para las unidades administrativas; 7. División del trabajo defectuosa, poco clara, propiciatoria de la arbitrariedad y la desresponsabilización; 8. Excesiva y no controlada discrecionalidad; 8. Expectativas sociales inapropiadas o ilegítimas; 9. Clientelismo; 10. Captura de las políticas.

Estos marcos de integridad pueden ser nacionales, locales u organizativos. Es decir, pueden diseñarse para evaluar el conjunto de un sistema nacional o local de gobierno y ver en qué medida previene la corrupción y fomenta la ética profesional del servicio público. O pueden diseñarse para evaluar hasta qué punto una organización pública concreta tiene implantados instrumentos, procesos y órganos que incentiven la ética profesional y desincentiven la corrupción. Los marcos nacionales de evaluación incluyen en el análisis, además de al ejecutivo, a los poderes legislativo y judicial, e incorpora un análisis de la cultura cívica de cada país estudiado. De ahí que podamos considerar que es una evaluación con una clara vocación holística y sistémica. Buen gobierno implica buen Estado y buena sociedad. En concreto, los sistemas nacionales de integridad es un proyecto de Transparency International (TI) con el que se pretende analizar y evaluar los sistemas de integridad existentes en muy diferentes países para, a partir del análisis, proceder a realizar toda una serie de propuestas de mejora y consolidación de marcos estables anticorrupción. Los sistemas se basan en un modelo, elaborado por Jeremy Pope (2000), en el que se parte de las “foundations” o cimentaciones, que constituyen los elementos sociales y estructurales sobre los que se asientan las columnas del sistema. Dichas cimentaciones son políticas, como el desarrollo del Estado de Derecho y el desarrollo sustentable de políticas y servicios públicos eficaces y eficientes; socio-económicas, como la calidad de vida del país estudiado; y socio-culturales, como la cultura cívica y la conciencia del problema de la corrupción entre la ciudadanía. Cuando el sistema de valores cívicos es sólido la

indignación con la corrupción es mayor y los pilares se asientan más sólidamente. También un Estado de Derecho consolidado correlaciona con más baja corrupción, al igual que unas políticas públicas eficaces proporcionan un mayor nivel y calidad de vida, lo cual, a su vez, incentiva la confianza intersubjetiva y en las instituciones públicas, con lo que la cultura cívica tiene a reforzarse.

Los pilares del sistema son la voluntad política en el ejecutivo de prevenir y combatir la corrupción; un sector público competente, objetivo e imparcial, con adecuados sistemas de contratación y distribución de subvenciones; la existencia de un Parlamento activo en la promoción de buena gobernanza y en el combate a la corrupción; un eficaz sistema de auditoría y control contable y financiero; partidos políticos comprometidos con la lucha anticorrupción y que se financian limpiamente; un poder judicial independiente e imparcial, además de competente en la lucha anticorrupción; una defensoría del pueblo y/o varios sistemas de defensa del ciudadano frente a abusos y mal funcionamiento del servicio público; un organismo central en la detección e investigación de la corrupción, así como en la promoción de medidas de prevención de la misma; unos medios de comunicación que se toman en serio la corrupción y la combaten con la investigación y la denuncia; y una sociedad civil bien informada e implicada en la lucha contra los abusos de los poderes públicos y privados (ver figura 1).

**Figura 1**  
**Transparency International. National Integrity Framework.**



La adaptación de los marcos de integridad al ámbito local empieza también a tener un amplio eco. Así, Leo Huberts, Frank Anechiaricho, Frédérique Six y Judith van der Veer (2008) proponen un marco de análisis comparativo que contiene nueve pasos y que en cada uno de ellos diferencia entre las tareas de descripción y





evaluación. Los nueve pasos del modelo de análisis son los siguientes: (1) los actores que forman parte del sistema local de integridad (SLI); (2) el contexto regulador en que opera el sistema; (3) el alcance del sistema o las áreas de riesgo (¿cuál es el grupo de actores cuya integridad trata de controlarse con el sistema?); (4) la interpretación o definición de integridad que se maneja; (5) la posición y el papel de la agencia local de integridad clave; (6) la presencia de políticas de integridad basadas en el fomento de valores (value driven approach) y/o en la búsqueda de conformidad (cumplimiento) con las normas; (7) presencia y equilibrio entre mecanismos externos e internos de control; (8) el grado de apoyo político y público hacia el sistema; y (9) la eficacia y eficiencia del sistema. Con los primeros cuatro pasos se trata de hacer el inventario de lo que está presente en el sistema en el momento del análisis. Los siguientes tres pasos (5 a 7) examinan el funcionamiento del sistema en términos de roles, mandatos, políticas, prácticas, etc. de los diversos actores del SLI. Por último, los dos últimos pasos analizan el rendimiento del sistema desde el punto de vista de su eficacia, eficiencia y legitimidad.

Por su parte, el modelo de la OCDE de marcos de integridad (*integrity frameworks*) tiene un enfoque organizacional. La razón fundamental de este enfoque es que la implantación real de las medidas e instrumentos de integridad se realiza en cada organización, no en el abstracto sistema. Por ello, la OCDE (2009) ha diseñado un marco que debería ser asumido por todas las organizaciones públicas de un país e implantado de forma coordinada y sistémica. Un marco de integridad implica una gestión de la integridad del marco y una integridad del contexto. La gestión de la integridad del marco de una organización se refiere al conjunto de instrumentos que fomentan la integridad, tomando en consideración su interdependencia, así como al conjunto de procesos y órganos que los implantan y actualizan. La integridad del contexto de una organización se refiere al conjunto de los factores, distintos de los propios de la gestión de la integridad, que pueden tener un impacto sobre la integridad de los servidores públicos de la organización. El contexto es interno y externo a la organización.

Dada la complejidad del marco, extraeremos sólo algunos componentes del mismo, para que se tenga una idea general de lo que implica (ver figura 2)

**Figura 2**  
**Marco de integridad organizacional de la OCDE**

MARCO DE INTEGRIDAD OCDE							
Gestión del Marco de integridad						Contexto de integridad	
Esenciales			Complementarios			Interno	Externo
Instrumentos	Procesos	Estructuras	Instru-Mentos	Procesos	Estruc-turas	Clima laboral	Partidos políticos, Parlamento, Sistema judicial, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Policía, Fiscalía, Medios de comunicación, otros gobiernos, instituciones internacionales sector privado, etc...

Códigos, evaluaciones de riesgos, formación, gestión de los conflictos de interés, consultas de ética, inspecciones internas, política de denuncias, encuestas, etc...	Determinar y definir integridad Guiar hacia la integridad Controlar Sancionar e imponer Evaluar	Responsables de la gestión de la integridad	Evaluación del sistema de RR.HH Procedimientos de contratación Gestión Presupuestaria Gestión de la calidad  Control interno y externo	Medidas implantadas Porqué evaluar Qué ha pasado Quién evalúa Cómo evaluar Cómo asegurar impacto	Gestores de RR.HH  Interven- tores, etc		
--	---	---	---	---	---	--	--

En su conjunto, la existencia de marcos de integridad eficaces, es decir, marcos que propician que los servidores públicos en su conjunto (políticos, funcionarios, jueces...) actúen de forma coherente con los principios del buen gobierno, constituye uno de las apuestas más relevantes para favorecer un derecho legitimado y una democracia que mejore continuamente en su calidad.

## Bibliografía

- ANECHIARICO, F. y JACOBS, J.B. (1996), *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*, University of Chicago Press, Chicago.
- ARISTÓTELES (2001), *Ética a Nicómaco*, Alianza, Madrid.
- BENJAMIN, M. (1990), *Splitting the Difference: Compromise and Integrity in Ethics and Politics*, Lawrence, University Press of Kansas.
- CARTER, S. L. (1996), *Integrity*, BasicBooks/HarperCollins, New York.
- COOPER, T.L. (1987), "Hierarchy, Virtue, and the Practice of Public Administration: A perspective for Normative Ethics". *Public Administration Review*, Vol. 47, No. 4. pp. 320-328.
- JOHNSTON, M. (2009), *Components of Integrity: Data and Benchmarks for Tracking Trends in Government*. GOV/PGC/GF (2009)2, OCDE, París.
- MCINTYRE, A. (1984), *After Virtue*. University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- OCDE (2009), *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes and Structures and Conditions for Implementation*. GOV/PGC/GF (2009)1, Governance, OCDE.
- POPE, J. (2000), *TI Sourcebook 2000. Confronting corruption: the elements of a national integrity system*. Transparency International, Berlín.
- THOMPSON, D.F. (1992), "Paradoxes of Government Ethics", *Public Administration Review*, 52 (3): 254-259.





## La obediencia al Derecho

Eusebio Fernández García  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[eusebio.fernandez@uc3m.es](mailto:eusebio.fernandez@uc3m.es)

### Resumen

La obligación de obedecer al Derecho se manifiesta como una especie de la obligación política y, en último término, de la obligación moral. Es una obligación selectiva (no es ni absoluta ni universal) y depende de la justicia del Derecho.

### Palabras clave

Obligación política, obligación moral, teorías contractualistas, Derecho justo, norma justa.

114

---

## Obedience to Law

### Abstract

The obligation to obey the Law is shown as a kind of political liability and, in the last term, of moral liability. This is a selective obligation (neither absolute nor universal) and depends of Law's justice.

### Keywords

Political liability, moral liability, contractualism, fair Law, fair rule.

## 1. Obediencia al Derecho y la obligación política

El tratamiento teórico de la obediencia al Derecho debe ser relacionado con las cuestiones pertinentes del tema clásico de la obligación política. En ningún caso estaría permitido sustituir el fenómeno de la obligación política por el de la obediencia al Derecho. La obligación política es un hecho mucho más general, del cual forma parte otro más específico que es la obediencia al Derecho.

Sin embargo, entre las razones que pueden aducirse para obedecer al Derecho o para convencer a alguien de que es correcto o justo obedecer al Derecho, se encuentran las razones políticas que son las que están conectadas y construyen o refuerzan la obligación política. Mientras que la obligación política cuenta con una prueba clara y sencilla como es la obediencia al Derecho, la propia obediencia al Derecho puede derivarse exclusivamente de una obligación jurídica sin más aceptada así por el destinatario de las normas jurídicas; pero también es cierto que ese destinatario tiende a preguntarse por las razones o motivos por los que tiene que obedecer, y ello le sitúa ya en el ámbito de la obligación política.

Por otro lado, las razones últimas de la obligación política y de la obligación política concreta de obedecer al Derecho pueden conducirnos a hacernos otro tipo de preguntas que residen en la obligación moral. Con todo ello parece que queda demostrado que los tres tipos de obligación: jurídica, política y moral están interrelacionadas y que un tratamiento filosófico exige que no se olvide esta situación real, aunque las tres formas de obligación y sus diferencias pueden ser descritas con rasgos distintos y determinados.

Antes se ha señalado que el tema de la obligación política es un tema clásico. Y lo es, entre otras razones porque las cuestiones que alberga son las preguntas que aparecen junto a los orígenes de la filosofía política, son los que se desarrollan a lo largo de la amplia historia de esta disciplina y son, al mismo tiempo, las que se mantienen hoy como las más próximas a su contenido.

En el mapa de las tareas de la filosofía política dibujado por N. Bobbio aparece el tema de la obligación política como un tema recurrente. Para él uno de los significados de la filosofía política consiste en “considerarla como la búsqueda del fundamento último del poder, que permite responder a las preguntas “¿a quién debo obedecer?” y “¿por qué?”. Se trata del problema bastante conocido de la naturaleza y función de la obligación política” (Bobbio, 1996: 56).

Por su parte Alessandro Passerin D’Entreves en la voz Filosofía Política del *Diccionario de Política* dirigido por N. Bobbio, M. Matteucci y G. Pasquino asume esa tarea de la filosofía política propuesta por N. Bobbio –Filosofía Política como búsqueda del criterio de legitimidad del poder. Se trata aquí, y en esta tarea, de “determinar el por qué del Estado, los motivos que exploran la obediencia que los hombres prestan o recusar al poder”. Así, las teorías acerca de la legitimidad y legitimación del poder “se limitan de ordinario a señalar las condiciones que el poder debe acatar para ser (o merecer ser) aceptado como válido, dejando indeterminados los modos en que se pueden realizar de hecho estas condiciones” (Passerin D’Entreves, 1991: 650).

Quede por tanto de lo anteriormente expuesto, que la obediencia al Derecho debe ser colocada en la cuestión más general de la obligación política y sus razones. Lo que equivale también a decir que aunque el poder político (Estado) nos

puede exigir, incluso por la fuerza, la obediencia al Derecho, no es lo mismo (desde el punto de vista moral, político y jurídico) un poder político aceptado que un poder político impuesto, es decir, no tienen la misma legitimidad. El poder político se tiene que hacer merecedor de la obediencia a sus normas jurídicas por parte de sus destinatarios, lo que significa que hay Estados que se merecen la obediencia y otros que no. Y ello nos conduce siempre al tema de la legitimidad y de los requisitos y condiciones de la legitimidad justa.

Las teorías contractualistas clásicas (T. Hobbes, J. Locke, J.J. Rousseau o I. Kant) y las teorías neo-contractualistas actuales (J. Rawls) han puesto especial cuidado en crear un marco adecuado que conecte la legitimidad del sistema político con la obligación política (Pelayo González Torre, 1994: 123 ss.). Y entre los primeros, J. J. Rousseau dejó muy bien planteada la cuestión, cuando escribe en *El Contrato Social*: “La fuerza es un poder físico y yo no logro comprender qué consecuencia moral pueda tener. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando mucho un acto de prudencia. ¿En qué sentido podría constituir un deber? Debemos pues convenir en que la fuerza no crea el derecho, y que no se está obligado a obedecer si no a los poderes legítimos”.

J. J. Rousseau estaba dando el paso desde la obligación política al establecimiento de las razones más fuertes para obedecer al Derecho. A la consideración del Estado como autoridad, “un poder ‘autorizado’ a exigir la obediencia para la consecución de un orden definido como ‘justo’, y como tal –y sólo como tal- susceptible de obligar a aquellos a quienes dirige sus mandatos” (Passerin D’Entreves, 1970a: 180).

## 2. La obediencia al Derecho

Se ha indicado anteriormente que las obligaciones jurídica, política y moral son interdependientes a pesar de que pueden ser delimitadas, cada una de ellas, con cierta autonomía. No obstante, igualmente, las relaciones entre ellas pueden ser de enfrentamiento, además, obviamente, de poder coincidir. El caso planteado en el Critón platónico muestra a un Sócrates que parece dar preeminencia a la obligación política de obedecer las leyes, y que sería la virtud que caracteriza al buen ciudadano, sobre la falta de obligación, en conciencia, de obedecer una sentencia injusta (en la Apología se plantea Sócrates la posibilidad de la desobediencia a órdenes injustas). Un juez, dentro de un sistema democrático puede o debe acatar y aplicar una norma jurídica válida, a pesar de que su conciencia moral le dicte reformarla o no acatarla (cuando se trata de normas jurídicas profundamente injustas la situación es diferente y también la postura que puede o debe tomar el juez es distinta). Otro caso de enfrentamiento entre obligaciones lo plantean los objetores de conciencia o los desobedientes civiles: su conciencia moral les exige solicitar una excepción en el cumplimiento de una obligación jurídica o desobedecerla, al mismo tiempo que piden su cambio, aunque en todo lo demás acepten el orden constitucional y se comporten como ciudadanos ejemplares (Passerin D’Entreves, 1970b: 213).

De todas las cuestiones que engloba el problema de la obligación política nos vamos a detener en la obligación de obedecer a las leyes (el Derecho). No solamente se trata del núcleo más importante de la obligación política sino que también es el banco de pruebas de ella (Wolff, 2001: 57 ss.). Podemos dejar de lado la existencia de una obligación jurídica de obedecer al Derecho (que debe darse por admitida por simple coherencia lógica). También podemos aparcar (pero en este caso provisionalmente) la obligación política de obedecer al Derecho o la existencia



de razones políticas adecuadas y pertinentes, más complicadas, generales y profundas que las razones de la obligación jurídica. La pregunta que aquí interesa, y que ha sido objeto de debate a lo largo de la historia de las ideas políticas y en la filosofía política y jurídica contemporánea, es si cabe hablar, y fundamentar en su caso, de una obligación moral de obedecer al Derecho. La respuesta, me parece que puede ser afirmativa, siempre y cuando estemos hablando de una obligación moral no absoluta ni universal. No absoluta, porque pueden admitirse casos en los que otras obligaciones morales gocen de mayor preponderancia. Ni universal, porque lo que entendemos por Derecho en una sociedad puede contar con contenidos generales adecuados desde el punto de vista moral, pero englobar también disponibles de contenido dudoso desde el punto de vista de su justicia. Además, la obligación moral de obedecer al Derecho, teniendo en cuenta que lo que nos aportan las normas jurídicas son unos medios técnicos para lograr unos objetivos que pueden ser morales o inmorales, justos o injustos, es una obligación derivada de la obligación moral más general y primitiva (desde el punto de vista de su fundamentación) de ser justos. Y la obligación moral de comportarnos con justicia es una de las obligaciones morales más relevantes que tenemos como agentes morales que conviven en sociedad con otros. Por tanto, cuando creamos, aplicamos u obedecemos normas jurídicas justas estamos actuando moralmente.

De lo anterior se desprende que la obligación moral de obediencia al Derecho es una obligación selectiva que está dirigida exclusivamente al Derecho justo (es decir, a la norma jurídica justa). Las injustas o medianamente justas pueden ser objeto de obligación jurídica o de obligación política, pero no de obligación moral. Y de la misma manera que podemos esgrimir razones morales para obedecer al Derecho, pueden también existir razones morales (y en caso más extremo: obligación moral) para su desobediencia.

A cualquiera que lea esta exposición se le ocurrirá inmediatamente que el tema de la obligación moral de obedecer al Derecho se ha trasladado a los rasgos con los que debe contar el Derecho (es decir: la norma jurídica) para ser considerado justo. Y lógicamente precisamos de construir o aceptar una determinada teoría de la justicia. La discusión se ha extendido hasta otra serie de cuestiones que son un verdadero y difícil reto, pero que han venido acompañando la mejor reflexión de la historia de la filosofía moral, política y jurídica.

Por mi parte la cuestión, siempre abierta, quedaría planteada así: Los destinatarios del Derecho son, al mismo tiempo, agentes morales y un determinado sistema jurídico puede contar con razones morales fuertes o profundas a su favor. En ese caso, existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas, derivada de la obligación moral más general que tienen los seres humanos de ser justos. Se entiende que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente (democráticamente) y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Las decisiones democráticas, por consiguiente, si pretenden ser justas, deben contar con el aval de los derechos humanos fundamentales (Fernández García, 1987: 21 ss.; Fernández García, 2007: 261 ss.).

### Bibliografía

- BOBBIO, N. (1996), "Sobre las relaciones entre Filosofía, Política y Ciencia Política", en BOBBIO, N., *El filósofo y la política*, Fondo de Cultura Económica, México.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (1987), *La obediencia al Derecho*, Ed. Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (1990), *Estudios de ética jurídica*, Editorial Debate, Madrid.



- PASSERIN D'ENTREVES, A. (1970a), *La noción de Estado*, Centro de Estudios Universitarios, Madrid.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. (1970b), *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Ed. di Comunità, Milano.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. (2001), *La noción de Estado*, Editorial Ariel, Barcelona.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. (1991), "Filosofía de la Política", en BOBBIO, N., MATEUCCI, N. y PASQUINO, G. (dirs.), *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores, México.
- PECES-BARBA, G., con la colaboración de FERNÁNDEZ, E., ASIS, R. de y ANSUÁTEGUI, J., (2007), *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Ed. Espasa Calpe, Madrid.
- PELAYO GONZÁLEZ TORRE, A. (1994), *Consentimiento, democracia y obligación política*, Pról. E. Fernández García, Editorial Colex, Madrid.
- WOLFF, J. (2001), *Filosofía Política. Una Introducción*, Editorial Ariel, Barcelona.



## Responsabilidad ética

Roberto R. Aramayo  
*Instituto de Filosofía del CSIC*  
[aramayo@ifs.csic.es](mailto:aramayo@ifs.csic.es)

### Resumen

Aramayo intenta delimitar aquí el ámbito específicamente moral de la responsabilidad, subrayando lo que serían sus rasgos característicos, para diferenciarla mejor de sus vertientes jurídica, política o incluso psicoanalítica. En ese itinerario se recurre al diálogo de autores como Manuel Cruz y Javier Muguerza, bajo la guía de clásicos como Kant, cuya concepción se compara con la de Hans Jonas, para terminar analizando el distingo weberiano entre convicciones y responsabilidades.

119

### Palabras clave

Coartada, hacerse cargo, agencia moral. M. Cruz, J. Muguerza, Kant, H. Jonas, Weber.

## Ethical responsibility

### Abstract

In this paper Aramayo attempts to demarcate the specific moral sphere of responsibility, hence he underlines its basic features for distinguishing moral from legal, political, even psychoanalytical forms of responsibility. Along this route, Aramayo appeals to Manuel Cruz and Javier Muguerza dialogues and requests the guidance of a classic thinker as Kant whose conception is compared with that of Hans Jonas. Finally, he concludes this work with the analysis of Weber's distinction between convictions and responsibilities.

### Keywords

Alibi, taking charge, moral agency. M. Cruz, J. Muguerza, Kant, H. Jonas, Weber.



*“Las responsabilidades sin convicciones serían ciegas  
y las convicciones sin responsabilidades vacías”.*  
Javier Muguerza

Al abordar la responsabilidad desde una perspectiva ética se hace necesario discriminar los confines de su territorio estrictamente moral (Aramayo, 1999: 27-45), para no confundirlo con otras zonas limítrofes que suelen ser mucho más frecuentadas, como sería el caso del derecho penal. A decir verdad, tendemos a identificar la responsabilidad con una categoría eminentemente jurídica y, a lo sumo, solemos relacionarla protocolariamente con la esfera política, remitiéndola en ambos casos al proceloso terreno de la culpabilidad (Aramayo, 2003: 15-34). En orden a esa necesaria demarcación, cabría enumerar ciertos rasgos distintivos. La responsabilidad moral atañe ante todo al individuo y no cabe generalizarla sin más a los miembros de un determinado colectivo, al menos antes de que sus componentes tomen cartas en el asunto y decidan suscribir determinados hechos. Así, la responsabilidad no parece algo que pueda heredarse sin más, ni tampoco algo de lo que uno pueda contagiarse por la circunstancia de pertenecer a un determinado colectivo. Diríase además que no cabe ser sujeto pasivo de la responsabilidad, sino que se requiere una participación activa en determinados hechos o, cuando menos, el tomar partido a favor de los mismos.

Con todo, esto último no está reñido con otra posibilidad, cual es la de poder asumir ciertas responsabilidades por vía de omisión, siempre que esta sea *una omisión intencionada* y conlleve, por tanto, una toma de postura en favor del acto que hubiera podido impedirse u obstaculizarse gracias a nuestra posible intervención en el mismo. “Es claro -ha escrito Manuel Cruz- que en la base de la idea de omisión, fundamentándola, hay otra idea que conviene explicitar, la de que existe un curso de los acontecimientos tal que, de no mediar la intervención de la acción humana, tiende a su consumación” (Cruz, 1998: 76). Pero, si bien es cierto que una omisión intencionada puede valer tanto como cualquier acción a la hora de aquilatar nuestra responsabilidad, no es menos cierto que dichas omisiones presentan a su vez una distinta graduación en lo tocante a las cuotas de responsabilidad y que no cabe homologar por ejemplo las posibles abstenciones del ciudadano corriente con la inhibición de un político relevante.

De otro lado, para decirlo en dos palabras, con la responsabilidad ética ocurre algo parecido a lo que sucede con las ofensas, pues no es responsable quien *quiere*, sino tan solo quien *puede*”. Nuestra cuota de responsabilidad siempre dependerá del *poder* que tengamos para realizar, o impedir, el hecho respecto del cual se deban rendir cuentas. En este sentido, cabría sostener que la impotencia nos absuelve de toda responsabilidad. Según advierte Hans Jonas (1994: 172 ss.), el poder es una *conditio sine qua non* del hacerse responsable. Dentro del ámbito de la responsabilidad ética el *querer* no basta y tiene que verse necesariamente acompañado por el *poder*. Para responsabilizarnos de algo se requiere una capacidad potencial para llevarlo a cabo u obstaculizarlo. Habría por lo tanto una primera línea fronteriza dentro del ámbito de la responsabilidad moral. Esa frontera vendría delimitada por el poder, entendido en su sentido más amplio, esto es, como una capacidad cuando menos potencial para hacer o dejar de hacer, sin la cual no cabe hacerse responsable de nada. El querer, la volición, supone una especie de salvoconducto para cruzar esa frontera e ingresar en los dominios de la responsabilidad, pero es claro que no representa estrictamente una de sus lindes.

En lo tocante a la responsabilidad moral hay una cosa bastante clara: “querer *no* es poder”.

Por añadidura, las intenciones no pueden responsabilizarnos de nada, siempre que no se asomen al mundo de los hechos. En cambio, las consecuencias de un acto, aun cuando puedan tener un carácter fortuito y absolutamente falto de intención, siempre generan una u otra clase de responsabilidad, ya sea esta de índole moral, política o jurídico-penal, habida cuenta de que alguien debe responder del daño causado y ello debe ser así, aunque las consecuencias de nuestras acciones estén sujetas al concurso del azar y no dependan únicamente de nosotros. Las intenciones tienen poco que decir en el marco de la responsabilidad, un terreno donde no cuentan sino los hechos y el mal producido, aun cuando la intención llegue incluso a brillar por su ausencia, como sucedería con una negligencia que conlleve alguna desgracia carente de toda intencionalidad. “Cuando suceden algunas consecuencias desafortunadas a partir de un simple descuido, la persona responsable del mismo suele ser castigada *como si* [RRA] realmente hubiese pretendido esas consecuencias” (Smith, 1997: 215).

Desde luego, el poner de relieve las circunstancias que han propiciado ciertas consecuencias funestas, incluso al margen de los propios designios, puede mostrarse útil para matizar nuestras responsabilidades, pero bajo ningún concepto debe servirnos como una coartada que nos absuelva de toda responsabilidad. En caso contrario, sucumbiríamos a eso que Pascal Bruckner ha dado en llamar *La tentación de la inocencia*. El espíritu de la irresponsabilidad siempre se las ha ingeniado para inventar las más variopintas coartadas. Hay una coartada que compendia todas las demás, y es la de que nuestro comportamiento se ve predeterminado por diversos factores ajenos a nuestro control. Como puede imaginarse, aquí cabe de todo. Desde un trauma infantil hasta toda suerte de supersticiones, la creencia en una instancia rectora llamada destino, naturaleza o providencia... La lista es interminable, pero Kant supo resumir bastante bien todos esos posibles argumentos en su *Crítica de la razón práctica*: “Un ser humano puede rebuscar cuanto quiera al evocar cierto comportamiento contrario a la ley, para escenificarlo como un delito inintencionado, como una simple imprevisión de la que no cabe nunca sustraerse por completo y, en definitiva, como algo a lo cual se vio arrastrado por el torrente de la necesidad natural” (Kant, 2000: 198). Sin embargo, aun cuando pretenda explicar su falta como un corolario necesario de todos esos condicionamientos, por mucho ingenio que derroche, a pesar de toda su brillante retórica, no logrará convencer ni a sí mismo, pues dentro de su fuero interno ese abogado defensor no consigue acallar la voz del fiscal, y el tribunal de su propia conciencia sigue dictaminando que cometió una infracción, declarándole a él como único responsable moral de la misma pese a todas las alegaciones presentadas para intentar disculparse por ella, porque la responsabilidad ética no se muestra nada complaciente con los atenuantes ni las eximentes.

También para la responsabilidad ética cuentan mucho más las consecuencias generadas por nuestros actos que su intención: “Cuando un suceso desborda los límites de lo puramente privado, por más tolerantes que seamos con los impulsos ajenos, nuestra atención se desplaza del protagonista a los efectos de su conducta. Pierden importancia las intenciones para ponerse en primer plano los resultados”. Esta observación de Manuel Cruz (1996: 179-180) coincide con los dictámenes emitidos anteriormente por Hans Jonas o Adam Smith. Según estos dos últimos autores, ante los ojos de la responsabilidad, un acto consumado pesa bastante más que uno abortado y, por otra parte, una negligencia imprevista



puede juzgarse *como si* respondiese a un designio malicioso, siempre que comporte algún efecto particularmente dañino.

Hacerse cargo de las motivaciones o circunstancias que propician una determinada conducta para intentar comprender su proceso genético nunca puede servir para sentirnos absueltos del otro *hacerse cargo*, esto es, de asumir nuestras responsabilidades, y esto es algo que conviene subrayar en unos tiempos donde, como ha señalado Pascal Bruckner (1995: 14-15), cunde cierto espíritu de irresponsabilidad y todos parecemos aspirar a una confortable *minoría de edad*, cuando no a esa *victimización* mediante la cual los verdugos adoptan el papel de víctimas. Carlos Moya (1998: 61) ha bautizado a este fenómeno tan contemporáneo con el nombre de “ceguera moral”. En su opinión, las consideraciones morales brillan cada vez más por su ausencia y dejan el campo libre a otros tipos de consideraciones que, al ser homogéneas o conmensurables entre sí, admiten ser ordenadas en una serie de menor a mayor fuerza o peso e impiden que se lleguen a plantear los dilemas propios de la responsabilidad moral. En definitiva, el agente deja de ser moralmente responsable, por cuanto no se le toma por el origen último de un cambio, sino como un mero eslabón de una cadena causal que se remonta indefinidamente hacia el pasado. El problema de la responsabilidad se ha trivializado tanto que sencillamente no llegamos a vislumbrarlo tan siquiera,

Definida con toda sobriedad en términos kantianos “una *persona* es aquel sujeto cuyas acciones le son *imputables*”. Quien abdique de semejante condición se convierte, para Kant (2020: 115), en una mera *cosa* y, por tanto, admite verse tratado como un simple medio. Tal sería el precio a pagar por todo aquel que decline ser considerado *responsable* de sus acciones. Javier Muguerza explicita del siguiente modo esta célebre distinción kantiana entre personas y cosas, invocando asimismo el criterio de la responsabilidad como línea fronteriza entre ambos estatutos ético-morales: “cuando nosotros describimos las acciones de nuestros semejantes no es del todo ilegítimo que lo hagamos en términos causales, explicándonos su conducta en virtud de los condicionamientos naturales o sociales que les llevan a comportarse de tal o cual manera, y así es como decimos, por ejemplo, que ‘dadas las circunstancias Fulano no podía actuar de otra manera’. Así es como hablamos de Fulano en *tercera persona*. Pero podríamos hacer otro tanto cuando cada uno de nosotros habla en nombre propio y se refiere a sí mismo en *primera persona*. Bien miradas las cosas, hablar así sería sólo una excusa para eludir *nuestra responsabilidad como tal*, la responsabilidad que a todos nos alcanza por nuestros propios actos. Cuando diga ‘no pude actuar de otra manera’ o ‘las circunstancias me obligaron a actuar como lo hice’, estaría sencillamente dimitiendo de mi condición de persona para pasar a concebirme como una cosa más. O, con otra palabras, estaría renunciando a la humana carga de ser dueño de mis actos” (Muguerza, 1991: 19-20).

Por lo que atañe a la perspectiva ética, el comprender o “hacerse cargo” de las motivaciones y los antecedentes causales del obrar no debe ni puede servir nunca como coartada eximente de la responsabilidad, habida cuenta de que, desde un punto de vista moral, nada nos exonera del otro *hacerse cargo*, esto del asumir las consecuencias de nuestros actos u omisiones. Ese sujeto ético al que sus acciones le son imputables en última instancia no puede llegar a verse abolido por explicación causal alguna y sigue siendo responsable de sus actos al margen del contexto que los haya propiciado. A fin de cuentas, con la responsabilidad moral viene a ocurrir exactamente lo mismo que con el cielo estrellado. Este siempre sigue ahí, aunque a veces no lo veamos y prefiramos dejarnos deslumbrar por las luces artificiales o los fuegos fatuos.

Max Weber puso el dedo en la llaga cuando, en su célebre conferencia del año 1919, consagró la distinción entre convicciones y responsabilidades. “Cualquier acción éticamente orientada puede hallarse bajo *dos* máximas diametralmente opuestas y antitéticas: puede orientarse conforme a la *ética de la convicción* o con arreglo a la *ética de la responsabilidad*. No es que la ética de la convicción se identifique con una total ausencia de responsabilidad o viceversa. Pero media un profundo abismo entre ambas, pues la primera sólo se ocupa de obrar correctamente, mientras que la segunda exige responder de las *consecuencias* (previsibles) de su actuación” (Weber, 1992: 153). El propio Weber habría propuesto sintetizar ambas éticas, dado que siempre cabe hacerse responsable de las propias convicciones y responder de sus consecuencias (Aramayo, 1997: 140-141). En su lectura de Weber y, parafraseando a Kant, Javier Muguerza sostiene que “las responsabilidades sin convicciones serían ciegas y las convicciones sin responsabilidades vacías” (Muguerza, 2007: 26). Confrontar y complementar a Weber con Kant arroja un balance muy positivo. Por un lado, la exigencia de tomarse en serio la estimación de las consecuencias de las decisiones morales y políticas, que demanda la ética de la responsabilidad, modera el empeño kantiano por primar una voluntad buena en sí misma y que no se ocupa de sus efectos, pero, por otro lado, el deontologismo kantiano advierte lo funesto que resultaría sacrificar la justicia en el altar del éxito. Atento a esas dos advertencias, Muguerza, con su imperativo del disenso propondrá decir *no* a cuanto se nos antoje intolerable por injusto e indigno, conjugando así, a su modo, la dialéctica entre una ética de las convicciones y una ética de las responsabilidades.

Quizá la responsabilidad tenga más que ver con la praxis y no tanto con la teoría, como apunta José Luis Villacañas: “Podríamos decir que se habla desde la responsabilidad, no sobre la responsabilidad. Se tiene acceso al sentido haciendo cosas con sentido, no buscándolo aislado, solo, descarnado. Este centrarse en el sentido de forma directa, nos lleva a despreciar el mundo en la plenitud de sus contextos significativos. Este centrarse en las macrorresponsabilidades totales nos lleva a ignorar nuestro papel como seres responsables. Esta búsqueda de qué sea epistemológicamente la responsabilidad nos impide reconocer los contextos concretos en los que una pregunta puede tener una respuesta” (Villacañas, 2007, 64). Comoquiera que sea, para Manuel Cruz el rasgo más definitorio de la responsabilidad sería su intersubjetividad. Mientras la culpa es un asunto que únicamente guarda relación con el sujeto y con la interiorización que hace de una u otra norma, “la responsabilidad –aduce– no puede plantearse en términos de hermenéutica privada, no es un negocio en el que el sujeto despache a solas con la norma. La responsabilidad, como nos recuerda la etimología del término, es estructuralmente intersubjetiva. Sin un ante quién responder, que nos interpele con su reclamación, no hay responsabilidad posible” (Cruz, 1999: 15-16). Sin embargo, en mi opinión, la responsabilidad ética también puede dirimirse tan sólo en el fuero interno de nuestra conciencia moral, donde cabe *responder ante uno mismo* y *sentirse responsable moral* de nuestras acciones u omisiones, rindiendo cuentas ante la figura kantiana del tribunal de nuestra conciencia (Aramayo, 2001: 169-171), que tan bien ha sabido recrear Javier Muguerza (1994: 535-556) y en donde la responsabilidad ética encontraría su corte de apelación suprema.

## Bibliografía

ARAMAYO, R. R. (1997), *La Quimera del Rey Filósofo. Los dilemas del poder, o el frustrado idilio entre la ética y lo político*, Taurus, Madrid.



- ARAMAYO, R. R. (1999), "Los confines éticos de la responsabilidad", en CRUZ, M. y ARAMAYO, R.R., *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, Trotta, Madrid, pp. 27-45.
- ARAMAYO, R. R. (2001), *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, EDAF, Madrid.
- ARAMAYO, R. R. (2003), "Culpa y responsabilidad como vertientes de la conciencia moral", *Isegoría* 19, pp. 15-34. Disponible en internet: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/487/487>. Revisado el 10 de junio 2011.
- BRUCKNER, P. (1995), *La tentación de la inocencia*, Anagrama, Barcelona.
- CRUZ, M. (1996), *¿A quién pertenece lo ocurrido?*, Taurus, Madrid.
- CRUZ, M. (1998), "Conviene cambiar de figuras (Sobre acción y responsabilidad)", *Isegoría* 17, pp. 73-84. Disponible en internet: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/199/199>. Revisado el 10 de junio 2011.
- CRUZ, M. (1999), "Acerca de la necesidad de ser responsable", en CRUZ, M. y ARAMAYO, R. R., *El reparto de la acción*. Trotta, Madrid, pp. 11-23.
- JONAS, H. (1994), *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para una civilización tecnológica* (Introd. A. Sánchez Pascual), Herder, Barcelona.
- KANT, Immanuel (2000), *Crítica de la razón práctica* (ed. R. R. Aramayo), Alianza Editorial, Madrid.
- KANT, I. (2002), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (ed. R. R. Aramayo), Alianza Editorial, Madrid.
- MOYA, C. (1998), "libertad, responsabilidad y razones morales", *Isegoría* 17, pp. 59-71. Disponible en internet: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/198/198>. Revisado el 10 de junio 2011.
- MUGUERZA, J. (1991), "Kant y el sueño de la razón", en THIEBAUT, C., *La herencia ética de la Ilustración*, Crítica, Barcelona.
- MUGUERZA, J. (1994), "El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal (Una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)", *Doxa* 15-16, pp. 535-556. Disponible en internet: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/02.pdf>. Revisado el 10 junio 2011.
- MUGUERZA, J. (2007), "Convicciones y/o responsabilidades. Tres perspectivas de la ética en el Siglo XXI", en ARAMAYO, R. R. y GUERRA, M. J., *Los laberintos de la responsabilidad*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 21-51.
- SMITH, A. (1997), *La teoría de los sentimientos morales* (ed. C. Rodríguez Braun), Alianza Editorial, Madrid.
- VILLACAÑAS, J. L. (2007), "Responsabilidad y esferas de acción", en ARAMAYO, R.R. y GUERRA, M.J., *Los laberintos de la responsabilidad*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 53-75.
- WEBER, Max (1992): *La política como profesión* (ed. J. Abellán), Espasa-Calpe, Madrid.



## Responsabilidad jurídica

Juan Antonio García Amado  
*Universidad de León*  
[jagara@unileon.es](mailto:jagara@unileon.es)

### Resumen

Se distingue la responsabilidad jurídica de la moral y distingue la sancionatoria penal y administrativa de la civil contractual y extracontractual. En esta última analiza las diferencias entre enfoques naturalistas y normativistas.

125

### Palabras clave

Responsabilidad moral, daño, causación, responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva.

## Legal Responsibility

### Abstract

The author distinguishes legal from moral responsibilities; subsequently he differentiates criminal and administrative responsibilities from contract and non contract liability. Concerning the last one he explores the differences between naturalist and normative approaches.

### Keywords

Moral responsibility, damage, causation, fault liability, objective liability.

Cuando se habla de responsabilidad jurídica se hace referencia a la atribución a un sujeto de la responsabilidad por un daño que han padecido una persona (física o jurídica) o un bien jurídico. Por bien jurídico podemos entender aquí un interés o estado de cosas que, conforme a las normas de un sistema jurídico, es merecedor de esa protección reforzada mediante coacción que brinda el Derecho.

Conviene en primer lugar señalar las coincidencias y diferencias con la responsabilidad moral. Tanto en el caso de la responsabilidad moral como en el de la jurídica, a la imputación de responsabilidad a un sujeto subyace una norma, en el primer caso una norma perteneciente a un sistema moral y en el segundo caso una norma que forma parte de un sistema jurídico. Esas normas señalan que, bien mediante acciones o mediante omisiones, un sujeto ha de procurar que otro u otros no sufran cierto daño. Cuando se señala a un sujeto como responsable de ese mal o daño que otro ha padecido, el sistema normativo de que se trate imputa al sujeto responsable una consecuencia negativa, una sanción, en sentido lato del término. La sanción moral por excelencia es el remordimiento personal, si bien la dimensión social de los sistemas morales y su vinculación a reglas de la vida social, como usos sociales, costumbres y tradiciones, pueden hacer que también operen sanciones sociales difusas y espontáneas, como el rechazo o la reconvención social.

Aun cuando el contenido de las normas jurídicas esté genéticamente asociado a los contenidos de los sistemas morales vigentes, así como a otras convenciones sociales que forman ese sustrato que se suele llamar cultura o mundo de la vida, la responsabilidad jurídica tiene perfiles y funciones particulares, y más en el Derecho moderno, una vez que los sistemas jurídicos operan con un alto grado de independencia operativa y con funciones específicas de dirección autónoma de la vida social. Por tanto, aunque se pueda decir y se siga diciendo que el Derecho sirve o debe servir a la justicia, recompensando las acciones que sean conformes con esa virtud moral y reprimiendo las que la vulneren, el Derecho cumple antes que nada una tarea de organización y dirección de la convivencia y de los modos de articular las relaciones en sociedad. Esa función, que tiene mucho de ingeniería social, es tanto más ineludible y pasa a primer plano desde el momento en que en la Modernidad la sede de la moral se pone en la conciencia de cada uno y, además, rige para esa moral individual un principio -jurídicamente garantizado- de libertad, de modo que ya no existe "la" moral socialmente imperativa y homogénea, sino el pluralismo moral, y que, en consecuencia, se reconoce el igual derecho de creencias morales heterogéneas y la posibilidad de que cada cual viva según su personal concepción de lo que sea lo justo; pero dentro de un orden, y ese orden en el marco de la diversidad es el que el Derecho estatuye. Por eso, decir que un comportamiento es ilegal o antijurídico ya no es sinónimo de afirmar que el mismo es inmoral o pecaminoso, ni es justa, virtuosa o éticamente loable una conducta por el hecho de ser conforme a Derecho.

A partir de esas precisiones podemos representarnos cabalmente qué significa la responsabilidad jurídica. Un sujeto es jurídicamente responsable cuando el sistema jurídico prescribe que ese sujeto ha de "pagar" por un daño ocasionado a otros sujetos, a un grupo de ellos o a la colectividad toda. Pero, más allá de tan abstracta definición, la responsabilidad jurídica se bifurca en dos tipos principales. En uno el "pago" que se impone al sujeto tenido por responsable consiste en una sanción en sentido estricto, es decir, en una forma de castigo o retribución por su acción. Entran aquí en juego las sanciones penales y administrativas, cada una con su régimen particular, al que dentro de un momento aludiremos. En el otro tipo de

responsabilidad no se trata de castigar por una acción u omisión prohibidas por dañosas, sino de obligar al que el Derecho señale como responsable de un daño a indemnizar a la víctima del mismo, restituyéndola en su situación anterior o compensándola por el valor de lo perdido. Estamos en este caso ante la llamada responsabilidad civil, que tiene, a su vez, dos variantes, la contractual y la extracontractual. La responsabilidad civil contractual sirve para que quien causa a otro un daño como consecuencia del injustificado -con arreglo a Derecho- incumplimiento o del mal cumplimiento de un contrato que con él ha suscrito, compense a ese otro por las pérdidas derivadas de tal falta del debido cumplimiento de lo acordado. La responsabilidad civil extracontractual dispone quién y en qué casos ha de compensar el daño por otro sufrido.

La responsabilidad jurídica sancionatoria, que es responsabilidad unida a castigos por la propia conducta dañosa, tiene dos manifestaciones, como hemos dicho, la penal y la administrativa. A ambas son comunes en los sistemas jurídicos de Estado de Derecho una serie de elementos, que suelen venir estipulados en las Constituciones. El más importante es la sumisión al principio de legalidad, que significa que nadie puede ser castigado por una conducta que en el momento de realizarse no esté expresamente prohibida por las normas del sistema jurídico y con una sanción que no sea la que las normas jurídicas prevean para una conducta así. También son imperativas ciertas garantías para esa imputación de responsabilidad y del correspondiente castigo, garantías esencialmente formales y procedimentales, como las relativas a la prueba de los hechos o a la presunción de inocencia, si bien dichas garantías, y hasta el mismo principio de legalidad, tienen alcance distinto en el ámbito penal y en el administrativo.

Al margen de esas coincidencias, relativas, rigen también pautas diferentes para la responsabilidad sancionatoria penal y administrativa. Así, y por poner sólo algún de ejemplo, mientras en Derecho penal toda responsabilidad va unida al principio de culpabilidad -sólo responde penalmente quien no se halle en un error sobre la norma o la prohibición y quien sea plenamente dueño de sus actos, y sólo se responde por los actos propios- en Derecho administrativo esos requisitos se atenúan. También hay límites distintos para el contenido de las sanciones, pues la Administración no puede aplicar penas privativas de libertad y, en cambio, éstas sí están permitidas en Derecho penal. Una diferencia que ha decaído estaba en que en Derecho penal sólo cabía la responsabilidad de y, por tanto, la pena para las personas físicas, para los individuos como tales, mientras que las sanciones administrativas sí podían imponerse a las personas jurídicas (una asociación, una sociedad mercantil, etc.). Pero a partir de la Ley Orgánica 5/2010 España se suma a los países que establecen también la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Existen otros supuestos de responsabilidad jurídica, como por ejemplo, la responsabilidad de los Estados conforme al Derecho internacional. Pero en lo que sigue nos ocuparemos exclusivamente de la llamada responsabilidad civil extracontractual, antes mencionada.

La pregunta de partida es quién corre con los costes de las desgracias, de los accidentes que causan un daño a alguien. Las posibilidades son tres: que sea el que padeció la desgracia el que cargue con los costes, que sea otro sujeto -persona física o jurídica- o que sea el Estado, es decir, el erario público. Es el Derecho el que determina la solución que en cada caso impere y lo hace eligiendo, según los supuestos, entre esas tres opciones. En ocasiones el Estado carga con los costes o indemniza por una parte de ellos a las víctimas de la mala suerte, aun cuando lo acontecido en nada tenga que ver o dependa de la actuación de un órgano del





Estado. Así sucede, por ejemplo, cuando el Estado decide subvencionar a quienes han sido dañados por una catástrofe natural -un terremoto, una inundación, una sequía...- o algunos accidentes, como pueda ser el hundimiento de un barco que contamina y daña la actividad pesquera. Otras veces el sistema jurídico fija las condiciones para que los costes de un mal padecido por un sujeto vayan a cuenta de un tercero que se encuentra en una situación especial respecto de los hechos y/o la víctima. Es entonces cuando se habla de responsabilidad civil por daño extracontractual. Cuando el sistema jurídico calla y no se inclina por ninguna de las dos alternativas anteriores, los costes de la mala suerte recaen sobre el mismo que padeció el suceso dañoso.

Ahora repasemos en sus grandes líneas cómo se configura este tipo de responsabilidad en nuestro sistema jurídico. Decíamos antes que hay responsabilidad civil extracontractual cuando el ordenamiento jurídico hace que un sujeto -persona física o jurídica, sujeto privado o público- deba compensar al que sufrió un daño, indemnizándolo por valor equivalente a los costes de dicho daño, de modo que el dañado sea repuesto en la situación previa al evento dañoso, o en una situación equivalente a ella; es decir, que recupere lo que perdió (y, en su caso, lo que dejó de ganar), si bien en muchísimas ocasiones -cuando el daño no es meramente dinerario- lo recuperado no será exactamente lo perdido, sino su equivalente económico real o aproximado. Adelantábamos también que lo que el Derecho hace es imputar esa responsabilidad por el daño ajeno a un sujeto que se encuentra en una situación especial respecto de los hechos que lo provocaron o respecto de la víctima. La casuística es sumamente variada y compleja y sólo son posibles aquí consideraciones muy esquemáticas.

La doctrina tradicional, que era -y sigue siendo- de corte naturalista, entendía que el Derecho se limitaba a responder a un supuesto "natural" y objetivo de justicia y se regía, en el fondo, por la vieja idea de que "el que la hace la paga". Así es como se ha venido repitiendo que los requisitos de esta responsabilidad son los siguientes, todos ellos ineludibles: a) el acaecimiento de un daño sufrido por un sujeto en un bien propio; b) el nexo causal entre dicho daño y la conducta -acción u omisión- de otro sujeto; c) La concurrencia de reprochabilidad en el sujeto causante que con su conducta ha producido el daño o bien deliberadamente, con dolo, o bien por falta del debido cuidado, por negligencia. Cumplidas esas condiciones, d) el sujeto responsable deberá restituir a la víctima del daño, indemnizarla en proporción a la gravedad del mal padecido.

Mas la evolución de esta rama del Derecho hasta nuestros días quita la razón a los enfoques naturalistas y la da, en nuestra opinión, a los normativistas. Dicho simplificado, mientras que los naturalistas creen que el Derecho debe hacer y hace responder a aquel que lo merece por razón de los contenidos de conciencia de su acción -por malintencionado o descuidado- y por el vínculo "natural", causal, que hay entre su conducta -causa- y el daño -efecto de esa causa-, los planteamientos normativistas subrayan que el Derecho obliga a responder por daño a quien -según la idea de justicia social dominante y/o según la prevalencia de unos u otros intereses en sociedad-, el Derecho quiere, a quien el Derecho diga. Jurídicamente responsable no es el que en sí y objetivamente lo es, de modo que el Derecho se limitaría a reconocer esa condición previa, prejurídica, sino que jurídicamente responde aquel a quien el Derecho imputa precisamente ese estatuto, el de jurídicamente responsable. Y aquellos cuatro requisitos de la versión naturalista tradicional y cuya terminología se mantiene en la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia actuales a base de retorcer las nociones y de sumergirse en todo un mundo de ficciones, se ven en los ordenamientos jurídicos de hoy

constante y radicalmente puestos en cuestión. Revisemos con suma brevedad todo ese panorama.

a) En cuanto al daño, no siempre que opera la imputación de responsabilidad se arranca de un daño constatable, sino que a veces ese daño se presume. Pongamos un ejemplo. El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, tipifica una serie de supuestos de “intromisiones ilegítimas” en el honor, la intimidad o la propia imagen. Se trata de conductas cuyo mero acaecimiento da lugar a la obligación de reparar al perjudicado, pues “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima” (art. 9.3). Es fácil imaginar casos concretos en que la acción que la Ley califica como “intromisión ilegítima” y que presume dañosa con presunción *iuris et de iure* pueda no causar ningún perjuicio real al afectado o, incluso, reportarle beneficio. Muestra de cómo una idea puramente normativa de daño se impone sobre uno “natural” o real.

b) Posiblemente uno de los mayores desajustes entre lo que se dice y la realidad aparece en lo referido al nexo causal entre daño y conducta del responsable. Contrariamente a lo que la doctrina dominante gusta de pensar, en el actual Derecho de daños ni todo el que causa responde ni todo el que responde ha causado. Desgranemos las dos partes de la anterior afirmación.

- No todo el que causa responde. De entre todas las acciones -y sus correspondientes sujetos- que se incluyen en la cadena causal que desemboca en el daño, el sistema jurídico, sea por vía legal o jurisprudencial, realiza una selección, de modo tal que no todo lo que empíricamente y en un sentido propio es causa se considera jurídicamente como causa. Si todo el que con su obrar se inserta en la secuencia causal que conduce a una desgracia fuera jurídicamente responsable, como venía a indicar la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, la cadena de responsabilidad sería tan larga como esa cadena causal. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan tenido que podar la causalidad empírica para conformar el concepto *jurídico* de causalidad que funciona para la atribución de responsabilidad jurídica. Doctrinas como la de la causalidad adecuada no son propiamente teorías sobre la causalidad, sino criterios de imputación de la responsabilidad jurídica, pues vienen a establecer que sólo se podrá juzgar como jurídicamente responsable del daño a quien se encuentre en una cierta posición en la cadena de la causación empírica del hecho.

- No todo el que responde ha causado. Son muy diversos los supuestos que dan cuenta de este aspecto. Enumeremos algunos.

(i) “Causación” por omisión. El Derecho con mucha frecuencia imputa responsabilidad por un daño de otro a quien, pudiendo y debiendo haberlo evitado, no lo ha evitado. Pero parece más que obvio que si yo soy médico y no hago lo debido que está en mi mano para impedir la muerte de un paciente, esa muerte no la he causado yo, no la ha causado mi no hacer; igualmente, si yo, sabiendo nadar perfectamente y sin correr especiales riesgos, no me arrojo al agua para salvar al que se está ahogando, yo no he sido el causante de su ahogamiento. Pero el sistema jurídico puede y suele hacerme responsable en esos casos, responsable *como si* yo hubiera causado esas muertes. Como la doctrina se empeña en mantener la ficción de la causalidad como base de la imputación de responsabilidad, se produce una curiosa inversión y resulta que yo no respondo porque causé, sino que, para el Derecho, causé porque respondo. Es claro que no se está hablando de



causalidad empírica en estas ocasiones. Lo que sucede es que no se me hace responsable por lo que empíricamente causé, sino por lo que dejé de causar habiendo debido causarlo. Es decir, el Derecho requiere que ése que va a ser declarado responsable se encuentre en lo que se llama una posición de garante; esto es, que esté obligado a un hacer que le resulta posible y que impida el daño, que interfiera, por tanto, en la causalidad que, si no es así interferida, desemboca en el daño. Así pues, la sanción -en sentido propio o en sentido lato, como indemnización- que se le aplica no es por lo que causó, sino por lo que no causó y debía haber causado.

(ii) Responsabilidad por el daño provocado por otra persona. Existen numerosos supuestos en los que un sujeto responde por el daño producido por la conducta de otro. Es decir, uno es el que con su conducta da lugar al daño y otro distinto el que responde por ese daño sin haberlo causado. Así pasa, por ejemplo, con la responsabilidad de los padres por “los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda” o la de los dueños o directores de un establecimiento o empresa por “los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones” (art. 1903 del Código Civil), etc. En estos casos la responsabilidad se imputa sin causación por el responsable y en realidad se trata de una responsabilidad por omisión: al padre, empresario, etc. no se le atribuye la responsabilidad por lo que ha hecho, sino por lo que no ha evitado que hiciera la persona de él dependiente con arreglo a Derecho. También la Administración pública responde por los daños provocados por el personal a su servicio (art. 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), lo que no quiere decir, metafísicas aparte, que ese ente llamado Administración cause nada, sino que a dicho ente -y a su erario- se le imputa la responsabilidad por los daños “causados” por quienes de él dependen.

(iii) Responsabilidad por causación presunta o por desconocimiento de la causación. Cada vez son más comunes los casos en que una norma jurídica dispone que por el daño de un tercero responderá quien se halla en cierta relación con él o en cierta situación respecto de él o de los hechos, salvo que éste, el inicialmente llamado a responder, pruebe que él no ocasionó dicho daño. Mas no probar que A no causó el hecho que dañó a B no equivale a probar que A sí lo causó. Simplemente el Derecho, en tales supuestos, presume en principio dicha causación, lo cual puede corresponder o no con la realidad empírica de los acontecimientos. Por tanto, responsabilidad por causación presunta es responsabilidad que puede ser ajena a la causalidad real.

A veces las circunstancias impiden conocer quién causó un daño y el sistema jurídico opta por que respondan, *como si* fueran causantes, todos los miembros de un grupo que se encontraban en ciertas circunstancias. Por ejemplo, a tenor de lo que establecía el art. 33.5 de la Ley de Caza, “En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”. Es decir, sólo uno causó, si acaso, pero responden también todos los demás, y en el caso de todos los demás será responsabilidad sin causación.

c) Responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva. Ya es innegable que, junto a la clásica responsabilidad por dolo o culpa que figura como pauta general en el artículo 1902 del Código Civil, aparecen abundantísimos supuestos de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva se da cuando los costes del daño, es decir, la responsabilidad, se imputan a un sujeto que no es merecedor de ningún reproche como consecuencia del acaecimiento de dicho daño. Quien esté en

determinada situación o relación con el dañado responde, haga lo que haga, haya tenido buena intención o mala y haya procedido con negligencia o con el mayor cuidado de los imaginables.

La doctrina y la jurisprudencia han forzado los términos hasta límites llamativos para poder seguir presentando la responsabilidad objetiva como responsabilidad por la actitud subjetiva, pero no han podido ocultar que, cuando se hace objetiva, lo que está presente no es más que un criterio de distribución de costes completamente independiente de actitudes o intenciones de los sujetos a los que la responsabilidad se imputa. Se trata meramente de saber quién debe pagar, y debe pagar no por el reproche al que es acreedor, sino porque ha ocurrido una desgracia que estaba fuera de su control y el Derecho dice que es mejor, más justo o económica o socialmente más eficiente que pague él. La responsabilidad objetiva, por tanto, tiene mucho de instrumento de ingeniería social y, además, cumple una función de prevención que se suma a su función indemnizatoria: no sólo se trata de que el dañado obtenga una reparación, sino de que los que llevan a cabo ciertas actividades -por ejemplo, de manipulación de alimentos, de fabricación de objetos de consumo, etc.- extremen sus precauciones y su esfuerzo para evitar que sus productos provoquen accidentes.

d) El sujeto que el Derecho declare responsable tendrá que indemnizar al perjudicado por el daño, en eso consiste en términos prácticos la condición de responsable civil y ésta es la peculiar sanción -en sentido amplio de la expresión- de estas normas. La idea rectora aquí es que esa indemnización sirva para restituir a la víctima y que, por tanto, sea proporcional al daño. Pero en numerosas oportunidades eso supone traducir a términos monetarios lo que es difícilmente evaluable con tal magnitud, como ocurre paradigmáticamente a la hora de indemnizar el daño moral, entre otros muchos casos. Ese principio de proporcionalidad tropieza con las mismas dificultades prácticas que en el Derecho penal, donde también está establecido que la pena ha de ser proporcional al mal causado. Pero ¿cuánto vale la vida de una persona, un miembro corporal o la honra de alguien en términos de dinero o de pena privativa de libertad para el agresor?

## Bibliografía

- ATIYAH, P.S. (2000), *The damages lottery*, Hart, Oxford.
- CALABRESI, G. (1984), *El coste de los accidentes*, Ariel, Barcelona.
- CANE, P. (2002), *Responsibility in Law and Morality*, Hart, Oxford/Portland.
- COLEMAN, J. (1992), *Risks and Wrongs*, Oxford University Press, Oxford.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona).
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2006), *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HART, H.L.A., HONORÉ, T. (1985), *Causation in the Law*, Oxford University Press, Oxford.
- KELSEN, H. (1979), *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, UNAM.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.) (2007), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid.
- OWEN, D.G. (ed.) (1995), *Philosophical foundations of tort law*, Oxford University Press, Oxford.
- PANTALEÓN, F. (ed.), (2000), *La responsabilidad en el Derecho*, número monográfico del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4.



- POSTEMA, G.J. (ed.) (2002), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge University Press, Cambridge.
- REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.) (2008), *Tratado de responsabilidad civil*, 4ª ed, tres tomos Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona).
- ROSENKRANTZ, C.F. (comp.) (2005), *La responsabilidad extracontractual*, Gedisa, Barcelona, Gedisa.
- VINEY, G. (2009), *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- WEINRIB, H.J. (ed.) (2002), *Tort Law*, Ashgate, Aldershot.



## Cultura legal

Karina Ansolabehere  
FLACSO (Sede México)  
[kansola@flacso.edu.mx](mailto:kansola@flacso.edu.mx)

### Resumen

Se propone en este trabajo una definición de la noción de “cultura legal” que parte del enfoque del que los diferentes actores se sirven, en distintos espacios, para aprehender el concepto de Derecho en un momento dado y en relación con una sociedad concreta. Así concebido, el concepto es necesariamente plural: nos encontramos con tantas culturas legales como enfoques sobre lo jurídico seamos capaces identificar, por ello se propone considerar a la cultura legal un enfoque de aproximación a lo jurídico antes que un concepto. Desde estas premisas, la autora repasa, por una parte, las diferentes propuestas doctrinales de definición del concepto, y, por otra, las muy diversas preocupaciones que han movido a los estudiosos del mismo a centrarse, siempre desde la crítica al formalismo legal, en temas que cabe clasificar regionalmente.

### Palabras clave

Experiencia del Derecho, identidad del sistema legal, Derecho y sociedad, formalismo legal, cultura y Derecho.

## Legal Culture

### Abstract

This paper proposes a definition of the concept of "legal culture" that starts with the approach of which different actors serve, in different spaces, to learn the concept of Law in a specific moment and related to a specific society. Thus conceived, the concept is necessarily plural: we encounter so many legal cultures as juridical approaches that we are able to identify therefore it is proposed to consider the legal culture as an approach rather than a concept. On this basis, the author examines, on the one hand, the different doctrinal proposals of definition of the concept, and, on the other, the diverse concerns which have prompted researchers to focus, always from the critic to legal formalism, on subjects that could be regionally classified.

### Keywords

Experience of law, identity of the legal system, law and society, legal formalism, culture and law.

La noción de cultura legal hace referencia a la manera en que se **vive** la ley en diferentes espacios y por diferentes actores entendiendo, en este caso, al sustantivo vive en un sentido amplio: como práctica, como símbolo, como significados, como tradiciones, como creencias, como concepciones, como institución, como profesión etc. (Friedman, 1975; Friedman y Pérez Perdomo, 2003; Nelken, 1997, 2004; Cotterrell, 2004, 1997; Feest y Blankenburg, 1997). Según David Nelken, uno de los especialistas más activos en el tema, cultura legal nos remite a la preocupación sobre cómo varían *“las concepciones y las formas de vivir el derecho antes que a establecer las verdades sobre la naturaleza de la ley.”* (Nelken, 2004: 2). De alguna manera es un enfoque que sugiere que para entender a la ley y sus efectos en situaciones concretas y en espacios concretos hay que elevar la vista y mirar más allá de ésta, mirar a las instituciones a través de las que se produce, circula y se consume, así como a las prácticas, a las ideas y a las conductas, que subyacen y dan sentido al derecho.

Es casi imposible aproximarse a la cultura legal, o mejor dicho a las culturas legales sin caer en el lugar común: es algo difuso, difícil de asir, que tiene múltiples significados y entraña muchas cosas. Quizás el problema con la cultura legal radica justamente allí, en el intento de tratar de dar unidad a lo que no la tiene, por ello aquí se caracteriza a la cultura legal como un *enfoque*, una forma de aproximarse a algunos problemas y de responder algunas preguntas, antes que a un concepto, porque hay tal variedad de conceptos y de estudios que se acomodan o pueden acomodarse en este continente con perspectivas teóricas y/o metodológicas tan diversas que esta tarea se torna estéril.

Aquí se hará un esfuerzo por superar el lugar común partiendo justamente de éste, transitando desde la impresión al análisis. En términos menos abstractos y más anecdóticos, cultura legal es algo que tiene que ver con la importancia ritual del jurado o de la fórmula inmortalizada cinematográficamente de usted “tiene derecho a guardar silencio porque todo lo que diga puede ser usado en su contra”, o frases del tipo “a los amigos todo a los enemigos ni justicia”, con la representación del abogado como alguien inescrupuloso que sin embargo tiene que utilizar sus mejores artes para poder ganar un juicio, o con alguien que es un burócrata decadente que conoce las fórmulas que tienen que contener los escritos, las oficinas adonde presentarlos, y las personas a quién “gratificar” para que no se “pierda el expediente”. En definitiva, es algo que sabemos que está ahí y que no es inocuo para el funcionamiento del sistema legal y para la legalidad en términos amplios, pues de algún modo le da *identidad*. En concordancia con lo que se postulaba al principio, el enfoque de cultura legal está interesado en la particularidad de la experiencia del derecho y la legalidad en determinado tiempo y lugar antes que en su universalidad.

Si bien la noción es ampliamente utilizada tanto en el lenguaje de sentido común como en el lenguaje académico, es en los denominados estudios sociolegales o de sociología del derecho en donde se observa una preocupación sostenida por el lugar de la cultura legal para comprender el funcionamiento del sistema jurídico/sistemas jurídicos así como por su definición. Preocupación que si bien es antigua en el derecho, no puede soslayarse que ha cambiado de características a lo largo del tiempo. En las últimas dos décadas aproximadamente, por ejemplo, se observa una revitalización de la preocupación por la importancia de las culturas legales debido a procesos contemporáneos de transnacionalización económica y diálogo intercultural como la globalización que generan la necesidad de poder comparar culturas legales, y saber cómo se adaptan en un mundo cada vez

más interdependiente (Appelbaum et. al, 2001; Nelken, 2001; Nelken, 2004; Cotterrell, 2006). En la práctica, siguiendo a Feest y Blankenburg (1997:5) podemos sostener que el campo de interés de las culturas legales se ha extendido de tal manera que es prácticamente coincidente con el de la sociología del derecho.

En este trabajo nos centraremos en el tratamiento dado al tema en este campo de estudios claramente multidisciplinarios en la medida en que éste es el ámbito en que existe un debate y uso más amplio de la noción. En primer lugar se hará referencia a las preocupaciones comunes que nos permiten hablar de un enfoque de cultura legal y en segundo lugar haremos referencia a la utilización del mismo. En relación con la primera preocupación, es identificar las características definitorias del enfoque. En relación con la segunda preocupación, el interés está en identificar qué tipos de trabajos encontramos dentro del enfoque.

## 1. Las nociones de cultura legal

Dada la diferencia de dimensiones analíticas y referentes empíricos que se señalaron, probablemente una definición de cultura legal propuesta por David Nelken (2004) puede servir adecuadamente como punto de referencia inicial para ayudarnos a comprender por qué se ha optado por caracterizarla como un *enfoque*: *“es un patrón relativamente estable de conductas y actitudes legalmente orientadas. Los elementos que identifican a la cultura legal abarcan desde hechos sobre instituciones como el número y rol de los abogados o la forma en que los jueces son designados y controlados, hasta varias formas de conducta como tasas de litigio o de prisión, y en el otro extremo aspectos más nebulosos sobre ideas, valores, aspiraciones y mentalidades.”* (Nelken, 2004: 1)

La sola diversidad de dimensiones que entraña la noción de cultura legal: instituciones, conductas e ideas, es expresión de su envergadura, así como de la multiplicidad de perspectivas y supuestos sobre los que se articulan los trabajos que pueden caer dentro de esta categoría<sup>1</sup>. Por lo cual, para poder dar cabida a esta diversidad se optó por entender a la preocupación por la cultura legal como un enfoque, una manera de aproximarse a la relación entre derecho (y también la legalidad no formal) y sociedad.

Frente a esta diversidad de dimensiones de análisis y temas que abarca -que van desde los estudios sobre profesión legal (Kagan, 2005), hasta los de conciencia legal (Hertogh, 2005; Engel, 1998; Silbey, 2005), pasando por aquéllos que hacen referencia a las tasas de litigio (Blankenburg, 1997) y las redes internacionales de transacciones comerciales (Appelbaum, et.al.)- aquí se sostendrá que lo que nos permite agruparlos a pesar de su diversidad es su carácter de herederos remozados y sofisticados de lo que en la tradición norteamericana Roscoe Pound (1910; 1912), llamó el derecho en acción, y que en la tradición europea Eugene Ehrlich (1913/1962), llamó el “derecho vivido”. Son estudios preocupados por el derecho en la práctica, por sus instituciones y las conductas, pero también por la dimensión simbólica que le da vida.

Esta preocupación por cómo se vive la ley, en su origen tuvo un contenido claramente crítico de formalismo legal expresado fundamentalmente en la escuela

<sup>1</sup> Ante esta diversidad es inevitable realizar una analogía con lo que dio en llamarse el neoinstitucionalismo en ciencias políticas (Hall y Taylor, 1996) donde a pesar de las diferencias entre perspectivas, métodos y definiciones, lo que lo caracteriza es suponer que las instituciones importan en los resultados políticos y sociales.





positivista del derecho que desvincula al derecho de la costumbre y sus vínculos con las prácticas sociales, para concebirlo como un producto racional y lógicamente coherente, cuya producción y aplicación es monopolio de especialistas y del estado (Cotterrell, 2001). Impronta que actualizada y complejizada está presente en este amplio grupo de trabajos que suponen que la efectividad de la norma jurídica no es automática y que estará vinculada con condiciones sociales, políticas y económicas específicas, que existe una legalidad no necesariamente coincidente con las instituciones formales del derecho y que muchas promesas y principios rectores de las leyes en los libros no son factibles en determinados contextos, como por ejemplo el postulado de igualdad ante la ley a partir del que se articula el derecho occidental moderno.

En relación con esto no puede dejar de destacarse que la discusión en el campo de los estudios sociolegales sobre la cultura legal es más una disputa por la forma en que se concibe la relación entre derecho y sociedad antes que una disputa por la cultura. Llama la atención que en la producción canónica de los últimos diez años sobre el tema (Nelken, 1997; Friedman y Pérez Perdomo, 2003; Nelken, 2004; Cotterrell, 2006, Brankenburg, 1997). Prácticamente no está presente una referencia a la amplia discusión antropológica o sociológica (Geertz, 1991; Douglas) sobre la cultura. La cultura es una variable y en el mejor de los casos un contexto, que resulta necesario para entender y explicar el cómo y para qué la ley importa.

Si bien los estudiosos de la sociología del derecho, consideran como antecedente de la preocupación de la relación entre derecho y cultura al jurista alemán Friedrich Savigny (1831), la referencia contemporánea obligada para hablar de cultura legal, es Lawrence Friedman, quién en su libro *El sistema legal* (1975), utiliza el concepto y propone una definición del mismo: (cultura legal) “*se refiere al conocimiento público de y a patrones de actitudes y conductas hacia el sistema legal*”(Friedman, 1975:193). Definición que complementó con la distinción entre cultura legal interna y externa, para referirse a la cultura de legal de quienes realizan tareas legales especializadas diferentes a la del resto de los ciudadanos (Friedman, 1975).

Desde 1975 ha corrido mucha agua bajo el puente y el mismo Friedman (1997) se refiere a la noción como un concepto desafortunado, o un concepto paraguas, que entraña múltiples dimensiones de análisis, y, como veremos enseguida múltiples enfoques teóricos y metodológicos, algunos de ellos claramente enfrentados. Incluye desde estudios de claro corte objetivistas hasta otros claramente subjetivos, o estudios claramente críticos a otros eminentemente descriptivos. La cultura legal es un continente que admite una gran variedad de contenidos y formas de aproximación a éstos, esta variedad genera tensiones que atraviesan y han atravesado la discusión sobre el tema.

## **2. Los contenidos del continente: entre Europa y América Latina, y entre las instituciones y la conciencia**

Justamente por la cantidad de temas contenidos en la cultura legal, no es fácil identificar dimensiones representativas que permitan tipificar a los estudios realizados. Luego de la revisión de los estudios más citados en la última década, lo que observamos es que hay cortes regionales. Por ejemplo la discusión europea, encabezada por David Nelken, Roger Cotterrell, Erhard Blankenburg, Volkmar Gessner, que ha tenido el Instituto de Sociología Jurídica de Oñati como principal escenario, más allá de las diferencias entre las perspectivas de los actores, comparte la preocupación por la posibilidad de comparar las culturas legales para

explicar patrones y comprender particularidades legales nacionales, subnacionales e incluso internacionales (Nelken, 1997; Nelken y Feest, 2001; Appelbaum et.al. 2001; Friedman y Pérez Perdomo, 2003; Blankenburg, 1997). De alguna manera, la empresa de la cultura legal está asociada a la del derecho comparado (Cotterrell, 2006). La globalización, el aumento de los intercambios de todo tipo entre los países, los trasplantes legales, la adaptación de las culturas legales, han sido los temas que han llamado fundamentalmente la atención de este grupo de estudiosos. Y, como correlato de estas preocupaciones se evidencia un interés no sólo por la definición de qué es cultura legal sino también por el uso del concepto y su mensurabilidad (Nelken, 2004).

Del otro lado del Atlántico, en los Estados Unidos, se observa una mayor diversidad de intereses, que van desde las instituciones y las conciencias, así como de los campos disciplinarios relacionados con el tema, que van desde el derecho a la antropología. En primer lugar encontramos a los estudios que podríamos llamar sobre el sistema legal (Friedman, 1975; Kagan, 2005), que impulsados por el trabajo pionero de Lawrence Friedman, su preocupación es cómo la cultura legal afecta al funcionamiento del sistema legal, fundamentalmente estadounidense; en segundo lugar podemos identificar una línea de estudios interesados en procesos de socialización legal (Tyler, 1990; Tap y Levine, 1974; Cohn y White, 1990, Cohn y White, 1997), esto es por los procesos de incorporación de valores y normas legales; en tercer lugar encontramos estudios orientados al estudio de la conciencia legal, interesados por los significados, acciones y prácticas de los ciudadanos relacionadas con la ley. En palabras de Roger Cotterrell (2004), estos últimos son estudios que entienden al derecho como una proyección cultural. En este caso el escenario privilegiado para estas discusiones es el de la *Law and Society Association*, y fundamentalmente el de su publicación la *Law and Society Review*.

Como se sostuvo, cada uno de estos grupos de trabajo, expresan no sólo diferentes perspectivas teóricas, sino también propósitos e influencias disciplinarias. En cuanto a los trabajos que denominamos del *sistema legal* como los de Friedman y Kagan, los mismos tienen una pretensión macro, buscan describir y comprender el funcionamiento del sistema legal estadounidense. En este caso la cultura es un sustrato en que enraíza el sistema legal. Cultura y derecho pueden considerarse, aunque sea analíticamente, diferenciados y por tanto separados, la cultura es una variable que incide en el funcionamiento del sistema legal. De alguna manera, estos trabajos son los más claramente depositarios de la impronta inicial de los estudios sobre derecho y sociedad, la crítica al formalismo legal. Son estudios que aspiran a contribuir más a la comprensión del derecho que a la de la cultura.

Por su parte, los trabajos de socialización legal tienen como principal preocupación entender y describir la forma en que se producen los cambios en los valores y las normas legales entre las sociedades. Son estudios que por una parte lindan con preocupaciones cercanas a la psicología social, y por otra con las de los estudios de cultura política<sup>2</sup>, preocupados por los valores y actitudes de los ciudadanos frente al sistema político. En ellos se identifica una preocupación normativa como por ejemplo ¿qué probabilidad existe de que se difundan valores liberales como los que sostienen la idea de estado de derecho en nuevas democracias que salen de experiencias autoritarias? Como en el grupo de estudios anterior, el derecho y la cultura se conciben como campos separados que pueden presentar diferentes relaciones entre sí.

<sup>2</sup> El trabajo pionero y referencia ineludible sobre este tema es el de Almond y Verba (1963).



Finalmente, los trabajos interesados por la conciencia legal, son estudios que tienen un interés crítico de la capacidad del derecho para contribuir al cambio social. Se preguntan para qué es importante la ley en el caso de grupos subordinados, qué significados y qué prácticas se construyen alrededor de ella. En general, son trabajos más preocupados por los significados y usos del derecho para los ciudadanos, que por los usos y significados del derecho por parte de los especialistas. A diferencia de los otros dos grupos de estudios consideran que derecho y cultura son parte del mismo proceso y que no pueden separarse analíticamente, por ello éstos son básicamente etnográficos e interpretativos. Buscan comprender cómo se construye el derecho y la legalidad a partir de las prácticas y significados del derecho en los ciudadanos comunes.

Por último, en este recorrido regional se hará un breve panorama por las características del enfoque de Cultura Legal en América Latina. El rasgo definitorio de la región es tanto una adscripción a la perspectiva europea (Bergoglio, 2003; Rodríguez et. al., 2003; Pérez Perdomo, 2003; Ansolabehere, 2008, Cuéllar, 2009) como a la estadounidense fundamentalmente vinculadas con estudios macro por una parte y con estudios de socialización legal (Concha et. al., 2004) por la otra. Un denominador común de los estudios producidos en América Latina es justamente, su preocupación por entender problemas específicos, fundamentalmente relacionados con la confluencia de transiciones políticas, económicas y jurídicas en la región (López Ayllón y Fix Fierro, 2002) en que las pretensiones de hacer converger regímenes políticos democráticos con economía de mercado y estado de derecho, se han resuelto por vías muy diferentes en diferentes países e incluso en espacios subnacionales e internacionales. En este marco cabe destacar los estudios interesados en la educación y la profesión legales (Fix Fierro, 2006).

En cuanto al trabajo en América Latina, merecen especial mención los trabajos de la escuela de antropología jurídica latinoamericana, que habiéndose iniciado en México, se han desarrollado regionalmente. El espacio más activo en esta línea de trabajo es la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Su principal tópico de interés son el derecho consuetudinario y el pluralismo jurídico, lo cual ha derivado en una importante producción sobre las complejidades jurídicas de la diversidad étnica.

¿Qué podemos concluir luego de este recorrido regional por la cultura legal? Fundamentalmente que esto que hemos llamado *enfoque*, cuyos estudios tienen como semejanza la crítica al formalismo legal, constituyen un mosaico cuyas partes pueden clasificarse de acuerdo con dos dimensiones de análisis: la manera en que conciben la relación entre cultura y derecho, esto es si se consideran categorías separadas o integradas y el *propósito* del trabajo, si es descriptivo, normativo o crítico.

Así en un primer intento de trascender regiones y focos, podemos decir que en el enfoque de cultura legal confluyen los siguientes tipos de trabajos:

**CUADRO 1**  
**Enfoques de cultura legal**

Relación cultura derecho	Propósito		
	Descriptivo	Normativo	Crítico
<b>Separados</b>	Cultura legal comparada Transiciones	Socialización Legal	Sistema legal
<b>Integrados</b>			Conciencia Legal Antropología jurídica

Fuente: Elaboración propia.

### Bibliografía

- ALMOND, G. Y VERBA, S. (1963), *The civic culture*, Princeton University Press, Princeton.
- ANSOLABEHERE, K. (2008), "Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados", *Revista Mexicana de Sociología*. Nro.2. México. IIS-UNAM.
- APPELBAUM, R., FELSTINER, W., GESSNER, V. (2001), *Rules and networks. The legal culture of global business transactions*, Hart Publishing, Oxford/Portland Oregon.
- BERGOGLIO, M. I. (2003), "Argentina": The effects of democratic institutionalization", en FRIEDMAN, L.; PÉREZ PERDOMO, R., (eds.) *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, Stanford, pp: 20-63.
- CONCHA, H., FIX FIERRO, H., FLORES, J., VALADÉS, D. (2004), Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- COTTERELL, R. (1997), "The Concept of *Legal Culture*", en NELKEN, D. (comp.) *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth Publishing Group, Aldershot, pp. 13-32.
- COTTERELL, R. (2004), "Law in culture", *Ratio Juris*, Vol. 17, N°. 1-14 March
- COTTERELL, R. (2006), "Comparative Law and Legal Culture", en REINMAN, M. y ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 709-737.
- CUÉLLAR VÁSQUEZ, A. (2009), *Los jueces de la tradición*. Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- COHN, E. S. y WHITE, O. (1990), *Legal Socialization: A Study of Norms and Rules*, Springer Verlag, New York.
- COHN, E. S. y WHITE, O. (1997), "Efectos de la socialización de los valores legales sobre la democratización", *International Social Sciences Journal*, Nro.152, Disponible en internet: <http://www.unesco.org/issj/rics152/cohnspace.htm>. Revisado el 15 de junio 2011.
- ENGEL, D. (1998), "How does law matter in the constitution of legal consciousness?", en GARTH, B. y SARAT, A. (eds.), *How does law matter?*, Northwestern University Press/The American Bar Foundation, Chicago, pp. 109-144.
- ERLICH, E. (1962), *Fundamental principles of sociology of law*, Russell & Russell, New York.



- FEEST, J. y BLANKENBURG, E. (1997), *Changing legal cultures*, International institute for the sociology of law, Oñati.
- FIX FIERRO, H., LÓPEZ AYLLÓN, S. (2002) "Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el estado de derecho en México", en CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁZQUEZ, R. (coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, UNAM-ITAM- Siglo XXI, México, pp. 329-371.
- FIX FIERRO, H. (ed.) (2006), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídica en México*, IJ-UNAM, México.
- FRIEDMAN, L. (1975), *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York.
- FRIEDMAN, L. y PÉREZ PERDOMO, R., (2003) *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, Stanford.
- HALL, P. y TAYLOR, R., (1996) "Political Science and the three new institutionalisms", *Political Studies*, Vol.44, Nro. 5, Cambridge, Political Studies Association, pp. 936-957.
- HERTOGH, M. (2004), "A European Conception of *Legal Consciousness*: Rediscovering Eugen Ehrlich", *Journal of Law and Society* 31, Blackwell Publishers, Oxford, núm. 4, pp. 457-481.
- KAGAN, R. (2005) *La ley del imperio. Viaje al otro lado del sueño legal americano*, Almuzara, Córdoba.
- NELKEN, D. (1997a), "Puzzling Out Legal Culture: A Comment on Blankenburg", en NELKEN, D. (comp.), *Comparing Legal Cultures*. Darmouth Publishing Group, Aldershot, pp. 69-93.
- NELKEN, D. (1997b), *Comparing Legal Cultures*, Darmouth Publishing Group, Aldershot.
- NELKEN, D. (2004), "Using the Concept of Legal Culture", *Australian Journal of Legal Philosophy*, 29, pp. 1-28.
- NELKEN, D., FEEST, J. (2001), *Adapting Legal Cultures*; Hart Publishers, Oxford/Portland Oregon.
- PÉREZ PERDOMO, R. (2003), "Venezuela 1958-1999: The legal system in an impaired democracy", en FRIEDMAN, L. y PÉREZ PERDOMO, R., *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, Stanford, pp. 414-478.
- POUND, R. (1910), "Law in books and law in action", *American Law Review*, Nro. 44, pp. 12-36.
- POUND, R. (1912), "The scope and purpose of Sociological Jurisprudence, III: Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Vol. 6, Nro. 25, pp. 489-516.
- RODRÍGUEZ, C., GARCÍA VILLEGAS, M. y UPRINMY, R. (2003) "Justice and society in Colombia: A sociolegal Analysis of Colombian courts", en FRIEDMAN, L. y PÉREZ PERDOMO, R., *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, Stanford, pp. 134-183.
- SILLBEY, S. (2005), "After legal consciousness", *Annual Review of law and social science*, Vol. 1, pp. 323-368.
- TAPP, J.L. y LEVINE, F. J. (1974), "Legal socialization: Strategies for an ethical legality." *Stanford Law Review*, 27, p.1-72.
- TYLER, T.R. (1990), *Why People Obey the Law*. Yale University Press, New Haven.



## Ética de las Administraciones

**Txetxu Ausín**

*Instituto de Filosofía, CCHS, CSIC*  
[txetxu.ausin@cchs.csic.es](mailto:txetxu.ausin@cchs.csic.es)

### **Resumen**

Las administraciones públicas tienen una dimensión política que tiene implicaciones éticas tanto en la organización como en los agentes que actúan en ella. En este marco se desarrollan unos principios básicos de la actividad en las administraciones públicas y se apuntan y valoran las herramientas para analizar y evaluar la responsabilidad de las mismas.

141

### **Palabras clave**

Valores organizacionales, valores profesionales, daño, respeto, beneficencia.

## Government Ethics

### **Abstract**

Governments have a political dimension with ethical implications in both of them, the organization and the agents acting on it. This framework develops the basic principles of the activity within the governments and indicates and evaluates the tools for analyzing and balancing their responsibility.

### **Keywords**

Organizational values, professional values, injury, respect, beneficence.

## 1. La dimensión moral de la función pública

No cabe duda de que las actividades diversas realizadas por los empleados públicos (acciones, gestiones, procesos, trámites, etc.) poseen una consustancial dimensión moral. Por un lado, en tanto en cuanto afectan a las personas en particular y a la comunidad en general donde se desenvuelven, constituyendo además la espina dorsal de la configuración del Estado. Por otro lado, suponen la asunción de responsabilidades\*, de modo que le son “imputables” determinadas acciones y consecuencias, a diferencia de otras actividades humanas que podemos considerar indiferentes y carentes de tal dimensión moral. Si, como decía José Luis L. Aranguren, la moral es nuestra segunda piel con la que “tocamos” a los demás y a nuestro entorno, en el caso de las administraciones públicas nos encontramos con la epidermis del Estado, esa piel que roza o golpea, según el caso, a los ciudadanos.

Así, a pesar de las críticas que han venido recibiendo los aparatos administrativos estatales (burocracia), éstos propician la ejecución de las decisiones políticas, ocupando un papel subordinado, aunque autónomo, del subsistema político. Especialmente desde después de la Segunda Guerra Mundial, se ha considerado que la administración pública es inevitablemente política, tanto por su necesario concurso en los procesos de toma de decisiones como por su función de sostener y preservar los principios constitucionales y, en consecuencia, de controlar la arbitrariedad en el uso del poder político —así como ser un elemento clave en la creación y el mantenimiento de la confianza en las instituciones públicas y en el sistema político. Aparte de que los servidores públicos no sólo ejercen labores administrativas o de gestión sino que también asumen, de forma delegada y subordinada, poderes cuasi-legislativos y cuasi-judiciales. Como han reconocido muchos científicos sociales (Waldo, 1948; Aberbach, Putnam y Rockman, 1981) la administración hace política, presupone una opción ideológica y contribuye decisivamente a tomar decisiones importantes para la ciudadanía. Por ello, en la medida en que la administración está implicada en todas las etapas de las políticas públicas (inicio, formación, diseño, adopción e implementación), cobra una especial relevancia la cuestión de los valores y principios que la orientan y que caracterizan su actividad, de modo que la discrecionalidad no quede automáticamente identificada con la arbitrariedad y, de ahí, con la corrupción.

## 2. Ética en y ética de las administraciones públicas

Más aún, la dimensión moral de la actividad de las administraciones públicas es doblemente doble. En primer lugar, atañe tanto a la misma actividad profesional desempeñada por el empleado público —esto es, responde a una determinada ética o deontología profesional—, como a su condición de servicio público, orientado a los intereses generales y al desarrollo humano. En segundo lugar, se refiere tanto al individuo concreto que desarrolla su actividad en el ámbito de la administración pública como a la misma organización de dicha función pública.

Precisamente, la variable organizacional en la toma de decisiones éticas individuales ha sido uno de los principales *leit-motiv* de la literatura sobre ética de las administraciones (Denhardt, 1988). Esta “variable institucional” en las elecciones morales de los servidores públicos constituye el marco, el contexto, la “cultura”, que influencia enormemente las percepciones y elecciones de dichos empleados públicos, de modo que el entorno de expectativas, reglas, lealtades y roles afecta y explica una parte importante de la decisión final. Así, la estructura de la organización puede atenuar seriamente la sensación de responsabilidad personal como resultado de la especialización, la jerarquía y las numerosas reglas y reglamentos (Gortner,

1991). Existirían, por tanto, unos valores institucionalmente preferidos y lo normal es que se den por buenos, de modo que el reconocimiento es lo que permite la calificación de un empleado público como bueno o malo (Villoria, 2007). En consecuencia, valores organizacionales definidos por la eficiencia, la eficacia, la racionalidad formal y la competencia técnica pueden desplazar valores y principios del servicio público más fundamentales, como el interés general, la justicia y la igualdad. Surge, por tanto, el sempiterno problema de la responsabilidad grupal, en la interacción entre el individuo empleado público y la organización —recuérdese que los servicios públicos son actividades cooperativas, recurrentes e institucionalizadas. No obstante, toda responsabilidad grupal implica responsabilidad compartida y frente a posiciones extremas —responsabilidad invariable aunque sea ampliamente compartida o responsabilidad totalmente diluida—, cabe aducir una responsabilidad modulada por el número de participantes en la acción pero que no elimina un umbral de responsabilidad —dilucionismo ético con umbral (Mellema, 1988).

Por tanto, la reflexión ética aplicada a las administraciones públicas presenta la doble vertiente de una ética aplicada tanto a las actividades (profesionales, del tipo que sean), como a las organizaciones (las diferentes administraciones y organizaciones de los servicios públicos). En definitiva, la ética ‘en’ las administraciones públicas y la ética ‘de’ las administraciones no constituyen dos lógicas antagónicas sino complementarias, si bien el contexto organizativo o institucional posibilita, configura y acota, como hemos indicado, el campo de la responsabilidad profesional, lo cual aumenta el grado de complejidad de la reflexión ética sobre las administraciones públicas, como ocurre en otros ámbitos como los negocios y la empresa o el sanitario. Y en consecuencia, el cambio de “cultura” organizacional será uno de los objetivos de toda intervención ética en las administraciones públicas.

### 3. El enfoque casuístico de la ética aplicada a la función pública

El análisis ético de las administraciones públicas ha adoptado mayoritariamente el enfoque casuístico de las éticas aplicadas, centrándose en las circunstancias de los casos concretos que se presentan a los empleados públicos, a partir de los cuales se extraen reglas heurísticas de actuación. Así sucede con estudios relevantes en ética de la administración (Denhardt, 1988; Lewis, 1991). Y también con muchos de los documentos y directivas nacionales e internacionales referidos a la ética de las administraciones y el buen gobierno donde, además de pretender abarcar todo el abanico de casos concretos con dimensión moral que pueden presentarse al empleado público, para luego fijarlos y regularlos, se mezclan indiscriminadamente valores éticos y valores técnicos. En España, el Estatuto Básico del Empleado Público (ley 7/2007 de 12 de abril de 2007) formula nada menos que 27 principios éticos, 10 principios de conducta y 17 genéricos inspiradores: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación, transparencia, ejemplaridad, austeridad, eficacia, honradez, promoción del entorno social y medioambiental y respeto a la igualdad entre hombres y mujeres. En la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), artículo 3, se entremezclan principios organizativos y principios éticos: responsabilidad, servicio, transparencia, objetividad. Y en el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (3 de marzo de 2005) se presenta una lista similar de principios básicos y hasta 14 principios éticos que van desde la promoción de los derechos humanos y la búsqueda del interés común hasta la asunción de responsabilidades y la transparencia.





#### 4. Principios éticos orientadores para el sector público

Un enfoque alternativo para la ética de las administraciones, ya apuntado por autores como Debra W. Stewart, Norman A. Sprinthall y David M. Shafer (2001) o Terry L. Cooper (2006), se basa en definir y delimitar principios éticos orientadores de la actividad de las administraciones públicas, que luego irán concretándose en acciones, reglas y procedimientos en función del contexto, las estructuras organizativas, el cambio tecnológico y cultural, etc. Un modelo que responde a una definición de las éticas aplicadas como un combinado de teoría y práctica (el enfoque integrativo *theoria cum praxi*), que contempla unos principios *prima facie* —*principia media* en la terminología de John Stuart Mill—, que pueden entrar en conflicto y que se modulan según el ámbito del que se trate —una hermenéutica crítica de las actividades humanas (Cortina, 1993). Principios entendidos como máximas mediante las cuales el agente organiza numerosas intenciones específicas, a modo de directrices para llevar adelante una determinada actividad, en este caso, el servicio público (O'Neill, 1989). Así, los casos no se reducen a ser un mero ejemplo de lo que establecen los principios y la puesta en práctica de un principio nunca es la mera aplicación de un criterio general a un caso individual, de modo que se da una interacción entre los principios y las situaciones reales, concretas, complejas y cambiantes.

Estos principios pueden entenderse y justificarse de muy diverso modo: bien como generalizaciones prudenciales de la experiencia moral adquirida por los individuos y grupos a lo largo del tiempo (punto de vista empirista); bien como *a priori* éticos universales y universalizables; bien como aspiraciones (*telos*) de buena vida. Un ejemplo de estos principios, aplicables a la ética de las administraciones, son los de no-maleficencia, respeto y beneficencia, tomados del campo de bioética, donde se han mostrado especialmente fructíferos.

La no-maleficencia significa básicamente no hacer daño y parece absolutamente elemental que un primer deber del servidor público sea evitar el daño, el perjuicio, la parcialidad,...el mal. ¿Hacia qué o hacia quiénes? En primer lugar, hacia el interés general, objetivo de la actividad de las administraciones públicas —como estipula, por ejemplo, el artículo 103.1 de la Constitución española de 1987. Y, por extensión, claro, hacia el ciudadano como centro de referencia de dicha actividad y quien da sentido en sus relaciones de solidaridad social e interdependencia a la propia existencia de la función pública (Duguit, 1901). El daño se puede ocasionar tanto por acción (despilfarro, transmisión de información privilegiada, hacer negocios a costa del servicio público, obtener comisiones y regalos,...) como por omisión (desidia, negligencia, incompetencia, imprevisión, incumplimiento de ciertos deberes de precaución,...). En definitiva, la administración pública ha de velar por el cuidado y el uso adecuado de los bienes públicos para el servicio de los ciudadanos.

El principio de respeto se refiere a tratar a los demás, en concreto a colegas y, especialmente, a los administrados, como sujetos dotados de dignidad, conciencia (opinión, criterios, convicciones), libertad (pueden acceder o negarse a lo que se les propone) y derechos. Este principio está vinculado con una necesaria "rehumanización" de la administración pública, frente al distanciamiento del ciudadano y la mecanización de los procedimientos, en la búsqueda de una relación más cercana, más respetuosa y, en definitiva, más humana con los administrados y perceptores de los servicios públicos. Frente al modelo de burocracia kafkiana desinteresada por las cosas humanas y caracterizada por el simple movimiento de papeles, se plantea el reto de una imparcialidad que no devenga en indiferencia (la mayor calidad es la calidez). Pero además supone escuchar y prestar atención a los

ciudadanos como sujetos no sólo pasivos de su relación con las administraciones públicas sino también como agentes colaboradores (proactivos) que pueden mejorar la gestión y prestación de los servicios públicos vía participación y co-gestión (desde un modelo relacional fuerte o denso de la administración pública, que contempla una ciudadanía activa y participativa donde el individuo no es sólo un “usuario” de los servicios públicos —modelo gerencial de la Nueva Gestión Pública— sino un “accionista”). Ejemplos de esta nueva cultura de lo público, especialmente desarrollados en el ámbito municipal, son los presupuestos participativos, los planes de desarrollo comunitarios y los observatorios de control de las políticas públicas.

En cuanto a la beneficencia, supone proporcionar los bienes y servicios propios de la actividad de las administraciones públicas, sus bienes internos (*praxis teleia*), que en el ámbito del servicio público tienen como horizonte la ya mencionada promoción del interés general. Este principio prestacional, razón de ser de la actividad en cuestión, conllevará una serie de competencias, de modo que el principio puede reformularse como “hacer bien las cosas para hacer bien a las personas” (o “hacer el bien a otros mediante una actividad bien hecha” (Hortal, 2002). Aquí es donde entran en juego, aparte de los principios éticos, muchos de los valores técnicos, organizativos, ecológicos, económicos, etc. que se toman en consideración para una buena administración pública: diligencia, formación continua, austeridad, sostenibilidad, confidencialidad,... Todo ello en pos de la calidad y la excelencia profesional que no se conforma con eludir únicamente las acusaciones legales de negligencia. Precisamente, la perversión o subversión de estos fines (bienes) propios de una determinada actividad es lo que genéricamente cabría denominar como “corrupción”\*, más allá del soborno, el abuso de poder o el aprovechamiento privado del cargo público —que no son sino la prevalencia y exacerbación de las metas y fines situados “fuera” de la actividad, como el dinero, el estatus, el poder, etc.

## 5. La institucionalización de la ética en el sector público: Alcance y limitaciones

Con todo, queda pendiente el espinoso asunto de la institucionalización de la ética de las administraciones y de la implementación de instrumentos de responsabilidad organizacional. Más allá de los mecanismos de mera fiscalización contable del gasto público (como el Tribunal de Cuentas en el caso de España), podemos distinguir básicamente tres herramientas para analizar y evaluar la responsabilidad de las administraciones públicas:

1.- Los organismos nacionales e internacionales para el control de la calidad de las políticas públicas. Así, en diciembre de 2006 se creó en España la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL).

2.- Los mecanismos de participación ciudadana, bien directa, bien a través de organizaciones de la sociedad civil, como son los comités de ética, las conferencias de consenso, las comunidades extendidas de evaluadores, los presupuestos participativos, los planes de desarrollo comunitarios y los observatorios de políticas públicas.

3.- Los documentos de buenas prácticas y de buen gobierno, los códigos deontológicos y las declaraciones públicas de diferente índole y generalidad —como son los acuerdos internacionales contra la corrupción. Todos ellos constituyen un elemento inicial de reflexión, en voz alta, pública, sobre las dimensiones morales de



la actividad realizada, sobre qué prácticas ayudan a alcanzar las metas de las administraciones públicas y también qué valores y principios se consideran necesarios para proporcionar a la sociedad el bien que les incumbe. Si declaraciones de este tipo son efectivas o no para cambiar la cultura de una determinada organización, está por ver. Al menos, este tipo de documentos debería ser desarrollado desde las propias organizaciones, con el asesoramiento externo que fuera necesario y la participación de los legos; pero no habría que asumir documentos ajenos, elaborados por otras organizaciones, para otros contextos, o por comisiones ajenas al propio entramado de la organización —como ha ocurrido en algunos de los llamados “procesos de modernización” de las administraciones públicas.

Todo ello contribuye, sin duda, a un mayor control social y público de la actividad de las administraciones que es indispensable para denunciar las malas prácticas que provocan desconfianza y descrédito. Sin embargo, habría que evitar la hipertrofia del control, que se convierte en un fin en sí mismo de muchas políticas y prácticas de evaluación y rendición de cuentas, y no en un acicate para la mejora del servicio y la atención al ciudadano —se cumplen las formalidades, los controles, pero sin alcanzar los fines de la actividad; lo que importa es rendir cuentas ante el empleador (los reguladores, los departamentos del gobierno) y no ante el usuario y la sociedad en general, perdiéndose, además, tiempo y recursos valiosos y escasos para la cumplimentación de tales tareas y que se detraen del propio servicio público. A veces, evitar las quejas, incluso las infundadas, se convierte en el objetivo institucional primordial (administración “defensiva”).

En definitiva, se hace preciso volver a los principios orientadores, flexibles y adaptables a las situaciones reales, y a un modelo prudencial para la rendición de cuentas y, en definitiva, para la ética de las administraciones, capaz de generar convicciones, hábitos y cambio de cultura.

## Bibliografía

- ABERBACH, J. D., PUTNAM, R. D., ROCKMAN, B. A. (1981), *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, Harvard University Press, Cambridge MA.
- COOPER, T. L. (2006), *The Responsible Administrator. An Approach to Ethics for the Administrative Role*, 5<sup>th</sup> edition, Jossey-Bass, San Francisco.
- COOPER, T. y L. (ed.) (2001), *Handbook of Administrative Ethics*, 2<sup>nd</sup> edition, Marcel Dekker, New York.
- CORTINA, A. (1993), *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid.
- DENHARDT, K. G. (1988), *The Ethics of Public Service: Resolving Moral Dilemmas in Public Organizations*, Greenwood Press, New York.
- DIEGO BAUTISTA, Ó. (2001), *La ética en los servidores públicos*, Universidad Pedagógica Nacional, México.
- DUGUIT, L. (1901), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, París.
- GEURAS, D. y GAROFALO, Ch. (2005), *Practical Ethics in Public Administration*, 2<sup>nd</sup> edition, Management Concepts, Virginia.
- GORTNER, H. F. (1991), *Ethics for Public Managers*, Praeger, New York.
- HORTAL, A. (2002), *Ética general de las profesiones*, Desclee de Brouwer, Bilbao.
- LEWIS, C. W. (1991), *The Ethics Challenge in Public Service*, Jossey-Bass, San Francisco.
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, M. (1997), “La ética, nuevo objeto de la gestión pública”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 10(1997): 19-32.

- MELLEMA, G. (1988), *Individual, Groups, and Shared Moral Responsibility*, Peter Lang, New York.
- NIETO, A. (2008), *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona.
- O'NEILL, O. (1989), *Constructions of Reason. Explorations on Kant's Practical Philosophy*, Cambridge Univ. Press.
- STEWART, D. W., SPRINTHALL, N. A., SHAFER, D. M. (2001), "Moral Development in Public Administration", en COOPER, T.L. (ed.), *Handbook of Administrative Ethics*, 2<sup>nd</sup> edition, Marcel Dekker, New York, pp. 457-480.
- VILLORIA, M. (2000), *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos/UPF, Madrid.
- VILLORIA, M. (2007), "Ética postconvencional e instituciones en el servicio público", REIS 117/07, pp. 109-140.
- WALDO, D. (1948), *The Administrative State: A Study of Political Theory of Public Administration*, Ronald Press, New York.





## Secreto

**José Luis del Hierro**

*Universidad Complutense de Madrid*

[jlhierro48@gmail.com](mailto:jlhierro48@gmail.com)

### Resumen

El concepto de secreto se concibe en este trabajo como la excepción –necesaria- a la publicidad y la transparencia que, como regla general, se imponen como principios esenciales de los sistemas democráticos. Existirían así, para este autor, determinadas ocasiones en las que una y otra deben ceder en favor de la protección de bienes jurídicos necesitados del secreto, ya sea este oficial o de Estado o de las actuaciones judiciales. El primero pretende la protección de aquella información o materia cuyo conocimiento público pondría en peligro la seguridad y defensa del Estado. El segundo prohibiría el acceso a las actuaciones sumariales o la publicación de sus resultados. El autor realiza un análisis crítico de la regulación en nuestro país de ambas clases de secreto.

### Palabras clave

Principio de publicidad, transparencia, secreto oficial o de Estado, secreto sumarial, secreto profesional.

## Secret

### Abstract

The concept of secret is conceived by this work as the exception –necessary– to the publicity and the transparency that, as general norm, are imposed as essential principles of democratic systems. There would be, according to the author, specific occasions in which one of them should give in favor of the protection of juridical goods which need secret, been this official or state secret or regarding judicial actions. This first seeks to protect this information or matter which public acknowledgement would danger the security and the defense of the State. The second one would prohibit the access to disciplinary actions or the publications of its results. The author does a critical analysis of the regulation of our country of both sorts of secrets.

### Keywords

Principle of publicity, transparency, official or state secret, secret indictment, professional secret.

## 1. Publicidad y secreto

Publicidad (dar publicidad) significa “hacer público” algo que de ese modo es, o puede ser, conocido por todos. El término “público”, o “lo público” que está en la raíz del principio de publicidad es *“una de esas expresiones... que no tienen sentido en sí mismas, sino por contraposición con aquello que niegan y las niega. Es decir, que lo público sólo comenzará a tomar sentido para nosotros en la medida en que le apliquemos el rasero de sus antónimos.”* (García Cotarelo, 1985: 69) Un antónimo de lo público es lo privado, otro, lo secreto, lo que se reserva u oculta al conocimiento general.

Una de las manifestaciones del principio de publicidad es la transparencia en la gestión que realizan los poderes públicos, cualidad que hace referencia a la visibilidad de sus actuaciones sin filtros que la dificulten o la opaquen. Si aplicamos el mismo criterio que con el término público, el antónimo de la transparencia es la opacidad. De ese modo, nos encontramos ante dos binomios enfrentados como opuestos: publicidad/transparencia y secreto/opacidad. La lucha histórica en favor del principio de publicidad es la lucha de la diafanidad contra el secretismo. Lo público se opone a lo secreto en el mismo sentido que la información se contrapone a la ignorancia. El triunfo del principio de publicidad referido a la actividad de todos los órganos del Estado se convierte así en un logro fundamental en la implantación y consolidación del Estado democrático de derecho, pues a través del conocimiento de esa actividad permite la crítica y la participación de los ciudadanos en la *“res pública”*, al tiempo que se erige como una garantía básica de sus derechos y libertades fundamentales. De este modo, el principio de publicidad se ha terminado imponiendo (al menos formalmente) en las sociedades democráticas, y no sólo como una obligación jurídica sino como una exigencia ética. El binomio publicidad/transparencia representa lo afirmativo, lo positivo; el secreto/opacidad, lo negativo; valor y contravalor, virtud y contravirtud cívicas, binomios, pues, enfrentados no sólo en el plano de lo óntico, sino también en el de lo deóntico.

El Ordenamiento Jurídico español no es una excepción a la hora de consagrar el principio de publicidad como un valor fundamental en la conformación del estado social y democrático de derecho en el que se constituye España. En el Ordenamiento Jurídico español el principio de publicidad se manifiesta como “publicidad de las normas” (artículo 9.3 de la Constitución Española) y de las “disposiciones administrativas” (artículo 52 Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); como publicidad del proceso (artículo 24. 2 C.E.) y de las actuaciones judiciales (artículo 120.1 C.E. y artículo 229. 2 Ley Orgánica del Poder Judicial); como publicidad de archivos y registros (artículo 105 b) C.E.), de las sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y el Senado (artículo 80 C.E. y artículos 63 Reglamento del Congreso de los Diputados y 72 del Reglamento del Senado).

El principio de publicidad está necesariamente vinculado a lo que el Tribunal Constitucional ha llamado *“comunicación pública libre”*<sup>1</sup>, y, de forma especial a las libertades informativas, al derecho a *“comunicar información veraz”* recogido en el artículo 20.1.d de la C.E. En ese “dar a conocer” o “hacer público”, los medios de comunicación desempeñan un papel primordial pues son el vehículo privilegiado para

1 STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ. 3.

llevarlo a cabo. De ahí el carácter preferente frente a otros derechos y libertades que el propio Tribunal Constitucional ha atribuido a esa libertad.

Respecto de la transparencia estamos ante un concepto más doctrinal que legal que se ha ido instalando de forma progresiva en la cultura cívica como parte fundamental de la cultura de la legalidad.

Más del mismo modo que se ha impuesto como regla general la publicidad y la transparencia como principios esenciales del sistema democrático, también lo ha hecho la idea de que existen determinadas situaciones excepcionales en las que dichos principios deben decaer frente a otros bienes jurídicos; situaciones en las que debe prevalecer el secreto, en las que el conocimiento de ciertos hechos o actuaciones debe ser limitado o restringido. ¿Cuáles son esas situaciones excepcionales? El secreto oficial o secreto de Estado y el secreto de las actuaciones judiciales en el marco del proceso penal, en su fase sumarial.

Ahora sí, veamos en concreto ambas clases de secretos.

## 2. Clases de secretos

### *Secreto oficial*

El secreto oficial, también conocido como “secreto de Estado”, tiene como fundamento el proteger del conocimiento público determinadas materias que de conocerse pondrían en peligro la seguridad nacional (o como dice el artículo 105. b) de la CE “*la seguridad y defensa del Estado*”) y, por ende, los intereses generales del país.

El secreto oficial se afirma, pues, como límite en un doble sentido: al principio de publicidad de la actividad del Estado y a la libertad de información. La idea que subyace en la afirmación del secreto oficial es la de que la seguridad del Estado constituye un bien supremo que es necesario salvaguardar aún a costa de sacrificar otros bienes que decaen ante él. Ahora bien, resulta obvio que esa preferencia respecto del “bien/secreto” no puede ser, en modo alguno, absoluta o incondicionada; es menester precisar con el mayor rigor posible cuáles son aquellas materias que ponen en peligro la seguridad nacional, quién puede declararlas secretas y con qué alcance, para evitar que su extensión ilimitada o un abuso en su utilización supusiera de hecho una quiebra radical del principio de publicidad o la libertad de informar. En definitiva, es necesario regular legalmente el alcance, los requisitos y condiciones del secreto oficial.

En España, la ley que regula el secreto oficial es la Ley 9/1968, de 5 de abril de Secretos oficiales (B.O.E. N° 84, de siete de abril), substancialmente modificada por la Ley 48/1978 de 7 de octubre (BOE n° 243 de 11 de octubre). Fue esta última la que modificó tanto las materias que podían ser calificadas de secretas o reservadas, cuanto las autoridades que podían declararlas como tales.

En su redacción original, la ley de 1968 se ha definido como “*de amplio espectro*” (Carrillo, 1987: 119) en primer lugar porque su ámbito material de aplicación era manifiestamente exagerado, permitiendo que pudiera ser declarado secreto casi todo, y, en segundo lugar, porque los órganos públicos que podían otorgar la calificación de secreta a una materia eran innumerables, pudiendo hacerlo desde el Consejo de Ministros hasta el Director General de la Guardia Civil, pasando



por los Gobernadores Civiles y Jefes Provinciales del Movimiento. La nueva redacción dada por la Ley de 7 de octubre de 1978 vino, como acabo de señalar, a corregir esos excesos, de una parte limitando el ámbito material al establecer que *“podrán ser declaradas <<materias clasificadas>> los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”* (artículo 2º). Las «materias clasificadas» podían, a su vez, ser calificadas en las categorías de *secreto y reservado* en atención al grado de protección que requieran (artículo 3º). De otra parte, se limitaba también el número de quienes eran competentes para la calificación de materias reservadas, reduciéndose a dos: *“el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor* (artículo 4º), que *no podrán transferir ni delegar dicha competencia* (artículo 5º).

Otra modificación importante fue la introducción de excepciones a la aplicación del secreto. En ese sentido, el artículo 10.2 de la Ley de 1978 establece que *“la declaración de “materias clasificadas” no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas.”* Posteriormente, la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo en su artículo 22. Uno, afirmó que *“El Defensor del Pueblo podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la Ley. En este último supuesto la no remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y se acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio.”*

151

La ley de 1978 establecía, por último, que la comunicación, difusión, publicación o utilización de materias declaradas reservadas sería sancionada por las leyes penales. En ese sentido, tales conductas aparecen tipificadas como delitos en el Código Penal (L.O. 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, artículos 598 a 603) y en el Código Penal Militar (L.O. 13/1985 de 9 de diciembre del Código Penal Militar, artículos 53 a 56). En ambos casos el bien jurídico cuya protección se persigue es el de *“seguridad nacional o la defensa nacional”*.

Pese a sus indudables mejoras respecto de la Ley 9/1968, la Ley 48/1978 no ha resuelto algunas cuestiones substanciales tales como la extensión de la expresión *“seguridad y defensa nacional”* o *“seguridad o defensa del Estado”*. La primera duda que se plantea es la de si estamos ante dos bienes jurídicos diferenciados. En este sentido, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que ambos términos no significan lo mismo, constituyendo la “defensa del Estado” un medio o instrumento para conseguir “la seguridad” del mismo (Otero, 2000: 45); en ese sentido los bienes jurídicos tutelados en los artículos 598 a 603 del Código penal común y artículos 53 a 56 del Código penal militar serían tanto la defensa como la seguridad nacional. Otra duda irresuelta es la de si la expresión “seguridad o defensa del Estado” debe quedar *“constreñida a la seguridad y defensa frente a una agresión efectiva o posible de un Estado extranjero”* (Moreno Catena, 1980: 279), aunque en este caso son también mayoría quienes entienden que “seguridad y defensa” deben entenderse no sólo en su dimensión “exterior”, sino también “interior”.

Podemos concluir señalando que el Secreto Oficial se reconoce y acepta en nuestro ordenamiento jurídico como un límite tanto al principio de publicidad (artículo 105, b) de la C.E), como a las libertades de expresión e información (artículo 10.2 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades





Fundamentales)<sup>2</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional.<sup>3</sup> Ahora bien, dicho reconocimiento no significa en modo alguno que la utilización del secreto oficial no deba estar sujeta a estrictos límites. En primer lugar ha de estar sometido al principio de legalidad y debe utilizarse en los términos previstos en la ley siempre con carácter restrictivo.

### *El secreto sumarial*

El principio constitucional general de publicidad tiene, como he señalado al comienzo, una de sus concreciones en la publicidad de las actuaciones judiciales establecida en el artículo 120 de la C.E. (“*las actuaciones judiciales serán públicas*”) precepto que hay que poner en relación con el artículo 24.2 que afirma que “*...todos tienen derecho a... un proceso público*”. Esta exigencia constitucional tiene su correlato en los artículos 232 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No hay que insistir en la importancia de la publicidad de las actuaciones judiciales; desde el marqués de Beccaria o J. Bentham se han dado argumentos sobrados para justificar su necesidad. Ahora bien, reconocida su relevancia, la publicidad de las actuaciones judiciales no puede entenderse tampoco como un principio ilimitado o incondicional. El propio texto constitucional aclara que serán públicas “*con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*”. Entre dichas excepciones ocupa un lugar relevante el secreto sumarial.

El secreto sumarial, entendido como “*la prohibición de acceder a la investigación sumarial o de publicar sus resultados*” (Rodríguez Ramos, 1985: 158) viene regulado por el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (LEcr) que establece que “*las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral con las excepciones determinadas en la presente Ley.*” Significa que en el proceso penal hay una fase, la *sumarial*, en la que el principio de publicidad decae en favor de la prohibición de conocer y difundir las diligencias que en ella se practiquen.

El secreto sumarial limita y restringe el *conocimiento y la revelación* de las diligencias del sumario (las actuaciones encaminadas a averiguar las circunstancias relacionadas tanto con la perpetración y ulterior calificación del delito cuanto con la culpabilidad y responsabilidad de los delincuentes (artículo 299 LEcr). La restricción a la revelación es absoluta e incondicionada: *nadie* puede hacer públicas aquellas diligencias mientras se instruya el sumario. Quienes lo hagan, funcionarios públicos, abogados, procuradores o cualquier otra persona, incurrirán en un acto antijurídico y deberán ser corregidos por ello (artículo 301 LEcr). Por lo que se refiere a la segunda de las restricciones, la restricción al conocimiento, ésta es también absoluta para quienes no son parte personada en el procedimiento, para el público en general, pero no para las partes personadas, que sí pueden “*tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento*”(artículo 302 LEcr). No obstante, el Juez de Instrucción puede excepcionalmente, mediante un auto, acordar el secreto también para las partes personadas por un tiempo determinado (artículo 302 LEcr).

La limitación que significa el secreto sumarial es, por consiguiente doble: limitación al principio de publicidad de las actuaciones judiciales y limitación al

2 De 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979. Revisado en conformidad con el Protocolo nº 11 (Fecha de entrada en vigor 1 de noviembre 1998).

3 Por todas, STC 51/89 de 22 de febrero (BOE Nº 62 de 14 de marzo). Fundamento Jurídico 2.

derecho a la información. Esa doble limitación tiene su trasunto en la finalidad que persigue y que es, igualmente, doble. El secreto sumarial persigue, en primer lugar, impedir que el conocimiento de las actuaciones judiciales “*pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos*”<sup>4</sup> es decir, asegurar la eficacia de las investigaciones que se lleven a cabo en aras a una “*segura represión del delito*.”<sup>5</sup>

Pero no es este el único bien jurídico cuya protección persigue la institución del secreto sumarial; a él hay que añadir el de la presunción de inocencia, a la que todos tienen derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.2 de la C.E. El conocimiento y la revelación de determinados datos que son objeto de investigación en la instrucción sumarial pueden afectar de forma negativa la consideración, el honor y la intimidad de la persona que está imputada por la comisión de un delito pero que es, y sigue siendo, inocente hasta que se dicte una sentencia firme que declare su culpabilidad. “*Exigir de las gentes que se comporten en orden al imputado de modo que no le ocasionen las mortificaciones que vendrán sobre él, si vienen, de la certeza del delito, es decir, de la condena. El secreto instructorio tiene, antes que ninguna, esta razón.*” (Carnelutti, 1994: 126). Se trata, en definitiva, de proteger a la persona incurso en un proceso penal frente a los llamados *juicios paralelos* o *juicios previos* (Rodríguez Bahamonde, 1999: 251) entendidos como “*el conjunto de informaciones y noticias, acompañadas de juicios de valor más o menos explícitos, publicadas o difundidas en los medios de comunicación sobre un caso “sub iudice”.*” (Cremades, 1995: 302) y que producen una condena social inaceptable por precipitada y prematura. Todos tenemos en la mente casos en los que la presión social y mediática ha criminalizado a personas cuya inocencia se ha probado después. Todos sabemos también el daño que esa injusta criminalización ha acarreado a esas personas y que ese daño es, cierta y desgraciadamente, irreparable. De ahí la importancia de evitar esos “juicios paralelos” y para ello la mejor manera es respetar de forma escrupulosa la presunción de inocencia y el secreto sumarial. Por desgracia, la realidad en nuestro país va en dirección opuesta y en demasiadas ocasiones nada hay menos secreto que el sumario y la presunción de inocencia se sustancia aplicando un adjetivo, “presunto”, que al usarlo parece permitir ya tomas de posición

Esta doble fundamentación del secreto sumarial ha sido reconocida, como acabamos de ver, por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup> y también por la Fiscalía General del Estado para quien la revelación de ciertos datos y pruebas en la fase sumarial no sólo “*favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos*” sino que con estas razones “*concurrían a justificar el secreto instructorio los derechos del imputado a la reserva, pues la presunción de no culpabilidad hasta la condena definitiva no tiene únicamente valor procesal y es justo que encuentre en el secreto instructorio un instrumento que, al menos, garantice la personalidad del imputado, así como su dignidad.*”<sup>7</sup>

El secreto sumarial se manifiesta, de este modo, con una doble naturaleza jurídica. Es un deber para los funcionarios públicos, abogados, procuradores, para el público en general, para los medios de comunicación, y es, así mismo, un derecho

4 STC 176/1988 de 4 de octubre, FJ. 3.

5 STC 13/1985.

6 Por todas STC 13/1985, de 31 de enero, FJ. 3.

7 Instrucción 3/1993 de 16 de marzo.



para todas aquellas personas que están siendo investigadas o han sido imputadas en un procedimiento penal, mientras dura la fase sumarial del mismo.

El secreto sumarial significa, como acabamos de ver, que en ciertas circunstancias el principio de publicidad y el derecho a la información decaen ante él. Ahora bien, para que se le pueda otorgar ese carácter preferente frente a bienes jurídicos cuya relevancia se ha encargado de resaltar el mismo Tribunal Constitucional<sup>8</sup> es necesario que se den en él una serie de requisitos que ha ido concretando con su doctrina el propio Tribunal. En primer lugar, y en tanto que limitativo de derechos fundamentales, tal restricción ha de estar prevista en una norma con rango de ley. Es este un requisito necesario aunque no suficiente, porque como se ha encargado de señalar, la remisión a una ley “no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador.”<sup>9</sup> Es preciso que la medida restrictiva “proteja otro bien constitucionalmente relevante... ha de estar motivada, y las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido.”<sup>10</sup> Sólo cuando concurren esos requisitos podrá atribuirse condición de preferente al secreto sumarial en la necesaria ponderación ante otros derechos.

### 3. Conclusión

Aunque cada uno de los dos secretos estudiados tiene sus características singulares, existen algunos elementos que son comunes a uno y otro. El primero de ellos es que ambos limitan el principio de publicidad y el derecho a comunicar información. Este elemento me sirve para justificar la ausencia en esta voz del secreto profesional reconocido en el ejercicio de las libertades informativas por el art.20.1.d. El secreto profesional de los periodistas presenta, por encima de cualquier otra, una característica peculiar que le diferencia del resto de los secretos. Lo que se le dice al periodista no es para que no lo haga público (como en el caso del secreto del abogado o del médico) sino, precisamente, para que lo publique. El secreto profesional de los periodistas es, por consiguiente, un secreto respecto de la fuente, no de la información. Su utilización no restringe ni el principio de publicidad ni, lógicamente, la libertad informativa, que constituye su objeto.<sup>11</sup>

El segundo elemento común es la necesidad de ser regulados mediante disposiciones legislativas en tanto en cuanto limitadores de derechos o libertades fundamentales. El tercero, que al margen de su legalidad, deben ser utilizados con un criterio siempre restrictivo y no expansivo. Nunca se puede olvidar que estamos ante situaciones excepcionales que deben ser tratadas con idéntica excepcionalidad.

### Bibliografía

- CARNELUTTI, F. (1994) *Cuestiones sobre el proceso penal*, Trad. S. Sentís, El Foro, Buenos Aires.  
 CARRERAS SERRA, Lluís de. (2003), *Derecho español de la información*, U.O.C., Barcelona  
 CARRILLO, M. (1987), *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, P.P.U., Barcelona.

8 Entre otras SSTC 6/1981, 62/1982, 88/1985, 165/1987, 20/1990, 105/1990, 85/1992 y 240/1992.

9 STC 13/1985.

10 STC 62/1982 de 15 de octubre.

11 Para el secreto profesional de los periodistas, ver entre otros: Gómez Reyno (1983), Carrillo (1993), Fernández- Miranda Campoamor (1990) y Otero González (2001).

- CARRILLO, M. (1993), *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*. Cívitas. Madrid.
- CREMADES, J. (1995), *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La Ley- Actualidad, Madrid.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. (1990), *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid.
- GARCÍA COTARELO, R. (1985), “Lo privado, lo particular y lo secreto. Los antónimos de lo público” en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, nº 65, Madrid.
- GÓMEZ-REINO, E. (1976), “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales”, *REDA* nº 8, enero- marzo, Madrid.
- GÓMEZ-REINO, E. (1983), “El secreto profesional de los periodistas”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, pp. 612-630.
- LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), (2004), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Colex, Madrid
- MORENO CATENA, V. (1980), *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (1999), *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III, Madrid.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2000), *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- OTERO GONZALEZ, P. (2001), *Justicia y secreto profesional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid.
- RODRIGUEZ BAHAMONDE, R. (1999), *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Dykinson, Madrid.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. (1985), “La publicidad del sumario”, *Libertad de expresión y Derecho penal*, Instituto de Criminología, Edersa. D.L., Madrid.
- SAINZ MORENO, F. (1991), “Secreto e información en el Derecho público” en *Estudios sobre la Constitución Española*. Madrid.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I. (1994), *Protección penal del secreto de Estado [Artículo 135 bis a) al 135 bis d) del Código penal]*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- WILKINSON MORERA DE LA VALL, H. (2007), *Secretos de Estado y Estado de Derecho. Régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona.



## Principio de legalidad penal

**Carmen Lamarca Pérez**

*Universidad Carlos III de Madrid*

[carmen.lamarca@uc3m.es](mailto:carmen.lamarca@uc3m.es)

### Resumen

La autora estudia el significado político y las exigencias jurídicas que derivan del vigente principio de legalidad penal. Se analizan en primer lugar el contenido del principio de seguridad jurídica, del que derivan a su vez las exigencias de “lex certa” y “lex praevia” y del principio democrático-representativo o principio de reserva de ley, que exigiría que la ley sea escrita y determinaría la prohibición de la analogía. Se repasan, asimismo y en segundo lugar, los factores que desde el siglo pasado vienen contribuyendo a lo que se denomina en el trabajo la decadencia de la ley. Finalmente, el examen del concepto se completa con un análisis crítico de la regulación del principio de legalidad penal en España, atendiendo particularmente a la jurisprudencia constitucional en la materia.

### Palabras clave

Seguridad jurídica, carácter taxativo de la norma penal, reserva de ley, imperio de la ley, decadencia de la ley

## The rule of law in criminal justice

### Abstract

The author studies the political meaning and the juridical requirements coming from the principle of penal legality in force. First, it is analyzed the content of the principle of juridical security, from which results at the same time the requirements of “lex certa” and “lex praevia” and the democratic-representative principle or the principle of reserve of law, which demands that the law should be written and would state the prohibition of the analogy. It is examined, at the second place, the factors which from the last century are contributing to what is known at work as the decline of the law. Finally, the exam of the concept is completed with a critical analysis of the regulation of the principle of penal legality within Spain, paying special attention to the constitutional jurisprudence on the matter.

### Keywords

Legal security, strict character of the penal norm, law reserve, law empire, law decline.

El principio de legalidad suele formularse bajo el aforismo, atribuido a Feuerbach (1847), *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena sin una ley que lo tipifique, una ley que debe ser previa a la comisión del hecho delictivo y una ley que debe serlo también en sentido formal, esto es, una norma emanada del Parlamento como órgano de la representación política.

La legalidad no es, sin embargo, un concepto reciente; al margen de precedentes más o menos remotos (Lamarca, 1987, 1: 45 ss.), cabe considerar al principio de legalidad como un “hijo de la Ilustración” que surge en los orígenes ideológicos del Derecho penal moderno como la primera consecuencia del fundamento contractual del *ius puniendi*, pero también, y al mismo tiempo, como el primero de sus límites. Como es sabido, para la filosofía política del contractualismo individualista la legitimidad del derecho a castigar y del propio Estado descansa o reside en la tutela de los derechos individuales objeto del contrato social; de ahí que, como señalaba Beccaria (1981: 13), sólo el legislador en cuanto que representa a toda la sociedad unida por un contrato social puede decretar los delitos y las penas. La legalidad se convierte así en garantía de la libertad de los ciudadanos frente al Derecho a castigar del Estado.

Desde estos presupuestos, ¿qué significado político y qué exigencias jurídicas se derivan hoy de la vigencia del principio de legalidad? En primer lugar, el principio de legalidad debe ser entendido como expresión del valor de la seguridad jurídica que permite al ciudadano saber lo que está prohibido. Este es, sin duda, el primero de los valores tal y como surgió en sus orígenes iluministas; la ley, ciertamente, no es una garantía en sí misma, ni asegura la justicia o moralidad del mandato, pero no cabe duda que la legalidad aporta un principio de limitación del poder, en especial si se trata de una legalidad abstracta y general como la postulada por la filosofía del siglo XVIII. Sobre todo, supone una limitación del poder judicial porque los jueces han de aplicar exclusivamente lo que viene determinado por la Ley, que debe ser lo más taxativa y precisa posible, pero implica también una cierta limitación de quien ostenta la facultad normativa, esto es del poder legislativo, por cuanto se prohíben las leyes *ex post facto* o su modificación o derogación singular. La legalidad, así entendida, satisface además la función motivadora de las normas penales pues mal se puede motivar desde la inseguridad jurídica.

Del principio de legalidad, entendido como expresión de la seguridad jurídica, cabe derivar entonces dos exigencias técnicas como son, en primer lugar, el carácter taxativo y preciso de las normas penales, la ley debe ser “*lex certa*” excluyéndose de las normas, en la medida de lo posible, los elementos de carácter normativo o las cláusulas generales y, en segundo lugar, la prohibición de las leyes “*ex post facto*”, es decir la ley debe ser “*lex praevia*”, o lo que es lo mismo, el hecho ha debido ser declarado delictivo con anterioridad a su realización, si bien es verdad que esta segunda consecuencia se halla modulada por el principio “*favor libertatis*” que permite la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables.

En segundo lugar, el principio de legalidad debe ser también entendido como expresión del principio democrático-representativo (Arroyo, 1983: 12 ss.). Desde esta perspectiva, el principio de legalidad no sólo debe garantizar el imperio de la ley frente al activismo judicial y exigir la previa tipificación de las conductas delictivas sino que, además, debe asegurar que el contenido de la ley constituye una expresión de la voluntad general. Ello significa que son los propios ciudadanos, a través de sus representantes políticos, los que deben decidir lo que está prohibido o permitido, es lo que se denomina Principio de Reserva de Ley que supone que sólo el Parlamento, como órgano representativo, puede definir los delitos, establecer las penas, ordenar el

procedimiento para su aplicación y regular la forma de su ejecución; son las llamadas garantías criminal, penal, judicial y de ejecución.

Desde esta perspectiva, el principio de legalidad conlleva entonces dos exigencias o consecuencias jurídicas: de un lado, la prohibición del derecho consuetudinario, la ley debe ser *lex scripta* y, de otro, la prohibición de la analogía, esto es, el pleno sometimiento del juez al imperio de la ley, o, lo que es lo mismo, la prohibición de cualquier forma de creación judicial del Derecho mediante analogía o interpretación extensiva, la ley debe ser *lex stricta*.

A pesar de los valores que, como acabamos de ver, incorpora el principio de legalidad, no cabe desconocer, sin embargo, que la legalidad no goza hoy del prestigio que tuvo en sus orígenes; los síntomas de la decadencia de la ley son bien conocidos: la complejidad de las sociedades modernas provoca la multiplicación de las leyes que ya no son obra de la "volunté générale", sino de los tecnócratas; el decisionismo de la norma particular se impone sobre la generalidad y abstracción de los viejos Códigos y existe una rehabilitación de la función creadora del juez que deja de ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley como quería Montesquieu; en las conocidas palabras de Llewellyn "El Derecho es lo que hacen quienes se encargan de su aplicación, no lo que ellos dicen que hacen ni lo que los libros dicen que deben hacer".

Pero como señala Rodríguez Mourullo (1978: 884), el mayor golpe para la legalidad penal que se registró en el pasado siglo XX "provino del plano político". Baste así recordar, por ejemplo, que en la Alemania nacionalsocialista el Código penal reconocía expresamente el uso de la analogía para que el juez pudiera aplicar el auténtico sentimiento jurídico nacional y que en el Derecho Penal Soviético el famoso Proyecto de Krylenko de 1930 suprimió la Parte Especial del Código, es decir, la tipificación expresa de delitos (Lamarca, 1987, 1: 66 ss.).

En la actualidad, sin embargo, el panorama no resulta tan desalentador para la legalidad, aunque cabe decir que sigue siendo desde el plano político donde más golpes viene sufriendo pues las normas, en demasiadas ocasiones, se imponen sin más por las mayorías. Pero es verdad que si bien el juez desarrolla una cierta función creadora, a veces incluso imaginativa, esta actividad está generalmente sometida a leyes, y dentro de unos principios generales comunes y conocidos; pero, sobre todo, en la práctica se ha producido la consagración con rango constitucional del principio de legalidad en casi todas las naciones, estableciéndose además el criterio de un principio de reserva absoluta, es decir, la ley no es sólo norma superior sino norma primaria, esto es, vínculo ineludible para cualquier actuación de los órganos estatales.

En España, la regulación constitucional del principio de legalidad no es, a juicio de la mayoría de la doctrina, plenamente satisfactoria (De Vicente, 2004: 89). Garantizado genéricamente por el art. 9,3º de la Constitución de 1978, las básicas garantías criminal y penal no se hallan claramente recogidas y resulta dudoso si derivan de la referencia a la legalidad del art. 25,1, de la genérica reserva de derechos fundamentales del artículo 53,1 o, finalmente, de la reserva de ley orgánica prevista por el artículo 81,1 lo que, como seguidamente veremos, ha dado lugar a una amplia polémica doctrinal sobre el alcance de la reserva de ley en materia penal. En la legislación ordinaria, sin embargo, las garantías criminal y penal -no hay delito ni pena sin ley- se encuentran claramente recogidas en los artículos 1 y 2 del Código penal vigente de 1995. La garantía jurisdiccional, por su parte, puede hacerse descansar en el art. 24,1 CE si bien también en este caso resulta mucho más explícito lo previsto por



el artículo 3,1 del Código penal y el 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, finalmente, lo mismo puede predicarse respecto de la garantía de ejecución más claramente comprendida en el art. 3,2 del Código penal y 2º de la Ley Orgánica General Penitenciaria frente a lo previsto por el art. 25,2 de la Constitución.

En cuanto a las exigencias o condiciones que, según hemos visto, ha de reunir la propia ley, el juicio no puede ser mucho más positivo. Es cierto que la irretroactividad se halla reconocida por partida doble (arts. 9,3 y 25,1) pero, en cambio, los constituyentes desaprovecharon la oportunidad de consagrar el principio de taxatividad o certeza, así como de rechazar el razonamiento analógico que sólo puede hacerse derivar de la Constitución a través de la cláusula genérica de la seguridad jurídica del artículo 9,3º y que en la actualidad se halla manifiestamente prohibido según lo previsto en el artículo 4 del Código penal.

Con todo, el mayor problema que deriva de la regulación constitucional sobre la legalidad se ha suscitado en cuanto al alcance de la denominada reserva de ley pues, si bien partimos de que la materia penal queda claramente excluida de la acción del ejecutivo, esto es, existe lo que se denomina una reserva absoluta de ley (en este sentido, las STC 83/1984, de 24 de julio y 142/1999, de 22 de julio), se discute (Lamarca, 1987, 2: 104 ss.) si resulta suficiente con la ley ordinaria o, por el contrario, las leyes penales deben tener rango de ley orgánica, un tipo de normativa específica de la Constitución española que, según lo previsto por su artículo 81, está reservada para la regulación de determinadas materias y requiere para su aprobación mayoría absoluta del Congreso.

La doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia tampoco ha resultado muy satisfactoria y, además, y lo que es más grave, no ha cerrado el debate. En un primer momento, la STC 25/1984, de 23 de febrero, que se pronunciaba sobre la constitucionalidad de la Ley de Control de Cambios que tenía carácter ordinario, declaró, en una sentencia bastante ambigua, que la reserva absoluta de ley en materia penal no implicaba necesariamente y en todo caso su regulación por medio de ley orgánica, esto es, que perfectamente se podía legislar en materia penal por medio de ley ordinaria; poco tiempo después, sin embargo, y precisamente en un pronunciamiento sobre la misma Ley de Control de Cambios (STC 140/1986, de 11 de noviembre), el más alto Tribunal viene por el contrario a exigir el carácter orgánico de las leyes que regulan la materia penal pero eso sí, siempre que afecten al derecho fundamental de libertad, es decir siempre que las normas penales tengan previstas penas privativas de libertad por lo que, en principio, si se tratara de otro tipo de penas, como las pecuniarias por ejemplo, no existirían obstáculos para su regulación por medio de ley ordinaria. Aunque lo cierto es que en la actualidad todas las leyes penales han tenido finalmente carácter de orgánicas, lo cierto es que, con la fundamentación antes expresada, el Tribunal Constitucional no ha dado por concluido el debate sobre la necesidad del rango específico de ley orgánica en materia penal; a mi juicio, sin embargo, el uso de esta categoría normativa no añade una garantía sustancial al ordenamiento punitivo pero creo que, en todo caso, sea cual sea la opción que se proponga debe tener carácter de inclusión o exclusión total del ámbito de las leyes orgánicas si no se quiere romper la idea de Código y la unidad de fuentes.

## Bibliografía

- BECCARIA, C. (1981 [1764]), *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino.  
 CUERDA RIEZU, A. (1991), *El legislador y el Derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.



- CUERDA RIEZU, A (2001), "Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal", en F. Morales Prats y G. Quintero Olivares, *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 161-181.
- DE VICENTE MARTINEZ, R. (2004), *El principio de legalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- DEDES, C. (2002), "Sobre el origen del principio 'nullum crimen nulla poena sine lege'", en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 9, pp. 141-146.
- DIEZ RIPOLLES, J.L. (2003), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1997), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- HUERTA TOCILDO, S. (1993), "El derecho fundamental a la legalidad penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, pp. 81-114.
- LAMARCA PEREZ, C. (1987), "Formación histórica y significado político de la legalidad penal", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 2, pp. 35 ss.
- LAMARCA PEREZ, C. (1987), "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, pp. 99-138.
- PRIETO SANCHIS, L. (1981), "Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución de 1978", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 62, pp. 125-160.
- PRIETO SANCHIS, L. (1983), "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución", en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, pp. 367-425.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1978), "Legalidad (Principio de)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIV, Seix, Barcelona.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1987.1), "Delitos monetarios y reserva de Ley orgánica. Comentario a las SSTC de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986", en *La Ley*, n. 1653.





## **Prevaricación (delitos de)**

**Félix María Pedreira González**

*Universidad Complutense de Madrid*

[fmpedreira@der.ucm.es](mailto:fmpedreira@der.ucm.es)

### **Resumen**

Sendas referencias a los sentidos etimológico y gramatical del término “prevaricación” preceden en este trabajo al análisis de los tipos penales previstos en los artículos 404 y 446 del Código Penal, que articulan, respectivamente, los delitos de prevaricación de funcionario público y de juez o magistrado. El autor examina en primer lugar los bienes jurídicos que cabe considerar protegidos y que se identifican con el correcto ejercicio de la potestad administrativa, en el primer caso, y de la función jurisdiccional, en el segundo. Completan dicho examen la identificación del sujeto activo y de la conducta típica de ambos delitos y de las figuras delictuales afines de las que cabe distinguirlos.

### **Palabras clave**

Prevaricación de funcionario público, prevaricación judicial, a sabiendas, carácter injusto, prevaricación imprudente.

## **Breach of legal duty (crime of)**

### **Abstract**

Both references to the etymological and grammatical meanings of the term “Breach of legal duty” precede within this work to the analysis of the sort of penalties foreseen at the articles 404 and 446 of the Penal Code, which present, respectively, the crimes of breach of legal duty by a government employee or a judge. Firstly, the author examines the juridical goods which should be considered as protected and which are identified with the correct exercise of legal authority, in the first case, and with the jurisdictional function in the second case. This is completed by the identification of the active agent and the normal conduct of both crimes and of the similar criminal figures from which they should be distinguished.

### **Keywords**

Breach of legal duty, judicial breach of legal duty, deliberately, unfair character, unwise corruption.

## 1. Consideraciones generales

Etimológicamente, prevaricación procede del latín “*praevaricatio*”, que deriva a su vez de “*prae*” y “*varus*” (piernas torcidas o huesos de las piernas torcidos). Desde esta perspectiva etimológica, prevaricar equivaldría a andar de forma torcida o desviarse del camino recto.

Desde un punto de vista gramatical, se ha venido definiendo la prevaricación como faltar uno voluntariamente a la obligación de la autoridad o cargo que desempeña, quebrantando la fe, palabra, religión o juramento<sup>1</sup>. En la actualidad, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ya define la prevaricación en su sentido más propio y estricto como “el delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario”.

Tradicionalmente, los legisladores españoles han venido incluyendo bajo la rúbrica “De la prevaricación” comportamientos que no consisten propiamente en el dictado de una resolución injusta, como sucede hoy día con la negativa a juzgar (art. 448 CP) o el retardo malicioso en la administración de justicia (art. 449 CP). No obstante, al margen de la inclusión de estas figuras más o menos afines bajo la misma rúbrica, cuando se alude a la prevaricación suele hacerse en su significado más propio y estricto, como aquélla conducta consistente en el dictado de una resolución contraria a Derecho o, siguiendo la terminología utilizada por el § 339 del Código Penal alemán, en el torcimiento del Derecho (“*Rechtsbeugung*”). Este comportamiento se encuentra previsto, para el ámbito de la Administración Pública, en el Libro II, Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”), Capítulo Primero (“De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”), art. 404 CP, y, para el ámbito de la Administración de Justicia, en el Libro II, Título XX (“Delitos contra la Administración de Justicia”), Capítulo Primero (“De la prevaricación”), arts. 446 y 447 CP.

## 2. Prevaricación de funcionario público

El art. 404 CP establece: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

En cuanto al bien jurídico protegido en el art. 404 CP, éste sería, conforme a la posición mayoritaria, el correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público o la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente (González Cussac, 1997: 24).

Con respecto al sujeto activo, como puede observarse, el art. 404 CP se refiere a la autoridad o funcionario público. Nos encontramos ante un delito especial propio, en el que se produce una limitación jurídica de la esfera de posibles autores, no existiendo correspondencia con otro delito común. Para integrar los conceptos de autoridad y funcionario público, hay que acudir al art. 24 CP que establece: “1.- A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna

<sup>1</sup> Cfr. Córdoba Roda (2004: 2128); Groizard y Gómez de la Serna, A. (1871: 82); Pacheco (2000: 841); Ramos Tapia (2000: 88); Rodríguez Devesa (1991: 1133)

corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. No obstante, debe aclararse que del art. 404 CP han de excluirse los Jueces y Magistrados, que entran en el ámbito de los arts. 446 y 447 CP.

La conducta típica consiste en dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Por resolución se entiende todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados (González Cussac: 1997: 49). Pero, sin duda, son los elementos de la injusticia y de la arbitrariedad los que constituyen la cuestión más trascendente y, al tiempo, más compleja de los delitos de prevaricación. Por lo que respecta a la arbitrariedad, ésta la define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como un “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o por el capricho”. La injusticia supone, según el mismo Diccionario, una “acción contraria a la justicia o falta de justicia”. Las diferentes teorías que se han ensayado acerca del carácter de la resolución en el ámbito de la prevaricación pueden agruparse, esencialmente, en subjetivas, objetivas y mixtas, en función de la trascendencia que otorgan a la íntima convicción de quien dicta la resolución. Bajo nuestro modelo Constitucional, propio de un Estado de Derecho, mayoritariamente se mantiene que la determinación de la arbitrariedad de la resolución debe hacerse en clave objetiva, mereciendo tal calificación la resolución que no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. Sin embargo, en el caso de la prevaricación administrativa, no sólo es posible, sino también conveniente, una mayor restricción, acorde con la diferente función del juez y del funcionario administrativo en sentido estricto, pudiendo cometerse prevaricación administrativa no sólo por sobrepasar los límites del ordenamiento jurídico (teoría objetiva tradicional), sino también por dictar una resolución que no sea la que más favorezca los intereses generales, aun cuando se halle dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles (Martínez Altamirano y Pedreira González, 2008: 2149). Esta concepción objetiva restringida no sólo permite superar las objeciones que presentan los restantes criterios en el ámbito de la prevaricación administrativa, sino que resulta conveniente desde una perspectiva político-criminal y acorde con la configuración constitucional de la función de la Administración pública.

La expresión “a sabiendas” contenida en el art. 404 CP comúnmente se identifica con el dolo, esto es, con la exigencia de conciencia y voluntad. No obstante, se discute si el “a sabiendas” contiene únicamente los supuestos de dolo directo o si también incluye el dolo eventual. A nuestro juicio, si de la expresión “a sabiendas” pudiera inferirse que exige no sólo saber sino saber con certeza, plantearía dificultades ir más allá del dolo directo y defender su compatibilidad con el dolo eventual, pero dicha alusión no requiere un conocimiento de dichas características. Como ya puso de manifiesto Octavio de Toledo y Ubieto (1980: 372) la función del “a sabiendas” no es otra que trazar una frontera entre todo lo doloso, incluido el dolo eventual, y todo lo imprudente.

Hoy día ya no se contempla la modalidad imprudente de este delito, pero, aunque exija descender a la cruda realidad, no conviene olvidar las verdaderas motivaciones deshonestas e inconfesables que dieron lugar a la desaparición de la prevaricación administrativa imprudente, por ser la figura que, ante las frecuentes dificultades probatorias, permitía sancionar numerosos abusos de la clase política,



que hoy día suelen quedar vergonzosamente impunes y que constituyen una seria lacra para nuestro Estado social y democrático de Derecho. En definitiva, la despenalización de la prevaricación administrativa imprudente constituyó, como agudamente la ha calificado Álvarez García (2007: 19), un verdadero acto de “prevaricación legislativa”.

Finalmente, debe mencionarse que se aproximan a esta figura de la prevaricación administrativa los nombramientos ilegales de los arts. 405 y 406 CP y las conductas contenidas en los arts. 320, 322 y 329 CP, dentro de los “delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”.

### 3. La prevaricación judicial

El art. 446 CP, que contempla la modalidad dolosa del delito de prevaricación judicial, establece: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”.

El art. 447 CP, que recoge la modalidad imprudente de este delito, señala: “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

En cuanto al bien jurídico protegido no hay inconveniente en afirmar que guarda una estrecha relación con la potestad jurisdiccional, pudiendo decirse que a través de su regulación se pretende asegurar el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional o, si se prefiere, que la potestad jurisdiccional se ejerza con arreglo a Derecho. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la finalidad última es proteger uno de los aspectos esenciales del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), que no es otro que el derecho a obtener una resolución “fundada en Derecho” (Pedreira González, 2007: 52).

Con respecto al sujeto activo, los arts. 446 y 447 CP se refieren al “Juez o Magistrado”, encontrándonos nuevamente ante delitos especiales propios. La alusión a los Jueces y Magistrados constituye un elemento típico que presenta dificultades y que debe ser objeto de una valoración especialmente cuidadosa. Frente a la referencia al “Juez”, contenida en la regulación anterior, el Código Penal vigente ha preferido aludir al “Juez o Magistrado”, previsiblemente para resolver las dudas en la inclusión de estos últimos y la posible responsabilidad por prevaricación judicial en el ámbito de los órganos colegiados. Normalmente, se estima que a efectos de integrar estos términos, de forma acorde con el bien jurídico protegido en

estas figuras delictivas, resulta preferible la adopción de un criterio eminentemente material, aún a costa de asumir una interpretación extensiva -que no una aplicación analógica- de la expresión “Juez o Magistrado”, sobre la base de una significación técnico-jurídica de tales términos, que atienda al ejercicio efectivo de la potestad jurisdiccional. De acuerdo con ello, a nuestro juicio, pueden incluirse en este ámbito, no sólo los Jueces y Magistrados integrantes de la jurisdicción ordinaria, sino también otros posibles sujetos no integrados en la misma, como los miembros de la Jurisdicción Militar, los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Consejeros del Tribunal de Cuentas en el enjuiciamiento de la responsabilidad contable, los miembros de los Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales e, incluso, los miembros del Tribunal del Jurado y los Árbitros. No así los Fiscales y los Secretarios Judiciales, que entrarán en la esfera de autoría del art. 404 CP (Pedreira González, 2007: 53-87).

También a la hora de fijar el concepto de resolución a los efectos del delito de prevaricación judicial, mayoritariamente se adopta una perspectiva eminentemente material que, vinculada al bien jurídico, atiende no tanto a cuestiones estrictamente formales como al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo relevante a estos fines, por lo tanto, es la naturaleza jurisdiccional de la resolución, que es atribuible a las sentencias, autos y providencias y también, a nuestro juicio, puede predicarse del veredicto del Tribunal del Jurado y del laudo arbitral. En ocasiones los integrantes del Poder Judicial pueden formar parte de órganos de naturaleza administrativa y dictan resoluciones de este carácter, que no deben entrar en el ámbito de aplicación de la prevaricación judicial sino de la prevaricación administrativa.

En lo que se refiere al carácter injusto de la resolución, mayoritariamente se defiende la teoría objetiva, excluyendo del ámbito de aplicación del delito de prevaricación judicial aquellas resoluciones que son defendibles o justificables en Derecho. Desde nuestro punto de vista, para la prevaricación judicial esta postura puede considerarse acertada y acorde con la función de los Jueces y Magistrados, permitiendo mantener el ámbito de aplicación del delito dentro de unos límites razonables, y más teniendo en cuenta la existencia de un sistema de recursos y de instituciones como la abstención y la recusación, dirigidas a garantizar la imparcialidad de los Jueces y Magistrados.

La expresión “a sabiendas” contenida en el art. 446 CP mayoritariamente se identifica con el dolo, esto es, con la exigencia de conciencia y voluntad. No obstante, nuevamente se discute si el “a sabiendas” contiene únicamente los supuestos de dolo directo o si también incluye el dolo eventual. A nuestro juicio, como ya se ha señalado con referencia a la prevaricación administrativa, la expresión “a sabiendas” no resulta incompatible con ninguna de las modalidades de dolo, incluido el dolo eventual.

A diferencia de lo que sucede en la prevaricación administrativa, en el ámbito de la prevaricación judicial sí se contempla una modalidad imprudente. Así, el art. 447 CP se refiere a “la imprudencia grave o ignorancia inexcusable”. Por lo tanto, como señala Muñoz Conde (2007: 911), “la imprudencia debe ser grave, entendiéndose también como tal la ignorancia inexcusable, es decir, aquélla que con un mínimo de diligencia e interés por parte del Juez, hubiera podido ser vencida”.

Mientras que el art. 446 CP exige una “resolución injusta”, el art. 447 CP requiere una resolución “manifiestamente injusta”. Con arreglo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por “manifiestamente” debe entenderse con claridad y evidencia. Se trataría, por lo tanto, de errores clamorosos, que pueden ser apreciados a simple vista por un Juez de formación media.



Finalmente, como ya se ha señalado, conviene tener en cuenta que el legislador español ha incluido en el ámbito de la prevaricación judicial comportamientos que no consisten propiamente en una prevaricación, es decir, en el dictado de una resolución injusta. Tal es el caso de la negativa a juzgar (art. 448 CP) y del retardo malicioso en la administración de justicia (art. 449 CP).

## Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2007), Prólogo a *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, CEURA, Madrid.
- CÓRDOBA RODA, J. (2004), en CORDOBA RODA, J y GARCÍA ARAN, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA ARÁN, M. (1990), *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1997), *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. (1871), *El Código penal de 1870*, tomo IV, Salamanca.
- MARTÍNEZ ALTAMIRANO, E. y PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. (2008), "Sobre las diferencias entre la arbitrariedad del art. 404 y la injusticia del art. 446 del Código penal español", en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (2007), *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1980), *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid.
- PACHECO, J. F. (2000), *El Código penal. Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M. (2007), *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, CEURA, Madrid.
- RAMOS TAPIA, M.I. (2000), *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1991), *Derecho penal español. Parte especial*, 14ª edición, Dykinson, Madrid.



## **Abuso de información privilegiada de funcionario (delito de)**

**Pilar Otero González**

*Universidad Carlos III de Madrid*

[pilar.otero@uc3m.es](mailto:pilar.otero@uc3m.es)

### **Resumen**

El análisis de los distintos elementos a partir de los cuales se define el delito de abuso de información privilegiada de funcionario constituye el objeto de este trabajo. Dicho análisis se extiende a los bienes jurídicos protegidos –la integridad de la función y la protección del interés general-; al sujeto activo –el funcionario que accede lícitamente a la información privilegiada o al secreto-; a la acción típica –el uso del secreto o la información en el propio beneficio-; al objeto de la misma –el secreto y/o la información privilegiada-; y, por último, a su consumación –que se entenderá producida por el mero uso del secreto o de la información privilegiada con la intención de lograr algún beneficio económico. Finalmente, la autora repasa el contenido de la responsabilidad penal, prevista autónomamente, de los particulares que resulten beneficiados por dicha acción.

### **Palabras clave**

Acceso a información privilegiada, secreto, deber de guardar reserva, cargo público, uso de información o secreto.

## **Abuse of privileged information of government employees (crime of)**

### **Abstract**

The analysis of the various elements from which it is defined the crime of abuse of privileged information of government employees constitutes the aim of this work. This analysis extends to juridical protected goods – the integrity of the function and the protection of the general interest-; to the active agent – the government employee who legally access to the privileged information or secret-; to the normal action – the use of the secret or the privileged information for personal benefit-; to the object itself – the secret and/or privileged information-; and, finally, to its termination – produced by the simple use of the secret or the privileged information with the intention of obtaining any economic benefit. Finally, the author examines the content of the penal responsibility, autonomously foreseen, of the particulars that were favored by this action.

### **Keywords**

Access to privileged information, secret, duty of maintaining reservation, public office, use of information or secret.



## 1. Introducción. Ubicación y bien jurídico protegido

Es sobradamente sabido que el desempeño de una determinada función pública por parte de las autoridades y otros funcionarios públicos puede conllevar el conocimiento por éstos de determinadas informaciones a las que no tienen acceso la generalidad de las personas, encontrándose aquéllos en una situación de privilegio de la que podrían obtener importantes beneficios económicos haciendo uso del contenido de tales informaciones que conocen por razón de su cargo (Crespo, 1998: 1750). Obviamente, y en paralelo con el acceso a esta información, se encuentra el deber funcional de guardar reserva sobre la misma, absteniéndose de utilizarla en beneficio de intereses particulares propios o ajenos (Gómez Iniesta, 1997: 352).

Para atajar estas conductas y fruto de la Directiva Comunitaria 89/592, de 13 de noviembre, la LO 9/1991, de 22 de marzo, (B.O.E., de 27 de marzo), introdujo en el anterior Código penal el delito de uso indebido de información privilegiada de funcionario (hoy recogido en el art. 442 ubicado dentro del Capítulo IX del Título XIX, junto con otros delitos relacionados con el tráfico de influencias), protegiéndose a través del mismo la integridad de la función y la persecución del interés general, que puede perjudicarse por el abuso que se haga de la información que conoce el funcionario por razón de su cargo con la finalidad de obtener un lucro personal.

## 2. Sujeto activo

Se trata de un delito especial del que sólo pueden resultar autores quienes ostenten las cualidades personales exigidas en el tipo. Es necesario que se haya accedido lícitamente a esa información, esto es, la fuente del conocimiento de la información deriva de las funciones propias del cargo, que deben ser interpretadas de forma restrictiva (Paz, 1993: 141; Faraldo, 1995: 75), en el sentido de una competencia estricta e inherente a su función, sin que sea suficiente con que la condición funcional sea un elemento que simplemente facilite al sujeto el acceso al contenido de esa información o secreto (concepción amplia), como en ocasiones ha hecho la jurisprudencia -SAP, Barcelona, 8ª, de 31 de julio de 2002 (*JUR*, 2002\279660)-, a mi juicio erróneamente, aplicando el artículo 442 CP al funcionario público que aprovechando tal condición, accede a una información cuyo conocimiento no forma parte de sus funciones específicas ni está autorizado para conocerla, por lo que el acceso a la misma se realizaba de forma indebida. Ello no significa, sin embargo, la exclusión del ámbito típico de los supuestos en los que el acceso a la información o secreto se produzca de forma ocasional, aunque legalmente prevista, pues no por circunstancial dejará de ser inherente a su función.

La equiparación del *oficio* y del *cargo* como fuentes del conocimiento de la información privilegiada o del secreto por parte del sujeto resulta incorrecta, debiéndose suprimir la referencia al *oficio* que es fruto de un *lapsus* del legislador motivado por la precipitación en la creación del delito. En la tradición jurídico-penal, el "oficio" siempre se ha relacionado con la realización de actividades profesionales, reservándose el vocablo "cargo" para el desempeño de funciones públicas. Así sucede, por lo demás, en todos los delitos de funcionarios, a excepción del mentado artículo 442 CP y del artículo 417 CP (Otero, 1999: 222 ss.) equivalentes a los artículos 367 y 368 CP derogados, ambos fruto de la reforma de la LO 9/1991, de 22 de marzo.

### 3. Conducta típica

#### *El término “uso”*

El núcleo de la acción típica del delito consiste en hacer uso del secreto o de la información en el propio beneficio. Así, el verbo “usar” es sinónimo de “abusar”, de “aprovecharse” de la posición de privilegio o ventaja que le otorga al sujeto ese conocimiento (Paz, 1993: 141; Morillas y Portilla, 1994: 218-219; Orts, 1994: 232). Por ello, resultaría plausible la sustitución en el precepto del verbo *usar* (de contenido valorativo neutro), por el de *abusar* que presenta una connotación disvalorativa de “utilización ilícita”.

La interpretación del verbo “usar” exige plantearse si incluye o excluye la acepción “revelar”, es decir, si la *revelación* es o no una forma de *uso* a los efectos de este precepto.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 52/1993, de 18 de enero -RJ, 1997\6482-; 1335/2001, de 19 de julio -RJ, 2003\6472-; 1861/2000, de 4 de diciembre -RJ, 2000\10178-; 1599/1999, de 15 de noviembre -RJ 1999\8712-) y la doctrina dominante viene manteniendo que el uso típico del artículo 442 CP no incluye los supuestos de revelación (hacer partícipes de la información o del secreto a terceros no autorizados para su conocimiento), ni tampoco la mera transmisión a cambio de precio, debiendo acudir en estos casos al delito de revelación de secretos por funcionarios del artículo 417 CP y, si ha mediado precio, en concurso con el delito de cohecho pasivo propio del artículo 419 CP.

Esta interpretación implica una consecuencia evidente: limita ostensiblemente el ámbito fáctico de aplicación de la conducta tipificada en el artículo 442, porque en la mayoría de los casos el uso de un secreto o de una información con ánimo de obtener un beneficio conlleva la revelación. Por tanto, el término “uso” debe incluir conductas de revelación por dos motivos fundamentalmente: en primer lugar, porque el término “uso”, que no es más que hacer servir una cosa para algo, no excluye semánticamente conductas de revelación. En esta línea, es habitualmente frecuente que las conductas de uso de la información privilegiada se realicen mediante actos simultáneos de revelación a terceros para que estos realicen las operaciones materiales tendentes a la obtención del lucro económico pretendido por el funcionario público o la autoridad y, en tales casos, dada la mayor penalidad del artículo 442 CP sobre el artículo 417 CP, y su mayor especialidad, el primero deberá absorber al segundo –lo que inevitablemente supone admitir que mediante el artículo 442 CP se reprende, también, la revelación producida-, evitando así un posible concurso de infracciones que daría lugar a una penalidad excesiva, vulneradora además del principio *non bis in idem*. En segundo lugar, la exclusión de las conductas de revelación con ánimo de lucro del ámbito del artículo 442 CP, produciría consecuencias penológicas difícilmente admisibles, pues no se podría explicar por qué si el funcionario público o la autoridad realiza él directamente la operación o negocio incurre en mayor pena (artículo 442 CP –está “haciendo uso”-), que si, para dificultar su descubrimiento, se concierta con un tercero al que revela la información para que sea éste quien realice la operación o negocio (artículo 417 CP –está “revelando”-).

#### *Comisión omisiva del delito*

El análisis del término “uso” guarda relación, por otro lado, con la admisión o no de la comisión omisiva del delito. Si se admite, como creo adecuado, que “hace uso”, en sentido típico, quien se sirve, *se aprovecha*, *se vale* o  *explota* una



información, debe resultar típica la conducta del funcionario público o de la autoridad que decide paralizar una operación que estaba en marcha o, simplemente, no iniciar la que había planificado realizar. En tal sentido, usar una información es tomar decisiones con base en ella; decisiones, que pueden tener un contenido material positivo (de hacer), o negativo (de no hacer), sin que las evidentes dificultades probatorias de estos últimos supuestos sea motivo suficiente para declararlas impunes. En otros términos, no debe confundirse la propia expresión “hacer uso” del secreto o de la información privilegiada, con el comportamiento posterior que resulte de ese uso (Castro y Otero, 2007: 78-81).

### *Objeto de la acción: el secreto y la información privilegiada*

El “secreto” se caracteriza porque sólo es conocido por un círculo limitado de personas de manera oficial, por razón del ámbito competencial atribuido al cargo público desempeñado, sin que deba ser clasificado legalmente como tal, debiendo existir intención de mantenerlo en ese régimen de exclusividad respecto de su conocimiento por terceros que no podrían averiguarlo fácilmente por otras vías. Asimismo, debe concurrir un interés serio y objetivo para su no divulgación pública, motivado por la trascendencia patrimonial que podría derivarse de su uso. En consecuencia, el secreto del artículo 442, por su naturaleza, no posee necesariamente contenido patrimonial (STS 2361/2001, de 4 de diciembre -RJ 2002\817-), sino que la trascendencia patrimonial deriva de su uso abusivo.

La “información privilegiada”, segundo objeto material del uso típico, participa de algunas características del secreto, en tanto que sólo acceden a ella pocas personas por razón de su oficio o cargo público (Gómez Iniesta, 1997: 350) pudiendo obtenerse por la naturaleza concreta de la información un beneficio patrimonial derivado de su uso (Alonso, 2000: 266). Sin embargo, a diferencia de aquél, la información privilegiada se refiere a hechos o circunstancias que sí van a ser publicados, notificados o divulgados en un futuro, aunque todavía no lo sean en el momento en el que se abusa de la misma.

A partir de lo anterior, el propio artículo 442.II in fine CP, efectúa una interpretación auténtica de información privilegiada a los efectos de este delito, definiendo la misma como “toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”. A pesar de la aparente limitación legal de la definición de la información privilegiada (“a los efectos de este artículo”), lo cierto es que, al ser ésta heredera del mismo concepto contenido en la Ley del mercado de Valores, la definición de la misma contemplada en el artículo 442.II in fine CP, suele considerarse válida para el resto de preceptos en los que el Código penal alude a la información privilegiada y, especialmente, en lo referente a la *información* de los artículos 417 y 418 CP. Sin embargo, entre ambas informaciones, existen algunas diferencias. Así, la expresión “no haya sido notificada...” empleada por el artículo 442 CP, a diferencia de la “no deban ser divulgados”, del artículo 417 CP, no precisa completarse con ninguna norma extrapenal por ser un concepto objetivo en sí mismo (o está, o no está publicada). Por otro lado, la información privilegiada del artículo 442 CP ha de ser idónea para reportar un beneficio económico al ser utilizada, mientras que la información *in genere* del artículo 417 CP no precisa de esta circunstancia. Sí pueden considerarse sinónimas (Martínez-Buján, 1999: 138; Oliva, 2002: 3; Jericó, 2002: 135) sin embargo, las informaciones “privilegiadas” del artículo 442 CP y las informaciones “reservadas” del artículo 285 CP. Y ello, no sólo

porque el concepto del artículo 442.II *in fine* CP, sea una reproducción del empleado en el Mercado de Valores, sino también porque la información es privilegiada, entre otras razones, por su acceso reservado, derivado de la posición de ventaja de los sujetos activos en función de su oficio o cargo.

#### 4. Consumación

El tipo no exige la obtención de algún beneficio económico para su consumación, que se producirá, por la mera realización de la conducta de uso del secreto o de la información privilegiada aunque, eso sí, con la intención de lograr aquél. El nuevo Texto determina, en caso de consecución del beneficio propuesto, una cualificación de la pena. Tal ventaja, derivará, de ordinario, directamente de la operación realizada sobre la base del aprovechamiento de la información privilegiada o del secreto (Castro y Otero, 2007: 151-152). Por ello, debe excluirse del ámbito típico del artículo 442 CP el supuesto en el que el beneficio que pretende obtener el funcionario público o la autoridad derive, no tanto del uso mismo de la información revelada a un tercero, sino del propio acto de entrega, de modo que aquél consista en la contraprestación entregada por el tercero al funcionario.

El tipo básico del artículo 442.I CP se configura así como un delito de mera actividad, en el que resultará prácticamente imposible apreciar formas imperfectas de comisión, dada la descripción típica. Ello no debe significar que estemos en presencia de un delito de peligro, en contra de lo que ha interpretado un sector de la doctrina, puesto que una vez admitido que el bien jurídico protegido por el delito posee una trascendencia que va más allá de lo patrimonial (lucro perseguido), para afectar al correcto desempeño de la función pública, la utilización abusiva del secreto o de la información privilegiada lesiona de manera efectiva dicho bien jurídico.

#### 5. Responsabilidad penal de los particulares beneficiarios

Por el propio mandato del legislador, la conducta del particular (incluido el funcionario cuya información que recibe está fuera de su ámbito concreto de competencia) que aprovecha para sí o para un tercero la información que obtenga de un funcionario público o autoridad no deberá inculparse como forma de participación en el delito del artículo 442 CP porque esta conducta ya está tipificada expresamente (ley especial), en el artículo 418 CP, elevado a la categoría de delito autónomo con importantes penas. El fundamento de la sanción específica de esta conducta en el actual artículo 418 puede responder a una correcta interpretación del Título XIX, superada la concepción de estos delitos como infracciones del deber del cargo y cifrada actualmente en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, lo que permite incluir en ellos a personas que actúan desde dentro (funcionarios) o desde fuera (particulares) de aquélla. En consecuencia, el fundamento del injusto no es muy distinto al de los delitos comunes: se prohíbe intervenir de forma ilegítima en un ámbito de organización ajeno. Es indiferente, claro está, que el aprovechamiento sea para el propio sujeto activo del artículo 418 CP o para un tercero. El destinatario del provecho es impune salvo que pueda demostrarse cualquier conducta de participación. El concepto de «tercero» parece excluir en todo caso al funcionario que facilita la información.

Esta conducta, pues, está directamente vinculada a la del funcionario cuya información aprovecha, consecuentemente, se trata de un acceso ilícito a ese secreto o información por parte de quien lo usa. Es decir, el particular ha de conocer el origen ilícito de la información que le ha sido facilitada, y, por ello, es un tipo que sólo admite la comisión dolosa. Si el particular no lo obtiene directamente del funcionario sino que



accede a él subrepticamente, la conducta, incomprensiblemente, es impune (salvo falta de hurto), al no ser subsumible tampoco en los artículos 413 y siguientes del Código Penal.

En todo caso, resulta criticable la ubicación del artículo 418 CP junto al delito de revelación de secretos e informaciones del artículo 417 CP (Castro y Otero, 2007: 153), pues al no suponer revelación del sujeto activo y sí requerir aprovechamiento, está más relacionado con el artículo 442 CP que con el artículo 417 CP, lo que explica que tanto los artículos 418 como 442 CP se refieran a información “privilegiada”, mientras que el artículo 417 CP lo haga a información “que no deba ser divulgada”. Pero, sobre todo, explica la disfuncionalidad penológica existente entre los artículos 417 y 418 CP; ésta última, mucho más acorde con la pena del artículo 442 CP. Si bien, no hay que olvidar, que el artículo 442 CP no requiere en su tipo básico que el autor obtenga efectivamente el beneficio pretendido, a diferencia del artículo 418 CP.

### Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, F. (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid.
- CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (2007), *El abuso de información privilegiada en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CRESPO BARQUERO, P. (1998), “Delitos contra la Administración Pública”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Comares, Granada.
- FARALDO CABANA, P. (1995), “Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el Proyecto de Código Penal de 1994”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, Santiago de Compostela: Universidad, pp. 45-121.
- GÓMEZ INIESA, D. (1997), *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid.
- JERICÓ OJER, L. (2002), “Utilización de información privilegiada en el ámbito del mercado de valores”, en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.) y LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, pp. 177-218.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G. (1994), “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XVI, EDESA, Madrid.
- OLIVA GARCÍA, H. (2002), “Información privilegiada y Derecho Penal”, en *El Diario El País*, 16 de diciembre de 2002.
- ORTS BERENGUER, E. (1994), “Revelación y uso de secretos e informaciones”, en *Delitos de los funcionarios públicos*, (Cuadernos de Derecho Judicial, nº 4), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 213-236.
- OTERO GONZÁLEZ, M. P. (1999), *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.
- PAZ RUBIO, J. M. (1993), “El tráfico de influencias y la información privilegiada”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.



## Hans Kelsen: *Preface. On Interpretation*

### Estudio Introductorio

Álvaro Núñez Vaquero\*

Università degli Studi di Genova  
[alvaro.nunez.vaquero@gmail.com](mailto:alvaro.nunez.vaquero@gmail.com)

#### 1. Introducción.

El texto que aquí se presenta por primera vez en traducción castellana corresponde al prefacio del libro de Hans Kelsen *The Law of the United Nations* (2000)<sup>1</sup>. Dicho prefacio está firmado por el autor en 1949, ya en Berkeley; es por tanto anterior a la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen, 1979b [1960]), y posterior a otros dos escritos de Kelsen sobre teoría de la interpretación: el sexto capítulo de la primera edición de la *Teoría Pura* (Kelsen, 1946) y un artículo sobre interpretación jurídica (Kelsen, 1990)<sup>2</sup>, ambos publicados en 1934. Más allá de problemas relativos a las diferentes periodizaciones del pensamiento de Kelsen<sup>3</sup>, el dato es importante porque este texto parece ser el único que no constituye una revisión del capítulo de la primera edición<sup>4</sup>, sino elaborado específicamente para la ocasión.

Este comentario está dirigido a mostrar algunas de las tesis centrales de la teoría de la interpretación de Hans Kelsen. Dicha teoría ha generado posiciones contrapuestas: mientras que ha sido utilizada por algunos realistas jurídicos para hacer pasar a las propias filas a Kelsen (Chiassoni, en prensa; Troper, 2003: 46 ss.; Troper, 2001: 63-73, 314-317; Troper, 1999), autores como Scarpelli han considerado que la teoría de la interpretación era el principal defecto de la *Teoría Pura*<sup>5</sup>. Por ello, considero justificado volver sobre aquella.

\* Doctorando en *Filosofía del Diritto e Bioetica giuridica*, Ciclo XXII, Universidad de Génova.. La presente investigación ha sido desarrollada gracias al Programa de Becas de la Fundación Caja Madrid.

<sup>1</sup> Los números de página indicados en el texto corresponden a la traducción aparecida en este primer número de *Eunomia*.

<sup>2</sup> Traducción inglesa de Stanley Paulson. Existe traducción italiana de Riccardo Guastini (Kelsen, 1989) "Sull'interpretazione" en Guastini, R. y Comanducci, P. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II.

<sup>3</sup> Para los diferentes periodos de la teoría de la interpretación kelseniana, véase Paulson (1990). Sobre las diferentes periodizaciones del pensamiento kelseniano, véase Losano (1981); Gianformaggio (1990).

<sup>4</sup> Los dos cambios más relevante del texto de la segunda edición de la *Teoría Pura* respecto de los textos de 1934 son que desaparece el tema de las lagunas (tratado en § 35.g) y se analiza la interpretación científica.

<sup>5</sup> Cfr. Scarpelli (1982: 312). Para una síntesis de las críticas a su teoría de la interpretación, véase Ruiz Manero (1991: 30-35) Véase también Lifante (1999: 52-96).

## 2. Tipos de interpretación jurídica.

La mejor manera de comenzar el análisis de las tesis de Kelsen sobre teoría de la interpretación es distinguiendo entre los diferentes agentes que interpretan el derecho, y las diversas funciones que aquellos cumplen. Kelsen identifica cuatro sujetos en el presente texto:

- i) el abogado que realiza alegaciones persuasivas en un procedimiento judicial (p. 182);
- ii) el legislador, autor de interpretaciones auténticas generales (p. 181);
- iii) el juez que interpreta el derecho para aplicarlo en sus decisiones, generando interpretaciones auténticas individuales (p. 182);
- iv) el científico del derecho que describe los posibles significados que se pueden atribuir a una norma (p. 182).

Con base en los diferentes sujetos que interpretan el derecho, Kelsen introduce su bien conocida distinción entre interpretación auténtica e interpretación no-auténtica. Por “interpretación auténtica” Kelsen entiende aquella llevada a cabo por los órganos de creación y aplicación del derecho (legislador y jueces, ambos en sentido amplio). Por su parte, la “interpretación no-auténtica”, un poco cajón de sastre, es la realizada por “las personas no autorizadas por el propio derecho” (p. 182): abogados, ciudadanos, científicos del derecho, etc.

Kelsen insiste en que la interpretación auténtica es la única relevante para el derecho: “El significado de una norma jurídica [...] se convierte en obligatorio por una interpretación auténtica” (p. 182). La razón es que, según Kelsen, todo acto de aplicación del derecho –excepto los actos de aplicación material de decisiones jurídicas– constituye al mismo tiempo un acto de creación (y todo acto de creación implica a su vez la aplicación del derecho, excepto el acto de creación de la primera constitución). A saber: dado que la creación de derecho sólo es posible cuando una norma superior otorga la competencia para hacerlo, entonces todo acto de creación implica la aplicación de la norma que autoriza su creación. Si es necesario interpretar el derecho para aplicarlo, entonces se sigue que sólo la interpretación auténtica es jurídicamente relevante: toda creación de derecho implica un acto de interpretación, y sólo los órganos autorizados por normas jurídicas pueden crear derecho<sup>6</sup>.

Kelsen añade a estas tesis aquella según la cual las normas jurídicas no determinan completamente el contenido de sus actos de aplicación, llegando así a sostener que entre creación y aplicación del derecho se daría únicamente una diferencia de grado. Por tanto, entre creación y aplicación del derecho la única diferencia sería que la Constitución ofrece mayor margen de discrecionalidad al legislador ordinario respecto al dejado por la legislación ordinaria a los órganos de aplicación del derecho.

<sup>6</sup> Ello se debe a que el concepto de validez en Kelsen supone la existencia, pertenencia y obligatoriedad de la norma de la que se predica, y condición para que una norma sea válida es que aquella haya sido emanada por un órgano autorizado por una norma dentro de los márgenes dispuestos por aquélla. De este modo, son jurídicas (existen, pertenecen y son obligatorias) las normas que han sido emanadas por un órgano autorizado por otra norma del ordenamiento. Cfr. Kelsen (1979: 232).

En relación a la interpretación no auténtica, Kelsen está especialmente interesado en aquella científica. Ésta consiste en la descripción de los diferentes significados *atribuibles* a un enunciado normativo: “el método científico debe mostrar [...] todas las interpretaciones posibles de una norma jurídica, incluso aquéllas políticamente indeseables o aquéllas que podemos conjeturar que no fueron deseadas por el legislador” (p. 183). No se trata, por tanto, de la descripción empírica de los significados que han sido *atribuidos* anteriormente a un enunciado normativo, sino de la conjetura o hipótesis acerca de los diferentes significados que puede asumir un enunciado a la luz de las diferentes técnicas interpretativas disponibles. Tarea por tanto de la interpretación científica es la elaboración de una serie de enunciados de tipo condicional –“Si asumimos el criterio interpretativo  $C_1$ , entonces el enunciado E significa  $n_1$ ” (donde  $n_1$  es uno de los posibles significados de E)– acerca del significado que pueden asumir los enunciados normativos.

### 3. La ambigüedad de las normas

Toda la teoría de la interpretación de Kelsen gira en torno a una tesis: “Los diferentes métodos interpretativos pueden atribuir diferentes significados a una misma provisión disposición jurídica [...] Ninguno de estos métodos puede pretender preferencia a menos que el propio derecho prescriba uno u otro” (p. 180). Precisamente de esta tesis, Kelsen deriva su crítica a la “jurisprudencia tradicional”, la cual sostendría que es posible identificar un único significado “verdadero” de las normas jurídicas.

La tesis sobre la existencia de un único significado de las normas es calificada por Kelsen como una mera ficción. Ello porque, según Kelsen, todos los argumentos aducidos en favor de una interpretación tienen el mismo valor<sup>7</sup>. De aquí la famosa metáfora del marco interpretativo: el juez que aplica una norma general tiene ante sí un marco de significados (i.e. normas) entre los que tiene que elegir para resolver el caso concreto (Kelsen, 1979b: 351, 353).

Según Kelsen, esta ficción genera algunos beneficios políticos: crea la ilusión de certeza del derecho y hace que la parte que ha visto rechazada su pretensión en un proceso se resigne más fácilmente. Sin embargo, nada justifica esta ficción en la interpretación científica del derecho. Es más, mostrar los diferentes significados que asume un enunciado normativo tendría al menos dos beneficios: i) muestra claramente que “el derecho [es] adaptable a los cambios de circunstancias” (p. 181); ii) señala al legislador los posibles significados atribuibles a sus enunciados normativos, lo que “puede inducirle a mejorar su técnica” (p. 183).

### 4. La indeterminación del derecho

En opinión de Kelsen, el derecho puede estar indeterminado de dos maneras diferentes: indeterminación intencional e indeterminación no intencional (Kelsen, 1979b: 350, 351). Con “indeterminación intencional” Kelsen hace referencia a la posibilidad de que el órgano que ha emanado una norma haya dejado voluntariamente un cierto espacio de discrecionalidad al órgano inferior para concretar el contenido de la norma.

<sup>7</sup> Una de las críticas que con mayor frecuencia se dirige a la teoría de la interpretación de Kelsen es que otorgaría muy poca relevancia a los métodos interpretativos. Cfr. Scarpelli (1982: 312-313). Aquí argumentaré que es precisamente la centralidad que Kelsen otorga a los diferentes métodos interpretativos, y a la ausencia de meta-criterios para elegir entre aquellos, lo que hace plausible su tesis sobre la indeterminación del derecho.





Sin embargo, la indeterminación jurídica no siempre se produce porque se haya deseado dejar un margen de discrecionalidad al órgano aplicador. Kelsen identifica tres causas de indeterminación no intencional (Kelsen, 1979b: 350-351): a) la ambigüedad de los enunciados normativos; b) la posible discordancia entre la expresión lingüística y la voluntad de la autoridad que dictó el enunciado normativo; c) la posible antinomia entre normas. No obstante, resulta claro que la posibilidad de que se produzca una antinomia es posterior a la elección de uno de los posibles significados. También es evidente que la primera causa incluye dentro de sí la segunda: la posible discordancia entre intención del legislador y el significado de la expresión lingüística es una instancia particular de la posibilidad de atribuir diferentes significados a los enunciados normativos.

Ahora bien, ¿afirma Kelsen que la indeterminación se produce en todos los casos? Se trata de una cuestión discutible (Linfañe, 1979: 70 ss.): Kelsen oscila entre la tesis de la indeterminación necesaria del derecho y aquella según la cual la indeterminación sería un fenómeno contingente. Por mi parte, imputaré a Kelsen la tesis según la cual existe indeterminación en todos los casos porque me parece la más coherente con el resto de sus argumentos<sup>8</sup>. La razón fundamental, aunque no la única, es que para Kelsen la diferencia entre aplicación y creación del derecho es puramente de grado, y para que dicha tesis resulte plausible debe darse indeterminación en todos los casos.

Kelsen menciona dos factores lingüísticos que causarían indeterminación jurídica. En primer lugar, señala la ambigüedad o pluralidad de significados que puede ser atribuido a un determinado término o enunciado: “Dado que el derecho está formulado con palabras, y las palabras tienen frecuentemente más de un significado, la interpretación del derecho [...] es necesaria” (p. 180). En segundo lugar, la textura abierta o imposibilidad de delimitar completamente el alcance de nuestros conceptos y las instancias particulares comprendidas en aquellos: “[El legislador] debe tener en cuenta que hay casos que no ha previsto y que no podía prever; sus normas generales sólo pueden fundarse en la media de los casos”<sup>9</sup>.

Además de señalar dichas causas lingüísticas de indeterminación jurídica, Kelsen critica en este texto el intencionalismo interpretativo, es decir, la tesis según la cual es debido interpretar el derecho con base en la intención de quien produjo dicha norma. Distingue tres argumentos diferentes en este texto: i) una crítica ontológica según la cual no existe algo como la “voluntad del legislador” dado que son múltiples los sujetos que participan en la elaboración de documentos normativos (leyes, tratados internacionales, contratos, etc.)<sup>10</sup>; ii) la crítica epistemológica según la cual, aunque se aceptase la existencia de una tal voluntad, sería extremadamente difícil –dada la multiplicidad de sujetos– determinar el contenido de tal voluntad; iii) la crítica teórico-jurídica según la cual dicha voluntad es jurídicamente relevante sólo si aquella ha sido expresada en el texto jurídico.

<sup>8</sup> Ruiz Manero afirma que la interpretación más coherente de Kelsen es aquella que lo presenta como un escéptico, no solo en relación a su teoría de la interpretación sino también por la tesis de la cláusula alternativa tácita. Ruiz Manero (1991: 33-35, 38 ss.; 94-95).

<sup>9</sup> Cfr. Kelsen (1989: 119). Sobre la *open texture* o de vaguedad potencial, véase Endicott (2006: 73 ss.).

<sup>10</sup> Esta tesis está en tensión con otras tesis kelsenianas como la posibilidad de determinar los objetivos del legislador, la posibilidad de un análisis medios-fines del derecho, o que la existencia de normas dependa de actos humanos. No obstante, en la segunda edición de la Teoría Pura, Kelsen rechaza su propia crítica ontológica al intencionalismo. Cfr. Kelsen (1979: 21, n. 3).

Ahora bien, para que la tesis de la indeterminación en todos los casos resulte verdadera, las causas de indeterminación no pueden ser únicamente la vaguedad y la ambigüedad de términos y enunciados de los lenguajes naturales, ni tampoco las dificultades o la imposibilidad de establecer cuál ha sido la voluntad del legislador. Ello porque si bien se podría afirmar que existe indeterminación jurídica en todos los casos por razones estrictamente lingüísticas –todos los enunciados son vagos<sup>11</sup> y/o ambiguos en los lenguajes naturales<sup>12</sup>– dicha tesis resulta bastante implausible: no todos los términos y enunciados son vagos ni ambiguos. Ni tampoco sería muy sensato afirmar que las dificultades para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador producen indeterminación en todos los casos.

¿Qué tesis tendría que sostener Kelsen para que aquella de la indeterminación en todos los casos fuera verdadera?, ¿es dicha tesis sostenida por Kelsen? Pues bien, para que se siga la indeterminación en todos los casos es necesario referir la tesis de la ambigüedad no tanto a los lenguajes naturales sino al lenguaje jurídico. Es decir, más allá de que un enunciado pueda tener diferentes significados en el lenguaje natural, es la vigencia de diferentes criterios y técnicas de interpretación jurídica –“el histórico, [...] el gramatical; la interpretación de acuerdo al “espíritu”, [...] el significado literal de las palabras” (p. 180)– (y la ausencia de meta-criterios jurídicos de corrección) lo que permite atribuir diferentes significados a los enunciados del legislador<sup>13</sup>. Por tanto, si el derecho está indeterminado en todos los casos es porque disponemos de múltiples criterios de interpretación jurídica que nos permiten atribuir significados diferentes a las normas emanadas por los órganos de creación del derecho<sup>14</sup>.

El propio Kelsen parece sostener la tesis de la ambigüedad no lingüística. Pero, además, Kelsen afirma que puede darse una “discrepancia entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad a través de ella expresada de la autoridad que dictó la norma” (Kelsen, 1979b; 351). De consecuencia, si bien es posible que sea claro el significado de un enunciado normativo según las reglas del lenguaje natural (el significado de la “expresión lingüística de la norma”), no por ello dejarían de existir dudas acerca de su significado jurídico. Por tanto, aunque existe una ambigüedad relativa a los lenguajes naturales, en Kelsen la tesis de la ambigüedad no se refiere tanto a los lenguajes naturales, sino también –y sobre todo– a la multiplicidad de criterios interpretativos disponibles (y a la ausencia de criterios jurídicos de corrección).

## 5. Instrumentalismo e interpretación científica

El instrumentalismo es una característica central del concepto kelseniano de derecho y, en este sentido, no resulta una novedad en este texto. Lo que, por el contrario, sí es novedoso es la combinación de la tesis instrumentalista con la

<sup>11</sup> Esta es la tesis que sostiene Bulygin (1995).

<sup>12</sup> Genaro Carrió y Herbert Hart, entre otros, identifican los problemas de la interpretación jurídica con aquellos relativos a la interpretación de los lenguajes naturales. De este modo, la interpretación jurídica no tendría características diferentes a la interpretación de cualquier otro texto. Carrió (1965); Hart (1961).

<sup>13</sup> Para un análisis de los diferentes criterios y técnicas interpretativas, véase Guastini (2004).

<sup>14</sup> Al menos dos de los diferentes criterios interpretativos deben producir diferentes resultados interpretativos en todos los casos para que la tesis de la indeterminación en todos los casos sea verdadera. Si admitimos que a la base de una elección interpretativa puede estar una ponderación entre valores positivizados en el ordenamiento, resulta difícil imaginar un caso en el que no se produjera ambigüedad de este tipo.



interpretación científica y la ciencia del derecho<sup>15</sup>. Esta es una cuestión relevante porque resulta legítimo preguntarse para qué sirve una ciencia jurídica que se limita a describir los posibles significados de una norma pero no ofrece indicaciones acerca de qué significado debe ser preferido (ofrece una multitud de significados posibles pero no criterios para elegir entre aquellos), ni sirve para realizar predicciones acerca de cómo decidirán los jueces en el futuro (no nos dice cuáles son los significados realmente utilizados y aplicados por los jueces). La tentación de afirmar que la ciencia del derecho kelseniana no tiene ninguna utilidad es fuerte.

Podría replicarse que la descripción de los diferentes significados de un enunciado normativo tiene una gran utilidad para el operador del derecho que tiene que calificar conductas. Esto es absolutamente cierto: conocer los diferentes significados que puede asumir un enunciado normativo puede ayudar al intérprete a elegir entre los diferentes significados atribuibles al enunciado normativo. Sin embargo, dicha información resulta relevante para quien adopta una actitud estratégica –pragmatista, instrumentalista<sup>16</sup>– hacia las normas, lo que no parece compatible con la aproximación de Kelsen a la ciencia jurídica.

No obstante, el propio Kelsen encuentra un ámbito de indiscutible utilidad para dicha actividad, aunque no por ello menos sorprendente: tal descripción resulta de utilidad al legislador para determinar cuáles son los medios idóneos para alcanzar sus objetivos políticos. De este modo, “su tarea más importante [se convierte en] ayudar al legislador en la adecuada formulación de las normas jurídicas” (p. 180). Esta tesis resulta sorprendente porque por “ciencia jurídica” normalmente se entiende aquella disciplina que se dirige a quienes desean adaptar su conducta al derecho (ciudadanos) o quieren calificar conductas de acuerdo con aquél (operadores jurídicos). Ahora bien, configurándola de este modo, Kelsen convierte la ciencia jurídica en una parte de la ciencia de la legislación, lo que no parece muy plausible.

## Bibliografía

- BULYGIN, E. (1995), “Cognition and Interpretation of Law”, en GIANFORMAGGIO L. y PAULSON S. (eds.) *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Torino.
- CARRIÓ, G. (1965), *Notas sobre derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CHIASSONI, P. “Wiener Realism” (en prensa).
- ENDICOTT, T. (2006), *La vaguedad en el derecho*, Dykinson, Madrid.
- GIANFORMAGGIO, L. (ed.) (1990) *Hans Kelsen Legal Theory*, Giappichelli, Torino.
- GUASTINI, R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano.
- HART, H. (1961) *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford.
- KELSEN, H. (1979a), *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México.
- KELSEN, H. (1979b), *Teoría Pura del derecho*, Porrúa, México.
- KELSEN, H. (2000), *The Law of the United Nations. A critical analysis of its fundamentals problems. With a supplement*, The Lawbook Exchange, New Jersey.

<sup>15</sup> Cuando Kelsen habla sobre la función de la ciencia del derecho afirma que aquella debe describir normas. Sin embargo, al hablar de interpretación científica del derecho, afirma que su tarea es describir los posibles significados de las normas. Cfr. Kelsen (1979: 85, 355-356).

<sup>16</sup> Kelsen dirige diferentes críticas contra los realistas americanos quienes, al menos algunos de ellos, son considerados exponentes centrales del instrumentalismo jurídico. Cfr. Kelsen (1979a: 196 ss.). Para una introducción al instrumentalismo en teoría jurídica, véase Summers (1982). Para la relación entre instrumentalismo y realismo jurídico, véase Pérez Lledó (2008).

- KELSEN, H. (1989), "Sull'interpretazione", en GUASTINI y COMANDUCCI (1989), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino.
- LIFANTE, I. (1999), *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, CEPC, Madrid.
- LOSANO, M. (1981) *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano.
- PAULSON, S. (1990), "Kelsen on legal interpretation", en *Legal Studies*, 1, pp. 136-152.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2008), *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
- RUIZ MANERO, J. (1991), *Jurisdicción y normas*, CEPC, Madrid.
- SCARPELLI, U. (1982), "Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen" en Id. *Etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, pp. 767 ss.
- SUMMERS, R. (1982), *Instrumentalism and american legal theory*, Cornell University Press. New York.
- TROPER, M. (2003), *Cos'è la filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano.
- TROPER, M. (2001), *Por una teoría Jurídica del estado*, Dykinson, Madrid.
- TROPER, M. (1999), "Una teoría realista dell'interpretazione", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*.



## Hans Kelsen: Prefacio. Sobre la interpretación\*

Este libro constituye una aproximación jurídica –no política– a los problemas de las Naciones Unidas. Versa sobre el derecho de la Organización, no sobre el efectivo –o el deseable– papel de aquélla en el juego internacional de poderes.

La separación del derecho respecto de la política es posible en la medida en que el primero no sea un fin en sí mismo sino un medio, es decir, una específica técnica social para el conseguimiento de fines establecidos por la política. Es razonable pensar que cuando son tratadas cuestiones jurídicas, la eliminación de las cuestiones políticas es siempre relativa, nunca absoluta. En una investigación meramente jurídica, los fines políticos del legislador, en la medida en que pueden ser determinados de manera objetiva, se dan por sentados y, por tanto, no se consideran sometidos a crítica, excepto en la medida en que la crítica puede justamente referirse al derecho como medio para alcanzar estos fines políticos. “Jurídico”, en contraste con “político”, tiene la connotación de “técnico”. No es superfluo recordar que el jurista (*lawyer*), en cuanto “jurista” (*jurist*) no es más que un técnico cuya tarea más importante es ayudar al legislador en la adecuada formulación de las normas jurídicas.

Un estudio que no se limita a realizar una descripción de las instituciones jurídicas tal como han sido establecidas por la autoridad social, sino que pretende realizar un análisis crítico del resultado del proceso de creación del derecho, tiene que examinar, en primer lugar, si el instrumento jurídico analizado –tanto si es una ley, un contrato o un tratado– es en sí mismo consistente. Dado que el derecho está formulado con palabras, y las palabras tienen frecuentemente más de un significado, la interpretación del derecho –la determinación de su significado– es necesaria. La jurisprudencia tradicional distingue diferentes métodos de interpretación: el histórico, en contraste con el gramatical; la interpretación de acuerdo al “espíritu”, en oposición al mantenimiento del significado literal de las palabras. Ninguno de estos métodos puede pretender preferencia a menos que el propio derecho prescriba uno u otro. Los diferentes métodos interpretativos pueden atribuir diferentes significados a una misma disposición jurídica. En ocasiones, incluso el mismo método –especialmente la llamada interpretación gramatical– permite alcanzar resultados contradictorios. Es de incumbencia del legislador reducir en la medida de lo posible las ambigüedades del texto de la ley. Pero la naturaleza del lenguaje hace que el cumplimiento de esta tarea sólo pueda ser satisfecho hasta cierto punto.

La jurisprudencia tradicional raramente se inclina por admitir que una norma jurídica tiene dos o más significados o, si fuera el caso, que no existen razones jurídicas para preferir uno de los posibles significados en detrimento de otros. Por esta razón, se considera que la función principal de la interpretación es encontrar y establecer el único, el “verdadero” significado de la norma jurídica. Sin embargo, esta visión –las expresiones verbales de una norma jurídica tienen un único, “verdadero” significado que puede ser descubierto mediante la correcta interpretación– es una ficción adoptada para mantener la ilusión de la seguridad

\* Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Kelsen H. (2000 [1949]), “Preface. On interpretation”, pp. XIII-XVII, en Kelsen, H., *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems. With supplement*, Union, The Law Exchange, 990 pp.

jurídica, para hacer creer al público que la pregunta acerca de qué establece el derecho para un caso concreto tiene una sola respuesta. Desafortunadamente, es lo contrario lo que es verdad. Casi siempre es posible una interpretación diferente de aquella adoptada por el órgano de aplicación del derecho para un caso concreto. Ello es claro a la luz de la práctica de los tribunales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, que publican tanto sus votos mayoritarios como los particulares. Examinando las decisiones de estos tribunales se debe inevitablemente concluir que, en la mayoría de los casos, los argumentos de los votos particulares tienen, finalmente, el mismo valor lógico que aquellos que motivan la decisión mayoritaria adoptada por el tribunal.

Normalmente se supone que el verdadero significado de una norma jurídica corresponde con la voluntad del legislador. Pero es más que dudoso que exista algo como “la voluntad del legislador”, especialmente allí donde el derecho es el resultado de un complejo procedimiento en el que participan diferentes individuos, como el procedimiento mediante el que un parlamento adopta una ley, o el procedimiento mediante el que se negocia y firma un tratado multilateral por parte de plenipotenciarios, y es ratificado por diferentes gobiernos. La intención de quien o quienes han redactado el texto de un documento jurídico no es idéntica a la voluntad del legislador, que es la voluntad de quienes son competentes para convertir el texto en una disposición normativa vinculante, los cuales en muchas ocasiones cumplen esta función sin un adecuado conocimiento del texto. En cualquier caso, la interpretación puede tomar en cuenta la intención de quien redactó la disposición normativa, o la voluntad del legislador competente, sólo si la intención o la voluntad está expresada en las palabras del documento normativo. Sin embargo, el hecho de que la formulación de un texto jurídico permita diferentes interpretaciones prueba que su actual creador (*framer*), o el legislador competente, no ha podido o querido expresar su voluntad de manera tal que excluyera otra interpretación no conforme con su intención. En tal caso, ninguna de las diferentes interpretaciones puede ser asumida como la única que corresponde a la intención de su creador (*framer*) o a la voluntad del legislador. La ambigüedad de un texto jurídico, no obstante, en ocasiones no es el efecto involuntario de una mala elaboración, sino una técnica intencional del legislador que –por una u otra razón– no pudo decidir entre dos o más soluciones para un problema legal, y por lo tanto deja la decisión a los órganos de aplicación. Si existen dos o más posibles interpretaciones, el órgano de aplicación del derecho tiene siempre que elegir entre aquéllas.

El hecho de que las normas jurídicas, dado que están formuladas con palabras, tengan más de una interpretación es la razón por la que todo documento jurídico tiene su propia vida, más o menos independiente de los deseos y expectativas de sus creadores. El hecho de que el derecho esté abierto a más de una interpretación va ciertamente en detrimento de la seguridad jurídica; no obstante, tiene la ventaja de hacer el derecho adaptable a los cambios de circunstancias, sin necesidad de modificaciones formales.

La visión según la cual la función de la interpretación es encontrar el “verdadero” significado del derecho está basada en un concepto incorrecto de interpretación. Si se considera que la interpretación es la determinación del significado de una norma jurídica, ésta debe ser –por su propia naturaleza– auténtica, es decir, debe tener fuerza vinculante. Hay dos tipos de interpretación auténtica: una general y otra individual. El significado de una norma jurídica puede ser determinado por un acto del legislador de manera general, y por ello ser obligatoria para todos los órganos de aplicación. Pero el significado de una norma jurídica puede ser también determinado por un órgano en la aplicación de la norma a un caso concreto, esto es, por un tribunal en su decisión. La interpretación de la



norma general, implicada en la decisión en la que aquélla es aplicada, es normalmente obligatoria sólo para aquel caso.

La interpretación auténtica, tanto general como individual, es un acto de creación de derecho. Esto es obvio en el caso de la interpretación general llevada a cabo por el legislador. Pero un acto de interpretación individual también tiene un carácter de creación del derecho. La decisión de una autoridad judicial o administrativa que aplica una norma general –que tiene diferentes significados– a un caso concreto puede sólo corresponder a uno de estos significados y debe excluir los demás. Es la decisión la que hace que uno de los diferentes significados de la norma aplicada se convierta en obligatorio en el caso concreto; es principalmente, aunque no exclusivamente, en relación a su función interpretativa que la decisión judicial o administrativa tiene un carácter de creación del derecho.

El significado de una norma jurídica que se convierte en obligatorio por una interpretación auténtica –general o individual– no es ni más ni menos “verdadero” que los otros significados excluidos por dicha interpretación. Mediante la interpretación auténtica, cualquier significado de la norma interpretada de forma auténtica se puede convertir en obligatorio. De ahí que la función de la interpretación auténtica no sea determinar el verdadero significado de la norma jurídica, sino que hace obligatorio uno de los significados de la norma, todos ellos igualmente posibles desde un punto de vista lógico. La elección entre diferentes interpretaciones, como acto de creación jurídica, está determinada por motivos políticos. No es el significado lógicamente “verdadero”; es el significado políticamente preferido\* de la norma interpretada el que se vuelve obligatorio. La interpretación auténtica puede incluso atribuir a una norma jurídica un significado que una interpretación no-auténtica jamás osaría a mantener. Esto es, mediante una interpretación auténtica una norma jurídica puede ser reemplazada por otra norma de contenido completamente diferente.

La interpretación como función jurídica sólo es posible como interpretación auténtica. Cualquier otro tipo de interpretación de una norma jurídica es una actividad intelectual que puede tener una enorme influencia en las funciones de creación y aplicación del derecho, pero no tiene importancia jurídica por sí misma. La interpretación como función jurídica puede ser realizada sólo por aquellos a quienes el derecho autoriza a interpretar el derecho: los órganos de creación y aplicación del derecho. La interpretación no-auténtica –es decir, la interpretación de las personas no autorizadas por el propio derecho– es jurídicamente tan irrelevante como el juicio de una persona sobre la culpabilidad o inocencia de un individuo previamente acusado de haber cometido un crimen por un tribunal. Las alegaciones de un abogado en favor de su cliente frente a un tribunal, en relación a la interpretación jurídica, son solo sugerencias al órgano de aplicación del derecho. La tarea de un comentario científico es, en primer lugar, encontrar –mediante un análisis crítico– los posibles significados de la norma jurídica sometida a interpretación; a continuación, mostrar las consecuencias, dejando a las autoridades

\* Kelsen utiliza el término “*preferable*”. Sin embargo, éste término puede resultar ambiguo y querer decir tanto “preferible” como “preferido”. Aquí he optado por la traducción caritativa: la segunda. La razón es la primera traducción, la literal, (“preferible”) haría pensar en la existencia de criterios objetivos de corrección independientes del agente individual para determinar qué es políticamente deseable. Según Kelsen, sería posible conocer qué sería preferible según una determinada ideología, pero no tendríamos de criterios más allá de nuestras propias preferencias para determinar la corrección de dicha ideología (N. de T.).

jurídicas competentes elegir entre las varias posibles interpretaciones aquélla que, por razones políticas, consideran preferible, para cuya selección aquellos son los únicos que tienen potestad. Una interpretación científica debe evitar presentar como plausible (*giving countenance*) la ficción de que siempre hay una única interpretación “correcta” de las normas que debe ser aplicada al caso concreto. Es cierto que esta ficción puede tener algunas ventajas políticas. Una parte que ve su pretensión rechazada por la autoridad jurídica puede soportar más fácilmente este hecho si puede ser persuadida que otra decisión – otra decisión “correcta” – no hubiera sido posible. Especialmente en derecho internacional, los estados tal vez estarían menos dispuestos a someter sus disputas a tribunales internacionales si supieran cuánta libertad de interpretación tienen estos tribunales, incluso cuando aplican derecho escrito, como en el caso de las leyes y los tratados. Ninguna ventaja política, sin embargo, puede justificar el uso de una ficción jurídica en un comentario científico para afirmar que una interpretación –que desde un cierto punto de vista puede ser más deseable– es la única objetivamente “correcta”. Esto supone la falacia de presentar la conveniencia política como necesidad lógica. Además, el método científico debe mostrar, desde la base de un análisis crítico, todas las interpretaciones posibles de una norma jurídica –incluso aquéllas políticamente indeseables o aquéllas que podemos conjeturar que no fueron deseadas por el legislador– pueden tener una importancia práctica que ampliamente supere el beneficio de la ficción más arriba mencionada. Mostrando al legislador cuánto atrás queda su producto respecto del objetivo de cualquier función de creación del derecho –la regulación unívoca de las relaciones inter-individuales e interestatales– puede inducirle a mejorar su técnica.

Estos son los principios que han dirigido al autor en su análisis sobre la Carta de las Naciones Unidas. Dado que este instrumento no contiene previsión alguna sobre su interpretación, los órganos y los Miembros de Naciones Unidas competentes para aplicar la Carta son libres de interpretar sus disposiciones, que aplicarán de acuerdo a su propia discrecionalidad. Cualquier significado de una disposición de la Carta puede llegar a convertirse en derecho en un caso particular. De ahí que el autor haya considerado necesario presentar todas las interpretaciones que son, según su opinión, posibles, incluidas aquéllas que –si fuera competente para aplicar la Carta– rechazaría como indeseables, e incluso aquellas que presumiblemente no fueron previstas por los creadores (*framers*) de la Carta. El autor desea subrayar el hecho de que, en su interpretación de la Carta, su interés principal han sido los problemas de técnica jurídica implicados en dicho proceso. Espera que su estudio pueda ser de alguna utilidad no sólo a quienes desean entender, sino también a quienes intentarán revisar el derecho de las Naciones Unidas.

Finalmente, debe señalarse que el presente libro no pretende cubrir todo el derecho de la Organización; sólo los problemas jurídicos básicos son analizados. Esta limitación a específicos problemas jurídicos podría justificar el hecho de que una función esencial de Naciones Unidas –la promoción de la cooperación social y económica– es tratada en este estudio solo en relación con la discusión general acerca de los objetivos de la Organización; por su importancia, queda más en el ámbito político que en el jurídico. Esta afirmación no implica que el autor minusvalore el valor de las actividades políticas de las Naciones Unidas; al contrario, es consciente de que la comunidad internacional creada en la Conferencia de San Francisco es por su propia naturaleza un fenómeno político y que una mera interpretación jurídica no puede hacer justicia sobre esto. Las anteriores precisiones relativas a la separación entre el derecho y la política muestran su visión de que el derecho, en cuanto medio, está subordinado a la política, en cuanto fin, y que los fines políticos pueden ser alcanzados mediante otros medios diferentes a la





imposición de obligaciones y concesión (*conferring*) de derechos sobre personas sometidas al estricto derecho. Pero, precisamente, porque sería insensato minusvalorar el aspecto político, también sería un grave error ignorar la importante tarea de mejorar, tanto como sea posible, el derecho establecido para servir a los objetivos de las Naciones Unidas, que es precisamente el propósito último del análisis crítico presentado en este estudio.

HANS KELSEN

Berkeley, California  
Primavera de 1949



## Recensión

### ***Normas de papel. La cultura del incumplimiento***

**Mauricio García Villegas (Director),  
(2010) Siglo del Hombre Editores, Colombia, 338 pp.**

**María José Fariñas Dulce**

*Universidad Carlos III de Madrid*

[jose.farinas@uc3m.es](mailto:jose.farinas@uc3m.es)

### ***Regresión democrática***

La historia de la humanidad puede tomar formas de repliegue o de avance. Actualmente vivimos tiempos de repliegue o de regresión en muchos ámbitos de nuestra vida económica, política, social y personal. Una de ellas es la regresión en la legitimación democrática de los Estados de Derecho, de consecuencias todavía imprevisibles. En el marco de esta regresión democrática ocupa un papel central el incumplimiento sistemático de las reglas legales. Esto se puede enmarcar, sociológica e históricamente, en la “cultura del incumplimiento”, que sirve de subtítulo al libro aquí analizado, o en la “cultura del desacato”, expresión utilizada por Mauricio García Villegas, director del mismo y profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

La cultura de la ilegalidad o del incumplimiento no es un problema nuevo, pero sí poco analizado, teniendo en cuenta que constituye un factor determinante del infra desarrollo democrático de las sociedades y, en especial, de las latinoamericanas. Y no sólo el incumplimiento individual de las normas jurídicas, sino también el colectivo, así como el incumplimiento sistemático por parte de las autoridades o de los políticos, el incumplimiento derivado de la mala elaboración de las normas y de su escasa o nula correspondencia con las necesidades sociales e, incluso, el abuso gubernamental de las legislaciones de excepción. Desde el ámbito de la ciencia jurídica, a veces, se ha prestado poca atención a la dimensión social de la eficacia y de la implementación del Derecho, siendo éste, sin embargo, un tema que afecta directamente a los mecanismos de la cohesión social y de la vertebración de una sociedad, a la vez que determina las condiciones de la existencia misma de un ordenamiento jurídico. No es sólo un problema normativo jurídico, sino también un problema social y cultural, una cuestión, en fin, de solidaridad interna que afecta a la misma estructuración del Estado de Derecho. Algo que, como se pone de manifiesto en este libro, ha faltado y falta con frecuencia en Colombia.

Con el ánimo de contribuir al debate público sobre el tema, la obra se centra básicamente en el análisis de la casuística del incumplimiento de normas, tanto jurídicas como sociales, en Colombia, sin pretensión de exhaustividad, ni vocación interdisciplinaria a pesar de la variedad de enfoques aportados. Así mismo el director de la misma elabora una construcción teórica sobre la tipología de los incumplimientos, la cuestión de la eficacia del derecho y la respuesta desde la teoría de la ciudadanía y la democracia al tema de la desobediencia. Los estudios de casos son situaciones concretas de “anomia social” o lugares de “no derecho”, como el incumplimiento de las reglas de tráfico en Bogotá, la corrupción política, el fraude académico entre las Universidades, el contrabando, la venta ambulante, el cultivo de amapola, las radios comunitarias, la resistencia de las minoría étnicas a las normas impuestas o la excepción constitucional como instrumento de la política gubernamental.... Estos casos, al igual que otros posibles, ponen de manifiesto cuál es la relación que los ciudadanos tienen con su ordenamiento jurídico, sus autoridades y sus instituciones públicas, así como la percepción de los valores que los sustentan. Pero también, el uso o el abuso que las autoridades, los políticos o las oligarquías económicas y sociales han hecho y hacen de esas mismas normas y la correspondiente reacción que ese comportamiento provoca en los ciudadanos.

El incumplimiento de las normas no siempre es un acto excepcional, sino todo lo contrario. Puede convertirse, como en alguno de los casos analizados, en la “norma”, en el mismo “orden” de las cosas establecidas, por encima o al margen de la legalidad vigente, y puede llegar a provocar el cambio de la misma o su no aplicación definitiva por desuso. También hay casos de resistencia a la norma, tras los que emergen reivindicaciones de derechos vinculados a determinados colectivos sociales (como por ejemplo, el caso analizado de los derechos reclamados por la población negra de las Islas del Rosario).

Pero el incumplimiento de las normas tiene muchas facetas más de análisis. En este libro no se pretende agotar el tema, por ejemplo no se plantean los temas relacionados con la desobediencia civil o la objeción de conciencia, sino que se trata de indagar en las condiciones y efectos de algunos casos de incumplimiento de reglas en Colombia desde una perspectiva cultural, social e histórica.

### ***“Tipos ideales” de incumplidores***

Para el análisis teórico, el director de este libro construye una tipología del incumplidor de las normas -siguiendo el modelo epistemológico del “tipo ideal” weberiano y apoyándose en numerosas referencias de la literatura y la historia latinoamericanas-, que se basa en una serie de elementos determinantes, como la racionalidad de la acción, el sentido último o el motivo subjetivo de la conducta, la concepción de la ley y de la autoridad, los valores religiosos o las justificaciones prosaicas del incumplidor tipo. Las razones tanto del incumplimiento como del cumplimiento de las normas pueden ser muy variadas y, a veces, fundadas o no.

El “vivo” es, según García Villegas, el incumplidor más frecuente. En América Latina la *viveza* es considerada como un valor esencial de la supervivencia, un valor que debe ser inculcado inclusive desde la infancia, a través de los cuentos infantiles. Su “tipo ideal” es el del calculador que sopesa el costo y el beneficio del incumplimiento de la norma. El “rebelde” es aquél que no está dispuesto a someterse al poder estatal y reivindica una libertad absoluta para desarrollar sus comportamientos sociales en nombre de la justicia con mayúsculas o de la



consecución de algún derecho reclamado. Su tendencia básica es no acomodarse a lo que deriva del poder estatal. El “arrogante”, personaje común entre las élites colombianas y latinoamericanas según los autores del libro, considera que los valores derivados de la familia tradicional, la religión o su propia condición “aristocrática” o noble están por encima de la ley estatal, y por eso, el incumplimiento de la misma estaría justificado en base a la defensa de aquellos valores “iusnaturalistas” superiores.

Como la realidad social y el comportamiento humano son siempre complejos, García Villegas –siguiendo de nuevo el método weberiano- propone una combinación de los elementos básicos con los que ha construido sus “tipos Ideales” de incumplidor. De ella, derivan tres tipos adicionales de incumplidor: el “taimado” o “marrullero”, que es un vivo y un rebelde, en el que se mezclan la pobreza y la hidalguía; el “déspota”, que es arrogante y vivo a la vez; y el “restaurador” que es un rebelde y arrogante que no cree en la ley ni en la autoridad, y está dispuesto a luchar por su derrocamiento y sustitución en nombre de otros valores.

En todos estos casos, sus comportamientos, más que desviados, están normalizados y, en cierta manera, regularizados en las sociedades en las que viven. Por lo general ni ellos, ni la sociedad, perciben las prácticas de incumplimiento como actos delictivos o criminales, ni siquiera como perturbaciones del orden. Pero el análisis de los personajes incumplidores sólo capta una parte del fenómeno del incumplimiento, la del incumplimiento individual en sus motivaciones, percepciones y efectos. Sin embargo en Colombia, al igual que en otros países, existe también un fenómeno colectivo de resistencia e incumplimiento al derecho, así como diferentes contextos socioeconómicos y estructurales que fomentan en mayor o menor medida el incumplimiento y un determinado tipo de incumplidor.

### ***Compromiso ciudadano con las normas***

Para Mauricio García Villegas sólo una ciudadanía plena, que se requiere para formar un sistema democrático en el seno de un Estado constitucional, está en condiciones de minimizar o atenuar algunos de los comportamientos analizados. Atenuar o abandonar la idea de que hay unos valores superiores y un grupo social depositario de esos valores superiores que justifican la cultura del incumplimiento de normas, y que puede suponer un guiño al iusnaturalismo y a justificar el incumplimiento aduciendo la injusticia de la norma.

Es necesario también acabar con la privatización de lo público, con la idea de que el espacio público, las calles, las instituciones públicas, los parques, son espacios abiertos para la apropiación personal, que es la típica actitud del “vivo”. Hay que hacer realmente públicos los espacios públicos, donde imperan los valores comunes impuestos por la ley. Se debe evitar la tendencia a privatizar lo público, porque el cumplimiento de las leyes no se puede negociar individualmente, ni puede quedar al arbitrio de los valores o preferencias particulares. Pero todo esto, sólo se puede alcanzar en el marco de un Estado Constitucional con una sólida sociedad civil que asuma la cultura de los derechos y los deberes, la autocrítica y la autorregulación (que la gente proteste cuando otros incumplen). La cultura del cumplimiento de las normas o la cultura de la legalidad es imprescindible para alcanzar una convivencia integrada y solidaria.

La dificultad radica en que, en muchos casos, el incumplimiento está tan enraizado en la sociedad, que la conducta incumplidora puede llegar a convertirse en un comportamiento socialmente “tolerado”, aunque no “aceptado”, e incluso, a veces en casos de incumplimiento por parte de los políticos, electoralmente



premiado. Esto es muy frecuente en el ámbito de la normatividad social, pero puede llegar a serlo también en la infracción de ilícitos penales, como ocurre en los casos de corrupción política y económica, infracciones de tráfico, evasiones fiscales.

Una mala gestión de las desigualdades socioeconómicas desde las instituciones políticas y jurídicas puede llegar a legitimar cierto grado de incumplimiento, especialmente en los márgenes de la exclusión social. Cuanta más desigualdad existe en una sociedad, cuanto mayor es el número de pobres, marginados o excluidos, más difícil es construir el compromiso ciudadano con los derechos y los deberes, más difícil, por tanto, resulta alcanzar un grado óptimo de adhesión y de cumplimiento de las normas. Éstas aparecen a los ojos de muchos como carentes de legitimidad. Si no existe un grado digno de igualdad material, difícilmente se puede comprometer a la ciudadanía con los principios políticos y legales. Sin una ciudadanía bien articulada desde una perspectiva política, social y económica, concluye el director del libro, no se puede alcanzar una cultura de la legalidad, basada en el compromiso de ciudadanos con derechos y deberes y con intereses comunes. Pero para ello, se necesita que la estructura democrática de las sociedades sea plenamente participativa, inclusiva y transparente.





## Recensión

### ***Rawls y la sociedad liberal***

**Mariano C. Melero**

**(2010) Plaza y Valdés, Madrid, 470 pp.**

**Paloma de la Nuez**

Universidad Rey Juan Carlos

[paloma.delanuez@urjc.es](mailto:paloma.delanuez@urjc.es)

Mariano Melero ofrece en este libro una interpretación crítica y personal de la trayectoria y evolución del pensamiento de John Rawls, lo que conociendo la profundidad y la complejidad de las ideas del filósofo de Harvard y la existencia de una ingente cantidad de literatura secundaria sobre el tema, no deja de ser un gran reto del cual nuestro autor sale, sin embargo, airoso. Y, aunque Melero no oculta su decepción por la deriva que fue tomando la doctrina del filósofo de Harvard y, sobre todo, por lo que considera una muy floja teoría del Derecho Internacional en *The Law of the Peoples* (1999), trata de recuperar aquellas ideas del autor que cree sirven aún para el proyecto de dotar de una fundamentación moral al liberalismo político, ofreciendo al lector sus propias alternativas para la convivencia nacional e incluso internacional.

A estas alturas no hace falta insistir en la importancia de la figura y obra del profesor norteamericano. Para muchos, es ya un clásico del siglo XX. Su obra, *Una teoría de la justicia* (1971), contribuyó decisivamente a la recuperación de la filosofía política sustantiva y a la renovación de las ideas liberales<sup>1</sup>. *Una teoría de la Justicia* se enfrentó con éxito al utilitarismo que dominaba el panorama moral y filosófico anglosajón de entonces y ofreció una teoría general alternativa, una teoría moral, que pretendía explicar qué principios rigen nuestro concepto de justicia

A partir de entonces, la teoría de Rawls fue ampliándose y evolucionando; precisamente, Mariano Melero sostiene de modo convincente que hay una clara separación entre el Rawls de su primera gran obra, ocupado fundamentalmente en un liberalismo ético o comprensivo, y un segundo Rawls que, deseando hacer frente a sus críticos y preocupado ahora por la estabilidad en las sociedades democráticas pluralistas, renuncia en gran medida a algunas de sus tesis filosóficas fundamentales con la intención de conseguir un consenso de tipo político que - según el autor del libro que comentamos- acaba pareciéndose demasiado a un pobre y pragmático *modus vivendi*. Además, a todo esto hay que sumarle su

---

<sup>1</sup> Como escribe A. Gutman, (1985: 309): "la obra de Rawls ha alterado las premisas y los principios de la teoría liberal contemporánea".

aproximación a las tesis de la democracia deliberativa de J. Habermas, un paso más que afecta profundamente a la teoría rawlsiana.

Como es sabido, en su primera época, Rawls parte de unas convicciones fundamentales, de una filosofía moral previa de fuertes connotaciones kantianas que, sin embargo, como señala Melero, no desarrolla completamente en ninguna de sus obras. Aunque parezca sorprendente, su teoría moral no está nunca suficientemente desarrollada en su *Teoría de la Justicia*, aunque sí sabemos que parte de una concepción de la vida buena en la que el valor principal es la autonomía personal. La vida valiosa consiste en ser un individuo autónomo; un individuo libre, racional, y razonable que evalúa y revisa sus concepciones del bien, que ejerce su responsabilidad para hacerse cargo de su vida. Por eso la educación moral es una educación para la autonomía.

Aparte de la presunción sumamente optimista, a nuestro juicio, de que todos los individuos (incluso en nuestras sociedades de masas “hiper-consumistas”, en palabras del sociólogo G. Lipovetsky), ejercen su libertad y moralidad con plena autonomía y responsabilidad, preocupados fundamentalmente por vivir de acuerdo con un compromiso moral, la filosofía que defiende Rawls va asociada a un tipo ideal de persona que no es compatible con todas las teorías. De ahí las críticas de los comunitaristas que no comparten ni ese ideal de persona (ideal liberal) ni su concepción individualista del bien<sup>2</sup>.

Asimismo, Melero lleva a cabo una descripción crítica del diseño institucional que propone Rawls en *Una teoría de la justicia*. Fundamentalmente, la crítica más relevante se dirige al hecho de que los principios que son elegidos en la posición original porque supuestamente responden a nuestras intuiciones, sentido y deber natural de justicia expresan, en realidad, verdades o compromisos morales previos, más o menos compartidos en las culturas democráticas. El que aceptemos o no los principios que surgen de la “posición original” depende de nuestro compromiso con ideas morales subyacentes, con una teoría previa de la justicia. Es decir, se da por supuesto lo que está todavía por demostrar. Se trata, en última instancia, de una justificación circular.

Y no sólo eso, sino que la relación entre los principios fundamentales de justicia, sobre todo los que se refieren a la libertad y a la igualdad, no deja de ser conflictiva. Como ocurre y ha ocurrido siempre dentro de la teoría liberal, justificar los principios distributivos para evitar la concentración de riqueza o mitigar los efectos de la lotería natural tiene muchas dificultades, a pesar de que en Rawls la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar económico está muy clara.

Pero debido, en gran medida, a las críticas y comentarios suscitados por su primera obra, el filósofo de Harvard lleva a cabo una reformulación de su teoría (no exenta de contradicciones y ambigüedades, según Melero) en su libro *Liberalismo Político* (1993). Porque ahora parece que el problema fundamental es el de cómo convencer a los que no forman parte de la cultura liberal-democrática de que los valores que ésta defiende son los valores más razonables. Se trata de convencerlos

<sup>2</sup> Aunque como recuerda Melero, Rawls no niega la naturaleza social de nuestros proyectos de vida y acepta que el sistema social los moldea y que es importante la herencia cultural (una concepción del bien puede ser culturalmente heredada). Lo que ocurre es que los individuos pueden y deben criticarlos, revisarlos o distanciarse de ellos si así lo deciden.

de la validez y rectitud de esa cultura política liberal desde un punto de vista estrictamente neutral.

Esta es la parte más política de toda su teoría. Su finalidad es lograr el consenso entre diferentes doctrinas comprensivas (y sus variadas concepciones de la vida buena) manteniendo los principios de justicia al margen de ellas. Los principios de justicia serían neutrales y tratarían a todos con el mismo respeto y consideración (puesto que todos los seres humanos tienen la misma dignidad); definirían las expectativas legítimas sin fomentar ideal alguno de la vida buena. Se busca, así, una justificación éticamente neutral que no presuponga ninguna filosofía del hombre y que no invoque ninguna concepción del bien.

Desde estas premisas, es la estructura institucional la que produce la constitución de la justicia; se trata de la prioridad de lo correcto sobre lo bueno, ya que el modo de conseguir el consenso en torno a una concepción política de la justicia es a través de lo que -en la traducción de Melero- se denomina “consenso entretejido” (es decir, que cada ciudadano pueda justificar su aprobación a esos principios desde sus propias tradiciones y puntos de vista). Es al consenso normativo al que se da preeminencia casi absoluta. El objetivo es práctico, no metafísico; priman los valores políticos, no la justicia. Ahora sólo se pide que la gente acepte los principios de justicia y que sea razonable; ya no hay acuerdo sobre la estructura básica, pero tampoco importa, porque de lo que se trata es de llegar a un acuerdo sin suprimir convicciones conflictivas.

Por eso cobra gran importancia el concepto de razón pública. Porque, aunque los ciudadanos defiendan doctrinas comprensivas de carácter religioso, filosófico, ético etc., pueden hacerlo sin dejar de ser razonables; es decir, estando dispuestos a aceptar los términos de la cooperación que otros, recíprocamente, también aceptarán. Se trata de que los principios de la justicia política puedan ser asumidos por personas razonables aunque sus doctrinas sean diferentes. Y, aunque es cierto que la razón pública impone unas restricciones a las que hay que atenerse, no hay que olvidar la creencia de Rawls en la común racionalidad de todos los seres humanos y en la posibilidad de dar respuestas racionales a las grandes preguntas morales.

Lo que ocurre es que no es posible y no es realista trazar una separación tan tajante entre la identidad pública y la identidad privada de los individuos. No se puede afrontar la diversidad cultural a través de la privatización, dejando fuera de la política y de la razón pública los discursos éticos. Para evitar el enfrentamiento entre los valores políticos y los comprensivos hay que dejar atrás las convicciones personales, algo que es muy dudoso que pueda ocurrir, dada la continuidad existente entre las razones políticas y las personales. Supondría un deber de civilidad muy restrictivo el poner entre paréntesis nuestras razones. No se puede separar de esta manera los valores públicos de los compromisos privados.

Y, además -como afirma también Melero- la adquisición de virtudes públicas tiene repercusiones comprensivas, y la justicia no depende solamente de que haya un marco de instituciones y reglas justas sino también de un *ethos* o cultura determinada. Pero como no se privilegia ninguna concepción del bien, una regla puede dejar intacta una tradición que, por ejemplo, viole en la práctica algunos derechos, pues es evidente que existe también una estructura coactiva informal en la sociedad. Pero es que Rawls parece presuponer que en caso de conflicto los valores políticos pesan más que los no políticos; presupone una mínima congruencia entre la idea de justicia política y la concepción del bien de cada uno.





En el fondo, confía vagamente en que los principios que conforman la cultura política actual conforman el sentido de la justicia de sus miembros; que se da una suerte de socialización inconsciente y que las instituciones educan a los ciudadanos; eso espera y en eso confía<sup>3</sup>.

Sin embargo, Rawls ya no ofrece esos principios de justicia desde una concepción ética global en la que la justicia forma parte de la vida buena, sino que son el producto de una estrategia -el contrato- que separa lo justo y lo bueno. Pero todo esto -como queda bien claro en este libro- contraviene algunos de sus supuestos básicos.

En resumen: en el segundo Rawls, ya no es tanto la autonomía la que sirve de justificación moral de su liberalismo sino una idea bastante pobre, por cierto, de la tolerancia. Parece como si en su empeño por conseguir un consenso entre las diferentes concepciones del bien, hubiese llegado a la conclusión de que lo único que es posible conseguir es una justificación neutral de los derechos y de la justicia liberal; un pragmático desilusionante (sobre todo para los filósofos morales) *modus vivendi*. Y, además, nos encontramos con una fundamentación de la tolerancia que tiene también sus límites, porque no todo vale; las diferentes concepciones en disputa deben compartir los rasgos básicos del liberalismo igualitario. Fuera de los límites de la justicia no hay concepción valiosa del bien, de modo que este proyecto político no sirve para los que no tienen concepciones o doctrinas comprensivas de algún modo liberales. La concepción política de la justicia sólo es aceptable para los que ya defienden concepciones razonables del mundo, cuando precisamente el problema central estriba en convivir con aquellos que no aceptan las formas de vida que presuponen la tolerancia y la autonomía. El liberalismo acepta la pluralidad de concepciones del bien como un hecho de la vida moderna, supuesto, obvio es decirlo, que esas concepciones respeten los límites definidos por los principios de justicia adecuados, porque “ni es posible ni es justo permitir que todas las concepciones del bien se desarrollen”, escribe Rawls (1996: 221).

Al final, como la opresión no es razonable, de lo que se trata es de aplicar el principio de tolerancia a los que no son ni quieren ser liberales. Un mero expediente para evitar el conflicto, pura solución pragmática (“vive y deja vivir”). La tolerancia se justifica solo políticamente, no se apela ni a la filosofía ni a la metafísica. Desde luego, quien haya seguido (y admirado) a Rawls desde sus inicios, no puede dejar de sentirse desilusionado. Porque, como apunta Melero, un filósofo moral no debería conformarse únicamente con atraer al consenso a los que no comparten nuestra visión liberal del mundo para lograr la estabilidad, sino que debería desear que fueran miembros sinceros de nuestra comunidad, y para eso la tolerancia liberal también necesita una justificación comprensiva; no basta con tolerar a los que son diferentes como un mal menor.

Curiosamente, Rawls, al que más de un teórico liberal-conservador o libertario, considera más socialdemócrata que liberal, se muestra en esta defensa de la tolerancia política muy cercano a los representantes del liberalismo clásico y, sobre todo, partidario de una tipo de tolerancia “negativa” basada en la restricción de

<sup>3</sup> Aún es más. Rawls admite que en un régimen constitucional en el que las instituciones no favorecen ninguna doctrina comprensiva particular, está justificado que se puedan tomar medidas para robustecer determinadas virtudes políticas, como la tolerancia, mediante campañas contra la discriminación religiosa y racial, por ejemplo. Vid. Rawls (1996: 229).

las pretensiones de verdad en el ámbito público<sup>4</sup>. En este sentido, su liberalismo se vuelve más convencional; se recupera la separación sociedad/Estado y la concepción de los derechos como barrera o protección. Por eso, como han señalado críticamente M. Walzer y J. Raz, su tolerancia no sirve; no se centra en grupos, sino en individuos. Para ellos, está claro que la solución que propugna Rawls, y con él todo el liberalismo clásico y su concepción negativa de la libertad, no sirve para dar respuesta a las sociedades multiculturales de nuestros días, aunque sus alternativas tampoco están exentas de serios problemas (Walzer, 1997: 245-257).

Pues bien, si a todo esto le añadimos el “giro deliberativo” del último Rawls con su acercamiento a los planteamientos de la democracia deliberativa de J. Habermas, su teoría se hace casi irreconocible. De acuerdo con Melero, el acercamiento a las tesis de la democracia deliberativa produce un conflicto con algunas de las tesis sustanciales del pensador americano, aunque éste no desarrolle todas sus implicaciones. Así, por ejemplo, en su primer libro no se consideraba que la deliberación pública fuera un método adecuado para especificar institucionalmente los principios de justicia; allí se trataba de un proceso solitario de reflexión, una suerte de experimento mental. Ahora, sin embargo, se permite la discusión de cuestiones políticas fundamentales porque cabe esperar un conflicto moral sobre la estructura básica y es razonable, por lo tanto, esperar un desacuerdo permanente sobre los principios de justicia, lo cual supone abandonar pretensiones universales. Es decir, prima la política sobre la filosofía, la abstinencia epistemológica y el abandono de supuestos comprensivos en aras de la consecución de un consenso entretejido; de un objetivo, en definitiva, político.

Es cierto que Rawls parece haber optado por una reformulación política de su teoría abandonando una justificación comprensiva de la misma, lo que ocurre es que esa decisión está plagada de dificultades porque sin la ética liberal no se sostiene la teoría de la justicia<sup>5</sup>. Por ello, la réplica de Melero consiste en insistir en la dependencia de la ética respecto de la justicia, y no al revés. La ética depende de la justicia en el sentido de que la conciencia moral individual exige también interesarse por la vida moral de la comunidad de la que se forma parte, así como un compromiso con la vida comunitaria; el éxito de la vida de una persona depende en gran medida de la justicia de las decisiones políticas de la comunidad en la que vive. Sin embargo, en la teoría rawlsiana queda pendiente la articulación entre el sentido de la justicia y el bien porque el autor americano infravalora el papel que la justicia juega dentro de la ética personal.

Por eso, conviene aproximar la sociedad civil y la política, “socializar” el Estado fomentando un estilo de vida en el que las actitudes individuales hagan más justa la vida colectiva (civismo). Es decir, hay que integrar la ética pública y la privada, algo que dejó sin desarrollar Rawls, que ni insiste demasiado en los deberes cívicos ni en la relevancia de la ética personal de los individuos para la democracia<sup>6</sup>.

Pero menos convincente aún resulta para el autor del libro que comentamos la teoría de las relaciones internacionales que Rawls desarrolla en *The Law of Peoples* y cuyo objetivo es la creación de una sociedad de pueblos razonablemente

<sup>4</sup> Tolerancia “à la Lessing”, escribe Habermas, cuyo modelo es la época moderna con sus guerras de religión. Vid. Habermas y Rawls (1998: 63).

<sup>5</sup> La supuesta independencia del liberalismo respecto a ideales morales y su insistencia en la estabilidad y el orden, dan a sus tesis un tono hobbesiano que ha sido, también, señalado por Melero.

<sup>6</sup> Según Melero, no sólo hay en Rawls una cierta desconfianza hacia la conciencia individual, sino que también la descubre en Habermas. Véase el libro que comentamos, pág. 368.



justa y pacífica. En el fondo, el filósofo americano lo que quiere es establecer los principios de un Derecho de gentes liberal; una doctrina liberal con carácter universal. Pero, de nuevo, esta teoría política normativa es para M. Melero insuficiente y está llena de problemas.

Para empezar, Rawls asume las tesis del nacionalismo democrático sin dar mayores explicaciones. Los Estados son los únicos sujetos de la moral internacional y también ellos deben partir de una “posición original” para decidir qué principios de moralidad política deben regir las relaciones internacionales. Sin embargo, eso no significa que defienda el expansionismo liberal, puesto que quiere ser respetuoso con la diversidad cultural. Lo que pretende es respetar a los pueblos no liberales siempre y cuando éstos cumplan ciertas condiciones que les hagan estar “bien ordenados”. Es decir, se admite que no sean liberales pero sí deben ser razonables y “decentes” (aunque sólo acepten un sistema restringido de derechos humanos)<sup>7</sup>.

Melero deja bien claro que estas tesis tienen consecuencias inaceptables desde un punto de vista liberal. Como recuerda el autor, los requisitos mínimos de decencia política que exige Rawls en este ámbito son menos aún que los derechos cuya defensa reclaman las Naciones Unidas. Parece como si en su teoría de las relaciones internacionales, el filósofo de Harvard, aparte de dejar fuera sus valores igualitarios, relajara los límites de la tolerancia y asumiera una concepción alternativa de los derechos humanos muy rebajada para evitar que sea tachada de “liberal” y “pro-occidental”.

Como puede apreciarse, el tema de fondo es, en última instancia, si es o no posible (y deseable) universalizar el liberalismo (obviamente, sin coacción), llevando a cabo una defensa neutral del mismo; si es posible separar las convicciones profundas de las reclamaciones políticas, el liberalismo político del liberalismo moral. Pues bien, el autor de este libro tiene bastante claro que ninguna de estas cosas es posible. Ni siquiera el liberalismo de tipo procesal es neutral; también los procedimientos tienen implicaciones normativas. No hay ningún método político que pueda demostrar la deseabilidad de una concepción liberal de la justicia si uno la rechaza por sus convicciones íntimas o la acepta como un *modus vivendi* útil. No existe tercera vía entre compromiso moral y pragmatismo, escribe Mariano Melero. Y no existe porque es muy dudoso que la teoría política pueda quedarse completamente al margen de controversias filosóficas, culturales, ideológicas..., así como que los individuos sean tan imparciales y capaces de distanciarse como presupone la teoría del pensador de Harvard. De hecho, a pesar de su distanciamiento respecto al ideal kantiano que domina la mayor parte de su obra, es muy probable que la propia posición de Rawls no sea más que una expresión concreta de una concepción metafísica que presupone que las personas son libres, iguales, razonables y racionales y que poseen facultades morales como el sentido de justicia y del bien (a pesar de que Rawls afirme que su liberalismo se desenvuelve enteramente dentro del dominio de la política y no cuenta con nada fuera de él).

Además, está claro -como tantas veces ha señalado algunos de los más conspicuos comentaristas de la obra de Rawls- que la petición de neutralidad política no es ella misma neutral. Su insistencia en la justificabilidad y la razón

<sup>7</sup> Esta tesis supone, incluso, aceptar como válido una especie de absolutismo benevolente, lo cual tratándose de un filósofo moral de la categoría de J. Rawls resulta, cuanto menos, bastante sorprendente.

públicas, es ya una expresión de premisas liberales. La idea de un Estado neutral revela ya una determinada concepción de lo que es una vida buena, y el propio autor americano asegura la superioridad de determinados valores morales, y escribe que “la justicia como equidad, incluye una noción de determinadas virtudes políticas -las virtudes de la cooperación social equitativa, por ejemplo: las virtudes de civilidad, tolerancia, de razonabilidad y de sentido de la equidad” (Rawls, 1996: 228). En cuyo caso, la democracia dependería de un trasfondo típicamente liberal. Por otro lado, como sostiene R. Dworkin, las consecuencias de la actuación de un Estado neutral podrían no ser neutrales<sup>8</sup>.

En definitiva, no es posible una justificación neutral de la neutralidad política y, aunque lo fuera, no sería suficiente para justificar el liberalismo frente a aquellos que lo rechazan. Las implicaciones comprensivas del liberalismo son inevitables y si no se desvela la base moral en el que éste se apoya, no se conseguirá una concepción satisfactoria de la justicia. No deberíamos temer ser audaces en la defensa del liberalismo; no debemos temer ser “acusados” de parcialidad e “imperialismo cultural”. Quizás tenga razón R. Rorty (1999: 123) cuando escribe que “la retórica que usamos los occidentales para tratar de hacer a todo el mundo más similar a nosotros mejoraría si fuéramos más francamente etnocéntricos y menos pretendidamente universalistas”. Es decir, si asumiéramos y defendiéramos como individuos autónomos y responsables nuestra propia concepción de la vida buena, si es cierto -como escribe C Taylor- que “el liberalismo es también un credo combatiente” (Taylor, 1993: 93).

### Bibliografía

- GUTMAN, A. (1985), “Communitarian Critics of Liberalism”, *Philosophy and Public Affairs*, nº 14, p. 308-322.
- HABERMAS, J. y RAWLS, J. (1998), *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona.
- MULHALL, S. y SWIFT, A. (ed.) (1996), *El individuo frente a la comunidad*, Temas de Hoy, Madrid.
- R. RORTY (1998), *Pragmatismo y política*, Paidós, Barcelona.
- RAWLS, J. (1996), *Liberalismo político*, Crítica, Barcelona.
- TAYLOR, C. (1993), *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, FCE, México.
- WALZER, M. (1997), “The Politics of Difference. Statehood and Toleration in a Multicultural World”, en MCKIM, R. (ed.), *The Morality of Nationalism*, Oxford University Press, pp. 245-257.

<sup>8</sup> Dworkin afirma que ciertas formas de vida serán más difíciles de llevar a cabo que otras en una sociedad basada en la igualdad liberal. Ver Mulhall y Swift (1996: 392).





## Recensión

### ***The Living Constitution***

**David A. Strauss,**

**(2010) Oxford University Press, Oxford, 150 pp.**

**Miguel Antonio Núñez Valdez**

*Universidad Carlos III de Madrid*

[miguelantonio.nunez@alumnos.uc3m.es](mailto:miguelantonio.nunez@alumnos.uc3m.es)

Un tema recurrente en la teoría jurídica y Filosofía del Derecho es la discusión sobre los distintos métodos de interpretación constitucional. Las preguntas que generalmente se formulan giran en torno a qué tipo de interpretación debe utilizarse al momento de desarrollar, por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental: ¿el juzgador tiene que limitarse al texto y/o a la intención del Poder Constituyente o, por el contrario, debe otorgar sentido y contenido a las normas constitucionales a partir de parámetros sociales, jurídicos, culturales y económicos?

La obra *The Living Constitution*<sup>1</sup>, del profesor David A. Strauss, se enmarca de lleno en este debate y tiene principalmente dos objetivos: a) demostrar que el denominado “originalismo” es una técnica interpretativa insostenible en el marco constitucional y b) sustentar que existen razones válidas y suficientes para que una Constitución pueda ser interpretada sustantivamente, como un documento vivo que se desarrolla y adapta de acuerdo a las necesidades de la sociedad y, que en última instancia, tiene al *common law* como límite interpretativo.

El libro puede ser dividido en dos grandes apartados. En el primero, el autor expone ampliamente su definición de *living constitution* (“Constitución viviente”) y de interpretación constitucional y presenta una crítica fuerte y novedosa a las posturas interpretativas basadas en el originalismo. En el segundo, argumenta que el originalismo es inconsistente e incompatible con alguna de las decisiones más paradigmáticas de la Suprema Corte de los Estados Unidos y explica por qué concebir a la Constitución como una “norma viviente” es congruente con la propia función normativa del texto constitucional y de las enmiendas constitucionales.

---

<sup>1</sup> El concepto de “*living constitution*” no es acuñado por el autor. Como primer antecedente bibliográfico se encuentra el libro *The Living Constitution* de Howard Lee McBain, publicado en 1948. Asimismo, se tienen constancias que desde principios del siglo pasado, esta forma de aproximarse y entender a la Constitución ha estado presente en el ámbito académico y judicial, principalmente a través de las ideas de Dean Roscoe Pound y de algunos Jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos como Oliver Wendell Holmes Jr. y Benjamin Cardozo. El primero, en 1920, describió en una decisión de la Corte a las normas constitucionales como expresiones “orgánicas y vivas”. Ver Driver (2010: 10-12).

El autor parte de la necesaria indeterminación de las prescripciones constitucionales. Si bien acepta que existen ciertas normas constitucionales cuyo significado es claro o bastante claro, dejando ver su visión no cognoscitiva de la interpretación, sostiene que la mayoría de las disposiciones constitucionales carecen de una delimitación concreta. Dicho de otra manera y ejemplificando, ¿qué debe entenderse cuando en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos se establece que “*el Congreso no aprobará ninguna ley...que coarte la libertad de expresión o de prensa*”? ¿Cuál es el significado de “coartar”? ¿Se incluye cualquier tipo o modalidad de expresión, ya sea física, electrónica, de forma agresiva o difamante? ¿Pueden el Ejecutivo o los Congresos locales limitar este derecho? La Constitución no otorga respuestas específicas.

En estos casos, dice David Strauss, el intérprete debe asignar un contenido a la prescripción constitucional. El cuestionamiento pertinente es cómo asignarlo sin que la Constitución se comporte como un simple documento maleable y flexible que dependa de las convicciones del juzgador. El autor, como ya se adelantó, basado en una concepción de la Constitución como una norma que se adapta y varía de acuerdo a las circunstancias y necesidades sociales, se inclina por una interpretación constitucional material y progresiva pero limitada por el sistema de precedentes, mejor conocido como *common law*, un método de análisis jurídico que ha sido parte de la cultura norteamericana por siglos.

En el primer capítulo, el autor analiza lo que llama la antítesis del concepto *living constitution*: el originalismo. Este método de interpretación radica en considerar a la Constitución como un mero texto normativo, en sentido estricto, cuyas disposiciones adquieren sentido a través del entendimiento o la intención de los padres fundadores (“*original meanings*”). No se trata de asignar contenido, sino de descubrir el significado que las personas que adoptaron esa prescripción le quisieron otorgar.

Para David Strauss, el originalismo puede clasificarse en dos tipos de corrientes: la rigurosa y la moderada. La postura rigurosa consiste en que toda disposición constitucional debe entenderse de conformidad con los criterios y pautas establecidas por los creadores de la Constitución o de las enmiendas correspondientes. Toda expresión, frase o palabra de la Constitución tiene un significado original y, por ende, existe una respuesta dada o pretendida por los padres fundadores a cualquier conflicto constitucional.

Respecto a esta postura, el autor menciona tres problemas fundamentales: a) es prácticamente imposible descubrir, si es que existe, el significado original; b) aun cuando se pudiera descubrir tal significado, surge el inconveniente de cómo tal entendimiento constitucional se traslada o aplica a los conflictos actuales y c) el originalismo carece de una respuesta al denominado “argumento de las generaciones” de Thomas Jefferson (el mundo pertenece a los vivos y ninguna generación puede o debe atar a otra ideológicamente).

Si se adoptara una posición originalista rigurosa, asevera el autor, se tendrían que aceptar varias decisiones constitucionales que al día de hoy sonarían irracionales. Por ejemplo, no estaría prohibida la segregación racial en las escuelas públicas en los Estados Unidos. Al promulgarse la Enmienda Catorce de la Constitución de los Estados Unidos (principio de igualdad), los padres fundadores no tenían ni la mínima intención de prohibir la discriminación por razón de raza o color en las escuelas públicas; de hecho, tal tipo de práctica era consuetudinaria y permitida.

Cabe mencionar que la corriente interpretativa originalista es un método que ha adquirido gran popularidad en el ámbito jurídico norteamericano, aunque no ofrezca soluciones a los referidos cuestionamientos. Paradójicamente, el autor menciona que Antonin Scalia, Juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, a pesar de ser uno de los mayores exponentes de este tipo de originalismo, se ha denominado como un “parcial seguidor” del originalismo (“*faint-hearted originalist*”) (Scalia, 1989: 864), toda vez que estaría dispuesto a abandonarlo cuando conlleve a resultados tan irracionales como los antes descritos. Para David Strauss este tipo de respuestas serían ilógicas y suficientes para renunciar a esta postura, pues precisamente el objetivo del originalismo es evitar que las decisiones constitucionales dependan del fuero interno del juzgador. Así, si un intérprete estaría dispuesto a renunciar en algún momento al originalismo, alega el autor, surgen dos nuevos cuestionamientos: bajo cuáles circunstancias estaría justificado hacerlo y en qué categoría debería de clasificarse a tal intérprete “ya no originalista”<sup>2</sup>.

En contraste, el originalismo moderado consiste en identificar, en vez del significado original, el principio o la intención que los padres fundadores o ratificadores quisieron asignar a una determinada disposición constitucional. Siguiendo uno de los ejemplos anteriores, es obvio que al adoptarse la Enmienda Catorce no se estableció la prohibición específica a la discriminación racial; sin embargo, dirían los que apoyan esta postura, se pretendió imponer un principio de equidad racial. El problema con este tipo de originalismo, se argumenta en el libro, es que también falla en limitar completamente al juzgador. Una vez que se descubre la intención o el principio impuesto por el Poder Constituyente, éste se puede ampliar para justificar casi cualquier decisión.

Sentadas estas premisas, el autor sostiene que la opción más viable de interpretación constitucional encuentra su fundamento y límites en el *common law*, definido como el conjunto de costumbres que no tienen un origen determinado, que se adaptan y evolucionan constantemente y que se plasman tanto en las leyes como en los precedentes. En el *common law*, la autoridad de la norma no proviene de la competencia de alguna entidad (al contrario de los originalistas), sino de la evolución del Derecho a partir de los precedentes y de su aceptación por parte de varias generaciones. Así, para determinar el contenido de una ley, el juzgador no debe analizar únicamente su texto e intenciones legislativas, sino su proceso evolutivo en donde el precedente juega un rol trascendental. El precedente guía la actividad interpretativa y, cuando el caso no es directamente aplicable o existen dudas sobre su viabilidad, el juzgador interpretará y decidirá el asunto conforme a lo que considera más justo y acorde con el orden público, pero siempre limitado por el margen abierto por el propio precedente.

En suma, para el autor, dado que una Constitución contiene principios u otro tipo de normas abstractas que deben ser interpretadas por el juzgador progresivamente y de conformidad con las necesidades sociales, el mejor modelo de interpretación constitucional es aquél que asigna un contenido teniendo en cuenta en todo momento el sistema de precedentes y el orden público. El juzgador tendrá una libertad interpretativa pero, se insiste, limitada por el *common law*.

En el segundo apartado del libro (capítulos tercero, cuarto, quinto y sexto), el autor hace un análisis constitucional de la evolución de la cláusula de igualdad y del derecho a la libertad de expresión y demuestra cómo los casos más importantes en

<sup>2</sup> Estos cuestionamientos ya habían sido advertidos por otros académicos algunos años atrás: Ackerman (2007: 1755).



los que se desarrollaron estos derechos, tales como *Brown v. Board of Education* y *New York Times v. Sullivan*, son incompatibles con una interpretación originalista y, más bien, se asemejan a su modelo de interpretación constitucional.

Conjuntamente, sustenta que la idea de “Constitución viviente” y su modelo de interpretación constitucional se compaginan con la visión formal de Constitución. Aunque no lo expresa con estas palabras, el autor considera que la “Constitución viviente” (la cual existe de manera independiente, se transforma y evoluciona conforme a las necesidades sociales y está integrada por los precedentes y las tradiciones) se complementa con el propio texto constitucional. Por ejemplo, recalca que existen ciertas disposiciones constitucionales cuyo contenido está claramente establecido y su grado de interpretación se considera mínimo, tales como la edad para ser diputado o el número de senadores. La importancia de estas disposiciones es que establecen ciertas pautas o puntos comunes de referencia (“*common ground*”) y, por ende, disminuye el costo de una indeterminación en todos los ámbitos del sistema; es decir, impone ciertas reglas y establece principios que funcionan como base de la interpretación constitucional<sup>3</sup>.

Por último, el autor menciona que si se toma en serio la idea de una “Constitución viviente” debe aceptarse que existe más que el texto constitucional y que hay más formas de cambio constitucional que las enmiendas realizadas a partir del procedimiento establecido en el Artículo V de la Constitución Norteamericana. A su juicio, este procedimiento no debe ser el primordial para la solución de los problemas constitucionales, sino el efectuado a través de la evolución de los precedentes y las tradiciones. En la mayoría de los casos, dice David Strauss, las enmiendas constitucionales no hacen más que ratificar los cambios logrados por la “Constitución viviente”.

A partir de todo lo anterior, se puede afirmar que el libro *The Living Constitution* es una obra perfectamente lograda, con argumentos concretos y muy bien ejemplificados. La trascendencia de este texto radica en conocer los razonamientos del profesor David Strauss en contra de la postura originalista y valorar su novedoso modelo de interpretación constitucional basado en el *common law*. Si bien muchos de los conceptos que se tratan en la obra no están relacionados con el control constitucional de carácter concentrado, como el español, y el sistema jurídico de derecho romano-germánico, estudiar las nociones de *living Constitution* es una tarea fundamental para poder comprender las nuevas líneas de interpretación constitucional.

Al margen de la recapitulación, es posible entablar varias críticas a las principales líneas argumentativas del libro. En principio, la propia idea de una “Constitución viviente” ha sido cuestionada desde sus inicios. La doctrina ha entablado varias objeciones en su contra, entre las que destacan la vulneración al principio de seguridad jurídica. Una “Constitución viviente”, dicen sus críticos, vuelve al texto constitucional flexible y peligroso, el cual en última instancia dependerá de

<sup>3</sup> En relación con este punto, el autor advierte que los padres fundadores y ratificadores de la Constitución estaban concientes del valor de establecer cláusulas abiertas en el texto constitucional. Si hubieran querido ciertas condiciones específicas, lo hubieran descrito con todas sus letras. Es por ello, argumenta Strauss, que los originalistas en realidad se apartan de las intenciones de los padres fundadores, pues pretenden obtener resultados concretos donde tales fundadores y ratificadores no lo quisieron hacer. Asimismo, debe advertirse que este razonamiento de David Strauss se asemeja mucho al de Ronald Dworkin, quien ha señalado la necesidad de diferenciar entre “conceptos constitucionales” y “concepciones constitucionales”. Los primeros son nociones jurídicas indeterminadas cuyo contenido se dejó a criterio de las generaciones futuras, mientras que los segundos resultan de ideas ya fijadas por el constituyente histórico. Dworkin (1984: 215).



las manos de quienes la manejen y de factores extrajurídicos (Wolfe, 1991: 495). La propuesta del autor no escapa a esta crítica. Aunque la actividad jurisdiccional se vea un poco más limitada por los precedentes y las tradiciones, por el *common law*, al final de cuentas es el propio juzgador quien decide si es aplicable o no el precedente o si es necesario replantearse y apartarse de algún criterio jurisprudencial<sup>4</sup>.

Adicionalmente, se le podría criticar al autor que su modelo de interpretación constitucional no da cuenta o no aplicaría a una Constitución recientemente promulgada o enmendada. El contexto social y las supuestas necesidades sociales serían las mismas que las existentes al momento de haber expedido la norma correspondiente. En este supuesto, ¿cómo debería el juzgador interpretar la disposición constitucional? ¿Puede olvidarse de los deseos identificables del Poder Constituyente? ¿Estaría justificado asignar cualquier tipo de contenido? Lo más probable es que los partidarios de esta teoría contesten que el propio legislador (contemporáneo o no) otorgó la oportunidad al juzgador de darle significado a dicha prescripción, al no haberla detallado suficientemente. Y en todo caso, responderán que la enmienda o la nueva Constitución seguramente serán el resultado de la evolución y transformación del Derecho provocado por la “Constitución viviente” y que la(s) norma(s) coinciden con los precedentes y las tradiciones.

La verdad es que lo anterior dependerá del caso concreto; sin embargo, la crítica es bastante certera, pues si bien puede haber supuestos que caigan en la respuesta de los que apoyan una “Constitución viviente”, también es cierto que ciertas modificaciones o interpretaciones constitucionales no obedecen a los precedentes o a un cambio social preexistente. Es poco fiable pensar que la constitucionalidad del aborto en los Estados Unidos en la década de los 70's haya sido consecuencia de un cambio social. Al resolverse *Roe v. Wade*, la mayoría de la sociedad negaba rotundamente la libertad de la mujer de disponer de su feto. Esta interpretación constitucional provino más bien por la presión de una minoría y las ideas de un grupo de élite de abogados y juzgadores. Asimismo, puede darse el caso que una enmienda a la Constitución sea la que intente provocar un cambio en la realidad social imperante y al sistema de precedentes.

En íntima relación con esta última objeción, se suele señalar que otra dificultad de la noción de “Constitución viviente” es la problemática de los consensos: ¿la solución constitucional más adecuada será aquella que respete las ideas de la mayoría de la sociedad o es necesario un consenso unánime? ¿Qué sucedería entonces con las minorías? Del mismo modo, ¿de qué forma el juzgador puede conocer las creencias sociales imperantes y aplicarlas al caso concreto? Como bien lo menciona el profesor Néstor Sagüés, fuera de los casos en que se descubra un claro criterio social casi unánime o cuasiunánime sobre un punto determinado de la Constitución, lo más usual será que haya tendencias comunitarias poco definidas, difusas e imprecisas, a las que el juez tendría que “darles forma” (Sagüés, 2003: 15).

En última instancia, las ideas del autor se enfrentan al típico y controversial argumento de la objeción contramayoritaria. En el inicio del libro, el profesor David Strauss menciona que su modelo de interpretación constitucional y su percepción de

<sup>4</sup> Seguramente, respecto a este punto, el autor contestaría que la sumisión de la seguridad jurídica es el precio necesario para evitar que una norma constitucional sea aplicada tajantemente, tal como fue concebida para otro momento y otra sociedad. Así las cosas, la cuestión sería si una sociedad estaría dispuesta a afrontar este costo tan alto, con el peligro latente de que los jueces cometan errores garrafales.

la “Constitución viviente” no es antidemocrático; en todo caso, lo sería el propio control judicial constitucional. Si bien su argumento es parcialmente correcto, el autor pasa por alto que lo que se intenta discutir en definitiva es por qué el juez es quien debe de tener la última palabra, independientemente del tipo de revisión constitucional que se haga. La propuesta de David Strauss carece de una respuesta.

Como conclusión general se puede afirmar que la importancia de los razonamientos plasmados en este libro es que ofrecen una vía adicional para justificar el quehacer jurisdiccional. Si bien, desde el punto de vista teórico y filosófico, este modelo de interpretación constitucional involucra un costo democrático<sup>5</sup>, pues serán los jueces quienes resuelven finalmente los conflictos constitucionales, lo que hace especial al Derecho y a la actividad interpretativa del juzgador es su capacidad de recrearse y reinventarse a través del razonamiento jurídico. Más allá de las disputas teóricas, la forma de legitimar una decisión interpretativa de alguna norma constitucional, ya sea a través del uso de razones de tipo originalistas o de la noción de “Constitución viviente”, es la calidad argumentativa.

### Bibliografía

- ACKERMAN, B. (2007), “The living Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 120:1737, pp. 1738-1811.
- DRIVER, J. (2010), “It’s Alive. Can Elena Keagan save the legal left”, *The New Republic*, julio 8, pp. 10-12.
- DWORKIN, R. (1984), *Los derechos en serio*, trad. por María Guastavino, Ariel, Barcelona.
- FERRERES, V. (2008), *El control judicial de constitucionalidad de la ley*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México.
- SAGÜÉS, N. (2003), “Reflexiones sobre la Constitución viviente (living constitution)”, *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana (Colombia), No. 12, Año 17, Disponible en internet: <http://revistas.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1250/1362>.  
Revisado el 10 de junio 2011.
- SCALIA, A. (1989), “Originalism: The lesser evil”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 59, pp. 849-865.
- WOLFE, C. (1991), *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid.

<sup>5</sup> La noción del “costo democrático” es un concepto acuñado por Ferreres (2008: 58)



## Recensión

### ***Justicia global: Los límites del constitucionalismo***

**Isabel Turégano Mansilla**

**(2010) Palestra editores, Lima, 280 pp.**

**Mar Fernández Pérez**

*Universidad de Messina*

[marfernandezperez@gmail.com](mailto:marfernandezperez@gmail.com)

La obra de Isabel Turégano se enmarca dentro de la abundante producción contemporánea sobre teoría de la justicia. Se centra en la tensión entre cosmopolitismo y particularismo en el marco de la globalización y la superación del Estado-nación como marco teórico general. La autora-profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha- es especialista en el pensamiento jurídico inglés. Tiene también numerosas contribuciones sobre democracia y constitución, procesos constitucionales y cosmopolitismo; aspectos todos que salen a relucir en su concepción del constitucionalismo global. En la presente obra recoge y desarrolla a autores como Habermas, por supuesto, pero también Hollinger, Walzer o Nussbaum, desde una postura claramente deudora de Rawls llegando, sin embargo, más allá de las propuestas de *A Theory of Justice*.

El ambicioso objetivo de Isabel Turégano consiste en esbozar un modelo de autoridad adaptado a la compleja realidad actual; un modelo que ni requiera del obsoleto modelo de Estado-nación ni prescinda de su existencia. Es decir, un modelo de poder global que parta de un Estado transformado, que aporte democracia y garantías a la construcción de una futura -e hipotética- democracia global.

Se trata de poner en relación temas clásicos para la teoría del Derecho, las relaciones internacionales, la filosofía y la ciencia política, como la posibilidad de relaciones pacíficas entre los Estados o la búsqueda de acuerdos sobre los mínimos comunes de todas las culturas. El punto de partida es que global y local no son opuestos, sino que forman parte de un continuo. Son las posibilidades de complementariedad y conflicto que se abren entre estos ámbitos lo que la autora se propone analizar.

El libro se divide en tres partes. Para comenzar aborda la fundamentación de una ética global, mientras que los dos últimos bloques se refieren a los problemas políticos y socioeconómicos que plantea dicha ética global.

1. La primera parte, dedicada a la teoría moral y la política, resalta la falta de modelos globalmente válidos fuera del clásico marco del Estado-nación, debido tanto a la falta de homogeneidad del mismo orden mundial como a la falta de categorías normativas uniformes e indiscutidas. La autora busca una fundamentación filosófica universalista de la ética global para abordar el problema de la justicia en el ámbito global y, para ello, desgrana algunas de las posibilidades que se nos ofrecen para fundamentar dicha ética.

Aboga por una interpretación de la ética del discurso de Apel y Habermas como una estrategia que incluya la racionalidad teleológica y las decisiones consensuadas como herramientas complementarias, incluyendo en la valoración de las consecuencias la propia valoración del esfuerzo por acercar, a largo plazo, las condiciones reales a las ideales.

La segunda posibilidad de fundamentación se encuentra en el “eterno cosmopolitismo”, el ideal de un orden universal construido gracias a presupuestos objetivos universalmente válidos. Dos ideas definen esta posición: la primacía de la pertenencia a la humanidad de cada uno, frente a identidades particulares, y la existencia de principios derivados de la razón que permiten tomar decisiones públicas imparciales.

Tradicionalmente este planteamiento ha sido criticado por propiciar un distanciamiento, por oponer la humanidad a la nación; separación que es la principal debilidad de las posiciones radicalmente cosmopolitas. La apuesta de la autora es un cosmopolitismo pluralista o situado, siguiendo a autores como Hollinger o Robbins que buscan modelos realistas, que propugnan la búsqueda de valores comunes que presupongan -no se opongan- a las prácticas culturales particulares.

Otra de las propuestas tomadas en consideración es el enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum, que propone un lenguaje distinto al de los derechos para huir de los condicionantes culturales de éste. Con un punto de partida intuicionista, supone centrarse en aquellos requisitos (capacidades) que permiten vivir una vida “humana”. Esta posición permitiría un amplio acuerdo, dado que incluye como punto de partida el pluralismo cultural. En lugar de un catálogo cerrado de derechos, promulga planteamientos abiertos y en constante discusión, que requieren el concurso de cada sociedad para concretarse en función de sus particularidades.

Y, a diferencia del igualitarismo contractualista de Rawls, al que seguidamente se acerca, no se centra en los procesos sino en los resultados, pretendiendo así superar las limitaciones culturales que suponen los principios políticos a las teorías de Rawls.

Como cuarta vía de aproximación propone las actualizaciones que se han hecho del contractualismo de John Rawls. Propuestas que pretenden que el fin de la cooperación no sea el mutuo beneficio sino la solidaridad, y en las que las diferencias de nacionalidad sean abordadas como criterios de discriminación a eliminar. Supone una perspectiva institucional de los problemas de desarrollo y pobreza, y ahí radica primordialmente su debilidad, en que depende de la existencia o no de ciertas instituciones sociales.

La actualización y globalización de la teoría de la justicia de Rawls viene de la mano de tres conceptos nuevos: necesidad de compartir los limitados recursos del planeta; historia de agravios, guerras e injusticias entre los diferentes pueblos; y, por último, que el sistema político y económico mundial tiende a producir patrones de desigualdad e injusticia. Entre estos elementos señala Turégano las estructuras económicas, pero también las instituciones y normas internacionales que protegen más determinados intereses particulares que el bien común.

Estas propuestas exigen superar las visiones tradicionales de las relaciones internacionales, partir de los individuos -no de colectividades como pueblos o Estados- y orientar su actividad a la consecución de los intereses fundamentales de las personas. En general, la aproximación contractualista a la justicia global otorga prioridad a los derechos en la configuración del marco normativo internacional, derivando los deberes y obligaciones de lo que las personas deberían recibir de la comunidad.

Propuestas de soluciones pragmáticas del problema global son las denominadas soluciones de consenso, principalmente el contrato en dos niveles de John Rawls, pero también el minimalismo moral de Walzer. Desde estas aborda su propia propuesta, el “cosmopolitismo parcial o el diseño de un modus vivendi”.

2. El segundo bloque se refiere a la pérdida de importancia de los Estados y si esta situación puede dar paso un “constitucionalismo mundial”, cuestión que puede ser respondida de manera positiva centrandolo el concepto de constitución no en los derechos materiales, sino en su contenido procedimental.

El Estado y su papel en el ámbito internacional han cambiado, pero también el concepto de Constitución: pérdida de supremacía, pluralismo constitucional y legislativos cada vez más débiles. Sin embargo -enfatisa la autora-, la función de dirección política, la mayor actividad ejecutiva y el fortalecimiento de las jurisdicciones nacionales son herramientas estatales con gran capacidad de influencia internacional.

Llegados a este punto la autora propone un cambio de paradigma, de un constitucionalismo de los derechos dominante en la actualidad a uno de los procedimientos en el que cobra mucha importancia el concepto de gobernanza. Considera Turégano que los Estados se han demostrado incapaces de cumplir algunas de sus funciones tradicionales básicas sin la concurrencia de actores no estatales, y por esto la gobernanza, idea más amplia que la de gobierno, merece un lugar en su teoría del constitucionalismo global. Para ella no se trata de conceptos contrapuestos, ya que la relación de los Estados con otros actores no estatales les ha permitido aumentar su capacidad de acción política. A exponer cómo pueden reforzar su labor los Estados dedica las siguientes páginas.

La autora propone su propio concepto de gobernanza: instrumentos, estrategias y relaciones de los que pueden valerse los gobiernos para aumentar su capacidad de dirección política. El poder del Estado no sería ya jerárquico, sino relacional, y podrá ejercerse más cuanto más se integre en una estructura densa de redes sociales, lo que daría lugar no a Estados más débiles sino más fuertes y necesarios. Hay, en cualquier caso, un papel que sólo ellos pueden desempeñar y que puede ser más importante en el nuevo escenario de globalización y poderes transnacionales. La autora lo denomina *metagobernanza*: supervisión y gestión de las relaciones de gobernanza desde la posición privilegiada de la institución estatal.



Añade la autora un sexto instrumento a los cinco planteados por Bell y Hindmoor: la ratificación de tratados internacionales, que puede reforzar la acción estatal en lugar de debilitarla. Señala especialmente aquellos de desarrollo de una jurisdicción universal, aunque con la prudencia que requiere el hecho de que el poder judicial de un Estado ejerza sus poderes sobre hechos sucedidos en otros Estados.

Está claro que para Isabel Turégano la gobernanza consiste en una serie de herramientas no estatales que permitirían reforzar la actuación pública en las actuales circunstancias de pérdida de importancia de los Estados como poder central.

Según ella la construcción de un constitucionalismo global requiere la transmisión de esta legitimidad, es decir, la participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones a nivel internacional. Obviamente esto supone un reto muy importante que las propuestas actuales (Joerges y Brunkhorst) no terminan de resolver. A partir de aquí propone la autora su idea de constitucionalismo internacional basado en la ética global que parte de lo que denomina cosmopolitismo global.

3. Pero, y es éste el tema abordado en el último bloque, de la posición moral declarada al principio resulta inevitable una propuesta al respecto de la justicia social en este mundo nuevo. De nuevo, aquí la autora busca la solución en Rawls.

Concluye con una clara toma de posición sobre la desigualdad: no es más que expresión de los desequilibrios de poder a nivel global, de forma que la respuesta no puede ser otra que la justicia global social, entendida como justicia distributiva. Tras esta situación late un liberalismo de tipo igualitario, un concepto de los derechos sociales como derechos fundamentales y un ideal de justicia que, tal y como trata de justificar a lo largo de toda la obra, no puede ser más que cosmopolita. Y el punto de partida no puede ser otro que la igualdad moral de todos los seres humanos.

El desarrollo de Turégano es impecable como propuesta para la acción. También es destacable la aportación que hace a posiciones anteriores, que critica y desarrolla, desarrollando una visión unificadora sobre moral, cosmopolitismo, neoconstitucionalismo y Derecho internacional más que sugerente. Pero de la lectura de la obra puede deducirse, en ocasiones, que se trata de procesos casi automáticos, que de la pérdida de importancia del Estado se deriva de manera natural la negociación y la interdependencia, cuando esto es más un deseo que una realidad.

Los matices que introduce en el concepto de gobernanza aumentan su poder descriptivo para ciertas realidades de la acción de gobierno que son cada vez más importantes. Pero en la práctica la ausencia de las instituciones estatales y la desregulación suelen dar lugar a ámbitos en que priman las relaciones de desigualdad y la desprotección de los débiles. Además, la aparición de instituciones internacionales puede dar lugar a dinámicas que refuercen el poder del Estado en lugar de obligarle a negociar o reducirlo a tareas de *metagobernanza*.

En segundo lugar, quizá los cambios en el papel del Estado no sean tan intensos. En realidad, este paradigma siempre ha sido un modelo ideal, los Estados reales siempre han necesitado de la concurrencia de actores no estatales (iglesias, empresas, movimientos políticos, minorías, etc.), aunque haya cambiado la naturaleza de éstos y su importancia relativa.

Por último, estos nuevos modelos de ejercicio del poder se suponen globales, respetuosos con las diferencias culturales, pero presuponen una economía de mercado, un Estado de cierto tipo, una sociedad civil fuerte, concurrencia de organizaciones como ONG's, sindicatos o empresas, organismos regionales e internacionales. No se trata de un modelo tan intercultural como pretende. Más aún si se quiere vincular gobernanza con democracia y derechos humanos: en tal caso es un modelo aplicable en pocos países.

Su propuesta de legitimación del constitucionalismo global tiene claras raíces democráticas, liberales, y no podemos olvidar que este tipo de organización política no es la dominante en el mundo. Además, en muchas democracias la opinión pública es tan nacionalista que puede no considerar necesario expandir los principios que se aplican en su Estado a la sociedad mundial.

Asume los presupuestos de Nussbaum, pero no aborda que pueden no ser tan interculturales. Por ejemplo, hay muchas culturas para las que la diferencia entre dos tipos de personas con capacidades distintas, hombres y mujeres, es esencial. Los valores comunes son muy sugerentes, pero hasta ahora no hay una formulación precisa que no sea contradictoria con los particulares de alguna sociedad. Por eso puede resultar muy interesante la idea de un "constitucionalismo mundial" centrado en lo procedimental en lugar de en los derechos materiales.

