



EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.
Número 7. Septiembre, 2014 – febrero, 2015
ÍNDICE

Presentación

José María Sauca 3

Estudios

Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en Robert Alexy. Consideraciones críticas 6
Juan Antonio García Amado

Verdad y veracidad informativas: el ejemplo español 41
José Luis del Hierro

El imperio de la Ley como ideal político independiente 57
Mariano C. Melero

¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos? A propósito del lenguaje jurídico 76
Aurelio de Prada

Foro y ágora

La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones 85
Manuel Villoria

Entre Massachusetts y Catalunya: mutaciones constitucionales y disfunciones democráticas 104
Bartolomé Clavero

La reforma de la “molesta” jurisdicción universal y sus primeras consecuencias 117
Amparo Martínez Guerra

La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio 143
Esther Pomares Cintas

Voces de Cultura de la legalidad

Andrea Greppi: «Calidad de la democracia» 175

Rainer Nickel: «Gobernanza» 184

Pedro Chavez: «Burocracia» 191

Vincent Druliolle: «Políticas de la memoria» 198

Javier Camacho: «Exclusión social» 208

Begoña Marugán: «Trabajo de cuidados» 215

Carmen Lamarca: «Criminología» 224

Rocío López: «Cultura jurídica» 229

Javier Chinchón: «Jurisdicción universal» 236

José Muñoz: «Delito de tráfico de Influencias» 248

Releyendo a...

John Stuart Mill: *La cuestión negra* (1850). Stuart Mill y su réplica a Thomas Carlyle sobre la inferioridad racial 256
Ricardo Cueva

Rincón de lecturas

Debatiendo: La sucesión de la Corona <i>Marc Carrillo</i>	270
En torno a <i>Agustí Cerrillo i Martínez (2014): El principio de integridad en la contratación pública.</i> <i>Ramón Terol</i>	278
En torno a <i>Agustí Cerrillo i Martínez (2014): El principio de integridad en la contratación pública.</i> <i>Esteban Arribas</i>	286
Respuesta a Esteban Arribas y Ramón Terol sobre <i>El principio de integridad en la contratación pública.</i> <i>Agustí Cerrillo i Martínez</i>	298
M ^a Isabel Wences, Rosa Conde y Adrián Bonilla (eds.) (2014), <i>Cultura de la legalidad en Iberoamérica: Desafíos y experiencias</i> <i>Karina Ansolabehere</i>	303
Rafael Escudero (2013), <i>Modelos de democracia en España: 1931 – 1978</i> <i>Sebastián Martín</i>	310





Presentación

Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad publica puntualmente su séptimo número. Probablemente, la característica más relevante del mismo sea que mantiene su continuidad en línea editorial y estructura y que modifica la entidad que ofrece su publicación.

En el primer sentido, La estructura de la revista mantiene sus secciones ordinarias y las subsecciones que venía estableciendo desde el último par de entregas. La sección de *Estudios* conserva la articulación de perspectivas metodológicas diferentes en torno a la Cultura de la Legalidad como son las iusfilosóficas, jurídicas e históricas. Así, en primer lugar, recoge un trabajo de Juan Antonio García Amado en el que se despliega una argumentación crítica contra una de las teorías de mayor reconocimiento en el pensamiento jurídico actual: la de Robert Alexy. La teoría del profesor de Kiel es considerada una de las más potentes opciones teóricas para sustentar una continuidad entre juridicidad y moralidad y, por ello, una de las posibilidades teóricas de propugnar una Cultura de la Legalidad. El minucioso examen del profesor de León ofrece una interesante exposición en torno a los límites e insuficiencias de aquélla. En segundo lugar, José Luis del Hierro aborda, desde una larga experiencia, la cuestión de la relación entre verdad y veracidad en el contexto de la información en España. Este tema constituye, probablemente, uno de las más relevantes intersecciones entre el mundo del Derecho y las exigencias de una sociedad democrática. La tercera entrada recoge el trabajo Mariano C. Melero en que se aportan nuevas luces sobre una de las cuestiones medulares de la materia promovida por esta revista: la significación política del estado de Derecho. La sección se cierra con un cuarto trabajo elaborado por Aurelio De Prada en el que aporta una mirada histórica sobre la responsabilidad de los juristas en acercar su lenguaje técnico a los ciudadanos.

La sección de *Foro y Ágora* vuelve a poner sobre la mesa algunas de las cuestiones de relevancia para la Cultura de la Legalidad que han adquirido especial relevancia en los últimos meses. En primer lugar, a finales de año se publicó (¡por fin!) una ley específica sobre transparencia en España. Esta cuestión de una evidente centralidad en esta sede, encuentra una de las mejores plumas –la de Manuel Vitoria– para explicar su función, características y limitaciones. En segundo lugar, Bartolomé Clavero aborda una temática nuclear de la actualidad política y jurídica actual en España. Me refiero al encaje constitucional de la plurinacionalidad del Reino y la vinculación entre constitucionalismo y democracia para su articulación. En tercer lugar, Amparo Martínez ofrece un estudio detallado de una de las cuestiones más polémicas que en este contexto se han suscitado recientemente. Se trata de la reforma legislativa realizada en España por la LO 1/2014 a fin de limitar la competencia de nuestro poder judicial en la persecución de los denominados delitos internacionales. La argumentación de la penalista es marcadamente crítica con la reforma y algunas de sus aplicaciones. La cuarta y última entrada de la sección, recoge el trabajo de Esther Pomares sobre uno de los problemas que tensiona con más intensidad la integridad moral de la legislación española y europea. Me refiero al tratamiento de la cuestión de la inmigración con especial atención a la situación en sus fronteras terrestres meridionales.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* mantiene su ritmo publicando diez nuevas entregas que responden a la estructura y finalidades

acostumbradas. Las temáticas abordadas se refieren, en primer lugar, a cuestiones conceptuales como suponen las voces Calidad de la democracia, Gobernanza y Burocracia a cargo de los profesores Greppi, Nickel y Chavez. En segundo lugar, se aborda la perspectiva teórica de tres ámbitos de políticas públicas de relevancia para la Cultura de la Legalidad: Memoria; Exclusión y Cuidados. Cada una de ellas ha sido redactada, respectivamente, por Vincent Druliolle, Javier Camacho y Begoña Marugán. El tercer bloque de voces presenta un carácter metodológico con las entradas redactadas por Carmen Lamarca y Rocío López tituladas Criminología y Cultura jurídica. Finalmente, la perspectiva sancionadora se corresponde con los trabajos de Javier Chichón sobre la voz Jurisdicción universal y José Muñoz con la entrada Delito de tráfico de influencias.

El *Releyendo a...* del número versa sobre un trabajo relevante pero poco conocido de John Stuart Mill: *The Negro Question*. La traducción y estudio introductorio son obra de Ricardo Cueva y nos ofrece luces sobre el carácter polémico del escrito redactado contra Thomas Carlyle. No sólo estaba en juego la cuestión moral y política de la inadmisibilidad de la esclavitud sino que se añadía una dimensión metodológica: la defensa de la institución por parte de este último autor compartía el espíritu del método del utilitarismo del XIX británico.

Finalmente, la sección del *Rincón de Lecturas* presenta, como en los últimos números, una subdivisión tripartita. Por un lado, el *Debatiendo*, correo a cargo de Marc Carrillo y examina una de los productos legislativos más relevantes de los últimos meses –la ley de sucesión del monarca español– y cuyo análisis no ha recibido la atención que amerita la cuestión. El *Book fórum* versa sobre el reciente trabajo de Agustí Cerrillo sobre el Principio de integridad en la contratación pública. Los comentarios se corresponden a las páginas de Ramón Terol y de Esteban Arribas que son contestados por el autor. Finalmente, en el apartado de *Recensiones* hemos seleccionado dos libros para comentar. En primer lugar, un importante trabajo colectivo editado por Isabel Wences, Rosa Conde y Adrián Bonilla dedicado al estudio de la Cultura de la Legalidad en Iberoamérica y cuyo comentario es enviado desde México por Karina Ansolabebere. En segundo lugar, el libro de Rafael Escudero sobre los modelos constitucionales de 1931 y 1978 en España que nos facilita el historiador sevillano Sebastián Martín.

En el apartado de las modificaciones anunciadas al inicio de esta presentación tenemos una que no resulta menor. Consiste en la modificación de la entidad que publica la revista. Desde su puesta en nacimiento, Tirant lo Blanch había publicado en su página Web los sucesivos números de Eunomía ofreciendo un marco específico y singular para ello. Sin embargo, el desarrollo y crecimiento de esta casa editorial y su espíritu innovador le han llevado a homologar los servicios informáticos facilitados a sus clientes en un nuevo y atractivo portal unificado. Las importantes y llamativas utilidades que ofrece dificultan, sin embargo, la verificación de algunas exigencias técnicas todavía no actualizadas en los procesos de indexación a los que se sigue sometiendo Eunomía. La relevancia del cumplimiento de estos objetivos en cuanto revista electrónica y fundamentalmente académica nos han llevado a trasladar la publicación de los números sucesivos a una entidad pública cuya infraestructura informática nos permite proseguir en la senda de la estandarización de los índices de calidad de la misma. Así, hemos tomado la decisión de continuar con la publicación de Eunomía en el servicio de publicaciones electrónicas de la Universidad Carlos III de Madrid y utilizaremos en lo sucesivo el nuevo URL denominado www.uc3m.es/eunomia. Quisiera dejar constancia aquí de nuestro agradecimiento a Tirant lo Blanch y, en especial, a su director, Salvador Vives, por su disposición y apoyo durante todos estos años de exigente trabajo desde el arranque de la revista así como por las facilidades y apoyo para que el proyecto de Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad pueda seguir

desarrollándose y consiguiendo los objetivos planteados. Asimismo, quisiera agradecer a la Universidad Carlos III de Madrid y, en especial, al equipo de profesionales responsables de sus publicaciones electrónicas por su disposición y apoyo a fin de conseguir la publicación del presente número de la revista en condiciones adecuadas.

En definitiva, presentamos al lector una nueva entrega de la revista que contiene veinticinco trabajos y que ha sido posible, nuevamente, gracias al trabajo generoso y desinteresado de un importante número de profesionales y de académicos. Autores, evaluadores, equipo de edición, consejo de redacción, consejo científico son enunciados tras los que se encuentran numerosas personas competentes, laboriosas y desprendidas. Corresponde agradecer a todas ellas y todos ellos su contribución. Ojalá su resultado sea valorado positivamente por el lector.

José María Sauca
Director





Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas

Juan Antonio García Amado*
Universidad de León
jagara@unileon.es

Resumen

Se critica la tesis de Robert Alexy de que existe en el discurso jurídico una pretensión de corrección que hace del Derecho un caso especial del discurso práctico y produce una obligación jurídica de decidir los casos jurídicos de forma moralmente correcta. En primer lugar, se critica la tesis alexyana de que el positivismo implicaría la libertad judicial para decidir según criterios aleatorios e irracionistas, ya que es perfectamente posible -y hasta recomendable, a la luz del principio de motivación de las decisiones judiciales- que el juez positivista use argumentos morales en los casos de lagunas derivadas de la inexistencia de una solución específica para el problema jurídico en cuestión. En segundo lugar, se señala la circularidad de la tesis alexyana de que la afirmación expresa del carácter injusto o inmoral de una norma implicaría una contradicción performativa por parte de la autoridad emisora de la norma, pues el juez solo incurriría en tal tipo de contradicción si emplease un concepto de Derecho a tenor del que la ausencia de injusticia radical es condición para que una norma sea Derecho, de manera que el argumento toma como premisa la misma conclusión que pretende fundamentar. En tercer lugar, se trata de demostrar con ejemplos concretos que aun cuando se pudiese superar la circularidad del argumento de Alexy, la pretensión de corrección debería ser descartada, pues es un artificio teórico inconveniente, enigmático e inútil. Por tanto, Alexy fracasa en su intento de fundamentar tanto la tesis de que hay un deber jurídico de decidir de forma moralmente correcta, como la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico.

Palabras clave

Pretensión de corrección, discrecionalidad, contradicción performativa, justicia, positivismo.

"On the thesis of the claim to correctness in Robert Alexy: some critical considerations"

Abstract

In this essay, the author criticizes Robert Alexy's thesis that there is a claim to correctness in legal discourse, which makes the law a special case of practical discourse and creates a legal duty to decide juristic cases in a morally correct way. Firstly, it is argued that Alexy is wrong to assume that positivism implies judicial discretion to decide according to irrational and randomly chosen criteria, since it is perfectly possible – and even recommendable, in the face of the principle of motivation of judicial decisions – for a positivist judge to deploy moral arguments to fill in the gaps derived from the inexistence of a specific solution for a given legal issue. Secondly, the paper argues that Alexy's thesis that an express recognition of the injustice of a legal norm would amount to a performative contradiction is circular and cannot be accepted, since a judge only would commit such contradiction if he already accepted a concept of law according to which a certain level of justice is a necessary condition for the validity of a legal provision. Thirdly, the essay attempts to demonstrate with concrete examples that even if this circularity could be overcome, the thesis of the claim to correctness should be rejected because it is an inconvenient, enigmatic and useless theoretical trick. Alexy fails, therefore, to ground both the thesis that there is a legal duty to decide in a morally correct way and the thesis that legal discourse is a special case of practical discourse.

Keywords

Pretension of correction, discretion, performative contradiction, justice, positivism.

* Catedrático de Filosofía del Derecho

1. Introducción

Robert Alexy ha repetido en docenas de escritos la idea que aquí quiero comentar críticamente, la de que al derecho le es inmanente una pretensión de corrección que es, antes que nada, pretensión de justicia. Dicha pretensión de corrección es propia tanto de cualquier sistema jurídico que en verdad lo sea, como de las particulares normas y decisiones que acontezcan bajo el sello del derecho. Por esa razón, un derecho, una norma o una decisión judicial que no se quieran justos y no lo sean o bien no son derecho, cuando su choque con tal pretensión inmanente y necesaria supere el umbral de la extrema injusticia, o bien, si son jurídicos, lo son de manera deficiente, defectuosa.

¿Cuál es el argumento demostrativo de la presencia ineludible en lo jurídico de esa pretensión de corrección? Pues que incurre en contradicción performativa quien diga que produce deliberadamente un derecho, una norma o una decisión judicial injustos. Se contradiría el propio concepto que se usa, el de derecho o el de lo jurídico, con una preferencia del tipo “esto es derecho, pero es injusto”, ya que la conexión entre derecho y pretensión de corrección como justicia es conceptual, y, como tal, ineludible. Con ello queda definitivamente acreditada también, para Alexy, la ligazón insoslayable entre derecho y moral y se tendría ahí el argumento determinante para la crítica fundada al positivismo jurídico y a su tesis de la separación conceptual del derecho y la moral.

Tres aclaraciones sobre el modo en que se enfoca este trabajo. Una, que no ampliaré esta introducción mediante la exposición detallada de los argumentos de Alexy sobre su tesis, que, amén de ser muy conocidos, se recogerán, en alguna de sus versiones canónicas, en los apartados que siguen. Dos, que no se tratará de hacer una completa y erudita mención de cada uno de los lugares de la obra alexyana en los que tales argumentos se reiteran de forma muy similar y con escasas variantes, por lo que nada más que se echará mano en cada oportunidad de alguna cita bien representativa de todas las demás que faltan. Y tres, que aun cuando las críticas que trataré de fundar puedan más de una vez coincidir con objeciones que ya han venido planteando otros autores, apenas me detendré en la explicitación y el cotejo de esos antecedentes¹.

2. ¿Plenitud o discrecionalidad?

Un argumento con el que Alexy refuerza el papel de la pretensión de corrección como fundamento de la unión entre derecho y moral es el de la insuficiencia regulativa del derecho positivo. El derecho positivo presenta problemas de indeterminación, que hacen necesaria la interpretación, y problemas de lagunas o de antinomias de segundo grado. Según Alexy, el positivismo entiende que, en esos ámbitos de decisión jurídica de los casos que el derecho positivo no colma, el juez puede decidir y decide sin ningún tipo de pretensión de corrección, de forma que su decisión será puramente estratégica y simple ejercicio de poder que no necesita justificarse². Oigamos al propio Alexy:

¹ Una buena batería de críticas y objeciones puede verse, por ejemplo, en un autor tan cercano a Alexy como es Jan-R. Sieckman (2007: 194 ss.). Como destaca Carlos Bernal Pulido (2008: 22 ss), entre las críticas más importantes a la tesis de Alexy están las de Eugenio Bulygin y Joseph Raz. Véase Bulygin (2001: 41 ss.) y Raz (2007: 17 ss.)

² Cfr. la exposición de M. Cooke (2007: 228).

Que un caso caiga dentro del ámbito de apertura del derecho positivo significa que el derecho positivo no establece una solución. Si el juez estuviese vinculado exclusivamente por el derecho positivo, cuando se agotasen las razones jurídico-positivas siempre podría resolver el caso según sus preferencias personales o, simplemente, echándolo a suertes. Sin embargo, esto sólo sería compatible con la pretensión de corrección si no existiese ningún otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo. Pues bien, las decisiones jurídicas son respuesta a cuestiones prácticas, y más allá de la categoría de las razones jurídico-positivas existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones acerca del bien y del mal arraigadas en la tradición.

Justicia es la corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales. Esto, junto con la necesidad con la que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral. Esta vinculación necesaria de argumentos no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo moral, sino también jurídicamente. De esta manera la idea de justicia se incorpora al concepto del derecho (Alexy, 2005: 22-23).

Analícemos y comentemos.

Parece que para el positivismo la normatividad se agota en el derecho y que allí donde las normas jurídicas no dan la pauta, no hay propiamente pauta ninguna, solamente la pura subjetividad, el poder o los intereses personales. Y da la impresión de que para Alexy el sistema jurídico sólo puede ser tal y en plenitud si carece de defectos regulativos, si ofrece patrón de decisión para todos los supuestos y si, por consiguiente, no hay ni discrecionalidad ni espacio para que jueguen otros sistemas normativos, no jurídicos, como guía. Pues toda norma que concurra para justificar las decisiones en aquello a lo que el derecho positivo no alcance será una norma jurídica³.

¿Son así las cosas o es esa la mejor descripción posible del juego de las normas jurídicas y morales en las decisiones judiciales? En primer lugar, la tesis positivista de la separación entre derecho y moral no niega la moral, solamente la separa conceptualmente del derecho, lleva a ver normas jurídicas y normas morales como “objetos” distintos y diferenciados. Por tanto, nada hay en el positivismo jurídico, al menos en el de corte normativista, que fuerce a entender que allí donde la norma jurídica deje espacios libres para la decisión judicial, para la discrecionalidad del juez, este solamente pueda razonar en términos de estrategia, poder o interés. Ese juez, a la hora de colmar esos espacios de libertad decisoria dejados por el derecho positivo (porque caben varias interpretaciones de la norma positiva que viene al caso, porque hay una laguna normativa, etc.), puede

³ “Quien identifique el derecho con la ley escrita, es decir, defienda la tesis del positivismo jurídico, tiene que decir que en los casos dudosos la decisión está determinada por factores extrajurídicos. Totalmente distinta es la comprensión del no positivista. Como no identifica el derecho con la ley, para él la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente” (Alexy, 1997: 19). Maticemos, al hilo de este párrafo: no es que para Alexy todo lo que determine la decisión en los casos dudosos sea jurídico. Esas pautas para la decisión en esos casos serán jurídicas si encajan con la moral debida; cualesquiera otras serán extrajurídicas y, como tales, expresión de simple poder o mera dominación. También escribe: “el argumento de los principios dice que el juez también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea vinculación necesaria entre el derecho y la moral” (*Ibid.*: 74).

perfectamente preguntarse cuál es la solución normativamente mejor, aun cuando esa solución ya no la busque en el derecho positivo (donde no la encuentra o no la encuentra completa), sino en la moral, en la justicia, en el interés general, etc. La alternativa al iusmoralismo no es el cinismo judicial, desde luego que no; tampoco la arbitrariedad más descarnada.

Como bien señala Alexy, no vale que en esa situación de libertad o discrecionalidad dejada por el derecho positivo el juez eche a suertes su decisión. Por eso se le obliga a argumentar y no vale como argumento, no se admite, que diga que lanzó una moneda y salió cara. Tampoco sirve que aduzca que optó por la decisión que más convenía a sus intereses personales o su éxito egoísta. ¿Por qué? Porque mediante la exigencia de motivación se quiere excluir la arbitrariedad judicial, haciendo al juez dar sus razones y mostrar que sus razones no son pedestremente las suyas (o las del azar, que no son razones), sino que pueden resultar convincentes o, al menos, razonables o admisibles para un observador imparcial. Pero ¿porque hayan de resultar admisibles o convincentes para un observador imparcial ya serán razones jurídicas? ¿No hay de una decisión más razones aceptables que las razones jurídicas? ¿Tiene que ser necesariamente derecho toda pauta decisoria que colme las insuficiencias regulativas del derecho positivo?

Un juez positivista puede decir: puesto que con el derecho positivo aplicable son compatibles las opciones decisorias A y B, opto por la B conforme a las siguientes razones que la hacen preferible, razones que son morales, de justicia, de conveniencia social, de humanitarismo, etc., etc. ¿Qué problema hay en diferenciar los tipos de normas y los tipos de razones que concurren como justificación de una decisión judicial? En otras palabras, en la decisión judicial y en lo que el derecho positivo deje a la preferencia del juez, este puede elevar muy diversas y fundadas pretensiones de corrección. Mas que sean pretensiones de corrección moral, por ejemplo, no las transforma, por fundar una decisión judicial, en pretensiones de corrección jurídica, ni hay ahí base para sostener que la moral forma parte constitutiva del derecho. Si mi coche deja de funcionar y yo debo empujarlo para acercarlo al borde de la carretera, yo no paso a formar parte del coche, aunque para su desplazamiento hayan sido decisivas tanto las ruedas del mismo como la fuerza que al empujar yo apliqué.

Es verdad lo que dice Alexy de que existen “otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo”, y que las decisiones jurídicas “son respuestas a cuestiones prácticas” y “existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas”. Pero ¿por qué no distinguir cada tipo de razones en lugar de juridificarlas todas? Asumamos, incluso, que pueda haber una moral objetiva verdadera y cognoscible en sus contenidos para cada ocasión y que el juez se oriente por ella en lo que su decisión tiene de discrecional *desde el punto de vista del derecho positivo*. ¿Qué nos fuerza, aun así, a entender con necesidad que esa moral forma parte del derecho mismo y que esas razones morales son también y simultáneamente razones jurídicas por el hecho de concurrir de esa manera en los fundamentos de la decisión judicial? Solo una previa decisión nuestra: la decisión de que la moral (o la moral objetivamente verdadera o la moral racionalmente fundamentable) forma necesariamente parte del derecho. Así que esas normas morales no serán al tiempo jurídicas o razones jurídicas por concurrir en la decisión judicial sino porque nosotros hemos decidido de antemano que la moral es parte del derecho. Nuestra decisión es previa, por lo que la presencia de razones morales en el razonamiento del juez no es prueba de la unión conceptual de derecho y moral, sino *consecuencia* de la previa asunción.

3. La contradicción performativa y sus curiosos ejemplos

Expone Alexy que la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral se aprecia por la ineludible presencia de la pretensión de corrección en el derecho, y que incurren en “contradicción performativa” y, consiguientemente, en error conceptual⁴, tanto la Constitución que contenga un artículo que diga “X es una república soberana, federal e injusta”, como un juez que en su sentencia diga “El acusado es -equivocadamente- sentenciado a cadena perpetua”⁵.

Merece la pena detenerse en los ejemplos con los que Alexy ilustra su idea de contradicción performativa. Recordemos que, según Alexy, “quien afirma algo, eleva una pretensión de verdad o corrección [*Richtigkeif*]”. Y añade: “Esta tesis puede ser apoyada en que cuando se la niega surge una contradicción performativa. En una contradicción performativa incurre quien al realizar un acto de habla presupone, pretende o da por sentado [*voraussetz, beanspruch oder impliziert*] algo que contradice el contenido de ese acto de habla” (Alexy, 1995a: 135-136).

Seguidamente aclara esto con un ejemplo:

Tomemos la siguiente afirmación:

(I') Yo afirmo que llueve y señalo a tal propósito que eso es falso.

Esta afirmación encierra una contradicción performativa, pues una parte de lo que es dicho (<<yo señalo a tal propósito que es falso>>), contradice lo que al realizar mi afirmación necesariamente presupongo, esto es, la pretensión de verdad o corrección” (*Ibid.*: 136).

Veamos esto despacio. Quien afirma “llueve” y “es falso que llueve” viene a decir “llueve y no llueve”. Eso es una pura contradicción lógica. En una contradicción idéntica incurriría quien dijera “La norma N es derecho y no es derecho”. Nadie puede pretender, a falta de ulteriores diferenciaciones, que sean simultáneamente verdaderas las afirmaciones “llueve” y “no llueve” o las afirmaciones “N es derecho” y “N no es derecho”. Ambas, y sin más aclaración o especificación, no pueden pretenderse simultáneamente verdaderas. Que sea verdadera una u otra proposición de cada par contradictorio dependerá de las condiciones de verdad que se acepten en el respectivo campo. A tenor de esas condiciones, una u otra proposición de las contradictorias será verdadera por cumplir tales condiciones de verdad y la otra será falsa; o serán falsas las dos.

Para el caso de las normas, la contradicción pragmática se daría si, por ejemplo, un juez dijera: “La norma N, que viene al caso que juzgo, es derecho, pero la inaplico como si no fuera derecho”. Si una de las condiciones de verdad de la afirmación de que una norma jurídica es derecho es que las normas jurídicas no pueden ser radicalmente injustas, un juez en sus cabales no dirá “La norma N, que viene al caso, es derecho, pero la inaplico como si no fuera derecho”, sino: “La norma N, que viene al caso, no es derecho por ser radicalmente injusta, por lo que la inaplico porque no es derecho”.

El juez que dijera “La norma N, que viene al caso, es derecho y es muy injusta, pero por ser derecho la aplico”, sólo incurriría en contradicción si manejara un concepto de derecho a tenor del cual la no injusticia radical es condición para

⁴ Cfr. Alexy (1998: 130).

⁵ Cfr., respectivamente, Alexy (1998: 129 y 130). Hay veinte o treinta lugares más, en la obra de Alexy, donde se citan para lo mismo estos ejemplos.

que una norma sea derecho. Pero un juez que trabaja con un concepto de las normas jurídicas en el que no esté presupuesta esa condición de no injusticia no cae en ninguna contradicción ni lógica ni pragmática⁶ al aplicar la norma que es derecho (a tenor de otro tipo de condiciones, de condiciones institucionales), pero que es radicalmente injusta. Por tanto, sólo desde el axioma de que no es derecho la norma injusta se puede acusar de contradicción al juez que la aplica. Pensemos en que en ocasiones el sistema jurídico prevé mecanismos para que el juez aplique la norma injusta haciendo ver que es injusto el resultado al que conduce en el caso concreto. Tal sucede en el derecho español cuando se permite al juez indicar la conveniencia del indulto para el reo al que penalmente condena (art. 4.3 del Código Penal).

Si usted es juez, aplica la norma jurídica N (jurídica a tenor de los requisitos del propio sistema jurídico-positivo) y afirma “Aplico a este caso la norma jurídica N, que viene al caso, aunque considero que la solución que N da al caso es injusta”, usted, en tanto que juez, no incurre en ninguna contradicción, ni lógica ni performativa. Lo que en su enunciado aparece son dos juicios, cada uno de los cuales depende de un sistema normativo distinto. Por un lado, quiere decir que N cumple los requisitos para ser norma jurídica y como tal aplicable, según lo establecido en el sistema jurídico, y que el resultado de aplicar N al caso también será jurídico, en función del mismo sistema. Es decir, que N y su aplicación son o se pretenden *jurídicamente* correctos. Por otro lado, al decir que N (o su resultado para el caso) es injusta, usted está aplicando los parámetros de otro sistema normativo, el sistema moral, y conforme al sistema moral usted pretende correcta su tesis de que N o su resultado son injustos.

No hay ningún problema ni lógico ni pragmático al afirmar que, desde el punto de vista del sistema tal, X es una cosa y desde el punto de vista del sistema cual X es otra cosa. No cometo contradicción si digo “este cuadro es una obra de arte y es económicamente poco valioso”, salvo que acepte que no puede haber arte sin elevado valor económico y que arte y economía están “conceptualmente” vinculados de esa manera. Tampoco hay contradicción si digo “este cuadro es una gran obra de arte, pero yo no pagaría por él ni un euro, aunque tuviera muchos euros”. En suma, que cuando un juez afirma “aplico esta norma jurídica que es injusta⁷” sólo habrá contradicción performativa para aquellos que mantienen la justicia (o la no radical injusticia) como condición de juridicidad de las normas jurídicas. En consecuencia, la tesis de la pretensión de corrección no sirve como prueba de la unión conceptual u ontológica de derecho y moral, en la discusión entre positivistas y antipositivistas, sino que dicha tesis es efecto de aquella asunción previa de tal unión conceptual, que deberá ser probada o justificada mediante otros argumentos, no a través de este de la pretensión de corrección.

Si usted, juez, dice que N o el resultado de su aplicación son jurídicamente correctos, usted eleva una pretensión de corrección *jurídica*. Si simultáneamente afirma que N o el resultado de su aplicación son *moramente* incorrectos, formula una tesis moral para la que también pretende corrección. Para justificar lo correcto de su juicio apelará en el primer caso al sistema jurídico, y para justificar la

⁶ A la postre, resulta que para Alexy la contradicción pragmática o performativa no es más que una contradicción lógica que se muestra de cierta manera: “el núcleo de una contradicción performativa es una contradicción en el sentido clásico. El carácter performativo resulta del hecho de que sólo una parte de la contradicción se origina en lo que se declara explícitamente realizando el acto jurídico, mientras que la otra parte está implícita en la pretensión, necesariamente conectada con la ejecución de ese acto” (Alexy, 2001a: 101-102). La contradicción performativa “se basa en el concepto clásico de contradicción, que puede ser aplicado a los actos de producir el derecho, porque esos actos expresan e implican contenidos asertivos o proposicionales” (*Ibid.*: 102).

⁷ O un legislador dice “voto a favor de esta ley, que es injusta”.

corrección del juicio moral tendrá que argumentar desde el sistema moral. ¿En qué situación se encuentra ese juez? No ante una contradicción lógica o performativa, en modo alguno, sino ante un *dilema* personal, un dilema atinente a su decisión individual, dilema que solamente podrá resolver dando preferencia en su decisión a uno de esos dos sistemas, el jurídico o el moral.

El positivismo ni niega esos dilemas personales o esas contradicciones objetivas entre sistemas normativos diferentes ni propugna que siempre y en todo caso tenga el que decide que otorgar prioridad al sistema jurídico⁸. Lo único que el positivista mantiene es que si el juez atiende preferentemente al sistema jurídico, esa decisión suya en tal situación será jurídica, pero inmoral (al menos para quienes se adscriban a ese sistema moral), mientras que si el juez se inclina a favor de la moral, su decisión será moral, pero antijurídica. Lo que iusmoralistas como Alexy intentan es descartar ese tipo de dilemas, que ellos traducen a contradicciones performativas y que evitan a base de mantener que una decisión plenamente jurídica sólo será jurídica si también es moral. De esa manera destierran la posibilidad de que una decisión jurídica pueda ser jurídica e inmoral, o antijurídica y moral, y únicamente podrá haber en derecho decisiones que sean al tiempo perfectamente jurídicas y morales, o inmorales y antijurídicas.

Vamos con otra comparación de Alexy. Dice:

Las pretensiones implícitas pueden hacerse explícitas mostrando que su negación explícita es absurda. Supóngase un juez que pronuncia el siguiente fallo: <<Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua>>. Lo absurdo de tal fallo resulta de la contradicción entre la pretensión de corrección implícitamente formulada en los actos de aplicación del derecho y su negación explícita. Esa contradicción sólo podría ser evitada si la pretensión de corrección fuese abandonada y reemplazada por alguna clase de pretensión de poder. Pero ello significaría decir adiós al derecho. Una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico. En este sentido, la pretensión de corrección está necesariamente vinculada con el derecho (Alexy, 2005: 22).

12

En toda actividad rigen pautas de correcto desempeño de la misma. Esas pautas son asumidas por quien pretenda realizar adecuadamente dicha actividad, obteniendo los resultados que le son propios en condiciones normales y figurando el agente como un competente realizador de la misma⁹. Cuando yo escribo este párrafo, pretendo cosas tales como que se me entienda lo que quiero expresar, que haya coherencia en las ideas que expongo, que mis descripciones de las ideas de Alexy sean fieles a lo que Alexy dijo, que mis frases estén bien construidas sintácticamente, que mis inferencias sean formalmente correctas, que los términos que empleo sean usados con propiedad, que la ortografía de las palabras que escribo sea correcta, etc., etc., etc. Con ello, estoy asumiendo una larga serie de reglas que vienen al caso: reglas de la lógica, de la semántica, de la sintaxis, del trabajo intelectual y académico, de los modos de expresión y las fórmulas del ensayo jurídico, etc. Si yo escribo: “En mis escritos respeto escrupulosamente la ortografía” me desautorizo a mí mismo en esta actividad, igual que lo haré si atribuyo a Alexy las ideas de Kelsen o imputo a Alexy una cita que en realidad corresponde a Bulygin. Aún más grave será mi yerro si digo: “Voy a exponer el pensamiento de Alexy sobre la pretensión de corrección sin que me importe un rábano lo que en realidad dijo o dejó de decir ese autor sobre tal asunto y sin

⁸ Estoy convencido de que tiene mucha razón Raz cuando indica que “Legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-legal positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws” (Raz, 2007: 29, en la nota 28).

⁹ Cfr. Joseph Raz (2007: 226).

ninguna fidelidad a sus textos”. No podré imaginar, entonces, que nadie se tome en serio mi pretensión de corrección como tratadista de estos temas. En cambio, si digo que expondré las ideas de Alexy con todo el rigor y honestidad que me sean posibles, pero que estoy en desacuerdo con ellas por tales y tales razones, mi pretensión de corrección se mantiene incólume, a ninguna contradicción sucumbo, ni lógica ni “performativa”, y el juicio sobre si he realizado bien mi tarea dependerá de cómo he respetado las reglas que le son propias, se esté de acuerdo o en desacuerdo con los contenidos de mis aseveraciones.

Cuando un juez resuelve un caso después de haber interpretado la norma que le aplica, estamos en las mismas. También para esa actividad están establecidas unas reglas. Una de ellas es que tiene que buscar la interpretación correcta y que debe justificar por qué le parece más correcta la interpretación que escoge. Si ese juez dice “Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua” lo que está mostrando es que ha incumplido la regla de su actividad que le señala que debe inclinarse por la interpretación que le parezca mejor y que tiene que justificar por qué le parece la mejor de las posibles. No es que incumpla si objetivamente esa no es la interpretación mejor de las posibles, sino que incumple si dice que opta por la interpretación peor de las posibles o por una que es errónea. Igual que si yo escribo que voy a exponer las ideas de Alexy pero que lo voy a hacer falseando deliberadamente lo que Alexy escribe.

Tanto en la tarea del juez como en la mía aquí, sólo se podrá hablar de que asumimos una pretensión de justicia si en el punto de partida, en el axioma inicial, sentamos apodícticamente que el juez tiene que inclinarse por la interpretación más justa o que el comentarista de Alexy debe hacer la presentación más favorable. Cuando el iusmoralista dice lo primero, está poniendo él, en consonancia con su idea del derecho¹⁰, una condición de la actividad judicial. Pero las reglas que de hecho y en cualquier práctica habitual rigen son las que de hecho son, no las que cada cual quiera añadir. Si en una determinada sociedad y en un momento dado una de las condiciones de la interpretación judicial correcta, o de la correcta decisión del juez, es la de que se haga justicia (moralmente) al caso y a las partes, regirá dicha condición; si no, no, digamos Alexy o yo lo que digamos. Describir prácticas es cosa distinta de diseñar a nuestro gusto modelos de prácticas.

En cuanto a la discrecionalidad, son múltiples los ámbitos de decisión en los que los humanos no tenemos una norma, pauta o situación que nos determine al cien por cien cuál es nuestra decisión debida u objetivamente correcta. Si siempre que decidimos así, con consecuencias que afectan a otros, entendemos que concurre una pretensión de corrección moral si no queremos sucumbir a

¹⁰ No se puede dejar de citar aquí una de las consideraciones que Raz hace sobre las tesis de Alexy: “the correctness thesis, as I explained and generalised it, is not empty, but it is formal. It is also a conceptual truth. It marks the nature of purposive activity (and its products). Having a purpose involves subjecting oneself to some standards of correctness, standards establishing that the purpose is worth adopting and pursuing, etc. It is a conceptual thesis not specifically about the law (though it applies to the law) but about the nature of purposes, intentional actions and their products, ie that in being endorsed by their agents, who could in principle reject them, they commit their agents to standards of appropriateness”. Y sigue: “The thesis is formal in that it does not determine what standards apply (...) Different standards apply to different activities and pursuits. It is the nature of various activities, and of the circumstances in which they are undertaken, which determines which standards apply to them. If the law is committed to standards of justice this follows from the nature of law, not from the nature of purposeful activity. It follows that nothing can be learnt from the correctness thesis about the nature of law. Rather, once we have established, in light of other arguments, what is the nature of law, and only then, will we be able to conclude which commitments the law makes, or what claims it makes. The correctness thesis, being a formal thesis, while true, affords no specific help in elucidating the nature of law” (Raz, 2007: 28).



contradicciones lógicas y performativas, y que por esa razón la moral forma parte esencial y constitutiva de la materia de nuestra decisión discrecional (discrecional por no determinada por completo por el respectivo sistema), la moral forma parte también de materias o sistemas como la economía, la política, la práctica científica, las llamadas reglas o usos del trato social, la estrategia deportiva, etc., etc.; y, sobre todo, la moral condiciona todas las decisiones en esos ámbitos que son decisiones con algún grado de discrecionalidad. La moral, como Dios, está en todas partes y en todas deja su sello esencial: nada podrá ser lo que es (economía, política, decisión de estrategia deportiva, práctica científica...) si es inmoral o muy inmoral, por la misma regla de tres que una decisión jurídica ya no es jurídica si es muy injusta o inmoral. Así, el día que concluyamos que la experimentación con animales vivos es una gran inmoralidad, empezaremos a decir que lo que con esos experimentos se hace no es propiamente o perfectamente ciencia ni tiene nada que ver con el método científico.

El juez se sabe juez porque tiene que decidir sus casos a tenor de unas pautas externas a él, a las que llamamos derecho y que normalmente, al menos entre los jueces y por lo general (si no fuera así, sería el caos o pasaríamos a un tipo de derecho de tipo sacerdotal y misterioso), toman como referencia de su decisiones, en lo que para ellas les alcance. Es decir, aun en la parte de discrecionalidad de su decisión, los jueces tienen que intentar e intentan mostrar que su decisión es conforme al derecho o, en lo que este se muestre indeterminado, no contradice los límites del derecho (positivo). Esa es la pretensión de juridicidad de su decisión o pretensión de correcta juridicidad (técnico-jurídica). Esa, y no una pretensión de justicia, es la que el juez contradiría si dijera “condeno al acusado en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente”.

He dejado para el final de este apartado el ejemplo estrella de Alexy, su prueba del nueve, la que tiene por demostración definitiva de que ahí está la pretensión de corrección, querámoslo o no, y de que a su través el derecho y la moral se dan la mano y conviven hasta en el concepto. Me refiero a cuando Alexy dice que hay contradicción performativa tremenda en una constitución que en un artículo dijera “X es una república soberana, federal e injusta”.

14

Resulta bien extraño ese modo de razonar. Antes de desmenuzar más y mejor sus presupuestos y sus consecuencias, permítasenos formular una comparación. La llamaremos la tesis de la pretensión de belleza.

Conforme a la tesis de la pretensión de belleza, a toda escultura le es inmanente una pretensión de belleza. Tenemos que corregir de inmediato la formulación, pues una escultura por sí no pretende nada, salvo que, imbuidos de animismo, creamos que los objetos piensan, sienten y pretenden. Así que habrá que decir: todo escultor que hace una escultura tiene la pretensión de que esta sea bella. De ello se seguirá la relación conceptual necesaria entre escultura y belleza. En consecuencia, incurrirá en contradicción performativa el escultor que diga “esta escultura que he esculpido es fea”. La contradicción performativa resultaría de lo siguiente: si a toda escultura (a todo el que esculpe) le subyace una pretensión de belleza, yo no puedo afirmar al mismo tiempo que he esculpido una escultura y que no pretendo que sea bella.

En efecto, ya estamos sumidos en la perplejidad.

Si yo parto, como axioma o tesis fuera de toda duda, de que una escultura que no sea bella no puede ser propiamente una escultura, aunque pueda parecerlo por tener numerosos rasgos comunes con las esculturas que sí son esculturas,

entonces yo incurriré en contradicción si afirmo que he hecho a posta una escultura que es una escultura y que, sin embargo, no es bella. Pero si yo no asumo aquel axioma o tesis de partida, no caigo en contradicción ninguna al afirmar que he esculpido una escultura fea. De la misma manera, si yo empiezo por que no puede ser derecho el derecho injusto, cometo contradicción si mantengo que es derecho este sistema que es injusto; o que es jurídica esta norma que creo que ni es justa ni pretendo yo, su autor, que lo sea.

En otros términos, el argumento de la contradicción performativa envuelve una pura y simple petición de principio. No es que la contradicción performativa se dé en sí y sea prueba o argumento decisivo en favor de la conexión conceptual necesaria entre escultura y belleza (o entre derecho y justicia), sino al revés: es la afirmación de la conexión necesaria entre escultura y belleza (o entre derecho y moral) lo que provoca la contradicción performativa. Así que lo segundo no es argumento a favor de lo primero y lo que se ha de fundamentar, con argumentos reales y no aparentes, es aquella conexión conceptual necesaria entre escultura y belleza (o entre derecho y moral).

Quien no parta de que toda escultura (todo escultor) envuelve una pretensión de belleza, pues esa pretensión es constitutiva para que pueda ser una escultura, no tendrá ningún inconveniente ni incurrirá en ninguna contradicción al decir: "He esculpido a sabiendas una escultura fea". Es más, sólo él podrá diferenciar entre esculturas bellas y esculturas feas. Para el otro, para el que comience por la pretensión de belleza como definitoria de las esculturas, las esculturas sólo podrán ser bellas, pues las no bellas no serán esculturas, o no lo serán por completo.

Pero avancemos. En el iusmoralismo de este tipo se suelen entremezclar dos tesis que analíticamente conviene diferenciar de modo adecuado. Una es la tesis de la unión conceptual entre derecho y moral; la otra, la de que la justicia objetivamente existe. A la primera la llamaremos la tesis conceptual y a la segunda la tesis objetivista.

Glosemos primero el paralelo en nuestro ejemplo de las esculturas y la belleza. La tesis de la relación conceptual necesaria entre escultura y belleza llevaba a que fuera lógicamente contradictorio afirmar "Esta escultura es fea", y performativamente contradictorio afirmar "Pretendo hacer una escultura fea". *Si esta tesis conceptual no va unida a la tesis objetivista de que la belleza objetivamente existe, la tesis conceptual pierde toda razón de ser o desemboca en un relativismo exactamente contrario a lo que con ella se quiere.*

Subamos un peldaño en la abstracción y en lugar de hablar de esculturas hablemos de arte, asumiendo que una de las artes es la escultura, el arte escultórico. Según la tesis conceptual, existiría una relación conceptual necesaria entre arte y belleza, de manera que toda obra de arte encierra una pretensión de belleza (de su autor). Así puestas ahora las cosas, podemos replicar a algo que antes nosotros mismos dijimos. Se afirmó que no carecía de sentido pensar en un escultor que en ciertas circunstancias quisiera hacer una escultura fea. Si la pretensión de belleza es constitutiva del arte, ese autor quiso hacer una escultura, pero no una escultura que sea arte, una escultura artística. Como el legislador que quisiera hacer una norma muy injusta, que querría, por las razones que sean, hacer una norma e imponerla, pero no estaría pretendiendo que esa norma sea derecho, pues si lo pretendiera incurriría en contradicción.

Hemos llegado a algo importante. ¿Verdaderamente es razonable y defendible el paralelismo que en el párrafo anterior acabamos de trazar, el

paralelismo entre obra artística y norma jurídica, por un lado, y entre arte y derecho, por otro? La respuesta, me parece, sólo puede ser una: depende de cómo definamos arte y de cómo definamos derecho.

Si cargamos la definición de arte con una relación positiva con la belleza, hay, a partir de esa definición y mientras nos mantengamos en congruencia con ella, una relación conceptual *necesaria* entre obra artística y belleza. Pero esa necesidad de la relación conceptual lo es por razón de nuestra definición de arte, así cargada con la idea de belleza, no por razones ontológicas o que nos trasciendan. Mas también caben definiciones de “arte” que no contengan esa referencia determinante a la belleza. Por ejemplo, la que da la Real Academia de la Lengua, en la acepción que aquí viene a cuento: “Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”. Un escultor que dijera “Voy a esculpir una escultura bien fea pero que será una auténtica obra de arte” no caería en contradicción ni lógica ni performativa si se apoyara en una definición como esa del Diccionario de la Lengua Española.

¿Podría algún iuspositivista descarado invertir la tesis de Alexy? Naturalmente que sí perfectísimamente y con la misma facilidad. Ya conocemos bien el esquema: se presenta el axioma como consecuencia y se pide el principio al considerar demostrado lo presupuesto¹¹. Alexy comienza por un concepto de derecho en el que se integran requisitos morales de validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, luego insiste en que la esencia del derecho (y de los operadores jurídicos) consiste en pretender eso que él al derecho le metió, seguidamente proclama que se contradice el que no pretenda lo que cualquiera en su lugar pretendería si se diera cuenta de que en el derecho está la moral antes introducida, y, para acabar, la pretensión de corrección (que en términos lógicos es pura consecuencia de que Alexy ha sentado apodícticamente la tesis de la conexión entre derecho y moral) la trae como prueba de aquella conexión entre derecho y moral y como base para imputarle contradicciones al positivista que indique cómo entró el conejo en la chistera del mago de Kiel.

¿Cómo podría imitar a Alexy aquel positivista juguetón? Muy sencillo, siguiendo un razonamiento con este esquema:

(i) Se define el derecho por ciertas propiedades formales, institucionales y/o fácticas de sus normas. Ese es el axioma originario, la madre del cordero.

(ii) Se dice que cuando un operador jurídico maneja con finalidades prácticas las normas jurídicas pretende manejar las normas jurídicas y, por tanto, tiene que tomarlas con arreglo a aquellas propiedades sentadas en (i).

(iii) Se añade que si dicho operador, que tiene que haber asumido el axioma inicial, pretende que sea jurídica una norma que, por no tener aquellas propiedades definitorias, no puede ser jurídica, incurre en contradicción performativa, pues, queriendo trabajar con el derecho y dando por sentado con necesidad lo que el derecho es, presenta como jurídica una norma a la que le falta alguna de dichas propiedades definitorias.

¹¹ La propensión de Alexy a la circularidad ha sido bien diagnosticada por Bulygin, para quien nos movemos en un círculo con estos planteamientos de Alexy: “la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas y las normas que la formulan o no la cumplen son jurídicamente deficientes y esta deficiencia tiene un carácter especial porque está basada en la necesidad de la pretensión” (Bulygin, 2011: 275).

(iv) Concluye que queda así probada, mediante el señalamiento de esa contradicción performativa, la tesis positivista de la separación entre derecho y moral, que fue la que se estipuló en el paso (i).

Este razonamiento es obviamente tramposo, pues (iii) no es prueba o demostración de (i), sino su consecuencia. Esto es, hemos reproducido, ahora sobre la base de postulados positivistas, el razonamiento pseudodemostrativo de Alexy. En verdad, no hemos demostrado de esta manera la tesis positivista de la separación. Exactamente como Alexy no demuestra, con su idéntico razonar, la tesis antipositivista de la no separación. Tanto Alexy como este imaginario positivista no hacen más que llamar performativamente contradictorio el modo en que razona el que no participa del respectivo axioma inicial. Por eso tal noción de contradicción performativa no aporta absolutamente nada al debate de fondo entre positivistas y no positivistas.

4. ¿Quién pretende qué?

Es poco menos que imposible salir de la circularidad del razonamiento de Alexy y de su manera de presentar como prueba lo que es presupuesto de su teoría. Aunque puntualmente haya reconocido que un sistema jurídico como tal no puede tener ninguna pretensión, pues sólo los sujetos pueden pretender¹², su personificación de los sistemas jurídicos a estos efectos es constante. “Según el argumento de la corrección, los sistemas normativos que no formulan una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. La no formulación de la pretensión de corrección excluye a los sistemas normativos de la clase de los sistemas jurídicos”, y esa es una característica “definitoria” o “clasificatoria”¹³: no hay ni puede haber sistema jurídico que no formule esa pretensión¹⁴.

17

¹² “Las pretensiones sólo pueden ser elevadas por sujetos capaces de hablar y de actuar. Que el <<derecho>> eleva una pretensión significa que lo hacen las personas que ejercen una u otra competencia jurídica” (Alexy, 2008: 63). “En sentido estricto, las pretensiones sólo pueden ser formuladas por sujetos capaces de actuar. Por lo tanto, que el Derecho formule una pretensión de corrección sólo puede significar que aquéllos que la formulan y actúan, en y para el Derecho, lo crean, interpretan, aplican y ejecutan. El legislador y el juez son casos paradigmáticos. Que *formulen* una pretensión significa, en primer lugar, que sus actos institucionales, esto es, las decisiones legislativas y las sentencias judiciales, están vinculados con el acto no institucional de tal *afirmación* de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto” (Alexy, 2000a: 219). Últimamente en Alexy (2011: 390), donde esa relación entre el pretender de los operadores jurídicos y el pretender del derecho mismo se complica con nuevos conceptos problemáticos: “En un sentido literal y estricto, solo pueden elevar pretensiones los sujetos que son capaces de hablar y actuar. Sin embargo, tiene sentido hablar de pretensión de corrección del derecho, pues esta pretensión es planteada, en especial aunque no solo, por quienes ostentan cargos”. “Personas que formulan la pretensión de corrección pueden ser designadas como <<representantes del derecho>>” (*Ídem*). Esta llamativa idea de que aunque el derecho mismo no puede pretender, pretende a través de sus representantes ya estaba en la respuesta de Alexy a McCormick (Alexy, 2007a: 334-335).

La crítica basada en que nada más que los sujetos de carne y hueso pueden plantear pretensiones fue muy señaladamente expuesta por McCormick (2007: 59 ss.). Sin embargo, más allá de estas diferencias, McCormick concuerda básicamente con Alexy en ciertos aspectos de la pretensión de corrección y, sobre todo, en la adopción de la tesis de la injusticia o de la fórmula de Radbruch. Cfr. McCormick (2007: 66-67; 2008: 201-202).

¹³ Dice Alexy que la expresión “clasificatorio” la considera últimamente mejor que la expresión “definitorio” que antes empleaba. Cfr. Alexy (2001a: 110, en la nota 16).

¹⁴ En Alexy (2001b: 63). “Los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria. Sólo en un sentido indirecto o metafórico puede un observador llamar <<sistema jurídico>> a un sistema normativo que no formula ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección” (Alexy, 1997: 40). “Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante” (*Ibid.*: 41).



Si un sistema normativo por sí no puede pretender nada, y si se trata de una metáfora, ciertas consecuencias son insoslayables. Si la pretensión es en verdad de los autores de las normas, debemos preguntarnos qué puede pretender quien hace una norma jurídica o el hipotético y muy problemático sujeto que consideremos autor de todas ellas, del sistema.

¿Qué pretende el que hace normas jurídicas? Que sean jurídicas. Si pretendiera hacer un epitafio para una tumba, haría un epitafio para una tumba, a tenor de las reglas y usos de creación de epitafios. ¿Quién hace las normas jurídicas debe pretender además que sean moralmente correctas? Según el iusmoralismo de Alexy, sí, sin duda. Porque si no pretende que las normas jurídicas sean moralmente correctas, no estará pretendiendo hacer normas jurídicas, ya que no hay sistema jurídico sin la pretensión de corrección moral. Luego quien quiere hacer normas jurídicas no estará haciendo lo que pretende si no pretende que sean moralmente correctas.

Ahora bien, si esa pretensión es relativa a los sujetos que hacen las normas, la condición se satisfará si esos sujetos *creen* que son moralmente correctas, es decir, que se puede fundamentar objetivamente o intersubjetivamente esa corrección moral. Bastará esa creencia sincera para que resulte cumplida la condición de que haya pretensión de corrección. Hay corrección cuando el sujeto está convencido de que hay corrección. Pero de esta manera la conexión entre derecho y moral es contingente en cuanto a los contenidos, ya que será derecho cualquier sistema jurídico, sean sus contenidos los que sean, que vaya acompañado de esa convicción subjetiva: el autor pretende que el derecho es moralmente correcto y pretende que sea correcto en conformidad con *su* moral sincera y honestamente expuesta.

Pero acto seguido nos informa Alexy de que no basta la pretensión, sino que se ha de satisfacer: el derecho pretendido correcto ha de ser correcto. Se tiene que lograr lo pretendido, pues, si no es así, el sistema jurídico no es jurídico: la pretensión de corrección es, para los sistemas jurídicos, condición necesaria, pero no condición suficiente. “Sin embargo, la pretensión de corrección tiene un carácter doble: no sólo se puede formular o no formular la pretensión de corrección sino que también se la puede satisfacer o no satisfacer” (Alexy, 2001b: 63). “La no satisfacción de esa pretensión por un sistema jurídico, lo convierte en necesariamente deficiente” (*Ibíd.*: 64).

Por tanto, hemos de concluir que un sistema jurídico es no deficiente, es plenamente sistema jurídico, si: a) ese sistema jurídico “formula” una pretensión de corrección; y b) esa pretensión se ve satisfecha. ¿Cómo puede satisfacerse la pretensión? Si el sistema es objetivamente correcto, si tiene la propiedad objetiva de ser correcto. ¿En qué sentido correcto? En el sentido de no disconforme con la justicia, en el de no ser injusto (o muy injusto). Pero, si un sistema jurídico es no deficiente en cuanto tiene la propiedad objetiva de ser justo, ¿para qué hace falta, por qué ha de ser necesaria la condición de que ese sistema “formule” una pretensión de ser justo o moralmente correcto? ¿Acaso para que el sistema mismo no incurra en la “contradicción performativa” de ser justo sin haber él mismo querido serlo? Además, comprobamos igualmente que la pretensión de corrección, aunque la entendamos como pretensión del sujeto humano “autor” del sistema, no vale como mera pretensión subjetiva de corrección, sino como pretensión de ser verdaderamente correcto, justo, a tenor de tal parámetro objetivo: de la justicia

objetiva¹⁵. Un amplio rodeo para llegar al iusmoralismo tradicional: el derecho sólo es derecho si no contradice claramente la justicia. De ese modo, la llamada por Alexy tesis de la (pretensión de) corrección no añade nada a su otra tesis, la que denomina tesis de la injusticia.

Hasta aquí estábamos hablando de la pretensión de corrección del sistema jurídico como tal. Sabemos que “Los sistemas normativos que no formulan una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos”¹⁶. También estamos al corriente de que han de satisfacerla. ¿Cómo es un sistema jurídico que formula la pretensión de corrección, pero no la satisface? ¿Deja de ser un sistema jurídico por ser dicha satisfacción “definitoria” del sistema jurídico o, en otros términos, “clasificante”¹⁷? No, salvo en el caso de la extrema injusticia de ese sistema: “Sólo cuando su deficiencia transgrede el umbral de la extrema injusticia su carácter jurídico se destruye” (Alexy, 2001a: 111).

No es fácil moverse en todo este batiburrillo conceptual. Así que recapitemos un poco, antes de seguir avanzando.

a) Un sistema normativo que no formula una pretensión de corrección no es un sistema jurídico. No es más que ejercicio descarnado del poder y la fuerza¹⁸. Pero imaginemos, como hipótesis, un sistema “jurídico” que no formula una pretensión de corrección, pero que no contiene ninguna norma gravemente injusta. Deberíamos concluir que no es un sistema jurídico, pues carece de aquella condición definitoria o clasificatoria. Entonces tendríamos que la satisfacción de la condición de justicia no impide que un sistema deje de ser no-jurídico, puro poder, y ello porque tal sistema no plantea la pretensión de corrección: al sistema le salió ser justo sin haberse propuesto serlo.

La escapatoria de ese embrollo sería, para Alexy, la siguiente: puesto que todo sistema jurídico formula explícita o implícitamente una pretensión de

¹⁵ Oigamos a Bulygin: “aun si admitimos que todas las autoridades jurídicas (reyes, emperadores, dictadores, presidentes, legisladores, jueces, etc.) necesariamente formulan la pretensión de que las normas emitidas por ellos son moralmente correctas o justas, ¿qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por <<corrección moral>> o <<justicia>>? ¿Es la misma idea de justicia que movió a Ghengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeini o Pinochet para promulgar normas jurídicas? Probablemente ellos entendieron cosas bastante diferentes por justicia o corrección moral. Sin embargo, la tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no cualquier sistema moral. En el caso de Alexy, es la moral universal, basada en una ética procedimental del discurso. El hecho alegado de que todos los actos de emitir normas performativamente implican una pretensión de justicia no demuestra que hay una conexión necesaria entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica. Para sostener esta última tesis, Alexy no sólo debe demostrar que hay una moral objetiva, sino también que esta moral es compartida por todos los que hacen derecho” (Bulygin, 2001b: 88).

¹⁶ En Alexy (2001a: 109). Idénticamente en Alexy (1997: 40 y 41).

¹⁷ Dice nuestro autor que pueden ser de dos tipos diferentes las conexiones entre derecho y moral. “La primera será llamada <<clasificante>> y la segunda <<cualificante>>. Se trata de una conexión *clasificante* cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales y normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión *cualificante* cuando se sostiene que normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero, son normas jurídicas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral” (Alexy, 1997: 32). Poco más adelante añade: “El argumento de la injusticia no es nada más que la tesis de la vinculación referida a una conexión clasificante” (*Ibid.*: 34).

¹⁸ Pero si es un sistema normativo, como Alexy lo caracteriza, pero no es un sistema jurídico, y tampoco un sistema moral, ya que a todo sistema moral le es inmanente también una pretensión de corrección, tendríamos que buscarle un nombre. Tal vez se le podría llamar sistema normativo de poder.

corrección, ese sistema de nuestro ejemplo contendría una formulación implícita de la pretensión de corrección. De ese modo, todo sistema que no encierre muchas normas muy injustas es un sistema que formula la pretensión de corrección, aunque no la formule expresamente: está en él implícita. Volvemos a ver que no es la formulación de aquella pretensión lo que cualifica (o es condición para que pueda calificarse) un sistema normativo como sistema jurídico, sino que la condición es la justicia (la no injusticia radical de sus normas). Así que la pretensión de corrección nada agrega aquí al que Alexy llama el argumento de la injusticia. Pues:

(i) Un sistema “jurídico” que formule la pretensión de corrección, pero que contenga abundantes normas muy injustas, no es un sistema jurídico, ya que no satisface la pretensión¹⁹.

(ii) Un sistema “jurídico” que no formule la pretensión de corrección expresamente, pero que no contenga (abundantes) normas muy injustas, es sistema jurídico de todos modos, pues hay que entender en él implícitamente formulada aquella pretensión. Es decir, el sistema es por definición jurídico si se cumple en él la condición de no injusticia grave.

Conclusión: las consecuencias serían las mismas si prescindieramos de la idea de pretensión de corrección, puesto que la única condición real de juridicidad del sistema es la justicia (la no radical injusticia de muchas de sus normas). Un sistema normativo puede ser derecho si no tiene grave injusticia, y no puede ser derecho si tiene grave injusticia. Y punto. Lo demás, inútiles vueltas.

b) Ahora toca preguntarse qué pasa, según Alexy, si un sistema formula la pretensión de corrección, pero no la satisface en algunas de sus normas y decisiones. Vemos, en primer lugar, que estamos ante una cuestión cuantitativa o de grado. Si son muchas y son graves las vulneraciones de la justicia que en ese sistema aparecen, ese sistema no puede ser jurídico. ¿Y si no son tantas - ¿cuántas?- o no son tan graves? Entonces, para Alexy, la pretensión de corrección no se satisface completamente, pero el sistema seguirá siendo jurídico, aunque será jurídicamente “deficiente”.

Nuestro autor es consciente de que si la satisfacción de la pretensión de corrección del sistema depende de que se realice la pretensión de corrección de sus normas y decisiones, la única pretensión con efectos prácticos es esta última y de poco sirve postular o presuponer tal pretensión de corrección para el sistema como un todo: “la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de su aplicación a normas aisladas” (Alexy, 1997: 73). Puesto que la pretensión de corrección es más que nada o esencialmente pretensión de justicia²⁰, y dado que, por tanto, la pretensión

¹⁹ “El argumento de la injusticia interviene cuando, al no satisfacerse esta pretensión, se traspasa el umbral de la injusticia extrema” (Alexy, 1997: 68). “Un sistema normativo pierde su carácter jurídico si, en general, es extremadamente injusto” (*Ibid.*: 69). “El umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física. Se sostiene que, en todo caso, este tipo de exigencias morales puede ser fundamentada racionalmente” (*Ibid.*: 54).

²⁰ “La pretensión de corrección formulada por el derecho comprende una pretensión de justicia. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y el equilibrio, y el derecho, en todas sus ramificaciones, no puede prescindir de la distribución y el equilibrio. Las preguntas sobre la justicia son preguntas morales. Si el derecho realiza distribuciones o equilibrios incorrectos, comete por ello una falla *moral*. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión necesariamente formulada por el derecho es, sin embargo, una falla *jurídica* (...) La pretensión de corrección formulada por el derecho no es de ninguna manera idéntica con la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral” (Alexy, 2001a: 114-115).

de corrección se frustra cuando las normas son injustas, que el sistema satisfaga la pretensión de corrección depende nada más que de que sus normas cumplan con su propia pretensión de corrección.

Es inevitable la impresión de que la idea de pretensión de corrección del sistema como un todo es un artefacto teórico inconveniente por enigmático y por inútil. Enigmático porque no se entiende que un sistema normativo, como tal, pueda pretender nada, y porque hablar de un autor del sistema jurídico que sea el que “pretenda” es suponer una misteriosa entelequia: ¿El poder constituyente? ¿El pueblo? ¿Los legisladores y, si son éstos, cuáles de ellos? E inútil por lo que se acaba de decir, porque la pretensión del sistema se agota en la pretensión de sus normas y decisiones.

Explica Alexy que sería desastroso que un sistema jurídico dejara de serlo por causa de que algunas de sus normas o de las decisiones judiciales que en él acontezcan sean injustas, pues a la mínima deficiencia, en términos de justicia, en alguna de sus normas, ese derecho ya no sería derecho: “Todas y cada una de las incorrecciones del sistema jurídico o de una norma o decisión aislada destruiría automáticamente el carácter jurídico y, consecuentemente, la validez jurídica del sistema y de la norma y decisión aislada”. Mas esas fallas aisladas suponen que el sistema no satisface la pretensión de corrección, pues no la satisfacen todas sus normas y decisiones. ¿Cómo es un tal sistema jurídico? Es jurídico pero “deficiente”, pues contiene deficiencias en la satisfacción de su pretensión de corrección²¹.

Tenemos un mapa muy complicado, que luego habremos de explicar mejor en algunos de sus puntos aún no examinados, pero que podemos esquematizar así:

(i) Sistemas “jurídicos” que no formulan la pretensión de corrección: según Alexy, no son sistemas jurídicos.

(ii) Sistemas “jurídicos” que formulan la pretensión de corrección, pero que no la satisfacen porque tienen muchas normas y decisiones gravemente injustas: no son sistemas jurídicos, sino sistemas de poder y fuerza, de mera dominación.

Por cierto, *habrá que entender que si un tal sistema ha dejado por esa razón de ser jurídico, tampoco podrá ser jurídica ninguna de sus normas y perderán la juridicidad tanto sus normas radicalmente injustas como las injustas no radicalmente e, incluso, las no injustas. Porque, en caso contrario, habremos de entender que hay normas que son jurídicas por relación a un sistema jurídico que no es un sistema jurídico.* En consecuencia y por ejemplo, las normas de derecho mercantil del sistema “jurídico” nacional-socialista que no eran injustas no eran tampoco normas jurídicas. Nada jurídico pudo suceder bajo el sistema “jurídico” nacional-socialista. Cualquier sentencia recaída bajo aquel sistema y en aplicación de cualesquiera de sus normas debería tenerse por nula por ajurídica y dejarse sin efecto.

Mas la claridad conceptual y la coherencia teórica y práctica no son las preocupaciones mayores de Alexy, no precisamente. Rechaza esa consecuencia que acabamos de exponer, a la que llama “tesis de la irradiación”. Según tal argumento, la pertenencia de una norma, aun no injusta, a un sistema que no es jurídico por extremadamente injusto, hace que la norma aquella tampoco sea jurídica (Alexy, 1997: 69). ¿Por qué, según Alexy, no resulta aceptable esa tesis? Porque

²¹ “Todo lo que estoy diciendo, es que los sistemas jurídicos que no satisfacen la pretensión de corrección son sistemas jurídicos deficientes, y que las normas jurídicas que no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección son normas jurídicas deficientes” (Alexy, 2001a: 113).



quedaría seriamente dañada la seguridad jurídica²². Por esa razón la tesis de la irradiación ha de ser rechazada y, en ese sistema normativo que no es jurídico por ser extremadamente injusto, solamente perderán la juridicidad aquellas normas aisladas que en su contenido rebasen el umbral de la injusticia radical (Alexy, 1997: 71). Las otras serán válidas, serán jurídicas, serán derecho, sean en su contenido justas o sean meramente injustas, sin aquel carácter aberrante.

Extraordinario hallazgo. Ahora resulta que pueden existir normas jurídicas, jurídico-positivas además, que son jurídicas aunque no lo sea, no sea jurídico, el sistema al que pertenecen y conforme al que se crearon. De ese sistema no pueden extraer su validez o juridicidad, pues él no la tiene. ¿De dónde les vendrá, entonces? Un misterio más de los muchos que pueblan las tinieblas conceptuales alexyanas.

Y, para rematar, mírese este párrafo con que concluye tal asunto: “Por ello, no puede conducir [la tesis de la irradiación] a que del carácter de injusticia de un sistema total resulten consecuencias que vayan más allá de la aplicación del argumento de la injusticia a las normas aisladas” (*Ídem*). Si del carácter de injusticia de un sistema, de su injusticia extrema (de eso se está hablando en este momento), no se puede desprender más consecuencia que la no validez como derecho de algunas normas particulares, muchas o pocas²³, de ese sistema, ¿cómo es que viene Alexy diciéndonos que de tal injusticia tremenda del sistema se sigue la no juridicidad del sistema mismo, su no condición de derecho? ¿En qué quedamos? Pues, inevitablemente, en lo siguiente: el sistema no vale como derecho, pero algunas de sus normas sí valen como derecho de ese sistema. Lo nunca visto.

Alexy sí llega a plantearse fugazmente el problema de cuál es la fuente de validez de las normas jurídicas que “pertenecen” a un sistema jurídico que no es jurídico. Y hace saber que cuando un sistema jurídico se derrumba por causa de la injusticia total de gran número de sus normas, ese sistema perdería su existencia y desaparecería así el fundamento de validez de las normas de él subsistentes (las no muy injustas). Solución: el fundamento de validez de esas normas estaría o bien en el derecho consuetudinario o bien en el derecho natural, pero “sería ya otro sistema, no obstante la identidad parcial de las normas” (Alexy, 1997: 72-73). Y, como esa explicación le parece, poco adecuada (*Ibíd.*: 73), acaba ahí sosteniendo que en realidad “la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de las consecuencias de su aplicación a normas aisladas” (*Ídem*)²⁴. Si esto lo entendemos bien, el resultado final es impactante, pues consiste en negar la tesis de partida: resulta que, aunque puede haber sistemas jurídicos que pierdan su juridicidad por razón de la gran cantidad e importancia de sus normas injustísimas, en realidad y a la hora de la verdad la juridicidad no la pierden esos sistemas, sino únicamente aquellas normas

²² “La seguridad jurídica quedaría muy afectada si una norma que se encuentra por debajo del umbral de la injusticia extrema perdiera su carácter jurídico por participar de alguna manera en el contenido de injusticia de todo el sistema y, por ello, ser típica del sistema” (Alexy, 1997: 70).

²³ Nada se arregla cuando Alexy añade que “el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema. La razón del derrumbe no es algún tipo de irradiación, sino el simple hecho de que ya no quedan normas suficientes para un sistema jurídico” (*Ibíd.*: 71). Estamos en las mismas. Si ya no hay sistema porque no quedan normas suficientes, no hay sistema ni, por tanto, normas de ese sistema que sean válidas. Pero si está Alexy afirmando que, aun cuando ya no haya sistema, sobrevive la validez de las normas del mismo no radicalmente injustas, nos encontramos ante un misterio de la teoría jurídica que deja en poca cosa el de la Santísima Trinidad: hay normas jurídicamente válidas de un sistema que ya no es jurídico y que, para colmo, no es jurídico porque no tiene normas bastantes para poder serlo.

²⁴ También Alexy (1997: 93).

insoportablemente injustas, sean muchas o pocas. Todo un tratado de lógica y rigor conceptual exento de contradicciones, ni performativas ni de las otras.

(iii) Sistemas jurídicos que contienen normas o decisiones injustas, bien sean gravemente injustas, pero pocas, bien meramente injustas, aunque sean bastantes: son sistemas jurídicos, pero “deficientes”.

¿Cuál será la frontera entre sistemas “jurídicos” que, de tan injustos, dejan de ser jurídicos y sistemas jurídicos que siguen siendo tales a pesar de contar con un cierto número de normas extremadamente injustas? Para que no se diga que andamos recopilando enigmas al buen tuntún, sigamos a Alexy. Para que la juridicidad del sistema jurídico desaparezca, hace falta que, por radicalmente injustas, dejen de ser jurídicas “muchas” de sus normas, especialmente “muchas normas aisladas importantes para el sistema” (Alexy, 1997: 71). ¿Cuántas habrán de ser? Tantas como para que, descontadas, ya no queden “normas suficientes para un sistema jurídico” (*Ídem*). ¿Cuál será el número mínimo de normas de un sistema jurídico? No nos consta que Alexy lo haya aclarado. Solamente nos ha hecho ver que si a un sistema jurídico se le restan muchas normas, que por muy injustas no son jurídicas, y son normas importantes, el sistema jurídico desaparece. Pero un párrafo más adelante también dice esto otro: “Aun cuando por razones morales haya que negar carácter jurídico a muchas normas aisladas y entre ellas figuren muchas normas importantes para el sistema, éste puede seguir existiendo como sistema jurídico. El presupuesto para ello es que conserve el carácter de jurídico un número mínimo de normas necesarias para la existencia de un sistema jurídico” (*Ibid.*: 72). Tremendo. Se nos acababa de contar que cuando desaparecían muchas normas e importantes dejaba de haber sistema jurídico, pero unas líneas después se nos explica que aunque sean muchas e importantes las normas que dejen de ser jurídicas, el sistema puede mantener su juridicidad, pues basta con que conserve un mínimo de normas. O sea: un sistema deja de ser jurídico cuando pierden la juridicidad muchas normas, y por muchas hay que entender las que no dejen ni un mínimo de ellas. Con lo cual, reproducimos aquí la pregunta: ¿cuántas formarán ese mínimo que permite la subsistencia del sistema jurídico? Porque es de suponer que cuanto más alto sea ese número mínimo, menos muchas deben ser las muchas normas que pueden desaparecer del sistema sin que a este le pase nada. Por cierto, ¿habrá sido sistema jurídico el sistema “jurídico” del nazismo? ¿Habrá Alexy hecho el cálculo correspondiente?

(iv) Sistemas jurídicos que formulan la pretensión de corrección y, además, la satisfacen siempre, pues no tienen ni normas ni decisiones injustas: serían sistemas jurídicos perfectos, sin ninguna deficiencia. Habrá que suponer que alguno puede haber, ya que, si no fuera así, tendríamos que concluir que “sistema jurídico” es sinónimo de “sistema jurídico deficiente” y se volvería completamente prescindible la idea de “sistema jurídico deficiente”, ya que no añadiría nada al concepto de sistema jurídico.

(v) Normas jurídicas o decisiones que no formulan la pretensión de corrección: son jurídicamente deficientes.

(vi) Normas “jurídicas” y decisiones que son grave o radicalmente injustas: no son jurídicas²⁵. Si son muchas, hacen que tampoco sea jurídico el sistema “jurídico”, como sabemos.

²⁵ “Todo fallo judicial formula necesariamente una pretensión de corrección. Un fallo basado en una injusticia extrema y que constituya una injusticia extrema no satisface, en extrema medida, esta pretensión” (*Ibid.*: 63-64).

(vii) Normas jurídicas y decisiones meramente injustas, sin aquella gravedad: son jurídicas, pero de modo deficiente, pues no satisfacen su pretensión de corrección.

(viii) Normas jurídicas y decisiones perfectamente justas: son (supuestas también las condiciones institucionales) normas y decisiones perfectamente jurídicas, ya que dan gusto a la pretensión de corrección.

Veamos qué ocurre con las normas y decisiones deficientes por no cumplir con plenitud con la pretensión de corrección que se les supone tanto a ellas como al sistema. El que puedan seguir siendo jurídicas, aunque de modo deficiente, pese a ser injustas (salvo que rebasen “el umbral de la extrema injusticia”), lo explica Alexy distinguiendo “entre una formulación subjetiva o personal” de la pretensión de corrección y una formulación “objetiva u oficial” de esa pretensión. Esto debería llamarse el efecto multiplicador de las pretensiones. Se cruza lo pretendido por los sujetos con lo pretendido por el sistema mismo o por las normas en sí o las decisiones en sí, con lo que definitivamente queda claro que Alexy presume lo imposible: que las pretensiones de los sistemas y las normas, de las instituciones, no se confundan con las pretensiones de los sujetos de carne y hueso y sean autónomas respecto de estas. Veámoslo:

La base de su razonamiento está en “la distinción entre una formulación subjetiva o personal de una pretensión, y una formulación objetiva u oficial” (Alexy, 2001a: 111). “Los actos jurídicos están engastados en el contexto institucional de un sistema jurídico. La validez jurídica de una decisión judicial o de un acto legislativo resulta de las normas de competencia que facultan al juez o al parlamento. Las personas que ejercen estas competencias o poderes practican un rol oficial en el sentido jurídico. La pretensión de corrección está necesariamente conectada a este rol oficial; necesariamente conectada, siempre que el sistema jurídico en tanto un todo formule esa pretensión. Un juez que niega la pretensión de corrección sólo puede hacer esto de una manera subjetiva o personal. Siempre que actúe como juez, la pretensión de corrección es formulada objetiva y oficialmente. Inevitablemente hay una contradicción entre el lado subjetivo o personal y el lado objetivo u oficial. Esta es otra forma de expresar la teoría de las contradicciones performativas” (Alexy, 2001a: 111-112).

Así que si un juez quiere que su sentencia sea incorrecta (por injusta) o un legislador busca que su ley sea incorrecta, por injusta, tales pretensiones subjetivas son solo eso, subjetivas; pero, si el sistema jurídico como un todo ha formulado la pretensión de corrección, las pretensiones subjetivas del juez y el legislador siguen siendo nada más que subjetivas, mas la sentencia en sí o la ley en sí seguirán pretendiéndose correctas y esa pretensión será objetiva. Porque en un sistema que en sí se pretende lo correcto no pueden, en sí, pretenderse incorrectas una ley o una sentencia. ¿Importa, pues, en algo la pretensión subjetiva de incorrección del juez o el legislador? Para el derecho no importan nada, pues todo dependerá de que

Debe tenerse en cuenta que esa no juridicidad de las normas aberrantemente injustas parece que no se debe a la insatisfacción de la pretensión de corrección inherente a toda norma jurídica posible, sino a la injusticia misma. Al presentar el “argumento de la corrección” dice Alexy que “En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección” (*Ibid.*: 42). Pero, al exponer el “argumento de la injusticia” nos cuenta que “cuando traspasan un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico” (*Ibid.*: 45). “Antes del umbral de la injusticia extrema, una lesión de la moral no tiene como consecuencia que la norma en cuestión o la decisión en cuestión pierdan el carácter jurídico, es decir, que no sea derecho (conexión clasificante) sino sólo a que ella constituya una norma o una decisión jurídicamente defectuosa (conexión cualificante)” (*Ibid.*: 83).

la norma o la sentencia sean correctas objetivamente, tal como ellas mismas pretenden porque lo pretende el sistema. Para lo único que importa ese choque de pretensiones es para decirle al juez que incurre en una peculiar “contradicción performativa”, pues cómo va a pretender como juez lo que como juez es imposible que pretenda.

Un juez que subjetivamente quisiera dictar sentencia injusta (por ejemplo porque a él le conviene decidir así, aun convencido de que hace injusticia), pero que dictara sentencia que objetivamente fuera justa, estaría satisfaciendo la pretensión de corrección del sistema y la de la sentencia en sí. Con su pretensión subjetiva de hacer injusticia no sé qué sucedería, pero supongo que no importa mucho, salvo que se moleste porque lo llamamos contradictorio performativo. ¿Y el juez que subjetivamente formula la pretensión de corrección para su sentencia, pero que acaba haciendo una que le sale injusta sin querer? Vería insatisfecha su pretensión subjetiva, pero ya quedamos en que eso no tiene mayor importancia. Lo que sí importa es que su sentencia sería jurídica, pero jurídicamente deficiente, ya que no satisface ni la pretensión de corrección del sistema en sí ni su propia pretensión de corrección, la de la sentencia en sí. Y todo esto para demostrar, en el propósito de Alexy, que no es derecho correcto la sentencia injusta.

Lo que acabamos de decir para el juez ha de valer, punto por punto, para el legislador.

Pero sigamos tratando de desenredar la madeja de la pretensión de corrección de la sentencia judicial y de sus consecuencias. Escribe Alexy:

Un fallo judicial encierra necesariamente una pretensión de corrección. A causa de su vinculación necesaria con el fallo judicial, ésta es una pretensión jurídica y no meramente moral. A esta pretensión jurídica de corrección corresponde un deber jurídico de satisfacerla, sin que importe cuál sea la consecuencia jurídica de la violación de este deber. La pretensión de corrección exige que en un caso dudoso se lleve a cabo siempre una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible. Así, no se cumple la pretensión de corrección si en un caso dudoso un juez elige una de las dos decisiones conciliables con el material dotado de autoridad aduciendo la siguiente fundamentación: <<Si hubiese ponderado hubiese llegado a otra decisión; pero no he ponderado>>. Con esto se ve claramente que en todos los sistemas jurídicos en los que existen casos dudosos, en los que la ponderación es relevante, ella está exigida jurídicamente y, por lo tanto, también lo está la consideración de principios. Esto significa que en todos los sistemas jurídicos de este tipo, por razones jurídicas, los principios son elementos necesarios del sistema jurídico” (Alexy, 1997: 78).

Analícemos.

(i) Se repite la idea, ya vista, de que todo fallo judicial necesariamente contiene una pretensión de corrección. Como el fallo judicial tiene carácter jurídico, la pretensión que encierra también ha de ser jurídica y no meramente moral. Es decir, es una pretensión moral convertida en pretensión jurídica por estar en un fallo judicial. ¿Por qué se ha de entender que el carácter jurídico del acto que se ejecuta - en este caso el sentenciar de un juez- torna jurídicas las pretensiones ligadas a ese acto? Un mecánico recibe un coche para reparar una avería mecánica. Ese es el fin de su actividad y, además, ese mecánico pretende hacer tal arreglo del modo que resulte técnicamente más perfecto y, al tiempo, menos oneroso económicamente para el dueño del vehículo. Podría afirmarse que ese propósito tiene carácter moral, pues tiene relación con la deontología profesional o general de tal sujeto. Pero ¿tendría sentido que sostuviéramos que se trata de una pretensión mecánica

porque la actividad tiene carácter de actividad mecánica? ¿Es esa honesta pretensión moral del reparador parte de la mecánica del automóvil?

(ii) ¿De dónde nace el “deber jurídico” de satisfacer la pretensión de corrección inmanente a todo fallo judicial? De que previamente se ha tildado de jurídica dicha pretensión porque el fallo tiene estatuto jurídico. Pero, por lo visto, es un deber jurídico para el que no importan las consecuencias jurídicas del incumplimiento. ¿Ante qué foro se plantea dicho deber? Probablemente nada más que ante la conciencia moral del juez, en su caso. Así que será un deber moral en conciencia que tiene carácter jurídico porque versa sobre un acto jurídico.

(iii) Tenemos una pretensión de corrección, y el correspondiente deber jurídico, y nos hallamos ante un caso dudoso, no ante un caso fácil que el sistema jurídico-positivo resuelva inequívocamente. ¿Se frustrará la pretensión de corrección por la incertidumbre sobre cómo decidir el caso? No, pues se echa mano de los principios y se los pondera. De ese modo se puede satisfacer la pretensión de corrección. Mas habrá que pensar que es así porque el caso solo era dudoso *prima facie*, antes de la ponderación. Si esos principios son parte del sistema jurídico²⁶ y si al ponderarlos resolvemos el caso y satisfacemos la pretensión de corrección, será porque con ellos y su ponderación se vuelve claro lo que era dudoso. Si los principios y su ponderación valen para dar solución correcta al caso dudoso, en el fondo no hay en el sistema casos dudosos. Si los principios no son de naturaleza meramente moral, sino jurídica, si no salen de la conciencia moral del juez -o de sus intereses, opiniones, etc.-, sino del sistema jurídico mismo, el sistema jurídico es, en su fondo o substrato esencial, claro, completo y coherente. No hace falta más que un buen método, el ponderativo, para sacarle lo que lleva dentro.

(iv) También sabemos que en ocasiones la pretensión de corrección justifica el fallo *contra legem* y hasta obliga a él. Un fallo judicial legal, pero injusto, es un fallo jurídicamente deficiente, como mínimo. Tal deficiencia es consecuencia de la no satisfacción de la pretensión de corrección. Así que un caso puede ser claro, ley en mano, pero dudoso moralmente o en términos de justicia. Entonces los principios y su ponderación servirán para brindar la correcta solución del caso y, si es así, toda justa solución del caso será jurídica porque serán necesariamente jurídicos los principios que la guíen²⁷.

²⁶ Véase Alexy (1997: 123). “Todo aquello en lo que –en el ámbito de apertura del derecho- se apoya y/o tiene que apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, pertenece al derecho. De esta manera, se convierten en elemento del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión. La cláusula <<apoya y/o tiene que apoyarse>> expresa el juego de las dimensiones real e ideal de la aplicación del derecho. Al derecho pertenecen tanto aquellos argumentos con los cuales quienes lo aplican apoyan fácticamente sus decisiones, también cuando ellas no satisfacen la pretensión de corrección, como aquellos argumentos en los que deberían apoyarse las decisiones para satisfacer la pretensión de corrección. Con ello se vuelve posible una crítica de la praxis de las decisiones desde el punto de vista del derecho” (*Ibid.*: 126).

Muy importantes apreciaciones sobre las consecuencias que tiene esa inclusión en el sistema jurídico de principios y otras consideraciones normativas que no han pasado los criterios de validez establecidos por el propio ordenamiento y que tampoco suponen explicitación de las presuposiciones de esas normas del ordenamiento pueden leerse en Gaido (2011: 262-265).

²⁷ Bien claramente al respecto, Alexy en una entrevista reciente: “El Tribunal Constitucional Alemán, en una serie de decisiones se ha decantado o incluso ha aceptado decisiones que incluso están en contra del texto de la ley, el caso más representativo de esto lo constituye el *Caso Soraya*. Por decisiones en contra de la literalidad de la ley, entiendo yo decisiones en contra, por un lado, de la literalidad del texto que encontramos en el artículo, y por otro lado, en contra de la voluntad del legislador. En Alemania este tipo de decisiones contra la literalidad de la ley y contra la voluntad del legislador, son altamente controvertidas; considero a esta línea de argumentación del Tribunal Constitucional como correcta”. Y sigue: “Desde un punto de vista de la teoría del Derecho aquí se trata de la colisión de, por un lado, de

(v) Para Alexy, no se cumple la pretensión de corrección si un juez elige una de las alternativas decisorias que la ley le deja abierta (por ejemplo porque esa ley que viene al caso admite varias interpretaciones), pero ese juez dice que si hubiera ponderado no habría llegado a esa decisión, sino a otra. De esto se desprende, a juicio de Alexy, que la ponderación es jurídicamente obligatoria en los casos dudosos. Confieso humildemente que no lo entiendo, por lo que no merece la pena que le dé más vueltas a ese razonamiento. Lo que sí parece claro es que ningún juez va a decir “Llegué a esta decisión sin ponderar, pero sería otra si hubiera ponderado”, sino “A esta decisión llegué ponderando”; o “A esta decisión llegué sin ponderar, pero si quieren ahora pondero y verán cómo me sale lo mismo”.

Lo que Alexy concluye es que siempre que en un sistema jurídico hay casos dudosos, ese sistema jurídico necesariamente contiene principios y que “Esto basta como base para la fundamentación de una conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios” (Alexy, 1997: 78-79). Esquematicemos su razonamiento: a) Hay casos dudosos; b) lo que sirve para resolver los casos jurídicamente dudoso es jurídico; c) los principios son lo que sirve para resolver los casos jurídicamente dudosos; d) Por tanto, los principios son jurídicos²⁸; e) como los principios son también morales²⁹, queda fundamentada la conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios. Parece todo muy lógico, si no fuera por lo dogmático y arbitrario de las tesis b) y c), de lo que depende la misma condición de las tesis d) y e).

5. Un caso especial

Considera Alexy que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general (tesis del caso especial) por cuanto que en él se pregunta qué sea lo debido, lo que debe hacerse o no hacerse. Al igual que en la moral, la cuestión es qué sea lo debido, prohibido o permitido³⁰. La especialidad del discurso jurídico dentro del discurso práctico general viene dada por las particulares limitaciones a que está sometido, por el papel que juegan la ley, los precedentes y la dogmática. Llevado a la decisión judicial, esto supone que, por definición y necesariamente, el juez no se pregunta meramente qué es lo legal y cuáles son las condiciones jurídico-positivas de validez de su decisión, en tanto decisión jurídica, sino también cuáles son las condiciones de validez práctica general de su decisión: las condiciones de la decisión justa. Al presuponer en toda sentencia la pretensión de corrección como pretensión (también) de justicia, y al entender que los requerimientos de la moral forman parte también de los requerimientos del derecho y son, por ello, requerimientos igualmente jurídicos, tendríamos que la decisión judicial no jurídicamente deficiente es la que se adapta a los requisitos jurídico-

los dos principios formales representados por la autoridad de la decisión del legislador, y por el otro, el principio formal de justicia. Esta colisión, si la entendemos dentro del rango de la teoría de los principios, puede ser resuelta solamente a través de la ponderación. Se podría formular la siguiente regla: en tanto más grave sea la injusticia, de esta misma manera pesa menos o tiene menos preponderancia la autoridad del legislador, el referente para determinar la intensidad de la intervención a la discrecionalidad del legislador la constituye la intervención o afectación a los derechos humanos” (Alexy, 2009: 235).

²⁸ “Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas” (Alexy, 1997: 80). Entonces, los principios morales son morales, pero al comparecer en el razonamiento judicial ya son jurídicos.

²⁹ O, al menos, entre tales principios siempre ha de haber algunos que pertenezcan a alguna moral. Véase Alexy (1997: 79 ss.).

³⁰ “La tesis del caso especial establece que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general (...). Se basa en tres razones. La primera radica en que la discusión jurídica, al igual que la argumentación práctica general, se refiere, en definitiva, a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir, a cuestiones *prácticas*” (Alexy, 1999: 24).

positivos, pero también a los de la justicia, y en tanto los primeros no sean incompatibles con los segundos.

Aquí vemos la función de la idea de pretensión de corrección en el esquema de Alexy: si el juez no puede dejar de pretender la justicia de su decisión (e incurrirá en contradicción performativa si no lo pretende), no satisfará su función como juez ni satisfará su sentencia el derecho mismo si no hace justicia. Si no hace justicia, su decisión será jurídica –salvo en casos extremos–, pero defectuosamente jurídica³¹.

Al sentar los presupuestos necesariamente asumidos por todo juez y toda sentencia, Alexy no está retratando en verdad cualquier juez posible, sino proponiendo un modelo de juez y, con ello, de práctica jurídica y judicial: el que es acorde con la *pretensión* alexyana de que la moral sea parte integrante del derecho y de que el razonamiento jurídico-práctico esté en sus resultados condicionado por la moral.

Es posible perfectamente pensar otro modelo de juez, y hasta preferirlo por todo tipo de razones políticas y hasta morales. Un modelo de juez que diferencie sus obligaciones jurídicas, en tanto que juez sometido al principio de legalidad, y sus obligaciones morales, en tanto que sujeto individual, y que no presente sus opciones morales como dictados del derecho. Un juez que cuando ejerza discrecionalidad la llame discrecionalidad, y no obediencia al *ius*, y un juez que cuando falle *contra legem* no pretenda estar obedeciendo al derecho, aun cuando tenga y dé buenas y muy compartibles razones para esa desobediencia.

Comparemos –en lo que la analogía valga– con un mecánico que recibe de un cliente de su taller un coche para que lo ponga a punto. Él sabe cómo poner ese coche en condiciones de dar el máximo rendimiento, haciendo que su motor ofrezca sus mejores prestaciones. Por ejemplo, siendo capaz de alcanzar los doscientos kilómetros por hora gracias al perfecto ensamblaje de todas sus piezas. En cuanto mecánico, querrá cumplir al máximo la tarea que se le pide y que lo justifica en su oficio. Esa será su pretensión profesional. Pero quizá se ponga a pensar que un vehículo que llegue a esa velocidad supone un peligro potencial para su conductor. Entonces se le suscita el problema moral de si no debería hacer menos perfecta esa puesta a punto, a fin de que el coche no rebase los ciento cincuenta kilómetros por hora. Desde el punto de vista moral podemos estar de acuerdo con que proceda así –supóngase que estamos de acuerdo en eso, con base en muy buenas razones–. ¿Diríamos por eso que a la mecánica automovilística le es inmanente una pretensión de corrección moral, de modo que el mejor trabajo mecánico será el que tome en cuenta tales consideraciones morales y les dé preferencia? ¿No somos capaces de diferenciar los problemas técnicos del trabajo en tanto que mecánico de los problemas morales de la persona del mecánico? ¿No podemos decir que desde el punto de vista de la mecánica no ha hecho un buen trabajo, aunque bajo la óptica

³¹ “Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas *en el esquema del orden jurídico válidamente establecido*, sino también pretenden ser correctas en cuanto *decisión jurídica*. Una decisión judicial que aplique correctamente una ley injusta o irrazonable no satisface en todos los aspectos la pretensión de corrección que ella despierta. Si la ley injusta o irrazonable es jurídicamente válida, la decisión basada en ella también será jurídicamente válida, y en muchos, si no en la mayoría, de los casos, los principios de certeza jurídica, de división de poderes y de democracia exigirán al juez que cuando no haya margen para la interpretación, siga incluso las leyes injustas o irrazonables, de manera que su decisión será correcta *bajo las condiciones dadas*, por desafortunadas que éstas sean. Pero, sin embargo, la decisión no es jurídicamente perfecta: está impregnada por la imperfección de la ley” “Las decisiones judiciales injustas ya no podrán ser consideradas sólo moralmente controvertibles y, sin embargo, jurídicamente perfectas. Ellas serán también jurídicamente defectuosas. De este modo, el Derecho no sólo está abierto a la crítica moral desde fuera. La dimensión crítica se resitúa completamente dentro del propio Derecho” (Alexy, 1999: 32).

de la moral su opción pueda estar justificada? ¿No es mejor distinguir de tal manera que sostener que, si pone el coche plenamente a punto, su trabajo ha sido mecánicamente deficiente, o que si no lo pone a punto, para que no pase de cierta velocidad segura, ha sido mecánicamente perfecto?

Pues otro tanto tendría que valer para el juez. Porque cada cosa es cada cosa. Y seguirá siéndolo por mucho que carguemos al mecánico y al juez (o a la mecánica y la sentencia) con pretensiones de corrección moral. Para el juez hay una pauta de corrección jurídica y hay otra pauta, *distinta*, de corrección moral. Confundirlas es como confundir la mecánica con la piedad o cualquier saber técnico con la misericordia.

6. Vamos a lo que vamos

¿Es irrelevante en términos prácticos todo este barullo de conceptos y pretensiones? No, no lo es, pues tiene la construcción alexyana dos intenciones que se traducen en dos consecuencias de mucho calado teórico. Una, la de negar que la discrecionalidad sea propiamente discrecionalidad. Ni el juez ni el legislador pueden (o deben) decidir con libertad dentro de los márgenes que les acoten las normas del sistema jurídico: deben hacer la sentencia justa y la ley justa. Otra, la de justificar el fallo judicial *contra legem*, siempre que la vulneración de lo que la ley impone para el caso se justifique con base en lo que para el caso la justicia demanda³². Porque una sentencia acorde con la ley, pero opuesta a la justicia, no satisface la pretensión de corrección del sistema jurídico y la de la sentencia misma, en tanto que parte de ese sistema.

¿Qué significa que una ley o una sentencia sean deficientes? Todo depende del “apellido” que pongamos a la presunta deficiencia. Alguien o muchos pueden considerar que una norma o una decisión jurídica son deficientes y criticables desde muchos puntos de vista: moral, económico, político, lingüístico, etc. Más si la deficiencia o defecto es jurídico, querrá decirse que la norma o decisión no son plenamente conformes al derecho³³; o, lo que es lo mismo, que, derecho en mano, deberían ser de otra manera. En ese caso, todo dependerá de la idea de derecho que manejemos. Lo que sucede es que para ponerle el calificativo de “jurídica” a la deficiencia, deberemos incorporar al sistema jurídico mismo los patrones de enjuiciamiento. Es decir, que si el defecto de esa norma o decisión es un defecto moral, las normas morales determinantes de tal juicio deben considerarse parte integrante del sistema jurídico mismo, a fin de que la deficiencia moral pueda llamarse también deficiencia jurídica. De igual manera, si, por ejemplo, consideráramos que una norma que contenga errores sintácticos en su enunciado presenta un defecto jurídico, sería porque las reglas lingüísticas son parte integrante del sistema jurídico. No es lo mismo decir que estamos ante una norma jurídica lingüísticamente deficiente que sostener que se trata de una norma que, por lingüísticamente deficiente, no es del todo jurídica o tiene un defecto jurídico por esa razón.

³² Posiblemente el lugar de la obra de Alexy donde más patente queda esto es en su trabajo “Interpretación jurídica y discurso racional”, en Alexy (1995b: 38 ss., especialmente 55 ss.). Concluye Alexy ahí: “El hecho de que argumentos institucionales solo gozan de una prevalencia *prima facie* significa que la argumentación jurídica, aun cuando argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales” (Alexy, 1995b: 60). Interesante el análisis que sobre este asunto y sus implicaciones realiza Paula Gaido (2011: 265 ss.).

³³ Alexy (1997: 32): “Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral”.

El positivismo defiende la autonomía del juicio jurídico, en el sentido de entender que las pautas determinantes de la juridicidad o antijuridicidad son internas al sistema jurídico, pero entendido este como sistema normativo autónomo respecto de otros sistemas normativos, como el moral, el económico, el estético, el de las reglas del idioma, el religioso, el político, etc. Que el sistema jurídico sea en este sentido autónomo quiere decir que se compone de normas provenientes de las fuentes propias de tal sistema y por él mismo configuradas. Lo cual no es óbice para que los elementos de tal sistema o el sistema mismo puedan ser calificados desde otros sistemas normativos, como cuando se dice que una ley, una decisión judicial o todo un ordenamiento jurídico son inmorales o injustos. De idéntica manera a como se puede afirmar que un comportamiento acorde con el (un) sistema moral es antijurídico, o que todo un sistema moral es, en sus fundamentos o normas principales, opuesto a los fundamentos del sistema jurídico vigente.

En términos de razón práctica (si por tal entendemos los fundamentos de la acción individual cuando se basa en una elección entre alternativas), es poco lo que cambia. Pues el positivismo jurídico no propugna que la razón práctica del juez (o del ciudadano común) se agote en la obediencia a la ley, justa o injusta, y se puede, como positivista, admitir que la decisión judicial sea más racional, aceptable o loable si no se atiene a la ley inmoral. El positivismo nada más que indica que no hay por qué cambiarles los nombres a las cosas y que tal acción del juez o del ciudadano será antijurídica, aunque pueda estar justificada desde otros múltiples puntos de vista atinentes a o relacionados con la razón práctica. El positivista también acostumbra a indicar que el debate sobre la frecuencia con que el juez debe atenerse más a la ley jurídica o a la norma moral en tal o cual sistema es un debate político, no de teoría del derecho propiamente dicha, y que sus resultados dependerán ante todo de la evaluación que se haga (o que haga cada uno) sobre el valor, las funciones y la utilidad de ese sistema jurídico en cuestión, por un lado, y de la adecuada distribución de poderes en esa sociedad, por otro. Se puede ser positivista y defensor del uso alternativo del derecho en contextos de opresión política y legislativa; pero llamando a las cosas por su nombre y no enredándose al enredar los conceptos.

Será la consistencia de las razones en pro de una u otra manera de nombrar la que determinará, en sede teórica, la mayor o menor fuerza de convicción del positivismo o los antipositivismos. Lo que aquí estamos tratando de mostrar es que el argumento de la pretensión de corrección es escasamente consistente a esos efectos.

Volvamos a las intenciones prácticas de Alexy y a las consecuencias de su diferenciación entre norma “jurídica” no jurídica por extremadamente injusta y norma jurídica deficientemente jurídica por injusta, aunque no en grado sumo. Recordemos una vez más que él nos dice que “el concepto de derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en casos de extrema injusticia” (Alexy, 1997: 61). Pero pensemos en una ley L que es injusta, aunque no llega a esos extremos. L, además, forma parte de un sistema que es jurídico –conforme a las categorías de Alexy– porque formula la pretensión de corrección y no la deja radicalmente insatisfecha. Así que, según estos parámetros alexyanos, L es norma jurídica, no cabe negarle la juridicidad. Perfecto. Pero, por ser injusta, es jurídica, sí, pero deficiente: jurídicamente deficiente. ¿Y eso para qué importa, en términos prácticos? Para lo siguiente.

Un juez J tiene que aplicar esa ley a un caso bajo sus términos claramente subsumibles. J, por ser juez, ha de formular una pretensión de corrección para su sentencia y tratar de que no quede insatisfecha. J se encuentra con que L es

derecho y es derecho aplicable al caso, pero que si la aplica, se frustra la pretensión de corrección y su sentencia será jurídica, sí, pero defectuosamente, como consecuencia de haber aplicado al caso L, que es injusta, y de haber así producido un fallo que resulta injusto. Así pues, ¿qué debe hacer J para dictar una sentencia plenamente jurídica, no defectuosamente jurídica, una sentencia que dé gusto pleno a la pretensión de corrección en lugar de dejarla a medias? Pues tiene que inaplicar L y decidir conforme a la justicia, lo que seguirá siendo decidir según el *ius* aunque se trate de decisión *contra legem*³⁴.

Pero no quedan ahí las cosas. Pongamos ahora una ley L' que, en su enunciado o tenor general, no presenta tacha de injusticia: L' no es jurídicamente deficiente. Mas sucede que en cierta ocasión L' ha de aplicarse a un caso C que bajo ella encaja y bajo ninguna otra norma positiva del sistema. La norma L' es la aplicable a C. Pero, por alguna peculiaridad de los hechos y circunstancias de C, resulta injusto el fallo resultante de aplicarle L'. ¿Qué tendríamos? Que de la aplicación de una norma no deficientemente jurídica, plenamente jurídica, sale, para C, una sentencia deficientemente jurídica. ¿Qué se debería, pues hacer? No aplicar L' a C, sino resolver ese caso de conformidad con los dictados de la justicia.

Consecuencia de todo esto: hasta la distinción entre normas jurídicamente perfectas y normas jurídicamente deficientes es escasamente relevante en la práctica, pues lo que en la práctica importa y Alexy quiere salvaguardar es la justicia de la decisión de los casos concretos. La ley jurídicamente plena y la ley jurídica, pero deficiente, se excepcionan exactamente igual, aunque con distinta frecuencia: ambas pierden ante los mandatos de la justicia para el caso, son “derrotables” por la justicia, exigencia moral relativa a la distribución en el caso. Lo cual había sido así afirmado y propuesto por gran cantidad de autores antes que Alexy, pero con más claridad conceptual y muchísimo menor rodeo.

Que lo que de tan aparatoso andamiaje interesa a Alexy son ciertas consecuencias prácticas resulta evidente también a la luz de la diferenciación que traza entre la perspectiva del observador y la del participante. La perspectiva del observador la adopta quien simplemente quiere describir el derecho que hay, el derecho que es, y para ello se fija en dos datos objetivamente comprobables: si se trata de normas construidas de conformidad con los requerimientos formales y procedimentales del propio sistema y si esas normas son eficaces. Así, “Adopta la *perspectiva del observador* quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico” (Alexy, 1997: 31). Desde tal punto de vista, es perfectamente posible y nada criticable considerar derecho sin más un sistema jurídico injusto o, incluso, el que rebase el “umbral” de injusticia. Igualmente tiene sentido, bajo ese prisma, que se consideren plenamente jurídicas las normas o sentencias que tengan tacha de injusticia³⁵.

³⁴ Alexy explica que su tesis antipositivista apenas plantea problemas de compatibilidad con el principio democrático, puesto que “el concepto de derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en los casos de extrema injusticia”. Véase Alexy (1997: 61-62). Típico argumento del autor y hábil ocultamiento de una parte de las consecuencias de la doctrina. Pues contra el principio democrático no va solamente el negar carácter jurídico a la norma que el legislador alumbró, lo cual ocurriría muy pocas veces y en casos muy extremos, sino *también inaplicar a los casos la norma democráticamente creada*, con el argumento de que es derecho, sí, pero deficiente, y de que para que la sentencia del caso no sea deficiente debe pasar por encima de esa norma legal y democrática aplicable.

³⁵ Cfr. Alexy (1997: 33 ss.). “Desde el punto de vista de un observador, no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho” (*Ibid.*: 35). “Para un observador, pertenece al derecho aquello que los tribunales y las autoridades hacen cuando se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas correctamente de acuerdo con los criterios de



Por el contrario, a la perspectiva del participante le es inmanente la pretensión de corrección, como pretensión que también es de justicia, por lo que el participante no puede aceptar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral. Ese punto de vista del participante es el que necesariamente adopta quien en derecho tiene que decidir, sea el legislador al hacer una ley, sea el juez al sentenciar en un caso. Quiere decirse que el legislador no puede pretender meramente hacer una ley, sino que con necesidad pretende hacer una ley correcta, corrección que incluye el requisito de la justicia; y que el juez no puede pretender tan solo fallar de conformidad con el derecho positivo, sino también que su fallo sea justo, haga justicia, incluso por encima de la ley, como decisión *contra legem*³⁶. ¿Y qué sucede si el legislador o el juez, respectivamente, no pretenden más que hacer una ley que lo sea según los criterios internos, formales y procedimentales, del sistema, o dictar una sentencia que meramente sea legal y acorde con las normas de ese sistema positivo? Pues que, según Alexy, incurrirán en contradicción performativa (*Ibid.*: 44): estarán proponiéndose hacer un derecho que ellos no pueden pensar que sea derecho, ya que ellos no son observadores, sino participantes, y el participante no puede proponerse hacer nada jurídico que no sea, entre otras cosas y sobre todo, justo. De ahí que, si no pretenden tal corrección, incurren, dice Alexy, en una “falla conceptual”: producen un derecho que no encaja en el concepto de derecho. ¿En cuál concepto de derecho? No en el del observador, sino en el del participante. Así que hay dos conceptos de derecho³⁷, por de pronto.

Resulta gracioso y muy entretenido jugar con esa bipolaridad conceptual del derecho, con tal desdoblamiento de su concepto. Pensemos en un sistema jurídico S tremendamente injusto y en el que los jueces muy generalmente han aplicado tales normas sin enmendar su injusticia para los casos. Bajo la perspectiva del observador, hemos quedado en que no hay problema en decir que S es derecho y que son jurídicas sus normas y las sentencias que las aplican. Pero el legislador y los jueces de S han vulnerado la pretensión de corrección que como participantes les correspondía, aun cuando ellos estuvieran íntimamente convencidos de que hacían lo correcto y lo justo³⁸. ¿Cuándo se reintroduce la perspectiva del participante? Cuando se juzga de la validez de la aplicación de tales leyes injustas por los jueces en sentencias igualmente injustas. En otras palabras, cuando participantes actuales enjuician los actos jurídicos de aquellos participantes pasados. Por ejemplo, a la hora de juzgar si aquel juez en S que produjo sentencia injusta al aplicar la ley en su momento y que dictó pena de prisión puede ser ahora condenado como reo de un delito de privación ilegítima de libertad. El juez de ahora, participante que juzga al participante de antaño, tiene que hacer justicia condenándolo, pues, de no ser así, el juez de hoy vulnera su propia pretensión de corrección. El participante actual declarará que no es jurídica aquella sentencia de antes porque tampoco era derecho la norma que aplicaba, mientras que, al mismo tiempo, el observador actual podrá decir con plena coherencia que tanto aquella sentencia como el derecho aquel sí eran derecho³⁹. Es decir, el diagnóstico para los positivistas y el tratamiento para los iusmoralistas; pues todo participante es por

validez del respectivo orden jurídico eficaz. Con esto se ve claramente que existe un uso de la expresión <<derecho>> en la perspectiva del observador de acuerdo con el cual no sólo no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho sino que, además, ello es conceptualmente imposible” (*Ibid.*: 36). Así pues, “desde la perspectiva del observador, la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta. Tan sólo en el caso extremo y fácticamente improbable de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, tropieza con un límite” (*Ibid.*: 41).

³⁶ Cfr. Alexy (1997: 48, 74).

³⁷ Véase Alexy (1997: 46 ss.).

³⁸ Véase *supra*. Sabemos que la pretensión de corrección no vale como pretensión puramente subjetiva, basada en el mero convencimiento personal de querer lo justo y estar haciéndolo.

³⁹ Véase Alexy (2000a: 236).

definición un iusmoralista, si no quiere caer en contradicción performativa o arriesgarse a ser él mismo empapelado mañana.

En conclusión: ¿fue derecho el derecho nazi? En términos descriptivos se puede sostener que sí; en términos prácticos hay que decir que no.

Mantiene Alexy que una de las ventajas del concepto no positivista de derecho está en que los jueces en un Estado injusto se mirarán más a la hora de dictar sentencias injustas acordes con la ley de tal Estado si pueden suponer que, cuando ese Estado injusto se derrumbe⁴⁰, en el que lo reemplace no predominará una visión positivista del derecho, sino una no positivista que considere que no están jurídicamente justificadas sus sentencias y que debe responder penalmente por ellas. Es decir, para el juez del Estado injusto supone más riesgo de futuro una teoría jurídica no positivista que una positivista (Alexy, 1997: 55-57). Agrega que siempre es más viable condenar a tales jueces con este argumento que dictar una ley que tipifique penalmente su conducta con efectos retroactivos, ya que esta otra solución, igualmente justa, puede plantear problemas técnicos o de compatibilidad con el derecho vigente en el nuevo Estado de Derecho, Estado justo (*Ibid.*: 56, 62-63). Parece escarnio o una broma, pero creo que Alexy lo dice en serio⁴¹. Ni el garantismo en general ni las garantías penales en particular son el fuerte de Alexy⁴².

⁴⁰ “La fórmula radbruchiana tiene una importancia práctica sobre todo después del derrumbe de un régimen injusto” (Alexy, 1997: 62).

⁴¹ “La fórmula radbruchiana conduce sólo a la punibilidad de aquellos hechos cuyo contenido de injusticia es tan extremo y, por lo tanto, tan evidente que es más fácilmente reconocible que en muchos casos penales habituales. Desde luego, esto es aceptable cuando, como en el caso de la denunciante, no se trata de crear, con la ayuda del concepto de derecho no positivista, normas que fundamenten la punibilidad, sino de eliminar la injusticia legal que conduce a una exclusión de la punibilidad. Si la injusticia de estas normas es extrema y, por lo tanto, tan evidente que cualquiera puede reconocerla, entonces no puede hablarse de retroactividad encubierta. Pues la injusticia era ya clara cuando el hecho fue cometido y en ese momento era tan extrema y, por lo tanto, evidente, que cualquier podía percibirla; cuando se cometió el hecho, estas normas no eran derecho alguno que pudiera conducir a la exclusión de la punibilidad. Por ello, no se modifica retroactivamente la situación jurídica sino que tan sólo se constata cuál era la situación jurídica en el momento de la realización del acto” (Alexy, 1997: 66).

Vamos a imaginar que en uno de nuestros países llega mañana al poder un partido radicalmente antiabortista. Sus partidarios y votantes consideran que el aborto voluntario constituye un crimen atroz en la “persona” del feto, el asesinato vil de un ser humano indefenso. No sólo derogan las normas permisivas, bajo ciertas condiciones –por ejemplo, plazo- del aborto voluntario, sino que quieren castigar penalmente a quienes bajo el amparo formal de esas normas abortaron o practicaron abortos. Pues bien, no necesitarán pillarse los dedos dictando una norma penal retroactiva y vulnerando así de forma palmaria un principio crucial del Estado de Derecho. Les bastará usar la fórmula de Radbruch y reproducir el razonamiento de Alexy que hace un momento copiamos. Lo malo de la fórmula de Radbruch (y Alexy) no es que ponga en peligro a los malos, sino que hace peligrar a todos los que alguien puedan considerar malos en aplicación de según qué parámetros. A usted y a mí mismo, por ejemplo. Por eso estaremos, hacia el futuro, mejor defendidos si no damos demasiadas alas a la fórmula y a sus entusiastas.

⁴² No olvidemos que, en su *Teoría de los derechos fundamentales* Alexy explica que la norma del art. 103.2 de la Constitución de Alemania (“*Un hecho puede ser penado sólo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto*”) es una regla, pero no dice que se trate de una regla de validez estricta. Y las reglas que no son de validez estricta pueden ser derrotadas por otros principios constitucionales que en el caso pesen más. Cfr. Alexy (2007b: 84). Por extenso sobre este asunto, García Amado (2010: 303 ss.).

En “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, Alexy (2000b: 211) presenta esa norma del art. 103.2 de la Constitución de Alemania como una regla de validez estricta. Las reglas de validez estricta no se ponderan ni pierden nunca frente a otras reglas que se les enfrenten, por lo que han de aplicarse sin excepción a los casos bajo ellas subsumibles. Pero más adelante acepta el contenido (aunque no todos los argumentos) de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal que considera acorde con la Constitución el castigo de los tiradores del muro de Berlín, caso que puede verse como de aplicación a tales autores de normativa que no les era aplicable en su Estado y en el momento de cometer sus acciones. Según Alexy, si esa decisión significa que se



Hágase la justicia, caiga lo que caiga. Los principios del Estado de Derecho se aplican nada más que a los partidarios del Estado de Derecho. Pareciera que hay aquí algún parentesco con aquel jakobsiano Derecho penal del enemigo. Tal vez cupiera hablar, para estos aspectos de la doctrina alexyana, de iusfilosofía del enemigo. Eso sí, al enemigo podemos privarlo de derechos y garantías con la conciencia bien tranquila, pues, hagamos lo que hagamos, estaremos haciendo derecho, frente a él, que no actúa jurídicamente ni siquiera cuando cumple la ley de su Estado.

Ahora supongamos un sistema jurídico en el que una y otra vez los jueces sentencian buscando la justicia del caso y saltándose patentemente la legalidad que internamente los vincula, en cuanto jueces en ese sistema. El observador dirá que esas sentencias son antijurídicas. ¿Y qué dirá el participante? El participante pensará que son jurídicas y para ello podrá acogerse a las distinciones conceptuales de Alexy. ¿Qué opinarán Alexy y los alexyanos? Que depende. Depende de si tales participantes, jueces, objetivamente satisfacen o no la pretensión de justicia. O sea, dependerá de si sus sentencias sí son justas o no lo son. Luego lo que cuenta no es la perspectiva del participante, sino la justicia. La perspectiva del participante no consiste, pues, en pretender la corrección como justicia, sino en hacer en verdad la justicia. Así que no se trata de una cuestión de perspectiva. De ese modo, la pretensión de corrección del participante no es mera pretensión de justicia, es compromiso objetivo de hacer justicia. Sólo que Alexy imputa como pretensión (del juez o de la sentencia, nunca se sabe bien) lo que no es pretensión, sino condición objetiva de juridicidad.

Un detalle más. Un mismo sujeto, X, ha de poder ser tanto observador como participante. X puede ser juez y, al tiempo, teórico que como observador describe el derecho. Como observador puede perfectamente afirmar que aquel muy injusto sistema que llamábamos S es un sistema jurídico y que también son jurídicas las sentencias que en aplicación formalmente correcta de sus normas se dictaron. Pero un día le toca a X juzgar, como juez (y, por tanto, como participante), a un juez de S que dictó sentencia muy injusta aplicando una norma muy injusta de S. Entonces X tendrá ahora que fallar que aquella sentencia de ese otro juez anterior no fue jurídica. En su descripción de S, X puede decir que S y sus sentencias eran derecho, pero en su fallo deberá afirmar que no lo eran. O de cómo la bipolaridad conceptual alexyana desemboca en la esquizofrenia.

7. Lo fundamental es lo fundamentado

Alexy se rebela contra la objeción, formulada por Bulygin, de que con su tesis de la pretensión de corrección esté presuponiendo y dando por sentada una moral objetivamente correcta y válida para cualquier legislador. “Una conexión necesaria

ha ponderado la norma de la irretroactividad contra otros principios constitucionales, se estaría contradiciendo su condición de regla de validez estricta, que el propio Tribunal le asigna. ¿Quiere con ello decir que se les tenía que haber aplicado terminantemente la prohibición de retroactividad contenida en tal norma, pues es una regla de validez estricta y, como tal, no admite excepción en ningún caso? No. Lo que Alexy opina es que “hubiera debido diferenciarse entre una validez incondicionalmente absoluta o estricta, y una validez condicionadamente absoluta o estricta” (*Ibid.*: 215). Esto consistiría en realizar una ponderación previa a fin de introducir en aquella regla (de validez estricta) del art. 103 una excepción: la de que la prohibición de retroactividad penal no rige para los Estados extremadamente injustos (*Ibid.*: 215-216). Además de lo curiosa e intelectualmente apasionante que resulta la noción de una norma de validez absoluta condicionada, hemos descubierto la vía para relativizar y excepcionar las normas absolutas o que no admiten excepción por vía de ponderación: ponderar al principio en vez de al final. De nuevo se nos muestra el más típico recurso alexyano: cuando se cuestiona uno de sus conceptos, distingue siempre o bien entre un sentido fuerte y un sentido débil del concepto o bien entre su validez estricta o condicionada. Así es como aquí llega a la sorprendente noción de un absoluto condicionado y de la excepción a lo no excepcionable.

entre derecho y moral no presupone una moral efectivamente compartida por todos. Es compatible con la disputa moral” (Alexy, 2001a: 107). Pero ese carácter debatible de los contenidos de la moral que está esencialmente unida al derecho no quiere decir que la pretensión de corrección se satisfaga con la mera aspiración subjetiva, relativa a la moral particular del sujeto emisor o a un sistema moral cualquiera, de los muchos que en la sociedad pueden concurrir. Sin embargo, tampoco se trata de una moral material y objetiva, de contenidos predeterminados. Aquí la escala no es de dos miembros, moral subjetiva y moral objetiva, sino de tres: moral subjetiva, moral objetiva y moral correcta, como diferente de las dos anteriores. Leamos a Alexy:

Esta pretensión de corrección moral puede interpretarse en un sentido débil y en un sentido fuerte. Interpretada en el sentido débil, es satisfecha si un juicio moral es justificable con base en una cierta moral, cualquiera que esta pueda ser. Interpretada en un sentido fuerte, la pretensión de corrección moral puede ser satisfecha sólo si el juicio es justificable con base en una moral correcta, esto es, en una moral que sea justificable por sí misma. La idea de pretensión de corrección requiere de una interpretación fuerte” (*Ibid.*: 108-109)⁴³.

Eso por un lado, pero sigue:

“Un juicio moral que es justificado con base en una moral que no es justificable no es correcto. Podría oponerse que la noción de una moral justificable es una ilusión. A esto uno tiene que contestar que los argumentos a favor y en contra de las morales específicas son posibles, y que algunas morales tienen una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación. Esto es suficiente. En orden a obtener una relación necesaria entre derecho y moral no se necesita -como Bulygin afirma- una moral objetiva efectivamente compartida por todos los que hacen derecho. La idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esa base, racionalidad práctica, es suficiente” (*Ibid.*: 109).

Lo que se viene a indicar no es que la satisfacción de la pretensión de corrección dependa de la coincidencia del sistema, la norma o la decisión con una moral determinada que sea *la* moral material objetivamente correcta, sino con una moral que pueda racionalmente pretenderse como correcta porque sus normas y principios básicos sean susceptibles de fundamentación racional. Es decir, con una moral no irracional por causa de la imposible fundamentabilidad intersubjetiva racional de sus principios y normas fundamentales. De ahí que manifieste Alexy que “la pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*”⁴⁴. La idea de moral correcta es aquí una “*idea regulativa*”⁴⁵. Hay un ideal, con esa función de referencia regulativa, que sería el de una moral perfectamente fundamentable entre

⁴³ Véase también, Alexy (1997: 81 ss.).

⁴⁴ En Alexy (1997: 82). “Corrección implica fundamentabilidad. Por tanto (...), la pretensión de corrección incluye una *garantía* de fundamentabilidad” y también “acompaña a la afirmación y a la garantía la *expectativa* de que cualquiera que adopte el punto de vista del sistema jurídico correspondiente y sea razonable reconocerá el acto jurídico como correcto” (Alexy, 2000a: 219).

⁴⁵ En Alexy (1997: 85). “El concepto de discurso ideal es una idea regulativa siempre presente en los discursos reales. Como idea regulativa expresa su objetivo o meta final. Los discursos prácticos reales se definen por la búsqueda de la respuesta para una cuestión práctica en condiciones de tiempo limitado, participación limitada y ausencia de coacción limitada, con claridad lingüístico-conceptual limitada, información empírica limitada, aptitud para intercambiar roles limitada y ausencia limitada de prejuicios. A pesar de estas limitaciones, el discurso real está relacionado conceptualmente con el discurso ideal. Cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que éste debería estar de acuerdo en condiciones ideales. En este sentido, el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las dos caras de la misma moneda” (Alexy, 2000a: 230-231).

sujetos racionales e imparciales⁴⁶, pero, por tratarse nada más que de un modelo ideal o contrafáctico, es compatible con que en la sociedad distintas morales se debatan en su aspiración de ser la mejor encarnación de ese ideal de fundamentabilidad. Además, el ideal no se realizará nunca en plenitud y, por tanto, en la práctica la corrección será siempre una cuestión de grado⁴⁷. Lo que importa es que esa pretensión de fundamentabilidad intersubjetiva, en un contexto de argumentación libre entre interlocutores iguales en sus derechos argumentativos, es incompatible con ciertas morales: las que nieguen en el punto de partida esos “derechos” de los interlocutores o de algunos de ellos; las que se apoyan en la mentira o la discriminación y que ningún sujeto ilustrado y libre aceptaría sin estar manipulado⁴⁸. Por consiguiente, en Alexy moral correcta significa moral no incorrecta, siendo moral incorrecta la que no es apta para una fundamentación de ese estilo, de una fundamentación racional entre sujetos argumentantes libres e iguales⁴⁹.

Para hacer justicia a Alexy, es necesario tomar en consideración su teoría sobre la razón práctica⁵⁰, cercana a la ética discursiva de Habermas. No podemos detenernos aquí en su exposición detallada, ni siquiera resumida. Baste decir que en todo acto de habla normativo estaría implícita una pretensión de corrección que sólo se puede dirimir a partir de aceptar los presupuestos de la acción comunicativa racional⁵¹. Esto quiere decir que lo correcto, en el plano normativo, será aquello en lo que pudiera llegar a estar de acuerdo una comunidad de hablantes que debatan buscando el acuerdo y lo hagan con plena asunción de las salvaguardias de la imparcialidad de cada uno y de todos, que son las reglas de la argumentación racional⁵². Por eso lo que sea lo correcto o lo justo no está predeterminado a la discusión (de ahí que no estemos ante una ética material), sino lo que de la discusión bajo tales condiciones pueda resultar como acuerdo⁵³. Mas de ese posible

⁴⁶ “La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. Según ella, una norma es correcta, y por lo tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber, el de un discurso práctico racional. El procedimiento del discurso es un procedimiento de argumentación” (Alexy, 2006: 19-20). Similarmente, Alexy (2000a: 226).

⁴⁷ Cfr. Alexy (1997: 176).

⁴⁸ Cfr. Alexy (2000a: 232).

⁴⁹ “...ha de distinguirse entre una corrección *absoluta* y una relativa. La corrección absoluta es una idea regulativa y, como tal, no presupone que ya exista, para cada cuestión práctica, una respuesta correcta que sólo haya que descubrir. Antes bien, la respuesta correcta tiene el carácter de un objetivo al que hay que aspirar. La mayor aproximación imaginable a este objetivo puede ser lograda en el discurso que sea ideal en todos sus aspectos. Por su parte, son *relativamente* correctas todas las concepciones que son defendidas tras la efectiva realización de un discurso, es decir, todas aquellas que son resultado de discursos reales. El resultado de un discurso que sea real puede ser un consenso o un disenso. Incluso en el caso de un disenso es posible calificar las concepciones divergentes como relativamente correctas, bien entendido que su corrección es, aquí, relativa a la correspondiente medida de cumplimiento de las reglas del discurso, al respectivo momento de tiempo y a los respectivos participantes. En el caso de un consenso, el resultado puede ser calificado como *discursivamente necesario* en relación con el discurso que se ha llevado a cabo. En un disenso, los resultados son *discursivamente posibles*” (Alexy, 2006: 23-24). Véase también Alexy (1997: 151-152 y ss., especialmente 154 y 165 ss.).

⁵⁰ Paradigmáticamente expuesta en el capítulo “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, de su libro *El concepto y la validez del derecho* (Alexy, 1997: 131 ss.). En la edición original alemana no se recogía este trabajo de Alexy, por lo que lo citaremos por su título en tal edición en castellano.

⁵¹ Véase Alexy (1997: 143 ss.): “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”.

⁵² “Un discurso práctico es racional si satisface las condiciones del argumentar práctico-racional. Estas condiciones pueden ser resumidas en un sistema de reglas del discurso. La razón práctica puede ser definida como la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas” (*Ibid.*: 136-137). “Son correctas, y por tanto justas, precisamente aquellas normas, relativas a distribuciones y compensaciones, a las cuales todos los participantes, en un discurso ideal, prestarían el propio asentimiento” (*Ibid.*: 167).

⁵³ “Son correctas y por tanto válidas jurídicamente aquellas normas que, en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos” (Alexy, 2000: 228).

acuerdo entre interlocutores situados en condiciones de igual libertad argumentativa y de paridad argumentativa⁵⁴ nunca podrán formar parte tesis que contradigan los presupuestos de partida asumidos al argumentar, al participar en el discurso. Así, no podrán aspirar a acuerdos las morales que arranquen de una situación de discriminación entre las personas, no dándoles igual valor en tanto que personas o a sus argumentos. Una moral racista, por ejemplo, sería de las que tendrían “una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación”.

Para nuestro autor, si la justicia puede servir como límite de la juridicidad es porque existen juicios de justicia fundamentables racionalmente. Los supuestos de injusticia extrema son aquellos en los que esa fundamentación racional de la injusticia es evidente⁵⁵. “Cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento”⁵⁶. ¿Cómo acontece ese conocimiento? No como descubrimiento de un contenido material de justicia predeterminado, sino como averiguación de lo que para un argumentante imparcial resultaría inaceptable por incompatible con los presupuestos de la acción comunicativa.

Siempre resulta problemático responder a la cuestión de si la de Alexy es o no una doctrina de la única respuesta correcta en derecho. Como corresponde a tan matizado autor, creo que la contestación más acertada a ese interrogante es que sí y que no. Que no porque, por mucho que con la mejor voluntad tratemos de seguir los pasos del discurso racional y de respetar en plenitud las reglas del racional argumentar, nunca conseguiremos ser perfectamente desprejuiciados e imparciales ni tener toda la información y todo el tiempo que se requerirían para el tratamiento perfecto del tema. Que sí porque, sin embargo, hemos de presuponer que esa única respuesta correcta sí sería alcanzable para argumentadores perfectos en condiciones discursivas ideales y ahí sí que habría pleno consenso, y plenamente racional, en que era una y solo una la correcta solución del asunto a decidir⁵⁷. Por tanto, como cuando yo razono y decido no estoy en la situación discursiva ideal, busco más a ciegas la decisión correcta, pero debo intentar que coincida en su contenido con el que tendría esa única decisión correcta que yo por definición no puedo conocer, ya que no me hallo en aquella ideal situación en que recaería, sino aquí y ahora y con mis cosas. Así funciona esta “idea regulativa”: mi decisión será tanto más racional cuanto más su contenido se aproxime al contenido de una

⁵⁴ Cfr. Alexy (1997: 137-138; 2000: 227); especialmente “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”.

⁵⁵ Véase Alexy (1997: 54, 57).

⁵⁶ Alexy, 1997: 57.

⁵⁷ “La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de si el discurso práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo condiciones reales, sólo se pueden cumplir de manera aproximada. Esto ya excluye un consenso para cada cuestión. Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada” (Alexy, 1993: 21-22). “En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su *status* con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta” (*Ibid.*: 22).

Sobrecogedora la manera en que argumenta el padre de la teoría de la argumentación jurídica.

decisión perfecta que por definición yo no puedo conocer, puesto que yo no estoy en las condiciones ideales que dan su contenido perfecto a aquella decisión.

La fertilidad de la ética discursiva y lo apropiado de su método para resolver disputas morales es asunto interesantísimo en el que ahora no podemos pararnos. Ese método, como vía para solventar divergencias morales, presupone que nosotros, sujetos necesariamente parciales, en cuanto ubicados en este mundo canalla y no en la comunidad ideal de diálogo, hemos de ser capaces de desdoblarnos de cierta manera. Por un lado, yo tengo mis preferencias morales, condicionadas por mis intereses, mi temperamento y mi biografía. Por otro, yo mismo debo preguntarme qué preferiríamos, tanto yo como todos mis interlocutores reales o potenciales, si en lugar de ser como somos particularmente y en vez de estar aquí como estamos, con nuestros condicionamientos individuales, fuésemos sujetos perfectamente imparciales o congruentes con las reglas inmanentes a la argumentación racional. Es la perspectiva del participante imaginario que tiene que ser acogida por el participante real, yo mismo y cada uno. También se denomina con frecuencia constructivista a ese método de abstraer(se) de los condicionamientos de nuestro razonamiento moral para concluir como si no se tuvieran esos condicionamientos. Nos imaginamos qué preferiría un preferidor plenamente racional y, acto seguido, concluimos que esa misma habrá de ser nuestra preferencia si somos racionales y nos comportamos como tales. *El problema es que todo el mundo concluye, al usar tal método, que el preferidor racional preferiría lo que él prefiere, por lo que él es racional, prefiera lo que prefiera.* Es un excelente método para universalizar las propias creencias morales.

Pero admitamos que esa doctrina sea fructífera y que el método funcione bastante bien para dar solución racional a dilemas morales difíciles, a problemas de razón práctica. De ser así, tendríamos un buen apoyo para saber qué sistemas morales son correctos y cuáles incorrectos o erróneos del todo. También, por tanto, para diferenciar racionalmente y con algo de objetividad entre derechos moralmente correctos y moralmente incorrectos. *Lo que no se ve -o al menos yo no veo- es por qué la creencia en algún tipo de corrección moral "objetiva" tiene que llevar aparejada con necesidad la tesis de la vinculación esencial entre derecho y moral, en cuanto sistemas normativos.* El que yo me sienta en posesión de una doctrina o un método ético que me permite distinguir muy racionalmente entre derecho justo y derecho injusto me dará certeza o fuerte convicción para resolver *mis* dilemas normativos cuando concurren obligaciones jurídicas opuestas a obligaciones morales. Pero de ahí a decir que no hay diferencia, sino fusión, entre el sistema jurídico y el sistema moral y que lo que yo desobedezco por inmoral no puede ser jurídico o sólo lo será de modo "deficiente" va un largo trecho.

El cognitivismo ético no presupone, sin más, la incapacidad para diferenciar el derecho y la moral como objetos, como sistemas normativos diferentes y diferenciados. El cognitivismo ético me da base para pretender verdad u objetividad para mi afirmación de que tal sistema jurídico es injusto o tal norma del mismo es injusta, sin tener que asumir que mi juicio es puramente subjetivo y relativo; o para sostener que por ello ese sistema o esa norma jurídica son *moralmente* "deficientes". Pero ¿por qué no puedo decir que ese sistema jurídico es (plenamente) un sistema jurídico injusto o que esa norma jurídica es (plenamente) una norma jurídica injusta, en vez de tener que dar el salto a mantener que tal sistema jurídico o tal norma jurídica no son sistema y norma jurídicos o lo son de modo defectuoso? Respuesta más probable: porque no quiero que mi moral pierda en ningún caso frente a otros sistemas normativos: frente a otros sistemas morales o frente a sistemas o normas jurídicos. Posiblemente el problema es de poder y,

entonces, quizá deban tratarlo la psicología y la teoría política, cada una por su lado. La teoría del derecho, llegados a ese punto, no da más de sí.

Bibliografía

- ALEXY, R. (1993), "Sistema jurídico, principios y razón práctica", en ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- ALEXY, R. (1995a), "Diskurstheorie und Menschenrechte", en ALEXY, R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt M.
- ALEXY, R. (1995b), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (1997), *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (1998), "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en VÁZQUEZ, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (1999), "La tesis del caso especial", *Isegoría*, Núm. 21, pp. 23-35.
- ALEXY, R. (2000a), "La institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, Núm. 43, pp. 217-249.
- ALEXY, R. (2000b), "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", *Doxa*, Núm. 23, pp. 197-230.
- ALEXY, R. (2001a), "Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (2001b), "La crítica de Bulygin al argumento de la corrección", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección en el derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (2005), *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada.
- ALEXY, R. (2006), "Ley Fundamental y teoría del discurso", en CARDINAUX, N., CLÉRICO, L. y D'AURIA, A. (coords.), *Las razones de producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- ALEXY, R. (2007a), "Thirteen Replies", en PALAVKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- ALEXY, R., (2007b), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (2008), *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- ALEXY, R. (2009), "Entrevista a Robert Alexy", *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año V, Núm. 8, pp. 235-244.
- ALEXY, R. (2011), "Die Doppelnatur des Rechts", *Der Staat*, Núm. 50, pp. 389-404.
- BERNAL PULIDO, C. (2008), "Estudio introductorio. El concepto y la naturaleza del derecho según Robert Alexy", en ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial, Pons, Madrid.
- BULYGIN, E. (2001a), "Alexy y el argumento de la corrección", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BULYGIN, E. (2001b), "La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección*



- del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BULYGIN, E. (2011), "Alexy y el concepto de derecho", en CLÉRICO, L., SIECKMANN, J-R. y OLIVER-LALANA, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares Granada.
- COOKE, M. (2007), "Law's Claim to Correctness", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- GAIDO, P. (2011), "El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy", en CLÉRICO, L., SIECKMANN, J-R. y OLIVER-LALANA, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2010), "Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy", en BONORINO, P.R. (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, Madrid.
- MACCORMICK, N. (2007), "Why Law Makes No Claims", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- MACCORMICK, N. (2008), *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford.
- RAZ, J. (2007), "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- SIECKMANN, J.-R. (2007), "Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.



Verdad y veracidad informativas: El ejemplo español

José Luis del Hierro
Universidad Complutense de Madrid
Jlhierro48@gmail.com

Resumen

Los términos verdad y veracidad, verdadero y veraz, son, más allá de sus indudables similitudes, radicalmente diversos. En el ámbito de la información, tanto en su dimensión jurídica cuanto en su dimensión ética, “verdad” y “verdadero” han sido desplazados por “veracidad” y “veraz” como elementos nucleares del derecho a la información. ¿Es este desplazamiento una mutación casual, irrelevante, intrascendente? Lo que pretende este artículo es probar que en modo alguno se trata de una cuestión menor, accidental o incidental. Muy por el contrario, obedece a razones de singular calado, que se trataran de analizar. Para ello, me aproximaré a los conceptos de “verdad” y “veracidad” examinando con la necesaria brevedad su evolución. Una vez hecha esa aproximación, trasladaré ambos conceptos al ámbito de la información, en su dimensión teórica primero y en su aplicación práctica después, centrándome para ello en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y en cómo ha construido y dotado de contenido el concepto de veracidad informativa, examinando sus efectos más notorios.

41

Palabras clave

Verdad, veracidad, veracidad informativa, precisión, métodos “adquisidores de la verdad, comunicación pública libre, democracia participativa”, colisión de derechos, ponderación, debida diligencia, transparencia.

Truth and Informative Truthfulness. The Spanish model

Abstract

The terms “truth” and “truthfulness – veracity”, “truthful” and “verified”, are, beyond their doubtless similarities, radically different. In the sphere of information, both in its legal and its ethical dimensions, “truth” and “truthful” have been replaced by the terms “truthfulness” and “verified” as central elements of the right to be informed. Is this replacement coincidental, irrelevant or insignificant? The aim of this article is to demonstrate that by no means this is a minor, incidental or a trivial issue. On the contrary, said mutation responds to very specific reasons which will be examined in the following pages. In order to do so, I will analyze the concepts “truth” and “truthfulness” by briefly tracing back their origins and evolution. Once this is done, I will apply both terms to the sphere of information, firstly in its theoretical dimension, and secondly in its practical implementation, by focusing on the jurisprudence created by the Spanish Constitutional Court and how it has built and given content to the concept of “informative truthfulness”. Finally, this paper will analyze the impact of this phenomenon in different areas.

Keywords

Truth, Truthfulness-Veracity, Informative Truthfulness, Accuracy, Methods to Acquire the Truth, Public Free Communication, Participatory Democracy, Clash of Rights, Weighting, Due Diligence, Transparency.

1. Verdad y veracidad. Aproximaciones conceptuales

Durante muchos años se ha venido sosteniendo que la información periodística debía ser verdadera; que la primera obligación de los periodistas era decir la verdad. Poco a poco, esas referencias a la verdad han sido sustituidas por los términos “veracidad” o “información veraz” que han terminado por imponerse como términos dominantes en los textos reguladores tanto en el ámbito jurídico cuanto en el ético. Verdad y veracidad, como verdadera y veraz, comparten, qué duda cabe, algunas cosas, comenzando por su raíz, por su etimología; ambos términos encarnan, además, valores (virtudes) a los que se debe aspirar; pero esos valores tienen una naturaleza y una significación diversa. Verdad y veracidad no son sólo vocablos diferentes sino que son conceptos básicamente distintos. En este primer epígrafe me aproximaré a ambos, tratando de concretarlos conceptualmente.

El debate acerca de “la verdad” se remonta a los albores de la reflexión filosófica. No en vano se habla de: *el eterno problema filosófico de la Verdad*. Hoy, en un ejercicio de simplificación, clasificamos las corrientes de pensamiento en torno al tema o los autores más significativos de ellas, en dos grandes grupos. Así, hablamos de objetivismo o absolutismo (objetivistas o absolutistas) y de subjetivismo o relativismo (subjetivistas o relativistas). Los primeros serían aquellos para quienes la Verdad existe como realidad objetiva, absoluta, universal e inmutable, con independencia de que se pueda conocer o no. Los segundos, quienes sostienen [1] que existen diversas concepciones de la verdad y [2] que todas las verdades son Verdad. Por referirnos a aquellos albores, en la filosofía clásica Platón encarna la primera corriente de pensamiento en tanto que Protágoras representa la segunda.

Hay que reconocer que los relativistas lo han tenido siempre más fácil para defender su posición; les ha bastado con argumentar cómo la realidad nos muestra que no sólo dependiendo de la época o del lugar, sino incluso en el mismo ámbito temporal o espacial, las nociones de verdad, lo que la verdad es, o qué se conoce como verdad o verdadero representan cosas muy diferentes. Llevado hasta el extremo -como hace Protágoras (Diógenes Laercio, 2013, en IX, 50)-, cada hombre tendría su verdad y no habría modo alguno de resolver cuál de esas verdades distintas y en muchos casos opuestas, era la Verdad; por lo tanto todas lo son. Para otro insigne representante del subjetivismo, David Hume (1748), *la moralidad... es enteramente relativa al sentimiento o al gusto mental de cada ser particular*. El argumento, como es fácil de advertir, confunde dos problemas diferentes, el ontológico y el gnoseológico. El ser de la verdad y la posibilidad de su conocimiento. Dado que es imposible conocer la Verdad o fundamentar su conocimiento, la Verdad no existe. Discutible, pero eficaz.

Los objetivistas/absolutistas lo tienen más complicado. Han de dar respuesta a diversos problemas: la esencia de la verdad, cuál era esa esencia y cómo podía conocerse. Y esas respuestas son tan distintas que no hacen sino confirmar el “argumentario” relativista. Sólo a modo de ejemplo: para Platón, la Verdad era la Idea, para Aristóteles la Forma; en la filosofía medieval, la Verdad se hace metafísica, se convierte en uno de los trascendentales del ser y la Escolástica la identificará con los principios perennes, universales e inmutables, que constituyen la llamada ley natural que, a su vez, no es sino la *participatio legis aeternae in ratione creatura* (Santo Tomás de Aquino, 1989, en I-II. q. 91). La Verdad, en definitiva, identificada con la palabra de Dios.

En los últimos tiempos, el debate se ha desplazado de la Metafísica a la Lógica o a la Epistemología, o, si se prefiere, del significado a los criterios¹. Podemos decir que los diferentes autores que han abordado la cuestión han centrado su (pre)ocupación no tanto en el término “Verdad” cuanto en el predicado “verdadero”; no tanto en una indagación sobre el concepto de “Verdad” cuanto en aclarar el modo en el que acceder a la verdad de aquello de lo que ésta es predicable; se ha desplazado, en definitiva, hacia “la verdad de las proposiciones” es decir, a si las proposiciones son susceptibles de ser calificadas como de verdaderas o falsas.

No es éste, obviamente, el lugar para un estudio pormenorizado de las distintas concepciones de la Verdad. Sólo a modo indicativo resumiré las principales teorías actuales²: la verdad como correspondencia, la verdad como coherencia, la verdad como consenso y la verdad como procedimiento. De ellas, sólo la primera, la de la verdad como correspondencia podría considerarse como una teoría del significado (ontológica o esencialista), en tanto las demás serían teorías de los criterios (epistemológicas o gnoseológicas).

De estas distintas teorías de la Verdad la que mejor se adecua al objeto del presente trabajo, al ámbito de la información, es la de la verdad como correspondencia o teoría “correspondentista” que sostiene que una proposición es verdadera cuando se corresponde con “una realidad extralingüística” (Pintore, 2005: 81) bien sea ésta una realidad empírica ordinaria, una peculiar realidad de valor (intuicionismo) o la ley natural. En ese sentido, sería verdadera cualquier proposición que describa con exactitud “los hechos del mundo”; que se corresponda con la realidad tal y como se manifiesta. Si aplicamos lo anterior a la información podemos concluir que el concepto tradicional de verdad informativa o verdad periodística aparece asociado con la correspondencia con la realidad de los hechos.

Junto a esta corriente de pensamiento siempre ha existido, como he señalado al comienzo, la que rechazaba toda posibilidad de “Verdad” o toda posibilidad de conocimiento de “la Verdad”. Aquí es necesario, también, distinguir entre diferentes clases de *negadores*³, pues aunque todos *niegan algo sobre la verdad...* difieren en aquello que niegan (Williams, 2006: 17). Así, mientras unos pueden aceptar que hay algo a lo que podemos llamar “verdad” pero rechazan la posibilidad de conocerlo, otros rechazan radicalmente toda posibilidad de “verdad” y no sólo la de su conocimiento. Hay quienes se limitan a constatar que “la verdad” es algo subjetivo y quienes defienden, además, que todas esas “verdades” son “verdad”.

Al lado de estas posiciones extremas que pueden representar el objetivismo y el relativismo radicales, se han abierto paso teorías “moderadas” o “intermedias” que huyendo de esa polarización buscan salidas por otras vías, soluciones bien eclécticas, bien sincréticas. La relevancia de estas teorías “moderadas” en el momento presente es indiscutible, pero, además, tienen una significación especial para el presente trabajo por cuanto permiten conducirnos al concepto de veracidad. Veamos a continuación cómo se produce esa secuencia conductiva.

Aceptemos que la verdad es, como sostuvieron G.E. Moore, Bertrand Russell y Gottlob Frege, y como probó Alfred Tarski, un concepto indefinible, pero eso, en

¹ La literatura sobre la distinción entre significado y criterios es muy extensa. Me limito a citar Popper (2002: 490 ss.).

² Sigo para ello a Pintore (1996), y la traducción española de esta obra (Pintore, 2005).

³ Es el término propuesto por Bernard Williams (2002). Cito por la traducción española de esta obra (Williams, 2006: 16).

modo alguno debe significar *que no podamos decir algo revelador sobre él: podemos hacerlo relacionándolo con otros conceptos como creencia, deseo, causa y acción. La indefinibilidad de la verdad tampoco implica que sea un concepto misterioso, ambiguo o poco fiable* (Davidson, 1996: 265). La idea fundamental, como se puede observar, es aproximarse al concepto de “verdad” a través de otros conceptos que de forma indirecta nos ayuden o faciliten su comprensión. Uno de esos autores que ha profundizado en este modo de aproximarse a la “verdad” es el filósofo británico Bernard Williams.

Williams (Westcliffe on Sea. Essex 1929 - Roma 2003) centra su análisis en lo que llama *las virtudes de la verdad* entendidas como *cualidades de las personas que se ponen de manifiesto cada vez que quieren saber la verdad, descubrirla y contársela a otras personas* (Williams, 2006: 18). Se trata, pues, de aproximarse a la “verdad” a través de esas cualidades, creencias, deseos que él llama virtudes de la verdad.

En algunos trabajos precedentes he abordado el tema de las virtudes públicas o cívicas (Hierro, 2010a; 2010b). Allí señalaba cómo aunque el término “virtudes” tiene una larga tradición que encontramos ya en el pensamiento clásico⁴ han tenido que pasar siglos para que, desvinculado de cualquier fenómeno religioso, reapareciera a través de la recuperación de una ética de las virtudes en el ámbito de un riguroso laicismo⁵. Como dijo Ortega y Gasset (1969: 67, en el volumen X), *la edad moderna ha traído sus nuevas virtudes, los deberes políticos y sociales. Son virtudes terrenas, virtudes municipales, virtudes laicas. Aquí se nos ofrece la cuestión moral española: hay que hacer laica la virtud y hay que inyectar en nuestra raza la moralidad social*. El elenco de virtudes cívicas ha aumentado con el tiempo; a las reconocidas por Platón o Aristóteles (sabiduría, fortaleza, templanza, justicia) se van incorporando otras, desde la *sympatheia* de la que habla Hume⁶, al patriotismo constitucional propuesto por Habermas (1989; 1991). Hoy se reconocen como indiscutibles, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto a la ley, la profesionalidad... Pues bien, Williams propone que se incorporen a ese elenco las virtudes de la verdad, y el paradigma de ellas es la “veracidad”, que inicialmente asocia con el *respeto por la verdad* (Williams, 2006: 22).

Para Williams, un denominador común a todos los hombres de todas las culturas es *vivir según reglas y valores, y adecuar en buena medida su comportamiento a expectativas sociales a través de procedimientos que no están bajo vigilancia ni directamente controlados mediante amenazas o recompensas. Llamemos a esto, dejando a un lado varias cuestiones, (la versión mínima de) vivir en un sistema ético*⁷ (Ibid.: 35).

Uno de los elementos de ese sistema ético, cuya presencia rastrea Williams hasta el estado de naturaleza, sería el “descubrimiento” y la “expresión” de la verdad; la necesidad ética de “obtener” y “compartir” información verdadera que se englobarían en aquel “respeto a la verdad” que se define como veracidad. La veracidad, por consiguiente, se manifiesta a través de dos *virtudes básicas de la verdad* (Ibid.: 22): la *Precisión* (que se refiere al elemento de “descubrir u obtener la verdad” y la *Sinceridad* (que se refiere al de “su expresión” o manifestación). Examinemos con algo más de detalle en qué consisten ambas virtudes.

⁴ Es Aristóteles quien consagra la palabra y la dota de un sentido “ético”.

⁵ Sobre las virtudes cívicas ver entre otros Cerezo Galán (2005).

⁶ La *sympatheia*, ponemos en lugar de otro, es para Hume (1751) el fundamento de la comunicación emotiva, y la misma sociabilidad es consecuencia de la *sympatheia*.

⁷ Las fuentes en negritas son mías.

La Precisión⁸ tiene que ver con la disposición personal a adquirir *una creencia correcta* (Ibíd.: 53). Si, como veremos más adelante, la Sinceridad implica que *un emisor dice lo que cree*, la Precisión *apunta directamente a la verdad*. Por eso, hablar de Precisión implica dos aspectos: *uno de ellos concierne a la voluntad del investigador: sus actitudes, aspiraciones y deseos, el espíritu de sus intentos, el cuidado que pone. Incluye su resistencia al pensamiento desiderativo, al autoengaño y a la fantasía. El otro aspecto de la Precisión tiene que ver con los métodos que el investigador emplea* (Ibíd.: 130-131). La Precisión, por consiguiente, contiene un elemento subjetivo y otro objetivo. Para alcanzarla como virtud de la verdad no basta con desear encontrarla y expresarla, es necesario hacerlo de un modo determinado, empleando un método que suponga *una investigación efectiva* porque no todos los métodos de investigación son iguales, sino que *hay una propiedad genuina que algunos métodos de investigación tienen y de la que otros carecen, a saber, la propiedad de conducir a la creencia verdadera: podemos decir, de forma sumaria, que algunos métodos de investigación son **adquisidores-de-verdad*** (Ibíd.: 131).

La Sinceridad, por su parte, es entendida como una disposición personal que asegura que *nuestras aserciones expresan lo que realmente creemos* (Ibíd.: 101). Eso, claro está, si la examinamos desde el punto de vista del emisor, porque si lo hacemos desde el del receptor, la Sinceridad se manifiesta como *la virtud de la confiabilidad en el discurso* (Ibíd.: 103). Aquí aparece un concepto fundamental no sólo para la Sinceridad sino en general para todas las virtudes de la verdad; este concepto no es otro que el de “Confianza”, esa *condición necesaria de la actividad cooperativa* (Ibíd.: 94). En efecto, como señala Williams, la Veracidad, la Precisión y la Sinceridad están tan íntimamente relacionadas con la Confianza que no pueden entenderse sin incluirla en su núcleo, en su raíz. La Veracidad así es, para él, *una forma de confiabilidad que se relaciona de un modo particular con el discurso* (Ibíd.: 100).

Como resumen y corolario de todo lo anterior podemos decir que la Veracidad implica la confianza en que quien dice, el emisor, aspira a y desea realmente “decir verdad”, así como que accede a esa verdad utilizando para ello un método preciso (adquisidor-de-verdad).

La veracidad se plantea, pues, como una alternativa a la *indefinibilidad* de la Verdad; como una forma de soslayar el problema de su ontología, diciendo, al tiempo, algo revelador sobre ella.

Como ocurrió con los términos “Verdad” y “verdadero(a)”, los de “veracidad” y “veraz” van a encontrar un perfecto acomodo en el discurso comunicativo en general e informativo en particular. Su estudio como virtudes de ese discurso es el objeto del epígrafe siguiente.

2. La verdad y la veracidad en la información: Debate doctrinal

Si aceptamos que las virtudes de la verdad, el querer conocerla y transmitirla, son algo consubstancial a las personas, debemos concluir que esa afirmación es igualmente válida para las sociedades. Pero las sociedades, como los individuos que las integran, no sólo quieren conocer la verdad; además necesitan conocerla si unas (las sociedades) quieren construirse como sociedades

⁸ El término original es *Accuracy*. En la versión española se ha traducido como Precisión, aunque quizá hubiera sido más correcto hacerlo por *Exactitud* en el sentido de fidelidad a la hora de ejecutar o transmitir algo. En todo caso, seguiré utilizando el vocablo Precisión.



democráticas y otros (los individuos) participar activamente en la toma de decisiones que les incumben para la mejor defensa de sus intereses.

Si hoy hay algo que defina la democracia es la idea de participación⁹. Dejando a un lado las diferentes concepciones de lo que sea la democracia (procedimental, legalista, etc.) y que por razones obvias no pueden ser desarrolladas en este trabajo, se puede afirmar que sin participación de los ciudadanos no hay democracia real. Participar en la cosa pública implica hacerlo en la toma de decisiones, coadyuvando a ello con los poderes públicos. A su vez, toda toma de decisión implica hacer una elección entre diversas opciones posibles, preferir una de ellas sobre las demás. A su vez, para poder elegir, los individuos deben conocer bien todas las opciones, sus ventajas e inconvenientes y a ese conocimiento se accede mediante información. Sólo un ciudadano informado (bien informado) puede participar en la toma de decisiones, de ahí la importancia que se atribuye en la actualidad a la información, reconocida como un derecho universal: el derecho a la información, a estar suficientemente informado.

A la misma conclusión se llega si nos aproximamos al concepto de democracia desde las nociones de “opinión pública” o de “consenso”¹⁰. Especialmente interesante para nuestro objetivo es la relación entre democracia y opinión pública. La opinión pública ha sido definida como *un público o una multiplicidad de públicos cuyos estados mentales difusos (opiniones) interactúan con los flujos de información sobre el estado de la cosa pública* (Sartori, 1992: 151). En este momento me interesan sólo dos cuestiones relacionadas con la “opinión pública”: sus nexos con los “flujos de información” y con la “democracia”.

Por lo que se refiere a la primera de esas cuestiones, conviene recordar que las opiniones no son innatas sino adquiridas, son *fruto de procesos de formación* (*Ibid.*: 153). El proceso de formación de la opinión pública es, por supuesto, complejo, pero se pueden destacar en él dos elementos que, con mayor o menor peso cada uno de ellos, constituyen sus fuentes fundamentales: los “mensajes informadores” y las “identificaciones”. Creo indiscutible afirmar que en el momento actual el peso decisivo lo representan los mensajes informadores y dentro de ellos los que se vehiculan a través de los medios de comunicación.

En cuanto a la segunda cuestión, *el nexo constituyente entre la opinión pública y la democracia es totalmente evidente: la primera es el fundamento esencial y operativo de la segunda. Cuando afirmamos que la democracia se basa en la soberanía popular indicamos únicamente, o sobre todo, su principio de legitimación. Queda el hecho de que un soberano vacío, un soberano que no sabe y no dice, es un soberano de nada... Para ser... soberano el pueblo debe, por lo tanto, poseer y expresar un <contenido>; y la opinión pública es precisamente el contenido que proporciona sustancia y operatividad a la soberanía popular* (*Ibid.*: 151).

Podemos concluir, pues, que la información, el que los ciudadanos estén informados, es una condición necesaria para la participación y para la conformación de la opinión pública, lo que equivale a decir que lo es para la democracia. Y es precisamente ese papel relevante de la información la que hace aún más necesario el que en ella se hagan realidad las que Williams llamaba “virtudes la verdad” que hemos visto en el epígrafe anterior. Veamos cómo se manifiestan, con carácter general, dichas virtudes referidas a la información.

⁹ El concepto de democracia como participación es recogido por innumerables autores. Sirva por todos ellos Held (1987). Hay traducción española (Held, 1993).

¹⁰ Hay autores para quienes ambos conceptos no sólo son incluyentes, sino que son coincidentes. Así por ejemplo Sartori (1990). Hay traducción española (Sartori, 1992).

Durante muchos años ha constituido un lugar común el que la primera obligación de un informador (periodista) era *“la verdad”*, contar la verdad. En todos los Códigos Deontológicos se recogía como el principio básico que debía regir la actividad profesional de los periodistas. Como es ya sabido, los primeros Códigos de Ética periodística aparecieron a principios del siglo XX en Estados Unidos; pues bien, desde el de la “Asociación de Editores de Kansas” (1910) hasta la Declaración de Principios de la Sociedad Americana de Editores de Periódicos de EEUU (ASNE) de 1923¹¹, el primer principio ético recogido es el de *“Seek Truth and Report it”*, “buscar la verdad y contarla”. Otro tanto ocurre en Europa donde los Códigos de la época también consagran la verdad como el primer deber del periodista. Como señaló uno de los iconos del periodismo del siglo XX, Walter Lippmann, *Verdad e Información* eran términos perfectamente intercambiables¹².

Sin embargo, pronto se tomó conciencia de la dificultad que entrañaba definir qué es la verdad. La evidencia de esa dificultad originó un gran debate en cuyo epicentro se encontraba una pregunta cada vez formulada con mayor reiteración: ¿puede la información periodística reflejar la verdad? En ese debate se reprodujeron, *mutatis mutandis*, las posiciones que hemos señalado en el primer epígrafe con carácter general: objetivistas/absolutistas y subjetivistas/relativistas trasladaron sus posiciones al ámbito de la información adecuando sus argumentos al hecho informativo. Así, unos sostienen que si existe algo sobre lo que pueda decirse que es verdadero o falso son los hechos, precisamente el objeto de la información; otros, por su parte, niegan que los hechos puedan situarse en un contexto significativo a fin de extraer la verdad de los mismos, porque *la certidumbre de una verdad observable y verificable empíricamente ha pasado a mejor vida*¹³. Y como ocurrió en el plano filosófico general, aquí, en el plano concreto de la información, también la balanza se decantó hacia el subjetivismo. Puede considerarse anecdótico, pero, a mi modo de ver no deja de ser significativo que el mismo Walter Lippmann en el breve lapso de dos años modificara radicalmente su punto de vista y sostuviera ahora que *información y verdad no son la misma cosa* (Lippmann, 1922)¹⁴.

Mas, de la misma manera que vimos con carácter general, en el ámbito de la información también se fueron abriendo paso posiciones intermedias, similares a las allí descritas. Si entonces personalizaba esas posiciones en Bernard Williams, en el caso de la información (del periodismo) lo voy a hacer en Bill Kovach¹⁵ y Tom Rosenstiel¹⁶.

Kovach y Rosenstiel en su libro *Los elementos de periodismo*¹⁷ sostienen que, sin lugar a dudas, el periodista *“debe buscar la verdad y contar los resultados de esa búsqueda”*. Pero inmediatamente matizan que la verdad que busca el periodismo, la verdad periodística, es *una forma práctica o funcional de la verdad. No la verdad en un sentido absoluto o filosófico... El periodismo puede -y debe- buscar la verdad en un sentido que nos permita gestionar nuestra vida cotidiana*

¹¹ Inicialmente apareció como “Cánones del Periodismo”.

¹² Véase por ejemplo en Lippmann (1920). Cito por Lippmann (1995: 60 ss.).

¹³ Simon Scama, citado en Wood (1991: 16).

¹⁴ Hay traducción española (Lippmann, 2003)

¹⁵ Bill Kovach (1932-) es uno de los más prestigiosos periodistas estadounidenses. Fue durante muchos años jefe de la oficina en Washington del *New York Times*. Ganador de dos premios Pulitzer, se dedicó también a la docencia, impartiendo clases de periodismo en la Universidad de Harvard hasta el 2001. En la actualidad es consejero senior del *Project for Excellence in Journalism*.

¹⁶ Tom Rosenstiel graduado en la Columbia School of Journalism ha trabajado como periodista en medios como *Los Angeles Times* o *Newsweek* es en la actualidad director del *Project for Excellence in Journalism*.

¹⁷ Hay traducción española (Kovach y Rosenstiel, 2003).

(Kovach y Rosenstiel, 2003: 59). ¿Cuáles son los elementos y características de esa verdad singular?

Para ellos, la verdad periodística es, en primer lugar, fidelidad a los hechos, pero no es sólo eso. Entienden que es un constructo dinámico, *un proceso –o viaje prolongado- que comienza con el artículo de presentación de una noticia y se va construyendo a lo largo del tiempo* (Ibíd.: 61). Aunque no hablan en ningún momento de “virtudes de la verdad”, sí lo hacen de principios en los que debe manifestarse esa búsqueda de la verdad. Rechazan los de imparcialidad y ecuanimidad, dos de los que se utilizan con más frecuencia, por abstractos y subjetivos. La clave para ellos está en la objetividad, pero a diferencia de lo que se defiende habitualmente, no una objetividad de la persona, del periodista, sino la *“objetividad del método”*. Un método en el que destacan dos elementos fundamentales: *la síntesis y la verificación... que se han convertido en la espina dorsal del nuevo papel del periodista* (Ibíd.: 67). Es necesario *tamizar los rumores, las insinuaciones, lo insignificante y lo superfluo y concentrarse en lo que es cierto y relevante de una noticia* (Idem.); la esencia del periodismo está en la *“disciplina de verificación”*.

Como vemos, al igual que para Williams en su construcción de la Veracidad, para Kovach y Rosenstiel es fundamental el *“método”* que emplea el investigador en un caso, el periodista en otro.

Es a partir de ese nuevo enfoque, de esa nueva aproximación al problema de la verdad, cuando va surgiendo tanto en textos legales como en Códigos Deontológicos los términos “Veracidad” e “Información veraz” hasta generalizarse en unos y otros. Encontramos ejemplos de ello, tanto en el ámbito jurídico (el artículo 20.1.d. de la Constitución Española de 1978, que reconoce y protege el derecho a *comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión* o la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión que en su artículo cuarto establece que: *La actividad de los medios de comunicación social del Estado se inspirará en los siguientes principios: La objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones*) como en el ámbito ético (el Código Europeo de Deontología del Periodismo suscrito en Estrasburgo el 1 de julio de 1993, que hasta en tres ocasiones se refiere a la “veracidad” de la información: *La emisión de noticias debe realizarse con veracidad, a través de las actividades verificadoras y comprobadoras oportunas... exigir que la información que se da desde el periodismo se realice con veracidad en las noticias y exigencias inexorables de la veracidad de las noticias*¹⁸ o los Principios Internacionales de la Ética Profesional del Periodismo aprobados por la UNESCO en 1983 entre los que se destaca *el derecho del pueblo a una información verídica*¹⁹).

El principio fundamental que debe regir la actividad de los profesionales de la información, de los periodistas, deviene, pues, el de la “veracidad” entendida como sinceridad y precisión, como disposición personal, pero también como el recurso a un método objetivo, a una *“disciplina de averiguación”*. Esta disciplina de la averiguación estaría integrada por una serie de conceptos que constituirían *los principios intelectuales de una ciencia de la información* (Kovach y Rosenstiel, 2003: 109): no añadir nada, no engañar, transparencia sobre métodos y motivos y contrastar los datos con múltiples fuentes.

¹⁸ Las fuentes en negritas son mías.

¹⁹ En este texto se da un paso más, en un intento de aclarar qué entiende el citado organismo internacional por “información verídica”, y lo hace caracterizándola con los atributos de *información precisa y completa*.

Ya he señalado que la “veracidad” está unida de manera indisociable a la confianza. En ese sentido pocas cosas pueden inspirar más confianza en que una información es veraz que el que se transmita con claridad cómo se ha obtenido dicha información, cuáles han sido las fuentes que nos la han suministrado y corroborado (en este caso si no están protegidas por el secreto, y si lo están, hacerlo constar), dejando siempre claro que el proceso de contraste-verificación se ha llevado a cabo. Es necesario, por consiguiente, emplear un método preciso y hacerlo público. Informar no solo de los hechos sino del proceso de verificación que se ha seguido respecto de ellos. Podemos hablar de una dimensión de la “transparencia informativa”.

La veracidad como principio ético o deontológico de la información se plantea, pues, también como una alternativa a la *indefinibilidad* de la Verdad, pero al tiempo como un esfuerzo por objetivar los criterios de valoración de esa información. Llevar el relativismo radical al ámbito periodístico, significaría ni más ni menos que admitir que toda información es “verdad”, lo que, en última instancia, conllevaría su pérdida de sentido teleológico.

3. La veracidad en el ordenamiento jurídico español. Doctrina constitucional

Como señalé en un epígrafe anterior, tanto en las normas jurídicas que regulan las libertades informativas como en los diversos Códigos Deontológicos se utilizan ya de manera general los términos veraz o veracidad. El caso más significativo es, sin duda, el artículo 20 de la Constitución de 1978 que reconoce y garantiza, entre otros, el derecho “a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión”. Ya he explicado en el epígrafe anterior el sentido y significado de la imposición de este término desde el punto de vista doctrinal; se trata, ahora, de examinar cómo se ha interpretado en la práctica la veracidad en el Ordenamiento Jurídico español, y para ello me voy a servir de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

Nuestro Alto Tribunal ha construido su doctrina sobre las libertades informativas en torno a tres ejes o principios fundamentales que desarrollaré a continuación: su carácter preferente frente a otros derechos y libertades, las condiciones de dicha preferencia y la propia noción de veracidad.

Para el Tribunal, el artículo 20 de la Constitución española en sus diferentes apartados garantiza la existencia de lo que denomina *comunicación pública libre*²⁰. Esa comunicación pública libre es condición necesaria para una sociedad libre y democrática porque colabora de forma decisiva a la formación de la opinión pública y facilita que *el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos*²¹. Significación especial en esa conformación de la opinión pública merecen a juicio del Tribunal las libertades de expresión e información recogidas en los epígrafes a) y d) del apartado 1, libertades complementarias pero que es menester diferenciar: *Este Tribunal viene señalando desde la STC 104/1986, de 17 de julio, la necesidad de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (entendidas como concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables*²².

²⁰ STC 6/1981, de 13 de marzo, FJ 3.

²¹ SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 29/2009, de 26 de enero, FJ 5.

²² STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2.

Los derechos que garantizan las libertades de expresión e información tienen, por consiguiente, una posición especial en nuestro Ordenamiento Jurídico puesto que a través de ellos *no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una comunicación pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático*²³. Se trata de derechos que se han llamado “transitivos” (Jellinek, 1892) porque trascienden el mero interés individual y que se erigen como “*garantías institucionales*”, *garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político*²⁴.

Ese doble carácter de derecho “transitivo” y de “garantía institucional” deviene el argumento decisivo para otorgarles una condición preferente frente a otros derechos que no poseen tales caracteres, por ejemplo el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

En cuanto al segundo de los ejes o principios, el Tribunal Constitucional matiza que no se trata en modo alguno de una preferencia incondicional; para obtener la protección constitucional (para que se haga efectiva dicha preferencia) es preciso que una y otra libertad cumplan una serie de requisitos.

Por lo que a la información se refiere, la que la Constitución protege es *la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública*²⁵. Han de concurrir, pues, en principio los mencionados requisitos: que se trate de difundir información sobre hechos noticiosos o noticiables por su interés general o relevancia pública y que la información sobre estos hechos sea veraz. En ausencia de alguno de tales requisitos, la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el propio artículo 20.4 CE, que en ese caso prevalecerían²⁶.

50

Aquí la distinción conceptual entre libertad de expresión y libertad de información adquiere su verdadera dimensión. *Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional que, en el texto del art. 20.1 d) CE, ha añadido al término “información” el adjetivo “veraz”*²⁷. Veracidad e interés general o público son los requisitos para la protección constitucional de la libertad informativa.

Resta tan solo detenernos en el tercero de los ejes o principios, la elaboración doctrinal del concepto de veracidad. La sentencia pionera es la STC 6/1988 de 21 de enero. Allí, en el FJ 5, se sientan las bases de la doctrina sobre la veracidad al afirmar que: *Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe*

²³ STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4.

²⁴ Entre otras, SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 104/1986, de 17 de julio; 159/1986 de 16 de diciembre.

²⁵ Por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 2.

²⁶ STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 2.

²⁷ SSTC 4/1996, de 19 de febrero y 29/2009 de 26 de enero.

exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos²⁸.

Según vemos, se sienta como principio básico la identificación entre “veracidad” y “deber de diligencia” entendida como información previamente contrastada con datos objetivos. En ulteriores sentencias el Tribunal va a reafirmar ese principio. Una de las últimas sentencias publicadas sobre el tema sirve para resumir y reafirmar su concepto de veracidad; en ella podemos leer: *Hemos también insistido reiteradamente en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que, cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz», no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que los que transmite como «hechos» hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos. (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio; 192/199, de 25 de octubre; 21/2000, de 31 de enero; 46/2002, de 25 de febrero; 52/2002, de 25 de febrero; 148/2002, de 15 de julio; 53/2006, de 27 de febrero; 21/2000, de 31 de enero)²⁹.*

A juicio del Alto Tribunal no es canon de la veracidad ni la exactitud de la información ni la intención de quien informa³⁰. Puede tratarse de informaciones circunstancialmente erróneas o no ajustadas a los hechos y, sin embargo gozar de la condición de “veraces”; como, en otro sentido, pueden ser informaciones acerca de las cuales el informador esté convencido de su exactitud y no ser consideradas “veraces”. El canon es la diligencia empleada en la obtención de la noticia, que debe versar acerca de hechos previamente contrastados, cotejados y comprobados con las necesarias averiguaciones, en definitiva, que *el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información, y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 148/2002, de 15 de julio, FJ 5; 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6)³¹.*

La “diligencia exigible” afecta, como es lógico, a la fiabilidad de las fuentes informativas. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el periodista ha de atenerse a *los datos objetivos procedentes de fuentes serias y fiables disponibles en el momento en que la noticia se produce, y sin que tales datos sean sustituidos por los personales y sesgados criterios del periodista que transmite la noticia³²*. La solvencia de las fuentes deviene así un elemento esencial de la veracidad.

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional ha consolidado a lo largo de estos años un cuerpo sólido de doctrina sin perjuicio de que lo haya ido completando con la incorporación de algún otro elemento, como el de que la debida diligencia debe emplearse con carácter previo: *el requisito de veracidad aparece referido al grado de diligencia observado para la comprobación de unos hechos con anterioridad a la publicación de aquéllos y no con que a posteriori se pruebe la realidad de los hechos. Ello determina que sólo puedan valorarse como elementos*

²⁸ Las fuentes en negrita son mías.

²⁹ STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2.

³⁰ STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4.

³¹ STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4.

³² STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 7.

*de acreditación de la diligencia desarrollada aquellos datos de los que se hubiera podido tomar conocimiento por el informador previamente a la propia noticia.*³³

A modo de resumen podemos señalar que cuando al Tribunal Constitucional se le plantea una colisión entre el derecho a la información garantizado en el artículo 20.1.d de nuestra Constitución y otros derechos igualmente fundamentales, tales como el honor, la intimidad o la propia imagen, debe ponderar en cada caso concreto si en el ejercicio de aquel derecho se han respetado los requisitos esenciales de veracidad de los hechos descritos y su relevancia pública: *el Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre los dos derechos enfrentados atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, ... sin la concurrencia de dos derechos en conflicto no hay ponderación posible, debiéndose reconocer eficacia inmediata al derecho fundamental que se pretende ejercer (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 4)*³⁴. En concreto, debe determinar si el informador ha actuado empleando un método preciso, consistente en, antes de dar la noticia, constatar, comprobar los hechos, verificar las fuentes, es decir, si ha empleado la diligencia debida. En ese caso se le dispensará la protección constitucional, decayendo en consecuencia los otros derechos en colisión y todo ello con independencia de si los hechos resultaran posteriormente ser erróneos.

4. Valoración crítica

Sentado el principio general de que la comunicación pública libre es piedra angular del sistema democrático, basado en la real participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, el Ordenamiento Jurídico español ha reafirmado el carácter transitivo y de garantía institucional de las libertades que integran dicha comunicación pública, de manera singular las libertades informativas, el derecho a dar y recibir información, elemento básico en la conformación de la opinión pública. Como consecuencia necesaria de dichos caracteres, el derecho a la información adquiere condición de preferente, respecto a otros derechos que no tienen tal consideración, como el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

Pero para que esa preferencia se concrete en protección constitucional real es menester que la información sea veraz, que los hechos acerca de los que se informa sean veraces. A esa exigencia constitucional se ha añadido el que la información, los hechos sobre los que se informa tengan un interés social, una relevancia efectiva para nuestro acervo decisorio.

La relevancia de la doctrina del Tribunal Constitucional no está, evidentemente, en la incorporación de la veracidad como elemento nuclear de la información protegida como garantía institucional, pues es el propio texto constitucional el que utiliza el término “veraz”. Lo relevante es la interpretación que da a ese término, la elaboración de una “teoría de la veracidad”. ¿Cuáles son los elementos fundamentales de esa “teoría”?

La primera conclusión, que puede parecer obvia, es su diferenciación respecto de la verdad. Verdad y veracidad son conceptos bien distintos: la verdad no es un concepto jurídico, sino metajurídico. Desde el punto de vista de la información, la verdad no es que exista o deje de existir, es que es un concepto irrelevante para los operadores jurídicos. De manera implícita, el Alto Tribunal se alinea con las tesis subjetivistas de la verdad. Si sólo se informara de lo que es

³³ STC 129/2009, de 1 de junio. FJ 4.

³⁴ STC 23/2010, de 27 de abril. FJ 2.

verdad, no existiría la información. Por eso, es necesario incorporar un elemento si no objetivo, al menos objetivable y ese elemento no es otro que la veracidad.

Una simple lectura de las Sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado el tema de la veracidad nos conduce a afirmar que su concepción del concepto se corresponde de forma casi literal con la *Precisión* de la que habla Bernard Williams. Un concepto en el que, recordémoslo, se integran dos elementos, subjetivo uno: el cuidado que pone el investigador/informador; objetivo el otro: el método que emplea, basado en una investigación efectiva, en la verificación. Esto significa, entre otras cosas, un cambio muy importante en el enfoque que se da a ciertos principios éticos o deontológicos, tales como la imparcialidad o la objetividad que ya no se tratan como principios personales; no se trata de la imparcialidad o de la objetividad de la persona, del informador, sino de la imparcialidad o la objetividad del método³⁵, de esos métodos que Williams calificaba de *adquisidores de verdad* y que Kovach y Rosenstiel han considerado, como vimos en su momento, *la espina dorsal del nuevo papel del periodista*.

Esa y no otra es, a mi entender, la significación del sintagma *debida diligencia* del informador, una expresión que considero no muy afortunada, pero que no es sino el modo de referirse al empleo de un método basado en la investigación, en la averiguación, en la comprobación, verificación y contraste de los hechos acerca de los que se informa. La veracidad es, pues, voluntad o intención de decir la verdad, pero, sobre todo, es método “adquisidor de la verdad”.

Adoptando esta línea de interpretación, el Tribunal Constitucional ha producido otra consecuencia de no menor importancia cual es la ampliación del ámbito de protección constitucional del derecho a la información. Ello es así en la medida en que, como el propio Tribunal declara, no se privan de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas o falsas siempre que se haya empleado en su obtención la debida diligencia. Esto ha acentuado, si cabe, la dimensión tuitiva que en nuestro Ordenamiento Jurídico se otorga a las libertades informativas.

La teoría sobre la veracidad y la doctrina que sobre su base ha establecido el Tribunal Constitucional presentan, a mi modo de ver, un carácter ambivalente desde el punto de vista de la valoración que de ellas se haga. Hay, qué duda cabe, un elemento positivo que comparte con las teorías procedimentalistas, de las que, sin duda, forma parte, y es su voluntad de objetivación. Traducir un término tan impreciso como “veracidad” convirtiéndolo en un procedimiento claro, preciso, verificable (demostrable) es, ciertamente, digno de elogio; identificar la “veracidad” o la “debida diligencia” con un requisito personal intencional (la voluntad o intención del informador), habría supuesto una especie de cheque en blanco para el ejercicio de la actividad periodística. Si una mera declaración afirmando que se ha actuado con honestidad en la elaboración de la información hubiera bastado para conceder la protección constitucional a la libertad informativa, el principio en que se basa dicha protección habría quedado radicalmente desnaturalizado, concediendo al periodista una posición no de preferencia sino de privilegio. Bien está, por consiguiente, esa necesidad de acreditar la objetividad no de la persona, sino del método empleado.

Con todo y ello, no resulta fácil aceptar que una información errónea o falsa que ha dañado el honor o la intimidad de una persona goce de amparo

³⁵ Podemos observar una estrecha relación entre la objetividad como método y las teorías de la verdad o de la justicia como procedimiento de las que son insignes representantes Jürgen Habermas, John Rawls o Robert Alexy entre otros.

constitucional por mucho que aquella haya sido “rectamente obtenida”. Otro bien jurídicamente afectado por la información puede ser, sin duda, la presunción de inocencia. Son, por desgracia, innumerables los casos que conocemos en los que el tratamiento informativo ha vulnerado de forma grave (y algunas veces irreparable) el derecho a la presunción de inocencia. ¿Basta en todos esos casos que la información haya sido rectamente obtenida, o se haya empleado la debida diligencia para otorgarle especial protección? Son sólo algunos de los ejemplos de adonde nos puede llevar (nos lleva de hecho) esa ampliación del ámbito de protección constitucional del derecho a la información. Ese es, a mi entender, el elemento más discutible de la formulación que el Tribunal Constitucional hace de la veracidad ¿Se pueden corregir, matizar o minimizar tales efectos negativos?

Cabría apuntar algunas observaciones. La primera de ellas sería que a la hora de la ponderación entre bienes en conflicto se tuviera en cuenta no sólo la concurrencia de los requisitos de veracidad e interés general por lo que se refiere a la información, sino también, de forma especial en aquellas que resultaran erróneas o falsas, el daño causado a la persona.

En segundo lugar, es necesario acentuar las exigencias de transparencia. La transparencia debe ser el complemento necesario de la veracidad. Si la transparencia es una virtud esencial en el ejercicio de cualquier actividad pública, en la periodística no puede constituir una excepción, sino más bien al contrario. En aquellas informaciones en las que se vean afectados derechos fundamentales de las personas, debería hacerse público el *iter* de la noticia: el periodista tiene que explicar cómo ha obtenido la información, las investigaciones de cara a su comprobación y verificación, qué fuentes ha utilizado, excluyendo lo que no son sino meros rumores o apreciaciones personales. Y ahí surge un nuevo problema, el derivado del “secreto profesional”.

Es cierto que en el ejercicio de la profesión periodística está constitucionalmente reconocido el derecho al secreto profesional que protege la identidad de las fuentes y que, por lo tanto, puede suscitarse un conflicto real entre la necesaria transparencia y ese derecho a no revelar las fuentes de la información. Se impone, en ese caso, hallar respuestas que concilien ambos bienes: el derecho al secreto y el deber de transparencia y no sacrificar éste en aras de aquél como ocurre en la actualidad con demasiada frecuencia. Por eso es tan necesario proceder de una vez por todas a aprobar una ley que desarrolle el artículo 20.1.d, regulando el ámbito del secreto profesional de los informadores, su alcance y sus límites, situaciones en las que debe prevalecer y situaciones en las que es menester que ceda o se postergue en favor de otros bienes jurídicos o de otros valores, entre los que la transparencia no es, sin duda, el menor.

En definitiva, podemos concluir que la veracidad -y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional- debe erigirse como un factor de objetivación, desplazando el elemento axial del ámbito de la subjetividad personal al de la objetividad metodológica. Pero nunca puede llegar a convertirse en un elemento que propicie, en mayor o menor medida, la impunidad en el ejercicio de la actividad informativa. En ese sentido, y como he sostenido en anteriores trabajos (Hierro, 2010a), la responsabilidad debe ser el necesario correlato de la ampliación del ámbito de protección constitucional del derecho a la información.

Bibliografía

- AZNAR, H. (2005), *Comunicación responsable. La autorregulación de los medios*, Ariel, Barcelona.
- AZNAR, H. (2005), *Ética de la comunicación y nuevos retos sociales. Códigos y recomendaciones para los medios*, Paidós, Barcelona.
- AZURMENDI ADÁRRAGA, A. (2005), "De la verdad informativa a la "información veraz" de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el Derecho de la Información", *Comunicación y Sociedad*, Vol. XVIII, Núm. 2, pp. 9-48.
- CARRERAS SERRA, L. (2003), *Derecho Español de la Información*, UOC, Barcelona.
- CEREZO GALÁN, P. (ed.) (2005), *Democracia y Virtudes Cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- CONSEJO DE EUROPA (1993), *Código Europeo de Deontología del Periodismo*, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Estrasburgo.
- DAVIDSON, D. (1996), "The Folly of Trying to Define Truth", *Journal of Philosophy*, Vol. XCIII, Núm. 6, pp. 263-278.
- DAVIDSON, D. (2001), *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford.
- DAVIDSON, D. (2001), *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*, Gedisa, Barcelona.
- DIÓGENES LAERCIO (2013), *Vidas y opiniones de los filósofos ilustres*, Alianza Editorial, Madrid.
- FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE PERIODISTAS DE ESPAÑA (1993), *Código Deontológico de la Profesión Periodística*, FAPE, Sevilla.
- HABERMAS, J. (1989), *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid.
- HABERMAS, J. (1991), *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid.
- HELD, D. (1987), *Models of Democracy*, Stanford University Press, Stanford.
- HELD, D. (1993), *Modelos de Democracia*, Alianza Editorial, Madrid.
- HIERRO, J.L. (2010a), "Cultura de la legalidad y responsabilidad", en VILLORIA, M. y WENCES, I., *Cultura de la Legalidad. Instituciones, Procesos y Estructuras*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- HIERRO, J.L. (2010b), "La Ética periodística en Albert Camus", en MARTÍN SÁNCHEZ, I. y MARTÍNEZ DE LAS HERAS, A. (coords.), *Historia y Comunicación en la España Contemporánea*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- HUME, D. (1748), *An Enquiry Concerning Human Understanding*, A Millar, Londres.
- HUME, D. (2007), *Investigación sobre el conocimiento humano. Investigación sobre los principios de la moral*, Tecnos, Madrid.
- HUME, D. (1751), *An Enquiry concerning the Principles of Morals*, A. Millar, Londres.
- HUME, D. (2008), *Investigación sobre los principios de la moral*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- JELLINEK, G. (1892), *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Mohr, Freiburg.
- KOVACH, B. y ROSENSTIEL, T. (2001), *The Elements of Journalism*, Crown Publishing, Nueva York.
- KOVACH, B. y ROSENSTIEL, T. (2003), *Los Elementos del Periodismo*, Santillana Ediciones Generales, Madrid.
- LIPPMANN, W. (1995), *Liberty and the News*, Transaction Publishers, New Jersey.
- LIPPMANN, W. (1922), *Public Opinion*, Harcourt, Brace & Co., Nueva York.
- LIPPMANN, W. (2003), *La opinión pública*, Cuadernos de Langre, Madrid.
- ORTEGA Y GASSET (1969), *Obras completas. Vol. X*, Revista de Occidente, Madrid.
- PINTORE, A. (1996), *Il Diritto senza Verità*. G. Giappichelli Editore, Torino.
- PINTORE, A. (2005), *El Derecho sin Verdad*, Dykinson, Madrid.



- POPPER, K. (2002), *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (1989), *Suma de Teología, Tomo II*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- SARTORI, G. (1990), *Elementi di Teoría Política*. Il Mulino, Bologna.
- SARTORI, G. (1992), *Elementos de Teoría Política*, Alianza Editorial, Madrid.
- SINDICATO DE PERIODISTAS (2000), *Código deontológico*, Sindicato de Periodistas, Madrid.
- SORIA, C. (1997), *El laberinto informativo. Una salida ética*, Eunsa, Pamplona.
- VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, F. (1991), *Ética y Deontología de la Información*. Paraninfo, Madrid.
- WILLIAMS, B. (2002), *Truth & Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, Princeton.
- WILLIAMS, B. (2006), *Verdad y Veracidad. Una aproximación genealógica*, Tusquets Editores, Barcelona.
- WOOD, G. (1991), "Novel History", *New York Review of Books*, 27 de junio de 1991.



El imperio de la Ley como ideal político independiente

Mariano Melero de la Torre
Universidad Carlos III de Madrid
mcla@polsoc.uc3m.es

Resumen

El debate contemporáneo sobre el imperio de la Ley encierra un dilema aparentemente inexorable: o bien concebimos dicho ideal político como meramente instrumental y, por tanto, independiente de cualquier moralidad política sustantiva, o bien lo pensamos como un ideal no instrumental y, por tanto, vinculado a una determinada teoría de la justicia. En este trabajo se presenta una alternativa, a la que se denomina “concepción formal-constitucional” de la legalidad, en la que ésta aparece como un ideal político independiente y, al mismo tiempo, intrínsecamente valioso. En la senda de Lon Fuller, esta concepción consiste en un conjunto de requisitos procedimentales que no determinan el contenido de las normas jurídicas, pero que sirven de tribunal moral ante el que debe rendir cuentas el Derecho positivo.

57

Palabras clave

Legalidad, imperio de la Ley, constitucionalismo, democracia, positivismo, teorías de la justicia, publicidad, rendición de cuentas.

The Rule of Law as Independent Political Ideal

Abstract

The contemporary debate about the rule of law assumes an apparently inevitable dilemma: either we conceive this ideal as merely instrumental and therefore independent of any substantive political morality, or we devise it as a non-instrumental ideal and, thereupon, as tied to a specific theory of justice. This paper aims to offer an alternative, which is called the “formal-constitutional conception”, where legality appears as an independent and, simultaneously, intrinsically valuable political ideal. On the path of Lon Fuller, this conception consists of a number of procedural requirements that do not determine the content of the legal norms, but serve as a moral tribunal in which the positive law is accountable.

Keywords

Legality, rule of law, constitutionalism, democracy, positivism, theory of justice, publicity, accountability.

1. Planteamiento

El ideal político del “imperio de la Ley” se suele concebir como subordinado a la formación democrática de la voluntad colectiva. En el Preámbulo de la Constitución española, por ejemplo, se declara el propósito de asegurar “el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. La legitimidad del Derecho, desde este punto de vista, procede exclusivamente de la formación democrática de sus normas y, en última instancia, de su aceptación voluntaria por parte de los individuos que viven bajo su autoridad. La legalidad, en esta concepción, queda relegada a ser un estándar meramente formal, capaz de amparar cualquier grado de crueldad y opresión por parte de los poderes del Estado. En este sentido, se suele decir que el imperio de la Ley no es un ideal político independiente, sino únicamente un capítulo de una teoría completa de la justicia. En todo caso, se trataría de un ideal específico de la llamada “administración de justicia”.

En este artículo pretendo poner de relieve, en primer lugar, que la controversia en la cultura política contemporánea entre democracia y constitucionalismo (o, entre autogobierno y control judicial de las leyes) presupone un conflicto entre dos maneras de entender el imperio de la Ley, una de raíz iuspositivista y la otra de inspiración iusnaturalista. Desde lo que podríamos denominar el modelo “democrático” del imperio de la Ley, la legalidad se concibe como un ideal meramente formal (en el sentido de puramente instrumental), para lo cual se adopta como punto de partida una concepción iuspositivista en la que la pretensión moral de obediencia al Derecho exige un criterio externo al fenómeno jurídico para su fundamentación (el consentimiento y la participación democrática en la creación de las normas jurídicas). En el otro extremo, desde lo que aquí llamaremos el modelo “constitucional” del imperio de la Ley, la legalidad se concibe como un ideal intrínsecamente valioso, asumiendo para ello una concepción “interpretativa” del Derecho en la que se incorporan ciertas exigencias morales entre las condiciones de validez jurídica.

A su vez, cabe distinguir dos modos de defender el imperio de la Ley como ideal intrínsecamente valioso. Uno, que denominaré “formal-constitucional”, concibe los principios inherentes al Derecho de modo procedimental y estructural, y otro, que llamaré “sustantivo-constitucional”, entiende tales principios como parte de una moralidad política sustantiva (o de una teoría de la justicia). En mi opinión, esta segunda vía de defensa no es sostenible, porque no es capaz de responder a la principal objeción del positivismo jurídico contra toda forma de iusnaturalismo. Según esta crítica, cualquier intento de vincular el Derecho con la moral mediante una conexión necesaria cae indefectiblemente en el absurdo de equiparar el Derecho con el Derecho justo, lo cual no sólo abre las puertas al gobierno de los jueces, sino que además legitima “un espíritu de quietismo servil” en el que, habiéndose perdido todo límite entre el Derecho y la moral, debe reconocerse como justo y obligatorio cualquier sistema jurídico por el mero hecho de serlo (Hart, 1983: 53-54; 1994: 210; Postema, 1986: 304-305)¹. Como veremos, esta crítica sólo puede responderse adecuadamente desde una concepción “formal-constitucional” de la legalidad, en la que los principios inmanentes al Derecho no se deducen de una moralidad política sustantiva, sino de la naturaleza misma del Derecho. Tales principios son, en palabras de Jeremy Waldron (2008: 45), “las aspiraciones incorporadas en un ideal asociado con las operaciones de un sistema jurídico”; o, en términos de Gerald Postema (2010: 1855-1886), los requisitos que podemos deducir

¹ Bentham y Hart coinciden en la necesidad de poder denunciar los sistemas jurídicos “injustos” (*wicked legal systems*) o las disposiciones jurídicas injustas, desde alguna moralidad sustantiva externa al Derecho que se supone bien fundada; el utilitarismo en el caso del primero, y una moralidad “crítica” o “ilustrada”, en el del segundo.

del *modus operandi* del Derecho. Sin embargo, en contra de lo que piensan estos autores (quizá los más representativos de lo que hoy se denomina positivismo jurídico “normativo” o “ético”), la concepción que voy a defender aquí afirma, en la senda de Lon Fuller y David Dyzenhaus, que los principios formales de la legalidad no sirven únicamente de instrumento para la realización efectiva de los fines de la autoridad política, sino que poseen un valor moral independiente que condiciona el contenido sustantivo de las leyes positivas.

El trabajo se divide en tres partes, siguiendo los tres niveles de complejidad que señala Waldron (2002: 158) en el debate sobre el imperio de la Ley. En la primera parte se discute sobre los preceptos y principios de la legalidad según el modelo “constitucional”. Para ello, me valdré de las concepciones de cuatro autores representativos de la tradición del *common law*: Albert V. Dicey, Friedrich Hayek, Lon Fuller y Ronald Dworkin. A continuación, se cuestiona si los preceptos y principios de la legalidad pueden constituir, por sí mismos, un orden social distinto y superior a las formas constitucionales clásicas (monarquía, oligarquía y democracia), es decir, si es posible que “gobiernen las leyes, no los hombres”. En este punto, sostendré que, para hacer posible la legalidad como orden social y político, es necesario abandonar la concepción positivista de autoridad que opera en el modelo “democrático” y asumir la concepción del modelo “constitucional”. Por último, se indaga en los objetivos que se esperan alcanzar con el imperio de la Ley. A este respecto, la mayoría de las concepciones del modelo “constitucional” comparten con las del modelo “democrático” la necesidad de buscar dichos objetivos fuera del Derecho -en el reino de la moralidad política sustantiva. En contra de esta opinión mayoritaria, mantendré que el modelo “formal-constitucional” permite presentar el ideal de fidelidad al Derecho como un objetivo político independiente.

2. El contenido del imperio de la ley

Al tratar de identificar el “contenido” del imperio de la Ley, no hay duda de que este ideal incluye, al menos, unos principios de carácter estructural y procedimental, que enfatizan las cualidades formales que han de tener las normas sobre las que se basa la acción del Estado, así como su administración imparcial a través de los tribunales (Waldron, 2008: 7). En este nivel inicial de la discusión, cabe preguntar si estos principios formales son moralmente inanes, o si, por el contrario, afectan al contenido moral de las normas jurídicas. A este respecto, la respuesta más extendida es que una concepción formal de la legalidad implica una teoría positivista del Derecho y, por tanto, un ideal instrumental y moralmente neutral (Craig, 1997: 467; Summers, 1993). Desde este planteamiento, la única forma de ofrecer una alternativa al positivismo jurídico es mediante una concepción sustantiva, es decir, incorporando al ideal del imperio de la Ley los principios sustantivos de alguna moralidad política bien fundada. Sin embargo, como veremos en esta sección, los autores de la tradición del *common law* conciben la legalidad como algo que, limitándose aparentemente a los requerimientos formales de un sistema jurídico, en realidad presuponen y promueven valores morales sustantivos. Defenderé que esta ambigüedad es necesaria en cualquier concepción del imperio de la Ley que asuma la necesidad de distinguir entre una teoría de la justicia y una teoría de la legalidad (Dyzenhaus, 2000: 171). Si, por el contrario, no respetamos esta importante distinción, y proponemos una concepción “sustantivo-constitucional”, como hace Dworkin, estaremos obligados a asumir que sólo es Derecho el Derecho justo.

Dentro de la tradición del *common law* es obligado empezar por la concepción de Dicey (1982 [1885]). En su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, este autor realizó la primera formulación moderna del imperio de la Ley

en un sistema democrático liberal, justo en el momento en que decaía el liberalismo clásico inglés del siglo XIX a causa de las iniciativas sociales y económicas del Estado del bienestar. Según Dicey, el modelo de Estado liberal, cuya mejor realización empírica es el sistema jurídico británico de su época, se caracteriza por el gobierno de una constitución no escrita cuyos dos principios fundamentales son la soberanía del parlamento y el imperio de la Ley. Con este doble principio, el modelo de Dicey contiene una tensión irresoluble entre el positivismo jurídico de John Austin y el antipositivismo judicial del *common law*. El principio de la soberanía del parlamento, según el cual la legislatura tiene un poder ilimitado para la producción de Derecho, implica que los jueces deben limitarse a ejecutar las expresiones de la voluntad legislativa, lo cual presupone que el Derecho tiene un contenido determinado y que la labor de los jueces es determinar dicho contenido. Dicey distingue tres principios superpuestos en su ideal del imperio de la Ley:

(1) “Ningún hombre ha de ser castigado o puede sufrir legalmente en su cuerpo o en sus bienes excepto por una violación específica de la ley, establecida del modo legal ordinario ante los tribunales ordinarios del país” (Dicey, 1982 [1885]: 110). El principio de legalidad (todo poder político debe actuar con autorización legal) tiene para Dicey dos aspectos diferentes. En primer lugar, no debe haber castigo sin la infracción de una norma preexistente; en segundo lugar, los tribunales ordinarios son la institución adecuada para conocer todos los casos, también los relativos a la actuación de los órganos administrativos del gobierno.

Sin embargo, Dicey lleva más lejos este principio cuando añade que “el imperio de la Ley se opone a cualquier sistema de gobierno en el que las personas con autoridad ejerzan los poderes coactivos de manera amplia, arbitraria o discrecional” (*Ídem*). El autor presupone que conferir un margen amplio de discrecionalidad a los funcionarios equivale a dejar que éstos ejerzan un poder arbitrario inaceptable. De ahí que el imperio de la Ley prohíba a los funcionarios públicos el uso de poderes discrecionales para imponer restricciones a los individuos. La repulsa de la discrecionalidad administrativa por parte de Dicey ha sido objeto de numerosas críticas. Una de las más frecuentes es que el autor no tuvo en cuenta la existencia de los poderes discrecionales que ya existían en el momento en que él escribía, ni el hecho de que tales poderes fueran a menudo una consecuencia necesaria y legítima del crecimiento del poder gubernamental durante el siglo XIX. No obstante, su formulación del principio de legalidad ha sido enormemente influyente en sus formulaciones ulteriores, por cuanto que subraya el carácter procedimental de dicho ideal. Las normas del Derecho penal de una democracia liberal deben promulgarse según la forma legal adecuada, y sólo se puede condenar a alguien a través de un proceso judicial ordinario.

En este punto nos interesa aclarar en qué medida el concepto de arbitrariedad que emplea Dicey es sólo formal o, en parte, también sustantivo. En un sentido estrictamente formal, la no-arbitrariedad se limita a exigir que las normas jurídicas se promulguen del modo correcto, se apliquen por los tribunales ordinarios y sean lo suficientemente claras como para que los individuos puedan planear sus vidas con razonable seguridad. La certeza jurídica, y no la equidad sustantiva, es el valor clave en una concepción formal de la arbitrariedad. Desde un punto de vista sustantivo, en cambio, una ley promulgada en el parlamento, de acuerdo con los procedimientos adecuados, que fuera meridianamente clara, y que se aplicase a través de una judicatura imparcial, podría no obstante ser considerada arbitraria si se observase que infringe ciertos derechos fundamentales, o si trajera consigo castigos excesivos. En este caso hablaríamos de una arbitrariedad sustantiva, o arbitrariedad desde el punto de vista de una teoría de la justicia.

Según Paul Craig (1997: 471-472), no está claro cuál es el significado que Dicey desea dar a la noción de arbitrariedad, a pesar de lo cual trata de demostrar que el autor emplea el término en un sentido eminentemente formal. Conforme a esta interpretación, lo que preocuparía a Dicey no es que las leyes pudieran apartarse de la teoría de la justicia que él considera correcta (el liberalismo decimonónico del *laissez-faire* que hoy solemos denominar como libertarismo), sino que el poder político pudiera ejercerse sin autorización legal. Sin embargo, la ambigüedad permanece en la propia idea de arbitrariedad. Al fin y al cabo, es sustantivamente injusto que se penalice a una persona por una acción que era lícita cuando la realizó, o que se castigue a alguien por la violación de una ley que no estaba a su alcance conocer. Como ha señalado Jeffrey Jowell (2004: 11), “la certeza jurídica no sólo tiene un valor instrumental, sino que también está basada en la *equidad sustantiva*”. Como veremos, este aspecto sustantivo se reforzará en aquellos autores que, tras la senda de Dicey, describen y defienden una concepción formal del imperio de la Ley dentro de la tradición del *common law*.

(2) “Todo hombre, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeto a la ley ordinaria del reino y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios” (Dicey, 1982 [1885]: 113). Así describe Dicey el principio de la igualdad formal o procedimental: todos son iguales ante las mismas leyes. En este caso, la principal preocupación de Dicey es evitar que los cargos públicos (excepto el monarca) pudieran disfrutar de inmunidades especiales o privilegios, de tal modo que respondiesen ante los tribunales ordinarios igual que cualquier otro ciudadano. Este segundo principio también ha sido muy criticado, no sólo porque demuestra una comprensión errónea del Derecho administrativo que existía en Francia e Inglaterra durante el siglo XIX, sino también porque hoy se suele considerar deseable la existencia de un *corpus* especializado de Derecho público que cubra el tipo de actividades que sólo los cargos públicos tienen la capacidad de realizar.

Craig (1997: 472-473) vuelve a destacar aquí el carácter formal de la igualdad en Dicey. Desde una perspectiva formal, señala, la igualdad ante la Ley no implica ninguna consideración sobre el tipo de Ley a la que todos deben estar sujetos. La Ley, aunque igualmente aplicable a todos, puede incluir disposiciones desiguales para diferentes subgrupos de la sociedad, y se requiere una concepción sustantiva de la igualdad para articular los principios que permiten a los jueces determinar si esa desigualdad en el contenido de las reglas jurídicas está basada en una diferencia racional o inteligible entre los subgrupos sociales. Pero Dicey no trata de establecer ningún criterio de este tipo en su segundo principio, de donde se puede deducir, según Craig, la posición formalista del autor. En mi opinión, sin embargo, esta lectura no tiene suficientemente en cuenta el tercer principio de Dicey, el cual completa su concepción señalando la moralidad política que representan los derechos protegidos por la Constitución no escrita del *common law*.

(3) “Los principios generales de la Constitución [...] son [...] el resultado de las decisiones judiciales que determinan los derechos de las personas privadas en los casos específicos que llegan ante los tribunales” y no a la inversa (Dicey, 1982 [1885]: 115). La carga de contenido sustantivo que trae consigo este principio parece innegable. Craig, no obstante, afirma que la intención de Dicey no es ligar su ideal de legalidad al contenido sustantivo de una determinada moralidad constitucional, lo cual implicaría añadir a los requerimientos formales del imperio de la Ley la protección efectiva de ciertos derechos individuales. Por el contrario, según Craig (1997: 473-474), lo único que Dicey vendría a defender en su último principio es la superioridad técnica del *common law* británico frente al Derecho continental en la protección de ciertos derechos sustantivos. En la tradición del *common law*, el imperio de la Ley es el producto de una multitud de decisiones judiciales en las que

los tribunales ordinarios determinan los derechos de las personas en casos particulares. El tercer principio de Dicey se limitaría a señalar que dicha tradición es una base más segura para la libertad que el establecimiento de una constitución escrita.

Si esta lectura fuera cierta, Dicey estaría diciendo que los principios constitucionales del *common law* son una incorporación contingente de ciertos contenidos de moralidad política dentro de los criterios que usa el sistema jurídico británico para determinar la validez del Derecho. No sería, por tanto, su contenido sustantivo, sino el hecho de su autorización legal, lo que haría de esa moralidad una parte del Derecho. Pero esto no supone, en realidad, ninguna diferencia importante desde el punto de vista del juez que opera en dicho sistema jurídico y que considera su deber aplicar lealmente la teoría de la justicia del *common law*. Desde esta perspectiva, que es la que asume Dicey en la formulación de su tercer principio, los funcionarios (y, en general, el gobierno) se conciben subordinados a unos principios de justicia que protegen unos derechos individuales básicos. Como ha señalado Dyzenhaus (2000: 151), es más adecuado entender a Dicey “como atrapado en una tensión irresoluble entre un positivismo formalista, que hereda de Jeremy Bentham a través de John Austin, y un antipositivismo judicial procedente de la tradición del *common law*”. El formalismo positivista sería responsable de la soberanía parlamentaria que Dicey defiende, mientras que el antipositivismo judicial se expresaría en su concepción de los tribunales como los guardianes de la moralidad constitucional del *common law*.

Al igual que Dicey, Hayek también vio en el crecimiento del Estado del bienestar, y la consiguiente expansión de los poderes discrecionales de las agencias administrativas, la destrucción del imperio de la Ley. Para Hayek, el *common law* británico (es decir, el Derecho civil y penal producto de las resoluciones judiciales) constituía un marco para la interacción social, donde los individuos podían seguir libremente sus propios fines. La discrecionalidad administrativa, en cambio, implicaba hacer uso del poder coactivo del Estado sin la autorización previa de una regla general y abstracta, con el consiguiente riesgo de que los individuos y su propiedad se utilizasen como meros instrumentos al servicio de los propósitos de la autoridad política. Pero, para Hayek, los enemigos de la libertad no sólo se encontraban en las filas de los defensores del Estado del bienestar, sino también entre los positivistas jurídicos que consideraban como una ley válida y, por tanto, obligatoria, cualquier norma que acordara formalmente el parlamento, aunque resultase discriminatoria para algunos individuos.

En el Prefacio de 1956 de su obra *The Road of Serfdom* (1944), Hayek ofreció una concisa e influyente definición del imperio de la Ley². Este ideal promueve la libertad personal permitiendo a los individuos conocer el tipo de actividades (aquellas que la Ley no prohíbe) en las que son libres de hacer lo que deseen sin temor a la coerción estatal. La predicción de los límites de la conducta permisible es el elemento clave de esta “libertad legal”. Con este objetivo, el imperio de la Ley que defiende Hayek trae consigo tres exigencias fundamentales: las leyes deben ser reglas generales, iguales y ciertas (Tamanaha, 2004: 66). La generalidad requiere que las reglas jurídicas sean promulgadas por adelantado en términos abstractos y que no se dirijan a ningún individuo concreto. Las leyes, en cuanto reglas generales abstractas, se han de aplicar a cualquiera cuya conducta caiga dentro de sus supuestos de hecho. En este sentido, la condición de generalidad

² *Despojada de todo tecnicismo, [el imperio de la Ley] significa que el gobierno está sujeto, en todas sus acciones, a reglas previamente fijadas y anunciadas –reglas que permiten a los individuos prever con razonable certeza cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en una circunstancia dada, así como planear sus asuntos personales a partir de este conocimiento* (Hayek, 1994: viii).

exige la separación de poderes entre el legislativo y el judicial, puesto que sólo así las leyes pueden ser promulgadas en términos abstractos con antelación a su aplicación (Hayek, 1978: 210-212). La igualdad, a su vez, requiere que las normas se apliquen a todos sin hacer distinciones arbitrarias. Para que las distinciones sean legítimas deben ser aprobadas por una mayoría dentro y fuera del grupo objeto del trato diferenciador (*Ibid.*: 207-208). La certeza, por último, requiere que los destinatarios de las normas sean capaces de predecir de manera fiable qué reglas van a regir su conducta y cómo van a ser interpretadas y aplicadas. La predictibilidad es un aspecto necesario de la libertad de acción. Estos tres aspectos garantizan la “libertad bajo la Ley” del siguiente modo: “cuando obedecemos leyes, en el sentido de reglas generales abstractas establecidas con independencia de su aplicación a nosotros, no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y, por tanto, somos libres” (*Ibid.*: 153).

Hayek defiende una igualdad formal, pero no por ello menos fundamental: todos los miembros de la comunidad, incluidos los funcionarios y agentes de la autoridad política, han de recibir un trato igual de acuerdo con algún esquema común de justicia. Ese esquema de justicia es el que podemos encontrar, según Hayek, en un Derecho civil y penal que, como el *common law* británico, sabe reflejar y reforzar a través de las resoluciones judiciales el orden espontáneo que rige en el libre mercado. Para Hayek, el *common law* constituye el orden básico de la sociedad civil, y los jueces tienen la función de identificar y, en caso necesario, suplir las reglas que preservan ese orden, protegiendo las expectativas legítimas de los individuos que interactúan dentro de él. Como reflejo de un orden independiente de justicia, el *common law* no es el producto de la voluntad de alguien en particular. No privilegia intereses particulares ni está al servicio de políticas o fines de la autoridad política. De ahí que suponga una barrera de defensa de la libertad individual frente al ejercicio del poder.

Joseph Raz, desde una concepción positivista del Derecho, cree que no deberíamos exagerar el valor de la igualdad formal, y critica la forma en que Hayek la defiende. La libertad que proporciona a los individuos un gobierno sometido a reglas generales no equivale, según Raz (1979: 220-221), a la libertad política del individuo que no obedece otra voluntad distinta de la suya. La protección frente a la arbitrariedad no equivale a tener una garantía frente a la discriminación y la injusticia. En mi opinión, sin embargo, Hayek no sobreestima el alcance de la igualdad formal, sino que la concibe necesariamente conectada con la igualdad sustantiva, o igualdad moral (el punto de vista desde el que los intereses de todos los individuos valen por igual). Según Hayek, el poder legislativo puede hacer distinciones entre individuos y grupos, pero aplicando siempre la misma receta que ha de limitar la acción del gobierno y de la administración: las distinciones relevantes entre las personas deben poderse justificar en términos de algún fin público legítimo, de modo que todos sean tratados de acuerdo a un mismo esquema coherente de justicia. Las distinciones no arbitrarias “no sujetan a un grupo a la voluntad de otros”, puesto que dichas clasificaciones “se reconocen como justificadas tanto por los de dentro como por los de fuera del grupo” (Hayek, 1960: 154)³.

³ En este sentido, inspirándose en las ideas de Hayek, Trevor Allan (2001: 40) ha señalado: *La igualdad sustantiva sirve de complemento a la igualdad formal mediante un requerimiento general de justificación: todas las formas de discriminación entre personas deben sustentarse en unas bases racionales, unas razones consistentes con una concepción del bien público que asigne a cada persona una dignidad igual y que otorgue al bienestar de cada uno la misma importancia. El principio de igualdad inherente en el imperio de la Ley no prohíbe la imposición de cargas especiales, ni la asignación de beneficios especiales para grupos o clases concretas: tan sólo requiere que todas las clasificaciones legislativas y administrativas estén vinculadas a unos objetivos públicos legítimos,*



Para Hayek, el positivismo jurídico (en especial, el positivismo de Bentham) confunde las reglas de la conducta justa (el “Derecho privado”, incluyendo el Derecho penal) con las reglas de las organizaciones gubernamentales (“Derecho público”), englobando ambos tipos de normas bajo el término “Derecho”. Como consecuencia, los positivistas no pueden apreciar que el verdadero derecho no se hace, sino que crece y evoluciona a través de las decisiones judiciales (Hayek, 1960, en el capítulo 10; 1978, en los capítulos 4 a 6). El ideal del imperio de la Ley exige que el trabajo de los legisladores se realice a partir de las reglas del verdadero Derecho, esto es, dentro de las reglas generales de la conducta justa que los jueces han destilado de la vida social a lo largo del tiempo. En definitiva, Hayek condena el positivismo jurídico por cuanto que no reconoce el ideal del imperio de la Ley como una parte integrante del concepto de Derecho.

El antipositivismo judicial que aparece en la concepción del imperio de la Ley de Hayek se manifiesta plenamente en la obra de Fuller. Al igual que Hayek, Fuller cree que la vida social y económica conforman un orden autónomo, sostenido por el *common law*, y critica igualmente el énfasis típicamente positivista de la Ley como la simple encarnación de los fines o deseos de la autoridad política. La tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moralidad tiende a ignorar, dice Fuller, que la mayor parte de las relaciones humanas no están gobernadas por el Derecho positivo, el cual sirve únicamente para solventar aquella “área relativamente estrecha de posibles disputas donde los conflictos no se resuelven automáticamente por referencia a concepciones tácitamente aceptadas de lo correcto” (Fuller, 1966: 111). El orden social autónomo de Fuller depende de unas convicciones ampliamente compartidas, por lo que no puede haber en él “una estricta división entre la regla que es y la regla que debe ser” (*Ibíd.*: 110).

En el capítulo 2 de *The Morality of Law*, Fuller (1969 [1964]) concibe las exigencias de la legalidad formal como una “moralidad interna del Derecho” que hace posible la existencia misma de los sistemas jurídicos. Según este tipo de moralidad, las reglas jurídicas han de ser (1) generales –lo que equivale a decir que han de ser propiamente reglas y, por tanto, a diferencia de los mandatos o normas concretas, han de regular acciones típicas o clases de acciones y no acciones individuales específicas–, (2) públicas –los destinatarios deben conocer cuáles son las normas que se espera que obedezcan–, (3) prospectivas –no retroactivas–, (4) inteligibles –claras y comprensibles–, (5) consistentes –no contradictorias–, (6) realizables –los destinatarios deben ser capaces de conformar su comportamiento a los requerimientos legales–, (7) estables –razonablemente duraderas en el tiempo–, y (8) congruentes con la conducta efectiva de los funcionarios –de tal modo que no haya discrepancias entre la formulación de las normas y su aplicación efectiva–. Fuller cree que todos estos cánones operan al unísono como un sistema, y que la satisfacción de cada uno de ellos es una cuestión de grado, aunque reconoce que los dos primeros (la generalidad y la publicidad) son más importantes que los demás⁴.

Pero la proeza de Fuller no está tanto en la confección de la lista –de hecho, se centra sólo en el aspecto procedimental, y no tiene en cuenta todo lo relativo a la dimensión estructural (Waldron, 2008: 7)– como en subrayar la naturaleza moral de los requerimientos formales de la legalidad. Según Fuller, los principios de la legalidad conforman un marco disciplinado de rendición pública de cuentas que, a la postre, repercute necesariamente en la calidad moral de las normas jurídicas. La

asegurando así que las distinciones relevantes queden realmente justificadas sobre la base de un genuino bien común.

⁴ Según Margaret Radin (1989: 785), los ocho principios de Fuller se pueden resumir en dos: *Primero, debe haber reglas; segundo, ha de ser posible seguir esas reglas.*

confianza de Fuller en los recursos morales de la legalidad radica en concebir dichos reclamos como los propios de una “cultura democrática de la justificación” (Dyzenhaus 2000: 172). En general, dice Fuller (1957: 636), cuando tratamos de explicar y justificar nuestras decisiones, “el efecto será generalmente atraer esas decisiones hacia el bien, cualesquiera que sean los estándares últimos de bondad de que se trate”. En este sentido, como marco de justificación pública, el imperio de la Ley es siempre un bien social significativo, incluso en los sistemas jurídicos no liberales ni democráticos, lo cual demostraría la conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Otros autores de relieve en la cultura jurídica y política contemporánea, como John Finnis y John Rawls, han confeccionado listas similares a la de Fuller, pero ninguno ha confiado tanto como éste último en la potencialidad moral de un modelo formal del imperio de la Ley. Finnis (1980: 270), por ejemplo, ofrece también ocho principios que son más o menos los de Fuller en un orden distinto. Rawls, a su vez, presenta los preceptos del imperio de la Ley como aquellos asociados a la “justicia formal” o “justicia como regularidad”⁵. Ambos autores defienden la legalidad como algo valioso en sí mismo, no como un mero instrumento en la transmisión eficaz de la voluntad democrática; sin embargo, ninguno de ellos considera, como hace Fuller, que la legalidad suponga un ideal moral independiente. En este sentido, Finnis y Rawls están de acuerdo con los positivistas en que la bondad o maldad de las normas jurídicas no depende de las formas en que se producen y aplican, sino de los contenidos que transmiten.

Según este último planteamiento, la legalidad es una condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico legítimo, pero no una condición suficiente. Ahora bien, esta idea es mucho más radical en el campo del positivismo jurídico, es decir, dentro del modelo “democrático” del imperio de la Ley, donde la legalidad no tiene un valor intrínseco, sino únicamente instrumental. Aquí podríamos situar las teorías de Hart y sus seguidores, aunque quizá su elaboración más conocida sea la de Raz (1979). Según esta concepción, el ideal del imperio de la Ley exige que cualquier ejercicio del poder político esté autorizado previamente por una ley determinada, y que el Derecho cumpla con determinados principios procedimentales y estructurales⁶. El compromiso con la legalidad es, según esta concepción, un bien moral, puesto que hace posible que los individuos prevean con razonable certeza el comportamiento de la autoridad, y puedan planear sus vidas sobre dicha base. Sin embargo, para el positivismo jurídico, el hecho de que una sociedad sometida al imperio de la Ley puede no ser moralmente justa ni decente supone la confirmación de la tesis de la separación entre el Derecho y la moralidad (Raz, 1979: 211). En un sistema jurídico racista, por ejemplo, todo el mundo podría planear sus vidas con gran certeza, incluidas las personas discriminadas. Es más, la legalidad puede llegar

⁵ En concreto, Rawls (1971: 235-239) identifica los siguientes preceptos: “deber implica poder”, “casos similares han de ser tratados de modo similar”, *nullum crimen sine lege*, y los preceptos de la justicia natural, que son “pautas que tratan de preservar la integridad del proceso judicial”.

⁶ Raz (1979: 214) se declara continuador de la definición de Hayek del imperio de la ley –“la ley debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus destinatarios”–, a partir de la cual deduce unos principios procedimentales muy similares a los de Fuller (las leyes deben ser no retroactivas, generales, públicas, prospectivas y relativamente estables), y una lista de principios cercanos a los de Dicey (una judicatura independiente, audiencias abiertas e imparciales, la revisión judicial de la legislación parlamentaria y de la acción administrativa, tribunales accesibles y efectivos, y la limitación de los poderes discrecionales de las autoridades que previenen y persiguen los actos delictivos).

a empeorar las cosas, haciendo que la discriminación sea aún más opresiva que si no estuviera regulada jurídicamente⁷.

Desde este planteamiento, la única alternativa al positivismo jurídico parece ser dar un paso adelante, y defender una concepción sustantiva que vincule el Derecho a una moralidad externa crítica y bien fundada. La concepción “sustantivo-constitucional” de Dworkin (1985) asume que el imperio de la Ley tiene unos imperativos formales (recogidos en lo que denomina “el libro de reglas”), pero va más allá, incluyendo asimismo ciertos derechos sustantivos. Según la concepción de Dworkin, el imperio de la Ley equivale al imperio del Derecho justo, y más concretamente, al imperio de aquellos principios que contienen los derechos fundamentales de los individuos en un régimen democrático liberal⁸. A diferencia de las concepciones formales, la concepción “sustantivo-constitucional” exige, como parte del ideal, que el Derecho positivo recoja y haga cumplir los derechos morales de los individuos. Según esta concepción, los derechos morales existen con independencia de su reconocimiento explícito en las provisiones constitucionales o en las leyes, y juegan un papel esencial en la toma de las decisiones judiciales como trasfondo subyacente de la legalidad formal. En efecto, Dworkin (1985: 16) supone que en aquellos casos difíciles donde el Derecho positivo da pie a distintas interpretaciones en conflicto, es responsabilidad del juez tomar la decisión que “cuadre mejor con el trasfondo de derechos morales de las partes”. Para ello, el juez debe identificar y aplicar aquellos principios políticos que capturen, en un nivel adecuado de abstracción, tales derechos, y que sean consistentes con el libro de reglas⁹.

Esta concepción “sustantivo-constitucional” ha llegado a ser, sin duda, muy relevante en la cultura jurídica contemporánea¹⁰. Sin embargo, esta concepción hace que el modelo “constitucional” sea mucho más vulnerable a la crítica positivista

⁷ Por este motivo, para Raz (1979: 224) el imperio de la Ley es un “valor negativo”, puesto que su función consiste en minimizar el peligro de arbitrariedad que crea el Derecho mismo, es decir, el gobierno por medio del Derecho.

⁸ Dworkin (1985: 11-12) describe del siguiente modo lo que denomina la “concepción derechos del imperio de la Ley”: *Es en varios sentidos más ambiciosa que la concepción libro de reglas. Supone que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales unos respecto a otros, y derechos políticos respecto al Estado en su conjunto. Insiste en que estos derechos morales y políticos han de ser reconocidos en el Derecho positivo, de modo que se hagan respetar, hasta donde sea posible, a petición de los ciudadanos individuales por medio de tribunales u otras instituciones judiciales. Según esta concepción, el imperio de la ley es el ideal del imperio de una concepción pública adecuada de derechos individuales.*

⁹ En la concepción dworkiniana del imperio de la Ley, el libro de reglas “representa el empeño de la comunidad en recoger los derechos morales”, de tal modo que se excluye de la posible aplicación judicial “cualquier principio que haya sido rechazado en ese empeño” (*ibid.*: 17).

¹⁰ La versión contemporánea del imperio de la Ley en Alemania (el *Rechtsstaat*), representa un ejemplo vivo de dicha concepción “sustantivo-constitucional”. La Ley Fundamental de Bonn, promulgada tras la barbarie nazi, además de incluir los elementos formales y procedimentales del imperio de la Ley (principio de legalidad, el derecho a ser escuchado en los tribunales, la prohibición de leyes penales retroactivas, etc.), reconoce en su artículo 1, para. 2 los derechos humanos inviolables e inalienables como la base de toda comunidad, de la justicia y la paz en el mundo, reconociendo así el carácter universal y extralegal de dichos derechos que existen previa e independientemente de su reconocimiento oficial por el Estado (Grote, 1999: 286). Asimismo, en varios antiguos países comunistas los jueces han invalidado la legislación procedente del parlamento en nombre de una concepción sustantiva del imperio de la Ley. Y desde hace unos años en Latinoamérica los tribunales han empezado a tomar decisiones con implicaciones políticas. En términos generales, tras la Segunda Guerra Mundial se aprecia un continuo movimiento expansivo del poder judicial, especialmente a través de la revisión judicial mediante tribunales constitucionales. En la Declaración de 1990 de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa, se dice de modo muy expresivo que “el imperio de la Ley no significa meramente una legalidad formal..., sino una justicia basada en el reconocimiento y plena aceptación del valor supremo de la personalidad humana, garantizada por unas instituciones que sirven de marco para su plena expresión” (Tamanaha, 2004: 110).

que bajo una concepción formal. En el mejor de los casos, la teoría de Dworkin estaría demostrando una conexión contingente entre el Derecho y la moral, pero en ningún caso serviría para demostrar que la legalidad, por sí misma, implica siempre un orden social legítimo. Para Dworkin, el imperio de la Ley equivale al imperio de su teoría del Derecho y de la adjudicación judicial; por esta razón, el libro donde expone más globalmente su teoría jurídica lo denomina *Law's Empire* (Craig, 1997). Ello, a la postre, significa que el imperio de la Ley es, para Dworkin, el imperio de la teoría de la justicia mejor fundada, es decir, la del liberalismo igualitario. En efecto, al introducir la pregunta sobre la mejor teoría de la justicia dentro del proceso de decisión judicial sobre los derechos de las partes, Dworkin disuelve toda separación estricta entre las normas legales y los principios políticos más comprehensivos (o entre el razonamiento del juez y el del teórico del Derecho, o entre la teoría del Derecho y la teoría de la justicia). Lo cual trae una doble consecuencia negativa: en primer lugar, si se vincula el imperio de la Ley a una determinada teoría de la justicia, el ideal pierde cualquier función independiente. Se convierte en una "filosofía social completa" (Raz, 1979: 211). Cualquier juicio que emitamos sobre las leyes desde el punto de vista de la legalidad será un mero reflejo de la teoría política que presuponemos como correcta. En segundo lugar, la concepción de Dworkin no es capaz de responder a la crítica de "quietismo servil" que los positivistas dirigen a cualquier concepción iusnaturalista. En efecto, si toda decisión sobre lo que es el Derecho reside inevitablemente, al menos en parte, en la teoría mejor fundada que subyace a las decisiones políticas del pasado, entonces la teoría mejor fundada en los sistemas jurídicos injustos será la ideología oficial sobre la que se basa su legislación. En un sistema jurídico basado, por ejemplo, en una moral racista, un juez dworkiniano creerá que tiene la obligación legal y moral de aplicar y extender esa ideología (Raz, 1994: 224).

3. La autoridad de la Ley

En sentido estricto, el ideal político del imperio de la Ley significa la posibilidad de que *gobiernen las leyes, no los individuos*. Este ideal encierra un dilema aparentemente irresoluble, que deriva de la naturaleza auto-reflexiva del Derecho (Shapiro, 2001: 152). Por un lado, los poderes del Estado sólo pueden ejercerse conforme a los requerimientos (formales y/o sustantivos) del Derecho, pero, por otro lado, el Derecho sólo puede ser creado, interpretado y aplicado por los poderes del Estado. El gobierno, el parlamento y los tribunales deben operar siempre bajo la autoridad de las normas jurídicas, pero las normas jurídicas son producto de esas mismas fuentes jurídicamente autorizadas. Ello nos conduce a un problema similar al que plantea el dilema del huevo o la gallina. Si la autoridad legal sólo puede ser ejercida por normas jurídicas, y las normas jurídicas son obra de la autoridad legal, ¿quién hace las normas que crean la autoridad legal? O, dicho de otro modo, ¿de dónde proviene la autoridad del Derecho?

El punto de vista positivista presupone que el imperio de la Ley, como opuesto al gobierno de los individuos, plantea un ideal inalcanzable. El razonamiento sobre el que se sustenta esta afirmación se podría resumir del siguiente modo: puesto que las normas jurídicas son siempre hechas, interpretadas y aplicadas por individuos, no hay posibilidad de un gobierno de las leyes; a lo único que podemos aspirar es a que los individuos nos gobiernen "por medio de la ley". El principio de legalidad, en este sentido, juega un papel esencialmente instrumental, pues gobierna el modo en que los poderes del Estado deben perseguir sus fines con la mayor eficacia posible. Desde un punto de vista positivista, según el cual la identificación de las normas jurídicas válidas de una comunidad política depende enteramente de una práctica social que determina en cada caso las fuentes o lugares de producción de dichas normas, los requerimientos de la legalidad formal

no garantizan una auténtica supremacía del Derecho sobre los individuos que tienen la responsabilidad de crearlo y hacerlo cumplir.

Una concepción no instrumental del imperio de la Ley, en cambio, requiere una teoría “interpretativa” de la naturaleza del Derecho. Dicha denominación, a falta de otra mejor, remite a una forma de concebir el fenómeno jurídico en la que éste no existe únicamente en un sentido social o convencional, sino en el sentido más fuerte de tener fuerza normativa de carácter moral. Según esta concepción, el Derecho es una realidad que no puede identificarse sin hacer uso del juicio moral y la argumentación racional.

Sin embargo, la sencillez de esta diáda oculta una tercera posibilidad: la defensa de una concepción instrumental de la legalidad formal a partir de una concepción interpretativa del fenómeno jurídico. Es el caso del denominado positivismo “normativo” o “ético”. Según los positivistas normativos¹¹, la Ley debe aplicarse, hasta donde sea posible, sin hacer uso de los puntos de vista éticos o ideológicos de los encargados de identificar qué dice el Derecho en cada caso. La existencia de los criterios de validez jurídica de cualquier comunidad depende de hechos sociales, no de argumentos morales. Pero esto, según ellos, no se deriva de una posición filosófica positivista que niegue toda conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Al contrario, desde un punto de vista filosófico, los positivistas normativos afirman que el concepto de Derecho depende de los valores fundamentales que trata de garantizar el imperio de la Ley. Para estos autores tales valores son los de coordinación, resolución de conflictos y estabilidad de las expectativas (predictibilidad y equidad procedimental). Es precisamente la consecución de dichos valores lo que exige que los jueces y funcionarios actúen siempre como permiten los estándares establecidos por los legisladores y el gobierno, es decir, otorgando siempre la primacía a los criterios formales de validez sobre cualquier criterio material o sustantivo. Se trata, pues, de una versión interpretativa del convencionalismo, según la cual el ideal del imperio de la ley exige que separemos, hasta donde sea posible, el Derecho de la moral. Dicho más concisamente, estos positivistas defienden una tesis prescriptiva, no descriptiva, de la separación entre el Derecho y la moral. Aunque reconocen que es imprescindible usar el juicio moral para saber lo que el Derecho es en términos filosóficos, no lo es, ni lo debe ser, sin embargo, para identificar cuál es el Derecho válido en una determinada jurisdicción¹².

No obstante, creo que cabe mantener la diáda tal y como la he planteado inicialmente, pues el positivismo normativo (al igual que cualquier otra versión del positivismo) mantiene la tesis de las fuentes sociales del Derecho¹³, y cabe

¹¹ Algunos de los más destacados representantes de esta corriente son, además de los ya mencionados Waldron y Postema, Tom Campbell, Neil MacCormick y Liam Murphy.

¹² Es un caso análogo, si se me permite la comparación, al “liberalismo político” del último Rawls (1996), el cual usa una justificación filosófica, esencialmente moral (que invoca el ideal de ciudadano como persona moral, la noción de lo Razonable como parte del ideal de ciudadanía democrática, etc.), y no meramente instrumental o pragmática, para separar la política de la moral –es decir, para concebir la política como un dominio autónomo de las discusiones sobre cuestiones éticas comprensivas.

¹³ En este sentido, los positivistas normativos se acercan más al positivismo “excluyente” de Raz que al positivismo llamado “débil” o “incluyente”. Los defensores del positivismo incluyente afirman que la práctica social que determina qué es Derecho incluye no sólo hechos sociales, sino también principios morales –o, dicho de otro modo, que además de los criterios formales de órgano y procedimiento (relativos al origen o linaje de las normas), existen criterios materiales de validez normativa (que tienen que ver con los principios de justicia o valores morales sustantivos a los que las normas han de ajustarse para formar parte del sistema jurídico)–. Para evitar una complejidad innecesaria, no introduciré esta dificultad en mi argumento. No obstante, creo que tiene razón Dworkin cuando afirma que la incorporación de criterios de validez vinculados a la moral desvirtúa la tesis de las fuentes sociales del Derecho (Dworkin, 2006: 188-198). En definitiva, dicha incorporación lleva consigo la

asociarlo por tanto a la concepción instrumental del imperio de la Ley, frente a las concepciones interpretativas (o antipositivistas) del Derecho que defienden una concepción intrínsecamente valiosa de dicho ideal político. Para subrayar el contraste entre estas dos concepciones, nos detendremos brevemente en el modo en que cada una fundamenta la pretensión moral de obediencia al Derecho¹⁴.

En las condiciones de un régimen constitucional democrático, la única fundamentación legítima de la obediencia al Derecho es la libre voluntad de los ciudadanos. La filosofía política moderna, encargada de justificar racionalmente la práctica de una democracia liberal, dio por supuesto desde sus orígenes que el ser humano no está subordinado por naturaleza a autoridad alguna, y que, por tanto, el orden social ha de tener en cuenta necesariamente el punto de vista de los individuos. En palabras de Rawls (1986: 162), los ciudadanos democráticos “se consideran a sí mismos como fuentes auto-originantes de pretensiones válidas”, lo cual implica que se ven a sí mismos como seres libres para actuar en su propio interés; cada uno de ellos puede derivar sus pretensiones a partir de sus propios fines y proyectos, sin tener que respaldar tales exigencias en deberes u obligaciones previos hacia la sociedad u otras personas. En estas condiciones, la justificación de la obligación política no puede limitarse a señalar directamente las ventajas de la cooperación social en la promoción del interés general; por el contrario, tiene que conciliar esas ventajas con el interés esencial que posee todo ciudadano en no obedecer otra voluntad distinta de la suya.

Pues bien, desde una concepción instrumental de la legalidad, sólo es posible justificar un modelo “democrático” del imperio de la Ley, es decir, sólo se puede justificar la obligación de obediencia al Derecho a partir del consentimiento voluntario por parte de los ciudadanos. Dado que una concepción instrumental se basa en una teoría positivista de la naturaleza del Derecho, la existencia de las normas jurídicas depende únicamente de las condiciones formales de validez (relativos al origen o linaje de las normas), por lo que no es posible señalar ninguna condición moral intrínseca al fenómeno jurídico que nos permita fundamentar la pretensión moral de obediencia al Derecho. Desde una perspectiva positivista, la justificación moral de la obediencia al sistema jurídico es una cuestión independiente de la identificación o existencia de las normas que lo constituyen. Ni siquiera el cumplimiento de los requerimientos formales del imperio de la Ley permite fundamentar tal obligación general. El consentimiento, como cualidad extrínseca al fenómeno jurídico, sólo permite establecer una relación contingente entre las normas jurídicas y la obligación moral de cumplirlas.

Desde el modelo “constitucional”, en cambio, la obediencia al Derecho no consiste simplemente en el acatamiento de las decisiones formales del poder político. Se trata más bien de guardar fidelidad a un esquema de principios morales que justifican las decisiones colectivas de una comunidad política determinada. Los autores que entienden el Derecho como interpretación fundamentan de este modo una obligación general de obediencia al Derecho, puesto que para ellos la realidad jurídica no se reduce a las directivas e instrucciones del poder político, sino que

posibilidad de identificar las normas jurídicas haciendo uso del juicio moral, lo cual no parece que sea compatible con la concepción del Derecho como práctica social. Con todo, los defensores de esta clase de positivismo afirman que la inclusión de los principios de justicia como criterios de validez jurídica no impiden seguir manteniendo una concepción convencionalista del Derecho (véase Hart, 1994; Coleman, 2001). Según estos autores, los principios de justicia pueden servir para la identificación del Derecho válido, no en virtud de su contenido moral, sino porque el propio sistema jurídico así lo ha establecido. De este modo, el positivismo incluyente otorga la primacía a los criterios formales de validez.

¹⁴ Para ver este argumento con mayor detalle, véase Melero (2008).



incluye los principios que subyacen a esas decisiones en forma de justificación. Desde su punto de vista, la obligación moral de obediencia al Derecho constituye una condición cuasi-necesaria de la legitimidad política (Dworkin 1986: 191).

Ahora bien, como ya hemos señalado, cabe distinguir dos concepciones del modelo “constitucional”: el sustantivo y el formal. El modelo “sustantivo-constitucional” del imperio de la Ley implica un modo “objetivo” de explicar cómo el Derecho justo actualiza o hace real la libertad individual. A diferencia de lo que ocurre en el modelo “democrático”, donde dicha realización depende de la aceptación voluntaria de los ciudadanos —de modo que, en última instancia, la obediencia al Derecho implica cumplir las normas que ellos mismos se han dado—, en el modelo “sustantivo-constitucional” los ciudadanos son libres al obedecer las directivas de un Estado globalmente justo porque con ello garantizan las condiciones sociales que les permiten perseguir sus propios fines con independencia de cualquier otra voluntad distinta de la suya. Mientras en el modelo “democrático”, la obediencia al Derecho es una forma de relacionarse con el orden social que supone en sí misma una expresión de libertad, en el “sustantivo-constitucional” la obediencia al Derecho implica la posibilidad de ejercer una voluntad independiente.

El modelo “formal-constitucional”, por su parte, pretende ocupar un lugar intermedio entre los dos modelos anteriores. Al igual que en el modelo “democrático”, los principios de legalidad no se identifican con los de una determinada moralidad sustantiva, sino que se deducen a partir de la naturaleza del Derecho en general. Sin embargo, como en el modelo “sustantivo-constitucional”, se reivindican tales principios como un tribunal moral ante el que debe rendir cuentas el Derecho positivo. El modelo “formal-constitucional” supone, como señaló Fuller, una lectura moral de los requerimientos formales de la legalidad: es decir, que cabe esperar de la satisfacción efectiva de dichos requerimientos un impacto beneficioso en la calidad moral de las normas jurídicas. O, dicho de otro modo, este modelo defiende el lema habermasiano “la legitimidad a partir de la legalidad”. Es decir, la decisión de gobernar a través del Derecho hace que el gobierno sea siempre, al menos hasta cierto punto, legítimo. Esto se debe a que, como afirma Dyzenhaus (2000: 172), el compromiso con el imperio de la Ley implica en última instancia un compromiso con lo que puede considerarse como un ideal sustantivo: la idea de una ciudadanía activa que tiene recursos para someter al legislativo y al gobierno a una permanente rendición pública de cuentas mediante el principio de igual participación. En este sentido, el modelo “formal-constitucional” supone también una conexión “objetiva” entre el Derecho y la libertad individual, pero no a través del contenido de las normas jurídicas, sino a través de su proceso de producción y aplicación. La implantación efectiva de los principios de participación y rendición de cuentas permiten suponer que el Derecho positivo tendrá, con mucha probabilidad, un contenido compatible con la tradición liberal, pero este será el resultado de las restricciones de un proceso de justificación pública que respeta la dignidad de las personas como agentes racionales autónomos.

4. El imperio de la Ley como principio político independiente

En el tercer nivel del debate sobre el imperio de la Ley se discute cuál es el propósito u objetivo que se busca con dicho ideal político. Una vez más, las posturas se dividen entre los que defienden una concepción instrumental y los que promueven una concepción intrínsecamente valiosa. Hasta ahora he venido sosteniendo que sólo desde el positivismo jurídico se puede respaldar una concepción instrumental del imperio de la Ley. En este apartado, sin embargo, quiero poner de relieve que la concepción “sustantivo-constitucional” coincide con el

positivismo jurídico en ver el Derecho como un instrumento para aplicar en la sociedad una determinada moralidad política sustantiva. Frente a ambas posturas, defenderé la concepción “formal-constitucional” como la única que defiende el imperio de la Ley como ideal político independiente.

Haciendo uso de una clasificación comúnmente aceptada, Margaret Jane Radin (1989: 783) define una concepción “instrumental” del imperio de la Ley como aquella cuyos requerimientos preexisten a cualquier tipo de sociedad. “Las [concepciones] instrumentales afirman que el imperio de la Ley es un prerrequisito de cualquier orden legal eficiente”. A su vez, una concepción “no instrumental” incorpora, según la autora, los principios de una moralidad política concreta, es decir, unos requerimientos cuya satisfacción implica, de por sí, la realización de ciertos valores sustantivos como la equidad y el respeto a las personas. A partir de estas definiciones, Radin califica las concepciones de Fuller y Raz como instrumentales, y las de Rawls y Hayek como no instrumentales¹⁵. En mi opinión, sin embargo, la clasificación de Radin pierde de vista dos consideraciones importantes, las cuales nos van a permitir avanzar hacia el modelo “formal-constitucional” que deseo defender.

En primer lugar, al tener en cuenta únicamente las concepciones formales de la legalidad, Radin no incluye la concepción sustantiva de Dworkin entre las concepciones no instrumentales; en segundo lugar, y más importante para nosotros, al describir la relación entre la forma y la sustancia como una vinculación entre los requisitos formales y una moralidad política sustantiva, la autora no percibe que la concepción de Fuller puede considerarse como no instrumental. Veamos primero con más detalle la primera consideración. A mi modo de ver, la concepción de Dworkin es sustantiva en el mismo sentido que las de Rawls y Hayek. Al margen del contenido concreto de la teoría de la justicia de cada uno de estos autores, todos ellos coinciden en que la función del Derecho es establecer en la sociedad la concepción de la justicia que ellos creen correcta. Como vimos en la primera sección de este trabajo, Dworkin no hace sino explicitar el vínculo que las concepciones formales no positivistas del imperio de la Ley mantienen con una teoría concreta de la justicia.

Sin embargo, según Trevor Allan (1999, 2001) cabe defender una lectura procedimental de Dworkin. Según esta interpretación, el carácter sustantivo de la concepción dworkiniana no implicaría una conexión necesaria entre dicha concepción y una teoría concreta de la justicia. La doctrina “sustantivo-constitucional” del imperio de la Ley se limitaría, según Allan, a exigir la aplicación consistente de los mismos principios para todos los ciudadanos. El núcleo central del imperio de la Ley sería, pues, un principio por el cual los poderes del Estado sólo pueden actuar coercitivamente sobre los ciudadanos mediante la aplicación leal y consistente de una concepción coherente de la justicia, a pesar de que exista un desacuerdo razonable entre los ciudadanos sobre el contenido concreto de dicha concepción. Según esto, la integridad política no impondría una teoría de la justicia determinada, sino que se limitaría a requerir al gobierno la obligación de adherirse a

¹⁵ Rawls concibe la justicia formal como una exigencia de la “igual libertad”, es decir, deduce la fuerza normativa de los principios de la legalidad a partir del valor sustantivo básico de la justicia como equidad (Radin 1989: 788-789). En un sentido similar, Hayek concibe el imperio de la Ley como la garantía última de la libertad individual, pero en su caso la legalidad formal viene asociada a una teoría de la justicia diametralmente opuesta a la de Rawls. Mientras éste vincula la legalidad formal a unos principios de justicia distributiva, para Hayek la igualdad formal ante el Derecho es incompatible con cualquier acción gubernamental dirigida a la redistribución material y la igualdad sustantiva. Como Dicey, Hayek postuló una antítesis fundamental entre el imperio de la Ley y el Estado del bienestar, puesto que, según él, para lograr una cierta igualdad sustantiva era necesario sacrificar la igualdad formal y tratar a los individuos de forma diferente según sus circunstancias socioeconómicas.

un conjunto consistente de principios de equidad y justicia que sea aplicable a todos los ciudadanos por igual. El contenido de los principios que, finalmente, gobernasen bajo el imperio de la Ley de Dworkin sería, en realidad, una cuestión a dilucidar por cada comunidad política.

A decir verdad, el alto nivel de abstracción con el que Dworkin presenta su concepción de la legalidad permite una lectura procedimental como la de Allan. Sin embargo, creo que es innegable que las teorías del Derecho y de la interpretación jurídica de Dworkin están vinculadas a una determinada concepción de la justicia. Como señala Craig (1997), Dworkin no concibe el imperio de la Ley como un ideal independiente, sino como un equivalente de su teoría jurídica. Dicha teoría, como vimos, introduce la pregunta sobre la teoría de la justicia mejor fundada como parte del proceso de decisión judicial sobre los derechos de las partes. El imperio de la Ley equivale, para Dworkin, al imperio de la teoría de la justicia mejor fundada, que según él no es otra que la del liberalismo igualitario. Al igual que en la obra de Hayek, la concepción dworkiniana subraya la dimensión constitucional del principio de legalidad como bastión defensivo de los individuos frente a los poderes del Estado, y la función de los jueces como guardianes de los principios liberales. Pero a diferencia de su predecesor libertario, Dworkin vindica los principios distributivos de la “igual libertad” frente al supuesto orden espontáneo del libre mercado. En la concepción dworkiniana, la “igualdad de consideración y respeto” es el esquema común de justicia que preside la Constitución norteamericana, y es la que sirve de base para determinar los derechos sustantivos de los individuos a través de los tribunales. A partir de este esquema común, los jueces y, virtualmente, todos los ciudadanos, pueden juzgar el contenido de las leyes, y calificar como “malas” o “injustas” aquellas normas que no respeten tales derechos. En definitiva, Dworkin identifica el imperio de la Ley con el imperio del Derecho justo, y más concretamente, con el imperio de aquellos principios constitucionales que incorporan los derechos básicos de un régimen democrático liberal.

Así las cosas, si mi interpretación es correcta, las teorías de Hayek, Rawls y Dworkin vinculan el ideal del imperio de la Ley a una determinada teoría de la justicia, lo cual acarrea una importante consecuencia. En los tres casos, el imperio de la Ley parece alcanzar el estatus de ideal político únicamente a costa de perder su independencia, es decir, mediante su vinculación, más o menos explícita, a una teoría de la justicia; ello lo convierte en un ideal político inútil y sin contenido propio. Como señala Raz (1979: 211), “si el imperio de la Ley es el imperio del buen Derecho, entonces explicar su naturaleza significa proponer una filosofía social completa. Pero, entonces, la designación carece de toda función útil”.

Esta indeseable consecuencia nos conduce a la segunda consideración que hice sobre la clasificación de Radin. En mi opinión, la concepción de Fuller representa una alternativa que permite escapar del dilema que nos plantea dicha clasificación: o bien concebimos el imperio de la Ley como un ideal instrumental y, por tanto, independiente de cualquier moralidad política sustantiva, o bien lo pensamos como un ideal no instrumental y, por tanto, vinculado a una determinada teoría de la justicia. Dicho de otro modo, Fuller nos permite ofrecer una alternativa al positivismo jurídico que no entra en la discusión sobre la teoría sustantiva de la justicia que debería incorporarse al Derecho. Desde el punto de vista de Fuller, tanto los positivistas “democráticos” como los antipositivistas “liberales” coinciden en concebir el Derecho como un instrumento para la implantación de una determinada visión sustantiva de la justicia. Según los primeros, dicha visión sustantiva debería ser la que en cada caso decida el pueblo democráticamente; para los segundos, la que pueda considerarse como “correcta” desde un punto de vista filosófico. Pero en

un caso y en otro, el Derecho se presenta como una “unívoca proyección de autoridad” (Fuller, 1969: 192).

La alternativa de Fuller descansa, como ya dijimos, en un ideal sustantivo: la idea de la igual ciudadanía. Su concepción del imperio de la Ley está íntimamente asociada a una visión moral de la relación entre el ciudadano y el Estado. En lugar de entender el Derecho al modo positivista, como una “proyección unidireccional de autoridad, que se origina con el gobierno y se impone sobre el ciudadano”, Fuller (1969: 204) concibe la autoridad del Derecho como “el producto de una interacción de orientaciones con sentido entre los ciudadanos y el gobierno”. De ahí que derive sus principios de un experimento mental en el que examina cómo pueden remediarse los fallos en la comunicación del soberano con sus súbditos. Dichos principios procedimentales representan el umbral normativo que ha de satisfacer el poder político para reclamar legítimamente la obediencia de sus leyes.

Entre tales principios, Dyzenhaus (1996, 2007) subraya la importancia del principio de publicidad. Según este autor, la publicidad no sólo tiene que ver con la exposición pública de las leyes, sino que representa “un umbral de interpretabilidad general” (*Id.*, 1996: 173). El contenido de las leyes debe ser comprensible o interpretable por el público al que van dirigidas. Lo cual implica por parte de la autoridad jurídica un compromiso de justificación racional hacia aquellos que están sometidos a ella. El poder político debe tomar en cuenta las diferentes perspectivas de todos los posibles afectados por su legislación a la hora de promulgar cualquier disposición jurídica. Esto no garantiza la aceptación de todos, puesto que el desacuerdo se produce incluso entre los ciudadanos más razonables. Sin embargo, todos pueden aceptar, si desean conducir sus asuntos racionalmente, “que las decisiones deben tomarse como resultado de la deliberación, y que después han de sujetarse a ulteriores deliberaciones a la luz de la experiencia” (*Id.*, 1996: 176).

73

La concepción “formal-constitucional” establece, por tanto, unos requisitos formales en la producción legislativa, que presuponen un sujeto jurídico como agente responsable. Ambas dimensiones implican, a su vez, que el Derecho debe interpretarse de modo que se haga honor a tales presuposiciones. En definitiva, si los legisladores siguen los principios de la legalidad, el Derecho que produzcan será interpretable por los jueces de un modo que trate a los sujetos jurídicos con la dignidad propia de unos agentes responsables. En esta concepción, el Derecho es el resultado de una relación de reciprocidad o interdependencia entre los poderes del Estado y los ciudadanos. En la senda de Fuller, el imperio de la Ley se presenta como una empresa colectiva de carácter cooperativo, cuya obligación mutua fundamental es el rendimiento público de cuentas. En definitiva, la concepción “formal-constitucional” conduce a una cultura de la legalidad que sirve de marco disciplinado para la justificación pública, donde lo decisivo no es el contenido que finalmente se incorpore al Derecho, sino el ciudadano como participante activo en el orden jurídico. Esta concepción vincula de un modo ambiguo la sustancia y la forma del Derecho, evitando así la equiparación entre una teoría de la justicia y una teoría del imperio de la Ley. Su mejor virtud, en mi opinión, es que invita al diseño de aquellas instituciones jurídicas que puedan sacar provecho de esa ambigüedad. El debate sobre el imperio de la Ley es, pues, desde este punto de vista, el debate sobre el proceso que garantiza con mayor probabilidad que las decisiones que se tomen por parte de la comunidad son las mejores posibles, y que son susceptibles de revisión a la luz de la experiencia.



Bibliografía

- ALLAN, T. (1999), "The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism", *Law Quarterly Review*, Vol. 115, pp. 221-244.
- ALLAN, T. (2001), *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- COLEMAN, J. (2001), *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- CRAIG, P. (1997), "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Analysis", *Public Law*, pp. 467-487.
- DICEY, A.V. (1982 [1885]), *Introduction to the Law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis.
- DWORKIN, R. (1985), "Political Judges and the Rule of Law", *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Fontana Press, Londres.
- DWORKIN, R. (2006), *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge.
- DYZENHAUS, D. (1996), "The Legitimacy of Legality", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 46, pp. 129-180.
- DYZENHAUS, D. (2000), "Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review", en FORSYTH, C. (ed.), *Judicial Review & the Constitution*, Hart Publishing, Oxford.
- DYZENHAUS, D. (2007), "The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle", en RIPSTEIN, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FINNIS, J. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- FULLER, L.L. (1957), "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, pp. 630-672.
- FULLER, L.L. (1966), *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press, Boston.
- FULLER, L.L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- GROTE, R. (1999), "Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit", en STARCK, C. (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. Comparative Analysis*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- HART, H. (1983 [1958]), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- HART, H. (1994), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- HAYEK, F. (1960), *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago.
- HAYEK, F. (1978 [1973]), *Law, Legislation and Liberty, Vol. 1. Rules and Order*, University of Chicago Press, Chicago.
- HAYEK, F. (1994 [1944]), *The Road of Serfdom*, University of Chicago Press, Chicago.
- JOWELL, J. (2004), "The Rule of Law Today", en JOWELL J. y OLIVER, D. (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- MELERO, M.C. (2008), "Libertad, deber de justicia e identificación del Derecho", *Doxa*, Núm. 31, pp. 509-531.
- POSTEMA, G. (1986), *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford.
- POSTEMA, G. (2010), "Law's Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality", *Boston University Law Review*, Vol. 90, pp. 1847-1868.
- RADIN, M.J. (1989), "Reconsidering the Rule of Law", *Boston University Law Review*, Vol. 69, pp. 781-819.
- RAWLS, J. (1986), "El constructivismo kantiano en la teoría moral", *Justicia como Equidad, Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid.
- RAWLS, J. (1996), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York.
- RAZ, J. (1979), "The Rule of Law and its Virtue", *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford.

- RAZ, J. (1994), "The Politics of the Rule of Law", *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford.
- SHAPIRO, S.J. (2001), "On Hart's Way Out", en COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford.
- SUMMERS, R.S. (1993) "A Formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, Núm. 6, pp. 127-142.
- TAMANAH, B.Z. (2004), *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- WALDRON, J. (2002), "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?" *Law and Philosophy*, Núm. 21, pp. 137-164.
- WALDRON, J. (2008), "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, Vol. 43, Núm. 1, pp. 1-61.



¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos? A propósito del lenguaje jurídico*

Aurelio de Prada García
Universidad Rey Juan Carlos- Madrid
aurelio.deprada@urjc.es

Resumen

En este trabajo se vuelve sobre la disputa secular sobre la naturaleza del lenguaje jurídico. ¿Debe ser un lenguaje especializado o un lenguaje común, el del hombre de a pie, por así decirlo? La conclusión es que el lenguaje jurídico debe ser al tiempo lenguaje de los juristas y de los ciudadanos.

76

Palabras clave

Democracia, lenguaje jurídico, jurista, ciudadano.

Jurists' language or citizens' language? Some remarks on legal language

Abstract

This paper focuses on the secular dispute about the nature of legal language. Should it be a specialized language or a common language, the language of laymen, so to speak? Its conclusion is that legal language should be both the language of jurists and that of citizens.

Keywords

Democracy, legal language, jurist, citizen

* Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación "Principio de no discriminación y nuevos derechos." DER 2011-269033-JURI

“Todos los hombres creen que cualquiera participa de la justicia y de la virtud política en general.”
Platón (1981)

“Leges ab omnibus intellegi debent.”
Domat (1788)

“El lenguaje del derecho es el lenguaje de los juristas.”
Robles (2009)

1. Introducción

Las palabras que Platón (1981: 527) pone en boca de Protágoras expresan el fundamento de la teoría democrática: la igual capacidad política de todos. Un mítico regalo de Zeus que, para hacer posible la existencia de las ciudades, infundió a todos los hombres la idea de la justicia y el sentido moral. Parece, sin embargo, que el padre de los dioses se olvidó de otorgar, al mismo tiempo, la facultad de descifrar el lenguaje en que esa capacidad política se plasma. Olvido que ha propiciado el que veinticinco siglos más tarde, cuando por fin parecen superadas las principales trabas antidemocráticas¹, la prodigiosa complejidad del lenguaje jurídico siga alzándose como una de las mayores barreras que impide el acercamiento real del ciudadano a su supuesta capacidad de autogobierno, hasta el punto que para un ejercicio tan personal como el de la propia declaración de la renta no sean pocos los que se ven obligados a acudir a los auxilios de un gestor.

Pero la necesidad de recurrir a sujetos especialmente cualificados para entender el lenguaje jurídico no es nueva. Todo lo contrario, la distinción entre los detentadores del lenguaje en el que se expresa la capacidad política y el resto de los mortales, entre juristas y profanos, parece consustancial a la aparición y desarrollo mismos del derecho. Desde un primer momento se hace evidente que el dominio del lenguaje del poder se convierte casi automáticamente en el poder mismo.

2. Un poco de historia

Desde luego no parece haber discusión en cuanto a que la polémica sobre las características del lenguaje jurídico se remonta a los orígenes mismos del derecho, tal y como lo conocemos en Occidente, y es que ciertamente hay acuerdo no sólo en que la de jurista es una de las profesiones más antiguas, vinculada al principio a la función sacerdotal, sino en que el derecho mismo aparece con la distinción entre juristas y profanos; entre quienes utilizan un lenguaje especializado y los que no:

Precisamente uno de los primeros hechos de la historia del derecho que la tradición nos ha transmitido es la diferencia entre juristas y profanos, tan notoria que los primeros terminaron por hacerse indispensables al pueblo porque el derecho había llegado a ser una ciencia de misterios (Ihering, 1947: 252).

¹ Por poner dos ejemplos: la democracia fue considerada hasta la Revolución Francesa una de las peores formas de gobierno, cfr. Arblaster (1992: 16 y 17). Hans Kelsen (1977: 33), por su parte, pudo escribir en 1929: “Es característico que en la ideología democrática quepan las mayores restricciones del pueblo como conjunto de los partícipes en el poder, La exclusión de los esclavos y la que hoy subsiste todavía para las mujeres en el disfrute de los derechos políticos no impide que se considere democrática la ordenación política.”

En efecto, al ser concebidas, en un principio, como revelaciones de la voluntad divina, las leyes eran cuasi-oraciones que había que entonar literalmente y en el momento justo para que surtieran efecto, hasta el punto de que la más mínima variación las hacía inútiles:

Cambiar una letra..., permutar la colocación de una palabra, alterar el ritmo, el destruir la forma sagrada con la que se habían revelado a los hombres, hubiese significado destruir la ley misma. La ley era como la oración: sólo agradaba a la divinidad si se la recitaba exactamente, y se hacía impía si una sola palabra cambiaba en ella... (Fustel de Coulanges, 1972: 232).

El conocimiento de esas fórmulas sagradas, de esas oraciones, no era general, sino que ya en los albores del derecho romano aparece monopolizado, por así decirlo, por pontífices reclutados a perpetuidad entre los patricios más insignes. Los primeros juristas fueron, pues, sacerdotes, personas revestidas de especial autoridad, detentadoras de un lenguaje especializado, el "lenguaje jurídico" que aparece así como "lenguaje de los juristas", inaccesible a los profanos.

Ahora bien, como es sobradamente conocido, en el siglo V a.C., con las XII Tablas, cambia formalmente la concepción de la ley, que de inmutable y divina pasa a ser concebida como obra humana. La ley, antes una parte de la religión y en consecuencia patrimonio de las familias sagradas, se convertía en propiedad común de todos los ciudadanos:

Si nos situamos en la época en que la plebe adquirió importancia e ingresó en el cuerpo político, y se compara el derecho de esta época con el derecho primitivo, desde luego se observan grandes cambios. El principal y más evidente es que ahora el derecho es público y conocido de todos. Ya no es ese canto sagrado y misterioso que se entonaba de edad en edad con piadoso respeto, que sólo los sacerdotes escribían y sólo los hombres de las familias religiosas podían conocer. El derecho ha salido de los rituales y de los libros sacerdotales; ha perdido su religioso misterio: es una lengua que todos pueden leer y hablar (Fustel de Coulanges, 1972: 393).

El lenguaje jurídico, inicialmente lenguaje de juristas-sacerdotes, se convierte, así, en un segundo momento, en parte del "lenguaje normal". Un lenguaje que "todos pueden leer y hablar", si bien no en su totalidad pues, como también es sobradamente conocido, el calendario de las actuaciones procesales y las fórmulas del procedimiento permanecieron en poder de los pontífices. Siguieron siendo parte de un lenguaje especializado, de un lenguaje de juristas, inaccesible a los profanos, hasta que, hacia el 300 a.C., Cneus Flavius, un liberto, los robó entregándolos al pueblo, tal y como se relata en el texto de Pomponio recogido en el Digesto². Un hecho que, al parecer, no dejó de suscitar resistencias entre los juristas-sacerdotes³.

² (...) Luego, derivadas de estas leyes, se formaron casi a un tiempo las acciones con las que los hombres pudieran pleitear entre sí; las cuales acciones, para que el pueblo no las practicara a su arbitrio, quisieron que fueran determinadas y solemnes; y esta parte del derecho se denomina "acciones de la ley" es decir, acciones legítimas. Y así, casi en la misma época nacieron estos tres derechos a partir de la ley de las Doce Tablas: de ellas derivó el derecho civil y, de ellas procedió la formación de las acciones de la ley. Pero la ciencia de la interpretación de estas leyes así como el conocimiento de las acciones se hallaban en el colegio de los pontífices, de los que se designaba uno que cada año atendiera a los pleitos privados. Y el pueblo se atuvo a esta costumbre durante casi cien años. Posteriormente, habiendo Apio Claudio reunido y puesto por escrito estas acciones, su escriba Gneo Flavio, hijo de un liberto entregó al pueblo el libro que había sustraído y hasta tal punto agradó al pueblo este regalo que le nombró tribuno de la plebe, senador y edil curul. En Digesto 1,2., 9.

³ Cicerón insinúa que después de la publicación del calendario por Cneo Flavio, los pontífices redactaron las fórmulas procesales con el fin de tener todavía un secreto que guardar. García Garrido y Eugenio (1988: 38).

Mayores o menores resistencias al margen, la publicación del calendario que consumó el paso de la jurisprudencia pontifical a la laica, no significó, con todo, un cambio sustancial dado que los nuevos juristas seguían perteneciendo en general a los patricios y que en su labor de interpretar las XII Tablas y el *ius honorarium*, el edicto que el pretor fijaba anualmente, siguieron depurando un lenguaje técnico que en la época imperial hizo sentirse “iletrados” incluso a los que en rigor sabían leer y escribir, hasta el punto de tener que recurrir a un escribano público (*notarius*) para redactar un documento público, un *placet* o un simple contrato (Veyne, 1992: 32).

En esa época, la llamada “edad de oro” de la ciencia jurídica romana, el papel de los juristas como productores-detentadores del lenguaje jurídico se hizo todavía más acusado pues desde el siglo I d.C. hasta mediados del siglo III la fuente principal del derecho no eran normas generales y abstractas, sino las respuestas de aquellos juristas a quienes el príncipe concedía autoridad (*ius respondendi ex auctoritate principis*); respuestas que tenían valor vinculante para los jueces y que los demás juristas se limitaban a recitar en los juicios. Un nuevo cambio, pues, en la concepción de la ley y otra vez el esbozo de una jerarquía de juristas, de una jerarquía sacerdotal, como en la antigua Roma. De entonces datan las definiciones de Ulpiano de la jurisprudencia como conocimiento de las cosas divinas y humanas (*divinarum atque humanarum rerum notitia*) y de los juristas como “sacerdotes de la justicia”, tal como recoge el Digesto⁴.

El auténtico cambio en el lenguaje jurídico, configurándose de nuevo como parte del “lenguaje normal”, se produce con la caída del imperio romano de Occidente y la ausencia de un núcleo de poder centralizado. Circunstancias que junto con la influencia de los pueblos bárbaros comportaron, durante la Alta Edad Media, un modelo de derecho en el que no cabía un lenguaje especializado ni, por consiguiente, la figura del jurista. El derecho emergía de la comunidad por un proceso básicamente espontáneo -por medio de la costumbre- y era accesible para todos en cuanto estaba presente en el uso común, en el “lenguaje normal” de aquellos a quienes afectaba (García Pelayo, 1991: 1087).

Pero, como es bien sabido, la pérdida de la figura del jurista configurada bajo el modelo romano y la consiguiente transformación del lenguaje jurídico en parte del lenguaje normal no fue definitiva para Occidente. El descubrimiento del Digesto a partir del siglo XI y la consiguiente renovación del Derecho Romano que supuso, generaron la profesión de jurista que llega a nuestros días. La profesionalización de una actividad que, según se acaba de apuntar, durante la Alta Edad Media no necesitaba ni de conocimientos ni de dedicación especiales y que ahora, sin embargo, exigía “letrados”, pues se trataba de un derecho de difícil técnica y escrito en una lengua culta, lo que convirtió, una vez más, el lenguaje jurídico en un lenguaje de juristas inaccesible a los profanos.

Una nueva profesión que, por cierto, reclamó inmediatamente reconocimiento social basándose en la definición de Ulpiano —suscrita por los más insignes juristas bajomedievales como Baldo o Azo— para quien los doctores en derecho debían ser incluidos entre las altas dignidades, “puesto que desempeñan el oficio del sacerdocio” (Kantorowicz, 1985: 126). Así, junto a las dos especies de milicias hasta entonces conocidas: la *militia armata* de los caballeros y la *militia inermis* o *celestis* del clero, apareció la milicia de los juristas (*militia legum*) que se extendió pronto a las letras en general (*militia litterata* o *doctrinale* o *doctoralis*). Una nueva nobleza, con los privilegios correspondientes como los que, por ejemplo,

⁴ Véase Digesto, 1, 1, 10, 2 y 1,1,1,1.

reflejan las Partidas⁵ y que llega a ser hereditaria contando entre sus ejemplos más señeros a Charles Louis de Secondat, uno de los padres de la división de poderes, a quien su tío legó el cargo de presidente de Sala a condición de que tomara su nombre, Montesquieu, con el que efectivamente ha pasado a la posteridad (Truyol y Serra, 1975: 218 y 219).

Ahora bien, y como era de esperar, esa nueva transformación del lenguaje jurídico en un lenguaje de juristas, inaccesible a los profanos, unida a la exigencia de reconocimiento social de aquéllos no dejaron de generar reacciones. En efecto, la lejanía del lenguaje jurídico del lenguaje común, la complejidad de las leyes o la vuelta al formalismo que supuso la recuperación del Derecho Romano —plasmada todavía en 1558 en casos como el de un aldeano sajón que teniendo derecho y aun citando bien el texto perdió el pleito por equivocarse en el lugar del Corpus Iuris en que se encontraba (García Pelayo, 1991: 1114) — se convirtieron en blanco habitual de la crítica en la literatura del XVI y del XVII:

¿Por qué nuestro lenguaje común, tan fácil en los demás usos, se torna oscuro e ininteligible en contratos y testamentos? ¿Por qué lo que se expresa tan claramente cuando se habla o se escribe no encuentra en estilo leguleyo manera de declararse sin caer en contradicciones y dudas? Porque los principios de ese arte se aplican con particular atención a elegir palabras solemnes y formar cláusulas compuestas con arte, y así tanto pesan cada sílaba y de tal manera retuercen las conexiones, que se enmarañan y abisman en la infinidad de sus figuras y particiones, con lo que ya no pueden entrar en regla ni prescripción alguna, ni en ninguna inteligencia cierta. Confusum est, quousque in pulverum sectum est. Es usual ver a los niños empeñados en amasar y dar forma a una bola de mercurio, pero cuanto más se obstinan, más ese generoso metal se desmenuza y desparrama hasta rebasar todo cálculo, Igual sucede en la jurisprudencia. Subdividiendo las sutilezas, se enseña a los hombres a aumentar las dudas, a extender y diversificar las dificultades y a alejarlas y dispersarlas. Sembrando y ahondando las discusiones se las hace fructificar y se hace crecer en el mundo la mies de la incertidumbre y de la rencilla, al modo que la tierra se torna más fértil cuanto más y más profundamente se la remueve: Difficultatem facit doctrina. Dudamos acerca de Ulpiano y aun vacilamos sobre Bartolo y Baldo. Sería menester borrar las huellas de esta innúmera diversidad de opiniones en vez de engalanamos con ellas y transmitir las, reforzadas, a la posteridad (Montaigne, 1984: 233).

80

Más aún, en ese momento histórico se hizo explícito el anhelo de un mundo sin juristas, con pocas leyes, sencillas y de fácil comprensión, como puede verse en una de las más famosas descripciones de las costumbres de los habitantes de la isla de los Utópicos:

Tienen muy pocas leyes, pero suficientes para su gobierno. Censuran en los demás pueblos, más que nada, el que no les basten tantos volúmenes de glosas e interpretaciones. Igualmente opinan que es injusticia grande obligar a los ciudadanos con leyes, o demasiado numerosas para ser leídas en su integridad, o tan oscuras que sólo son entendidas por unos pocos. Han suprimido en absoluto a los abogados, hábiles defensores de las causas y sagaces intérpretes de las leyes, pues la experiencia les ha enseñado que es preferible que cada cual defienda sus propios pleitos y exponga ante el juez lo que habría confiado a su abogado. De esta manera se evitan rodeos y se va derecho a la verdad, pues como el interesado se produce sin retórica alguna, pesa solícito el juez sus argumentos y protege a los ingenios

⁵ *La ciencia de las leyes es como fuente de justicia y aprovéchase de ella el mundo más que de otra ciencia...* por eso sus maestros o “señores de las leyes” deben gozar de privilegios equivalentes a la nobleza e incluso a la alta nobleza, y así ha de considerárseles como caballeros exentos de tributo y tras de enseñar durante veinte años *deben haber honra de condes*. Cfr. García Pelayo (1991: 1097 y 1098).

sencillos contra las argucias de los intrigantes. En otras naciones es difícil observar normas semejantes, atendida la enorme abundancia de sus complicadísimas leyes.

En Utopía, por el contrario, todos conocen las leyes, pues éstas, como he dicho, son muy pocas y su interpretación más simple pasa por la más equitativa. La ley, dicen, se promulga para que todos sepan cuál es su deber; si se la interpretase demasiado sutilmente sólo serviría, en realidad, para unos pocos capaces de entenderla, mientras que siendo clara y sencilla, estará al alcance de cualquiera. Y si se tiene consideración al vulgo, que constituye la mayoría y es el más necesitado de tutela, ¿no daría lo mismo no dictarle ley alguna que hacerla por modo tan complicado que sólo serían comprensibles a fuerza de inteligencia y de prolijas controversias? ¿Qué significarían tales disposiciones a los ojos del vulgo y de los que viven preocupados por el diario sustento? (Moro, 1985: 113-114).

Un ideal “utópico” y nunca mejor dicho, al que desde luego parece responder la Revolución Francesa al suprimir, en 1793, los centros de formación de juristas: las facultades de derecho (Koschaker, 1955: 291). Supresión plenamente coherente con el repudio expreso por parte de los revolucionarios -entre quienes, por cierto, predominaban los hombres de leyes- del viejo lenguaje de juristas que incluía “formas parásitas, extravagantes, legicidas...” (García de Enterría, 1994: 35) y el consiguiente propósito de que las leyes nuevas se redactasen, como expresó Mirabeau, en “forma inteligible, para poner de acuerdo a los ciudadanos ilustrados sobre sus derechos, vinculándolos a todo lo que puede recordarles las sensaciones que han servido para hacer surgir la libertad” (*Ídem*).

Y en efecto, ese propósito se plasmó en los dos primeros proyectos del Código Civil, redactados con la intención expresa de ser sencillos y de fácil comprensión, y también en la propia Declaración de Derechos que —de nuevo en palabras de Mirabeau, en el debate que dio lugar a ella— debía “ser más bien la lengua que tendría el pueblo si tuviese el hábito de expresar sus ideas, más que una ciencia que se proponga enseñarle” (García de Enterría, 1994: 31).

Sin embargo, y como es bien conocido, ese propósito no se mantuvo demasiado tiempo pues el tercer proyecto de código, de 1796, señala la vuelta a la jurisprudencia y al Derecho Romano y el cuarto, de 1800 que había de ser ley más tarde, abandonaba ya completamente la idea de código sencillo y comprensible para todo el mundo y volvía al jurista-sacerdote, al lenguaje jurídico como lenguaje de los juristas, tal como señaló Portalis (1978: 38 y 39) en su famoso *Discurso Preliminar*:

Pero, incluso el código más sencillo, ¿estaría al alcance de todos los sectores sociales? ¿No estarían perpetuamente ocupadas las pasiones en deformar su verdadero sentido? ¿No se precisa cierta experiencia para aplicar sabiamente las leyes? ¿Cuál es, por lo demás, la nación a la que hayan bastado durante largo tiempo leyes simples y poco numerosas? Sería un error, pues, pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiera proveído por anticipado a todos los casos posibles y que, sin embargo, estuviese al alcance del vulgo...

En el estado de nuestras sociedades, harta fortuna es que la Jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear al amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por sí mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura.

Así las facultades de derecho, los seminarios de la magistratura, por así llamarlas, fueron restablecidas en 1804 (Koschaker, 1955: 291), el mismo año de la publicación del *Code Napoleon*. Un restablecimiento al parecer definitivo pues —al

margen de esporádicas proclamas como la del famoso *Pas d'avocats* durante la Comuna de París (Capella, 1976: 66) o sucesivas “revueltas contra el formalismo” en alguna de las cuales se incluían alusiones expresas a la figura de Gnaeus Flavius⁶ -si bien no se pretendía luchar por un derecho libre, expresado en el lenguaje “normal”⁷ sino por una ciencia del derecho⁸— no se han producido, al menos en nuestro ámbito cultural, más reivindicaciones expresas de cierre de las facultades de derecho con la consiguiente aproximación/identificación del lenguaje jurídico al lenguaje “normal”.

3. ¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos?

Así las cosas, hemos de concluir que la polémica sobre las características del lenguaje jurídico, que hasta aquí se ha esbozado, ha concluido en el triunfo, por así decirlo, de los juristas con el corolario consiguiente de la identificación del lenguaje del derecho con el lenguaje de los juristas⁹. Con todo lo cual, se sigue que, pese al reconocimiento formal de la común capacidad política, pese al aumento de los índices de alfabetización, al número creciente de letrados y la extensión de la enseñanza del derecho fuera del ámbito tradicional de las Facultades de Derecho... el lenguaje jurídico sigue siendo, hoy por hoy, ajeno al de los ciudadanos a los que consecuentemente, aún hoy se considera, con mínimas excepciones¹⁰, incapaces de defenderse por sí mismos civil o penalmente, pues, como en la antigua Roma, en ambos ámbitos siguen siendo obligados los entendidos en las fórmulas y calendarios procesales... Con todo lo cual casi dos siglos después parecen tener aún validez las palabras de Hegel (1975: 228 y 229):

Si el conocimiento del Derecho, mediante la naturaleza de lo que constituyen las leyes en su ámbito, además del procedimiento de las discusiones judiciales, y la posibilidad de proseguir el Derecho, es propiedad de una clase, la que se hace también exclusiva por medio de la terminología, que, para aquéllos de cuyo derecho se trata constituye un lenguaje extraño; los miembros de la sociedad civil que son dirigidos para la subsistencia, a su actividad, a su particular saber y querer, son, no solamente con respecto a lo más propio y personal, sino también a lo que aquí es sustancial y racional, esto es, al Derecho, juzgados extraños y puestos bajo tutela, más bien como una especie de servidumbre frente a tal clase.

Si, ciertamente, esos miembros tienen el derecho de estar presentes en el juicio, personalmente con las propias piernas (in iudicio stare), esto es poco, si no pueden estar presentes espiritualmente, con su propio saber; y el Derecho, que obtienen, permanece para ellos una vicisitud exterior.

Ahora bien, aquí vamos demasiado lejos, pues si bien de la anterior exposición se sigue un evidente predominio histórico de la consideración del lenguaje del derecho como lenguaje de los juristas, no podemos ciertamente asegurar, por razones obvias, que ese “triunfo” sea definitivo sino a lo sumo que, hoy por hoy, ésta es la consideración predominante.

⁶ H. Kantorowicz publicó, como es sabido, su *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, precisamente bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius .

⁷ *Die Regeln, die die Menschen selbst in ihrem Zusammenleben als für sich verbindlich beobachten, sind das lebende Recht...* Ehrlich (1967: 233).

⁸ El título de la obra de Kantorowicz no es *Der Kampf um das freie Recht*, “La lucha por el derecho libre”, como cabría esperar desde el propio rótulo del movimiento en que se inserta, *Freirechtsbewegung*, “Movimiento del derecho libre” sino *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, “La lucha por la ciencia del derecho”.

⁹ Así, por ejemplo, Robles (2009: 33).

¹⁰ Véase Ley de enjuiciamiento civil art. 23 y criminal art. 520.5.

Más aún, y ello abundaría en lo anterior, junto a ese reconocimiento prácticamente universal de que el lenguaje jurídico es el lenguaje de los juristas y la consiguiente necesidad de éstos hay conciencia asimismo extendida de los posibles abusos en que los juristas -y el lenguaje que usan- pueden incurrir. Abusos o complejidades de las que ciertamente no resulta difícil poner ejemplos:

5.- “El grupo de entidades podrá optar por la aplicación de lo dispuesto en los apartados uno y tres del artículo 163 octies, en cuyo caso deberá cumplirse la obligación que establece el artículo 163 nonies, cuatro.3ª, ambos de esta Ley.

Esta opción se referirá al conjunto de entidades que apliquen el régimen especial y formen parte del mismo grupo de entidades, debiendo adoptarse conforme a lo dispuesto por el apartado dos de este artículo.

En relación con las operaciones a que se refiere el artículo 163 octies.uno de esta Ley, el ejercicio de esta opción supondrá la facultad de renunciar a las exenciones reguladas en el artículo 20.uno de la misma, sin perjuicio de que resulten exentas, en su caso, las demás operaciones que realicen las entidades que apliquen el régimen especial del grupo de entidades. El ejercicio de esta facultad se realizará con los requisitos, límites y condiciones que se determinen reglamentariamente.

Desde luego este artículo —que no sólo resulta difícil de entender sino también de citar pues se trata, nada menos, que del art. 163 sexies, cinco de la Ley 37/92, del IVA— podría servir perfectamente de ejemplo de casos de juristas, de “expertos jurídicos que prueban su condición de tales a base de producir complicadas normas que sólo ellos pueden comprender e interpretar...” (Haft, 1992: 225) y también podría servir, más en concreto, de apoyo a quienes afirman que “complejidades como las del lenguaje fiscal son abusos que con nada se justifican” (*Ídem*).

Con todo lo cual, dado que esa conciencia de posible abuso y de excesiva complejidad se extiende incluso a los propios juristas, parece evidente que el predominio del lenguaje de juristas al que ha llegado la polémica sobre las características del lenguaje jurídico incluye, de un modo u otro, su aproximación, en mayor o menor grado, al lenguaje normal.

Algo ya implícito, por lo demás, en el brocardo que figura también al principio de estas líneas *Leges ab omnibus intellegi debent*, al que, por cierto, también parecen responder, de un modo u otro, las *Guías jurídicas del ciudadano* realizadas con el propósito de facilitarle “el correcto entendimiento de las leyes y los complejos mecanismos a través de los cuales se hacen manejables y útiles para quienes las invocan.”¹¹

4. A modo de conclusión

Así las cosas, se sigue que la polémica histórica sobre las características del lenguaje jurídico que aquí se ha esbozado no habría concluido propiamente con el triunfo de la consideración del lenguaje jurídico como lenguaje de los juristas y el consiguiente rechazo del lenguaje común, sino en la necesidad de aproximar ambos lenguajes.

En la necesidad, pues, de acercar el lenguaje de los juristas al lenguaje de los destinatarios del derecho y hoy también, al menos en teoría, sus autores. Parece asimismo, que los juristas estamos llamados a desempeñar un papel fundamental

¹¹ Véase Ministerio de Justicia (1985: 6).

en esa tarea de aproximar un lenguaje de tan refinada técnica al lenguaje de los ciudadanos.

Bibliografía

- ARBLASTER, A. (1992), *Democracia*, Alianza, Madrid.
- CAPELLA, J.R. (1976), "Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas", en *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*. Fontanela, Barcelona.
- DOMAT, J. (1788), *Derecho Público*, Imprenta Benito Cano, Madrid.
- EHRlich, E. (1967), "Gesetz und lebendes Recht", en REHBINDER, M. (ed.), *Recht und leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlín.
- FUSTEL DE COULANGES, N. M. (1979), *La Ciudad Antigua*, Iberia, Barcelona.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. (1994), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid.
- GARCÍA GARRIDO, M.J. y EUGENIO, F. (1988), *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*, Dykinson, Madrid.
- GARCÍA Pelayo, M. (1991), "La Idea Medieval del Derecho", en *Obras Completas, Tomo II*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- HAFT, F. (1992), *Derecho y Lenguaje*, en KAUFMANN, A., y HASSEMER, W. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid.
- HEGEL, G.F. (1975), *Filosofía del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- IHERING, R. von (1947), *El espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidente, Buenos Aires.
- KANTOROWICZ, E.H. (1985), *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Alianza, Madrid.
- KELSEN, H. (1977) *Esencia y valor de la democracia*. Labor, Barcelona.
- KOSCHAKER, P. (1955), *Europa y el Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (1985), *Guía Jurídica del Ciudadano*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MONTAIGNE (1984), "De la experiencia", en *Ensayos, Tomo III*, Orbis, Barcelona.
- MORO, T. (1985) *Utopía*, en MORO, CAMPANELLA, BACON, *Utopías del Renacimiento*, FCE, México D.F.
- PORTALIS, J.-E.-M. (1978), *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*, Edeval, Valparaíso.
- PLATÓN (1981), *Protágoras*, Gredos, Madrid.
- ROBLES, G. (2009), *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la Teoría comunicacional del Derecho*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid.
- TRUYOL y SERRA, A. (1975), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Vol. II*, Revista de Occidente, Madrid.
- VEYNE, P. (1992), "El imperio romano" en *Historia de la vida privada. Tomo 1*, Taurus, Madrid.



La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones

Manuel Villoria

Universidad Rey Juan Carlos

Manuel.villoria@urjc.es

Resumen

España está viviendo una crisis profunda de carácter social, político y económico. Las lecturas de la misma son muy diversas, pero, desde la perspectiva de los gobiernos, la clave es la deslegitimación que sufren en su actuación y la necesidad de superarla. Entre las respuestas a esta crisis de legitimidad, una de las más importantes es el desarrollo de una política de transparencia, fundada en la aprobación de una ley, que incluye compromisos públicos de publicidad activa y derecho de acceso, y en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación e información con fines de apertura informativa. El artículo explica cómo y por qué surge esta política y expone requisitos para que la política de transparencia suponga mejoras reales en el funcionamiento de nuestra democracia.

Palabras clave

Legitimidad, transparencia, democracia, corrupción, nuevas tecnologías de información.

Transparency as a public policy in Spain: some reflections

Abstract

Spain is suffering a deep economic, social and political crisis. From the governmental viewpoint, the key issue in this crisis is the erosion of political legitimacy. Looking for a solution to the "legitimacy problem" the public policy of transparency has been selected by the current Government as one of its strategic issues. Because of that, the Spanish government has developed a policy on transparency based on the use of the new ICTs and the enactment of a Law on transparency which includes the right of access to information. This right includes the government obligation to publish and disseminate to the public key information about what different public bodies are doing and the obligation to receive from the public requests for information and to respond to them. This article tries to explain how and why this public policy appears and the requirements it should fulfill to achieve real improvements in the functioning of our democracy.

Keywords

Legitimacy, transparency, democracy, corruption, new information technologies.

I. Introducción

El desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicación (NTIC) nos abre un debate muy sugerente sobre sus potencialidades como instrumento de mejora democrática, un debate que ya en esta revista ha sido tratado muy acertadamente (Vitale, 2014). Ciertamente, antes de situarnos apriorísticamente en el debate, tal vez deberíamos, con Barber (1998), preguntarnos de qué tecnologías hablamos y de qué democracia; pero, en cualquier caso, no podemos negar que hoy en día ya existe, en ese espacio de reflexión, una rica tradición de análisis que ha generado inicialmente dos campos de partidarios, unos que asumen de forma optimista que las NTIC van a permitirnos mejorar la democracia y otros *ciberpesimistas* que ven lo contrario, que las NTIC van a producir una sociedad mucho más manipulable y controlada que antes. En todo caso, tras el intercambio cruzado de ideas e investigaciones de los últimos 20 años, tal vez lo más sensato sea situarse en el *ciberrealismo*, un espacio en el que se analizan con detalle los aspectos positivos y los negativos y se elaboran argumentos que consideran ambos (Shane, 2004). Este texto, desde esta perspectiva realista, va a analizar la política de transparencia que el gobierno nacional desarrolla en España¹, una política que es parte de esta nueva realidad en la que las NTIC permiten conocer mucho mejor qué hacen los gobiernos y por qué, mejorando, se supone, la calidad de nuestra democracia. Y la vamos a analizar desde un enfoque empírico, tratando de dar respuesta a la pregunta de qué hace que este valor de la transparencia se ponga de moda y por qué, y cómo se articula por el gobierno esta política. No obstante, antes vamos a intentar dar respuesta a las demandas de Barber y situar estas políticas dentro de un modelo de democracia, un modelo tecnológico y un modelo de transparencia.

Las políticas de transparencia conectan de forma indirecta con las relacionadas con la *e-democracia*. En realidad, están más cerca de lo que denominaríamos *e-government* en sentido amplio y actualizado. En sus orígenes, la “administración electrónica” consistió básicamente en la utilización de las TIC en las administraciones públicas, como simple herramienta tecnológica que permitía hacer más rápido y mejor el trabajo que ya se venía haciendo usando otros procedimientos. Se centraba, así pues, en la eficacia y la eficiencia. En la actualidad, ya hemos asistido a la explosión en el uso de las redes sociales, de los teléfonos inteligentes, las tabletas digitales y la consolidación del movimiento del “open data” y de las iniciativas de “gobierno abierto”. Por ello, “el objetivo ahora no es sólo mejorar la prestación de los servicios públicos, sino también aumentar la transparencia y la rendición de cuentas de los gobiernos y facilitar la participación y la colaboración ciudadana en el diseño y en la implementación de las propias políticas, así como a la reutilización de la inmensa cantidad de datos en poder de las administraciones públicas y de los gobiernos para crear nuevos servicios innovadores e imaginar nuevos usos para esos datos, tanto en el ámbito privado como en el público” (Márquez, 2014, pp. 7-9). A esto podríamos añadir que, además, el gobierno electrónico ha llegado al poder judicial y al legislativo, dejando de ser una herramienta exclusiva del ejecutivo. El texto, así pues, no analiza el uso de las TIC en la dimensión de *polity*, sino en su dimensión de *policy* (Subirats, 2002), es decir, no incluye en su análisis la forma en que las TIC pueden mejorar la selección y reemplazo de gobernantes democráticamente, sino que se centra en cómo los gobiernos intentan mejorar su legitimación vía procesos y resultados y,

¹ Los gobiernos autonómicos están desarrollando también sus propias políticas, muchas veces de forma más avanzada y coherente que el Estado, pero no existe espacio para hacer su análisis en este texto.

sobre todo, los límites de estos procesos en una democracia representativa. Finalmente, no podemos obviar que estas nuevas tecnologías (en esencia Internet 2.0) se desarrollan con objetivos de beneficio económico y que se sitúan en el marco de una economía de mercado globalizada; las NTIC sirven al desarrollo del modelo capitalista y, usadas adecuadamente por el Estado, pueden generar crecimiento económico gracias a los programas de open data y a la reducción de costes públicos. En suma, no se crean por las empresas para generar más democracia y mejorar la deliberación, otra cosa es que las redes sociales puedan usarse para ello.

En cuanto al modelo de democracia que tenemos como referencia, y en el que se sitúan estas políticas, es esencialmente agregacionista y no deliberativo, representativo y no directo, débil y no fuerte (Villoria y Ramírez Alujas, 2013). El agregacionismo tiene su inicial expresión en la obra de Schumpeter, para quien la democracia sería simplemente un arreglo institucional por virtud del cual las personas adquieren el poder de tomar decisiones políticas mediante una lucha competitiva por el voto de la gente (Schumpeter, 1976: 269). Este modelo toma como referencia el mercado y la elección racional egoísta como mecanismo de explicación de las conductas humanas y se centra en el mecanismo del voto como referente esencial para la toma de decisiones políticas. Frente a ello, la democracia deliberativa pone el énfasis en los procedimientos de argumentación y comunicación, en la búsqueda del consenso y el interés general (Cohen, 1996). Por otra parte, a este modelo agregacionista se le suma hoy en día una mayor preocupación por la calidad de los procesos. La democracia, se asume, es más compleja que las meras elecciones; también es preciso preocuparse de la gobernanza democrática durante los momentos no electorales y de la organización del Estado en sus relaciones internas y con la ciudadanía (O'Donnell, 2003). La democracia debe asegurar que los gobernantes, una vez elegidos, no abusan del poder que les es legalmente conferido (O'Donnell, 2010). La mayor transparencia y mejores mecanismos de rendición de cuentas del Estado se convierten, así pues, en criterios clave de legitimación. En suma, el modelo de democracia que tenemos como referencia procura, respetando la esencia agregacionista, mejorar los mecanismos de representación y dar respuesta a la demanda de proximidad (Rosanvallon, 2010) propia de las democracias consolidadas de los albores del siglo XXI.

Finalmente, la transparencia de la que hablamos, en coherencia con todo lo anterior, se refiere a un flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico, social y político, accesible a todos los actores relevantes (Kauffman y Kraay, 2002), información que, en el ámbito de lo público, que es el que tratamos aquí, debe permitir evaluar a las instituciones que la aportan y formar opiniones racionales y bien sustentadas a quienes deciden y a quienes participan o son objeto de la decisión. Esta definición conecta con ideales básicos de la democracia representativa, así, en una famosa carta de Madison a W. T. Barry (1822), dice aquél: *"A popular Government without popular information or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance, and a people who mean to be their own Governors must arm themselves with the power knowledge gives."* La democracia, en suma, requiere ciudadanos/as informados, exige personas con capacidad para juzgar lo que hace el gobierno y ello sólo se puede alcanzar con la transparencia y la formación. Del mismo modo, esto exige gobernantes que son capaces de mostrarse ante la ciudadanía, y que entienden, con Kant, que lo que distingue al *político moral* es el haber comprendido que la estrategia del secreto frustra los fines de una asociación de seres libres (Greppi, 2013).



Ahora bien, para finalizar esta introducción, conviene recordar que la transparencia tiene distintas modalidades (Sosa, 2011): Puede ser opaca o clara, activa o pasiva. Aunque pueda parecer contradictorio, a veces la denominada transparencia es opaca. Su finalidad no es ayudar al ciudadano a controlar y a conocer, sino dar la imagen de que el gobierno se abre, cuando en realidad trata de evitar el control y la sanción ciudadana; para ello, se aporta información aislada, sin integrar, innumerables estadísticas innecesarias, montones de datos sin sentido y toneladas de documentos inservibles. Por el contrario, la transparencia puede ser clara, ayudando a mejorar el control ciudadano y la información sobre cómo funcionan los asuntos públicos. Para ello, se aportan datos necesarios, reutilizables, integrados, agregados, comparables (Cotino, 2012). Por otra parte, la transparencia activa se basa en aportar bases de datos compatibles y reutilizables, y toda la información necesaria para conocer y controlar el funcionamiento del Estado; actualmente se hace a través de plataformas integradas que, gracias a las nuevas tecnologías de información y comunicación, permiten un acceso inmediato a datos de todo tipo que, al reutilizarlos, generan un inmenso valor agregado. Pero también puede ser pasiva: en este caso es información a demanda, vinculada al derecho de acceso a información. A veces, la transparencia activa puede ser opaca, sobre todo si se usa de forma manipulada, parcial, no reutilizable y desintegrada. Y la transparencia pasiva, del mismo modo, puede ser castrada a través del exceso de datos irrelevantes y la tardanza en la respuesta a la petición. En suma, es cierto que la transparencia es un requisito esencial de la democracia, pero no es el único y debe equilibrarse con otros en función de variables como la seguridad, la propiedad privada o la privacidad; más aún, la transparencia no deja de ser una forma de regulación que asume que quien recibe la información es capaz de procesarla adecuadamente y que quien la elabora lo hace sin sesgos, lo cual no siempre se produce, de ahí la importancia de clarificar quién está detrás de los datos y cómo se estructuran (Etzioni, 2010).

II. La Ley de transparencia: ¿por qué ahora?

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (LTBG), es una ley que surge en una sociedad democrática casi plenamente digitalizada, aunque con brechas digitales aún evidentes, una sociedad donde las redes sociales se estructuran cada vez más mediante las nuevas tecnologías y pueden, gracias a ello, expandirse de forma global y comunicarse a velocidades casi instantáneas. En esta sociedad, pensar que los documentos físicos constituyen todavía un elemento clave de poder e influencia o que se pueden poner puertas a la información y hacerla llegar a sectores muy específicos, sin que se difumine, es ciertamente irreal. Por desgracia, en la Administración española actual todavía conviven los dos mundos, el del siglo XIX y el del XXI, y eso se comprueba en la norma que analizamos y se comprobará aún más en las dificultades de implantación que sufriremos. En todo caso, la ley llegó y, lo primero que deberíamos preguntarnos, es por qué llegó ahora y no hace ya casi diez años, como algunos estuvimos defendiendo en su momento. En general, hay tres tipos de razones para explicarse las causas de la norma y una especial para explicarse por qué ahora y no durante los dos gobiernos del Presidente Zapatero, a pesar de que estaba en el programa electoral desde 2004.

En relación a esta última cuestión, es importante considerar que la Administración española ha funcionado -y funciona- con opacidad desde sus mismos orígenes. Los "*arcana imperii*" son parte esencial de la configuración y el ejercicio del poder en la España imperial y, posteriormente, en los intentos racionalizadores de las administraciones liberales y tecnocráticas. Como sabemos bien quienes nos insertamos en enfoques institucionalistas, el camino generado en

diversas coyunturas críticas constituye un camino de dependencia del que es muy difícil salirse (Pierson, 2000, 2004; North, 1994, 2001). El equilibrio puntuado, en este caso, no ha dejado de tener siempre el mismo desequilibrio a favor de la opacidad y en contra de la transparencia. En el año 2004 esta propuesta entró en el programa electoral del PSOE como un pío deseo que, posteriormente, chocó con la realidad interna de una burocracia insensible al valor transparencia y con unos líderes políticos que siguieron creyendo que más opacidad era más poder, de ahí las continuas dilaciones en la aprobación de la norma prometida. No obstante, la mera promesa ya era un cambio muy importante. Siguiendo la famosa metáfora de J. Kingdon (2003) sobre las ventanas de oportunidad, podríamos decir que la transparencia ni era un problema social relevante en 2004, ni había voluntad política real de generar una política en el tema y, tan sólo, había instrumentos (ante-proyectos de normas, informes) en busca de problemas para cuando surgiera la ocasión.

Pero en estos diez últimos años surge una coyuntura crítica, además de una inicialmente débil coalición promotora –coalición que se va ampliando y reforzando- (Sabatier, 1998; Sabatier y Jenkins-Smith, 1993), que cambian el statu quo. Es probable, incluso, que sin la coyuntura crítica -la gran crisis económica y social de España- cambios graduales y efectos acumulativos hubieran conseguido, poco a poco, el cambio en el modelo de política hacia el acceso a datos y la apertura gubernamental; la “idea” de la transparencia tiene en las democracias actuales un poder extraordinario y su influencia en los procesos discursivos es cada vez mayor (Thelen, 1999, 2003; Mahoney y Thelen 2009); no obstante, en todo caso, un nuevo gobierno con necesidades específicas de legitimación, presiones externas -reforzamiento de la coalición promotora y presión europea-, ciertos liderazgos internos -el papel de la Vicepresidenta y su equipo-, la crisis del sistema económico y político y la cada vez mayor disposición de instrumentos tecnológicos para hacer frente al reto de la transparencia dieron lugar a que se juntaran todos los elementos esenciales para que la ventana se abriera y, una vez abierta, se ampliaran las presiones hacia una política de transparencia con todas las consecuencias.

Puestos en la visión gubernamental, la política de transparencia y, en concreto, la ley que analizamos, tiene tres objetivos esenciales. En primer lugar, recuperar legitimidad para la acción de gobierno y reducir la desconfianza política e institucional, “regenerando la democracia”. Segundo, prevenir una corrupción que ha aportado, durante los últimos años, nuevos titulares de prensa diariamente. Finalmente, reforzar la eficiencia gubernamental, gracias a los incentivos y desincentivos que la transparencia genera. Si se analizan conjuntamente, los tres objetivos están conectados a un problema esencial: la deslegitimación del poder político que vive hoy en día España. Analicemos brevemente qué está pasando.

III. El problema: Crisis de legitimidad.

La legitimidad es un concepto complejo y con muy diferentes aristas. Por una parte, siguiendo a Weber (1947), podríamos decir que la legitimidad se relaciona con la creencia en que quien nos manda tiene derecho a hacerlo y en la correspondiente obligación de obedecer. Si aceptamos esta fórmula, tendremos que asumir que últimamente la obediencia voluntaria a las decisiones de los que gobiernan ha tenido algunas respuestas críticas en las democracias de todo el mundo. No es sólo el 15M en España, es también *Occupy Wall Street*, son las manifestaciones en Brasil relacionadas con los fastos del Mundial, es la ocupación de la plaza de Taksim en Estambul, etc. En suma, las democracias actuales se enfrentan a múltiples respuestas críticas que conectan con la imagen deteriorada de los partidos políticos y sus dirigentes. Las nuevas tecnologías de información y

comunicación y el desarrollo de la sociedad red dan poder a actores nuevos (como los movimientos sociales o los gestores de redes de agregación de datos y comunicación) que compiten con unos partidos envejecidos y demasiado preocupados por sus propias luchas de poder. Gracias a las TIC la información fluye con una velocidad y complejidad enorme, lo cual nos permite conocer los múltiples errores de los dirigentes políticos y, al tiempo, nos abre las vías hacia formas novedosas de comunicación y generación de redes de influencia. Sectores (aún minoritarios) de la sociedad civil se sienten con capacidad y fuerza como para poder articular alternativas a los partidos consolidados. Y todo ello en un entorno en el que se conoce mejor que nunca cómo y por qué alguien dirige un gobierno y sus métodos de llegar al poder. La consecuencia es que se hace más difícil creer en la legitimidad carismática y la racional-legal es insuficiente, pues quien manda debe aportar más resultados que la mera asunción de las reglas de selección y reemplazo: debe aportar soluciones a los problemas sociales y económicos en un mundo interconectado.

En otra versión del concepto, la de Beetham (1991), la legitimidad es más contextual y depende de las circunstancias sociales y culturales. De acuerdo con esa idea, la legitimidad se fundamenta en tres componentes: en primer lugar, la conformidad del poder con las normas o con el derecho legalmente definido; el segundo componente, se refiere a la conformidad de las normas establecidas con el sistema de creencias existente en esa sociedad, de forma que si las normas chocan con las creencias tenderán a ser rechazadas; y el tercero es la expresión de consentimiento por parte de los subordinados al poder.

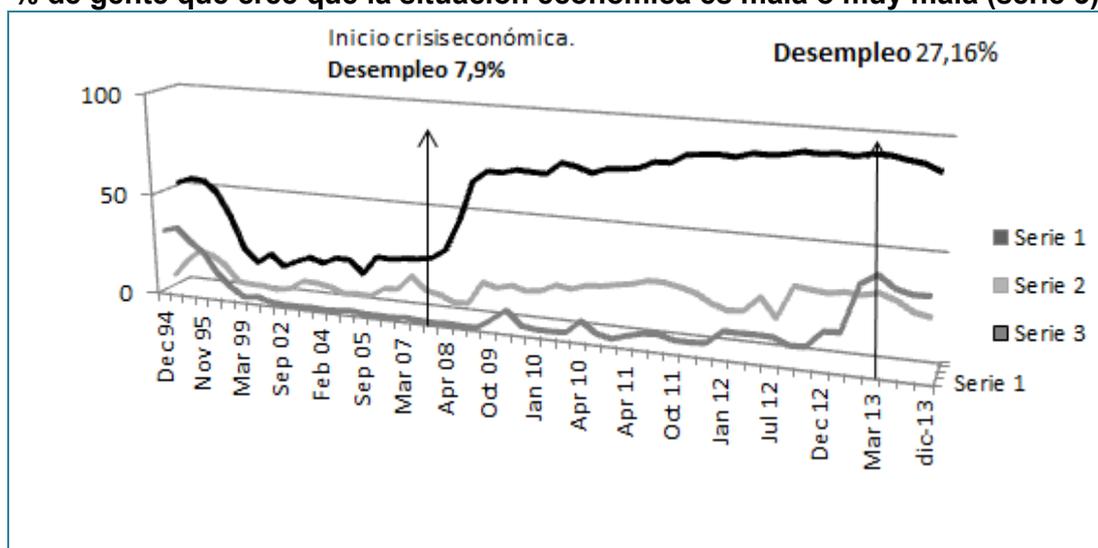
Analicemos la situación de los gobiernos y las instituciones políticas esenciales siguiendo ahora el modelo de Beetham. En primer lugar, estas instituciones deben seguir unas leyes (aunque sean mínimas) y, lógicamente, el conocimiento público del incumplimiento de las normas por las mismas genera indignación en la ciudadanía. Más aún cuando las normas las hacen los propios políticos a través de sus representantes en el Parlamento. Por otra parte, los partidos políticos en el poder, al hacer las normas, pueden tratar de utilizar las mismas para garantizar su poder, evitando la llegada de intrusos al círculo de poder e influencia clave y garantizándose recursos estatales para su supervivencia, circunstancia que también hemos vivido. En suma, las normas sabemos que se incumplen a menudo, sobre todo las de financiación de partidos, las relativas a la contratación y subvenciones públicas, o las que tratan de asegurar la imparcialidad de las administraciones; y además, muchas se hacen sin garantizar el equilibrio en el campo de juego que la democracia demanda.

En cuanto a la conexión de las normas con el marco de creencias y valores de la sociedad correspondiente, es muy interesante ver cómo en ciertas encuestas ya aparece claramente en España una distancia entre cómo creen nuestros representantes que deben actuar y cómo los ciudadanos queremos que nos representen. El modelo tradicional de representación, en el que los dirigentes de los partidos tradicionales aún creen, es el de la delegación. Ustedes nos votaron, déjenos trabajar por ustedes y, si no les gusta, a los cuatro años no nos voten. Sin embargo, los ciudadanos ya no creemos en esa delegación y pedimos mucha más transparencia y rendición de cuentas; esperamos de nuestros dirigentes que continuamente nos expliquen, que nos consulten y que asuman consecuencias por sus errores. Esa tensión de creencias y valores está siendo demoledora para los dirigentes tradicionales de los partidos históricos. Finalmente, en cuanto al consentimiento, nos remitimos a los datos previos sobre la contestación existente, cómo la afiliación a partidos ha bajado en casi todo el mundo y especialmente en

Europa y cómo la participación en las elecciones ha mostrado bajadas claras en numerosos países donde no es obligatoria (Whiteley, 2014).

Veamos ahora algunos datos sobre esta deslegitimación creciente del funcionamiento del sistema. Si se analizan los problemas más importantes para los españoles desde mediados de 2009, veremos que el paro (unido a la situación económica general), la corrupción y los políticos ocupan los tres puestos principales. Más aún, la creencia de que los políticos son un problema y que la corrupción es uno de los tres problemas más graves en el país se ha ido acrecentando en los últimos cuatro años y ha generado un estado de opinión ciertamente preocupante (ver más abajo el gráfico 1). Esta creencia va correlacionada con la creencia en que la economía va mal o muy mal, de forma que cuando más del 50% de los encuestados/as creen que la economía del país va mal o muy mal es cuando empiezan a elevarse las respuestas que sitúan la corrupción y los políticos como problema. En suma, bajo rendimiento percibido, unido a corrupción deslegitiman profundamente a los gobiernos y a las instituciones políticas.

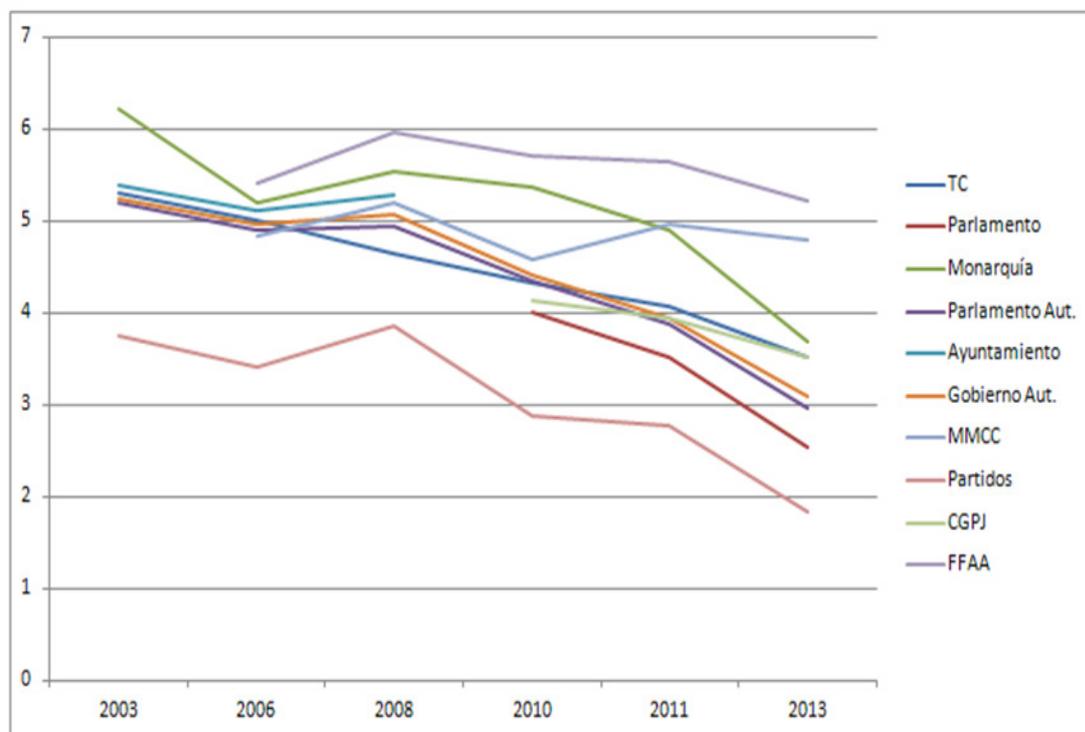
Gráfico 1: % de gente que cree que la corrupción (Serie 1) y los políticos (Serie 2) son uno de los tres problemas más importantes del país. Y % de gente que cree que la situación económica es mala o muy mala (serie 3).



Fuente: Barómetros del CIS y Encuestas de Población activa (INE).

La desconfianza hacia las diversas instituciones públicas del país no ha hecho sino expandirse (ver gráfico 2), como demuestran los estudios del CIS (ver, por ejemplo, Estudio nº 2.984, Abril 2013). Y, más aún, los niveles de confianza política han caído a datos históricamente bajos; si se toman las series del CIS desde 1996, se han perdido más de 20 puntos desde entonces hasta ahora (del 50% al 30%) en los niveles de confianza política de los españoles/as (Jiménez, 2013, pp. 132-133). Es cierto que ello, en los últimos cinco años, ha ido muy vinculado, como se pudo ver en el gráfico 1, a la percepción del bajo rendimiento de los gobiernos en la lucha contra la crisis económica, pero en cualquier caso, esta profundización en los tradicionales rasgos de desafección en España empieza a ser demoledora. La ley de transparencia se ha pensado como una palanca que ayude a recuperar legitimidad y, por ello, se ha conectado reiteradamente por el gobierno a la lucha contra la desafección política.

Gráfico 2: Evolución de las puntuaciones medias de confianza en diferentes instituciones en España, 2003-2013



Fuente: Banco de datos del CIS

Por otra parte, también, en diferentes declaraciones, se ha vinculado a la ley a la lucha contra la corrupción. Es cierto que desde el año 1994 (primeros datos existentes), la mayoría de los españoles ha creído que la corrupción política había aumentado o permanecido igual durante el año precedente (Díez Nicolás, 2013). Pero los datos actuales de percepción son demoledores y comparativamente con Europa nos sitúan como el país en el que más ha empeorado la percepción de corrupción (ver tabla 1).

Tabla 1. Percepción de la corrupción en España, según los Eurobarómetros 325, 374, 397.

Países	Eurobarómetro 325, 2009. De acuerdo con "hay corrupción en las instituciones nacionales de mi país".	Eurobarómetro 374, 2011. De acuerdo con "hay corrupción en las instituciones nacionales de mi país".	Eurobarómetro 397, 2013. De acuerdo con "hay corrupción en las instituciones nacionales de mi país".
Austria	66%	85%	73%

Czech Republic	96%	95%	94%
Denmark	35%	25%	38%
Finland	68%	50%	51%
France	83%	80%	76%
Germany	80%	70%	74%
Greece	98%	99%	97%
Hungary	98%	86%	72%
Holland	56%	39%	57%
Italy	89%	95%	93%
Poland	86%	73%	78%
Portugal	91%	91%	86%
Romania	87%	89%	82%
U.K.	76%	73%	72%
Spain	91%	93%	95%

Fuente: Eurobarometers 325; 374; 397.

Más aún, según el citado Eurobarómetro de 2013, el 77% de los españoles creen que la corrupción es parte de la cultura de los negocios en el país (la media europea es del 67%), el 84% creen que el soborno y las conexiones son la forma más sencilla de obtener servicios públicos (media europea 73%), el 67% que la única forma de tener éxito en los negocios son las conexiones políticas (media europea 59%). Los españoles ven que la conexión entre dinero y política es continua y perversa. Pero más preocupante aún, desde la perspectiva económica es ver cómo las empresas radicadas en España asumen estas ideas e, incluso las radicalizan. Así, para el 54% de las empresas españolas la corrupción es un problema al hacer negocios (media europea 43%); también el patronazgo lo es para el 46% (media europea el 41%). Somos el país líder en Europa en la creencia por parte de nuestras empresas en la extensión de la corrupción en la contratación: 83% a nivel nacional y 90% a nivel regional y local (media europea 56% y 60% respectivamente). Las empresas españolas son las que tienen el record europeo de percepción de corrupción, junto a las griegas: el 97% (la media UE es del 75%). Las malas prácticas que en términos generales se observan por nuestras empresas son: favorecer amigos y familia al hacer negocios, el nepotismo y clientelismo en la administración, y la opaca financiación de los partidos. El 91% de nuestra empresas ven excesivos vínculos entre dinero y política (media europea 80%); el 93% cree que la corrupción y el favoritismo daña los negocios (media europea 73%); y el 78% creen que los sobornos y las conexiones son la forma más sencilla de obtener servicios públicos (media europea 69%).

Tal vez por todo esto, las empresas españolas son las que, junto con las chipriotas, menos participan en contratación pública: el 11% de ellas en los últimos 3 años (29% en la UE). El 42%, de entre las que han participado, cree que la corrupción le ha impedido ganar concursos, frente a una media europea del 32%. Los problemas que, en relación a la contratación se han hallado son los siguientes (ver tabla 2).

Tabla 2. Principales problemas de la contratación pública según las empresas. % de empresas que consideran el ítem propuesto como un problema.

Problemas	Contratos teledirigidos	Conflictos de interés	Arreglos previos/ colusión	Criterios de selección poco claros	Diseño realizado por el contratista	Abuso de procesos negociados	Modificados	Abuso de emergencia
UE	57	54	52	51	46	47	44	46
España	80	79	71	72	56	72	69	64

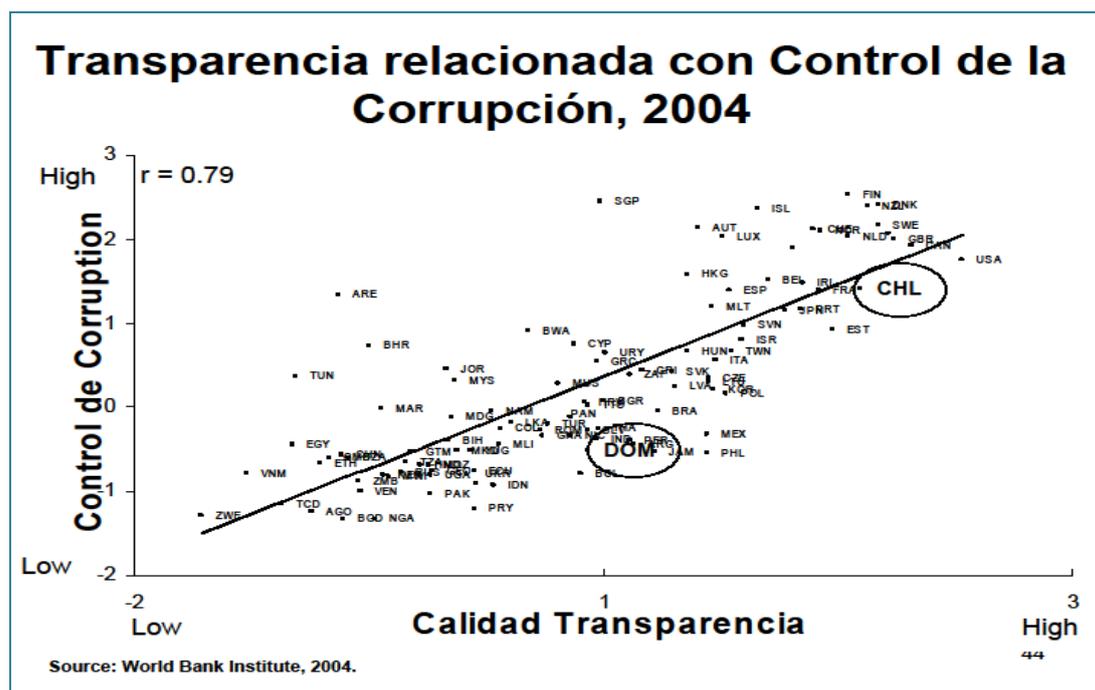
Fuente: Eurobarómetro 374

Es cierto que la alta percepción de corrupción tiene relación con factores históricos, de desconfianza institucional sólidamente afianzada (Torcal y Magalhaes, 2010), que ha sido reforzada por la continua presencia de noticias de corrupción política, sobre todo a partir de finales de la década de 1980, con puntas en función de la llegada de nuevos escándalos (Jiménez y Villoria, 2012; Della Porta, 2000). En tanto la corrupción es un fenómeno que existe en la mirada del perceptor, un sentimiento pre-existente de desconfianza hacia los políticos seguro que afecta las respuestas sobre la inmoralidad de los mismos, predisponiendo a los ciudadanos a adscribir motivos corruptos a los actos de aquéllos (Wroe. Allen y Birch, 2013, p. 176). La confianza institucional, además, tiene una fuerte relación con la confianza interpersonal (Inglehart y Wenzel, 2005; Putnam, 1993) y ambas con la corrupción (Rothstein y Stolle, 2003; Rothstein y Eek, 2009; Della Porta y Vanucci, 1999). Por ello, existe correlación positiva entre los bajos niveles de confianza intersubjetiva y la percepción de corrupción (Villoria, Van Ryzin y Lavena 2013), de forma que ese bajo nivel de confianza entre los ciudadanos, rasgo consolidado en España desde que se mide esta variable, podría afectar a la percepción de corrupción y viceversa.

IV. Una solución: más transparencia

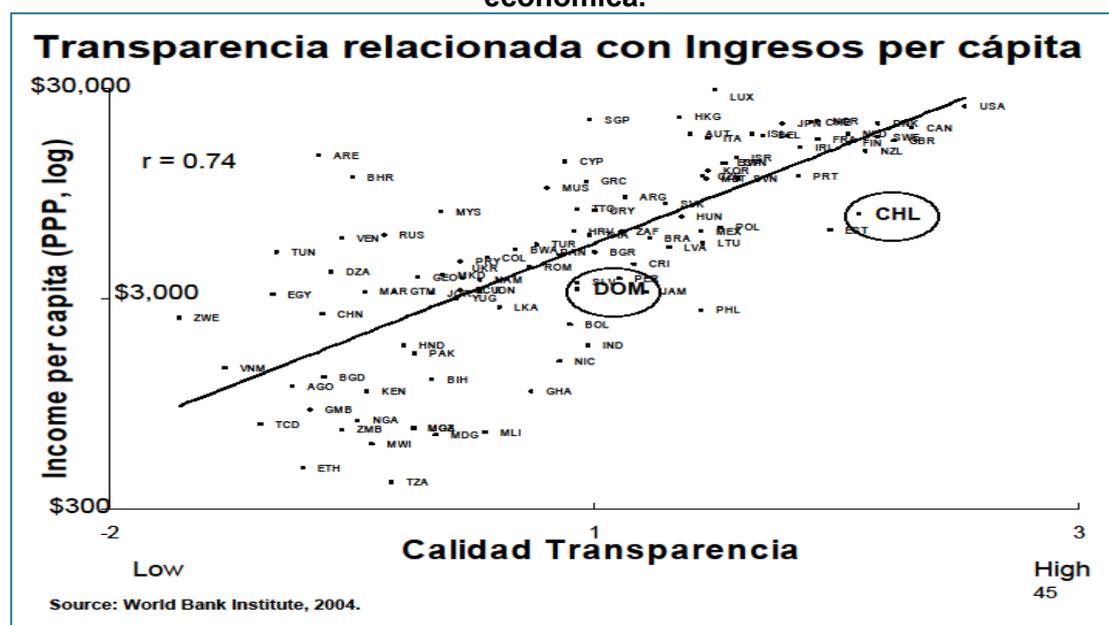
Ante este estado de cosas, la transparencia aparece como una solución legitimadora de alto rendimiento y coste relativamente bajo. Las ideas que existen en el mercado de las soluciones públicas refuerzan esta opción. Para empezar, la ley de transparencia se ha considerado como un antídoto contra la corrupción, sobre todo porque permitiría detectar mejor los casos de corrupción existentes y, con ello, desincentivaría las actividades corruptas, sobre todo si la persecución y sanción siguen a la detección previa. La correlación entre transparencia y baja corrupción, empíricamente demostrable, reforzaría esta creencia (ver gráfico 3).

Gráfico 3. Correlación entre transparencia y corrupción



Finalmente, los estudios sobre la transparencia y sus efectos beneficiosos en el mundo de la economía son muy numerosos (Akerlof, 1970; Stiglitz, 2000; 2002). Para empezar, porque los costes de transacción se disparan con la opacidad. Los datos económicos sobre el funcionamiento de la economía, cuando son proporcionados de forma rigurosa por los Estados, ayudan a los mercados a funcionar mejor; gracias a ellos, los inversores, productores y consumidores pueden tomar decisiones más eficientes. La economía global no podría funcionar sin datos fiables de inflación, déficit o endeudamiento por país. Islam (2003) indica que existen países con una cultura de apertura y otros con una cultura de opacidad. En estos últimos no existen incentivos suficientes para presionar a los gobiernos a que se muestren más abiertos e inclusivos; además, existen problemas de acción colectiva para generar coaliciones fuertes a favor del derecho a la información. Todo ello afecta negativamente al funcionamiento de la economía y el sistema democrático. Por el contrario, la transparencia se correlaciona fuertemente con la riqueza per cápita (ver gráfico 4). La apuesta por la transparencia, en consecuencia, es también una apuesta por el crecimiento económico y la inversión.

Gráfico 4. Correlación entre transparencia y eficiencia económica.



Nuria Cunill (2006) ha defendido que la transparencia en la gestión pública ayuda a mejorar la calidad de la democracia y a mejorar la eficiencia. En concreto, la autora asegura que la elección posibilitada por la competencia entre servicios públicos y la coproducción supeditan su eficacia a la transparencia. Más aún, la transparencia vinculada al uso de las nuevas tecnologías produce incrementos de eficiencia notables. Hoy en día, a través de los *apps* y los *wikis* este proceso ha encontrado una dimensión desconocida históricamente. *Open Government* crea la posibilidad de integrar en sistemas de regulación plataformas de colaboración y *wiki-government*. Con el *open data* plenamente funcional, hay una posibilidad real de reutilizar y agregar datos y, además de generar conocimiento, crear empleo a través de la generación de nuevas empresas y ONG,s que traten dichos datos, con los positivos efectos que para la economía tiene esta sinergia. De acuerdo a la *National Audit Office* británica (2012), la apertura de datos puede generar importantes beneficios a la economía británica (en torno a los 20.000 millones de euros es el valor atribuido a los datos existentes). Para que esta riqueza llegue a los ciudadanos, en diciembre de 2011 ya se había realizado la conexión de 7.865 archivos públicos con datos reutilizables en la web www.data.gov.uk. De hecho, más de 47 millones de ciudadanos habían visitado la página web de la policía sobre los mapas de criminalidad sólo entre los meses de febrero y diciembre de 2011. En esta línea, una investigación reciente sobre la reutilización de la información pública en la Unión Europea estimó que el valor de dicha información puede rondar los 140 mil millones de euros al año (Vickery, 2011).

En suma, que las ideas sobre el valor de la transparencia para resolver problemas importantes en el país se fue consolidando. Las ideas son importantes para clarificar objetivos, definir el rango de posibilidades de acción, o ayudar a seleccionar el impacto concreto que se quiere, en ausencia de una única solución, pero no hay que olvidar que también son útiles para racionalizar decisiones ya tomadas y para institucionalizar ideas previas (Majone, 2001, p. 3). Las ideas existen a tres niveles: en las políticas, programas y filosofías; y son de dos tipos: cognitivas y normativas. Un discurso es un proceso interactivo de transmisión de

ideas y se desarrolla de dos formas: en el discurso coordinativo entre los actores de una política y en el discurso comunicativo entre los actores políticos y el público. En los sistemas políticos sencillos prima la variante comunicativa, en los sistemas complejos prima la variante coordinativa (Schmidt, 2008, 2010). Cuando se estudia esta reforma administrativa es muy importante, por ello, considerar la relevancia explicativa de las ideas, en las cuales existen expectativas normativas sobre por qué cierta conducta es deseable y necesaria, así como asunciones y puntos de vista cognitivos sobre cómo deberían actuar los actores y las organizaciones ante el problema correspondiente (Powell 1991). En suma, el discurso de la coalición promotora se sofisticó lo suficiente como para reducir las resistencias al cambio. Por ello, podemos concluir que la LTBG es, sobre todo, la consecuencia de la consolidación de una serie de ideas, articuladas en discursos coordinativos y comunicativos, que, ante una ventana de oportunidad, han triunfado y se han asumido como buenas por actores clave en la generación de políticas públicas y por la ciudadanía de nuestra democracia.

V. La política

Todo este conjunto de factores funciona si, al final, existe también un interés político en que la transparencia se convierta en una política comunicable y se pueda vender electoralmente. Si analizamos el Programa del Partido Popular para las Elecciones Generales del 2 de noviembre de 2011, estaba claro que este partido había visto los réditos electorales en la promoción de la transparencia. Así, dice: “Aprobaremos con carácter inmediato y de acuerdo con los principios que inspiran el Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos, una ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La ley abordará desde una perspectiva integral la transparencia como un derecho de los ciudadanos y como un principio básico de actuación de todas las administraciones públicas, garantizando de manera ponderada el derecho a la protección de datos de carácter personal y salvaguardando siempre el interés general”. Una vez ganadas las elecciones, la Vicepresidenta del Gobierno asumió este compromiso como prioritario y declaró en Comparecencia del 23 de marzo de 2012 en el Senado: “el Gobierno pretende ponerse “a la vanguardia mundial” en este asunto. La propia elaboración de la ley será novedosa. Se abrirá un proceso para que los ciudadanos puedan opinar a través de las webs del Gobierno²”.

Así se hizo y el ante-proyecto de ley se sometió a información pública. Hubo una notable participación de más de 78.000 visitas y se formularon más de 3.600 observaciones³. Los temas más debatidos fueron la ampliación de los sujetos obligados a la Casa Real, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y a todas las personas jurídicas privadas que reciben fondos públicos; la reivindicación del reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho fundamental, la oposición al silencio negativo en caso de falta de respuesta en plazo; y la demanda de creación de un órgano verdaderamente independiente como garantía de la efectividad de la Ley. Los mismos temas marcarían el debate parlamentario. En las comparecencias en el Congreso, puede decirse que los expertos fueron unánimes en la propuesta de ampliación de los sujetos obligados a la Casa Real, los partidos políticos, los sindicatos y asociaciones de empresarios (en la propia Ley de Transparencia o en su propia normativa reguladora; sobre eso hubo discrepancias). También en la necesidad de incluir sanciones por incumplimiento de las normas sobre publicidad activa y pasiva y en la exigencia de optar por un órgano

² <http://www.rtve.es/noticias/20120323/ley-transparencia/509675.shtml>

³ Intervención de la vicepresidenta del Gobierno durante la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros (18-05-2012)

de control verdaderamente independiente. Todas estas sugerencias unánimes serían objeto de consenso en la intensa negociación informal que se desarrolló entre los grupos parlamentarios una vez finalizada la ronda de comparecencias. Por el contrario, hubo discrepancias en algunos puntos: la naturaleza o no de derecho fundamental del derecho de acceso y, por ende, su necesaria tramitación como ley orgánica; la previsión del silencio como positivo o negativo, y la pertinencia de regular en la propia Ley de Transparencia la actividad de los *lobbies*. En todos estos puntos la Ley siguió lo ya previsto en el Proyecto (Guichot, 2014).

Finalmente, y pese a que todos los grupos afirmaron que el texto sometido a votación era mucho más avanzado que el proyecto remitido al Congreso por el Gobierno, la Ley fue aprobada con los votos a favor de los partidos de centro-derecha y derecha; y en contra de todo el espectro de centro-izquierda e izquierda. Tras su paso por el Senado, el día 28 de noviembre de 2013 fue aprobada en el Congreso de los Diputados la Ley de Transparencia. Se previó la entrada en vigor al año de su publicación, que se extiende a dos años para los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. En los discursos legitimatorios del gobierno, la aprobación de esta norma, en el marco de las otras políticas de regeneración democrática, aparece como un hito esencial en su trabajo por salir de la crisis económica y social.

VI. ¿Servirá para algo?

Conociendo sus objetivos y los problemas que pretende afrontar, la pregunta clave, ahora, es si la ley permitirá relegitimar la acción pública, si prevendrá la corrupción y si incrementará la eficiencia de nuestras administraciones. Lógicamente, para saber si estos nobles fines se alcanzan, será necesario realizar una evaluación de la política de transparencia una vez que la norma se implemente plenamente. Pero para que se implemente adecuadamente, será preciso que se den toda una serie de variables que permitan que los juegos de intereses y las capacidades de los actores alcancen equilibrios positivos y que no se produzcan vetos paralizadores. En concreto, y siguiendo la literatura existente sobre esta materia, se pueden identificar los siguientes retos para que una estrategia de transparencia y acceso a la información sea implementada de forma efectiva:

- Que exista un sistema de archivos y de almacenamiento de decisiones eficaz, pues de lo contrario ni con buena voluntad se podrá dar la información exigida.
- Una simplificación exigente de normas y procedimientos. Si esta simplificación no se produce, la información será difícilmente clara, estructurada y entendible.
- Una interoperabilidad eficaz entre los sistemas o componentes para intercambiar información y utilizar la información intercambiada. En este caso, nos encontramos ante un problema de voluntad política, no tanto ante un problema técnico, pues la ingeniería informática y de telecomunicaciones tiene respuesta a estos problemas. Considerando los antecedentes en tantas políticas y programas españoles, parece que va a ser muy difícil superar este reto. El trabajo por silos es parte consustancial de la cultura organizativa española, los departamentos del mismo gobierno no se pasan información entre ellos, ni siquiera dentro de los ministerios las Direcciones Generales se la pasan, con que imaginemos cómo se la pasarán entre administraciones diferentes y de partidos distintos.

- Una garantía de agilidad en la provisión de información y en el tratamiento y renovación de la misma. Este reto pertenece a lo que denominaríamos “back office”; la reestructuración interna de procesos para garantizar la renovación informativa y la inmediata publicidad debe ser desarrollada en cada unidad de gobierno.
- Una garantía de reutilización de los datos, por todos los usuarios que lo deseen, gratis o a bajo coste. Para ello, será importante el compromiso de todas las Administraciones con esta forma de presentación de datos, tan importante para el adecuado control del gobierno y con tantas posibilidades para la generación de riqueza. Por ejemplo, en 2012, en el Reino Unido, el 75 por ciento de los datos de www.data.gov.uk eran reutilizables y de propiedad abierta.
- Un sistema de incentivos al cumplimiento. Para ello, los premios a la transparencia, o los rankings gestionados por organismos independientes son una fuente excelente de promoción del cumplimiento de las normas.
- Un sistema de sanciones eficaz de los incumplimientos. Existen enormes fallos en la LTBG en esta materia.
- Un buen procedimiento de solicitud, demanda, quejas y recursos. Este requisito se refiere mayormente al derecho de acceso, aunque en publicidad activa también son importantes los procedimientos de control y demanda. Así como el control de calidad del proceso de implementación.
- Una formación de los funcionarios afectados, técnica y en valores. La ley en este sentido exige el desarrollo de un plan de formación en la materia, que, a nuestro juicio, debería completarse con una formación en gobierno abierto y en integridad.
- Un presupuesto suficiente. De acuerdo a la Oficina de Auditoría Británica, la media de gasto por departamento en la implantación del sistema de open data es de entre £53,000 y £500,000, lo cual indica que la implantación de la LTBG exigirá una inversión importante, no sólo en tecnología, sino también en tiempo de trabajo de funcionarios relevantes.
- Un órgano político impulsor con relevancia y peso político. En este caso, la LTBG pone para la AGE al Ministerio de Presidencia a la cabeza, es una buena idea, dado el peso extraordinario de la Vicepresidencia en la labor del Gobierno y su coordinación.
- Un órgano de gestión del sistema con medios suficientes, independencia, transparencia, que rinde cuentas y que asegura la integridad de sus miembros. Habrá que ver cómo se estructura finalmente el Consejo de Transparencia, pero, por ahora, la independencia del órgano no parece asegurada plenamente.

Por otra parte, los resultados de la investigación internacional sobre open data son reveladores de algunos de los problemas que se van a tener para conseguir los objetivos antes citados si no se desarrolla una estrategia más holística. Para empezar, Bauhr y Grimes (2013) han encontrado que la

transparencia sólo relegitima al gobierno y reduce la corrupción si, al tiempo, se mejora la rendición de cuentas; esto está en línea con el célebre modelo de Klitgaard's (1988) que postula que la mejora del control reduce la corrupción. Si se incrementa la transparencia y se permite la reutilización, probablemente la sociedad civil encontrará ineficiencias y actos no muy honestos; si, ante ello, la Administración no da la explicación adecuada y asume las responsabilidades correspondientes, entonces no se avanzará mucho en la legitimación del gobierno, sino todo lo contrario.

Por su parte, Heald (2012) ha resaltado que no todos los datos que se publicitan son iguales en la lucha contra la corrupción; de ahí que sea relevante separar los datos importantes a tal fin de los que no lo son. Finalmente, Worthy (2013), basándose en la experiencia del Reino Unido en la implementación del *open government* defiende que el impacto del *open data* depende de la existencia de una sociedad civil fuerte y del uso sostenido que hace esta de las posibilidades que le otorga la reutilización y la publicidad. También, depende de la existencia de una auténtica separación de poderes y de los controles y chequeos mutuos.

En relación a la búsqueda de eficacia y eficiencia a través de la transparencia, es importante considerar que hoy en día la gestión pública es muy compleja y está vinculada a la acción de múltiples actores públicos y privados, con lo que pensar en un control jerárquico de nivel departamental (por silos aislados) es claramente insuficiente. Un buen control de resultados y del gasto no significa necesariamente “enumerar en detalle y cuantificar todos los objetivos, indicadores y actividades a realizar para ejercer un estricto seguimiento y control del cumplimiento de objetivos” (Zapico, 2013, p. 337). Esta estrategia está dando lugar a comportamientos disfuncionales (maquillaje de información, retención hasta el momento en que el órgano de control ya no tenga tiempo para hacer un control eficaz, desborde de información hacia los órganos centrales, etc). Por ello, siguiendo de nuevo a Zapico (2013), es tiempo para conectar la gestión por resultados con las políticas de gobierno abierto y buscar a través de la transparencia que los organismos públicos controlen resultados de forma coordinada e inter-organizacional, que se busque la participación ciudadana y su colaboración en el control de los objetivos y del gasto público, que se evalúen los resultados e impactos con participación de los afectados, que se transparenten mejor los marcos conceptuales y metodológicos de las políticas y programas de gasto y que se gestione el control de forma orientada al aprendizaje.

Con todas estas enseñanzas, esperemos que podamos afrontar la implantación de la LTBG con una estrategia suficientemente sofisticada como para evitar bloqueos, incumplimientos y fracasos superables con una buena hoja de ruta. En todo caso, no estamos hablando de nuevos modelos de democracia, simplemente de adaptaciones incrementales al modelo ya existente.

VII. Bibliografía

- ACKERLOF, G. A., (1970) “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”, *Quarterly Journal of Economics* vol. 84, núm 3, August, pp. 488-500.
- BARBER, B. (1998) *Which Technology and Which Democracy?* MIT Communications Forum, <http://web.mit.edu/comm-forum/papers/barber.html> (último acceso 15 de septiembre de 2014)
- BAUHR, M., y GRIMES, M., (2013) “*Indignation or Resignation: The Implications of Transparency for Societal Accountability*”, *Governance*. DOI: 0.1111/gove.12033.

- BEETHAM, D. (1991) *The Legitimation of Power*, Palgrave Macmillan
- COHEN, J. (1996). *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, en Seyla BENHABIB (ed.). *Democracy and Difference: Changing Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press, pp. 95-119.
- COTINO, L. (2012) “La regulación de la participación y de la transparencia a través de internet y medios electrónicos. Propuestas concretas”. *P3T, Journal of Public Policies and Territories*, Nº 2, June-July 2012, pp. 27-39
- CUNILL, N. (2006) *La transparencia en la gestión pública ¿Cómo construirle viabilidad?*, en MEZONES F. (ed.): *Transparencia en la gestión pública. Ideas y experiencias para su viabilidad*, Magna Terra editores, Guatemala, pp. 25-59.
- DELLA PORTA, D. (2000) *Social capital, beliefs in government and political corruption*, en Pharr S. y Putnam R., *Disaffected Democracies*, Princeton, Princeton University Press, pp. 202-231.
- DELLA PORTA, D. y VANUCCI, A. (1997) *The ‘Perverse Effects’ of Political Corruption*, en HEYWOOD, P., *Political Corruption*, Blackwell Pub., Oxford, pp. 100-123.
- DÍEZ NICOLÁS, J. (2013) *Actitudes hacia la corrupción* en FERNÁNDEZ STEINKO, A., *Delincuencia, finanzas y globalización*. CIS, Madrid., pp. 211-245.
- ETZIONI, A. (2010) “Is Transparency the Best Disinfectant?”, *Journal of Political Philosophy*, [Volume 18, Issue 4](#): 389–404.
- GREPPI, A. (2013) *Contra la falsa transparencia. Genealogías y consecuencias en la esfera pública. Teoría Política*, año 3: 115-138.
- GUICHOT, E. (coord.) (2014), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid, Tecnos.
- HEALD, David. (2012) “Why is transparency about public expenditure so elusive?” *International Review of Administrative Sciences* 78 (1), pp. 30-49.
- INGLEHART, R. y WENZEL, C. (2005) *Modernization, cultural change and democracy: The Human Development Sequence*. Cambridge, Cambridge University Press
- ISLAM, R. (2003), “Do More Transparent Governments Govern Better?”, *Policy Research Working Paper 3077*. World Bank, Washington. <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-3077>
- JIMÉNEZ, J.F. (2013) “Crisis económica, confianza institucional y liderazgos políticos en España”, *Barataria*, nº 15: 125-141.
- JIMÉNEZ, F. y VILLORIA, M. (2012) *Political Finance, Urban Development and Political Corruption in Spain*, en MENDILOW J. (ed.), *Money, Corruption and Political Competition in Established and Emerging Democracies*, Lexington Books, 121-145
- KAUFFMANN, D. y KRAAY, A. (2002) “Growth without Governance”, *Policy Research Working Paper nº 3077*, World Bank, Washington. <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-2928>
- KINGDON, J. (2003) *Agendas, Alternatives, and Public Policies* (Second Edition), Longman, New York.
- KLITGAARD, R., (1988) *Controlling Corruption*, Berkeley, University of California Press.
- MADISON, J. (1822) *James Madison to W. T. Barry*, Writings 9:103—9. en *Epilogue: Securing the Republic*. Chapter 18, Document 35, *The Founders Constitution*, Philip B. Kurland and Ralph Lerner, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch18s35.html> (último acceso 18 de septiembre de 2014).
- MAHONEY, J. y THELEN K. (2009) *A Theory of gradual Institutional change* en MAHONEY J. Y THELEN K. (eds.), *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-38.



- MAJONE, G. (2001) "Ideas, Interests, and Institutional Change: The European Commission debates the Delegation Problem", *Les Cahiers européens de Sciences Po*. n° 04/2001. París. <file:///C:/Documents%20and%20Settings/caralons/My%20Documents/Download/s/ideas-interests-and-institutional-change-the-european-commission-debates-the-delegation-problem.pdf>
- MARQUEZ, J.M. (2014) Open Data, Reutilización y Administración Electrónica en el Marco de la Transparencia. INAP, documentos *on line* del curso Transparencia y Gobierno Abierto. <https://campus.inap.es/v2/>
- NATIONAL AUDIT OFFICE (2012) "Implementing transparency", Report by the Comptroller and Auditor General. HC 1833 Session 2010–2012. <http://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2012/04/10121833.pdf>
- NORTH, D. (1994) *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Universidad, Madrid.
- NORTH, D. (2001) *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica México.
- O'DONNELL, G. (2003). Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of Mistrust en *Democratic Accountability in Latin America*, S. Mainwaring and C. Welna (eds.), New York, Oxford University Press: 34-54.
- O'DONNELL, G. (2010). *Democracia, agencia, estado: teoría con intención comparativa*. Buenos Aires, Argentina, Prometeo Libros.
- PIERSON, P. (2000), "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of politics", *American Political Science Review* 94: 251-268.
- PIERSON, P. (2004) *Politics in Time. History, Institutions, and Social Analysis*. Princeton University Press, Princeton.
- POWELL, W. W. (1991), *Expanding the scope of institutional analysis*, en DIMAGGIO, P.J. Y POWELL, W. W., (eds.), *The new institutionalism in organizational analysis*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 183-204.
- PUTNAM, R. D. (1993) *Making Democracy Work: Civil Traditions in Modern Italy*. Princeton University Press, Princeton, NJ.
- ROSANVALLON, P. (2010) *La legitimidad democrática*. Paidós, Barcelona.
- ROTHSTEIN, B, y STOLLE. D., (2003) *Social Capital, Impartiality, and the Welfare State: An Institutional Approach* en HOOGE, M. Y STOLLE, D., (eds), *Generating Social Capital: The Role of Voluntary Associations, Institutions and Government Policy*, New York, Palgrave/Macmillan, pp. 191–210.
- ROTHSTEIN, B., y EEK D., (2009) "Political Corruption and Social Trust: An Experimental Approach", *Rationality and Society*, vol. 21, núm. 1, pp 81-112.
- SABATIER, P. (1998) "The Advocacy Coalition Framework: Revisions and Relevance for Europe", *Journal of European Public Policy* 5 (March): 98-130.
- SABATIER, P. y JENKINS-SMITH, H. (eds.) (1993) *Policy Change and Learning: An Advocacy Coalition Approach*. Westview Press, Boulder.
- SCHMIDT, V. A. (2008) "Discursive Institutionalism: The Explanatory Power of Ideas and Discourse", *Annual Review of Political Science*, vol. 11, pp. 303-326
- SCHMIDT, V. A. (2010) "Taking ideas and discourse seriously: explaining change through discursive institutionalism as the fourth 'new institutionalism'", *European Political Science Review*, vol. 2, Issue 1, pp. 1-25.
- SHANE, P.M. (ed.) (2004) *Democracy Online: The Prospects for Political Renewal Through the Internet*. Routledge, Nueva York.
- SCHUMPETER, J.A. (1976) *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper Perennial.
- SOSA, J. (ed.) (2011) *Transparencia y rendición de cuentas*, Siglo XXI editores, México.
- Stiglitz, J. (2000) "The Contribution of the Economics of Information to the Twentieth Century Economics", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 115, núm. 4, pp. 1441-1478.

- STIGLITZ, J. (2002) Transparency in Government, en ISLAM, R., DJANKOV, S. y McLEISH, C., *The Right to Tell. The Role of Mass Media in Economic Development*, World Bank, Washington DC, pp. 27-45.
- SUBIRATS, J. (2002) *Los dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y Tecnologías de la información y de la comunicación* en CAIRO, H. (comp.) *Democracia digital. Límites y oportunidades*. Madrid, Trotta. Pp. 89-113
- THELEN, K. (1999) "Historical Institutionalism in Comparative Politics", *The Annual Review of Political Science* 2: 369-404.
- THELEN, K. (2003) *How Institutions Evolve: Insights from Comparative Historical Analysis*, en MAHONEY, J. y RUESCHEMEYER, D. (eds.) *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 208-241.
- TORCAL, M. y MAGALHAES, P.C. (2010) *Cultura política en el sur de Europa: un estudio comparado en busca de su excepcionalismo*, en TORCAL, M. (ed.) *La ciudadanía europea en el siglo XXI*, CIS, Madrid, pp. 45-85.
- VICKERY, G. (2011) "Review of recent studies on PSI Re-use and related market developments", European Union, Brussels. [file:///C:/Documents%20and%20Settings/caralons/My%20Documents/Download/s/ReviewofrecentstudiesonPSIreuseandrelatedmarketdevelopments%20\(1\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/caralons/My%20Documents/Download/s/ReviewofrecentstudiesonPSIreuseandrelatedmarketdevelopments%20(1).pdf)
- VILLORIA, M., VAN RYZIN G. y LAVENA C., (2013) "Social consequences of government corruption: A study of institutional disaffection in Spain". *Public Administration Review (PAR)*, Vol. 73, Issue 1, January/February, pp. 85-94.
- VILLORIA, M y RAMÍREZ-ALUJAS, A. (2013) "Los modelos de gobierno electrónico y sus fases de desarrollo. Un análisis desde la teoría política", *Gestión y Política Pública*, volumen temático 2013 gobierno electrónico. 69-103
- VITALE, E. (2014) "¿Qué democracia en red?", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, nº 5, pp. 17-26
- WEBER, M. (1947). *The Theory of Social and Economic Organization*, New York: Free Press.
- WHITELEY, P. (2014) "Does regulation make political parties more popular? A multi-level analysis of party support in Europe". *International Political Science Review* vol. 35 (3): 376-399.
- WORTHY, B. (2013) *David Cameron's Transparency Revolution?* (November 29, 2013). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2361428> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2361428>
- WROE, A., ALLEN, N. y BIRCH, S., (2013) "The role of political trust in conditioning perceptions of corruption", *European Political Science Review*, 5: 175-195.
- ZAPICO, E. (2013) *El control por resultados en la gestión pública desde la perspectiva ciudadana*, en PALOMAR, A. Y GARCÉS, M., (dirs.) *La gestión de los fondos públicos: Control y responsabilidades*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, pp. 331-356.





Entre Massachusetts y Catalunya: Sustituciones Constitucionales y Disfunciones Democráticas

Bartolomé Clavero
Universidad de Sevilla
clavero@us.es

Resumen

Este es el texto revisado de una conferencia que afrontó el problema de los desajustes pensables entre democracia y constitucionalismo, éste en el sentido de imperio de los derechos, a los efectos constituyentes de Estados compuestos en sociedades plurinacionales. Comparando mutaciones constitucionales de España y de los Estados Unidos, se hace ver la disfunción de la democracia, ésta en el sentido de apelación directa a la ciudadanía, en lo que respecta a la garantía y promoción de los derechos no sólo individuales, sino también colectivos, como los de naciones que no forman por sí Estados*.

Palabras clave

Mutaciones constitucionales, constitucionalismo estadounidense, constitucionalismo español, separación de poderes, plebiscitos constituyentes, Estado plurinacional.

Between Massachusetts and Catalunya: Constitutional mutations and democratic dysfunctions

Abstract

What comes next is the revised transcription of an oral speech addressing the predicament aroused by arguable mismatches between democracy and constitutionalism (in the sense of rule of rights) in constituting multilevel polities within multinational milieus. Through the comparison of constitutional mutations of Spain and United States of America, this essay highlights the dysfunction of democracy (in the sense of direct appeal to nationwide constituencies) regarding the guarantee and promotion of not just individual but also collective rights, such as those of nations which do not constitute States by themselves.

Keywords

Constitutional mutations, American constitutionalism, Spanish constitutionalism, separation of powers, constituent plebiscites, Multinational State.

* La conferencia, para la que se me propuso el tema de *La Función del Derecho Constitucional*, la pronuncié en la jornada de *Homenaje a Miguel Ángel Aparicio* con ocasión de su jubilación (Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 24-V-2013). Conservo el estilo corrido de la disertación oral.

Que democracia y constitucionalismo son elementos tan distintos como relacionados es cosa más que sabida. Que deben confluír y articularse es imperativo igualmente conocido y aceptado entre quienes hoy se identifican como demócratas o como constitucionalistas. Democracia se refiere al sistema constituido y gobierno ejercido por una abstracción llamada pueblo o nación con las mediaciones institucionales oportunas para que ello pueda concretarse en su puesta en práctica por parte de una mayoría ciudadana acreditada, aunque sea relativa, dentro de cada formación política. Constitucionalismo hoy remite al sistema que se basa en el reconocimiento y la garantía de derechos de libertad de minorías tanto como de mayorías, comenzándose categóricamente por la minoría primera, cada individuo sin discriminación alguna o sin más discriminación, hoy por hoy, que la determinada por dicho sujeto llamado pueblo o nación. No hay, en rigor, constitucionalismo sin democracia ni la viceversa, aunque lo que suele más bien darse es constitucionalismo con democracia de muy bajo perfil o también la recíproca, democracia con constitucionalismo sumamente débil. Todo ello es cosa sabida. Lo que menos suele observarse es que no se trata de piezas que encajen sin problemas de entidad entre sí.

Partamos del caso de los Estados Unidos de América. Enseguida acudiremos a España. Recurramos a una obra poderosa de historia constitucional que mira hacia el presente, *We the People*, “Nosotros el Pueblo”, de Bruce Ackerman, y particularmente a su segundo volumen, *Transformations*, “Transformaciones” (Ackerman, 1998). Su motivo es el de las alteraciones que se producen en un sistema constitucional, al margen de sus previsiones de enmienda o reforma, por unos medios democráticos que siempre han estado en manos de minorías, bien que ensanchándose a lo largo de sus más de dos siglos de existencia. La mayor transformación en términos absolutos que se efectúa mediante procedimientos previstos de enmienda constitucional es la de abolición de la esclavitud en la década de los sesenta del siglo XIX. Podrá dar lugar a ulteriores transformaciones nada menores por vías constitucionalmente imprevistas, pero no necesariamente por ello menos democráticas (Ackerman, 2014).

Se trata de transformaciones tales como la de capacitación de la justicia federal en garantía de derechos, con el de propiedad privada en primera línea, por encima de las judicaturas de los Estados, y la de habilitación de la administración federal para políticas económicas y sociales que se sustanciaría en los años treinta del siglo pasado. A las pocas décadas, el mismo activismo judicial y legislativo federal promotor de derechos civiles representa una evolución factible por dichas mismas transformaciones. Ninguna de esta serie de alteraciones del constitucionalismo estadounidense durante el siglo XX se produjo a través de las vías de enmienda contempladas por la Constitución federal. Representan, para Ackerman, *momentos constitucionales* de apertura de la posibilidad de cambios trascendentes en el sistema constitucional por aspiración y empuje de la ciudadanía mediante procedimientos no menos legítimos por no regulados al efecto. Para Ackerman, ante tales momentos y para tales cambios, sólo entonces, podría bastar con plebiscitos ciudadanos si el constitucionalismo estadounidense no estuviera tan fuertemente arraigado en mediaciones de representación y *procesualismo*.

El alcance constituyente de los cambios referidos, de estos en concreto, lo entiende Ackerman como positivo por un doble orden de razones, una de carácter democrático y otra referente a derechos. En un sistema que, como el



estadounidense, se encuentra con que los procedimientos de enmienda del constitucionalismo federal han quedado prácticamente bloqueados, poco menos que inutilizables, puede resultar que vías informales de cambio constitucional respondan en medida superior a aspiraciones ciudadanas, lo que Ackerman no duda que ha ocurrido en los cambios relativos tanto a políticas sociales como a garantías judiciales. Frente a las previsiones constitucionales, tales cambios de hecho también se legitiman por promocionar derechos. He ahí alteraciones constitucionales legítimas. Lo de positivo en el caso estadounidense lo entiendo y asumo por la evolución, no de autonomismo estatal a capacitación federal, sino de desprotección a promoción de derechos de libertad personales y colectivos.

En este caso de los Estados Unidos, la Constitución, comenzándose por sus previsiones de revisión, estaría obsoleta. El recurso a convención ciudadana al margen de los procedimientos previstos como la misma Constitución federal de los Estados Unidos se elaboró hace más de dos siglos podría rehabilitarse. El plebiscito directo de reforma constitucional o incluso constituyente sería forma de evitar alteraciones constitucionales sin determinación ciudadana inequívoca. Todo esto es asunto extremadamente controvertido por discursos normativos en el seno del constitucionalismo estadounidense (Michelman, 1998; Post y Siegel, 2003). No es la ocasión de detenernos en debates, pero interesa dejar constancia de que hay posiciones muy críticas por la motivación del amparo de derechos frente a la validez plebiscitaria de pronunciamientos mayoritarios. Respecto al sistema estadounidense, Ackerman justamente valora más democracia contrastable que constitucionalismo establecido por muy garantista de derechos que este segundo pretenda ser o incluso lo resulte.

No todas las transformaciones del sistema constitucional de los Estados Unidos por cauces imprevistos resultan de signo tan positivo como los resaltados por *We the People*. Como el mismo autor resalta en otras ocasiones (Ackerman, 2010), desde unos inicios se produjeron alteraciones que afectan al diseño de poderes y, en consecuencia, más o menos a la larga, a la garantía de derechos que los respectivos contrapesos habían de asegurar. Según el planteamiento original de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la política exterior había de ejercerse en colaboración entre la Presidencia federal y, como cámara de los Estados, el Senado. Pronto se originó una evolución de potenciación presidencial que ha acabado dejando en manos de la Presidencia un poder de política exterior perjudicial ante todo y sobre todo para gente exterior, es decir, para quienes no pertenecemos a la determinada abstracción del pueblo o la nación estadounidense. Es lo que Arthur Schlesinger llamara en 1973 *Presidencia Imperial* (Schlesinger, 2004), inexistente en la letra de la Constitución, lo cual hoy, por haberse acentuado al máximo, es asunto recurrente (Rudalevige, 2005; Savege, 2007; Silkenat y Shulman, 2007). Incluso esto *We the People* lo valora hasta el momento, a falta de un cuarto volumen, en términos positivos a efectos internos para las posibilidades de impulso presidencial de transformaciones constitucionales (Ackerman, 2005 y 2014). En todo caso, entre la evolución positiva de la capacitación federal y la problemática de la potenciación presidencial, se ha alterado profundamente la articulación constitucional interior de los Estados Unidos de América. Sobre esto mismo quiero ocuparme en relación a España.

A España acudimos. Las *transformaciones* subrayadas por la historia constitucional contenida en *We the People* de Bruce Ackerman pueden equivaler a lo que por nuestros lares suelen llamarse *mutaciones*, cambios en el sistema constitucional que no advienen por los procedimientos constitucionalmente previstos al efecto (Jellinek, 1991; Vera Santos, 2007, 38-45). Los términos no son siempre traducibles directamente sin más. En su conjunto, las mismas mutaciones

enfazadas por Ackerman representan casos de lo que están ahora llamándose *sustituciones*, esto es, alteraciones que llegan al grado de afectar al fondo del diseño y edificio constitucional. Este concepto último de *sustitución* ha sido en concreto acuñado por la jurisprudencia constitucional colombiana (Cajas Sarria, 2008, 97-155; Tovar Uricoechea, 2012). Para mí tengo que *transformación* es una categoría más comprensiva que la de *mutación*, pero no me detengo en este extremo puesto que lo que aquí me interesa es el efecto de *sustitución*, lo que puede corresponder, pero tampoco equivale enteramente, con lo que Ackerman llama *revolución* en el tracto constitucional (Ackerman, 2014).

Respecto a la Constitución española actual han podido detectarse mutaciones, alguna prácticamente desde el momento de su entrada en vigor tocando además a una vertiente tan sensible como la de articulación del Estado, con lo que puede ya de temprano ser caso de sustitución. Aun sin echar mano de esta última categoría, lo resalta sin ambages Miguel Ángel Aparicio. Citémosle literalmente: “El pacto constituyente de 1978, reflejado en el texto constitucional, esbozó dos tipos de organizaciones regionales autónomas: las políticas (Cataluña, Galicia y el País Vasco) y las indefinidas (el resto), conteniendo importantes franjas de ambigüedad para su configuración futura. La evolución posterior, producto de una mutación constitucional, modificó ese primer pacto constituyente con la generalización de un modelo híbrido aunque desigual en el reparto o articulación territorial del poder político. Esta mutación constitucional se ha producido fuera de la Constitución mediante una combinación de instrumentos jurídicos y políticos de diversa naturaleza que han pretendido la homogeneización formal de ese modelo” (Aparicio, 2010, 59).

Está haciéndose referencia al registro de las *nacionalidades* como sujetos del derecho a la autonomía política que se proclama en los inicios de la Constitución sin identificar cuáles sean, pero ofreciéndose a sus postrimerías criterios suficientes para reconocerlas: validación de referenda de iniciativa autonómica celebrados en el periodo constitucional anterior a la dictadura, el republicano; y reconocimiento de los derechos históricos de los territorios dichos forales, derechos, por *históricos*, anteriores a ese *pacto constituyente* de 1978, no dependientes como tales del mismo. Aunque no se reserve en exclusiva al supuesto de las nacionalidades, a ello se vincula un procedimiento de acceso a la autonomía planteado en términos de que la misma responda al ejercicio de un derecho estatuyente, como derecho propio, por parte del sujeto autonómico; a una participación en el proceso constituyente del Estado español que de este modo quedaba abierto. Tal derecho estatuyente es así derecho constituyente prorrogado. Las nacionalidades son entonces naciones sin Estado propio acomodadas en un Estado compartido. ¿Que hay, pese a todo, dificultad en saber qué sea *nacionalidad*? No más que la habría, si no contase con una fuerte ortopedia institucional dada, sobre *nación* o pueblo identificándose como abstracción del sujeto constituyente de Estado.

Vistas así las cosas, ha de concedérsele la razón a Aparicio cuando subraya que, desde momento temprano del desarrollo de la Constitución, lo que se produjo fue una *mutación constitucional*, tal alteración solapada, una verdadera *sustitución* al cabo. Se neutralizó el reconocimiento de las *nacionalidades* como naciones partícipes en el derecho constituyente del Estado español. Las previsiones de ejercicio de un derecho estatuyente propio de las nacionalidades se redujeron a diferencias meramente procedimentales de acceso a una autonomía de fondo indistinguible con la de casos no nacionales a los que la Constitución ofrecía también la posibilidad. La historia posterior del desarrollo de las autonomías ha avanzado en dicha dirección de metamorfosis encubierta de la previsión constitucional sobre *nacionalidades*.

Para el propio Aparicio, un momento decisivo ha sido el del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, el de 2006, a cuyo respecto, primero, la Comisión Constitucional del Congreso y, luego, en mayor medida, el Tribunal Constitucional se sucedieron y complementaron en forzar las cosas hasta el extremo de borrar del mapa el derecho autoestatuyente catalán como derecho propio. He ahí la sustitución constitucional consumada con toda su implicación que en su caso resulta negativa frente a un proceso constituyente no cerrado por la Constitución y así todavía disponible por vía precisamente de renovación estatutaria. Aparicio se refiere a *anomalía* que puede implicar *inconstitucionalidad* en la segunda fase del proceso constituyente, la inmediata postconstitucional, y, en medida no inferior, por el recorrido ulterior de la prórroga estatuyente. Subrayo lo de la implicación negativa porque ya sabemos de la posibilidad de mutaciones constitucionales que, con criterios de índole constitucional, pueden resultar positivas tanto para democracia como para derechos y garantías.

La narrativa del proceso constituyente mutado sobre la marcha, también por supuesto controvertida, está claramente implicando que la correspondiente alteración constitucional sería ilegítima. ¿Lo es conforme al doble criterio, el democrático y el constitucional que cabe distinguir? Miremos primero el de la democracia. El pacto constitucional de 1978 sería el término de referencia de índole democrática para una legitimidad de la que entonces carecería mutación tan inmediata. Tiene peso el argumento, pero no resulta quizás tan decisivo. El problema radica en el mismo término de referencia, el del texto constitucional, tan problemáticamente democrático como el término de contraste, el de la mutación constitucional (Clavero, 2014a). Si media diferencia de calidad democrática, lo es tan sólo de grado. A los efectos de adopción de decisiones, en el primer momento no hay pronunciamiento ciudadano entre propuestas constituyentes, elecciones tales, sino acuerdo entre partidos y referendo ciudadano, igual que en el segundo momento, el estatuyente. Democracia de baja calidad hay en ambos. En este contexto, respecto al caso español, la circunstancia de que el procedimiento constitucional de reforma se haya bloqueado a marcha acelerada no puede infundirle a la mutación ni un ápice de legitimidad como posible alternativa (Clavero, 2014 b).

Tenemos el otro criterio, el constitucional de los derechos, el de si la mutación o sustitución les afecta positiva o negativamente; si les favorece o les perjudica. Para esto también nos ofrece orientación el mismo Aparicio puesto que, respecto precisamente a derechos y a sus garantías, valora de forma específica la autonomía y, muy en particular, la autonomía por derecho de título propio, como la de las nacionalidades. En el contexto del último proceso estatuyente catalán, con perspectivas además de derecho comparado, dicho autor ha impulsado la consideración y el análisis de hasta qué punto la multiplicidad de niveles en el reconocimiento y garantía de derechos, como por ejemplo entre Europa, España y Cataluña, refuerza la cobertura de los derechos no sólo de sujeto individual, sino también de los derechos de sujeto colectivo, como, sin ir más lejos, los de las nacionalidades, sujetos constituyentes al cabo ellas mismas de uno de esos niveles en beneficio posible de los mismos derechos individuales y esto conforme, no se olvide, a la propia Constitución española en concurrencia con otras normas de valor igualmente constitucional o asimilables (Aparicio, 2005 y 2008).

No es juego de palabras o prestidigitación con derechos. Un sistema centralizado de reconocimiento y garantía con el consiguiente establecimiento de poderes a un solo nivel, como el tradicional del Estado que se postula nación y pueblo en un singular excluyente, puede servir, si acaso, para el capítulo desde luego fundamental de la defensa y promoción de derechos individuales, pero no

más. Y eso además relativamente. Todos los derechos de los individuos que no se identifiquen a sí mismos con nación o pueblo en tales determinados términos tampoco es que se vean amparados por igual con dicha forma de Estado por muy constitucional que se pretenda o que, relativa y desigualmente, resulte.

Detengámonos en el punto al que estamos llegando, o más bien en la serie concatenada de puntos. El mismo orden constitucional español establecido por dicho *pacto* de 1978, si se legitima, no es porque represente un ejercicio acendrado de democracia, pues no fue el caso, sino porque contiene reconocimiento y garantía de derechos, comprendidos los derechos de las nacionalidades en cuanto tales. En consecuencia, la neutralización del derecho a la autonomía nacional en Estado compartido, por sí misma y por cuanto importa a derechos individuales, resulta un extremo que puede afectar negativamente a la legitimidad de un orden constitucional de base democrática insuficiente. Nos situamos entre reformas pendientes y mutaciones o sustituciones consumadas de la Constitución de 1978.

Los derechos, los de individuos y los de nacionalidades, se reconocen en 1978 como anteriores a Constitución, no derivados de ella, anteriores y no dependientes del propio ejercicio de la democracia. El orden constitucional establecido en España resulta legítimo en la medida en que mantenga y asegure eficazmente dichos reconocimientos. En este test de legitimidad, con la Constitución a la vista, de lo que no debe hacerse abstracción es del derecho de las nacionalidades. No habrá de ignorarse la problemática de una mutación constitucional negativa, no tanto porque sea, que lo es, poco democrática, sino por atentar neurálgicamente contra derechos.

Hay más que interesa a democracia en esta concatenación de puntos. La democracia es exigencia por supuesto de los derechos tanto individuales como colectivos, de derechos como el de participación a través, en su caso, de representación sin indebida mediatización o como también el derecho al control y rendición de cuentas de las autoridades, no sólo de las procedentes de sufragio ciudadano. Cuando me refiero a la exclusión de mediatización indebida, estoy pensando en prácticas tan poco legítimas democráticamente como la de elecciones por listas de partidos bloqueadas con distritos plurinominales sin entidad política propia, lo que acerca representación a cooptación. Recuerdo de pasada que la decisión constituyente sobre un régimen electoral de este tipo en España se produjo por la última legislatura de la dictadura (Gallego, 2008). Cuando hablo de momentos constituyentes en plural pienso en más de dos, no tan sólo en el pacto constitucional y en su inmediata mutación o sustitución. Son elementos a tener en cuenta si se trata de aquilatar la calidad democrática de tales momentos, de todos ellos, comenzando, desde luego, por el de 1978.

Atemos cabos. Si hay vinculación entre constitucionalismo y democracia, de mejor o de peor calidad, es porque esta misma resulta un requerimiento inequívoco de los derechos individuales y colectivos de valor supraconstitucional. Pero esto no convierte a la democracia, de una u otra calidad, en el árbitro primero y último del constitucionalismo. Menos todavía puede hacerlo su predicación como si su relación además sólo fuera con ejercicio de poderes. Los derechos, individuales y colectivos, quedan por encima. Hay hoy constitucionalismos pasablemente legítimos sin origen en democracia y con prácticas no mucho mejores que las del caso español. Digámoslo en otros términos. El orden constitucional comienza por no requerir, para legitimarse, de poder constituyente originario, un poder ejercido discrecionalmente por un sujeto colectivo en singular, el poder padre de todos los poderes constitucionales. Lo importante es que éstos sean funcionales a derechos, a su



garantía y a su promoción. No necesitan progenitor constituyente ni ser ellos mismos poderes, estrictamente tales.

Me permito observar que no he utilizado hasta ahora este sintagma de *poder constituyente*, sino el de *derecho constituyente*, que no resulta exactamente lo mismo. Por su dependencia respecto a derechos no sólo además individuales, sino también colectivos, el llamado poder constituyente es, debe ser, poder reglado, un poder que ha de ejercerse con vistas al reconocimiento, garantía y promoción de los mismos, de los derechos, lo que significa que en rigor no es poder. Como tampoco en rigor lo son los poderes vástagos, el poder legislativo, el poder gubernativo, el poder judicial y los poderes inidentificados, como el de política exterior o el de la función electoral, pues son igualmente reglados, a pesar de que estemos hechos a la mala práctica de que el ejercicio de los poderes constituidos de carácter más político, el legislativo, el llamado ejecutivo y el innominado de política exterior, no responda a motivaciones expresas de fundamento constitucional, aparte esto por supuesto de controles fuertes a posteriori.

El argumento democrático de representatividad sirve de coartada. Aplíquese esto de la motivación constitucional en el ejercicio de poderes a la democracia de origen, la constituyente. Un ejercicio de poder constituyente español, inclusive el poder constituyente constituido de la reforma constitucional, no es legítimo de no tomar en cuenta el derecho constituyente que corresponde a las nacionalidades. Si la mutación constitucional identificada por Aparicio, la que cancela derecho de nacionalidades, se hubiera producido o se formalizara en el futuro mediante reforma constitucional según las previsiones de la Constitución, tampoco su legitimidad sería indiscutible por mucho que se apelase, como suele hacerse, al argumento presuntamente democrático de una soberanía dígase nacional o popular, de la nación o del pueblo. Predíquese lo propio del poder estatuyente o constituyente propio de la nacionalidad.

En lo que concierne al momento constituyente español y a la sustitución constitucional que le siguió de inmediato, esta segunda resulta ilegítima sin necesidad de acudir tampoco al motivo democrático, sencillamente por estar atentando contra el derecho estatuyente de las nacionalidades, derecho que interesa neurálgicamente tanto al colectivo de la nacionalidad como a los individuos que se identifican con ella. Ya no se trata entonces del test problemático de la comparación de estándar democrático entre proceso constituyente español y proceso estatuyente catalán. Se trata de que uno y otro proceso, ambos, se deben a derechos y no sólo a derechos individuales, sino también a derechos colectivos que los primeros requieren, así conjugados. Se trata de que, a los propios efectos constituyentes, la democracia no es, a la hora de la verdad, algo tan simple. Se trata de la necesidad del Estado plurinacional (Caminal, 2002; Requejo, 2002 y 2007; ambos, 2011 y 2012).

El derecho constituyente, el ejercicio democrático del poder constituyente, del original y del de reforma, requiere la concurrencia de sujetos colectivos plurales, lo mismo que el ejercicio de los poderes constituidos, de todos ellos, inclusive del judicial. Es ésta una problemática que no permite la predicación de un principio de igualdad en función exclusiva de ciudadanía de Estado (Barnés, 2004). Lo es que resulta cancelada en falso y camuflada en vivo por toda la panoplia, todavía usual en la doctrina constitucional, de la soberanía nacional o popular si su sujeto sigue identificándose con el pueblo español en singular, flanqueada por la del poder constituyente, original y de reforma, en manos de dicho mismo sujeto de nación excluyente a tales efectos fundamentales que alcanzan a derechos (Bastida, 1998).

Problemática significa conjunto de problemas. Los tenemos ante todo de lenguaje, el de la sinonimia abusiva entre democracia y constitución y el del empleo no menos desmedido del término de poderes como elementos característicos, sin mayor problema de base, del constitucionalismo, desde el poder constituyente a los poderes legislativo, gubernativo, judicial más un resto de poderes innominados y, con ello, todavía peor controlados. ¿Hemos de situarnos mirando hacia la historia de aquella presunción de democracia y de esta concepción de poderes? Comencemos por éstos, por los poderes, puesto que es lo primero que se pone en práctica en la historia constitucional. Llamo historia constitucional a la historia moderna de reconocimiento y garantía de derechos como premisas explícitas del orden constituido, algo que no es anterior, en cuanto a figuración, al siglo XVII y, en cuanto a práctica, al siglo XVIII. Seamos por supuesto muy sumarios en el repaso histórico que nos ayude a recapacitar. Puedo además remitirme para lo que sigue (Clavero, 2007). No es mucha la paciencia que pido ahora pues recalaremos sin mucha demora de vuelta en el presente.

Frente a lo que suele todavía presumirse, la idea misma de los *poderes* no es anterior a la historia constitucional. Tradicionalmente, el orden se vinculaba a una normatividad socialmente indisponible, fuera ya religión, fueran también otros ordenamientos culturalmente impositivos. En las postrimerías del siglo XVII, ante la quiebra sangrienta en Europa de ese tipo de orden de soporte religioso o equivalente, comienzan a figurarse los poderes en los términos de poder legislativo, poder judicial y poder de política exterior como atributos colectivos del contingente social formado por los padres de familia propietarios europeos, los titulares de un poder de base que no se entendía constituyente ni político, sino doméstico o familiar; poder sobre el espacio de reclusión de mujeres, esclavos, otros trabajadores sin patrimonio propio, hijos no emancipados y hasta gentes no europeas. Tal es la concepción que se pone en práctica con la independencia de los Estados Unidos de América sin tocarse el poder doméstico, introduciéndose el poder constituyente e identificándose los otros poderes como poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. Son elementos que guardan relación, comenzándose por el mantenimiento prácticamente incólume del poder doméstico.

Desde el primer momento constituyente, el de la independencia con previsión expresa de formación de normas constitucionales que ya estaban planteándose con dichas miras por algunas colonias, se adopta en Estados Unidos un lenguaje universalista en cuanto al sujeto de derechos constitucionales, pero nadie se llamaba a engaño. Como resaltaría John Adams, el publicista más orgánico de la integridad del primer constitucionalismo estadounidense (Wood, 1998), comprendidos en primer término los constitucionalismos estatales, no había posibilidad de que se incluyesen en el orden constituido, a ningún efecto que pudiera beneficiarles, ni indígenas ni esclavos ni mujeres ni menores. Tampoco se incluían de entrada trabajadores dependientes, sin autonomía basada en propiedad. Es el planteamiento que, con contribución del propio Adams, se mantiene en el trasfondo, sin necesidad de especificarse, de la primera norma constitucional articulada expresamente en términos de reconocimiento de derechos y división de poderes en función de garantía, la Constitución de Massachusetts de 1780. Sigue siendo la Constitución de este Estado con todas las mutaciones o incluso sustituciones inducidas por los cambios del contexto federal (Friedman y Thody, 2011).

Por cuanto ahora interesa, lo que entonces ha de saltar a la vista, si no perdemos la perspectiva histórica, es la exorbitancia de la categoría de *poderes* cuando explícitamente se trata de funciones garantistas de derechos. El contexto lo explica. Derechos son de padres de familia propietarios y colonos, de esta minoría

frente a una mayoría formada por indígenas, esclavos, mujeres, jóvenes y trabajadores dependientes. Necesitaban afirmar y constituir las funciones constitucionales en términos de poderes. Los federales se constituían ante todo frente a los pueblos indígenas (Rana, 2010; Ablavsky, 2014).

La democracia no entraba en aquel escenario creativo del derecho constitucional. Ni siquiera se pretendía que así fuera ni de presente ni para un futuro que estuviera en el horizonte. Aquellos padres constituyentes, padres de familia, entre los que se situaba John Adams, aunque con bastantes disensiones entre sí, convenían en que el constitucionalismo que estaban creando no equivalía ni quería equivaler a democracia (Wills, 2005). Era república que debía diferenciarse, por una parte, de monarquía y, por otra, de democracia. Los mismos mecanismos representativos que, de diversa forma y grado, se aplicaban a todos los poderes, salvo al doméstico encubierto, respondían en su intención, no a un establecimiento de signo democrático, sino a una toma de distancias de cara al mismo. La equiparación de democracia con república representativa o incluso con monarquía dotada de elementos representativos es históricamente posterior. Se produce en el escenario bien distinto de la Europa del siglo XIX, un escenario donde predominan monarquías. Constitucionalismo mediante, las mismas se encuentran con poderes nuevos, desconocidos con anterioridad, particularmente el gubernativo y el inidentificado y no tan solapado de política exterior que sirviera ante todo por entonces, en el XIX, para la expansión colonial exenta de controles constitucionales.

En un escenario de potenciación de poderes es donde comienza a abusarse de la idea de democracia a efectos primarios de legitimación del orden constituido. No se trata tan sólo de abuso por supuesto, pero es lo que resultará en el ámbito del derecho constitucional y su doctrina. La defensa de la democracia frente a monarquías potenciadas fue ciertamente un agente eficaz en la introducción de mecanismos representativos más allá incluso de lo inicialmente previsto por el invento americano del derecho constitucional. El sufragio masculino sin discriminación social canceló la exclusión constitucional del trabajador por cuenta ajena, lo que no afectó al mantenimiento del poder doméstico sobre mujeres y menores como sujetos radicalmente excluidos del constitucionalismo. Ya avanzándose en el siglo XX, tal poder de base, el familiar, no se cancela por ejercicio de democracia, sino por reconocimiento de derechos. Conviene que sigamos distinguiendo entre una y otra cosa.

Hay categorías constitucionales resistentes. Por una parte, tenemos la categoría inicial, impuramente constitucional, de los poderes; por otra, la idea sobrevenida de identificación entre democracia y formas de ejercicio de los poderes que nacieron para limitarla. Son aspectos muy relacionados. En el discurso y en la práctica de la política, incluso todavía en algunos sectores de la propia cultura constitucional, no es raro que se invoque y utilice la democracia para potenciar los poderes. El ejemplo más manido, nada único, es el de elevar al parlamento a encarnación de la soberanía de la nación o del pueblo. En repúblicas, tampoco es raro que esto se aplique a su presidencia. Y esto ocurre, con efectos prácticos, incluso en casos de regímenes constitucionales que introducen mecanismos de democracia dicha directa para corrección de las limitaciones de la representación política. Está ocurriendo, por ejemplo, en Latinoamérica.

Volvamos al presente, regresemos a América, ahora a Sudamérica, a las últimas Constituciones de la región, la del Ecuador, de 2008, y la de Bolivia, de 2009. Veámoslas ahora telegráficamente pues puedo también remitirme (Clavero, 2012). Las novedades que aquí interesan comienzan por el propio proceso constituyente, que recurre en ambos casos al procedimiento de convención de

elección ciudadana directa justamente por entender que los mecanismos previstos de reforma constitucional resultan menos democráticos o que están incluso pensados para imposibilitar los cambios necesarios. Entre éstos se encuentra un énfasis en los derechos tanto individuales como colectivos con el efecto más inmediato de sustituir la categoría de poderes que han de garantizarlos y promocionarlos por la de *funciones*, en el Ecuador, o la de *órganos*, en Bolivia. He ahí ahora, en vez de poderes, la función legislativa, la función ejecutiva, la función judicial, la función de transparencia y control social, y la función electoral. Hay más. Ambas Constituciones, la ecuatoriana y la boliviana, conciben el Estado como plurinacional, por el reconocimiento en ambos casos del derecho a la autonomía de los pueblos o naciones indígenas como derecho histórico de título preconstitucional. En ambas también se introducen mecanismos de democracia dicha directa o correctiva de las limitaciones de la representación política. Es lo que anuncia la referida función de transparencia y control social.

Hay siempre problemas. El poder constituyente no se *plurinacionaliza*, ni como poder originario mediante convención ni como poder constituido a los efectos de reforma constitucional. Sigue siendo poder de una *nación* boliviana y de una *nación* ecuatoriana en singular excluyente de las *naciones* indígenas. Ocurre también en ambos casos que la mecánica de los poderes no se somete a revisión porque se les cambie el nombre. Incluso el mantenimiento de esa nación en singular con poder sobre el resto de naciones concurrentes, nación personificada en la presidencia del Estado que encabeza la función o el órgano de gobierno, desequilibra el juego de poderes a favor de uno que sigue siendo mucho más que ejecutivo y mucho más que mera función u órgano. Los motivos de derechos y de democracia sirven también para la cobertura ideológica de ese juego potenciado de poderes. A esto se añade que, en ambos casos, a renglón seguido de la Constituciones, se ha producido una mutación constitucional o verdadera sustitución solapada que ante todo debilita los derechos de los pueblos o naciones indígenas, esto es, la propia base del Estado plurinacional. La plurinacionalidad es por lo demás un asunto hoy atendido en latitudes no sólo latinoamericanas por un sector, aunque minoritario, de la doctrina constitucional. En Cataluña hay ejemplos significados con audiencia internacional, aunque no mucho en América Latina por cuanto que posterga o incluso ignora a los pueblos indígenas (Caminal, 2002; Requejo, 2002 y 2007; ambos 2011 y 2012).

Volvamos a casa para comenzar a concluir. Si hoy se produjera en España una recuperación constitucional, por convención o por mutación positiva, que incluyese la rehabilitación del reconocimiento del derecho de las nacionalidades, las posibilidades del constitucionalismo plurinacional, constitucionalismo más respetuoso de derechos y también más democrático, se podrían tener más a la vista y más a mano que en 1978. Miremos al futuro más que al pasado, aunque sea un pasado todavía vigente. La doctrina constitucional cumpliría un buen papel previo si comenzase por no abusar de la referencia a democracia identificándola con constitución establecida y por proseguir con la reducción conceptual de poderes a funciones de derechos, no sólo en términos de garantías de derechos dados, justicia mediante, sino también, política mediante, en los de promoción de derechos por dar. Cuidémonos de derechos y descuidémonos de poderes, lo que no quiere decir de funciones.

Casa también es Europa, la Unión Europea, con una apariencia de plurinacionalidad que es *pluriestatalidad*, al identificar como miembro constituyente al Estado-nación en singular, lo que significa, disculpándome por la ya rotunda palabrota, *antiplurinacionalidad*. Sin la articulación plurinacional de base, Europa constituye un escenario en el que viene resultando más factible un



constitucionalismo de derechos que su necesario complemento por requerimiento de los derechos mismos, el constitucionalismo de democracia. Mal puede haberla sin la *constituyencia* primaria de pueblos y naciones no constituyentes por sí de Estados. La democracia o, mejor dicho, la representación política que se identifica con ella, cumple fácilmente en ese escenario la función de cobertura ideológica de poderes no bien identificados, no reducibles a funciones. Europa también es un buen ejemplo de la existencia actual de espacios constitucionales con dificultad o incluso sin posibilidad para la democracia ni siquiera representativa. Intentar forzar su introducción, como ha venido haciéndose, puede operar en dicha dirección de potenciación y ocultamiento o al menos disimulo de poderes. Sigamos distinguiendo. La operatividad torcida o la mera inoperatividad de democracia no es problema que tenga por qué implicar la inviabilidad de constitucionalismo. Son dos cosas distintas, cosas que conviene no confundir.

Pensemos también en el ámbito internacional más general, que también es casa, la casa global. Hay quienes incluso entienden que ya existe un constitucionalismo en este ámbito internacional, gracias especialmente al desarrollo actual del cuerpo normativo de derechos humanos y a la existencia de mecanismos de supervisión de su cumplimiento por los Estados con vías incluso de participación individual o colectiva de la ciudadanía en defensa y promoción de tales derechos, los que se predicen como humanos (Clavero, 2014c). No discutamos ahora si esto merece la denominación de constitucionalismo, pero reconozcamos al menos que se está formando a tal escala internacional otro nivel junto a esos niveles constitucionales no yuxtapuestos, sino interconectados, que comienzan por el de los pueblos o naciones, dígame también nacionalidades, no identificados necesaria ni principalmente con Estados. El problema de la plurinacionalidad confundida con *pluriestatalidad* también se presenta a dicho nivel global. Reconózcase que el intento de plantear democracia a escala planetaria no añade por hoy nada. Puede incluso estorbar su desenvolvimiento en línea constitucional, quiero decir en la línea de amparo y promoción de derechos dados y por dar.

Concluyo a tal nivel de generalidad. *La función del derecho constitucional* no creo que sea la de apadrinar directamente democracia, sino la de integrar y articular instituciones a fin de garantizar y promocionar derechos*. Contribuir, de su parte, el ordenamiento y coadyuvar, de la suya, la doctrina a la conjugación institucional que habilite y optimice la concurrencia de derechos y la convivencia entre sus sujetos, comprendidos los colectivos, tal es una función que se puede plantear y activar incluso a escalas donde la democracia tiene poca cabida o en espacios donde, porque cabe, suele presumírsele más que practicársele. La presunción es lo que produce la disfunción.

La visión constitucional hoy más usual sitúa a la democracia en el centro y la base. He ahí entonces el debate entre principio mayoritario respecto a ejercicio de poderes y garantías *contramayoritarias* en función de garantía de derechos. Así creo que, por situarse al mismo nivel un elemento con alguna dosis siempre de ficción, la democracia, y unos mecanismos de justicia y de política bastante más verificables y mensurables, los constitucionales, se distorsionan panorama y horizonte. Espero que, tras todo lo dicho, no se me malentienda. Hoy, constitucionalismo antidemocrático es un oxímoron; constitucionalismo democrático, una suerte no completa de pleonasma. Por razón de derechos, en lo que interesa a democracia,

* Como está dicho, *La función del derecho constitucional* fue el objeto que se me encomendó en la conferencia barcelonesa de mayo de 2013. Con posterioridad han aparecido un par de publicaciones preciosas para su argumento: Ablavsky 2014 y Ackerman 2014. También he aprovechado las sugerencias de las evaluaciones anónimas para la edición en *Eunomia*. Conste aquí mi agradecimiento.

constitucionalismo es imperativo de no impedirse ni estorbarse su optimización. También cabe donde no hubo o donde no hay las mejores condiciones para su ejercicio, el de la democracia.

No las hay en el caso con el que comenzamos, el de una sociedad tan extensa y tan plurinacional, naciones indígenas inclusive, como la estadounidense. *We the People* de Bruce Ackerman da pábulo a una posibilidad no sólo difícilmente plausible, sino también marcadamente arriesgada para los derechos de todas y todos, personas y grupos; a la eventualidad de movimientos reconstituyentes ciudadanos sin marco netamente definido de derechos constituyentes tanto individuales como colectivos.

Allí como aquí, en Estados Unidos por América como en España por Europa, dicho sea con todas las distancias, el problema es antes de constitucionalismo de derechos, de su garantía y de su promoción, que de ejercicio expedito de democracia con alcance constituyente. Nunca olvidemos que el uno y la otra, constitucionalismo y democracia, porque sean coextensivos, no son necesariamente funcionales entre sí.

Bibliografía

- ABLAVSKY, G. (2014), "The Savage Constitution", *Duke Law Journal*, Núm. 63, pp. 999-1089.
- ACKERMAN, B. (1998), *We the People*, vol. 2, *Transformations*, Belknap Press, Harvard University, Cambridge, Mass.
- ACKERMAN, B. (2005), *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- ACKERMAN, B. (2010), *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- ACKERMAN, B. (2014), *We the People*, vol. 3, *The Civil Rights Revolution*, Belknap Press, Harvard University, Cambridge, Mass.
- APARICIO, M.A. (ed.) (2005), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona.
- APARICIO, M.A. (2008) *Derechos y principios rectores de los estatutos de autonomía*, Atelier, Barcelona.
- APARICIO, M.A. (2010), "[Reforma estatutaria y mutación constitucional](#)", *Iura Vasconiae. Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, Núm. 7, VIII Simposio de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia: Sociedades Plurinacionales y Cambio Constitucional, pp. 55-98.
- BARNÉS, J. (2004), *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1º CE*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona.
- BASTIDA, X. (1998), *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona.
- CAJAS SARRIA, M. (2008), *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*, Universidad Icesi, Cali.
- CAMINAL, M. (2002), *El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional*, Paidós, Barcelona.
- CLAVERO, B. (2007), *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid.
- CLAVERO, B. (2012), "Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano", en Luna, A., Mijangos, P., y Rojas, R. (eds.), *De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica, 1812-2012*, Taurus-CIDE, México D.F., pp. 421-453.



- CLAVERO, B. (2014a), "Transición y Constitución. ¿Qué relación guardan en España que importe hoy?", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 6, pp. 125-136.
- CLAVERO, B. (2014b), *España 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid.
- CLAVERO, B. (2014c), *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid.
- FRIEDMAN, L. y THODY, L. (2011), *The Massachusetts State Constitution*, Oxford University Press, New York.
- GALLEGO, F. (2008), *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Crítica, Barcelona.
- JELLINEK, G. (1991), *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MICHELMAN, F.I. (1998), "Protecting the People from Themselves, or How Direct Can Democracy Be?", *UCLA Law Review*, Núm. 45-6, *Voices of the People: Essays on Constitutional Democracy in Memory of Professor Julian N. Eule*, pp. 1717-1734.
- POST, R.C. y SIEGEL, R.B. (2003), "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", *Indiana Law Review*, vol. 78 núm. 1, artículo tercero (revista en línea). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=378500
- RANA, A. (2010), *The Two Faces of American Freedom*, Harvard College, Cambridge, Mass.
- REQUEJO, F. (ed.) (2002), *Democracia y pluralismo nacional*, Ariel, Barcelona.
- REQUEJO, F. (2007), *Federalismo plurinacional y pluralismo de valores. El caso español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- REQUEJO, F. y CAMINAL, M. (eds.) (2011), *Political Liberalism and Plurinational Democracies*, Routledge, Abingdon.
- REQUEJO, F. y CAMINAL, M. (eds.) (2012), *Federalism, Plurinationality and Democratic Constitutionalism: Theory and Cases*, Routledge, Abingdon.
- RUDAVELIGE, A. (2005), *The New Imperial Presidency: Renewing Presidential Power after Watergate*, University of Michigan Press, Ann Arbor.
- SAVAGE, Ch. (2007), *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of the American Democracy*, Little, Brown and Company, Boston, Mass.
- SCHLESINGER, A.M., Jr. (2004), *The Imperial Presidency*, reprint 3ª ed., Houghton Mifflin Co., Boston.
- SILKENAT, J.R. y SHULMAN, M.R. (eds.) (2007), *The Imperial Presidency and the Consequences of 9/11: Lawyers React to the Global War on Terrorism*, 2 vols., Praeger Security International, Westport, CT.
- TOVAR URICOECHEA, F. (2012), "La teoría de la sustitución: ¿un caso de mutación constitucional?", *Principia Iuris. Revista de Derecho*, vol. 17, núm. 17, pp. 157-172.
- VERA SANTOS, J.M. (2007), *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid.
- WILLS, G. (2005), "Negro President". *Jefferson and the Slave Power*, 2ª ed., Houghton Mifflin Co., Boston.
- WOOD, G.S. (1998), *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, 2ª ed., The University of North Carolina Press, Williamsburg.



La reforma de la “molesta” jurisdicción universal y sus primeras consecuencias*

Amparo Martínez Guerra
IE University (Madrid)
amg@faculty.ie.edu

Resumen

La reforma del principio de jurisdicción universal por la LO 1/2014, de 13 de marzo menoscaba uno de los instrumentos más poderosos de lucha contra la impunidad de los delitos internacionales. Las primeras resoluciones de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo ponen de manifiesto importantes contradicciones de la nueva regulación y la posible inconstitucionalidad de la norma por afectar a las obligaciones contraídas por España conforme a los Convenios y Tratados Internacionales, el principio de separación de poderes y la tutela judicial efectiva.

Palabras clave

Principio de jurisdicción universal, justicia universal, Ley Orgánica del Poder Judicial, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, piratería, tráfico de drogas, acceso a la justicia.

The reform of the “annoying” universal jurisdiction and its consequences

Abstract

The amendment of the universal jurisdiction principle pursuant to the Organic Law of the Judicial Branch 1/2014, 13 March hinders one of the most powerful instruments to fight against impunity for international crimes. The first decisions of the National and Supreme Court on the matter show serious inconsistencies of this new regulation that affect constitutional rights, international treaty obligations, division of powers and access to justice.

Keywords

Universal jurisdiction principle, universal justice, Organic Law of the Public Branch, genocide, crimes against humanity, war crimes, piracy, drug trafficking, access to justice.

* Esta contribución tiene su origen en el *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal* realizado por Álvarez García, F. J. / Garrocho Salcedo A. M. / Martínez Guerra, A. (2014), para la *Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, disponible en http://web.icam.es/bucket/INFORME%20SECCION%20DDHH%20ICAM_PROYECTO%20REFORMA%20LOPJ.pdf

I. Introducción

La reforma del principio de jurisdicción universal conforme a la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*¹ (LO 1/2014) pivota, como lo hiciera la operada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre², sobre una incorrecta interpretación de las obligaciones internacionales que imponen los Tratados y Convenios y de la prelación del sistema de fuentes consagrado en la Constitución Española (CE).

Para el gran público la jurisdicción universal, y en general la justicia penal internacional, navega entre el olvido y la indiferencia y sólo despierta del letargo con resoluciones que comprometen a representantes políticos o gubernamentales. Ésta y no otra es la verdadera razón de ser de una reforma legal que, en forma de Proposición de Ley Orgánica (PULO) y prescindiendo del debate preceptivo y de los informes de órganos como el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), la Fiscalía General del Estado (FGE) y el Consejo de Estado, ha dinamitado el principio de jurisdicción universal presente en nuestro Ordenamiento Jurídico desde 1985. Y lo hace no sólo incumpliendo con las obligaciones derivadas de la firma y ratificación de instrumentos internacionales, sino vulnerando los derechos constitucionales de acceso a la justicia, a un proceso debido y a la igualdad de todos los ciudadanos, en especial de las víctimas³.

2. La naturaleza de la jurisdicción universal

Desde finales del siglo XIX el principio de jurisdicción universal ha constituido uno de los instrumentos fundamentales de colaboración entre los Estados para la persecución de delitos con transcendencia internacional, concepto que indudablemente varía con el paso del tiempo. Por ello, la persecución internacional de la piratería marítima y sus autores, considerados en el pasado "*hostis humani generis*", refleja los orígenes de un tipo muy concreto de delitos para los que hubo que articular un especial mecanismo de persecución en una sociedad internacional formada exclusivamente por Estados soberanos con *intereses compartidos*. A partir de la Segunda Guerra Mundial y sus devastadoras consecuencias sobre la población civil, el concepto de *intereses compartidos* se amplía de forma notable gracias a la entrada en escena de otros actores internacionales. Su mayor logro será impulsar el periodo de codificación iniciado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (López Martín 2001: pp. 369-371).

La jurisdicción universal es un criterio de atribución de jurisdicción penal basado exclusivamente en la *naturaleza del delito* (Bassiouni2004: p.43). Junto al *principio de nacionalidad activa, pasiva y principio de protección*, la *jurisdicción universal* viene a completar el decálogo de criterios que permiten a los tribunales de los Estados soberanos ejercer su jurisdicción sobre hechos delictivos cometidos fuera de su territorio. Ello es así porque, como manifestó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto *Lotus*, en 1927, "*la territorialidad del Derecho penal no es un principio absoluto del Derecho internacional*"⁴. Es decir, "*los efectos de actos*

¹ BOE nº 63, de 14 de marzo, de 2014, en vigor desde el 15 de marzo de 2014.

² *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE nº 266, de 4 de noviembre).

³ El 22 de julio de 2014 el Tribunal Constitucional anunció la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados contra la LO 1/2014, de 13 de marzo.

⁴ S.S. "*Lotus*", *France v Turkey*, Judgment, (1927) PCIJ Series A no 10, ICGJ 248 (PCIJ 1927), 7th September 1927, Permanent Court of International Justice.

dirigidos en contra de los intereses más elevados de la comunidad internacional no quedan limitados al territorio interno del Estado en el que se cometen: los crímenes de derecho internacional no son asuntos internos y no rigen respecto de ellos los límites que el derecho internacional sienta a la expansión del poder punitivo del Estado, sobre todo en el marco del principio de no injerencia” (Werle 2005: pp.126-127).

Si hasta principios del siglo XX el uso de la jurisdicción universal por parte de los tribunales servía para perseguir a los *hostis humani generis*, que cometían principalmente delitos de piratería marítima y de tráfico de esclavos, a partir de mediados del siglo pasado, su uso permite iniciar procedimientos penales e incentivar a los Estados “reticentes” a ejercitar su jurisdicción sobre los crímenes de trascendencia internacional cometidos en su territorio. El concepto de *crimen internacional* pasa a identificarse con los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, todos ellos con un trasfondo político y social muy particular que impide que, en la mayoría de los casos, el Estado territorial actúe contra los máximos responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos (DDHH). En estos casos, la apertura de procedimientos mediante jurisdicción universal permite dictar las órdenes de arresto internacional y otro tipo de medidas que, además de restringir los movimientos de los presuntos responsables, “avergüenzan” al Estado que les protege. De esta forma se persigue que acabe aceptando la implantación de mecanismos de reconocimiento y reparación a las víctimas, tratando de “espolear” a sus tribunales para que ejerzan la jurisdicción sobre los actos cometidos en su territorio.

La evolución del principio de jurisdicción universal, muy al contrario de lo argumentado por sus detractores, es acorde con una comunidad internacional que hace ya más de medio siglo dejó de identificarse con los Estados soberanos. Por ello, les impone, entre otras, obligaciones específicas para con sus ciudadanos. Entre ellas, y la más importante, protegerles del genocidio, crímenes de guerra, limpiezas étnicas y crímenes contra la Humanidad. El derecho absoluto a la no injerencia o no intervención reconocido en textos internacionales como la Carta de la ONU tiene como contrapartida la obligada protección de los civiles y el respeto de los DDHH fundamentales⁵. Sólo desde este planteamiento cobra sentido la existencia de Tratados internacionales de carácter multilateral de protección de estos últimos y el respeto al principio de no injerencia en asuntos internos⁶.

3. El punto de partida de la reforma: errónea interpretación de los Tratados y sus obligaciones

Si algo tienen en común las reformas del principio de jurisdicción universal de 2009 (LO 1/2009) y la de 2014 (LO 1/2014) son los mecanismos utilizados para

⁵ ICJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 27 Feb. 2007, par. 461 y 462.

⁶ La formulación de la *Responsabilidad de Proteger (R2P)* fue reconocida por la ONU en su *World Summit* de 2005 y se ha plasmado en resoluciones de su Consejo de Seguridad en las intervenciones en Sudán y Libia (S/RES/1593 (2005) de 31 de marzo; S/RES/1970 (2011), de 26 de febrero), situaciones remitidas a su vez por éste a la CPI en virtud del art. 13 b) Estatuto de Roma. En el marco de esos procedimientos, la Corte ha dictado órdenes de arresto internacional contra sus Jefes de Estado en ejercicio. La primera, en el conflicto de Darfur contra Omar Al Bashir y la segunda contra Muammar Gaddafi tras la intervención en Libia, procedimiento que quedó archivado tras su muerte. Véase Pre-Trial Chamber I. *Situation in Darfur, Sudan, in the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“Omar Al Bashir”), *public document. Warrant of arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 March 2009, (ICC-02/05-01/09-01) y Pre-Trial Chamber I. *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, public document. Warrant of arrest for Muammar Mohammed Minyar Gaddafi*, 27 June 2011 (ICC-01/11).



articularlas y la intención de limitar su alcance, desnaturalizando su esencia. Por lo que se refiere a la primera cuestión (las formas), ambas han resultado cuando menos atípicas⁷. Si la de 2009 se “camufló” en la Ley Orgánica que implantaba la Oficina Judicial, la de 2014 ha utilizado un mecanismo que ha hurtado el debate, acelerado los tiempos y prescindido de los siempre necesarios informes del CGPJ, FGE y del Consejo de Estado. El 24 de enero de 2014, el Grupo Parlamentario Popular presentó una PLO de modificación de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*. La reforma, aprobada con los votos a favor del Grupo Parlamentario Popular, entró en vigor el día 15 de marzo de 2014.

Si bien es cierto que la LO 1/2014 ha llegado a consecuencias insólitas en la regulación de la jurisdicción universal, no lo es menos que se ha apoyado en los mismos argumentos que la reforma precedente. El primero de ellos, que era necesario cumplir con las obligaciones derivadas de los Tratados y Convenios internacionales, procurando una reinterpretación de su contenido porque todo ejercicio de la jurisdicción sobre delitos cometidos fuera de territorio español supone una intromisión en el ámbito de soberanía de otro Estado. El segundo, que la existencia de Tribunales Penales Internacionales y, concretamente de la Corte Penal Internacional (CPI), obligaba a replantear su alcance y a subordinar la actuación de los jueces y tribunales españoles a la de esta última. Tercera, que en cumplimiento de los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España es necesario ampliar la lista de delitos perseguibles mediante jurisdicción universal⁸.

En la Exposición de Motivos (EM) de la LO 1/2014 se justifica la limitación del principio de jurisdicción universal en la existencia obligaciones contenidas en determinados acuerdos internacionales suscritos por España. Así, se afirma que *«la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras (...) debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos»*. De esta forma, la aplicación del principio de jurisdicción universal que, como su propio nombre indica, supone la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles, *«debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o lo autorice el consenso de la Comunidad internacional»*.

Por lo que se refiere al necesario cumplimiento de las obligaciones impuestas a nuestro país por los Tratados internacionales, la LO 1/2014, partiendo del concepto de *Estado soberano* mantenido hasta mediados del siglo pasado, analiza las obligaciones asumiendo dos apriorismos erróneos. El primero, al que se hizo mención anteriormente, que el principio de respeto a la soberanía de los Estados es ilimitado y, con ello, absoluto el de no injerencia en asuntos internos. El segundo, que los Tratados internacionales de carácter multilateral de protección de

⁷ Ésta parece ser también la fórmula elegida por países como Reino Unido para reformar, en términos muy polémicos, la aplicación del principio mediante la *Police Reform and Social Responsibility Act*, 2011, c. 13. RECENT LEGISLATION, (2011-2012) *Harvard Law Review*, 125, pp. 1554-1561; LANGER, M. (2011) “The diplomacy of Universal Jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes”, *American Journal of International Law*, 105, pp. 17-19.

⁸ La reforma de 2009 justificó también su razón de ser en la necesaria adaptación del principio a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y del Constitucional, pese a su divergencia. El Legislador procedió a asumir, sin justificación alguna, la postura restrictiva mantenida por el primero en la STS 327/2003, de 25 de febrero, en detrimento de la del segundo (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre y 227/2007, de 22 de octubre), que no sólo la mantuvo sino que advirtió sobre la afectación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Véase entre otros, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009, p.19); DEL CARPIO DELGADO, J. (2009, p. 5) y LLOBET ANGLÍ, M. (2006, pp. 6 y ss.)

los DDHH se rigen por las mismas reglas interpretativas que aquéllos de carácter bilateral celebrados entre Estados soberanos.

3.1. La idiosincrasia de los Tratados y Convenios internacionales de protección de los DDHH

Como se señaló en la introducción, la justificación formal de esta reforma gira en torno a la necesaria adecuación de la normativa española a los Convenios y Tratados suscritos por nuestro país en la materia, afirmación que hace presuponer que, desde la incorporación del principio de jurisdicción universal puro a la LOPJ en 1985 hasta la fecha, los hemos incumplido.

Los Tratados y Convenios internacionales en materia de protección de DDHH, entre los que se incluyen los de tipificación y persecución de delitos internacionales, difieren notablemente de otros instrumentos jurídicos de carácter internacional o supranacional de naturaleza bilateral e incluso multilateral. Como se han encargado de recordar Organismos y Tribunales Internacionales, cuando se trata de instrumentos de protección de DDHH, los Estados soberanos son agentes de la comunidad internacional que aplican Derecho internacional. Su obligación es combatir la impunidad, prevenir la comisión de delitos internacionales y remover los obstáculos para su enjuiciamiento.

Las Convenciones que protegen DDHH no son instrumentos internacionales al uso que se rijan en todo momento por la voluntad soberana de los Estados. Esta especial naturaleza la recordó tempranamente la CIJ en *Reservations to the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*⁹ y algo más tarde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) en *The effect of Reservations on the entry into force of the American Convention on Human Rights*¹⁰. Siguiendo la misma línea interpretativa, ambas instituciones recordaron que los Tratados y Convenios multilaterales de protección de DDHH no puede interpretarse de la misma forma que los bilaterales porque “*las partes contratantes no tienen ningún interés individual que no sea la razón de ser de un Convenio de este tipo, en el que no se puede hablar de ventajas y desventajas para los Estados*”. Estos instrumentos internacionales responden a un interés supraestatal, que no es otro que la protección de los DDHH, algo que excede con mucho de los intereses particulares de las partes contratantes (El Zeidy 2009: pp. 69 y ss).. En el mismo sentido, aunque refiriéndose expresamente al delito de tortura, lo ha reafirmado la CIJ hace apenas dos años en su sentencia *Belgium v. Senegal, Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*¹¹. Esta interpretación también ha sido adoptada por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en *Prosecutor v. Anto Furundzija* (1998)¹²; *Prosecutor v. Kupresksic et al* (2001)¹³; *Prosecutor v. Delalic et al* (2001)¹⁴; *Prosecutor v. Radislav Krstic* (2001)¹⁵; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en *Irlanda c. El Reino Unido* (1978)¹⁶, *Mamatkulow and Askaron c. Turquía* (2005)¹⁷, *Jorgic c. Alemania* (2007)¹⁸.

⁹ *Reservations to the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion* of 28 May 1951.

¹⁰ *The effect of Reservations on the entry into force of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion*, OC-2/82, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A), no. 2, para. 2, Sept. 4, 1982, par. 27.

¹¹ ICJ, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite, Belgium v. Senegal*, Judgment of 20 July 2012.

¹² Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998.

¹³ Case No.: IT-95-16-A, 23 October 2001.

¹⁴ Case No.: IT-96-21-A, 20 February 2001.

¹⁵ Case No.: IT-98-33-T, 2 August 2001.

¹⁶ STEDH de 18 de enero de 1978.

¹⁷ STEDH de 4 de febrero de 2005.



Recientemente en *Margus v. Croatia* (2014)¹⁹, especialmente relevante, ya que la Gran Sala recopila la jurisprudencia más importante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre tutela judicial efectiva en casos de violaciones de DDHH.

Toda esa jurisprudencia sobre el valor y la finalidad de Tratados y Convenios internacionales en materia de DDHH y, por tanto, sobre el papel concreto de los Estados Partes actuando como agentes de la comunidad internacional que aplican Derecho internacional, debe respetarse en la interpretación de los mismos conforme al sistema de fuentes consagrado en nuestra Carta Magna. De acuerdo con el art. 10.2 CE *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Esta disposición debe completarse con la prevista en el apartado 2 del art. 96 CE, que establece que *“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”*. La consecuencia lógica de una interpretación sistemática de los preceptos a la luz de la jurisprudencia emanada de Tribunales Internacionales como el TEDH, es la primacía de las obligaciones contenidas en los Tratados y Convenciones internacionales de los que España es parte. En el caso concreto que nos ocupa es decir, en los de protección de DDHH, la extensión y el cumplimiento de las obligaciones que imponen no puede ser sometido a la voluntad de los Estados que deciden firmarlos y ratificarlos, y mucho menos a una continua reinterpretación de las mismas en función de sus concretos intereses políticos, económicos, geoestratégicos o de cualquier otra índole.

Concretamente los arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra (1949) establecen, respectivamente, que *«cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes»*. De dichas normas internacionales cabe deducir una obligación clara de los Estados Parte de instar la apertura de procedimientos penales, con independencia del lugar de comisión de los hechos y la nacionalidad de los presuntos autores o de las víctimas. Esta obligación es exigible para nuestro país, que autorizó la ratificación de estos Convenios el 4 de agosto de 1952. Por estas razones, cuando el Legislador español mantiene que la LO 1/2014 procede a adaptar la normativa española a las obligaciones impuestas por los Tratados y Convenios internacionales, simplemente miente. El contenido de las obligaciones se materializa en perseguir y castigar a los responsables de delitos internacionales a través de la inclusión de criterios de atribución de la jurisdicción amplios, como la jurisdicción universal. Sólo de esta forma, la actuación conjunta de los Estados Partes permite tejer una red de colaboración lo suficientemente tupida como para reducir los espacios de impunidad frente a delitos internacionales, finalidad última y suprema de los Tratados.

3.2 Incumplimientos activos y omisivos de las obligaciones internacionales

¹⁸ STEDH de 12 de julio de 2007.

¹⁹ STEDH de 27 de mayo de 2014.

La incorrecta interpretación que el Legislador español hace de las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales, unida a la concepción de Estado soberano del siglo XIX que sigue manteniendo, se trasladan a la LO 1/2014 en forma de incumplimientos activos y omisivos.

Por lo que respecta a los primeros, los activos, la LO 1/2014 confunde de manera clara los *principios* de atribución de la jurisdicción penal (territorial, personalidad activa, personalidad pasiva, principio de protección y jurisdicción universal) con los *criterios* de resolución de conflictos jurisdiccionales. Los *principios* sirven para atribuir la jurisdicción a los tribunales para investigar, perseguir y enjuiciar delitos cometidos dentro y fuera del territorio de un Estado. El reconocimiento de los principios de nacionalidad del autor, de las víctimas y de intereses protegidos que permiten atribuir la jurisdicción a los tribunales, no viene sino a ratificar la superación de la exclusividad del principio territorial (Philippe 2006: p. 377; Bassiouni 2004: pp. 41 y ss.), máxime en un mundo cada vez más globalizado y con fronteras más porosas y especialmente apto para la comisión de determinados delitos.

Por el contrario, los *criterios* de resolución de conflictos responden a la necesidad de resolver o decidir qué órgano jurisdiccional debe continuar investigando cuando más de uno ha iniciado un procedimiento. Al contrario de lo que ocurre con los *principios*, los *criterios* deben responder a razones de eficacia del procedimiento y de respeto de derechos fundamentales de autores y víctimas, eficacia que no debe necesariamente presumirse a los procedimientos llevados a cabo por el Estado territorial. A priori, parece razonable pensar que el conflicto de jurisdicciones surgido porque dos tribunales se encuentren investigando los mismos hechos debe resolverse a favor de aquél que ejerce la jurisdicción en el territorio en el que se han cometido los crímenes, por la cercanía a los mismos. Sin embargo, esta decisión podrá no ser adecuada cuando dada la especial naturaleza de esos delitos, existan sospechas fundadas de que esos procedimientos se hayan abierto con la clara intención de entorpecer investigaciones serias y evitar la depuración de responsabilidades penales. Parecería también razonable entender que el conflicto de jurisdicciones se resolviera a favor de los tribunales del Estado en que resida o se encuentre el presunto responsable de los mismos, a no ser que presente un serio historial de incumplimientos de obligaciones internacionales en la persecución y sanción de delitos internacionales o de adaptación de sus leyes a las exigencias impuestas por los Tratados y Convenios de los que es parte. Como puede observarse, en todo caso, los criterios se aplican *ex post* y no condicionan *ex ante* la apertura de investigaciones.

El Legislador español, siguiendo la línea de su habitual desconocimiento del Ordenamiento Jurídico Internacional, procede como hizo con la aprobación de la LO 1/2009. Es decir, confunde consciente e interesadamente *principios* de atribución de la jurisdicción con *criterios* de resolución de conflictos de jurisdicción, aspecto éste que, al menos sí entendió el Legislador de 1985. La principal consecuencia de esta “confusión” es la completa desnaturalización del principio de *jurisdicción universal* consagrado en el art. 23. 4 de la LOPJ de 1985, siguiendo la estela iniciada en 2009, algo que no debe extrañarnos pues es el objetivo principal de la reforma. No contento con ello, el Legislador español vuelve a demostrar un absoluto desconocimiento del contenido de los Tratados y Convenios internacionales de los que España es parte.

La LO 1/2014, al igual que hiciera la 1/2009, se equivoca al ampliar la lista de delitos perseguibles mediante el principio de jurisdicción universal atendiendo al carácter transfronterizo de muchos de ellos. Desde su incorporación a nuestro



Ordenamiento Jurídico en 1985, el principio de jurisdicción universal se ha utilizado para perseguir dos tipos de delitos que deben ser convenientemente diferenciados. Por un lado, los delitos de comisión transfronteriza, cuya persecución requiere la colaboración de los Estados para su efectiva investigación y ulterior enjuiciamiento y, por otro, los delitos de Derecho penal internacional²⁰. Los primeros son los llamados **delitos transfronterizos**, en cuya persecución todos los Estados tienen intereses comunes, siendo ésa la razón por la que se articulan mecanismos de cooperación y colaboración judicial. En el caso de la Unión Europea (UE) estos se han visto reforzados con medidas e iniciativas de carácter supra-regional que han ido completando y concretando las obligaciones impuestas en Tratados y Convenios internacionales para los Estados Miembros. A nivel europeo, se ha impuesto la creación de un marco común de armonización de tipos penales transfronterizos con la finalidad de hacer más efectiva la lucha *ad intra*, pero también buscando favorecer la cooperación con terceros países. El segundo grupo de delitos perseguibles por aplicación del principio de jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ son los **delitos de Derecho penal internacional**, es decir el genocidio, los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, tortura, los crímenes de lesa humanidad y sus diversas modalidades. Estos delitos presentan una problemática muy particular, que les aleja en gran medida de los transfronterizos²¹.

La comisión de un delito de Derecho penal internacional requiere la intervención de una pluralidad de personas que con altísima frecuencia están vinculadas a un aparato de poder estatal o paraestatal, (guerrillas, tropas de milicias irregulares o fuerzas paramilitares). Cuando el Estado o una parte significativa de él auspicia o promueve la comisión de estos delitos, no es esperable que a continuación facilite su investigación por parte de sus tribunales. Este tipo de situaciones requieren la existencia de cauces procesales alternativos que permitan a las víctimas acudir a los tribunales, derecho que rara vez les será garantizado por un Estado que directa o indirectamente ha participado o tolerado la comisión de dichos delitos. Frente a este tipo de delitos la aplicación del principio de jurisdicción universal cobra verdadero sentido como elemento de reafirmación de la sanción penal, pero también como instrumento que garantice a las víctimas el acceso a la justicia que su Estado les niega.

El desconocimiento del Ordenamiento Jurídico internacional y la necesidad de disimular las verdaderas intenciones que informan la LO 1/2014, han llevado al Legislador a ampliar notablemente el catálogo de delitos perseguibles mediante el principio de jurisdicción universal. El razonamiento utilizado en su exposición de motivos (EM) advierte que *“...en esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el*

²⁰ La doctrina ha planteado otro tipo de distinciones o categorías de delitos. Véase las adoptadas por CASSESE, A. (2008, p.12); en la doctrina española, OLLÉ SESÉ, M. (2008 pp. 190 y ss.) que distingue entre crímenes internacionales de primer y segundo grado; y SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2004 pp. 59-61), que apuesta por la distinción entre “criminalidad oficial” y “criminalidad transnacional”, situando al terrorismo como una categoría intermedia.

²¹ Los transfronterizos han sido y siguen siendo el principal foco de atención de las políticas de armonización de tipos penales en la UE a través del uso de Decisiones Marco, primero, y de Directivas comunitarias después. Con respecto a los delitos de Derecho penal internacional, y a pesar del apoyo de la UE a la CPI, no se han articulado medidas similares a las anteriores con la finalidad de garantizar una tipificación homogénea de los mismos en todos los países a pesar de los tímidos intentos y recomendaciones de la UE. Cfr. la lista de recomendaciones realizadas por la DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS EXTERIORES DE LA UNIÓN, PARLAMENTO EUROPEO (2014) *Mainstreaming support for the ICC in the EU's Policies*, Brussels, p. 92, que llega incluso a considerar la inclusión de los *core crimes* en el art. 83 del TFUE.

caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley”.

Apuntar que la confusión no es nueva no resta gravedad al hecho, pero sirve para identificar una política ciertamente preocupante al respecto que tiende a confundir y a desnaturalizar el principio de jurisdicción universal. La redacción original del art. 23.4 de la LOPJ de 1985 contemplaba exclusivamente los delitos de genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y cualquier otro que, según los Tratados y Convenios internacionales, debiera ser perseguido en España. Como puede observarse, esa redacción incluía delitos que no se encuentran en el decálogo de los perseguibles por jurisdicción universal²². Tampoco se recogían expresamente otros que sí debían figurar como los crímenes de guerra, tortura y lesa humanidad, a pesar de las posibilidades que ofrecía y sigue ofreciendo la fórmula “y cualquier otro que, según los Tratados y Convenios internacionales, deba ser perseguido en España”²³.

La LO 1/2014 sigue la estela de sus precedentes porque amplía de manera significativa el número de delitos²⁴. Sin embargo, como se verá a continuación, establece un régimen diferenciado para cada uno de ellos, elevando *criterios de resolución de conflictos* a la categoría de *principios de atribución de la jurisdicción*. La reforma incorpora expresamente nuevos delitos como los regulados en el *Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, los delitos contra la falsificación de productos médicos y otros que supongan una amenaza para la salud pública y también los de corrupción entre particulares o los cometidos en las transacciones económicas internacionales. Todos estos delitos, por muy reprochable que resulte su comisión, no han sido tradicionalmente perseguidos mediante la aplicación del principio de jurisdicción universal. Los Convenios internacionales que los regulan apuestan por la incorporación de los principios de *territorialidad*, *personalidad activa* y, en algunas ocasiones, por la *pasiva*. Es decir, el Legislador, para cumplir con las obligaciones impuestas por los Tratados y Convenios debe ubicar estos delitos en los números 2 y 3 del art. 23 LOPJ, pero no en el 4.

El *Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* determina, en su art. 4, que los Estados deberán ejercer su jurisdicción sobre los delitos cometidos en todo

²² Véase Principio 2.1 sin perjuicio de poder ampliar la lista a otros delitos de derecho internacional conforme al 2.2. MACEDO, S. (2001 p. 29).

²³ LO 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, BOE núm. 157, de 2 de julio.

²⁴ Hasta el año 2014, las modificaciones del art. 23.4 LOPJ han ido siempre en la línea de incorporar nuevos delitos, especialmente transfronterizos: el delito de corrupción de menores o incapaces en 1999, la mutilación genital femenina en 2005 y el tráfico ilegal de personas en 2007. Véase LO 11/1999, de 30 de abril, *de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, BOE núm. 104 de 1 de mayo; LO 3/2005, de 8 de julio, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina*, BOE núm. 163, de 9 de julio; LO 13/2007, de 19 de noviembre, *para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*, BOE núm. 278, de 20 de noviembre. La LO 1/2009, no se sabe si conscientemente o por descuido, eliminó del decálogo de delitos la falsificación.



o en parte en su territorio (apartado 1) **y que además, extenderán la jurisdicción de sus tribunales nacionales para perseguir los delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero** (apartado 2). No alude a la aplicación del principio de jurisdicción universal, como tampoco lo hace el Convenio de 2011 sobre violencia doméstica. En los mismos términos que el anterior, su artículo 44 establece la obligación de los Estados Parte de atribuir la jurisdicción a sus tribunales cuando los delitos se cometan en su territorio, incluidos buques o aeronaves (art. 44. 1 a), b) y c)) o por uno de sus nacionales o persona que tenga residencia habitual en España (art. 44. 1. d) y e)). Igualmente insta a los Estados a *esforzarse* para establecer la jurisdicción de sus tribunales cuando la *víctima* sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio (art. 44.2). A continuación, el Convenio ofrece criterios de resolución del conflicto de jurisdicciones cuando dos o más tribunales ejerzan su jurisdicción sobre los mismos.

Sin embargo, y a pesar de lo que pudiera parecer, esta errónea línea de actuación no es lo más grave. Mientras que por un lado parece existir una cierta preocupación del Legislador por cumplir con las obligaciones derivadas de la firma y ratificación de determinados convenios, coexiste una actitud ciertamente preocupante con respecto a otros, concretamente aquéllos que imponen a los Estados la obligación de perseguir los delitos de Derecho penal internacional. Dos casos extremadamente significativos en nuestro país son los relativos a los delitos de desapariciones forzadas y tortura.

España firmó y ratificó la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006²⁵. Dicha Convención, que entró en vigor para nuestro país el 23 de diciembre de 2010 obliga a los Estados Miembros a “*tomar las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal*”, y ofrece un tipo penal de desaparición forzada que fue asumido por España en su Instrumento de Ratificación de 2011²⁶. Sin embargo, la redacción actual de los tipos comunes de desaparición sin facilitar información sobre el paradero (arts. 163 a 168, 530 y 607 bis 6º del CP) dista mucho de adecuarse a la que exige la Convención, instrumento al que alude expresamente el apartado 4. c) del art. 23 LOPJ tras la modificación. Esta circunstancia, unida a que ese apartado de la LOPJ exija que los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional tengan que ser “*susceptibles de tipificarse según la ley española, como alguno de los siguientes delitos..*” obliga de nuevo a llamar la atención sobre el incumplimiento sistemático y reiterado del Legislador español a la hora de adecuar los tipos penales nacionales a las Convenciones y Tratados internacionales de los que es parte. Esta crítica debe hacerse extensible al delito de torturas tipificado en nuestro CP, que no traspone de manera adecuada el tipo de torturas contenido en la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles o inhumanos* (1985)²⁷. Así lo ha entendido el *Comité contra la Tortura* que, desde 2009, viene exigiendo a

²⁵ Instrumento de Ratificación, BOE núm. 18 de febrero de 2011.

²⁶ Art. 2. “A los efectos de la presente Convención se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

²⁷ Firmado por España el 4 de febrero de 1985 y ratificado el 21 de octubre de 1987.

España que adapte la redacción del art. 174 CP a la contenida en el art. 1 de la Convención²⁸.

Esta política de “omisiones” es especialmente llamativa, cuando menos sospechosa, porque se trata de Convenios internacionales de protección de DDHH que exigen la tipificación de delitos de Derecho penal internacional como los que nos ocupan. Llegados a este punto, el Legislador español debería reparar en las observaciones realizadas por la CIJ en *Bélgica v. Senegal* (2012), precisamente por la falta de incorporación de las obligaciones previstas en el *Convenio contra la Tortura* al Ordenamiento Jurídico Senegalés, circunstancia que utilizaba Senegal para justificar la ausencia de procedimientos penales contra Hissène Habré, ex-presidente de la República de Chad²⁹.

3.3. Los límites del respeto a la soberanía estatal

Otro de los aspectos más repetidos por la EM de la LO 1/2014 es la necesaria clarificación del principio de jurisdicción universal ya que, como criterio de atribución de la jurisdicción extraterritorial, supone – según dicha EM- una invasión del ámbito de soberanía de otros Estados. Sin embargo y como se apuntó anteriormente, el respeto a la soberanía de los Estados, y por tanto a la no injerencia en asuntos internos, no son principios absolutos de acuerdo con el concepto de Comunidad internacional actual. Por lo que respecta a si el ejercicio del principio de jurisdicción universal sobre determinados delitos pudiera invadir ese ámbito de soberanía estatal, es necesario recordar que los tribunales de justicia, incluidos los españoles, cuando ejercen el principio de jurisdicción universal lo hacen porque el estado territorial no actúa o no lo hace con la imparcialidad con la que debiera. Este hecho es especialmente significativo cuando se trata de delitos de Derecho penal internacional como el genocidio, la lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura.

Aunque es cierto que, en ocasiones, las actuaciones de jueces y tribunales pueden crear conflictos diplomáticos, no dejan de ser consecuencia de una práctica reconocida y tolerada por el Ordenamiento Jurídico Internacional. Por ello, y al contrario que los Tribunales penales internacionales (TPIY, TPIR y CPI), cuando los órganos jurisdiccionales de un país persiguen delitos de Derecho penal internacional en aplicación del principio de jurisdicción universal, están obligados a respetar las inmunidades diplomáticas reconocidas internacionalmente. Con respecto a los primeros, la *verticalidad* del sistema de relaciones con los Estados les permite dictar órdenes de arresto y detención de los presuntos responsables de los delitos incluso cuando se encuentren en ejercicio del cargo. Concretamente, el art. 27.2 del Estatuto de Roma establece que “*las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*”. Ejemplo de ello son las dos órdenes de arresto internacional emitidas contra el Presidente Sudanés Omar al Bashir en 2009³⁰ y

²⁸ COMITÉ CONTRA LA TORTURA, (2009) *Observaciones finales del Comité contra la Tortura. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención*, 43º periodo de sesiones, 19 de noviembre (CAT/C/ESP/CO/5).

²⁹ International Court of Justice. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20th July 2012, par. 91.

³⁰ *Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar al Bashir”), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 March 2009 (ICC-02/05-01/09).



2010³¹ y las resoluciones de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ante los incumplimientos en su ejecución de Chad, Djibouti, Kenia y Malawi durante la visita del mandatario³². Por el contrario, la *horizontalidad* que informa el ejercicio del principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales de un Estado frente a la posible comisión de delitos en el territorio de otro Estado impone a aquéllos respetar las inmunidades de Derecho Internacional de conformidad con la máxima “*par in parem non habet imperium*”. Dicha observancia sólo se extiende durante el tiempo que el presunto responsable se encuentre en el cargo pero no impide la iniciación de un procedimiento penal³³. Como señaló la CIJ en *República Democrática del Congo c. Bélgica* (2002), el respeto a dicha inmunidad no implica impunidad frente a la comisión de cualquier crimen, dado que son conceptos diferentes. La inmunidad jurisdiccional es de naturaleza procesal y la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo. La primera puede impedir la persecución de los delitos cometidos durante un periodo de tiempo, pero no exonerar de toda responsabilidad penal a quien la disfruta³⁴. En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los tribunales de un Estado con arreglo a estos principios y dentro de esos límites no constituye una injerencia en el ámbito de soberanía de otro, que además tiene la obligación de garantizar el acceso a la justicia a las víctimas de delitos internacionales.

3.4. La subsidiariedad de los Tribunales Internacionales y la existencia de otros procedimientos

El segundo de los argumentos utilizados por la LO 1/2014 es la necesidad de ajustar el alcance del principio de jurisdicción universal a la existencia de Tribunales penales internacionales (concretamente la CPI) y de procedimientos judiciales abiertos por los tribunales de otros Estados por la comisión de los mismos delitos.

Con respecto a la primera cuestión, la LO 1/2014 alude a la necesidad de atender a “*los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos*”³⁵. Como ya ocurriera con la LO 1/2009, la actual vuelve a interpretar incorrectamente el principio subsidiariedad que informa la relación entre la CPI y los tribunales de los Estados Parte. La jurisdicción de la CPI se ejerce de forma subsidiaria a la de los Estados Parte (incluida España) y no al revés, algo que

³¹ *Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar al Bashir”), Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 July 2010 (ICC-02/05-01/09).*

³² Véase el argumento mantenido en *Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 December 2012 (ICC-02/05-01/09).*

³³ Véase la discusión sobre la interpretación y alcance de la aplicación del principio de jurisdicción universal y los juicios *in absentia* en EL ZEIDY, M. (2003) “Universal jurisdiction in absentia: is it a legally valid option for repressing heinous crimes”, en *Oxford University Comparative Forum*, 4, p. 3 y RABINOVIC, R. (2004) “Universal jurisdiction in absentia”, en *Fordham International Law*, vol. 28, 2, pp. 502 y ss.

³⁴ *International Court of Justice. Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000. Democratic Republic of Congo v. Belgium. Judgment of 14 February 2002, par. 60.*

³⁵ Así lo recoge la propia EM de la LO 1/2014 al resaltar que “*se delimita con carácter negativo la competencia de los Tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en el que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre la persona a la que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones en los que se establecen*”.

expresamente recoge el Preámbulo del Estatuto de Roma (ER) y su art 1³⁶. Esta subsidiariedad de la CPI en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión con respecto a las jurisdicciones estatales la reconoce también el propio Legislador español en la EM de la LO 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En ella se afirma que, *conforme al principio de complementariedad, la Corte no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales. La jurisdicción de la Corte sólo se ejercerá de manera subsidiaria cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente*³⁷.

En el sistema diseñado por el ER corresponde a los Estados en *primer lugar* el ejercicio de su jurisdicción en aplicación de los principios de *territorialidad, personalidad activa y pasiva, principio de protección y jurisdicción universal*. Sólo en el caso de que éstos no lo hagan, podrá entrar a conocer la CPI³⁸. La única excepción que prevé el ER se produce con respecto a la persecución y enjuiciamiento de los delitos contra la Administración de Justicia de la CPI. Así lo establece el art. 70.4 b) ER y la trasposición a nuestro Ordenamiento Jurídico penal mediante la Disposición Adicional Segunda de la LO 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional³⁹.

Al contrario que en el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, de guerra, lesa humanidad y agresión en los que rige el principio de *subsidiariedad y complementariedad* de la jurisdicción de la CPI, en los contenidos en el art. 70 ER la jurisdicción de los Estados Parte es *subsidiaria* independientemente del mecanismo por el que se haya iniciado el procedimiento principal. La letra b) del punto 4 determina que es a la CPI a quien compete decidir si delega o no el enjuiciamiento en el Estado Parte territorial en el que se ha cometido el delito, o en aquél cuya nacionalidad ostenta el presunto autor del mismo⁴⁰.

Los criterios a los que debe atender la CPI para asumir o no la investigación y el posterior enjuiciamiento de los delitos contra su Administración de Justicia, están contenidos en la regla 162 (*ejercicio de la jurisdicción*) de las *Reglas de Prueba y Procedimiento* (RPP). La sub-regla 1 determina que, la CPI, *“antes de decidir si ha de ejercer su jurisdicción, podrá consultar con los Estados Partes que*

³⁶ Art. 1. (...) «La Corte será una institución permanente, está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales».

³⁷ En los mismos términos lo reconoció el Consejo de Estado en su Dictamen (1374/1999, de 22 de julio) sobre la citada Ley al mantener que *“Dado el principio de complementariedad sobre el que se asienta la competencia de la Corte, el Estatuto no viene a derogar ni a sustituir el ejercicio de la potestad jurisdiccional soberana del Estado que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes”*.

³⁸ El sistema de la CPI difiere del de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, dada la naturaleza y origen de los mismos. Así se recoge no sólo en las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que aprueban su creación y estatutos (S/RES/827 (1993, de 25 de mayo y S/RES/955 (1994) de 8 de noviembre respectivamente), sino también en las Leyes Orgánicas 15/1994, de 1 de junio y 4/1998, de 1 de julio de cooperación de España con sendos tribunales.

³⁹ Para un análisis completo sobre estos delitos y su concreta regulación en el CP español. Véase MARTÍNEZ GUERRA, A., (2013, pp. 1323-1363).

⁴⁰ Así lo ha declarado recientemente la CPI en diversos pronunciamientos: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Prosecution’s observations on article 70 of the Rome Statute*, 11 April 2011, (ICC-01/04-01/06) y *La Chambre Préliminaire II, Situation en République Centrafricaine. Affaire Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Killo Musamba, Jean Jacques Mangenda Kabongo, Fiéle Babala Wadu et Nacissse Arido. Mandat d’arrêt à l’encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Killo Musamba, Jean Jacques mangenda kabongo, Fiéle Babala Wadu et Nacissse Arido*, 20 novembre 2013 (ICC-01/05-01/13).



puedan tener jurisdicción respecto del delito". Esta consulta debe ir encaminada a determinar si el Estado Parte, aun siendo Estado territorial en el que se han cometido los hechos o del que es nacional el acusado, quiere y/o puede asumir la investigación y enjuiciamiento de los mismos⁴¹.

En definitiva, los Estados Parte del ER, incluido España, tienen jurisdicción *preferente* aplicando los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva, protección y jurisdicción universal. La subsidiariedad de la jurisdicción se predica de la CPI no de los tribunales españoles.

La jurisdicción de la CPI, además de ser *subsidiaria y complementaria* respecto de la de los Estados Parte, es limitada material, espacial y temporalmente. Desde el punto de vista material es necesario recordar que sólo cubre los delitos de genocidio, los crímenes de guerra, de lesa humanidad y el crimen de agresión. Fuera quedan otros como la piratería marítima, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes etc., y por supuesto, todos aquellos que el Legislador español ha procedido a incorporar al decálogo del art. 23.4 LOPJ y que se identifican más con los delitos transfronterizos que con los internacionales. Desde el punto de vista espacial, la CPI sólo conocerá de los delitos cometidos en el territorio de los Estados Parte y no Parte cuando se activen cualesquiera de los mecanismos regulados en los arts. 12.3 y 13 ER⁴². Finalmente, y desde el punto de vista temporal, la jurisdicción de la CPI se encuentra limitada a los delitos cometidos tras la entrada en vigor del ER⁴³.

La posible existencia de otros procedimientos abiertos es uno de los aspectos a los que alude La LO 1/2014 como elemento a tener en cuenta para diseñar el nuevo papel subsidiario que otorga a los tribunales españoles. Para ello la reforma, haciendo uso de una redacción extremadamente confusa, distingue entre procedimientos abiertos por Tribunales Internacionales constituidos conforme a Tratados y Convenios, y aquéllos iniciados por el Estado en cuyo territorio se hubiesen cometido los delitos o cuya nacionalidad ostentara "*la persona a (sic) que se impute su comisión*".

Si el procedimiento lo inicia un Tribunal internacional, la LO 1/2014 no exige condición adicional alguna. Al contrario de lo que ocurría con la LO 1/2009, la actual no establece ningún mandato dirigido a los tribunales españoles para sobreseer provisional o definitivamente el procedimiento en estos casos. La redacción del apartado ("*no serán perseguibles*" y "*cuando se haya iniciado*"), nos permite llegar a la conclusión de que lo que busca la LO 1/2014 es evitar la apertura (*ab initio*) de un procedimiento ante un tribunal español cuando ya se haya iniciado uno por otro

⁴¹ Los criterios a los que debe atender en esa toma de decisión están contenidos en la sub-regla 2:

2. *Al decidir si ha o no de ejercer su jurisdicción, la Corte podrá tener en cuenta, en particular:*

- a) *La posibilidad y eficacia del enjuiciamiento en un Estado Parte;*
- b) *La gravedad de un delito*
- c) *La posibilidad de acumular cargos presentados con arreglo al artículo 70 con cargos presentados con arreglo a los artículos 5 a 8;*
- d) *La necesidad de agilizar el procedimiento;*
- e) *Los vínculos con una investigación o un juicio en curso ante la Corte; y*
- f) *Consideraciones de prueba.*

⁴² Es decir, bien cuando el Consejo de Seguridad (CSNU) de la ONU remita a la Fiscalía una situación -lo que no ocurrirá con respecto a Estados miembros permanentes en el Consejo de Seguridad que no sean parte del ER (es decir: Rusia, China y EEUU), o cuando en relación con Estados no Parte tampoco haya consenso en el seno del CSNU para reenviar la situación conforme al art. 13 b) ER- o, cuando el Estado no Parte acepte la competencia de la CPI para *un* caso en concreto (art 12.3 ER).

⁴³ Con carácter general, cuando el Estado Parte firmó y ratificó el ER antes de su entrada en vigor (1 de julio de 2002) y con carácter excepcional, a partir de su entrada en vigor para el Estado Parte si su firma y ratificación se produjo después de esa fecha.

internacional. Nada parece obstar a su apertura cuando ese procedimiento no exista a nivel internacional e incluso cuando existiendo, no recaiga ni sobre la misma persona ni sobre los mismos hechos a pesar de haberse cometido, por ejemplo, en el marco del mismo conflicto civil o armado. Tampoco cuando, en el caso de procedimientos ante la CPI nos encontremos ante *investigaciones preliminares de situaciones*, ya que la LO 1/2014 exige un “*procedimiento para su investigación y enjuiciamiento*”⁴⁴.

Más confusa y deficiente es la técnica legislativa utilizada en la letra b) del apartado 5 de la LO 1/2014, que declara que *no serán perseguibles* los delitos del apartado 4 cuando el procedimiento se haya iniciado “*en el Estado del lugar en que se hubieren cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a (sic) que se impute su comisión*”. En este caso, la reforma exige que la persona a la que se imputen los hechos no se encuentre en territorio nacional (1º) o que, encontrándose, se hubiere iniciado un procedimiento para su extradición al Estado territorial, al de la nacionalidad de las víctimas o para ponerlo a disposición de un Tribunal internacional, salvo que la extradición no fuera autorizada (2º). Una lectura pausada de estos dos números nos permite plantear dos opciones ante la apertura de procedimiento por el Estado territorial o de la nacionalidad del presunto autor. La primera, como hemos dicho, que el presunto autor no se encuentre en España y por tanto, no se permita la persecución del delito a los tribunales españoles. La segunda, que se halle en nuestro país, pero que exista un procedimiento de extradición previo para ponerlo a disposición del país donde se hubieren cometido los delitos o de cuya nacionalidad sean las víctimas o de un Tribunal internacional. Repárese en el hecho de que el procedimiento de extradición no contempla la entrega al país cuya nacionalidad ostenta el presunto autor (a pesar de que es éste uno de los que puede haber abierto el procedimiento) si es diferente del territorial o del de las víctimas.

El sinsentido más absoluto de la reforma llega con la redacción del párrafo siguiente del apartado 5, que copia literalmente los apartados 2. a), b), c) y 3. del art. 17 ER. Dicho art. 17 ER regula las cuestiones de inadmisibilidad y debe ser interpretado en relación con el párrafo 10 de su Preámbulo (principios de subsidiariedad y complementariedad de la jurisdicción) tal y como dispone su apartado 1. El precepto establece un mecanismo para evaluar si los procedimientos abiertos por los Estados pretenden investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de una forma transparente y ajustada a estándares internacionales mínimos o si, por el contrario, se abren con la finalidad de evitar que la CPI, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y complementariedad, no entre a conocer del asunto al haber hecho el Estado, formalmente, uso de su jurisdicción preferente. De ahí que la utilización del término “*genuinely*” utilizado por la versión oficial del ECPI deba ser traducida por *auténtica, honesta, sincera*. Y todo ello porque en estos casos se asume que o bien existe un procedimiento en curso llevado a cabo por el Estado o se inicia uno con la finalidad de provocar una impugnación de la jurisdicción de la CPI (*challenge of jurisdiction*). El mecanismo del art. 17 ER ha sido utilizado hasta la fecha en casos concretos relativos a las situaciones en Uganda, Kenia y Libia y requiere, no sólo de medidas de carácter diplomático y político, sino también de importantes despliegues sobre el terreno de grupos y equipos de trabajo de organizaciones internacionales y no gubernamentales que facilitan información a los Magistrados de la CPI en la toma de decisiones⁴⁵.

⁴⁴ Éste podría ser el caso de la investigación preliminar abierta por la Fiscalía de la CPI y el JCI nº 5 en asunto *Flotilla de la Libertad, Mavi Mármara*.

⁴⁵ Sobre el análisis de los elementos de la *complementariedad strictu sensu*, cfr. AMBOS K. (2010 pp. 17 y ss.); véase. BURKE-WHITE W. W. / KAPLAN, S. (2009 pp. 86 y ss.) para el estudio concreto de



Pues bien, la LO 1/2014 crea un trámite similar al establecido en sede de CPI para que la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS), previa exposición razonada por el juez o tribunal, valore si el Estado que *“ejerce la jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo”*. La especial complejidad que entraña un mecanismo de esta naturaleza revela lo inapropiado de esta disposición, que convierte primero al juez al que no permite perseguir los delitos y, posteriormente al TS, en órganos verificadores de la *autenticidad* de procedimientos judiciales extranjeros, con la finalidad de determinar su intencionalidad y comprobar que no buscan activar su jurisdicción para evitar la de tribunales españoles. Semejante medida casa casa mal con el alegado respeto a la soberanía estatal que propugna la LO 1/2014.

4. La vulneración de derechos constitucionales

La redacción de la LO 1/2014 no sólo ha tenido como consecuencia la eliminación del principio de jurisdicción universal de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino una flagrante vulneración de derechos constitucionales. Esto ocurre porque el Legislador no sólo incumple las obligaciones impuestas por los Tratados y Convenios internacionales de los que España es parte, sino porque crea un régimen diferenciado en función del delito, elimina el papel de la acción popular y atenta contra el principio de separación de poderes consagrado en la CE.

En primer lugar, la norma consagra un régimen dual de persecución en función del delito cometido y la nacionalidad de la víctima, requiriendo que ésta ostente la española en el momento de comisión de los hechos. Por ejemplo, se faculta a la jurisdicción española a conocer de los delitos de tortura (art. 23.4. [b]), desaparición forzada (art. 23.4. [c]), terrorismo (art. 23.4. [e]), trata de seres humanos (art. 23.4. [m]), delitos contra la indemnidad sexual contra víctimas menores de edad (art. 23.4. [k]), violencia contra las mujeres y doméstica (art. 23.4. [l]). Pero incluso cuando se exige la concurrencia de nacionalidad española, en algunos casos se condiciona a que el presunto responsable se encuentre en territorio español (desaparición forzada (apartado 2º), tortura (apartado 2º), trata de seres humanos (apartado 4º), lucha contra la violencia de las mujeres (apartado 3º)). En otros como terrorismo, delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos contra menores de edad y delitos de falsificación de productos médicos no se exige, permitiendo además, de forma alternativa, que la víctima tenga nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos o residencia habitual en España (art. 23.4.e) 2º; art. 23.4. k) 2º; art. 23.4. o) 2º, respectivamente) Sin embargo, con respecto a los delitos de Derecho penal internacional como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no se contempla la posibilidad de que los tribunales españoles ejerzan su jurisdicción cuando pudiera haber víctimas de nacionalidad española. Estos últimos sólo serán perseguibles *cuando el procedimiento se dirija contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas* (art. 23.4 [a]).

El diferente trato conferido por la LO 1/2014 con respecto a exigencia de víctimas españolas o de residentes en España en relación con unos delitos y su exclusión con respecto a otros, tiene como consecuencia que las víctimas españolas de estos últimos verán lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva ante los tribunales españoles. Curiosamente la omisión de cualquier referencia a las víctimas

las cuestiones planteadas por Uganda tras la firma de los acuerdos de paz 2007 y 2008 y el anuncio de creación de Tribunales penales nacionales para la investigación los delitos.

se produce en aquellos delitos en los que suele existir un importante componente político que lleva a los Estados territoriales a no investigar y enjuiciar los hechos. No es esperable, por tanto, que esa tutela la otorguen los tribunales del Estado en el que se han cometido. La consecuencia inmediata de esta dualidad es la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y del acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que tienen su origen en un incumplimiento previo de las obligaciones impuestas por instrumentos internacionales en materia de DDHH de los que España es parte.

En segundo lugar, pero no por ello de menor gravedad, la LO 1/2014 exige querrela previa del Ministerio Fiscal (MF) o del agraviado, convirtiendo estos delitos en una suerte de delitos semipúblicos. Así lo dispone el nuevo apartado 6 del artículo 23, de aplicación exclusiva a los delitos perseguibles mediante el *principio de protección* y el *principio de jurisdicción universal*, algo que pone de manifiesto la evidente confusión del Legislador con respecto a la naturaleza de ambos. Llegados a este punto es preciso recordar la posición renuente del MF en la práctica totalidad de los procedimientos por delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

La eliminación de la acusación popular, consagrada en el art. 125 CE, unida a la nueva regulación del principio de jurisdicción universal en la persecución de los delitos de Derecho penal internacional, evidencia la verdadera intención de la reforma. La acusación popular, al igual que las víctimas nacionales o extranjeras, constituyen las verdaderas palancas de activación de los procedimientos. Establecer como requisito la necesaria interposición de querrela por parte del MF o del agraviado por el delito es, en el mejor de los casos, desconocer la verdadera naturaleza y problemática de este tipo de delitos. En el peor, eliminar conscientemente toda posibilidad de perseguir ciertos delitos vulnerando los derechos de las víctimas y las obligaciones internacionales contraídas en materia de DDHH, materia en la que desgraciadamente y utilizando palabras del TS con ocasión de otros asuntos, se ha podido observar un *escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal*⁴⁶.

Desgraciadamente la eliminación de la acusación popular en materia de delitos de Derecho penal internacional es sólo la primera materialización de un planteamiento más amplio de eliminación de la participación ciudadana en la Administración de Justicia. El *borrador de Código Procesal Penal* (CPP) en sus arts. 69 a 73 da buena cuenta de esta estrategia al limitar el círculo de personas que pueden ejercer la acción popular y los delitos en los que ésta podrá interponerse. Como explica su EM:

“Asimismo, en el desarrollo del art. 125 de la Constitución, se autoriza a cualquier ciudadano a ejercer la acción popular para la persecución y enjuiciamiento de los delitos en relación con los cuales se entiende justificada la asunción de la función pública de acusar por quien, no siendo ofendido ni perjudicado solicita la condena y que son los cometidos por funcionarios públicos, delitos de corrupción en el sector público, delitos contra los intereses difusos y electorales. Con ello se mantiene una institución constitucionalmente prevista, si bien se redefine legalmente para evitar abusos”.

El texto elimina de un plumazo la posibilidad de ejercer la acusación popular a cualquier persona jurídica pública o privada, excepto a las *“formalmente*

⁴⁶ STS 1918/2013 (Sala de lo Penal) de 23 de abril, cuestión previa solicitud de inadmisión del recurso de casación.

constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delito de terrorismo” (art. 70. 2. d)⁴⁷. La interpretación sistemática de este precepto y del art. 35 del Código civil (CC) supondría la exclusión de “las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley” (1º) y “las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley concede personalidad propia, independientemente de la de cada uno de los asociados” (2º). Pero no conforme con esta limitación, el art. 71 restringe la actuación de la acusación popular a nueve tipos de delitos, entre los que desde luego no se encuentran los internacionales que nos ocupan⁴⁸.

Utilizar como justificación el uso abusivo de la acusación popular en algunos procedimientos no es óbice para proceder a la eliminación de una institución que, como ha venido señalando el propio Tribunal Constitucional (TC), se encuentra *indisolublemente unida a la tutela judicial efectiva y actúa en defensa de un interés común o general, pero también se sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos casos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común*” (entre otras, SSTC 147/1985, de 29 de octubre, 241/1992, de 21 de diciembre y 62/1983, de 11 de julio). El abuso, por tanto, debiera prevenirse procediendo por la posible comisión de delitos contra la Administración de Justicia, no cercenando derechos fundamentales.

Finalmente, la Disposición Transitoria Única (DTU) de la LO 1/2014 impone el sobreseimiento de todas las causas en trámite hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella. Esta disposición resulta ilógica desde el punto de vista procesal, pues los procedimientos deberían continuar y, en su caso, comprobar la concurrencia sobrevenida de los requisitos establecidos en la nueva redacción propuesta por la LO 1/2014. Ante ello, el juez habría de evaluar caso a caso la suerte que deba correr cada procedimiento en trámite en virtud del ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida constitucionalmente (art. 117 CE). Lo contrario, es decir, lo que establece la LO 1/2014, comporta una intromisión del Poder Legislativo en el Judicial al imponer el sobreseimiento provisional de la causa tramitada. En estos términos lo ha entendido el Juzgado de Instrucción (JI) nº 6 de la Audiencia Nacional (AN) en su Auto de 31 de marzo de 2014 al mantener que “...

⁴⁷ Art. 70. “1.- Pueden mostrarse parte de la causa y ejercer la acción popular todos los españoles con plena capacidad de obrar, siempre que no estén comprendidas en el apartado segundo de este artículo.

2.- No pueden ejercer la acción popular:

- a) las condenadas por cualquier delito contra la Administración de Justicia;
- b) los Fiscales, los Jueces y los Magistrados de cualquier Jurisdicción o Tribunal con potestad jurisdiccional;
- c) las personas que no están obligadas a declarar como testigos contra el encausado por vínculo familiar o análogo;
- d) los partidos políticos, los sindicatos, ni cualquiera otra persona jurídica pública o privada.

Se exceptúan de la prohibición prevista en este apartado las personas jurídicas formalmente constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delito de terrorismo”.

⁴⁸ Art. 71. “La acción popular sólo puede interponerse para la persecución y sanción de los siguientes delitos:

- 1.- delito de prevaricación judicial;
- 2.- delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos;
- 3.- delitos de cohecho de los arts. 419 a 427 del Código Penal;
- 4.- delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 a 430 del Código Penal;
- 5.- delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los arts. 319 y 320 del Código Penal;
- 6.- delitos contra el medio ambiente de los arts. 325 a 331 del Código Penal;
- 7.- delitos electorales de los arts. 139, 140, 146, 149 y 150 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General;
- 8.- provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 del Código Penal.
- 9.- delitos de terrorismo”.

la Disposición Transitoria, salvo que se pretenda perpetuar una contradicción en términos, pues la “acreditación del cumplimiento de los requisitos” que impone el legislador no puede hacerse en el seno de una causa sobreseída, debe entenderse como que las causas se sobreseerán si no cumplen los requisitos. Es decir, que conforme a la lógica de las secuencias de los actos procesales, para no vaciar al Juez de su función constitucional exclusiva de juzgar (art. 117 CE), primero se debe comprobar la concurrencia o no de los requisitos legales -que es el juzgar-, y sólo después, adoptar la decisión oportuna conforme a los designios de la norma”.

5. las primeras consecuencias de la reforma: las buscadas y las inesperadas

La entrada en vigor de la reforma el 15 de marzo de 2014 ha traído consigo la adopción de múltiples resoluciones de la Audiencia Nacional (AN) en el marco de los procedimientos seguidos en aplicación del principio de jurisdicción universal. Estas resoluciones pueden clasificarse en dos grandes grupos: las adoptadas en los procesos por delitos internacionales por un lado, y las que afectan a los delitos transfronterizos, concretamente tráfico de drogas, por otro. Su estudio permite observar las cuestiones sustantivas y procesales expuestas anteriormente, relativas a la interpretación del sistema de fuentes, la afectación de los derechos fundamentales, la inconstitucionalidad de la reforma y sus contradicciones procesales.

5.1. Los procedimientos relativos a los delitos de Derecho penal internacional

Desde la entrada en vigor de la LO 1/2014, los diferentes JJCCII de la AN que conocen de la posible comisión de delitos de Derecho penal internacional han emitido diversos autos en los que abordan los efectos sustantivos y procesales de la reforma sobre las causas pendientes. Desde el punto de vista procesal, la nota común a todos ellos ha sido el cuestionamiento del mandato contenido en la Disposición Transitoria Única (DTU), que obliga a los jueces a archivar el procedimiento hasta que se constate la existencia de los requisitos exigidos por la norma⁴⁹, especialmente en casos en los que sigue pendiente la práctica de diligencias de investigación.

En algunos asuntos, la negativa a practicar el archivo se ha acompañado de la reiteración de comisiones rogatorias a autoridades judiciales extranjeras (Chile⁵⁰, Estados Unidos⁵¹, Guatemala⁵²). Posteriormente, de acuerdo con la LO 1/2014, se ha procedido conforme al art. 23.5 LOPJ, a elevar informe razonado al TS para que compruebe la “ausencia de persecución efectiva” de los procedimientos penales y de otra naturaleza abiertos, entre otros, en El Salvador, Israel y Turquía⁵³. Especialmente interesante resulta el Auto del Juzgado Central de Instrucción (JCI) nº 6, de 31 de marzo, asunto *El Salvador (Ellacuría)*, que eleva al TS para que se pronuncie incluso sobre el proceso penal seguido en El Salvador contra el coronel Guillermo Alfredo Benavides, condenado a 30 años de prisión por homicidio, instigación y conspiración para cometer actos de terrorismo e indultado tras el cumplimiento de apenas un año de condena.

⁴⁹ Especialmente crítico el Auto del JCI nº 6 (Sumario 97/10)- de 31 de marzo de 2014, asunto *Ellacuría*, que llega a calificar la DTU de “ilógica”.

⁵⁰ Auto del JCI nº 5 (Sumario 19/1997-D)-de 23 de mayo de 2014, asunto *Carmelo Barrios*.

⁵¹ Auto del JCI nº5 (Diligencias previas 150/2009-P)- de 15 de abril de 2014, asunto *Guantánamo*. El auto procede a incoar Sumario por presuntos delitos de torturas y contra la integridad moral, en concurso con uno o varios delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

⁵² Auto del JCI nº 1 (Diligencias previas 331/99), de 20 de mayo de 2014, asunto *Guatemala*.

⁵³ Auto del JCI nº 5 (Diligencias previas 197/10-D)- de 17 de junio de 2014, asunto *Flotilla de la Libertad*.



En segundo lugar, los autos cuestionan los requisitos exigibles por la reforma para la persecución de algunos delitos de Derecho penal internacional, especialmente los crímenes de guerra y tortura y la aplicación de la cláusula contenida en la letra p) del art. 23.4 LOPJ. Así, el Auto del JCI nº 5, de 15 abril de 2014 (asunto *Guantánamo*) llega a afirmar que: *“nos encontraríamos ante una evidente colisión entre la regulación según derecho interno de norma habilitadora de la extensión de la jurisdicción penal, y las obligaciones contraídas por España en virtud de los Tratados internacionales previamente ratificados y que integran nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el legislador español habría sometido la institución y la extensión de la jurisdicción española para el conocimiento y persecución de los hechos como los que constituyen objeto de las presentes actuaciones –actos de tortura y crímenes de guerra- al cumplimiento de presupuestos y condicionantes que, amén de suponer una restricción a la obligación de persecución asumida internacionalmente por España frente a las graves violaciones de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, al objeto de evitar situaciones de impunidad en tales casos, no resultan en absoluto exigidos por dichos Tratados, y que tampoco se compadecen con el espíritu que según la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 inspiraría dicha reforma legal, cuando se señala que “La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice (...)”*. En el mismo sentido se pronuncian los Autos de los JJCCII nº 1 de 17 de marzo (asunto *Couso*) y de 20 de mayo (asunto *Guatemala*), al apuntar la vulneración del *control de convencionalidad* del art. 10.2 CE y declarar la inaplicación de la DTU⁵⁴.

Desde el punto de vista sustantivo se puede apreciar cómo la diferente regulación establecida por el Legislador en función de los delitos produce efectos inesperados. La existencia de víctimas españolas en los asuntos de El Salvador (*Ellacuría*), *Guatemala* y *Chile (Carmelo Barrios)* faculta a la AN para seguir conociendo por la posible comisión de delitos de terrorismo contra ciudadanos españoles, extendiéndose por conexidad al resto de delitos (arts. 65.1 LOPJ; 17 y 300 LECRIM). En estos dos últimos asuntos ninguno de los instructores procede a elevar el expediente a la Sala de lo Penal de la AN como solicita el MF, al no haber finalizado la práctica de las diligencias. Sí lo hace, por el contrario, el Auto del JCI nº 6, de 31 de marzo de 2014 (asunto *El Salvador*), que descarta la continuación de la causa por delitos de lesa humanidad en aplicación de la reforma, manteniendo exclusivamente la misma por delitos de asesinatos terroristas de al menos cinco de las ocho víctimas.

Peor suerte ha corrido el procedimiento instruido por el JCI nº 2, (asunto *Tíbet*) que, mediante Auto de 25 de marzo de 2014, procedió a la conclusión del sumario y a su elevación a la Sala de lo Penal de la AN para determinar la concurrencia de los nuevos requisitos⁵⁵. En su resolución de 2 de julio de 2014, el Pleno procede al archivo de la causa y al alzamiento de las medidas cautelares, asumiendo el razonamiento mantenido por el TS en sus sentencias 327/2003 de 25 de febrero y 319/2004, de 8 de marzo, sobre la necesidad de la concurrencia de un *punto de conexión* para el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción y la existencia

⁵⁴ Auto del JCI nº 1. Sumario 27/2007, de 17 de marzo y Diligencias previas 331/99, de 20 de mayo de 2014.

⁵⁵ Auto del JCI nº 2. Sumario 63/2008 D, de 25 de marzo de 2014.

del Tribunales Penales Internacionales. El Pleno concluye resaltando la "ausencia de norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal", al ser esta materia, concretamente el establecimiento de sus límites, "una cuestión de política criminal que compete al legislador". Sin entrar en mayor discusión, el órgano procede al archivo por no ostentar los querellados nacionalidad española ni encontrarse en territorio español, no apreciando razones que justifiquen el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad⁵⁶.

Finalmente, sin mayores discusiones, el JCI nº 5 continúa con la instrucción de las diligencias previas en el asunto Sáhara, al entender que, de acuerdo con el Derecho Internacional, el art. 23 LOPJ y el art. 8 CC, el territorio del Sáhara español administrado *de iure* por España, debe ser considerado territorio español, continuando la instrucción en aplicación del *principio de territorialidad* del apartado 1 del art. 23 LOPJ.

5.2 Los procedimientos relativos a delitos transfronterizos: los *narcobarcos*

La LO 1/2014 tampoco ha dejado indiferente en materia de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, especialmente tras las resoluciones de la Sala de lo Penal de la AN, confirmando las excarcelaciones adoptadas por los JJCCII. La rapidez en la tramitación de la reforma, unida de nuevo al desconocimiento del contenido y alcance de las obligaciones internacionales impuestas por Tratados y Convenios, tuvo como resultado un cambio de 180° en las posibilidades de persecución de este tipo de delitos, que la Sala Segunda del TS se ha apresurado a corregir mediante una interpretación, a nuestro juicio, muy forzada, del contenido de los textos internacionales. Las prisas y la confusión generada por el Legislador al establecer un régimen diferenciado de persecución para cada uno de los ilícitos ha consagrado una duplicidad en la regulación de la materia, sólo contradictoria en apariencia.

Los Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 6, 13 y 14 de mayo de 2014, resuelven los recursos de apelación contra el archivo de los procedimientos decretados por los JJCCII nº 1, 3 y 5, con ocasión de la entrada en vigor de la nueva regulación de la jurisdicción universal en materia de tráfico de drogas⁵⁷. Los hechos eran muy similares en los tres asuntos: presuntos delitos cometidos por extranjeros (todos ellos de nacionalidad siria y egipcia), en buque extranjero (con bandera de Sierra Leona dos de ellos y "pirata" el otro), abordados en aguas internacionales y sin que hubiera podido constatarse que tuvieran como destino España.

El elemento central de la discusión del Pleno gira en torno a la interpretación de los apartados 23.4 d) y h) de la LOPJ y a las obligaciones impuestas por Tratados internacionales de los que España es parte, en este caso concreto la *Convención de la ONU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* de 1988⁵⁸. La finalidad es determinar el verdadero alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles a la luz del art. 23.4 d) e i) y del Convenio de 1988, al que remite el primero.

⁵⁶ En sentido contrario el voto particular adhesivo y concurrente de los Magistrados de Prada Solaesa, Sáez Valcárcel y Díaz Delgado, quienes entienden que ésta sí debió plantearse al vulnerar el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

⁵⁷ Autos de la Sala de lo Penal de la AN, Pleno, 21/2014, de 6 de mayo, 25/2014, de 13 de mayo y 26/2014 de 14 de mayo.

⁵⁸ *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988*, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

De acuerdo con el art. 4.1 del Convenio de 1988, las partes **adoptarán** las medidas que sean necesarias para declararse competentes cuando los delitos se hayan cometido (a) en su territorio y (b) cuando se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito. Igualmente, **podrán adoptar** las medidas que sean necesarias para declararse competentes respecto de los delitos cuando: i) el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio; ii) cuando se cometa a bordo de una nave para cuya incautación haya recibido la autorización del Estado Parte de acuerdo con el art. 17, siempre que esa competencia se ejerza sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo; iii) cuando, se trate de modalidades de participación, formas imperfectas de ejecución y actos preparatorios (art.3.1 c. iv). Finalmente, el número 3 del art. 4 establece que *“la presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno”*. Por su parte, el art. 17 de la Convención regula la cooperación entre los Estados Parte para la represión del tráfico ilícito por mar, permitiendo la asistencia entre los mismos para denunciar, abordar o inspeccionar naves que hagan un uso incorrecto de la bandera o que estén siendo utilizadas para el tráfico ilícito. No establece este último artículo ningún mecanismo de atribución de la jurisdicción de los tribunales de carácter obligatorio o potestativo, ya que la competencia se regula en el art. 4 del Convenio.

Como podemos observar, la interpretación sistemática de los preceptos nos permite afirmar que el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales españoles por actos cometidos fuera de nuestro territorio sólo será posible cuando el presunto responsable tenga nacionalidad española y cuando constituyan actos de ejecución de estos delitos o de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. No es posible entender su extensión más allá de estos casos, dado que el art. 17 de la Convención regula la *cooperación* entre Estados, no el ejercicio de la jurisdicción de sus tribunales. Cualquier extensión de la misma, debería hacerse vía arts. 4.1.b) ii) o 4.3 (ejercicio de las competencias penales establecidas por una parte de conformidad con su derecho interno), es decir, lo que permitía la regulación previa a la reforma operada por la LO 1/2014⁵⁹.

El razonamiento anterior ha sido el mantenido por los JJCCII y la Sala de lo Penal de la AN, con los votos particulares de los Magistrados Grande-Marlaska, Espejel y Hurtado. Los tres Magistrados consideran que el art. 23.4 d) de la LOPJ permite el ejercicio de la jurisdicción por actos cometidos en los *espacios marinos* sin restricción alguna, mientras que el art. 23.4 i) se limita a hacer lo propio con respecto a los cometidos en *espacios terrestres*⁶⁰. La incongruencia de este razonamiento, radica a nuestro entender en que el primer precepto remite a los Tratados ratificados por España, es decir al de 1988. Como se ha puesto de manifiesto, esta remisión se realiza a un precepto que regula la cooperación de los Estados en los *espacios marinos*, no la atribución de la jurisdicción obligatoria a los

⁵⁹ De acuerdo con el art. 23.4 de la LO 1/2009, la jurisdicción española era competentes para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes (apartado [e]). *“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”*.

⁶⁰ En el mismo sentido, aunque acudiendo a la remisión de la letra p) del art. 23.4 LOPJ, CABRERA PADRÓN, C. (2014a, p. 4). El mismo en CABRERA PADRÓN (2014b, pp. 1-4).

tribunales de los mismos, que se establece en el art. 4 del mismo. El reenvío, por tanto, carece de contenido y queda vacío de contenido en el caso que nos ocupa.

La STS 592/2014, de 24 de julio resuelve el recurso de casación interpuesto por el MF contra el Auto 132/2014 del JCI nº 3 que, siguiendo el parecer expuesto por la mayoría de los miembros del Pleno, decretaba su sobreseimiento por falta de jurisdicción. Más allá de las cuestiones procesales acerca de la procedencia del recurso (FJ 2º), la decisión del Alto Tribunal se basa en una interpretación extensiva y *sui generis* del contenido del Convenio de 1988 y del art. 23.4 LOPJ. Con carácter previo, los Magistrados entienden que la regulación es "confusa", originando *"que las líneas interpretativas en esta materia, tan sensible en el ámbito internacional, no se hayan producido con la deseable claridad"* y que *"la decisión de concluir que no hay indicios de que estos hechos se realicen con miras a su comisión en territorio español es una decisión que debe calificarse de prematura"*, exigiendo ello *"alguna diligencia de investigación añadida"*, atendiendo a algunos datos.

El argumento del TS gira en torno a un elemento: con respecto al tráfico de drogas, la nueva regulación del art. 23.4 LOPJ establece *una triple atribución de la jurisdicción universal*. En primer lugar, la letra d) permite perseguir los delitos cometidos en los espacios marinos cuando así lo establezca un Tratado Internacional o un acto normativo de una Organización Internacional de los que España es parte. En segundo lugar, la letra i) hace lo propio cuando dichos actos se cometan por un ciudadano español o cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. En último lugar, y conforme a la letra p), cuando la persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente u otros actos normativos de una Organización Internacional de la que nuestro país sea miembro y en los términos y condiciones que figuren en los mismos. Este último caso (letra [p]) no es privativo de los delitos de tráfico de drogas. Tampoco lo es la letra d) del art. 23.4 LOPJ, ya que en la misma se incluyen también la piratería, el terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y contra la seguridad de la navegación marítima. Estos últimos delitos, a juicio del TS, son aquéllos a los que los *"Estados ribereños deben prestar atención cuando se ejecuten por vía marítima, protegiendo con sus medios al conjunto del continente del que forman parte, aun cuando su destino sea cualquiera de los miembros de la comunidad en la que se integran los Estados. En nuestro caso, los países ribereños de la Unión Europea, con sus medios, deben proteger la entrada por vía marítima frente a los ataques delictivos que procedan del exterior aun cuando la finalidad de los autores sea la de cometer sus acciones criminales en los países interiores. Por ello esta norma de atribución de la jurisdicción tiene una configuración especial respecto a las demás, y debe ser aplicada de forma preferente cuando el delito se detecte en el referido espacio marítimo. Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido -como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014- pueda proclamarse que ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales"*.

A nuestro juicio, el TS incurre en tres errores interpretativos claros. En primer lugar, y ya expuesto anteriormente, equiparar la aplicación extraterritorial de la ley penal con el principio de jurisdicción universal. Los principios de personalidad activa y de protección también lo permiten y no por ello dejan de ser lo que son. En segundo lugar, confundir la atribución de la jurisdicción (obligatoria y/o potestativa) de los Tratados Internacionales con las reglas y obligaciones de **cooperación** que los mismos establecen para los Estados Parte. *Cooperar en la eliminación del tráfico ilícito por mar* (art. 17.1 Convenio 1988) no es atribuir la jurisdicción a los Estados



Partes sin más. Finalmente, el TS yerra al considerar que basta con que los Tratados *permitan* la *atribución* de la jurisdicción y un acto normativo del Estado para poder ejercerla, especialmente cuando el Legislador ha optado por una simple remisión a las normas de cooperación. Ello no quiere decir que los tribunales españoles no puedan ejercer su jurisdicción en estos casos, sino que, como el Convenio *permite* a los Estados Partes hacerlo, el Legislador debe regularlo expresamente, señalando en qué casos los tribunales españoles pueden perseguir este tipo de delitos cometidos en los espacios marinos, no estando el TS autorizado a reclamar una jurisdicción que aquél no ha atribuido. De ser así, nada obstaría para que esta misma postura se adoptase en la persecución de los delitos de Derecho penal internacional, ya que los tratados lo *permiten*.

El origen de la confusión nos remite de nuevo a la particular tramitación de la reforma. La PPLO presentada por el Grupo Parlamentario Popular atribuía la jurisdicción a los tribunales españoles para conocer de los delitos de “*tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes siempre que: i. el procedimiento se dirija contra un español; ii. cuando el delito se hubiere cometido a bordo de una nave que hubiera sido abordada o inspeccionada por las autoridades españolas con autorización del Estado de su pabellón y lo autorice expresamente un acuerdo o arreglo regional o bilateral. iii. cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español* (art. 23.4. h). Las críticas sobre el alcance de esta nueva regulación llevaron a la modificación apresurada del precepto en los términos actuales, estableciendo una cláusula de remisión a los Tratados internacionales suscritos por España en la materia por un lado (art. 23.4 d) pero sin reparar en su contenido y manteniendo al mismo tiempo la regulación original de la PPLO (ahora 23.4 i) aunque eliminando el apartado ii.

6. Conclusiones

La acelerada tramitación de la LO 1/2014 fue sólo el prelude de los problemas interpretativos de una ley pensada y adoptada *ad hoc*. Que el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales es molesto en delitos que presentan una importante conexión o trasfondo político es algo conocido, y a estas alturas no debería escandalizar a nadie. Que los procedimientos abiertos en nuestro país por la comisión de los mismos molestaban a países que se han convertido en actores influyentes o determinantes, tampoco debería sorprender.

Con el objetivo de eliminar esas “molestias” la reforma de la jurisdicción universal confunde conscientemente *principios de atribución de la jurisdicción penal y criterios de resolución de conflictos jurisdiccionales* por un lado, y el contenido de obligaciones impuestas por Tratados y Convenios Internacionales en materia de DDHH por otro. Como hiciera la LO 1/2009, amplía erróneamente la lista de delitos perseguibles atendiendo al carácter transfronterizo de muchos de ellos, creando gran confusión sobre su naturaleza al establecer requisitos particulares para cada uno de ellos.

La LO 1/2014 presenta además serias dudas de inconstitucionalidad sobre las que el TC tendrá que pronunciarse en breve. Primero, porque diferencia entre víctimas en función de los delitos, llegando a impedir la persecución de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra cuando existan víctimas de nacionalidad española. Segundo, porque elimina el papel otorgado constitucionalmente a la acusación popular en este tipo de procedimientos, al permitir su persecución únicamente mediante querrela de la persona agraviada o el MF. Finalmente, porque el mandato contenido en la DTU, además de ser ilógico

desde el punto de vista procesal, constituye un peligroso acto de intromisión en la función jurisdiccional.

Hasta la fecha han sido varios los pronunciamientos judiciales ocasionados por la entrada en vigor de la reforma. El resultado ha sido dispar en función del tipo de delitos, dado el nuevo régimen *ad hoc* creado para cada uno de ellos. Los que peor suerte han corrido han sido, sin lugar a dudas, aquéllos que ocasionaron el cambio normativo, es decir, los molestos, los verdaderos delitos de Derecho penal internacional en los que la aplicación principio de jurisdicción universal pura cobra sentido. Sin embargo, lo que mayor controversia ha suscitado ha sido la nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, materia que involuntariamente se ha convertido en una víctima inesperada de las prisas del Prelegislador. El enfrentamiento mantenido entre el Ministerio Fiscal y la Audiencia Nacional con respecto al alcance de las obligaciones impuestas por Tratados y Convenios Internacionales en la materia, ha dejado para la posteridad una “particular” interpretación del TS al respecto en su Sentencia de 24 de julio de 2014, que habrá que ver si mantiene con respecto a los delitos de Derecho penal internacional. Nos atrevemos a aventurar que no.

En definitiva, el Legislador español ha creado un principio de atribución de la jurisdicción nuevo que no nos atrevemos a bautizar. No sabemos qué es, pero jurisdicción universal está claro que no.

7. Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GARROCHO SALCEDO A. M. / MARTÍNEZ GUERRA, A. (2014) *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal*, Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, pp. 1-12, disponible en: http://web.icam.es/bucket/INFORME%20SECCION%20DDHH%20ICAM_PROYECTO%20REFORMA%20LOPJ.pdf
- AMBOS, K. (2010) “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2010, pp. 1-47.
- BASSIOUNI, C. (2004), “The History of Universal Jurisdiction and its place in International Law”, en MACEDO, S. *Universal Jurisdiction. National Courts and the prosecution of serious crimes under International Law*, Philadelphia, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, pp. 39-63.
- BURKE-WHITE W. W. / KAPLAN, S. (2009), “Shaping the contours of domestic justice: The International Court and admissibility challenge in the Uganda situation”, en STAHN, C. / SLUITER, G. *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 79-114.
- CABRERA PADRÓN, C. (2014a) “Comentario crítico a la posición de la Audiencia Nacional sobre la reforma de la justicia universal: liberación de narcotraficantes”, en *Diario La Ley*, nº 8333, pp. 1-5.
- CABRERA PADRÓN, C. (2014b) “Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo sobre la reforma de la Justicia Universal”, en *Iustel, Estudios y Comentarios*, pp. 1-4.
- CASSESE, A. (2008) *International Criminal Law, second edition*, New York, Oxford University Press.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009) “A propósito del proceso de reforma del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): de los



- motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal”, *Revista de Derecho de Extremadura*, 6, pp. 13-31.
- DEL CARPIO DELGADO, J. (2009) “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley*, nº 7309, pp. 1-31.
- EL ZEYDI, M. (2009), “The legitimacy of withdrawing States Party referrals and ad hoc declarations under the Statute of the ICC” en STAHN, C. / SLUITER, G. *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 55-78.
- EL ZEIDY, M. (2003) “Universal jurisdiction in abstentia: is it a legally valid option for repressing heinous crimes”, en *Oxford Univesity Comparative Forum*, 4, pp. 1-26.
- LANGER, M. (2011) “The diplomacy of Universal Jurisdiction: the political branches and the transnational prosecution of international crimes”, *American Journal of International Law*, 105, pp. 1-55.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. (2001) “La codificación del Derecho internacional en el umbral del siglo XXI: luces y sombras en la labor de la CDI”, *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, Vol. X. pp. 367-390.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2006) “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, pp. 1-21.
- MACEDO, S. (2001) “*The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*”, New Jersey, Princeton University.
- MACEDO, S. (2004) “*Universal Jurisdiction. National Courts and the prosecution of serious crimes under International Law*”, Philadelphia, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. (2013) “Delitos contra la Administración de Justicia de la CPI”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “*Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*”, Valencia, Tirant lo Blanch.
- O’KEEFE, R. (2004) “Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic concept”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2, pp. 735-760.
- OLLÉ SESÉ, M. (2008) “*Justicia Universal para crímenes internacionales*”, Madrid, Tirant lo Blanch.
- PHILIPPE, X. (2006) “The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the principles intermesh?”. en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, num. 862, pp. 373-398.
- RABINOVIC, R. (2004) “Universal jurisdiction in abstentia”, en *Fordham International Law*, vol. 28, 2, pp. 500-530.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2004) “*Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*”, Valencia, Tirant lo Blanch.
- STAHN, C. / SLUITER, G. (2009) “*The emerging practice of the International Criminal Court*”, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
- WERLE, G. (2005) “*Tratado de Derecho penal internacional*”, traducción Gutiérrez Rodríguez, M.; Cárdena Aravena, C. y Couso Salas, J., Valencia, Tirant lo Blanch.



La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio*

Esther Pomares Cintas
Universidad de Jaén
epomares@ujaen.es

Resumen

El transcurso del tiempo tiene la virtud de proporcionar una visión global de la política migratoria en la Unión Europea, sin riesgo de equívocos. La estrategia basada en el diseño *ad hoc* de espacios de exclusión-*inocuidación* como instrumentos de lucha contra el inmigrante ilegal ha fomentado una *cultura del odio* que es consustancial a ese formato político común. Este trabajo analizará sus diversas manifestaciones.

Palabras clave

Inmigración ilegal, derechos fundamentales, política migratoria comunitaria, pragmatismo jurídico.

European Union against illegal immigration: the institutionalization of hate

Abstract

The passage of time has the virtue of providing an overview of the migration policy of the European Union, without the risk of misunderstandings. The strategy based on an *ad hoc* design of exclusion-incapacitation spaces as instruments to combat illegal immigration has fostered a *culture of hate*, which is consubstantial with this communitarian policy model. This paper intends to analyze its different manifestations.

Keywords

Illegal immigration, fundamental human rights, european migration policy, law pragmatism.

* Este trabajo ha sido elaborado dentro del marco del Proyecto de investigación “*El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*” (DER 2011-25796).

1. ¿La lucha contra la inmigración ilegal como presupuesto para alcanzar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el territorio de la Unión Europea?

El transcurso del tiempo tiene la virtud de proporcionar una visión global de la política migratoria en la Unión Europea (UE), sin riesgo de equívocos. El 4 de noviembre de 2009, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) lanzó un mensaje más cercano a la alerta que a la advertencia, de esos que confirman la sospecha, tantas veces denunciada “a contracorriente” por la doctrina especializada y por las asociaciones de derechos humanos, que identifica las directrices impulsadas por la UE en materia de inmigración ilegal con la falta de reconocimiento de derechos y libertades fundamentales y con la negación de los principios democráticos del Estado social de Derecho. Ha sido un error, señala el Comité, “un mensaje político equivocado”, vincular la inmigración y el asilo con la política de seguridad de los Estados, “entendiendo ésta como si fuera incompatible con el desarrollo de la libertad y la protección de los derechos fundamentales”, que “ha retrocedido en la agenda de la UE” (Dictamen, 2009).

No se garantiza que el inmigrante sea un sujeto de derechos y protección porque se ha construido una visión común legalmente excluyente basada en subrayar la dicotomía entre ciudadanos-“no ciudadanos” (Dictamen, 2009; Monclús, 2004:109 ss.; Pomares Cintas, 2005: 55 ss.). Es especialmente ilustrativo el Considerando inicial de la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación, y estancia irregulares, que ubica la lucha contra la inmigración clandestina dentro del objetivo de la Unión Europea de “ofrecer a los *ciudadanos* un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia” (Decisión Marco, 2002)¹.

144

En efecto, la estrategia para controlar los movimientos migratorios, bajo la tarea de combatir la inmigración ilegal en el territorio de la UE, se ha caracterizado primordialmente por su índole represiva y actuarial (Resolución del Parlamento Europeo, 2007). Una cooperación originariamente de carácter intergubernamental (Convenio de Schengen), que después se integraría en el marco de los objetivos del *Tratado de la Unión Europea* (1999) y del posterior *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (2009).

Cabe recordar que el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, surge en el contexto intergubernamental tras largos períodos de políticas de cooperación jurídica y policial *ad hoc* en materia penal. El Convenio, que alcanzó una importante aceptación por los Estados miembros de la UE², considera prioritario el objetivo de reforzar las fronteras exteriores para el control de los flujos migratorios, necesario para garantizar el orden público y la seguridad en el territorio de los Estados firmantes. Había que perseguir, desde esos parámetros, la inmigración ilegal. En un principio, las medidas y objetivos del Convenio, el denominado “acervo Schengen” sobre régimen de entrada y permanencia de extranjeros, habían operado totalmente al margen de las instituciones comunitarias.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, esa cooperación se introdujo en el marco normativo de la UE. Se integra, concretamente, en el tercer pilar del *Tratado de la Unión Europea* (arts. 29 y ss.),

¹ La cursiva ha sido añadida. Véase también Programa de Estocolmo (2010).

² El Convenio fue ratificado por España el 30 de julio de 1993, entrando en vigor el 1 de marzo de 1994.

que fija, como uno de los principales objetivos, alcanzar un *espacio de libertad, seguridad y justicia* para los ciudadanos, y ello implica, en particular, lograr un espacio *libre* de inmigrantes clandestinos o ilegales³. En este contexto se sitúa, asimismo, la intervención penal para la persecución del “tráfico de seres humanos” - arts. 29, párr. 2º y 31 e)-, una figura híbrida que abarcaría tanto el tráfico ilegal de migrantes como la trata de seres humanos, a pesar de su distinta naturaleza (Portilla Contreras y Pomares Cintas 2010: 355 ss.; Pomares Cintas, 2011: 1 ss.).

Posteriormente, el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*⁴ (TFUE) consolida la inmigración y el asilo como asuntos de seguridad interior del territorio de la UE, bajo la rúbrica “*Espacio de libertad, seguridad y justicia*” (Título V). Al amparo de esta cartera, se continúan gestionando los flujos migratorios a través de una política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores (art. 67.2⁵ TFUE) basada, primordialmente, en la prevención y lucha “*reforzada*” contra la inmigración “*ilegal*” (art. 79.1 TFUE), como presupuesto del espacio de seguridad al que se aspira.

Para la salvaguardia de la seguridad interior, se otorga prioridad a las decisiones del Consejo Europeo, que definirá las *orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa* en el espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 68 TFUE). Se sigue así el programa elaborado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de la UE en el Consejo Europeo de Tampere de 16 y 17 de octubre de 1999⁶: la inmigración ilegal, como un asunto de orden público, representa una amenaza para la seguridad interior de los Estados, de la misma forma que la criminalidad organizada transnacional (Programa de Estocolmo, 2010; Monclús, 2004: 109 ss.; Sáez Valcárcel, 2002: 3; Portilla Contreras, 2004: 710 ss., 712 ss.). Se asimila, pues, la lucha contra la inmigración ilegal a la lucha contra la delincuencia⁷ y, en concreto, el terrorismo (Portilla Contreras, 2007: 106-107, 124 ss., 134 ss.; Jiménez Ruíz, 2014: 520 ss.; Iglesias Skulj, 2013: Documento Tol 4.014.594): “Los controles fronterizos deben responder a los desafíos de una lucha eficaz contra las redes de delincuentes, de una auténtica acción contra la amenaza terrorista (...)” (Comunicación de la Comisión, 2001).

Este planteamiento estratégico ha servido para integrar al extranjero dentro del concepto del “*enemigo*” (Portilla Contreras, 2004: 710 ss.; 2007: 125; De Prada Solaesa, 2002: 72 ss., 76, 78), un destinatario permanente de prácticas de control, incluso más allá de las fronteras exteriores de la UE, pues se delega esa tarea en los países de origen de los inmigrantes a través de la *externalización* del control de fronteras (De Giorgi, 2000: 59; Brandariz García, 2007: 135). Cómo entender, de otro modo, que se fortifiquen las fronteras terrestres, aéreas y marítimas, o que las medidas de control y vigilancia de la inmigración ilegal se extiendan geográficamente a través de operaciones conjuntas en África. Así pues, con el pretexto de la inmigración clandestina, se ha creado una Red de Patrullas Europeas y un Sistema Europeo de Vigilancia permanente, coordinados por la Agencia Frontex, en todas las “zonas de alto riesgo” y, en particular, en las fronteras

³ Véase Considerando 1 de la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

⁴ Resultante de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁵ Se corresponde con el art. 29 TUE.

⁶ Orientaciones estratégicas posteriormente mantenidas en el Programa de La Haya (2004-2009) y prácticamente corroboradas en el actual *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*, aprobado por el Consejo de la UE, el 16 de octubre de 2008.

⁷ El mismo precepto que contempla la política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores (art. 67 TFUE) también está dedicado a la lucha contra la delincuencia (apartado 3).



marítimas⁸. En este ámbito, ACNUR y otros organismos internacionales han denunciado vulneraciones de derechos humanos cuando el control de fronteras se produce fuera del territorio UE (Dictamen, 2009)⁹. Pero también se observan cuando se produce dentro, por ejemplo, a propósito de la reinstalación (después del período 2005-2007) de cuchillas afiladas en la valla fronteriza de Melilla por parte del Ministerio del Interior a principios de noviembre de 2013 (Manifiesto de la *Red Migreurop*, 2014)¹⁰. Es un gesto altamente simbólico. Porque las concertinas no sólo suponen una puesta en peligro de la vida o integridad física de las personas¹¹, también representan un sacrificio (in)humano que deja sin contenido el derecho de asilo¹², equiparando la gestión de la inmigración ilegal económica y la del solicitante de asilo o refugiado¹³.

Tampoco los medios tecnológicos de “seguridad” que utiliza la estrategia europea de control de fronteras -sistema de Información Schengen (SIS II), sistema de Información de Visados (VIS), etc.- aseguran el respeto del derecho fundamental a la intimidad personal y el derecho a la no discriminación¹⁴.

Pues bien, esta relación ilustrativa de actuaciones de lucha contra la inmigración irregular encuadradas en el paradigma de la seguridad interior se apoya, como sustrato, en el retorno del juicio de peligrosidad en el que lo que prima no es el comportamiento sino la pertenencia a un colectivo: el extranjero-inmigrante-clandestino, que no ha sido invitado para entrar ni para estar, pero se encuentra, o

⁸ Resaltan su importancia la Resolución del Parlamento Europeo (2007); Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008); Programa de Estocolmo (2010); Acción de la Unión Europea frente a las presiones migratorias- Una respuesta estratégica- (2012), de 23 de abril.

⁹ El Comité Económico y Social Europeo propone, además, que se realice una evaluación independiente sobre el respeto de los derechos humanos en las operaciones conjuntas de control fronterizo coordinadas por la Agencia Frontex y se refuerce el control parlamentario nacional y europeo.

¹⁰ En las fronteras de Ceuta y Melilla se ha llegado a plantear la necesidad de recurrir a las Fuerzas armadas para ayudar a la Administración civil en la lucha contra la inmigración clandestina. Diario *El País* (18-11-2002: 18; 30-9-2005).

¹¹ Además, hay que tener en cuenta que el salto de la valla es la única opción de acceder al territorio sin coste económico. Diario *El País* (17-2-2014: 8). El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa reconoció que la colocación de hojas afiladas en las vallas hace más peligrosa la operación migratoria pero no funciona para desanimar a gente desesperada, no frenará los intentos de acceso al territorio, “sólo va a causar más desesperación”. Diario *El País* (6-11-2013: 17).

¹² No se puede solicitar el asilo si no es atravesando las cuchillas. Según la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), “de los 1.500 inmigrantes reclusos en los CETI de Ceuta y Melilla, por sus nacionalidades, unos 700 [casi un 50%] son susceptibles de ser considerados refugiados políticos” porque huyen de conflictos armados o de la persecución política (http://politica.elpais.com/politica/2014/03/28/actualidad/1396009523_934632.html) Revisado el 29 de junio de 2014). Véase también *Balance Migratorio Frontera Sur* (2012) y *Derechos Humanos en la Frontera Sur* (2013), Informes elaborados por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), disponibles en http://www.apdha.org/media/Balance_Migratorio_2012.pdf, y http://www.apdha.org/media/fronterasur_2013_web.pdf (Revisados el 21 de septiembre de 2014). Asimismo, el Comité Económico y Social Europeo (2009) advierte que “Muchas personas que necesitan de protección internacional llegan a las fronteras exteriores a través de vías clandestinas” y de modo precipitado; el control de las fronteras debe ser respetuoso y garantizar el derecho fundamental de asilo y el principio de *non-refoulement* que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro.

¹³ Véase, el reportaje de M. Paone, en el periódico *El País* (30-1-2014: 35): “cada vez más se trata de personas que llegan a las costas europeas huyendo de guerras y persecuciones políticas. Un fenómeno que ha crecido sobre todo a raíz de las convulsiones posteriores a la llamada primavera árabe. En este caso se trata de refugiados, no de inmigrantes”. Seguramente, la mayoría de las numerosas víctimas mortales y las que resultaron heridas en el naufragio, en la costa de Lampedusa, el 3 de octubre de 2013, eran refugiados/as. Diario *El País* (13-10-2013: 2). Véase objetando esta asimilación, DE LUCAS (2013: 5 ss.)

¹⁴ La creación de bases de datos personales, con la finalidad de determinar perfiles étnicos y culturales-religiosos, plantea importantes objeciones a la hora de velar por el derecho a la no discriminación (art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Cfr. Dictamen (2009)

se puede encontrar, *entre nosotros*. Su estatus de clase determina una categoría de peligrosidad ontológica (De Giorgi, 2000: 61; 2002: 114; Portilla Contreras, 2004: 708 ss., 710 ss.; 2007: 105 ss.; De Lucas, 2000: 8; Brandariz García, 2007: 133 ss.; Terradillos Basoco, 2002: 377; 2004: 1466, 1474; Asensi Sabater, 2004: 61 ss.; Iglesias Skulj, 2011: 190 ss.). Y ello es coherente con una política comunitaria que, de forma abierta, utiliza los términos clandestinidad o ilegalidad, no para referirse a la operación migratoria en cualquiera de sus vertientes –entrada, estancia, permanencia, trabajo–, sino para definir una condición anudada al inmigrante como colectivo. Así, se le denomina inmigrante “*ilegal*”¹⁵, pero también “*clandestino*” (Resolución, 2007) o *irregular*, para denotar que sigue siendo objeto de persecución y control, aun cuando no haya cometido ilícito alguno relacionado con la normativa migratoria pero potencialmente pueda cometerlo: aquellos que pretenden entrar en territorio ajeno sin la documentación precisa o fuera de los lugares habilitados¹⁶.

En suma, se percibe la inmigración ilegal en todas sus etapas -traslado, entrada, permanencia- como un peligro para las condiciones de seguridad dentro de las fronteras interiores de la UE. Si es así, se entiende necesario armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros, tanto en materia administrativa como penal (Dictamen, 2002a).

2. Manifestaciones de la lucha contra la inmigración ilegal en el territorio de la Unión Europea: la creación de espacios de exclusión de derechos fundamentales

Veamos concretamente cómo la política migratoria de la Unión Europea reprocha a los nacionales de terceros países¹⁷ -incluidos los apátridas¹⁸- ejercitar su derecho a migrar sin los recursos económicos que exige el modelo oficial de entrada y permanencia en el territorio, un patrón común que reduce el valor del inmigrante a su importancia productiva en Europa, incluida la demográfica (Resolución, 2007)¹⁹.

Teniendo en cuenta, como se ha señalado, que el extranjero-inmigrante ilegal se anuda a una categoría de peligro para la seguridad del territorio UE, la estrategia se centra en combatir la operación migratoria, en todas sus etapas, mediante instrumentos de control que se perfeccionan a través de la definición de este colectivo bajo un *estatus jurídico negativo*, como un *estigma* a ras de la piel, marcado a fuego. Ese estigma se identifica con un modelo pragmático de exclusión-*inocuidización* (Portilla Contreras, 2004: 710-711; Mestre, 1999: 24; De Lucas, 1993:

¹⁵ Es el término que utilizan, entre otros instrumentos comunitarios, la Propuesta de Plan Global(2002) y la Directiva (2008).

¹⁶ Véase, más adelante, en torno a la figura de la “devolución”. Apartado 2.2.

¹⁷ Los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo disfrutaban del estatuto del autóctono, en la medida en que tienen libertad de circulación y residencia en el territorio UE. Aunque estén sujetos a restricciones posteriores, y se prevea incluso la posibilidad de expulsar a los ciudadanos de la UE y del Espacio Económico Europeo, éstos no forman parte de la política migratoria europea sobre autorizaciones de entrada y permanencia, ni se miden (por ahora) por su valor económico o productivo. Véase la Directiva (2004a). Cfr., en España, el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, sólo se les aplicará “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” (art. 1.3).

¹⁸ El art. 67.2 TFUE entiende que “los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países” en el marco de la política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores.

¹⁹ En sentido crítico, Dictamen (2009).



36 ss.; 2003: 35; Silveira Gorski, 2003: 539 ss.) en torno al efecto *útil* de la *expulsión* –repatriación forzosa– como respuesta principal de la política comunitaria²⁰.

Se diseña un formato de exclusión que no sólo es física, en la medida en que implica, como veremos, una expulsión de la universalidad de los derechos fundamentales mediante la negación de derechos básicos que rigen para el *ciudadano*: al extranjero-inmigrante ilegal o clandestino se le incapacita, se le desprotege desde el derecho armonizado de los Estados miembros. Esta maquinaria actuarial de *inocuización* se basa en la pertenencia del sujeto a un colectivo indeterminado y heterogéneo al que se le atribuye, como herramienta de control, la responsabilidad de su condición: por estar o existir como tal en el territorio UE, o, simplemente, por intentarlo.

Así, según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx.), que se ha ido adaptando sin escrúpulos por los responsables políticos a las directrices de la UE, constituyen infracciones graves, que llevan consigo la posibilidad de ser expulsado del territorio nacional (art. 57.1), permanecer ilegalmente *-encontrarse irregularmente en territorio español* [art. 53.1 a)]-, o encontrarse trabajando sin autorización administrativa previa [art. 53.1 b)]²¹. En cambio, entrar en territorio español, o intentar hacerlo, sin los requisitos necesarios o al margen de los puestos fronterizos habilitados, no constituye infracción administrativa alguna (se suprimió por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre): en estos casos, el Estado actúa contra el extranjero bajo la ficción jurídica de un ilícito que no existe, introduciendo la figura de la *devolución* (véase más adelante en el apartado 2.2).

2. 1. La consolidación de los espacios de exclusión del extranjero-inmigrante-ilegal o clandestino: la Directiva 2008/115/CE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Pues bien, hacía falta un instrumento armonizador a nivel comunitario, un mensaje claro y contundente que comprometiera, al unísono, a los Estados miembros en el logro del objetivo prioritario de la política migratoria. Un espacio libre de inmigrantes ilegales requería consolidar *espacios de exclusión* que giren en torno a la expulsión o su efecto útil. Había que establecer normas comunes efectivas capaces de garantizar la ausencia de este colectivo “entre nosotros”. Con esta finalidad, se generaliza la *prohibición de regreso* al territorio UE, por un plazo de tiempo considerable, como medida obligatoria que prolonga, con alevosía y ensañamiento, los efectos de la expulsión; se legitima la *detención* y el internamiento en *centros especializados* de extranjeros y el uso de otros medios coercitivos para asegurar su repatriación forzosa. Estas son algunas de las “bondades” incluidas en la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva, 2008).

Ahí queda plasmada, sin signos de rubor, la respuesta principal de la política inmigratoria de la UE, un arsenal de combate que, como reconoce con estupor el Comité Económico y Social Europeo (Dictamen, 2009), “legitima algunas prácticas nacionales que no son compatibles con los derechos humanos y el Estado de

²⁰ Una medida que no se considera excepcional, como ha lamentado reiteradamente el Comité Económico y Social Europeo. Cfr. Dictámenes (2002b; 2002c; 2004).

²¹ Ambas infracciones administrativas son causas de expulsión desde la reforma de la legislación de extranjería por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Derecho”²². Al extranjero, por su condición migratoria ilegal o clandestina, se le puede detener (sin causa por delito) y encerrar (administrativamente) en un centro de internamiento “especializado” (art. 16 Directiva, 2008), para asegurar su expulsión: se autoriza a los Estados miembros imponer un plazo de privación de libertad de 6 meses prorrogables hasta 12 meses más (art. 15, apartados 5 y 6), un periodo crasamente desproporcionado si lo comparamos con el límite máximo de 30 días que excepcionalmente defiende el CESE²³. Asimismo, se permite aplicar el internamiento a menores no acompañados y familias con menores (arts. 17, 10). Por otro lado, la Directiva legitima la opción de recurrir al uso de la fuerza -“lo razonable”- para llevar a cabo la expulsión de quien se oponga a ella (art. 8.4) e impulsa la imposición de la *prohibición de entrada* como medida complementaria a la expulsión (art. 11.1), *con eficacia para el territorio de todos los Estados miembros*²⁴.

La identificación entre inmigración y delincuencia, la fusión utilitaria de los planos administrativo y penal que impregna la Directiva 2008/115/CE, llegan al punto de autorizar el internamiento en condiciones de detención en un centro *penitenciario*, como lugar de custodia-retención de extranjeros infractores administrativos en espera de expulsión, si los centros especializados no están disponibles (art. 16). Un planteamiento frontalmente contrario al criterio jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁵ y del CESE²⁶.

Para cobrar legitimidad democrática, la Directiva 2008/115/CE enmascara este arsenal de medidas de exclusión de derechos fundamentales del extranjero-inmigrante ilegal alegando buscar una finalidad pretendidamente tuitiva²⁷: reconocer “garantías” al procedimiento y la espera del retorno, es decir, a esos espacios vinculados a la privación del derecho fundamental a la libertad -la detención e internamiento administrativos-, a la posibilidad de ser objeto del uso de la fuerza y a la prohibición del ejercicio legítimo del derecho a migrar anudada mecánicamente a la expulsión –prohibición de regreso hasta un período de 5 años, aunque se reúnan

²² El ponente encargado del trámite de la Directiva, Manfred Weber, eurodiputado alemán del Partido Popular Europeo, hace corresponsable al Gobierno español socialista de “haber presionado para endurecer la nueva norma” desde el Consejo Europeo. Asimismo, Claudio Fava, coordinador del Área de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Partido de los Socialistas Europeos en el Parlamento Europeo, admitió que las delegaciones socialistas españolas y alemanas decidieron votar a favor de la Directiva. Diario *El País* (19-6-2008:3).

²³ Cfr. Dictámenes (2002b; 2002c; 2009). El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa también se muestra contrario al plazo que permite la Directiva (2008). Cfr. Diario *El País* (6-11-2013: 17).

²⁴ El Considerando 14 de la Directiva (2008) es reflejo de un sentimiento xenófobo común abiertamente declarado: “Debe darse una *dimensión europea* a los efectos de las medidas nacionales de retorno, mediante el establecimiento de una *prohibición de entrada* que impida la entrada y la estancia *en el territorio de todos los Estados miembros*. La duración de la prohibición de entrada debe asimismo determinarse teniendo debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes de cada caso individual y normalmente no debe exceder de cinco años”. La cursiva ha sido añadida.

²⁵ Las sentencias del TEDH (2008b y 2006) se oponen a que el extranjero, por su condición migratoria ilegal, sea asimilado a un preso penado, y que el centro de detención tenga naturaleza penitenciaria.

²⁶ Cfr. Dictámenes (2002b; 2002c). Véase esta práctica de privación de libertad de extranjeros (por su condición migratoria) en centros penitenciarios en el territorio UE: Informe (2012) *Los Derechos Humanos en la Frontera Sur* elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), disponible en:

http://www.apdha.org/media/Balance_Migratorio_2012.pdf (revisado el 21 de septiembre de 2014).

²⁷ Es cierto que el TEDH ha llegado a afirmar que la privación de libertad de un extranjero al margen de la causa por delito, y relacionada con la normativa de extranjería, por ejemplo, la detención de solicitantes de asilo, agiliza los trámites y permite una mayor rapidez, eficiencia y eficacia de la Administración en la resolución de las solicitudes, lo cual redundaría en un beneficio para los solicitantes mismos (TEDH, 2008b y 1996). Cfr. Fallada García-Valle (2010: 13); Álvarez García y Queralt Jiménez (2009). Véase asimismo, un análisis de esta jurisprudencia, García Roca y Díaz Crego (2009: 266 ss.)

las condiciones legales para entrar. Como si a través de esta operación de maquillaje el extranjero afectado recuperara la dignidad como ser humano.

En última instancia, es una cuestión de etiquetas. Esos espacios de exclusión se convierten en el derecho a la expulsión con garantías, que se extiende también a la existencia de un centro de internamiento “especializado” de extranjeros con garantías, o la detención de los solicitantes de asilo en los puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito de los aeropuertos, con garantías, aun cuando ningún ilícito hayan cometido. Es, salvando las distancias, como reconocer garantías a la imposición y ejecución de la pena de muerte y hacerlas constar en un tratado sobre derechos humanos. Condenar al inmigrante ilegal a un estatus de negación de derechos fundamentales, con garantías, genera una situación de esquizofrenia que nos hace ver los derechos humanos donde no los hay, el respeto de los mismos donde existe una violación. La Directiva 2008/115/CE no deja opción para cuestionar la posibilidad, en sí, de detener, encerrar a un extranjero, que, todo lo más, es un infractor administrativo, o la de privarle del ejercicio, en un futuro inmediato, del derecho a migrar *en el territorio de todos los Estados miembros*, probablemente, su recurso de supervivencia personal o familiar. El objeto de preocupación se centra en evitar (otras) posibles acciones arbitrarias de los poderes públicos en esos espacios de exclusión²⁸.

Tal vez sea ésta la lectura paternalista que haya de darse a los irónicos incisos que introduce la legislación de extranjería española a propósito del internamiento de extranjeros: “Los extranjeros internados estarán privados *únicamente* del derecho ambulatorio” (art. 60. 2 LOEx.), “*sin más limitaciones* que las establecidas a su libertad ambulatoria” (art. 62 bis), porque el internamiento “*tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar*” (art. 62 bis) de no se sabe qué peligro, salvo de sí mismos (¿son inmigrantes ilegales, o lo pueden ser!). En otras palabras, tal vez el internamiento en un centro “especializado” para extranjeros sea lo mejor para ellos, porque, para los ciudadanos (por ahora), la libertad es un derecho fundamental intrínsecamente ligado a la dignidad humana.

En síntesis, la respuesta política que ofrece la UE en la lucha contra la inmigración ilegal o clandestina va vinculada a la configuración de un atributo que le es aplicado al inmigrante ilegal desde fuera a la manera de un estigma denegatorio, que representaría una flagrante vulneración de derechos humanos para el ciudadano (Balibar, 2003: 76-77)²⁹. Supone la instrumentalización de esta categoría de seres humanos en nombre de la primacía de la potestad estatal (o supraestatal) de control del perfil del extranjero que puede entrar, transitar y permanecer en el territorio nacional, como un fin en sí mismo (Fallada García-Valle, 2010: 11, 32; Álvarez García y Queralt Jiménez, 2009; Propuesta, 2002; Resolución, 2007).

Tras la Directiva 2008/115/CE, se institucionalizan, bajo el disfraz de las “garantías” de la expulsión y la privación de libertad, los espacios de exclusión-*inocuidación* del inmigrante ilegal “conforme a derecho”, al amparo del derecho de los Estados “democráticos” (Silveira Gorski, 2011: 17; Monclús, 2004: 109 ss.; Terradillos Basoco, 2004: 1468-1649; Portilla Contreras y Pomares Cintas, 2010:

²⁸ Véanse TEDH (2008 y 2008b). Cfr. García Roca y Díaz Crego (2009: 266 ss., 268). Véase Tribunal Constitucional (2002).

²⁹ “Una humillación”, como reconoce Claudio Fava, coordinador en 2008 del Área de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Partido de los Socialistas Europeos en el Parlamento Europeo. Cfr. Diario *El País* (19-6-2008:3). En este sentido, el Comité Económico y Social Europeo (Dictamen, 2009) “comparte la opinión de numerosas organizaciones de la sociedad civil y de expertos independientes del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas que señalan algunas tensiones entre el régimen común instaurado por la Directiva (2008/115/CE) y los derechos fundamentales de las personas inmigradas”.

365). Y con ello, se da el paso para la definición institucional de una categoría inferior de seres humanos³⁰ (*no-personas*) en el contexto de la UE (Silveira Gorski, 2011: 4, 5; Portilla Contreras y Pomares Cintas, 2010: 364), una degradación del sujeto por su condición migratoria que otorga carta de naturaleza a la instauración de un régimen de *Apartheid* (Balibar, 2003: 308), que no dudaría legitimar el modelo *jakobsiano* del enemigo³¹.

Este régimen es aplicado y reforzado, hasta sus últimas consecuencias, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el “guardián” de la Directiva 2008/115/CE. Como tal, no discute las detenciones de inmigrantes ni su mantenimiento en condiciones de detención en los centros especializados, antes bien, con paso firme, obliga a modificar cualquier interpretación judicial interna o regulación legal de los Estados miembros que puedan menoscabar el efecto útil de la expulsión como piedra angular de la política común en materia de inmigración ilegal. Es decir, el Tribunal ha declarado incompatible con la Directiva toda medida que obstaculice el logro principal de la expulsión: la conducción a la frontera y el retorno forzoso (TJUE, 2011a y 2012).

Ni siquiera desde las instancias comunitarias se ha impedido etiquetar como *delito* la mera *condición de ser extranjero-inmigrante-ilegal* (o pretender serlo), esto es, considerar delincuente al extranjero exclusivamente por su condición migratoria. Así, entre otras, las legislaciones de extranjería italiana³² y alemana³³ identifican expresamente inmigrante ilegal y delincuente, a pesar de los pronunciamientos contrarios del CESE³⁴. En consecuencia, desde esta perspectiva formal, al amparo de un derecho que no conoce las garantías democráticas de la tipificación penal, se hace posible el “sueño”, propio de partidos políticos y grupos sociales europeos xenófobos, de hacer corresponder la inmigración irregular y la delincuencia. A pesar de estos efectos perniciosos, el tecnócrata TJUE ha señalado que ni la Directiva 2008/115/CE, ni el art. 79.2 c) TFUE, se oponen a que el derecho de un Estado miembro califique de delito la situación irregular del extranjero (entrada o permanencia en su territorio) y establezca sanciones penales para evitar su comisión y para reprimirla (TJUE, 2011a, 2011b, 2012).

³⁰ Véase Diario *El País* (19-6-2008:3).

³¹ Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal acorde a las normas no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Cfr. Jakobs (2003: 47, 14); teniendo en cuenta, además, que, para este autor, la presencia de la multiculturalidad es peligrosa para la seguridad cognitiva de los ciudadanos (2000: 52, 53). Véase un análisis crítico minucioso de este planteamiento, Portilla Contreras (2007: 208 ss.)

³² Decreto Legislativo nº 286/1998, de 25 de julio de 1998, que aprueba el texto único de las disposiciones reguladoras de la inmigración y de las reglas sobre el estatuto del extranjero (suplemento ordinario de la GURI nº 191, de 18 de agosto de 1998), modificada por la Ley nº 94, de 15 de julio de 2009, de disposiciones en materia de seguridad pública (suplemento ordinario de la GURI nº 170, de 24 de julio de 2009).

³³ La legislación de extranjería alemana ha sido objeto de sucesivas modificaciones. La *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG.)*, de 30 de julio de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005, modifica el anterior régimen de extranjería previsto por la *Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet*, de 9 de julio de 1990. La legislación vigente (*AufenthG.*) contempla, en el parágr. 95, un elenco variado de delitos dedicados al extranjero, que están relacionados con la entrada y la permanencia ilegales en territorio alemán. También otorga relevancia penal a la tentativa de entrada ilegal en el territorio (parágr. 95.3). El marco delictivo ha sido endurecido por la reforma de 25 de febrero de 2008, añadiendo comportamientos punibles (parágr. 95 1a), y tipos agravados (parágr. 95.6).

³⁴ El Comité Económico y Social Europeo ha declarado reiteradamente que, “Aunque no es legal entrar en un Estado sin la documentación y las autorizaciones establecidas, estas personas no son delincuentes”. Cfr. Dictámenes (2002a; 2002b; 2002c; 2009). Aunque no se refiere directamente a este modelo de tipificación penal, la jurisprudencia del TEDH se opone a que el extranjero, por su condición migratoria ilegal, sea asimilado a un preso penado (TEDH 2008b y 2006).



Más desconcertante es, si cabe, comprobar que el modelo de privación del derecho fundamental a la libertad por la condición migratoria, es decir, al margen de la causa por delito, está expresa y ampliamente reconocido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950.

En efecto, el art. 5.1.f) CEDH permite “la detención o la privación de libertad”, “conforme a derecho”, de una persona *en el curso de un procedimiento de expulsión*, así, un extranjero infractor administrativo, equiparando este supuesto (a renglón seguido) a la privación de libertad en el marco de un procedimiento de *extradición*, cuya naturaleza se vincula necesariamente a los procesos penales. Sin embargo, la privación de libertad que contempla el citado precepto no se reduce a esas hipótesis, sino que se concibe también como medida “*para impedir*” al extranjero “*su entrada ilegal en el territorio*”; es decir, posibilita detener o encerrar a aquellos que pretendan entrar sin cumplir los requisitos necesarios, sin exigir, esta vez, la comisión de un ilícito que sirva de presupuesto: en otras palabras, es un formato que se integra en la lucha preventiva dirigida al inmigrante *irregular* o *clandestino, no-illegal*³⁵. La referencia expresa al momento de la entrada en el territorio de los Estados parte, o con ocasión de la misma, es todavía más significativa: el CEDH ha trasladado el estigma del inmigrante ilegal al solicitante de asilo, en la medida en que la posibilidad de privar de libertad –detención o mantenimiento en condiciones de detención- se extiende a los que huyen precipitadamente sin haber realizado los trámites administrativos necesarios para la entrada en territorio ajeno. Como subraya Fallada García-Valle (2010: 5), “Su derecho a que se substancie su solicitud de asilo por un lado, unido a la ausencia de la documentación necesaria para su entrada legal, ha llevado a los Estados a crear centros de detención donde retener, si se considera oportuno, a los solicitantes mientras se resuelve su solicitud”³⁶.

Volviendo al “curioso” modelo de proclamación europea de Derechos Humanos del art. 5.1. f) CEDH, la jurisprudencia del TEDH considera que la privación de libertad de inmigrantes/solicitantes de asilo, sin causa por delito, debe regirse por principios distintos de los que inspiran las garantías del proceso penal. Y es que obedece a una finalidad distinta porque está exclusivamente orientada a hacer efectivo el interés estatal del control y custodia del modelo de entrada y permanencia en el territorio. La primacía de esta potestad no permite ponderar el perjuicio ocasionado al extranjero por la privación de su libertad frente al derecho de control de las fronteras, ni establecer las limitaciones temporales de la detención en causa por delito; en su lugar, el TEDH ha brindado a los Estados Parte un amplio margen de discrecionalidad, no fija un plazo máximo, siendo suficiente, si las condiciones de detención son apropiadas, que no se prolongue de modo *irrazonable*, es decir, más allá del tiempo necesario para que una Administración eficiente concluya el procedimiento de expulsión en curso, o, en el caso de “inmigrantes potenciales”, el proceso “para determinar si se debe conceder a la persona el permiso de inmigración y/o asilo” (Álvarez García y Queralt Jiménez, 2009; TEDH, 2008b, 2008c y 2006; Fallada García-Valle, 2010: 11 ss.; García Roca y Díaz Crego, 2009: 267). Éstas son, pues, las *garantías* de la privación de libertad

³⁵ Son “inmigrantes potenciales”, Álvarez García y Queralt Jiménez (2009).

³⁶ También el Comité Económico y Social Europeo (Dictamen 2009) se muestra crítico con esa represiva respuesta. ACNUR denuncia el confinamiento de solicitantes de asilo en “prisiones, campos cerrados, instalaciones de detención o zonas de tránsito en los aeropuertos, en los cuales la única oportunidad de salir de esta área limitada es abandonando el territorio”. Cfr. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2371.pdf?view=1> (revisado el 21 de septiembre de 2014). Sobre la privación de libertad de solicitantes de asilo, véase TEDH (1996, 1995, 2008b).

de los extranjeros que exige el TEDH, en el marco de la política migratoria de los Estados parte del Convenio.

2.2. Figuras híbridas derivadas del efecto útil de la expulsión: la devolución, la expulsión como sustitutivo penal de la pena de prisión y el centro de internamiento de extranjeros

El efecto útil de la expulsión, es decir, la primacía del interés estatal del control del modelo de entrada y permanencia de extranjeros en el territorio, han generado figuras *jurídicas* de exclusión-*inocuidación* del extranjero sumamente controvertidas, en la medida en que son fruto de la visión actuarial impresa en los instrumentos normativos comunitarios.

Recuérdese que, en España, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, derogó la infracción grave consistente en “la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos”. La finalidad de esa “despenalización” no era precisamente la de marcar algún sentimiento humanitario a la operación migratoria irregular³⁷, sino que respondía a una razón coyuntural: incoar un procedimiento administrativo de expulsión, por la comisión de una infracción administrativa, cada vez que un extranjero pretendía acceder al territorio sin los requisitos exigibles, resultaba engorroso, lento y caro para el Estado. Había que arbitrar una medida más flexible, ágil e inmediata, que no entorpeciera el efecto útil de la expulsión; unas características que chocan frontalmente con los parámetros de calidad de la ley democrática, pero que son acordes con el programa pragmático europeo en materia de inmigración ilegal.

Se daba paso así a una figura asimilable *ad hoc* a la expulsión, una ficción jurídica altamente actuarial, que se sitúa bajo un régimen distinto porque ni siquiera tiene como sustrato una infracción administrativa. La medida de *devolución* al país de origen se dirige contra el extranjero que pretende entrar irregularmente en España y tiene el sentido de “agilizar” la resolución de los problemas ya en la frontera, en detrimento de las garantías que pudieran conectarse a la imposición de una sanción administrativa³⁸: es una medida “de reacción inmediata”, “articulada a través de un cauce flexible y rápido”(Tribunal Constitucional, 2013).

En efecto, según el art. 58. 3. b) LOEx.³⁹, no será preciso expediente de expulsión para la *devolución* de los extranjeros “que pretendan entrar ilegalmente en el país”; “Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada (...), estarán obligados a regresar a su punto de origen” (art. 60. 1 LOEx).

La resolución de la “denegación de entrada” no es una sanción administrativa como lo es la expulsión, y, sin embargo, se le reconoce los mismos efectos privativos de libertad a ella vinculados. No se apoya, como ésta, en una infracción administrativa, y se aplica a conductas que no son equiparables a las que conducen a la expulsión, porque se encuentran en una fase previa a la permanencia o a la

³⁷ De León Villalba (2003: 404) valoraba la supresión de la infracción de la entrada ilegal como “un paso adelante en el reconocimiento de la inmigración ilegal como un fenómeno que (...) afecta a los derechos básicos del hombre”.

³⁸ Véase, en una línea crítica, Portilla Contreras (2001: 1003); Sáez Valcárcel (1993: 18 ss.); Pomares Cintas (2006: 27 ss.)

³⁹ Precepto modificado por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que responde a la transposición de la Directiva 2008/115/CE, en cuyo preámbulo aparece ésta incorrectamente nombrada.

ocupación laboral efectivas sin autorización administrativa⁴⁰. La *devolución*, acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión (art. 58.5 LOEx.), sin ser una sanción, condena al extranjero a sufrir “*la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión*” cuando “no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas” (arts. 58. 6, 60.1). El tándem detención-internamiento se reconoce aquí, por tanto, sin una infracción administrativa que le sirva de base: se permite privar de libertad (encerrar) a quienes ni siquiera han realizado una conducta punible por el ordenamiento jurídico, un ilícito administrativo: hablamos del inmigrante irregular o clandestino, *no-ilegal*, una sub-categoría de peligro relacionada con el extranjero.

Paradójicamente, la figura *ad hoc* de la *devolución* ya ha sido integrada y constitucionalmente consolidada en el amplio, heterogéneo y poco ortodoxo lenguaje normativo de la lucha contra la inmigración ilegal. El Tribunal Constitucional (STC 17/2013, de 31 de enero) no la ha cuestionado, a pesar de reconocer su extremado carácter utilitarista. Señala que es una decisión administrativa con efectos análogos a la expulsión, es decir, comporta la supresión o restricción de derechos del afectado por ella, pero no se fundamenta, en cambio, en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, en la comisión de ilícito alguno; por esta razón, la orden de devolución carece de la “función represiva, retributiva o de castigo propia de las sanciones”. Su finalidad es la de subrayar la vigencia de la legalidad expresada en el cumplimiento de los requisitos administrativos para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional (una función equivalente a la prevención general positiva). En otras palabras, la devolución se concibe como una medida gubernativa de naturaleza preventiva porque “pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería” (STC 17/2013).

El Tribunal Constitucional no discute este modelo jurídico basado en la gestión de los no-ciudadanos al amparo de los criterios de flexibilidad e inmediatez, porque, ante todo, es un símbolo de la supremacía del interés estatal en el control de los flujos de migración y de la lucha, esta vez, *preventiva*, contra la inmigración ilegal. Así lo expresa la STC 17/2013: “la devolución consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tienen como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España”.

Al fin y a la postre, la legitimidad de la medida de devolución se plantea en otro plano: dependerá del reconocimiento de las garantías del procedimiento administrativo de devolución relacionadas con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución española), con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (Tribunal Constitucional, 2013). A este argumento se recurre, y no al sustrato principal que la favorece, para denunciar la frecuente práctica de las “devoluciones en caliente” en las zonas fronterizas⁴¹. Asimismo, es el fundamento que se ha utilizado para declarar la *inconstitucionalidad* de la imposición de la *prohibición de entrada por un plazo máximo de 3 años*, que se consideraba accesoria a toda decisión de devolución (art. 58.7 LOEx⁴²). La STC 17/2013 cuestiona la legitimidad de la *prohibición de entrada* porque su imposición “no

⁴⁰ En cambio, no se ha considerado extensivo en este lugar, de modo análogo, el “*principio de proporcionalidad*” que rige a la hora de decidir aplicar una alternativa a la expulsión del territorio español (art. 57. 1 LOEx).

⁴¹ http://politica.elpais.com/politica/2014/03/25/actualidad/1395765451_547787.html (revisado el 21 de septiembre de 2014). Véase Informe jurídico (2011).

⁴² Medida incorporada a la resolución de devolución a partir de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

respetar las específicas garantías que, conforme a nuestra doctrina, resultan exigibles a una actuación administrativa de naturaleza sancionadora”, colocando al afectado en una situación de total indefensión (art. 24 CE). Con todo, el problema es previo, se olvida lo esencial; si la prohibición de regreso es, como se reconoce, una sanción administrativa, sorprende que su inconstitucionalidad no provenga automáticamente de la ausencia de una infracción administrativa que le sirva de presupuesto (pretender entrar en territorio español sin los requisitos necesarios no lo es). Es decir, la imposición de la prohibición de entrada junto a la devolución conculca manifiestamente el principio de legalidad del derecho administrativo sancionador, salvo que la prioridad de la política de control del modelo de entrada y permanencia de extranjeros dictada desde la UE haya variado también esos paradigmas democráticos, de tal modo que se permita operar bajo la ficción jurídica de un ilícito que no existe.

En síntesis, la figura de la devolución permanece inalterable, es más de lo mismo disfrazado de “garantías”. Una medida de naturaleza híbrida promovida por el efecto útil de la expulsión, que se acerca a la naturaleza de una sanción, pero no lo es, pensada para comportamientos “irregulares” de los extranjeros que no llegan a constituir infracciones administrativas. Un modelo desconcertante articulado desde un sistema “democrático”, que tampoco manifiesta serlo.

Por otro lado, el efecto útil de la expulsión también ha desvirtuado otras figuras integradas, esta vez, en el ámbito penal. Bajo este formato se ha gestionado la situación de los extranjeros residentes ilegales condenados a penas de prisión. La *expulsión se ofrece como sustitutiva de la pena de prisión* (art. 89 Código Penal), solución paradójicamente ubicada junto a las herramientas alternativas a la prisión que buscan cumplir la función preventivo-especial socialmente reinsertadora prevista en el art. 25.2 Constitución española. A pesar de que este precepto constitucional no reconoce excepciones, ni se suspende a sí mismo en virtud de la condición migratoria ilegal del condenado, en el contexto de la lucha contra la presencia del inmigrante ilegal en territorio UE, es eso lo que sucede.

Desde la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el art. 89 CP corrobora la obligatoriedad de la expulsión⁴³ como sustitutivo de las penas de prisión inferiores a 6 años (art. 89.1 CP⁴⁴) y extiende esa obligatoriedad respecto del “extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena” (art. 89.5 CP).

El perfil actuarial de la expulsión impulsado desde las instancias comunitarias ha desnaturalizado el patrón resocializador que inspira el instituto de la sustitución penal: la expulsión no implica “una respuesta menos lesiva que la privación de libertad en aras a la consecución de la reinserción del penado” (Rodríguez Yagüe, 2012: 22, 23). Las medidas alternativas a la pena de prisión de naturaleza rehabilitadora –la sustitución del art. 88, o la suspensión del art. 80 CP–, sólo se abren cuando la expulsión no pudiera llevarse a cabo (art. 89. 6 *in fine*).

Por tanto, como herramienta penal de lucha contra la inmigración ilegal, el Legislador ha creado también, en el marco de la ejecución de la pena de prisión, espacios de exclusión del extranjero autor de delitos que le condenan a la

⁴³ El carácter obligatorio de la expulsión penal se debe a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

⁴⁴ Salvo que se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en España, sin determinar qué razones pueden ser esas.



desigualdad en comparación con el resto de los penados (Rodríguez Yagüe, 2012: 25; Martínez Escamilla, 2009: 21). Por ello, en virtud de esa finalidad política común, nuevamente deviene ociosa y estéril cualquier pretensión de buscar un fundamento material de la expulsión penal coherente con los principios esenciales de un Derecho penal democrático.

La prioridad de la potestad estatal de control del sistema de permanencia de extranjeros en territorio nacional⁴⁵ llega al punto de recuperar aquellos modelos *lombrosianos* de exclusión que se presentaban en la forma de *sustitutivos penales*, porque las penas legalmente previstas no satisfacían la finalidad de la defensa de la sociedad respecto del sujeto ontológicamente peligroso: hoy, como la Escuela Positivista criminológica de la segunda mitad del siglo XIX, acudimos a un *sustitutivo penal* –la expulsión–, que no es una pena expresamente prevista en el catálogo de penas (art. 33 CP)⁴⁶, ni tampoco se sujeta al principio de proporcionalidad (Laurenzo Copello, 2004: 30; Iglesias Skulj, 2013: Documento Tol4.014.594; Sánchez Tomás, 2008: 1559 ss.), ni a las finalidades constitucionales de la pena ex art. 25.2 CE.

Tras este nuevo fraude de etiquetas que suspende garantías constitucionales básicas en materia penal, se aprecia inmediatamente la orientación clave de la expulsión sustitutiva, diametralmente opuesta al Derecho penal democrático: es un instrumento de *inocuidación* (Laurenzo Copello, 2004: 30; Díaz y García Conlledo, 2007: 625; Daunis Rodríguez, 2009: 230 ss., 264; Terradillos Basoco, 2008: 208), que incapacita al extranjero afectado para permanecer en el territorio, excluyéndolo de cualquier modo de reinsertarse en la sociedad a la que no pertenece: como sostiene críticamente Brandariz García (2011: 225), “en el marco de los fines preventivo-especiales, la incapacitación constituye una opción más útil, en términos económicos y simbólicos, que la resocialización”. Hemos retrocedido sólo unos siglos.

Por último, la lucha contra la presencia del inmigrante ilegal en el territorio UE ha proporcionado también otros espacios híbridos de exclusión-*inocuidación* basados en la negación del derecho fundamental a la libertad, y otros derechos a ella vinculados. Como se ha señalado, la Directiva 2008/115/CE ha autorizado a los Estados miembros articular medidas privativas de libertad similares a las penales -detención y centros de internamiento de extranjeros en los aeropuertos, puestos fronterizos y núcleos urbanos (Wacquant, 2002: 113; Silveira Gorski, 2011: 3; 2003: 555; 2002: 93 ss.; Portilla Contreras, 2012a: 129; 2012b: 96, 99; Martínez Escamilla, 2009: 26 ss.) -, pero sin las garantías del procedimiento penal; figuras híbridas que, mediante el recurrente fraude de etiquetas (Brandariz García, 2007: 137; Portilla Contreras, 2012a: 130)⁴⁷, burlan los márgenes constitucionales al permitir a la Administración civil privar de libertad fuera de las causas por delito (art. 25.3 CE), y más allá de los límites de la detención penal (art. 17 CE).

Sobre los centros de internamiento de extranjeros se había pronunciado el Parlamento Europeo el año anterior a la Directiva 2008/115/CE, seguramente como pretexto para regularlos a nivel comunitario con el resultado que conocemos, expresando entonces su honda preocupación por las condiciones inhumanas –hacinamiento, falta de higiene, entre otros aspectos- detectadas en varios centros

⁴⁵ Es ilustrativo el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que señala que “el Estado mantiene toda la capacidad para imponer límites a la permanencia de los extranjeros cuando ésta no se sustenta en una residencia legal”.

⁴⁶ Tampoco se contempla en el catálogo de penas la prohibición de regreso en un plazo de 5 a 10 años prevista en el art. 89.2 CP.

⁴⁷ Véase detenidamente, Sánchez Tomás (2013-2014: 75 ss.), cuestionando la legitimidad de esta medida privativa de libertad, y proponiendo otras alternativas de control.

de retención de inmigrantes y solicitantes de asilo visitados por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Resolución, 2007). La realidad es que, hoy por hoy, los centros de internamiento siguen siendo espacios de opacidad cuyas condiciones materiales y jurídicas son presas de críticos informes de instituciones y organismos nacionales e internacionales (Martínez Escamilla, 2009: 31). El Comité Económico y Social Europeo (Dictamen, 2009) ha advertido que la Directiva 2008/115/CE tampoco garantiza seguridad sobre las condiciones que justificarían el internamiento y ha denunciado el internamiento prolongado que supera los 30 días⁴⁸, además de la falta de transparencia sobre la situación de los extranjeros internados en los centros de la UE.

La detención e internamiento, basados exclusivamente en la condición migratoria ilegal/irregular, no son sino figuras *ad hoc* cercanas a las *medidas de seguridad predelictuales*, de marcado carácter preventivo por obedecer a razones de peligrosidad ontológica en torno al inmigrante infractor administrativo o al extranjero que ni siquiera es infractor del ordenamiento jurídico del territorio del que no es nacional⁴⁹.

Por otro lado, también es indudable que el centro de internamiento “especializado” de extranjeros reviste una naturaleza que lo aproxima a la realidad penitenciaria. En primer lugar, en España, a partir de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también puede ser destino de extranjeros *penados* -no residentes legalmente- a los que se ha sustituido el cumplimiento de la pena de prisión por la expulsión (ex art. 89.6 CP), con el fin de asegurarla. Coexistirán con los extranjeros infractores administrativos y, en su caso, con los no-infractores de nada, sujetos a una orden de devolución gubernativa. Es la visión mercantilista de la gestión de los no-ciudadanos, en su grado máximo, que los ciudadanos debemos contemplar con naturalidad. Pero eso no es todo.

La privación de libertad en condiciones de detención para asegurar la expulsión de extranjeros también fundamenta, al igual que ocurre en los centros penitenciarios, una *relación de sujeción especial* respecto a los funcionarios, en este caso, policiales, que les custodian (Martínez Escamilla, 2009: 33), hasta el punto de permitir adoptar, en los centros de internamiento de extranjeros, medios de control y coercitivos restrictivos de los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y la intimidad personal (art. 18.1 CE).

Esta facultad policial se encuentra prevista en los apartados 1 y 2 del art. 62 *quinquies* LOEx., derivados del espíritu represor de la Ley Orgánica 14/2003. El primer apartado, redactado a través de conceptos indeterminados que favorecen la arbitrariedad de las actuaciones policiales (si es “*necesario para la seguridad en los centros*”), autoriza inspeccionar las “*dependencias*”, sin excluir los lugares de pernoctación de extranjeros⁵⁰, y practicar registros de personas, ropas y enseres de los internados. En el siguiente apartado, con la misma técnica legislativa, se faculta

⁴⁸ Así, en España, con la venia de la Directiva 2008/115/CE, se ha extendido el tiempo máximo de internamiento hasta 60 días (art. 62.2 LOEx.).

⁴⁹ Un estado de “*peligrosidad social*” revelador de “*presentes y efectivas perturbaciones sociales con grave daño o riesgo para la comunidad*”, como entonces establecía el Preámbulo de la derogada Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación social, que consideraba socialmente peligrosos (art. 2. 12º) a “*Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello*”. Arbitraba, como medida de seguridad y “*rehabilitación social*”, la expulsión del territorio nacional, sujeta, a su vez, a la prohibición de entrada en España durante el plazo de 3 años (art. 5.12ª).

⁵⁰ Cfr. Voto particular incluido en la STC 17/2013 (Tribunal Constitucional, 2013), formulado por el Magistrado Pérez Tremps, al que se adhieren las Magistradas Asua Batarrita, Roca Trías, y el Magistrado Valdés Dal-Réa.

a los funcionarios policiales utilizar “*medios de contención física personal*” o “*separación preventiva*” en habitación individual (similar al aislamiento provisional en celda en los centros penitenciarios⁵¹), que “*no podrán suponer una sanción encubierta*”, por ejemplo, para impedir actos de fuga o ante la resistencia (que no se exige que sea violenta, ni activa) a las actuaciones de los custodios en el ejercicio legítimo de su cargo.

Una regulación tan imprecisa, y en lugares cerrados a la ciudadanía (Martínez Escamilla, 2009: 31), no es, desde luego, idónea para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros internados frente a posibles acciones arbitrarias de los poderes públicos en el ejercicio de la función “preventiva”. Como se ha señalado, éste sería el único recurso garantístico que se considera oficialmente válido para medir la legitimidad de la medida híbrida de privación de libertad que se analiza. También ahí la batalla por el respeto de los derechos humanos está perdida. La STC 17/2013 (Tribunal Constitucional, 2013), concretamente el criterio de la mayoría del Pleno, ha subrayado la *constitucionalidad* del precepto (art. 62 *quinquies* LOEx.), porque, aun cuando reconoce que las mencionadas medidas son restrictivas de derechos fundamentales, su naturaleza *preventiva-no represiva* (no son sanciones) permite dejar un margen de uso razonable según una interpretación conforme a las exigencias democráticas. Afortunadamente, a través del voto particular del Magistrado Pérez Tremps, es posible mostrar su inconstitucionalidad: la indeterminación “abrumadora” de un precepto que contempla “indubitablemente” limitaciones de derechos fundamentales de los extranjeros (registros personales y aislamiento en habitaciones individuales sin limitación temporal absoluta) vacía de contenido la protección de los derechos fundamentales afectados (arts. 18.1, 17.1 CE).

3. Repercusiones de la lucha contra el inmigrante ilegal en la gestión de la inmigración legal

158

Como se ha analizado, la política inmigratoria de la UE concibe la lucha contra el inmigrante ilegal como baluarte estratégico de la primacía de la potestad de los Estados sobre el control del acceso y condiciones de permanencia de extranjeros en el territorio, eje principal de la política común y presupuesto para alcanzar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el territorio de la UE (art. 67.2 TFUE).

Una política comunitaria que considera la inmigración y el asilo como asuntos de seguridad interior (art. 79.1 TFUE) conduce necesariamente a un planteamiento que aborda la regulación de la inmigración legal, y, asimismo, la condición del solicitante de asilo o refugiado⁵², desde la lucha contra la inmigración ilegal. No deja lugar a equívocos la Resolución del Parlamento Europeo (Resolución, 2007), que reproduce las directrices del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999: “*la lucha contra la inmigración clandestina es esencial para el establecimiento de una política de inmigración legal*”⁵³, y no al revés.

⁵¹ El Voto particular incluido en la STC 17/2013 (Tribunal Constitucional, 2013), señala su carácter marcadamente cercano a una sanción de aislamiento.

⁵² Cuyo desplazamiento no responde a los patrones económicos del inmigrante. Como señala De Lucas (2013) respecto a los refugiados, “comoquiera que aparecen sólo como coste, como una carga, la política ha consistido en estrechar cada vez más las condiciones que permiten solicitar el asilo en territorio de la UE”, y “también en evitar el mal uso de la vía de asilo por parte de quienes *sólo son inmigrantes*”.

⁵³ Cfr. Considerando H. Véase también la Comunicación de la Comisión (2001). Estas directrices han sido mantenidas en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008), que considera prioritario velar “por la prevención de los riesgos de inmigración irregular”. “El Consejo Europeo está convencido de

En consecuencia, en la gestión de la inmigración legal, la vertiente de seguridad interior se coloca en el centro, se diseña de modo paralelo a las medidas enmarcadas en la lucha contra la inmigración ilegal⁵⁴. Veamos entonces cómo las estrategias de combate contra la inmigración ilegal en el territorio UE han condicionado la gestión de la inmigración legal.

En primer lugar, la finalidad de neutralizar el comúnmente recurrido “*efecto llamada*”, o factor de atracción para flujos migratorios ilegales, ha sido el pretexto para restringir sobremedida los canales de la inmigración legal (Dictamen, 2004). La política migratoria común, a partir de los compromisos del Consejo de Tampere (1999), ha ido limitando las vías de la inmigración legal en todas sus etapas (Dictamen, 2004), comenzando por la idea nuclear: la exigencia del *tándem* autorización de residencia y trabajo, de marcado contenido simbólico. Como subraya el CESE, “La estricta vinculación jurídica entre el permiso de trabajo y el permiso de residencia pone de manifiesto que el inmigrante no es visto como persona, sino como mano de obra, es decir, como un instrumento al servicio del mercado de trabajo, que cuando deja de ser necesario, pierde la posibilidad de permanecer legalmente; y por lo tanto (...), pasa a ser un “sin papeles” (Dictamen, 2009). A su vez, esta “funcionalidad social” del inmigrante lo convierte en objeto permanente de “prácticas de control” (Brandariz García, 2007: 134 ss.). Son ilustrativos, en este sentido, los condicionamientos a los que se ve sometido en la legislación de extranjería en España. La autorización de trabajo-residencia tiene una duración limitada, su eficacia inicial está supeditada, además, al cumplimiento de la obligación del empleador de dar de alta al extranjero en la Seguridad Social [art. 25 bis d) LOEx.⁵⁵], precisamente en un país caracterizado por la cultura de la economía sumergida: “Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.1.a)” relativa a la permanencia ilegal, que constituye una causa de expulsión (art. 57.1 LOEx). Se establece, por tanto, una condición de legalidad que no depende del inmigrante, y que no tiene en cuenta el coste del viaje de llegada ni las posibles deudas contraídas para lograrlo.

En otras palabras, se configura el estatus del extranjero de tal manera, que se establece para el inmigrante legal trabas a la estabilidad de su condición administrativa, acentuando notoriamente su fragilidad. En contraste con épocas anteriores, se ha reservado la posibilidad de obtener visados temporales para búsqueda de empleo a los extranjeros que no se hallen en el territorio⁵⁶, es decir, que se encuentren en el país de origen⁵⁷; tampoco se prevé la vía de la regularización que permitía “*conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquellos que acrediten una permanencia en territorio*

que sigue siendo fundamental una acción eficaz contra la inmigración ilegal a la hora de elaborar una política común de inmigración” (Programa de Estocolmo, 2010); “mejorar la forma de hacer frente al abuso de las vías de migración legales” es un objetivo estratégico (Acción de la Unión Europea frente a las presiones migratorias, 2012).

⁵⁴ En este sentido, como señala Terradillos Basoco (2011: 1137), “dos terceras partes de las modificaciones legislativas producidas, desde 1990, en los países de la UE en materia de migraciones, están encaminadas a endurecer las políticas migratorias”.

⁵⁵ Modificado por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que responde a los compromisos de la política comunitaria.

⁵⁶ Criterio restrictivo introducido en la legislación de extranjería por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y ratificado por las sucesivas reformas. Criticando este tratamiento, véase Pico Lorenzo (2002: 64); Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2004).

⁵⁷ Forma parte de la gestión colectiva de contrataciones en origen. Art. 39 LOEx., art. 175.1 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de ejecución de la legislación de extranjería.



*español durante un período mínimo de 5 años*⁵⁸. En su lugar, y teniendo siempre presente el “efecto llamada”, se definen otros formatos de regularización (temporal) (Dictamen, 2004 y Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, 2008), basados en conceptos indeterminados que funcionan, a su vez, como instrumentos de control *selectivo*. Se seleccionan, primordialmente, aquellos extranjeros que, con carácter previo, disfrutaron de una permanencia legal en el territorio y que, entre otros factores económicos, puedan acreditar una situación de *arraigo*⁵⁹; también a los que sean víctimas de determinados delitos vinculados a su condición migratoria, siempre que *colaboren* eficazmente con la Justicia en su persecución (Directiva, 2004b)⁶⁰; o bien, aquellos en los que concurren excepcionales “razones humanitarias”⁶¹, que no coinciden precisamente con la situación que atraviesa la mayor parte de los inmigrantes que no pueden cumplir las condiciones de entrada o permanencia⁶²: con el pretexto de neutralizar el factor de atracción de flujos migratorios ilegales, la apreciación de la razón de índole humanitaria exige al extranjero pagar un alto precio personal para entrar o permanecer en el territorio UE, por ejemplo, la pérdida de un hijo durante el desplazamiento hacia el territorio⁶³. Con todo, una política común de inmigración que dificulta los requisitos para la entrada de manera legal, no resuelve la situación de los inmigrantes ilegales presentes en territorio UE desde el inicio de la operación migratoria (Dictamen, 2002a).

En suma, se verifica una inquietante regulación de la inmigración legal que culmina con la decisión de abrirla sólo para trabajadores de *alta cualificación*. Los *Considerandos* 3 y 7 de la Directiva 2009/50/CE (Directiva, 2009a), señalan que, para “reforzar la cohesión social”, se necesitan medidas que atraigan “a más trabajadores altamente cualificados procedentes de terceros países para que se incorporen y permanezcan en el mercado laboral como parte de un enfoque basado en las necesidades de los Estados miembros”, y contribuyan así “a la competitividad y el crecimiento económico” en el territorio UE⁶⁴. Es, sin duda, un criterio político que provoca situaciones de discriminación (Dictamen, 2009) y atenta, simultáneamente, a los principios básicos de la cooperación al desarrollo de los países de origen, en la medida en que “la inmigración hacia Europa de los trabajadores cualificados de los países de origen puede convertirse en un nuevo obstáculo para su desarrollo (...), un nuevo problema” (Dictamen, 2004)⁶⁵.

La política migratoria de la UE se ha ido alejando, pues, de toda pretensión de facilitar los canales legales, que han sido gravemente limitados en todas las fases de la operación migratoria. La recurrente necesidad de neutralizar el “efecto llamada” se apoya sobre una base de signo esencialmente populista. A las instituciones comunitarias responsables poco les importan las cuestiones de fondo

⁵⁸ Art. 31.3 LOEx. antes de la reforma de 2003.

⁵⁹ Véase, en España, arts. 31. 3 y 68. 3 LOEx. Este último precepto señala que “Con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio (...)”.

⁶⁰ Véase art. 31.3 LOEx.

⁶¹ Véase arts. 25. 4 y 31.3. LOEx.

⁶² Como corrobora el CESE, “muchos inmigrantes irregulares se encuentran en una difícil situación humanitaria” (Dictamen 2009).

⁶³ La Sentencia del Tribunal Supremo (Tribunal Supremo, 2014) ha reconocido el derecho a residir en España, por razones humanitarias, a una mujer nigeriana a quien el Ministerio del Interior rechazó conceder el asilo. Ella perdió a su hija de 3 años en el naufragio de la patera en la que viajaba con destino a España para ser empleada en el servicio doméstico.

⁶⁴ Medida contemplada en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008). No ha tardado en incorporarse a la legislación española por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Véase el art. 38 ter LOEx. (Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados).

⁶⁵ Como advierte Naïr (2014: 166), “es una forma de saqueo de capacidades y cerebros dañina para los países en desarrollo”.

que sobradamente conocen: “los flujos migratorios tienen raíces estructurales que (...) determinan su existencia y evolución”; precisamente por ello, los movimientos migratorios que obedecen a factores económicos se autorregulan, se redirigen, “cambian cuando éstos evolucionan” (Terradillos Basoco, 2011: 1122, 1123)⁶⁶, no les disuade, por tanto, el carácter represivo de las medidas adoptadas⁶⁷.

Por otro lado, un modelo de gestión que incide en la inestabilidad de la situación administrativa del inmigrante legal, que somete las legislaciones de extranjería de los Estados miembros a continuas modificaciones⁶⁸, dificulta enormemente manejar datos fiables sobre la magnitud de la inmigración legal-ilegal en la UE (Dictamen, 2004; Pomares Cintas, 2005: 50,51). Las cifras estadísticas se rigen en función del número de autorizaciones o expedientes, que no coincide con el número de personas distintas; igual ocurre con el cómputo de las detenciones de inmigrantes, o el número de intentos de saltos a las vallas fronterizas. Ello conduce a un entendimiento de la inmigración que se sustenta sobre “arenas movedizas”, sobre “símbolos, prejuicios y modelos” (Izquierdo Escribano y López de Lera, 2000: 82 ss., 84; Rojo Torrecilla, 2002: 54, 55; Informe, 2014).

Partiendo de estos argumentos que desenmascaran la realidad de las migraciones, las directrices comunitarias han conseguido, como era previsible, el efecto contrario al objetivo inicial: han provocado una acumulación progresiva de la población inmigrante ilegal (Naïr, 2014: 166, 167), de modo que, a los que nunca cumplieron las condiciones legales de entrada o permanencia en el territorio, se suman los que dejaron de cumplirlas. Paralelamente, se ha ido “perfeccionando” el modelo de expulsión, así, se repiensen aquellas infracciones que se conectan con la situación de ilegalidad del inmigrante (también la sobrevenida) –permanencia o trabajo-, que se construyen como causas de retorno forzoso. Además, se añade un mecanismo que hace expirar cualquier intento o procedimiento que pudiera permitirle al extranjero aferrarse al territorio: la orden de expulsión debía conllevar, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar del extranjero⁶⁹.

Y, como también era de esperar, esa acumulación no resuelta de población inmigrante ilegal ha desafiado y colapsado las capacidades de los Estados miembros a la hora de ejecutar las órdenes de expulsión (Dictamen, 2004). Los problemas de financiación estatal de los procedimientos de repatriación forzosa están muy presentes, la imposibilidad de cumplir la mayor parte de las órdenes de expulsión, por razones coyunturales económicas y/o políticas, es un secreto a voces: “Ni siquiera las personas a las que se abre expediente de expulsión pueden ser efectivamente expulsadas más que en un pequeño porcentaje” (Dictamen, 2002b; Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, 2004).

⁶⁶ Véase, en este sentido, el Segundo Informe sobre Migración Internacional en las Américas presentado en la OEA (SICREMI 2012). Véase. el reportaje de M. Paone, en el periódico *El País* (30-1-2014: 34, 35). Detenidamente, Portes (2012).

⁶⁷ Véase Manifiesto de la *Red Migreurop* (2014).

⁶⁸ Lo ilustra la legislación de extranjería española, sujeta a sucesivas y sustanciales reformas, ya desde el mismo año de su aprobación (11 enero de 2000): Leyes Orgánicas 8/2000, de 22de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre, 2/2009, de 11de diciembre, 10/2011, de 27 de julio, 4/2013, de 28 de junio, STC 17/2013, de 31 de enero Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. También hay que tener en cuenta los sucesivos Reglamentos de ejecución de la legislación de extranjería (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

⁶⁹ Véase Art. 57. 4 LOEx., modificación incorporada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, para adaptarse a los compromisos comunitarios. La Ley Orgánica 2/2009, de 11de diciembre, agrava el régimen sancionador y refuerza los procedimientos de expulsión o devolución.



En efecto, el proceso de expulsión es complejo y costoso. Requiere contar con contingentes policiales muy específicos -jefe de dispositivo, jefe operativo, escoltas de sector privado, personal sanitario, etc., más el material de “contención” para aquellos que se resistan a ser expulsados⁷⁰; los acuerdos de readmisión con los países de origen son difíciles de lograr si no se aportan incentivos específicos, como reconoce el CESE (Dictamen, 2002c). Por estas razones, con la finalidad de gestionar eficazmente las repatriaciones, se ha impulsado una regulación que posibilita practicar expulsiones que se aproximan a las colectivas, así, a través de los denominados “vuelos macro”, mediante la coordinación con otros Estados miembros para amortizar la operación (Decisión, 2004 y Directiva, 2008, art. 8.5). A menudo se habla del peligro que corre el colectivo de extranjeros que se desplaza en pateras, camiones- patera o transporte similar y, sin embargo, no se repara en el coste humano, incluso peor, de la expulsión, porque puede colocar al afectado en una situación desesperada (Dictamen, 2002c). ACNUR y diversas ONG han denunciado prácticas de expulsiones colectivas y repatriaciones de inmigrantes y de solicitantes de asilo a países en los que se violan (más) los derechos humanos (Dictamen, 2002b)⁷¹. Y el CESE ha admitido, además, que “son muchas las personas (...) que acabaron muertas durante el procedimiento de expulsión a causa de la brutalidad de algunas conductas de los funcionarios” (Dictamen, 2002c).

Se ha provocado así un escenario de desprotección jurídica absoluta, un callejón sin salida para aquellos cuya orden de expulsión no es posible ejecutar. De hecho, el CESE ha advertido que la Directiva 2008/115/CE “no garantiza una protección adecuada” a los extranjeros que se encuentran en un limbo jurídico pendientes de expulsión (Dictamen, 2009). Se abre, pues, un nuevo espacio de exclusión-*inocuidad* dentro del territorio no vinculado estrictamente a la privación de libertad: el extranjero que sufre la mencionada situación se encuentra encerrado en su propia condición. En efecto, su desamparo jurídico se acentúa con la repercusión de la imposición de la prohibición de entrada, en la medida en que obstaculiza la prescripción de la sanción de expulsión⁷²: en estos supuestos, prolongará su agonía, el estigma del inmigrante ilegal penderá sobre él de modo cuasi-permanente, porque es sólo una presencia humana -contundente y real-condenada a su no-existencia (Dal Lago, 2002: 205 ss.; De Lucas, 2003: 60, 62)⁷³.

La Directiva 2008/115/CE tampoco fue suficiente para resolver los problemas que planteaba la ejecución de la expulsión, a pesar de reinventar, como medida más barata, la figura del “retorno voluntario”, que “invita” al inmigrante ilegal a marcharse por sus propios medios del territorio UE⁷⁴. Seis meses después, la Directiva

⁷⁰ Véanse Normas de seguridad en las repatriaciones y en el traslado de detenidos por vía aérea y/o marítima, de 20 de julio de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior español, que contienen el Protocolo de actuación relativo a la repatriación de inmigrantes ilegales.

⁷¹ Véase, en particular, el Informe (2014b) “La vida en la frontera: internamiento y expulsiones” http://cerremosloscies.files.wordpress.com/2011/12/frontera_sur_internamiento.pdf. (revisado el 23 de julio de 2014).

⁷² Véase Art. 56.3 LOEx.: “Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años”.

⁷³ “Lo siento, usted no existe”, titular sobre la gestión de la inmigración ilegal en el periódico *El País* (27-8-2006: 23).

⁷⁴ Requiere menos esfuerzos administrativos que el retorno forzoso. Cuenta, además, con la colaboración de organismos internacionales como OIM o ACNUR, para que, entre otras funciones, hagan el seguimiento sobre las condiciones de reingreso del afectado en su país de origen. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2002b). A pesar de plantearse, como medida preferente, el retorno voluntario –véase Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008), y el Programa de Estocolmo (2010)-, se reconoce la “inevitable necesidad de medios eficaces para ejecutar las repatriaciones cuando sea necesario” (Programa de Estocolmo, 2010). Es decir, como advierte Sánchez Tomás (2013-2014: 77), la preocupación sigue siendo la de aumentar la eficiencia del sistema

2009/52/CE (Directiva, 2009b), decide imponer al empleador del inmigrante ilegal la obligación de sufragar los gastos de su repatriación o retorno (art. 5.2 b)⁷⁵. Mientras tanto, el limbo jurídico persiste.

En síntesis, una política común que gestiona la inmigración legal a partir de las estrategias de combate contra la inmigración irregular no garantiza adecuadamente que el inmigrante sea un sujeto de derechos y protección (Dictamen, 2009; Silveira Gorski, 2011: 4). Dada la acentuada fragilidad de la situación de legalidad del extranjero, el estigma de exclusión del inmigrante ilegal acaba revirtiendo inevitablemente también contra el inmigrante “provisionalmente” legal porque lo condiciona (Izquierdo Escribano y López de Lera, 2000: 90). De hecho, los efectos intimidatorios de ese estigma trae otras consecuencias que nos permiten comprender el alcance del modelo de exclusión impuesto: la mayor “disponibilidad” y “docilidad” del inmigrante ante situaciones de explotación laboral. Esta otra perspectiva de la política migratoria es la que se analizará en el siguiente apartado.

4. Criterios político-criminales de la UE ante el peligro de explotación laboral de inmigrantes

Una política migratoria cerrada y represiva, que dificulta las condiciones de entrada y permanencia legales y acentúa la inestabilidad de la situación del inmigrante legal, también produce el efecto de fomentar la economía sumergida (Dictamen, 2004) de una población condenada al trabajo clandestino en los sectores laborales menos cualificados o no regulados: el servicio doméstico, limpieza, agricultura, restauración, construcción (Dictamen, 2004) y servicios de alterne relacionados con el ejercicio de la prostitución.

Sin embargo, la economía sumergida del inmigrante ilegal no se concibe como la de los demás trabajadores. Ante todo, se le responsabiliza por encontrarse trabajando ilegalmente [art. 53.1. b) LOEx.], una posible causa de expulsión del territorio; no goza del derecho al acceso al puesto de trabajo, precisamente como arma de control de los flujos de migración⁷⁶.

Es lo que explica que uno de los objetivos de la lucha contra la inmigración ilegal se haya dirigido también al empleo clandestino, bajo el pretexto de atajar el factor de atracción que constituye la posibilidad de trabajar en la UE sin autorización para ello, sin tener en cuenta, que, en países como España, la economía sumergida está culturalmente extendida también para los autóctonos. Éste es el objetivo de la Directiva 2009/52/CE, (*Considerandos* 2 y 36): no se trata de promover, en el territorio UE, la persecución penal de la explotación de los trabajadores, en general, sino de subrayar, bajo la inspiración del mencionado “efecto llamada”, el modelo de exclusión-*inocuidación* del trabajador-inmigrante-ilegal.

Continuando la senda de la Directiva 2008/115/CE, la Directiva 2009/52/CE institucionaliza, para el inmigrante ilegal, un régimen laboral diferente e inferior respecto del resto de los trabajadores ante una situación de explotación *efectiva* en

de repatriación forzada y no la de promocionar el retorno voluntario o el diseño de medidas alternativas.

⁷⁵ Medida que se preveía ya en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2002a). Se señalaba que “Los Estados miembros deberían asegurarse de que esta actividad empresarial no compense”.

⁷⁶ De hecho, ante una situación de explotación laboral, el Código penal español -art. 312.2 *in fine*- ni siquiera se atreve a llamarlos “trabajadores”, sino “*súbditos extranjeros* sin permiso de trabajo”. Vid. un análisis detenido, Pomares Cintas (2013: 94 ss.); Acale Sánchez (2012: 561 ss.); Díaz y García Conlledo (2007).

el marco de la economía sumergida. Reduce sus expectativas laborales, en la medida en que elimina definitivamente el reconocimiento de cualquier derecho o garantía social que se entienda incompatible con su situación administrativa. Es decir, este colectivo de trabajadores “no podrá adquirir un derecho de entrada, estancia y acceso al mercado laboral derivado de su relación laboral ilegal” ni “del pago de salarios o atrasos (...) por parte del empleador o de una persona jurídica que deba pagarles en lugar del empleador” (*Considerando* 15); el derecho a la reincorporación al puesto de trabajo o el derecho a obtener prestaciones por desempleo no serán conciliables con su condición migratoria ilegal. La Directiva pretende así acabar con cualquier normativa interna o criterio jurisprudencial que, tras la realización de la prestación laboral de que se trate, tiendan a igualar al trabajador inmigrante ilegal con los demás trabajadores⁷⁷. Además, la Directiva exige a los Estados miembros de cumplir con la obligación de afrontar el impago por parte del empleador de la remuneración pendiente por el trabajo efectuado del inmigrante ilegal y otros gastos sociales generados por el mismo (art. 6 y *Considerando* 14).

La legislación de extranjería española ha respondido inmediatamente, y sin objeciones, a tales compromisos. La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha modificado el art. 36.5 LOEx., restringiendo severamente las garantías sociales del trabajador inmigrante ilegal, aun cuando pudieran corresponderle, en la medida en que no “*sean compatibles con su situación*”. En definitiva, salvo en los casos legalmente previstos, “*el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero*”.

En síntesis, el inmigrante ilegal no sólo está condenado a la clandestinidad, sino que su trabajo se localiza en el entorno de una modalidad de economía sumergida sin parangón con aquella de la que es objeto el autóctono (nacional, comunitario o del Espacio Económico Europeo). En virtud de su condición migratoria, se le niegan *ab initio* derechos laborales básicos: no sólo se le excluye de la afiliación al sistema de Seguridad Social⁷⁸, también se eliminan prestaciones sociales reconocidas a cualquier otro trabajador explotado. En otras palabras, el Estado los abarata, para reincorporarlos posteriormente como ilegales en la producción.

Ahora bien, a la particular situación de economía sumergida a la que se ve abocado el inmigrante ilegal, cabe añadir –recordemos– su estatus de desprotección jurídica vinculado al efecto útil de la expulsión: su punto débil, el estigma que le identifica como tal. El temor a ser descubierto y expulsado (y lo que ello conlleva) es una amenaza constante, lo *inocuiza*, garantiza no sólo su fragilidad, acentúa, asimismo, su docilidad y disponibilidad ante situaciones de explotación laboral (TEDH, 2005, reconoce que el temor a la detención y a la expulsión fundamenta una situación equivalente a la de una amenaza de pena): quedan terminantemente reducidos a una mera fuerza de trabajo. Esa *disponibilidad* se puede obtener, simplemente, mediante el aprovechamiento del tratamiento estatal del inmigrante ilegal, que ya le viene dado (Dictamen, 2002a): el empleador sabe que difícilmente va a ser denunciado por él.

Los efectos perniciosos del estigma del inmigrante ilegal alcanzan también al inmigrante “provisionalmente” legal (Cachón Rodríguez, 1997: pp. 61-62; Informe ACCEM, 2006: 33), cuya estabilidad administrativa descansa sobre bases sinuosas,

⁷⁷ Por ejemplo, el derecho a obtener prestaciones por desempleo había sido reconocido en diferentes resoluciones dictadas en el orden social: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (2002) y Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (2005).

⁷⁸ Véase Art. 10. 1. LOEx.

como se ha analizado. Su disponibilidad ante la explotación –en los mismos sectores productivos (Pomares Cintas, 2005: 51-52) - se traduce en el temor a perder su ya frágil condición de legalidad por la posibilidad cierta de dejar de cumplir los requisitos que le unen al territorio, esto es, el temor a sufrir el estigma de la ilegalidad. En efecto, la experiencia ha demostrado que el mismo peligro de explotación se extiende a los que ejercen legalmente su derecho a migrar⁷⁹. La política inmigratoria común coloca, pues, al extranjero-inmigrante en una posición tal de debilidad –tenga o no autorización administrativa para residir y trabajar- que hace que soporte situaciones graves de explotación laboral, bien porque necesita el puesto de trabajo para aferrarse provisionalmente a su condición de legalidad, o porque simplemente carece de ella. El resto ya es aportación del empleador.

En consecuencia, el estatus de inferioridad legal y desprotección que asignan las instancias comunitarias al inmigrante ilegal, como herramienta de combate contra su presencia, es un factor clave que, sin duda, contribuye –incluso explica- a que estas situaciones abusivas se produzcan (Pomares Cintas, 2013: 98 ss., 101, 102; Terradillos Basoco, 2004: 1471, 1474 ss.; Díaz y García Conlledo, 2007: 414 ss.; Musacchio, 2010: 9; Dictámenes, 2002b; 2004; 2009) y que están derivando hacia formas análogas a la esclavitud (servidumbre, trabajos forzados): las víctimas de tales gravísimos abusos son predominantemente, en el territorio UE, inmigrantes. Hace unos años, el Consejo de Europa conectaba la condición migratoria con las situaciones de esclavitud en la UE⁸⁰, y actualmente ha ratificado esa relación (Resolución, 2013).

En última instancia, la explotación laboral (incluyendo formas similares a la esclavitud) que soporta el inmigrante, porque teme denunciar, queda fundida en las cifras de mercado, cotiza en las cifras del PIB que se vinculan globalmente a una economía sumergida que estructuralmente existe en los sectores en los que el inmigrante concurre. En un sistema neoliberal, los indicadores del PIB no son incompatibles con la productividad económica a ese coste humano, que, en este sentido, sí cotiza⁸¹.

Siendo la explotación la cara más previsible de la política migratoria de la UE, las instituciones comunitarias, al amparo de la potestad de controlar los flujos de migración, miran para otro lado, aun a riesgo de fomentarla (Dictamen, 2004). En otras palabras, “lanzan la piedra y esconden la mano”, no asumen la responsabilidad por contribuir a que estas graves situaciones tengan lugar en el territorio UE.

⁷⁹ En muchas ocasiones, el empleador somete a las mismas condiciones a los inmigrantes ilegales y legales. Véanse, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 216/2003, de 14 de mayo (*ToI 285580*) y la Sentencia del Tribunal Supremo 1311/2006, de 28 de noviembre (*ToI 1028203*).

⁸⁰ La Recomendación (2004) afirma que “quedan en Europa miles de personas bajo la esclavitud, tratadas como objetos, humilladas y víctimas de abusos (...). Los esclavos de hoy son en su mayoría mujeres que trabajan la mayoría de las veces en casas particulares, a las que llegan como criadas inmigradas”. Véase, en este ámbito, el Informe de la Fundación para la Convivencia *Aspacia* (2013), que denuncia las agresiones sexuales a mujeres inmigrantes en situación irregular que trabajan en el servicio doméstico en España. Refleja, asimismo, los obstáculos en la atención sanitaria y desprotección social de los inmigrantes ilegales a partir del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

⁸¹ En la UE, la economía sumergida supone entre el 7% y el 16% del PIB. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2004).

Cfr. http://economia.elpais.com/economia/2014/06/07/actualidad/1402168523_576633.html (revisado el 21 de septiembre de 2014). Es paradójico que se reproche este cómputo del PIB sólo cuando en él se incluye el ejercicio de la prostitución (Diario *El País*, 9-7-2014), resultando indiferente, en cambio, la cotización de la explotación laboral no sexual y las formas similares a la esclavitud laboral (no denunciadas), cuya magnitud es más elevada.

Antes bien, la estrategia va en otra dirección. Había que enmascarar los elevados costes humanos de la política inmigratoria común arbitrando medidas penales, esta vez, para responsabilizar del peligro de explotación del inmigrante a “otros” (personas individuales o grupos organizados): a los que colaboran en la operación migratoria ilegal, al empleador y al tratante de seres humanos (Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, 2008 y Programa de Estocolmo, 2010). Tres comportamientos que, siendo completamente diferentes, tienden a confundirse porque guardan un denominador común: son iniciativas que forman parte de una *política criminal* coordinada con la gestión eficaz (administrativa) de la inmigración (art. 79 TFUE). Veamos:

a) Con la misma fecha -28 de noviembre de 2002- el *Consejo* de la Unión Europea aprueba la Directiva 2002/90/CE, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y la Decisión marco 2002/946/JAI, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares. Se obliga a los Estados miembros a tipificar como delito, con penas desproporcionadas, cualquier colaboración de terceros en la entrada o desplazamiento ilegal del extranjero (incluso se permite castigar la ayuda humanitaria), o en su permanencia. Un tipo penal que gira *exclusivamente* en torno a la vulneración de la legislación sobre entrada/tránsito/estancia de extranjeros⁸².

b) La persecución penal de los que colaboran en la inmigración irregular empleando al extranjero se inspira en similares pautas. La Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, obliga a tipificar un delito separado del modelo penal general de explotación laboral (art. 9), sin pretender proteger más al inmigrante ilegal: recuérdese que la propia Directiva suprime garantías sociales, es decir, le desprotege como herramienta de lucha contra su presencia en el territorio⁸³.

c) Es especialmente llamativo que el delito de trata de seres humanos, aun siendo un proceso que instrumentaliza a la víctima (al margen de su nacionalidad) con finalidad de someterla a una grave situación de explotación⁸⁴, se enmarque expresamente en la política común dirigida a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios (art. 79.1 TFUE). Parece que la función tuitiva pasa a un segundo plano.

d) Si el condenado por alguno de los delitos señalados es extranjero no residente legal, se le obliga, como regla excepcional, a cumplir la pena de prisión, que no puede ser sustituida por la expulsión⁸⁵. Un criterio simbólico en la medida en que marca a aquellos a los que se atribuye la responsabilidad de la explotación del inmigrante en el territorio UE, equiparándolos, en este sentido, a los autóctonos que cometan esos delitos.

e) Esa estrategia común de mirar para otro lado es lo que explica también la instrumentalización posterior de las víctimas (inmigrantes ilegales) de delitos relacionados precisamente con su condición migratoria: se les premia con una autorización de residencia temporal, es decir, podrán quedar exentas de responsabilidad administrativa y no ser expulsadas, bajo la exigencia, con carácter

⁸² Véanse en el marco español, a propósito del Proyecto de reforma penal de 2013, Pomares Cintas y Pérez Alonso (2013: 871-880).

⁸³ El distinto tratamiento punitivo del art. 312.2. *in fine* del Código Penal es producto de esa política. Véase Pomares Cintas (2013: 93 ss.)

⁸⁴ Cfr. Decisión Marco (2002) sustituida por la Directiva (2011)

⁸⁵ Véase Art. 89. 7 Código Penal. Sólo falta incluir el delito de trata de seres humanos.

previo, de denunciar y colaborar de modo eficiente con las autoridades policiales y judiciales en la persecución del delito de que se trate. De nuevo, se arbitra una forma simbólica de designar a los únicos responsables de la situación sufrida por el inmigrante (Directiva, 2004b y Arts. 59 y 59bis LOEx.).

5. Conclusiones

La política de combate contra el inmigrante ilegal en el contexto de la Unión Europea encarna el odio institucionalizado a un colectivo indeterminado, heterogéneo y cambiante de seres humanos. La estrategia basada en el diseño *ad hoc* de espacios de exclusión-*inocuización*, que expulsa al inmigrante ilegal (o irregular) de la universalidad de los derechos humanos, fomenta una *cultura del odio* que no es disfuncional sino consustancial a ese formato político de gestión de la inmigración. La Europa de los Derechos no es más que un espejismo. Ha logrado consolidar un modelo de producción del derecho, también en el plano penal, bajo la estela del pragmatismo libre de garantías, ágil y flexible, en nombre de la suprema potestad estatal de control del perfil de entrada y permanencia de extranjeros en el territorio. Esa *cultura del odio* es lo que explica que las legislaciones de algunos Estados miembros etiqueten como delincuente al inmigrante sólo por su condición migratoria clandestina o ilegal, o el encarecimiento de los costes económicos y humanos del desplazamiento clandestino, o la conducta policial amenazadora y coactiva, disparando pelotas de goma y cartuchos de fogeo a aquellos –no infractores administrativos siquiera- que cruzan a nado una frontera virtual a las orillas del mar⁸⁶, o la instalación de afiladas cuchillas, o mallas anti-trepa⁸⁷, en las barreras fronterizas, sabiendo que lo seguirán intentando... Como inexplicable es la apreciación de que pertenecer a esta Europa es un premio honorífico⁸⁸.

Siento que este trabajo se aproxime al guión de un relato del *género de terror*, pero, lamentablemente, no es ficción: los monstruos sí existen, y los fantasmas (no-personas, y otras ficciones jurídicas) también.

Bibliografía

6.1 Libros y artículos doctrinales

- ACALE SÁNCHEZ, M^a. (2012), "Regulación penal de diversos aspectos de la extranjería", en: Boza Martínez, D., Donaire Villa, F.J. y Moya Malapeira, D. (Coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 561-596.
- ÁLVAREZ GARCÍA, J. y QUERALT JIMÉNEZ, A. (2009), "El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)", en García Roca, F.J. y Santolaya Machetti, P.

⁸⁶ Recuérdense los resultados mortales y lesivos en la playa de Tarajal, en la zona fronteriza de Ceuta, el 6 de febrero de 2014. El objetivo de los disparos con pelotas de goma y balas de fogeo era "hacer visible una barrera disuasoria". Diario *El País* (14-2-2014: 11). http://politica.elpais.com/politica/2014/03/14/actualidad/1394803666_007629.html (revisado el 21 de septiembre de 2014). Ahí se encuentra disponible el Informe completo sobre los muertos y heridos intentando cruzar a nado la frontera (ONG Caminando Fronteras).

⁸⁷ http://politica.elpais.com/politica/2014/03/05/actualidad/1394031832_258465.html (revisado el 21 de septiembre de 2014).

⁸⁸ Con ocasión de los numerosos desenlaces mortales en el naufragio en la costa de Lampedusa, el 3 de octubre de 2013, se concedió a los extranjeros muertos, a iniciativa del Ministro del Interior italiano y el Primer Ministro, la ciudadanía (italiana) como premio póstumo honorífico (no transmisible a los herederos), para el disfrute, también sobrenatural, de los derechos fundamentales del ciudadano. Diario *El País* (22-10-2013: 8).



- (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 163-257.
- ASENSI SABATER, J. (2004), *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BALIBAR, E. (2003), *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*, Tecnos, Madrid.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2007), *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2011), *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L. (1997), "Segregación sectorial de los inmigrantes en el mercado de trabajo en España", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 10, pp. 49-73.
- DAL LAGO, A. (2002), *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. 3ª ed., Interzone, Milano.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2009), *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada.
- DE GIORGI, A. (2000), *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*. Derive Approdi, Roma.
- DE GIORGI, A. (2002), *Il governo dell'eccedenza*. Ombre corte, Verona.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J. (2003), *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE LUCAS, J. (1993), "Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?", *Jueces para la Democracia*, núm. 18, pp. 35-43.
- DE LUCAS, J. (2000), "El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000", *Jueces para la Democracia*, núm. 38, pp. 3-11.
- DE LUCAS, J. (2003), *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*. Ed. Icaria, Barcelona.
- DE LUCAS, J. (2013), "Un problema jurídico y político, no de caridad (Sobre las políticas Europeas de inmigración y asilo, tras los naufragios de octubre en Lampedusa)", *Jueces para la Democracia*, núm. 78, pp. 5-12.
- DE PRADA SOLAESA, J.R. (2002), "A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos", *Jueces para la Democracia*, núm. 43, pp. 72-82.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.) (2007), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid.
- FALLADA GARCÍA-VALLE, J.R. (2010), "Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, pp. 1-35.
- GARCÍA ROCA, J., y DÍAZ CREGO, Mª. (2009), "Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 2008", en Aja Fernández, E. y otros (Eds.), *La Inmigración en España en 2008. Anuario de inmigración y políticas de inmigración*, Cindob, Badalona, pp. 256 ss.
- IGLESIAS SKULJ, A. (2011), *El cambio en el estatuto de la Ley penal y en los mecanismos de control: flujos migratorios y gubernamentalidad neoliberal*, Comares, Granada.
- IGLESIAS SKULJ, A. (2013), "Expulsión de extranjeros (art. 89 CP)", en Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L.M. (Dir.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 427-452.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, A. y LÓPEZ DE LERA, D. (2000), "La política de extranjería y el control de los flujos migratorios en España", *Economistas*, núm. 86, pp. 82-96.

- JAKOBS, G. (2000), "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", en Eser, A., Hassemer, W. y Burkhardt, B. (Dirs.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. C.H. Beck, München, pp. 47-56.
- JAKOBS, G. (2003), *Derecho penal del enemigo* (trad. de M. Cancio Meliá), Civitas, Madrid.
- JIMÉNEZ RUÍZ, J. L. (2014), *El orden jurídico multinivel entre los paradigmas de libertad y seguridad*, Cuadernos del Congreso de los Diputados, Madrid.
- LAURENZO COPELLO, P. (2004), "Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión", *Jueces para la Democracia*, núm. 50, pp. 30-35.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2009), "Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?", *InDret* 3, pp. 1-45.
- MESTRE, R. (1999), "¿Por qué las inmigrantes no trabajan? Breve crítica feminista al derecho de extranjería", *Jueces para la Democracia*, núm. 36, pp. 22-32.
- MONCLÚS, M. (2004), "La Europa fortaleza y los excluidos del proyecto constitucional", en Pedrol, X. y Pisarello, G. (Eds.), *La ilusión constitucional. Una crítica del proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa*, El Viejo Topo, Barcelona, pp. 105-122.
- MUSACCHIO, V. (2010), "Contratación ilegal y tutela penal de los trabajadores extranjeros: problemas y propuestas de reforma entre Italia y Europa", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, pp. 1-9.
- NAÏR, S. (2014), *El desengaño europeo*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.
- Observatorio del Sistema penal y los Derechos humanos. (2004) *Primer informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Catalunya*. Virus, Barcelona.
- PICO LORENZO, C. (2002), "Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y al arraigo", *Jueces para la Democracia*, núm. 43, pp. 62-71.
- POMARES CINTAS, E. (2005), "La inmigración laboral del extranjero en el Derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 86, pp. 31-63.
- POMARES CINTAS, E. (2006), "Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal". *Revista General de Derecho Penal*, núm. 5, pp. 1-28.
- POMARES CINTAS, E. (2011), "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, pp. 1-31.
- POMARES CINTAS, E. (2013), *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- POMARES CINTAS, E. y PÉREZ ALONSO, E. (2013), "Inmigración clandestina", en Álvarez García, J. (Dir.) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 871-880.
- PORTES, A. (2012), *Sociología económica de las migraciones internacionales*, Anthropos, Barcelona.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2001), "Inclusión de un nuevo Título XV bis en el Código Penal", en Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C. (Dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*. Comares, Granada, pp. 1000-1012.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2004), "El Derecho penal y procesal del "enemigo". Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos", en López Barja de Quiroga, J. y Zugaldía Espinar, J. M. (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, T.I. Marcial Pons, Madrid, pp. 693-720.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2007), *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- PORTILLA CONTRERAS, G. (2012a), "Artículo 6. Derecho a la libertad y a la seguridad", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, pp. 109-132.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2012b), *El Derecho Penal de la Libertad y Seguridad (de los derechos)*, Iustel, Madrid.
- PORTILLA CONTRERAS, G. y POMARES CINTAS, E. (2010), "Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)", en Álvarez García, F.J. y González Cussac, J.L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 355-366.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2012), "El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, pp. 1-42.
- ROJO TORRECILLA, E. (2002), "Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas", *Jueces para la Democracia*, núm. 44, pp. 54-66.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R. (1993), "Barajas: el forastero ante el "sheriff"", *Jueces para la Democracia*, núm. 18, pp. 18-21.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R. (2002), "La inseguridad, lema de campaña electoral", *Jueces para la Democracia*, núm. 45, pp. 3-8.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (2008), "Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros", en García Valdés, C., Valle Mariscal de Gante, M., Cuerda Riezu, A., Martínez Escamilla, M., y Alcácer Guirao, R. (Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II, Edisofer, Madrid, pp. 1559-1578.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (2013-2014), "Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, pp. 75-94.
- SILVEIRA GORSKI, H. C. (2002), "Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho", *Mientras tanto*, núm. 83, pp. 93-102.
- SILVEIRA GORSKI, H. C. (2003), "Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía", en Bergalli, R. (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 539-576.
- SILVEIRA GORSKI, H.C. (2011), "Estados expulsores y semipersonas en la Unión Europea", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 1, pp. 1-21.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2002), "Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera", en Lorenzo Copello, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 375-400.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2004), "Sistema penal e inmigración", en Pérez Álvarez, F. (Ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Universidad de Salamanca, pp. 1463-1484.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2008), "Las políticas penales europeas de inmigración", en Puente Aba, L. M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, pp. 195-224.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2011), "El Derecho Penal como estrategia de exclusión: La respuesta punitiva a la inmigración", en Núñez Paz, M. A. (Coord.), *Un Derecho Penal comprometido, Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Tirant lo blanch, Valencia, pp. 1113-1137.
- WACQUANT, L. (2002), *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e política penale*. Ombre corte, Verona.

6.2 Documentos de organizaciones internacionales

- ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LAS PRESIONES MIGRATORIAS- una respuesta estratégica- (2012), de 23 de abril <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%208714%202012%20REV%201>
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN (2001), COM (2001) 672 final, de 15 de noviembre de 2001, al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0672:FIN:EN:PDF>
- DECISIÓN (2004), 2004/573/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004D0573&qid=1411296524856&from=EN>
- DECISIÓN MARCO (2002), 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0946&from=ES>
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2002a), de 25 de abril, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal” [COM (2001) 672 final]. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002AE0527&from=ES>
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2002b), de 18 de septiembre, sobre el “Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales” [COM (2002) 175 final]. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002AE1019&from=ES>
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2002c), de 11 de diciembre, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales” [COM (2002) 564 final]. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002AE1362&from=ES>
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2004), de 15 de diciembre, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” [COM (2004) 412 final]. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004AE1642&from=ES>
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2009), de 4 de noviembre, sobre “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración” (SOC/335 - CESE 1710/2009). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AE1057&from=ES>
- DIRECTIVA (2002), 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, <https://www.boe.es/doue/2002/328/L00017-00018.pdf>
- DIRECTIVA (2004a), 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, <https://www.boe.es/doue/2004/158/L00077-00123.pdf>
- DIRECTIVA (2004b), 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción



- de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes.
<https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>
- DIRECTIVA (2008), 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular <https://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>
- DIRECTIVA (2009a), 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.
<https://www.boe.es/doue/2009/155/L00017-00029.pdf>
- DIRECTIVA (2009b), 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0052&from=ES>
- DIRECTIVA (2011), 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>
- RECOMENDACIÓN (2004), 1663 (2004) del Consejo de Europa, de 22 de junio, sobre esclavitud doméstica.
<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta04/EREC1663.htm>
- RESOLUCIÓN (2007), [2006/2250(INI)], del Parlamento Europeo, de 26 de septiembre de 2007, sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración clandestina de los nacionales de terceros países,
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0415+0+DOC+XML+V0//ES>
- RESOLUCIÓN (2013), 1922 (2013,) del Consejo de Europa, de 25 enero, relativa a la trata de inmigrantes con el fin de someterlos a trabajos forzados,
<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19480&lang=en>
- PACTO EUROPEO SOBRE INMIGRACIÓN Y ASILO (2008)
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2013440%202008%20NIT>
- PROGRAMA DE ESTOCOLMO (2010), (2010/C 115/01, DOUE 4.5.2010), una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, del Consejo Europeo,
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)&from=ES)
- PROGRAMA DE LA HAYA (2004-2009), Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia,
http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/l16002_es.htm
- PROPUESTA (2002), 2002/C142/02, de Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la UE,
[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XG0614\(02\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XG0614(02)&from=ES)

6.3 Sentencias de tribunales de justicia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2002), STC 53/2002, de 27 de febrero,
<http://www.tribunalconstitucional.es/ES/JURISPRUDENCIA/Paginas/Sentencia.aspx?cod=14059>

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), *STC 17/2013*, de 31 de enero, <http://www.tribunalconstitucional.es/ES/JURISPRUDENCIA/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20742>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1995), *Caso Quinn contra Francia*, de 22 de febrero de 1995, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of quinn v. france"\],"sort":\["kpdata Ascending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-57921"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1996), *Caso Amuur contra Francia*, de 25 de junio 1996, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of amuur v. france"\],"sort":\["kpdata Ascending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-57988"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Caso Siliadin contra Francia*, de 27 de julio de 2005, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of siliadin v. france"\],"sort":\["kpdata Ascending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-69891"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS Humanos (2006), *Caso Saadi contra Reino*, de 11 de julio 2006, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of saadi v. the united kingdom"\],"sort":\["kpdata Ascending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-76303"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Caso Riad e Idiab contra Bélgica*, de 24 de enero de 2008, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of idiab v. belgium"\],"sort":\["kpdata Ascending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-108395"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2008b), *Caso Saadi contra Reino*, Unido de 29 de enero 2008, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of saadi v. the unitedkingdom"\],"sort":\["kpdata Ascending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-119128"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2008c), *Caso Rusu contra Austria*, de 2 de octubre de 2008, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of rusu v. austria"\],"sort":\["kpdata Ascending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-88669"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- TRIBUNAL DEL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2011a), Sentencia de 28 de abril de 2011, Sala Primera, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIdx=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=15253>
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2011b), Sentencia de 6 de diciembre de 2012, Gran Sala, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115941&pageIdx=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=15421>
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2012), Sentencia de 6 de diciembre de 2012, Sala Primera, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153671&pageIdx=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=15421>
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (2002), *Sentencia 634/2002*, de 30 de septiembre, <http://app.vlex.com/#vid/17957356>
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (2005), *Sentencia 2051/2005*, de 21de noviembre.



<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=AN&reference=1065117&links=&optimize=20060105&publicinterface=true>
 TRIBUNAL SUPREMO (2014), STS 916/2014, Secc. 3ª, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 11 de marzo de 2014
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6999730&links=&optimize=20140324&publicinterface=true>

6.4 Otros documentos

- BALANCE MIGRATORIO FRONTERA SUR (2012)
http://www.apdha.org/media/Balance_Migratorio_2012.pdf
- DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA SUR (2013),
http://www.apdha.org/media/fronterasur_2013_web.pdf
- INFORME ACCEM (2006), *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, Susaj, G., Nikopoulou, K. Y Giménez-Salinas Framis A. (Coords),
http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf_publicaciones/trata.pdf
- INFORME DE LA FUNDACIÓN PARA LA CONVIVENCIA ASPACIA (2013), *Violadas y expulsadas: mujeres víctimas de violencia sexual en situación administrativa irregular*, NAREDO MOLERO, M., (investigadora principal),
<http://violadasyexpulsadas.org/img/informe.pdf>
- INFORME DEL CENTRO DE POLÍTICA DE INMIGRACIÓN (2014a), *¿Lo que escuchamos sobre inmigración es realmente verdad? Rebatir ocho estereotipos*.
<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/31731>
- INFORME (2014b), *la vida en la frontera: internamiento y expulsiones*,
http://cerremosloscies.files.wordpress.com/2011/12/frontera_sur_internamiento.pdf
- INFORME JURÍDICO (2011), *Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley*, promovido desde el Proyecto I+D+I *Iusmigrante* (DER 2011-26449)
<http://www.sancarlosborromeo.org/docs/EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE%202014.pdf>
- MANIFIESTO DE LA RED MIGREUROP (2014), *“Para una solución europea al drama de las fronteras de Ceuta y Melilla. 4 medidas urgentes y realizables”*,
<https://docs.google.com/file/d/0B8Ebh0CxdjX1VSMlp3UEpWREk/edit>
- SEGUNDO INFORME SOBRE MIGRACIÓN INTERNACIONAL EN LAS AMÉRICAS (2012), Organización de Estados Americanos, *SICREMI 2012*,
http://www.migracionoea.org/sicremi/documentos/sicremi_2012_english_report.pdf



Calidad de la democracia

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

andrea.greppi@uc3m.es

Resumen

Diversos factores explican la creciente atención por el análisis de la calidad democrática. La formulación de índices objetivos de calidad sería la base para el desarrollo de estudios comparativos y proyectos de reforma institucional. El texto pasa revista a algunos de las tentativas de mayor prestigio en este campo, así como a algunas de los principales obstáculos de orden metodológico a los que tienen que hacer frente.

Palabras clave

Calidad de la democracia – Índices de calidad democrática – Rendimiento de los sistemas políticos – Democratic assessment

Quality of democracy

Abstract

Many key elements explain the increasing attention paid to democratic assessment surveys. The construction of objective quality indicators is deemed to be the basis for the development of comparative studies and institutional reform projects. This contribution illustrates some of the most prominent experiences in the field, and the major methodological challenges they are dealing with.

Keywords

Quality of democracy – Democratization index – Political systems' performance – Democratic assessment

1. Grados de democracia y zonas grises

La noción de *calidad democrática* alude, genéricamente, al conjunto de cualidades que hacen “buena” o “mala” una democracia, o también, de otra forma, a los rasgos que empleamos para distinguir entre ciertos sistemas políticos que consideramos “más” democráticos y otros que nos lo parecen “menos”.

De esta caracterización inicial, por obvia que parezca, se infieren algunas implicaciones que no son del todo descontadas, ni pacíficas. En concreto, para empezar, que la “democraticidad” de un sistema político es una cualidad gradual, que varía en función de que se cumplan, en mayor o menor medida, un conjunto de condiciones. Entre la democracia óptima y la peor de todas, puede darse un amplio abanico de situaciones intermedias. Pero esta gradualidad no significa que entre los distintos regímenes no puedan establecerse distinciones relevantes. Por grandes que sean sus defectos desde el punto de vista de la calidad, seguirá habiendo todavía una diferencia significativa entre la peor de las democracias y la mejor de las autocracias. En este sentido, la noción intuitiva de calidad democrática supone la existencia de un umbral de acceso, asumido implícitamente, que delimita la categoría de los regímenes respecto de los cuales la calidad democrática puede ser predicada. Más allá del umbral entramos en una categoría distinta, en la que teóricamente podremos encontrar regímenes llenos de virtudes, que superen en algunos de sus indicadores de calidad a las propias democracias, pero que *en conjunto* no merecen ser clasificados como “regímenes democráticos”. Por supuesto, la determinación del umbral es problemática y dependerá, básicamente, del concepto de democracia que suscribamos.

La búsqueda de la calidad democrática, más allá de la conquista de los mínimos requisitos formales de la democracia electoral, ha despertado en las últimas décadas una atención creciente en amplios sectores de la opinión pública. Es también un tema recurrente entre los expertos, especialmente entre los más sensibles a las carencias de las democracias existentes y a las señales de desgaste que aparecen en ellas¹. De lo que no hay duda, en todo caso, es de la utilidad práctica de este tipo de esfuerzos. La determinación de un conjunto de índices objetivos, mediante los que se describan las cualidades relevantes para el buen desempeño institucional, es un paso indispensable para marcar criterios y formular proyectos de reforma institucional.

La cuestión es particularmente acuciante cuando se repara en los inciertos resultados de las últimas experiencias de transición democrática, las que se han producido tras el final de la tercera ola de democratización². Son muchos los lugares del planeta en los que la democracia parecía haber triunfado y en los que, sin embargo, la situación política no acabó de homologarse a los estándares de calidad de las democracias consolidadas. Desde hace tiempo ya viene hablándose de estancamiento en los procesos de democratización, es decir, en la perspectiva que aquí nos interesa, de un defecto de calidad que se ha vuelto endémico. Así, por ejemplo, en los países periféricos de la órbita soviética o los países más inestables de África o de Oriente Medio. Esto ha llevado a reconsiderar los anteriores análisis sobre las precondiciones —económicas, sociales, culturales— sobre las que reposa la dimensión puramente institucional de la democracia, que tienen en realidad una incidencia mucho mayor de la prevista en los años afortunados de la acelerada transición democrática (Beetham, 2005: cap. 4).

¹ Véase, por ejemplo, Robles Egea y Vargas-Machuca (2012).

² Cfr. Huntington (1991); sobre la dificultad de acotar los límites temporales de ese proceso, véanse las tempranas observaciones de Diamond (1996); cfr. también Carothers (2002).

La observación de estas tendencias en el largo plazo avala una tesis que, por lo demás, ha llegado a ser ya de dominio público: tras el colapso de la alternativa soviética, *nuestra* democracia, que es liberal y representativa, ya no tiene enemigos. Todos los demás modelos políticos se han visto desbancados y hasta los gobernantes más alérgicos a adoptar sinceros compromisos democráticos se ven forzados a reconocer la “superioridad” del modelo político y social que es propio de las sociedades occidentales avanzadas. El único frente de discusión que quedaría abierto es el de la calidad, el de los niveles de exigencia a los que deberían ajustarse las democracias actuales. Y el de los instrumentos más adecuados para alcanzarlos. A todo ello se añade el interés, igualmente creciente, por la necesaria democratización de las múltiples instancias de gobierno supra-nacionales e infra-nacionales que han ido formándose en un mundo intensamente globalizado, en el que las relaciones económicas y, en general, los flujos de comunicación desbordan sistemáticamente los límites territoriales en los que se ejercía la soberanía democrática. Vuelve a suscitarse en este plano, y con fuerza redoblada, la exigencia de la calidad.

Sin entretenernos en valoraciones sobre las causas que han determinado esta evolución, se diría que, en esta última fase histórica, nos enfrentamos a una extraordinaria proliferación de *regímenes híbridos*, situados en la difusa *zona gris* que se extiende entre el terreno de la democracia propiamente dicha y el terreno de la autocracia. Sintéticamente, las describiríamos como situaciones en las que hay elecciones pero no hay “democracia” (Diamond, 2002). La prueba de que nadie está a salvo de esta tendencia a la pérdida de intensidad de las prácticas democráticas está en la significativa erosión de los niveles de confianza institucional que viene detectándose en los últimos tiempos, no sólo en las democracias emergentes sino también en las democracias consolidadas, y no sólo en ámbito nacional, sino también supranacional y transnacional. Podría pensarse —los estudios empíricos sobre este asunto son complejos y su tratamiento nos llevaría demasiado lejos— que los ciudadanos empiezan a percibir la pérdida de calidad democrática como una tendencia constante, independiente de la alternancia de los gobiernos y el ir y venir de los ciclos económicos. Por eso, en esta fase, el esfuerzo por la identificación de buenas prácticas debería tomar el relevo de las anteriores políticas de profundización democrática, basadas en ineficaces y obsoletas estrategias de intervención social.

2. Presupuestos conceptuales

Como ya se ha adelantado, la identificación de una noción clara y operativa de qué ha de entenderse por calidad democrática no está libre de dificultades. Sin entrar en los pormenores de la investigación empírica, no está de más aproximarse a ellas, mostrando las virtudes y los límites de una noción, la de calidad democrática, que en todo caso resulta intuitivamente atractiva.

Un primer grupo de dificultades tiene que ver con el hecho de que la noción de calidad democrática sólo se aplica, diríamos que por definición, a los sistemas democráticos, esto es, a aquellos que consiguen superar un umbral mínimo, conforme al cual de ellos pueda predicarse la cualidad de ser regímenes democráticos. Dicho de otra forma, la noción de calidad presupone un umbral excluyente, y esto abre la puerta a toda clase de debates. ¿A partir de qué nivel de “democraticidad” puede empezar a hablarse de calidad *democrática*? ¿Puede un régimen que incumple parcialmente los mínimos —por ejemplo en materia de reconocimiento de derechos políticos: considérese, por ejemplo, el caso de los ciudadanos de color o las mujeres en una democracia tan antigua y respetable como



la de los USA— ser evaluado por sus avances en otros apartados de los que se consideran relevantes con respecto a la calidad democrática?

Generalmente, se entiende que este umbral mínimo al que venimos aludiendo es el umbral electoral. A partir del mínimo el listón puede elevarse ulteriormente, pero eso no significa que el mínimo incluya ciertas exigencias. Cuando menos, supone el cumplimiento de los siguientes requisitos: (1) el reconocimiento del sufragio universal para los ciudadanos mayores de edad, (2) la presencia de elecciones periódicas, libres, competitivas y justas, (3) la presencia de más de una opción política mínimamente fiable, y (4) la existencia de fuentes alternativas de información (Diamond y Morlino, 2005: x-xi). Cabe observar que la opción normativa que respalda estas exigencias mínimas de democraticidad, condiciona también —o no es independiente de— la elección de otros criterios ulteriores que se utilizarán para establecer comparaciones y afirmar que una democracia es mejor o peor que otras. Es obvio que la clasificación de las democracias buenas y malas no será la misma si tomamos como referencia una noción procedimental de la misma, como la que utilizan los autores que se sitúan en la tradición elitista, o si, por el contrario, nos decantamos por una noción pluralista o una participativa. Obsérvese además que los mismos elementos que podrían hacer “buena” a una democracia —por ejemplo, la frecuencia de las consultas electorales o el número de partidos— desde un punto de vista distinto pueden ser ignorados o incluso considerados factores perjudiciales para el mejor “rendimiento” del sistema político (Roller, 2005).

La segunda dificultad para determinar los criterios de calidad democrática está relacionada con la variedad de sus formas institucionales. Si la configuración institucional de las distintas democracias no es siempre la misma y, por el contrario, depende de tradiciones y especificidades regionales, ¿cómo comparar cosas parcialmente distintas? (Si se me permite recurrir a un ejemplo banal: sabemos que no es lícito comparar peras con manzanas; pero, ¿acaso es más fácil comparar manzanas reinetas con manzanas verdes?) Puede mencionarse al respecto la clásica distinción entre democracias mayoritarias y democracias consensuales (Lipjhart, 1999) que conduce inmediatamente a la pregunta acerca de cuál de estos dos grandes modelos habrá de ser considerado más o menos democrático. La cuestión no se resuelve fácilmente. La comparación entre sistemas que tienen estructuras constitucionales tan diferentes dependerá de tal cantidad de factores que la determinación de un patrón general de democraticidad termina por volverse irrelevante. Y el problema es que no existen solamente tipos puros entre los que establecer comparaciones —y, en el límite, entre los que escoger el “mejor” de todas las posibles variantes institucionales—, sino que la fenomenología de los diseños institucionales incluye un amplio abanico de soluciones intermedias, como pueden ser, utilizando la terminología de Morlino (2003: 40), las democracias plebiscitarias, fuerte o débilmente mayoritarias, proporcionales, conflictuales, etc.

Pero además, y en tercer lugar, la discriminación entre democracias mejores y peores depende de la propia noción calidad. Los parámetros de calidad cambian dependiendo de que se tome como referencia, como es habitual en los estudios de mercado, (1) la *dimensión procedimental*, relativa al control sobre el procedimiento de formación de las decisiones; (2) la *dimensión sustantiva*, relativa al hecho de que el resultado de esas decisiones coincida efectivamente con los principios y valores fijados de antemano y a los que responde el proceso mismo; y finalmente (3) la *dimensión de la satisfacción*, es decir, de la percepción subjetiva del destinatario (Morlino, 2003: 226-7). De nuevo, lo que se considera “bueno” desde una de estas perspectivas no tiene por qué coincidir con lo que es bueno desde la otra.

Difícilmente una democracia podrá ser considerada “buena” bajo todos estos puntos de vista a la vez.

3. La medida de la calidad

A pesar de estas dificultades, que quizá puedan llegar a resolverse con las debidas estipulaciones de carácter conceptual, y con las consiguientes justificaciones en el plano normativo y pragmático, existe un amplio abanico de iniciativas académicas y también gubernamentales con las que se pretende evaluar el desempeño real de nuestras democracias, analizándolo en términos de calidad. Paso a reseñar algunas de ellas. Por lo general, los resultados de estas iniciativas son controvertidos, pero también existe un amplio consenso sobre la conveniencia de perseverar en la recogida y elaboración de datos, así como en la búsqueda de modelos analíticos que puedan captar analíticamente las diferencias significativas (Munck y Verkuilen, 2002: 27 y ss.; Hadenius y Teorell, 2005; Coppedge, et al., 2011).

El modelo más simple de medición, pero también uno de los más importantes desde el punto de vista de la difusión y la perseverancia del proyecto es el utilizado en el sondeo anual que, desde los años 70, realiza una organización no-gubernamental estadounidense, denominada *Freedom House* (la serie de estos informes y la metodología empleada puede consultarse online en www.freedomhouse.org). El *Freedom in the World Survey* se compone básicamente de dos grandes bloques, uno relativo a los *derechos políticos* y otro a las *libertades civiles*. La distinción entre estos dos conjuntos de factores responde a la tesis, generalmente admitida, según la cual se entiende que las libertades son condición indispensable para el ejercicio de los derechos políticos. Sumando la calificación obtenida en cada una de estas dos facetas de la libertad —la positiva y la negativa, en la terminología al uso— el resultado debería proporcionar la medida total de la “calidad democrática”, la foto fija del estado de salud de los sistemas políticos que son objeto de comparación. Sobre la base de un protocolo homogéneo, refinado a lo largo de los años, a continuación los distintos países son clasificados distinguiendo entre sociedades *libres*, *parcialmente libres* y *no libres*. Finalmente, la medida de la libertad se cruza con la distinción entre regímenes en los que se desarrollan procesos electorales suficientemente limpios y regulares, y regímenes en los que eso no sucede. Aparecerán entonces casos, supuestamente marginales, de libertad sin democracia, y viceversa, de democracia sin libertad.

Con respecto al elenco de materias, el estudio de Freedom House es exhaustivo y no puede decirse que depare sorpresas. El cuestionario se refiere, en lo que respecta a los derechos políticos, a la regularidad de las elecciones, la representatividad de las instituciones, la competitividad del sistema político, la efectividad y responsabilidad de los gobiernos; y por lo que se refiere a las libertades civiles, la libertad de conciencia y expresión, la libertad de asociación, la efectividad de las garantías individuales, la igualdad de trato y de género, la independencia de los tribunales, la ausencia de corrupción, etc. Sin embargo, no se puede pasar por alto que la fiabilidad de este tipo de análisis depende de que los indicadores utilizados consigan ser sensibles a las peculiaridades de los casos de estudio, y de que sean también, al mismo tiempo, lo suficientemente genéricos como para establecer comparaciones significativas entre casos diferentes. Y aquí la serie histórica del *Freedom in the World* no acaba de despejar todas las sospechas que a primera vista suscita.

Consideraciones análogas pueden valer para el más reciente, más complejo y más específico, *Bertelsmann Stiftung's Transformation Index* (BTI), con el que se



pretende «analizar y evaluar si y cómo los países en vías de desarrollo y los países en transición están orientando el cambio social hacia la democracia y la economía de mercado» (puede consultarse online en <http://www.bti-project.org>). El sesgo normativo es, en este caso, explícito y supone —independientemente de cualquier consideración normativa al respecto— que democracia y economía de mercado caminen siempre en una misma dirección y sean, por tanto, *en cualquier circunstancia y entorno*, siempre compatibles.

Un tercer ejemplo es el método de *democratic audit* propuesto por IDEA, una organización intergubernamental con sede en Estocolmo, que toma como referencia el grado de realización una serie de “principios” muy generales, que se consideran centrales para la democracia. En este caso, son los principios de *control popular* y de *igualdad entre los ciudadanos*. Los principios se “encarnan” en instituciones y éstas, a su vez, pueden ser a su vez evaluadas sobre la base de una serie de “valores mediadores”, derivados igualmente de los principios. Se trata, en concreto, de los valores de *participación*, *delegación de autoridad*, *representación*, *rendición de cuentas*, *transparencia*, *capacidad de respuesta* y *solidaridad*. El proceso evaluador, como es natural con este enfoque, de carácter predominantemente cualitativo, queda confiado a un grupo de expertos³.

Existen otros modelos de análisis más sofisticados desde el punto de vista teórico, en los que se intenta desagregar analíticamente los contenidos de la democracia con el propósito de ajustar el abanico de indicadores, cuantitativos y cualitativos. La propuesta de Morlino y Diamond (2005: xii), por ejemplo, toma como referencia ocho dimensiones de calidad. Las cinco primeras son procedimentales y se refieren, principalmente a “reglas” y “prácticas”: respeto del *rule of law*, participación, competición y *accountability*, en su doble dimensión vertical y horizontal. Las dos siguientes dimensiones son sustantivas: respeto por las libertades civiles y políticas y «progresiva implementación de una mayor igualdad política (y, sosteniéndola, una mayor igualdad social y económica)». Por último, aparece la dimensión de la *responsiveness*, que establece un nexo entre las dimensiones procedimentales y las sustantivas, ya que permite medir el grado en que «las políticas públicas (incluyendo las leyes, las instituciones y los niveles de gasto) se corresponden con las demandas y preferencias de los ciudadanos, agregadas a través del proceso político». En este planteamiento, como subraya el propio Morlino (2003: 229 y ss.), las diferentes dimensiones de calidad están estrechamente relacionadas. Es evidente que las garantías procedimentales del *rule of law* son condición indispensable para el funcionamiento de los mecanismos de *accountability*; que la *accountability*, a su vez, se refiere a un conjunto de instrumentos institucionales que aseguran la *responsividad*; y que si estas dimensiones de calidad no se orientan a una efectiva protección de las libertades y de unos mínimos de igualdad material es altamente improbable que el sistema en su conjunto consiga alcanzar la imprescindible estabilidad, sin la cual, la calidad democrática, más pronto que tarde, se desvanece.

El marco analítico de la calidad puede ampliarse aún con ulteriores especificaciones. Bühlmann, et al. (2008) sostienen que es necesario situar estos parámetros de calidad en un marco de análisis más amplio, que tenga en cuenta el *entorno* en que se enmarca el funcionamiento de los sistemas democráticos y hablan, al respecto, de “internal” y “external embeddedness”⁴. Esta exigencia es fácilmente compatible en la medida en que resulta difícil hacer una evaluación

³ Véase al respecto Beetham, et al. (2002); más información en <http://www.idea.int>; para el caso español, véase la serie de los *Informes sobre la democracia en España*, realizados por la *Fundación Alternativas*

⁴ Cfr. también Merkel (2004).

sobre el funcionamiento de un sistema político sin tener en cuenta los factores contextuales que determinan su funcionamiento. Entre ellos, los autores citados mencionan el efectivo poder de gobierno, la presencia de una sociedad civil diversificada y movilizadora, las condiciones sociales y económicas y el entorno internacional.

Sin embargo, es evidente que la elaboración de parámetros más extensos, probablemente acaba multiplicando los problemas conceptuales que mencionábamos al comienzo de este apartado. El más evidente de todos ellos, especialmente en el caso del *Freedom Survey*, es el de la agregación de los resultados, incluso cuando los datos de base han sido correctamente elaborados. En efecto, no se comprende de qué forma la mera suma de los distintos aspectos del sistema político —en el caso central, la valoración sobre el grado de respeto a las dos libertades— puede ofrecer una imagen mínimamente fidedigna de un gran número de situaciones fronterizas en que la relación entre democracia y libertad no es de simple coimplicación, de tal forma que donde se da la libertad hay necesariamente democracia y donde falta la primera no puede haber rastro de la segunda. Sin poner en duda el valor *relativo* de estas series estadísticas, a partir de las cuales en algunas ocasiones se pueden identificar tendencias significativas, parece claro que la valoración de conjunto sobre la “democraticidad” de un sistema político deberá considerar la importancia relativa de cada uno de estos factores, considerando incluso la posibilidad de que el peso no sea siempre el mismo en distintos lugares o a lo largo del tiempo.

Por otra parte, no es del todo improbable que, incluso en los experimentos más amplios y sofisticados⁵, la multiplicación de los parámetros trae como consecuencia que aumenten los problemas de duplicación y convergencia a los que antes aludíamos. La sofisticación metodológica no es inmune a cierta sospecha de irrelevancia práctica. En última instancia, por si estos recelos no bastaran, cabría argumentar que un modelo de medición en el que se acabe superponiendo la calidad de la democracia una medida *global* de la justicia de un sistema político no es ni interesante, ni particularmente clarificador⁶.

4. Democraticidad y cultura de la legalidad

La relación entre calidad democrática y cultura puede enfocarse desde dos puntos de vista diferentes y, sin embargo, complementarios.

Desde un primer punto de vista, las instituciones sobre las que reposa la cultura de la legalidad, y que se resumen de forma típica en los principios de *rule of law*, constituyen factores esenciales de calidad democrática. Sin *rule of law* se obstruyen los canales de legitimación ascendente del poder político. El estándar de calidad democrática alude, en opinión de Morlino, a una noción extensa de *rule of law*, en la que se plasman los clásicos principios de la moral interna del Derecho. Entre estas dimensiones, indicativamente, Morlino menciona la aplicación *erga omnes* del sistema legal, la ausencia de áreas dominadas por organizaciones criminales, la ausencia de corrupción pública, la existencia de un aparato burocrático eficiente y responsable, de fuerzas del orden eficientes y sometidas al respeto de la legalidad, el acceso de los ciudadanos a la justicia en condiciones de igualdad, la duración razonable del proceso penal, la garantía de la independencia judicial⁷.

⁵ Véase el extenso proyecto descrito en Coppedge, Gerring y Lindberg (2012).

⁶ Cfr. Plattner (2005).

⁷ Véanse también O'Donnell (2005) y Maravall y Przeworski (2003).



En cambio, y ahora desde la perspectiva contraria, es previsible que la calidad de la democracia sea un factor de refuerzo, que reafirma la creencia en el valor de las leyes. Que la legalidad sea (o sea percibida como) una legalidad democrática, porque emana de un procedimiento que satisface los exigentes criterios de un buen procedimiento, y porque su contenido coincide con los valores de igualdad y libertad que caracterizan a una sociedad democrática, es sin duda un factor clave para sostener la confianza y la estabilidad del sistema político. Todo ello es previsible que se traduzca, en último término, en la formación de esos hábitos y disposiciones, así como en estados de opinión favorables a los ideales de la cultura de la legalidad.

Bibliografía

- BEETHAM, D. (2002), *International IDEA handbook on democracy assessment*. The Hague, Kluwer, London.
- BEETHAM, D. (2005), *Democracy. A beginner's guide*, OneWorld, Oxford.
- BÜHLMANN, M.; MERKEL, W.; WEßELS, B. y MÜLLER, L. (2008), *The quality of democracy. Democracy Barometer for Established Democracies*. Working Paper. National Centre of Competence in Research Democracy of the Swiss National Science Foundation, Zurich [disponible en <http://www.nccr-democracy.uzh.ch/publications/workingpaper/pdf/WP10.pdf>].
- CAROTHERS, T. (2002), "The end of the Transition Paradigm", *Journal of Democracy*, Vol. 13, Núm. 1, pp. 5-21.
- COPPEDGE, M. y GERRING, J., et al. (2011), "Conceptualizing and Measuring Democracy: A New Approach", en *Perspectives on Politics*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 247-267.
- COPPEDGE, M., GERRING, J. y LINDBERG, S. (2012), "Variedades de democracia (V-dem): un enfoque histórico, multidimensional y desagregado", *Revista Española de Ciencia Política*, Núm. 30, pp. 97-109.
- DIAMOND, L. (1996), "Is the Third Way Over?", *Journal of Democracy*, Vol. 7, Núm. 3, pp. 20-37.
- DIAMOND, L. (2002), "Thinking about hybrid regimes", *Journal of Democracy*, Vol. 13, Núm. 2, pp. 21-35.
- DIAMOND, L. y MORLINO, L. (2005), *Assessing the quality of democracy*, Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- HADENIUS, A. y TEORELL, J. (2005), *Assessing Alternative Indices of Democracy*. IPSA, Committee on Concepts and Methods, Working papers, No. 6 [disponible en <http://www.concepts-methods.org/Files/WorkingPaper/PC%206%20Hadenius%20Teorell.pdf>, consultado el 18/2/2012].
- HUNTINGTON, S. (1991), *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma University Press, London.
- LIJPHART, A. (1999), *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven.
- MARAVALL, J. y PRZEWORSKI, A. (2003), *Democracy and the rule of law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MERKEL, W. (2004), "Embedded and defective democracies", *Democratization*, Vol. 11, Núm. 5, pp. 33-58.
- MORLINO, L. (2003), *Democrazia e democratizzazioni*, Il Mulino, Bologna.
- MUNCK, G.L. y VERKUILEN, J. (2002), "Conceptualizing and Measuring Democracy", *Comparative Political Studies*, Vol. 35, Núm. 1, pp. 5-34.
- O'DONNELL, G. (2005), "Why the rule of law matters". En: Diamond, L. y Morlino L., *Assessing the quality of democracy*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, pp. 3-17.

- PLATTNER, M. (2005), "A skeptical perspective". En: Diamond, L. y Morlino, L., *Assessing the quality of democracy*. Baltimore, Johns Hopkins University Press, pp. 77-95.
- ROBLES EGEA, A. y VARGAS-MACHUCA, R. (2012), *La buena democracia. Claves de su calidad*, Universidad de Granada, Granada.
- ROLLER, E. (2005), *The Performance of Democracies*, Oxford University Press, Oxford.





Gobernanza *

Rainer Nickel

Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main
nickel@jur.uni-frankfurt.de

Resumen

Gobernanza es un término puente. Conecta una perspectiva proveniente de la ciencia política –gobernanza entendida como una teoría avanzada del gobierno y la regulación- y una proveniente de la ciencia jurídica –gobernanza por y a través de estructuras de regulación-. Representa un cambio estructural en el ejercicio del poder público, no en el sentido de un debilitamiento, sino en el sentido de un cambio de forma. De esta manera, la gobernanza amplía el espectro de las estructuras de regulación sin reemplazar las formas tradicionales de gobierno. Es una técnica complementaria que existe de manera paralela a las técnicas verticales (*top-down*) tradicionales de administración y regulación. El giro hacia la gobernanza, tanto en el derecho como en la ciencia política, plantea serios problemas como las tendencias a la desformalización del derecho, la creciente despolitización de las estructuras creadoras de derecho y la privatización de la regulación que pone en peligro la implementación de objetivos públicos.

184

Palabras clave

Gobernanza, gobernanza global, regulación, despolitización, democracia.

Governance

Abstract

Governance is a bridge term. It connects a perspective from political sciences - Governance as an advanced theory of governing and regulating – and a perspective from legal science - Governance by and through regulatory structures. It represents a structural change in the execution of public power, not in the sense of a decline, but in the sense of a change in the mode. In this regard Governance broadens the spectrum of regulatory structures without replacing traditional ways of governing; it is a complimentary technique which exists parallel to the traditional techniques of top-down administration and regulation. The turn to governance in law and politics raises serious concerns: about trends towards a de-formalization of law, about a growing de-politicization of law-making structures, and about a privatization of regulation that endangers the implementation of public goals.

Keywords

Governance, global governance, regulation, de-politicization, democracy.

* Traducción del inglés de Julián Gaviria Mira.

1. Orígenes del término y significados

El término gobernanza proviene de la lengua francesa, aunque es considerado hoy en día como un anglicismo. En la década de los noventa surgió como un término relacionado con la administración y tareas regulatorias¹. En muchos idiomas (como en el alemán) no hay una traducción adecuada y el término ha sido introducido en el lenguaje sin cambios. En el contexto político, gobernanza inicialmente surgió como una alternativa a la palabra *gobierno*, poniendo de presente que en una dada unidad sociopolítica las funciones de manejo y regulación podían ser ejecutadas no solamente por el Estado (Sector Primario), sino también por actores económicos privados (Sector Secundario) y por el Sector Terciario (asociaciones privadas, grupos de interés público). En un sentido básico, gobernanza puede tener un sentido amplio o uno restringido: en sentido restringido, gobernanza se define en contraste con gobierno y describe varias formas de participación del sector privado en las estructuras regulativas, así como los esfuerzos de implementación cooperativa de objetivos regulativos. En sentido amplio, gobernanza denomina todos los tipos de regulación enfocada en la gestión de las interdependencias (Benz, 2004). Esto incluye formas verticales tradicionales de administración, arreglos cooperativos entre el Estado y los sectores secundarios y terciarios, así como la autorregulación social (“autorregulación regulada”).

En la arena política, el término gobernanza estuvo durante un tiempo considerable relacionado de manera estrecha con políticas agresivas del Banco Mundial, dirigidas al establecimiento de cambios estructurales en los países en desarrollo. El banco usó la palabra gobernanza en un sentido bastante restringido: un concepto ideal de gobernanza, basado en un modelo “occidental” de sociedades capitalistas modernas, utilizado como herramienta disciplinaria y de supervisión. El banco analizaba las condiciones de un país “como un todo” (comprendiendo los sectores público y privado) y luego establecía las condiciones para los ajustes estructurales, la mayoría tendentes a la privatización de servicios y a la introducción de una economía de mercado al estilo occidental o estadounidense. Este enfoque agresivo, combinado con una orientación hacia los resultados, primariamente centrado en la eficiencia económica de las estructuras locales y no en la tradición, la justicia o la solidaridad, dio al término gobernanza una fama bastante mala: pronto fue identificado como una estrategia de dominio capitalista y neoliberal, en la cual se subordinaba todo ejercicio de poder público a la lógica económica del análisis costo-beneficio y a los parámetros de eficiencia económica.

El impacto negativo de las políticas del Banco Mundial (y del Fondo Monetario Internacional) en la reputación de la gobernanza fue, sin embargo, poco duradero. Ante la ausencia de un gobierno global, el término gobernanza tuvo una sorprendente carrera en el plano internacional como “gobernanza global”. También es ampliamente usado en el contexto supranacional. En referencia a la Unión Europea, el término “gobernanza multinivel” describe estructuras complejas de niveles entrecruzados de regulación y administración. Además, también en el contexto de la Unión Europea y su proceso de integración, nuevas técnicas de manejo han sido desarrolladas bajo el nombre de “nueva gobernanza”, mientras que la Comisión Europea ha desarrollado su propio concepto de “buena gobernanza”. El estatus legal del término y su valor, sin embargo, sigue siendo controvertido.

¹ Ver, en especial, World Bank (1991).



2. Gobernanza Global

El comienzo de la carrera del término “gobernanza global” puede ser rastreado desde el año 1995 cuando la “Comisión para la Gobernanza Global” de la ONU –comisión *ad hoc* integrada por 28 estadistas de prolongada experiencia– presentó un reporte bajo el título “Nuestro vecindario global”, en donde la gobernanza fue definida de la siguiente forma:

Gobernanza es la suma de las muchas maneras en que los individuos y las instituciones, públicas y privadas, gestionan sus asuntos comunes. Es un proceso continuo a través del cual intereses contrapuestos o diversos pueden ser acomodados y medidas cooperativas tomadas. Esto incluye instituciones formales y regímenes con poder para exigir cumplimiento, así como arreglos informales que las personas y las instituciones han acordado o que perciben que son acordes a sus intereses.

La definición de la Comisión resume el enfoque holista de la gobernanza: compromete actores públicos y privados e incluye arreglos formales e informales. Por obvias razones, la Comisión no acogió la idea del gobierno global, pero insistió en acciones globales y enumeró algunas medidas para incrementar la efectividad de las Naciones Unidas y expandir su autoridad. Entre ellas, encontramos las siguientes: crear mecanismos de tributación mundial, un ejército permanente de las Naciones Unidas, un Comité para la Seguridad Económica, otorgarle autoridad a las Naciones Unidas sobre los bienes globales, eliminar el poder de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, crear un nuevo cuerpo parlamentario de representantes de la “sociedad civil” (ONG), un nuevo “Consejo de Peticiones” y una nueva Corte Penal, además de hacer vinculantes los fallos de la Corte Internacional de Justicia y ampliar la autoridad del Secretario General.

A pesar de que sólo algunos de estos objetivos han sido alcanzados, hay un consenso amplio sobre la necesidad de una “Weltinnenpolitik” (Habermas, 1998), una política interior mundial. Instituciones como la OMC y tratados amplios como el Protocolo de Kioto sobre el Cambio Climático representan una materialización de este enfoque. La misma noción de “gobernanza” en la teoría de las relaciones internacionales y en el derecho internacional “descansa en la creciente obsolescencia del modelo tradicional que entiende la política internacional como diplomacia interestatal, esto es, la versión internacional de delegación y aislamiento” (Howse y Nicolaidis, 2008). Ha sido reemplazada por la noción de “gobernanza entre toda la humanidad”, en un notable desarrollo de la idea kantiana de ciudadanía del mundo (Kant, 1984) y de la idea de solidaridad global (Brunkhorst, 2002).

La creciente juridificación de la gobernanza global, la “constitucionalización” institucional de la OMC como una organización clave y una todavía más densa red de tratados internacionales y cooperación internacional –todos estos desarrollos tomados en conjunto– han creado un “nuevo orden mundial” (Slaughter, 2004). Esta nueva estructura está caracterizada por la fragmentación en regímenes regulatorios (Koskeniemi, 2006), fenómeno que puede poner en peligro la coherencia del derecho internacional. Además, han surgido nuevas formas de cooperación más allá de los tradicionales regímenes de tratados internacionales, carentes de autoridades públicas legalmente establecidas y jurídicamente limitadas (a saber, redes informales de actores administrativos en diferentes sectores).

Finalmente, el control democrático –o en términos de gobernanza: *accountability*– es reemplazado por estructuras cuasi autónomas, en las que decisiones “técnicas” son tomadas por “expertos”. El ascenso de la *expertología*

eleva serias dudas acerca de la legitimidad democrática de las estructuras de gobernanza global (Nickel, 2006).

3. (Nueva) Gobernanza Europea

La Unión Europea representa un sistema único de “gobernanza multinivel” para el cual no aplican concepciones tradicionales del Estado y del autogobierno democrático: no pudiendo ser considerada un Estado(nación), ni tampoco una entidad con unos niveles federales claramente definidos, la UE avanza, no obstante, como una organización amorfa, con su carácter estructural vagamente definido como “federalismo supranacional”².

a) El sistema europeo puede ser descrito como “gobernanza”, si bien por la sola razón que significa la dificultad de encontrar un mejor término o porque no existe un gobierno europeo. No es, sin embargo, algún tipo de informalidad legal generalizada lo que justifica esta caracterización de la UE como una estructura de gobernanza. Por el contrario: desde un inicio la UE se ha definido como una comunidad jurídica y su proceso de integración es un proceso de “integración a través del derecho”. Son más bien las características distintivas de la estructura legislativa y regulatoria de la UE, las que justifican calificarla como gobernanza. Su sistema doble de administración directa (por la Comisión) y administración indirecta (por los Estados miembros), ha sido complementada por una estructura compleja de comités y grupos de trabajo que representan el “submundo” de instituciones oficiales, la Comisión y el Consejo (Dehousse, 2002). De manera oficial, este “submundo” tiene sólo funciones consultivas y no puede tomar decisiones legalmente vinculantes. Comités de “comitología” y un número siempre creciente de agencias europeas –integradas por burócratas de los Estados miembros y por “expertos”-, dan forma, en gran medida, a las políticas y normativas de la UE.

El resultado es una tendencia hacia la despolitización de los procesos de decisión, en donde el Parlamento Europeo es, por varias razones, apenas capaz de actuar como un contrapeso. Además, incluso si la informalidad de instrumentos de consulta clave como los Comités de “comitología” han ido dando paso a estructuras y procesos de decisión más formalizados, el complejo administrativo-legislativo todavía carece de una estructura legal coherente o constitución. Esto viene acompañado de una falta de visibilidad: para los ciudadanos de la UE es difícil comprender por qué y cómo un instrumento jurídico ha sido propuesto, modificado o implementado, mientras que grupos de presión profesionales de todo tipo están presentes en cada etapa del proceso de decisión.

b) Al inicio del siglo XXI, la UE dio un nuevo giro a lo que ha sido llamado como “nueva gobernanza”. En este giro se introdujeron herramientas de *soft law*, como el Método Abierto de Coordinación (MAC), que implementaron procesos de decisión público-privados en el campo de la regulación de los mercados financieros, los llamados procedimientos Lamfalussy.

El MAC es una reacción a problemas estructurales intrínsecos. Cuando la UE avanzó hacia la realización del mercado interior, creó un “mercado sin Estado” y “Estados sin mercado”³. La política social y los mecanismos de integración social continuaron bajo la esfera de los Estados miembros, mientras que la política económica y la respectiva normatividad quedó bajo la competencia de la UE. Con el objetivo de sincronizar políticas sociales de los Estados miembros -sin ningún acto

² Véase Bogdandy (1999)

³ Véase Joerges (2010: 382).



jurídico formal- el Consejo Europeo de Lisboa creó, en el año 2000, la idea del proceso de mutuo aprendizaje: El MAC debía establecer objetivos comunes y definir buenas prácticas en el campo de las políticas sociales como puntos de referencia, por fuera de cualquier procedimiento jurídico formal y sin ninguna fuerza jurídicamente vinculante. Mientras que la efectividad empírica del MAC es todavía materia de debate, es, sin embargo, un buen ejemplo de la tendencia hacia la gobernanza “en las sombras de la ley”: en vez de debatir concepciones controvertidas de la seguridad social y de la solidaridad social de manera abierta al público, el MAC permite un discurso experto lejos de la mirada del opinión pública. Su influencia es informal, no formal, y a pesar de que no constituye una jerarquía formal de cara a los Estados miembros, es al mismo tiempo jerárquica e influyente, pues puede definir lo que es buena o mala gobernanza social.

En la segunda forma de la innovadora “nueva gobernanza”, los procedimientos Lamfalussy (nombrados así en honor al presidente del comité que redactó las normas), la Comisión pasó por alto los gobiernos de los Estados miembros y entró en contacto directo con los organismos reguladores nacionales y con las industrias reguladas (p. ej. en los campos de la regulación del mercado financiero o la regulación de las telecomunicaciones). Aquí, el discurso experto está protegido herméticamente de influencias y debates externos/políticos. Una de las ideas más importantes detrás de esta estructura es que el conocimiento social necesario para hacer una regulación “inteligente” no es accesible a personas externas, como los mismos reguladores. Las estructuras que generan este conocimiento social pueden, de igual manera, generar camaradería: la línea divisoria entre políticas públicas e intereses privados se vuelve difusa. Si esta estructura se aísla de los gobiernos democráticamente elegidos, las estructuras de gobernanza de la UE cortarían la última –y delgada- conexión con el electorado.

Ambas estructuras, el MAC y los procedimientos Lamfalussy, representan dos vertientes importantes en el concepto de gobernanza: la idea de que los expertos pueden encontrar la “mejor” solución a los problemas técnicos –la organización del bienestar social- y la idea de que es importante usar el conocimiento social para lograr una “mejor” regulación. Ambas vertientes están basadas en la aceptación del hecho de que la gobernanza puede generar la “mejor” solución sólo –o preferiblemente- si lo hace de una manera apolítica.

4. Lo Bueno, lo Malo y la Gobernanza democrática

Los defensores de las estructuras de gobernanza como la “nueva gobernanza” europea, señalan con frecuencia la legitimidad de los resultados que estas estructuras producen. En su Libro Blanco sobre la Gobernanza (2001), la Comisión Europea hizo énfasis en la efectividad y la coherencia como dos de los principios más importantes de la gobernanza europea. Esto se basa en la negligencia benigna (*benign neglect*) de los bien conocidos problemas de legitimidad que plagan todas las formas de gobernanza, sea esta la versión europea o los diferentes niveles de gobernanza global: su muy tenue legitimidad democrática. Si una de las precondiciones fundamentales para la existencia de normas legítimas falta, la legitimidad de los resultados sólo puede servir como una ayuda temporal para períodos de transición, no como un concepto permanente.

En la OMC, por ejemplo, la política democrática se reduce a los (limitados) instantes en que los gobiernos de los Estados miembros rinden cuentas ante sus ciudadanos. La legitimidad debería fluir entonces (desde arriba) de los rasgos constitucionales de las normas de la OMC y (desde abajo) de la pericia técnica (Howse y Nicolaidis, 2008), pericia técnica que prepara nuevas rondas de la OMC y

domina la Secretaría de la OMC y su Órgano de Apelaciones. Sin embargo, los numerosos fracasos en la Ronda de Doha y las duras protestas en las calles de Génova y Seattle en contra de la gobernanza del comercio mundial, muestran que los ciudadanos del mundo no se tragan el mito de la mejor solución y las mejores prácticas a largo plazo. Estos mitos han sido ya refutados (Habermas, 1968; 1981). La selección de las buenas soluciones y buenas prácticas sin igual participación democrática no es más que un gobierno elitista benigno. El enigma del gobierno democrático supranacional, transnacional y global no ha sido resuelto aún.

Bibliografía

- BENZ, A. (2004), „Einleitung: Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept“. En: BENZ, A. (ed.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 11-28.
- VON BOGDANDY, A. (1999), *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Nomos, Baden-Baden.
- BRUNKHORST, H. (2002), *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- BRUNKHORST, H. (2005), *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*, MIT Press, Cambridge/MA.
- COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE (1995). *Our Global Neighborhood. The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, Oxford.
- DEHOUSSE, R. (2002), “Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance”. En: JOERGES, C. y DEHOUSSE, R. (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, Oxford University Press, pp. 207-229.
- EUROPEAN COMMISSION (2001), *White Paper on Governance*. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&qid=1410549862408&from=EN>, (fecha de consulta: 6 de agosto de 2014).
- HABERMAS, J. (1968), *Erkenntnis und Interesse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- HABERMAS, J. (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- HABERMAS, J. (1998), *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- HABERMAS, J. (2004), *Der gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main
- HABERMAS, J. (2006), *The Divided West*, Polity Press, Cambridge.
- HELD, D. y KOENIG-ARCHIBUGI, M. (2005) (eds), *Global Governance and Public Accountability*, Blackwell, London.
- HOWSE y NICOLAIDIS, K. (2008), “Democracy without Sovereignty: The Global Vocation of Political Ethics”. En: BROUDE, T. y SHANY, Y. (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law*, Oxford, Hart Publishing, pp. 163-191.
- HUYNH-QUAN-SUU, C., *Étymologie du terme "gouvernance"*, Service de Traduction de la UE. Disponible en: http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5_fr.pdf, (fecha de consulta: 6 de agosto de 2014).
- JOERGES, C. (2010), “Integration Through Conflicts Law. On the Defence of the European Project by Means of Alternative Conceptualisation of Legal Constitutionalisation”. En: NICKEL, R. (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond*, Antwerp, Intersentia Publishing, pp. 377-400.
- KANT, I. (1984), *Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Reclam, Stuttgart.
- KANT, I. (1998), *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid.



- KOSKENNIEMI, M. (2006), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682.
- NICKEL, R. (2006), "Participatory Transnational Governance". En: JOERGES, C. y PETERSMANN, E. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance, and Social Regulation*, Oxford, Hart Publishing, pp. 209-250.
- SLAUGHTER, A. (2004), *A New World Order: Government Networks and the Disaggregated State*, Princeton University Press, Princeton.
- WORLD BANK (1991), *Managing Development: The Governance Dimension*. A Discussion Paper, The World Bank, Washington, DC.



Burocracia

Pedro Chaves Giraldo*
Universidad Carlos III de Madrid
pchaves@polsoc.uc3m.es

Resumen

El artículo propone pensar el debate sobre la burocracia en el contexto de los cambios ocurridos en nuestras sociedades en las últimas décadas. A juicio del autor, estos cambios obligan a repensar la doctrina weberiana sobre la burocracia.

Palabras claves

Burocracia, Estado, administraciones públicas, organizaciones, nueva gestión pública.

Bureaucracy

Abstract

This article deals with the debate on bureaucracy in the context of the changes occurred within our societies in the last decades. According to the author, these changes compel to rethink Weber's doctrine of bureaucracy.

Keywords

Bureaucracy, State, Public Administration, Organizations, New Public Management.

* Profesor de Ciencia Política en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a los evaluadores externos sus sugerencias que me han ayudado a mejorar tanto la redacción como algunos aspectos importantes de contenido de este artículo.

1. El concepto weberiano de burocracia

La voz “Burocracia” es indisociable, en ciencias sociales, de la aportación de Max Weber y su consideración de ésta como una dirección administrativa en la que los agentes (funcionarios) son reclutados mediante concurso, en función de competencias profesionales específicas, remunerados por su actividad en función de criterios previamente establecidos, insertos en una estructura administrativa que ejerce un control permanente sobre sus actividades que, además, les suministra los medios para la realización de las mismas¹.

Para Weber (2013: 63-65) el modo de funcionamiento específico del funcionariado moderno se traduce en:

- Rige el principio de competencias bien definidas, ordenadas, en general, por reglas en relación con leyes o reglamentos administrativos
- Rige el principio de jerarquía de funciones y de escala en las instancias competentes
- Hay una separación fundamental entre “el despacho y el domicilio privado”
- La actividad administrativa presupone, normalmente, un formación especializada.

La explicación weberiana sobre el surgimiento de la burocracia moderna se encuentra inserta en el proceso de racionalización de nuestras sociedades. La racionalización iba inevitablemente acompañada de la extensión de la burocracia. Su aplicación del concepto trasciende, no obstante, la visión intuitiva de la burocracia como la administración pública. Para Weber, la burocracia caracteriza como concepto todas las formas de organización a gran escala: el Estado por supuesto, las empresas industriales, sindicatos, partidos políticos, universidades y hospitales (Held, 2007: 188).

192

Para nuestro autor (Weber, 2013: 81-83) los presupuestos sociales y económicos que explican la existencia de la burocracia moderna se reconocen en la existencia de una economía monetaria, imprescindible para garantizar excedentes monetarios suficientes que garanticen un salario razonable al cuerpo de funcionarios. Es esencial, también, la existencia de un Estado moderno cuya expansión tiende y refuerza el proceso de burocratización. Pero el factor decisivo es la especialización técnica, la superioridad de este elemento sobre otros modos de organización². Compartía con otros la idea de que la burocracia no es esencialmente democrática, pero pensaba que no existía ninguna forma de trascender la dominación burocrática.

Entre otros factores explicativos del proceso de racionalización, Weber señala el desarrollo de una “economía monetaria” como prerrequisito para “la existencia estable y continuada de administraciones burocráticas” (Weber, 1977: 14). Otros factores relacionados con este proceso de complejización progresiva hacen referencia a las crecientes exigencias de orden y protección en todos los

¹ Véase Cohen, Lacroix y Riutort (2009: 281-332).

² Dice así la cita textual: “Le facteur décisif qui a favorisé les avancées de l’organisation bureaucratique a été depuis toujours sa supériorité purement technique sur tous les autres modes d’organisation” (Weber, 2013: 83)

niveles; las consecuencias de la llamada “política de bienestar social”; la guerra o el desarrollo de los medios de transporte (Weber, 1977: 65).

Weber establece una relación intensa entre democracia de masas y burocracia. Esta relación “(...) resulta del principio definitorio de la burocracia. La regulación abstracta de la práctica de la autoridad, la cual procede del requerimiento de ‘igualdad ante la ley’, y, por consiguiente, del repudio de los ‘privilegios’ y del tratamiento del asunto ‘caso por caso’” (1977: 71). Para este autor, la extensión de la burocracia resultaba ineludible asumiendo la condición impracticable de la democracia directa. No es que pensara que ésta era imposible siempre, pero las condiciones de su practicabilidad la hacían inviable en las democracias contemporáneas de masas³. No obstante, la burocracia, como tal, no deja de ser un instrumento al servicio de intereses de dominación bastante diversificados, tanto políticos como económicos.

De los diferentes significados posibles del concepto “burocracia”⁴, vamos a elegir aquel que remite a un sistema de gobierno donde predominan los funcionarios. De esta manera se enfatiza la condición “política” y politológica del concepto y su relación con la evolución de los sistemas democráticos. Para los temas que nos importan en referencia a la cultura de la legalidad, hay al menos dos cuestiones relevantes a analizar.

En primer lugar, la relación intensa de la burocracia con la democracia de masas nos plantea la necesidad de conocer en qué medida los cambios ocurridos en nuestro contexto están siendo determinantes para replantear la perspectiva democrática. Y en este punto, los cambios perceptibles en la comprensión del fenómeno burocrático. Weber consideraba que, una vez instaurada en su plenitud, “la burocracia constituye una de las estructuras sociales más difíciles de destruir” (Held, 2007: 79), sugiriendo en su análisis que las estructuras burocráticas de la modernidad poseen unos atributos impercederos. No obstante, los cambios relacionados con la globalización y que de manera tan intensa han impactado en nuestros sistemas democráticos exigen visitar esta relación.

En segundo lugar, la evolución en la administración pública, que ha ido a la par con los cambios sociales, políticos y económicos, nos plantea la necesidad de evaluar las transformaciones en estas instituciones. Podríamos decir que hemos pasado del paradigma burocrático a la idea de gobernanza, previa parada en el paradigma gerencial o la Nueva Gestión Pública.

Por lo que hace a la primera cuestión podríamos resumir diciendo que estamos viviendo un conjunto de cambios tectónicos que han mutado la condición de nuestras sociedades, y que han sido dirigidos y orientados por un bloque social y político liderado por una elite global. Este liderazgo global y minoritario ha sido posible con la complicidad del Estado. Paradójicamente, la complejidad funcional del Estado y su capacidad de regulación han tenido como consecuencia una disminución progresiva de su legitimidad.

El Estado -en la globalización- se ha visto atrapado en una doble tenaza: por un lado ha tomado decisiones sustantivas que han disminuido de manera notable su capacidad de regulación en el interior de sus territorios y por otro ha hecho esto amparado en una legitimidad sustentada en los procesos de representación propios

³Estas condiciones eran: 1) limitación local; 2) limitación en el número de participantes; 3) poca diferenciación en la posición social de los participantes; 4) tareas relativamente simples y estables y, a pesar de ello, 5) una no escasa instrucción y práctica en la determinación objetiva de los medios y fines apropiados (Held, 2007:189).

⁴Véase Page (1990: 22-28).



de las democracias representativas. La crisis de legitimidad se ha enunciado también como “crisis de la política” o “crisis de la representación” y ambas expresiones se refieren tanto a datos demoscópicos relacionados con la desconfianza política⁵; como a la crisis de los partidos políticos o la emergencia de actores sociales que impugnan en el espacio público la realidad de la representación política y sus límites (Chaves Giraldo, 2013).

Recordemos que en la misma definición canónica del Estado atribuible a Weber, éste ponía el énfasis en tres factores clave: territorialidad, violencia (capacidad para su ejercicio) y legitimidad (Weber, 1979: 92).

2. La burocracia entre el mercado y lo público

En la perspectiva de Weber subyace un incremento constante y no reversible de la intervención de las administraciones públicas en la vida de las sociedades, sobre la base de una demanda creciente de regulación “objetiva” y “racional”. Esta tendencia afectaría también a las empresas y otro tipo de organizaciones.

Dice Weber (2013: 85): “La bureaucratie obéit elle aussi en un sens spécifique au principe du ‘sine ira ac studio’. Elle développe d’autant plus complètement sa spécificité qu’elle se ‘déshumanise’ –une évolution bienvenue pour le capitalisme”.

Pero justamente los procesos desreguladores y de privatización conocidos y extendidos a todos los ámbitos han disminuido la presencia de la lógica racional-funcional inherente a la extensión de la burocratización y han convertido en dominantes las prácticas de mercado que, por su propia naturaleza, son arbitrarias, desiguales, fundadas en un interés privado y, por tanto, no universalizables.

194

No obstante, puede encontrarse un punto de continuidad entre la perspectiva de Weber y la situación actual. Nos referimos a la idea de “objetivación” como proceso técnico en la ejecución de decisiones. Es decir, objetivación como “despolitización”. Para Weber (2013: 86): “...la culture moderne exige que l’appareil extérieure sur lequel elle se fonde soit aux mains de spécialistes impartiaux d’un point de vie humaine, et donc strictement ‘objectif’”.

El segundo aspecto importante nos habla del sentido común hegemónico relacionado con estos cambios. El liderazgo que ha dirigido los cambios ha construido un sentido común cuyas referencias básicas pueden ser formuladas alrededor de las ideas de Estado mínimo, la existencia del mercado como regulador social y la pérdida progresiva de espacio de la política, atenazada por el deterioro y la minorización creciente del espacio público y por el desprestigio de su acción relacionado con decisiones que, justamente, merman y deterioran sus condiciones de existencia y relevancia.

En este punto la conclusión podría ser que los cambios tectónicos que estamos viviendo han alterado profundamente las condiciones materiales y culturales sobre las que descansaba el proceso histórico de consolidación de la burocracia. O al menos, podemos pensar que este proceso de consolidación burocrática podía reconocerse en diferentes modelos de implantación, y no solo en uno universal y prácticamente inmutable.

⁵ Véase encuesta del CIS de enero de 2014. Disponible en: http://www.cis.es/cis/openm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14036, (fecha de consulta: 6 de agosto de 2014).

3. Globalización y burocracia

Nuestra vida ha transitado del mundo previsible y ordenado del *fordismo*, al mundo desordenado y descontrolado de la globalización⁶. Esos cambios han afectado a todos los ámbitos, pero es en la esfera política donde las transformaciones han resultado aparentemente menos manifiestas y, sin embargo, son más significativas y sensibles. La consecuencia más llamativa es esta pérdida de significación de la política como institución reguladora de la vida de las comunidades, al verse sometida hoy al dominio de la lógica del mercado y a la pérdida de legitimidad por decisiones que subordinan las decisiones de las instituciones representativas a las exigencias de los mercados o de instancias supranacionales. Estos cambios afectan a las instituciones y sus lógicas, pero también a las poblaciones y su disposición respecto a los asuntos públicos, así como a su virtud cívica.

Entre los autores que han reflexionado sobre esta cuestión, podríamos destacar a Luigi Ferrajoli, que se refiere a la emergencia de poderes desregulados y salvajes, consecuencia del proceso de *deconstitucionalización* de nuestros Estados de derecho (Ferrajoli, 2011). Este proceso, desconocido por la masividad de incumplimientos del orden constitucional, se explica por la doble crisis destructiva de la representación política, por arriba y por abajo. En todos los casos se ponen en cuestión o se niegan otras tantas separaciones entre esferas o niveles de poder: entre Estado y pueblo, entre esfera pública y privada, entre fuerzas políticas e instituciones públicas, entre poderes mediáticos y libertad de la cultura y de la información (Ferrajoli, 2011: 45 y ss.).

Según Ferrajoli, formarían parte de esa doble tenaza destructiva aquellos procesos tendentes a verticalizar y personalizar la representación con el surgimiento de liderazgos mediáticos y carismáticos, que permitirían –a juicio de sus defensores– formas más genuinas de democracia directa y participativa.

Un aspecto más a destacar sería el de la progresiva confusión y concentración de poderes, esto es, tanto la primacía creciente de los intereses privados sobre los públicos, como la subordinación del resto de poderes al ejecutivo. A juicio de Ferrajoli, “...cabe hablar de una forma singular de regresión pre-moderna. En síntesis, de una forma de patrimonialismo populista o de populismo patronal, que se manifiesta en una suerte de apropiación privada de la esfera pública, acompañada de formas de feudalización de la política y de las instituciones basadas en el intercambio entre fidelidad y protección” (Ferrajoli, 2011: 45 y ss.). El tercer aspecto se refiere al proceso de cartelización de los partidos políticos o a la creciente integración de los partidos en el Estado. Finalmente, Ferrajoli subraya la total ausencia de garantías de la información, causada por la combinación, letal para la democracia, del control político y el control de la propiedad de los medios de información.

Los dos aspectos de la crisis por abajo se refieren a la “homologación de los que consienten y la denigración de los que disienten”, junto al declinar del sentido cívico y del compromiso ciudadano, fruto de la exacerbación de los peores egoísmos individuales y sociales.

Todo este conjunto de factores ha modificado las condiciones que permitieron la pervivencia del pacto social de postguerra. Recordemos que este

⁶ Para Bauman, nuestra modernidad ha contribuido a asociar orden y capacidad de control. Estos dos términos se convierten, hablando de biografías personales, en previsibilidad y estabilidad. Hoy, para Bauman (2005), “se diría que nadie controla el mundo. Peor aún, en estas circunstancias no está claro qué significaría controlar”.



pacto fue, en gran medida, el fruto tanto del acumulado histórico de reivindicación de derechos, como de las condiciones del fin de la segunda guerra mundial, entre las que merece la pena destacar la confrontación sistémica entre capitalismo y socialismo y la acrecida importancia de los partidos y organizaciones sindicales obreras y de izquierdas. La consolidación de la burocracia y de la administración burocrática conoce su edad de oro en este contexto.

Se construyó, así, ese triángulo virtuoso de la democracia que relaciona de modo responsable a las instituciones con las comunidades políticas y las políticas públicas con las poblaciones. En resumen, esa idea fuerte de la democracia contribuyó a consolidar en el imaginario social la narración de una concepción de la misma fuertemente protectora y al servicio de las mayorías. Los procesos democráticos podían revertir y encauzar los signos adversos del funcionamiento del mercado sobre la base del control político que las instituciones estatales realizaban de manera efectiva sobre la mayoría de los flujos económicos significativos.

El fin de la agenda socialdemócrata puso en valor las tesis que promovían una adecuación de la actividad de las administraciones públicas a los nuevos tiempos. La emergencia de la Nueva Gestión Pública es la respuesta neoliberal a la crisis irreversible del paradigma burocrático. La Nueva Gestión Pública ha buscado incorporar la lógica de mercado en la actividad cotidiana de la administración, a través de su principal propuesta-fuerza: la de introducir los llamados *mercados internos* en el sector público, en la idea de inyectar competencia en la provisión de servicios (Prats i Català, 2005: 58). La idea es una administración al servicio del mercado, unas instituciones en condiciones de relacionarse con los ciudadanos como consumidores en la provisión de servicios universales.

El Estado, como la administración pública, se piensa como institución subordinada tanto a los intereses del mercado, a los que responde en última instancia, como a un nuevo sentido común que coloca en el corazón de su actividad la lógica de funcionamiento de los mercados. En este punto burocracia sería equivalente a ineficiencia y la Nueva Gestión Pública ofrecería la respuesta para situar la administración al nivel de exigencia de los nuevos retos económicos y sociales. La evidencia de las insuficiencias de este modelo no impide seguir considerando su relevancia y su condición de variable motora de los cambios que estamos viviendo.

El viejo enfoque weberiano ha mostrado todas sus limitaciones, y la línea de evolución de la sociedad ha ido en una dirección diferente a las perspectivas que éste ofrecía, o al menos, ha cuestionado alguno de los presupuestos que para Weber funcionaban como leyes explicativas con consecuencias universales.

Si el proceso de consolidación burocrática se consideraba irreversible, fruto de una tendencia inmanente en nuestras sociedades, y una constatación del “desencantamiento” del mundo, la consolidación de la perspectiva neoliberal ha sumado al proceso de desencantamiento un incremento notable de la incertidumbre y la arbitrariedad; cualidades éstas opuestas al mundo decididamente más aburrido, pero más seguro, de la burocracia entendida según Weber.

Bibliografía

- BAUMAN, Z. (2005), *La globalización, consecuencias humanas*. FCE, México, D.F..
 CHAVES GIRALDO, P. (2013), *Neoconservadurismo y crisis de la democracia: un nuevo ciclo de protestas*. Informes de la Fundación 1º de Mayo, Núm. 67, Madrid. Disponible en:

http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NNws_ShwNewDup?codigo=4395&cod_primaria=1466&cod_secundaria=1466#.U0-65FwrVfQ (fecha de consulta: 6 de agosto de 2014).

CIS (2014), *Barómetro, enero de 2014*. Disponible en: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14036 (fecha de consulta: 6 de agosto de 2014).

COHEN, A., LACROIX, B., y RIUTORT, P. (2009) : *Nouveau manuel de science politique*. Editions La Découverte, Paris.

FERRAJOLI, L. (2011), *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Editorial Trotta, Madrid.

HELD, D. (2007): *Modelos de democracia*. (Tercera edición), Alianza Editorial, Madrid.

PAGE, E. (1990), *Burocrazia, amministrazione, politica. Un'analisi comparata*. Il Mulino, Bologna.

PRATS i CATALÀ, J. (2005), *De la burocracia al Management, del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

WEBER, M. (2013), *La domination*. Editions La Découverte, Paris.

WEBER, M. (1977), *¿Qué es la burocracia?*. La Pléyade, Buenos Aires.

WEBER, M. (1979), "La política como vocación". En: *El político y el científico*, Madrid, Alianza.





Políticas de la memoria

Vincent Druliolle

Universidad Carlos III de Madrid

vincent.druliolle@gmail.com

Resumen

El texto analiza las políticas llevadas a cabo por los Estados para recordar sus pasados violentos, llamadas políticas de la memoria. Tras explicar cómo están asociadas con la búsqueda de la verdad y la reparación simbólica, se desarrolla una tipología de las políticas de la memoria. Aunque es común hablar de la necesidad de superar el pasado o de pasar página y de las políticas de la memoria como unas herramientas para conseguir este objetivo, el texto argumenta que es necesario repensar esta idea.

Palabras clave

Memoria, justicia transicional, derechos humanos, reparación, reconciliación.

The politics of memory¹

Abstract

The article analyzes the policies adopted by states in order to remember their difficult pasts. After explaining how they relate to the struggle for the truth and symbolic reparation, a typology of these policies is presented. Although various actors often refer to the necessity to overcome the past or to turn over a new leaf and see the politics of memory as a tool to achieve this objective, the article argues that this idea should be questioned.

Keywords

Memory, transitional justice, human rights, reparation, reconciliation.

El tema de la memoria de los pasados violentos (conflictos armados, genocidios, dictaduras, guerras civiles y otras formas de represión y violaciones

¹ Es notoriamente difícil traducir la expresión “políticas de la memoria” al inglés ya que “política” puede referirse a “policy” o “politics”. Aunque “policy” sería más apropiado en este caso, no se utiliza para hablar de las medidas adoptadas para preservar la memoria del pasado. Además, “the politics of memory” es mucho más amplio que dichas políticas – una traducción apropiada sería “las luchas por la memoria”. Sin embargo, en la versión inglesa de Barahona de Brito *et al.* (2002: 37), las autoras explican que “the politics of memory” puede referirse a ambos: “en sentido estricto, se trata de las políticas de verdad y justicia durante un proceso de transición a la democracia (*memoria oficial o pública*); más ampliamente, se trata de cómo una sociedad interpreta y se apropia de su pasado en un intento constante de dar forma a su futuro (*memoria social*)”. Dado que el artículo habla de todos estos temas, se ha elegido traducir “políticas de la memoria” por “the politics of memory”.

masivas de los derechos humanos) se ha convertido desde los años 90 no solo en un tema político tan destacado como controvertido en muchos países, sino también en la política internacional. Varios factores han sido destacados para explicar esta “obsesión con la memoria y el pasado” (Huysen, 2002) de las sociedades contemporáneas: el fin de la Guerra Fría y de la confrontación ideológica, la ‘tercera ola’ de democratización (Huntington, 1998), el auge de la “política de la identidad”, la pérdida de legitimidad del Estado-nación y la pluralización de las identidades nacionales, la globalización de los derechos humanos, la internacionalización de la justicia, o la violencia de las guerras civiles en África o en ex Yugoslavia. Así pues, es cada vez más difícil para los Estados ignorar las reivindicaciones de reconocimiento y preservación de la memoria de los crímenes del pasado. En particular, los Estados u otras instituciones infranacionales e internacionales deciden adoptar medidas para enfrentarse al lado oscuro de su historia –o se ven obligados a hacerlo–.

A continuación se analizarán las políticas estatales adoptadas en varios países para recordar sus pasados violentos, a las que se suele referir como políticas de la memoria. El artículo se referirá a la experiencia de varios países para intentar explicar la variedad de políticas de la memoria que se han llevado a cabo durante las últimas décadas. Por tanto, este artículo no analiza, ni se refiere explícitamente al debate sobre la Memoria Histórica en España.

Al hablar de políticas de la memoria, es común olvidar dos cosas importantes. En primer lugar, el interés de los Estados por la memoria no es nuevo, debido a la relación entre memoria e identidad – quienes somos depende de lo que recordamos o podemos recordar. Lo que sí ha cambiado es que hoy en día no se conmemoran sólo las grandes figuras heroicas en torno a las cuales se han construido los mitos fundadores y la “historia oficial” que glorifica la nación (Gillis, 1994). En otras palabras, el Estado siempre ha buscado preservar la memoria y utilizar el pasado, o por lo menos una parte de éste, para promover la unidad de la nación, lo cual a menudo implica excluir los episodios traumáticos y controvertidos. En general, el supuesto auge de la memoria en las sociedades contemporáneas es más bien un cambio de la memoria de los héroes a una memoria de las víctimas.

En segundo lugar, hoy en día se suele hablar de políticas de la memoria sobre todo en el contexto de las transiciones hacia un régimen democrático. No obstante, la memoria irrumpe también en la agenda política de las democracias consideradas como consolidadas. Sólo hace falta pensar en las reivindicaciones de las poblaciones indígenas y aborígenes en Canadá y Australia respectivamente, o las reticencias de Francia a enfrentarse a su pasado colonial o a la colaboración del régimen de Vichy con la Alemania nazi, al que los historiadores Eric Conan y Henry Rousso (1994) se refieren como “un pasado que no pasa”. En este sentido, el artículo refleja esta idea al no limitar los ejemplos elegidos a países en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión.

Por tanto, el artículo no analiza la llamada “justicia de transición”, definida por la ONU como ‘toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación’ (ONU, Secretario General, 2004: 6), ya que es entendida como la forma de justicia que caracteriza los contextos de transición a la democracia.² Además, la justicia de transición se centra en las

² Cabe destacar que varios autores y organismos no consideran la justicia de transición como una forma específica de justicia. Por ejemplo, el Centro Internacional por la Justicia Transicional afirma que “la justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto



medidas judiciales, la rendición de cuentas y la sanción penal de los crímenes del pasado, por lo que es analizada sobre todo por juristas. Es verdad que hoy en día la justicia de transición se entiende en un sentido más amplio, y como consecuencia, los ámbitos de la misma y de las políticas de la memoria se solapan (la justicia de transición incluye las medidas judiciales y extrajudiciales, y ambas tienen las mismas finalidades³). No obstante, se explicará que la justicia penal y la memoria son conceptualmente distintas. El análisis de las políticas de la memoria se basará en esta distinción y se centrará en las medidas extrajudiciales. Sin embargo, el artículo contribuye a la discusión sobre la cultura de la legalidad en la medida en que las políticas de la memoria y la justicia de transición se complementan.

El artículo se organiza de la siguiente manera. En una primera parte se explica cómo la memoria ha sido conceptualizada como una forma de reparación, lo que ha influido en la definición de un abanico de políticas de la memoria. La segunda parte expone un breve catálogo temático de esas políticas. Por último, el artículo plantea el tema de las metas de las políticas de la memoria. Dichas políticas se definen a menudo como aquellas medidas tomadas por un país con el objetivo de superar un pasado violento y pasar página. De igual manera que en el caso de la justicia de transición, es común hablar de reconciliación. No obstante, se trata de unas ideas bastante ambiguas que deben ser aclaradas, lo cual requiere ir más allá de la mera descripción de las políticas de la memoria. Este será el objeto de la conclusión del artículo, la cual invita a preguntarse no tanto si recordar o no, sino ¿para qué? Por tanto, por ahora se seguirá hablando en el artículo de las políticas de la memoria como aquellas políticas adoptadas para recordar un pasado violento, aunque esta definición pueda parecer poco útil o incluso tautológica.

1. Las políticas de la memoria: verdad y reparación.

200

Las políticas de la memoria suelen ser respuestas a las reivindicaciones de reconocimiento y justicia de varios colectivos en contextos muy diversos. Son llamadas también “políticas hacia el pasado” (Barahona de Brito *et al.*, 2002) y, dado que el interés en este tema reapareció en el contexto de la salida de varios conflictos violentos (Ruanda, ex Yugoslavia) y de la caída de los regímenes autoritarios (América Latina, antiguas repúblicas soviéticas), también se habla de estas políticas de la memoria dentro del marco de la justicia transicional. En todos los contextos, dichas políticas son conceptualizadas como medidas de verdad y reparación.

En su célebre informe sobre impunidad y reparaciones, Louis Joinet identificó tres derechos fundamentales de las víctimas de violaciones de derechos humanos: derecho a saber, derecho a la justicia y derecho a la reparación. También propuso medidas para garantizar la no reiteración de las violaciones⁴. Este marco sigue siendo la base de la justicia transicional. Los principios de Joinet hacen referencia a la memoria en su defensa de los derechos a saber y a la reparación. El primero se basa en el ‘deber de la memoria’, con el fin de ‘prevenir contra las deformaciones de

o de represión por parte del Estado”. Centro Internacional por la Justicia Transicional: “¿Qué es la justicia transicional?”. Disponible en <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>, (fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013).

³ Para el Centro Internacional por la Justicia Transicional, “al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho”. Centro Internacional por la Justicia Transicional: “¿Qué es la justicia transicional?”. Disponible en <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>, (fecha de consulta: 16 de diciembre de 2013).

⁴ “La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión”. Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>, (fecha de consulta: 9 de octubre de 2013).

la historia' de las violaciones de los derechos humanos que 'pertenece [al] patrimonio [de los pueblos] y como tal debe ser preservado'. En cuanto al segundo, incluye 'las medidas de sentido carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria'. Así pues, la memoria está vinculada con las medidas de reparación y la búsqueda de la verdad.

Es interesante comparar esta definición de la memoria con la del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Para esta ONG, la agenda de la rendición de cuentas y de la reparación por las violaciones de derechos humanos incluye seis dimensiones: la justicia penal; las reparaciones; la verdad y la memoria; la reforma institucional; la justicia de género; y los temas vinculados a la infancia⁵. Aunque esta clasificación, como los principios de Joinet, asocia memoria y verdad, parece oponer memoria y reparaciones. Sin embargo, el ICTJ define las "medidas simbólicas como la disculpa formal o la conmemoración pública" como un tipo de reparaciones, y destaca también la función educativa de la memoria y los memoriales.

Por tanto, la memoria no se puede disociar de las otras medidas adoptadas para condenar y reparar los crímenes del pasado. Aunque la memoria se suele asociar con la verdad y/o la reparación, no se puede oponer a la justicia o a la reforma institucional. Puesto que, por un lado, Osiel (1997) argumenta que los procesos penales pueden contribuir a la construcción de la memoria de los crímenes del pasado –el caso paradigmático sería los Juicios de Núremberg-. Y, por otro lado, Schudson (1993: 88) afirma que "la reforma es un ejemplo fundamental de memoria colectiva en acción" en la medida en que reformar una institución o cambiar una política contribuye a grabar en la memoria colectiva el acontecimiento que causa dicho cambio. Así pues, se puede entender la adopción de ciertas medidas de discriminación positiva como una institucionalización de la memoria de la opresión sufrida por un colectivo determinado.

Debido a la dificultad para disociar memoria, verdad, justicia y reparación (Jelin, 2001: 42-3), hacer un inventario de las diversas políticas de la memoria podría resultar difícil, e incluso controvertido. No obstante, la sección siguiente presenta los principales tipos de políticas comúnmente llamadas políticas de la memoria.

2. Tipos de políticas de la memoria.

a) Archivos.

Una meta fundamental de las políticas de la memoria es luchar contra el olvido. Para ello, es preciso investigar los crímenes del pasado, conservar varios objetos y documentos en archivos, y garantizar el conocimiento del pasado mediante una política de difusión adecuada. Aquí se ve claramente el vínculo entre memoria y verdad: para preservar la memoria de un pasado violento, es necesario documentarlo y construir un archivo, el cual puede incluir varios datos y documentos oficiales, artículos de prensa, material audiovisual, testimonios, artefactos, y/o documentos de juicios y comisiones de verdad. Por ejemplo, en Argentina se creó en 2003 un Archivo Nacional de la Memoria que centraliza la documentación sobre

⁵ Centro Internacional para la Justicia Transicional: 'Cuestiones de Justicia Transicional'. Disponible en <http://ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues>, (fecha de consulta: 9 de octubre de 2013).



la represión durante la última dictadura militar (1976-1982).⁶ Asimismo, desde finales de los años 1980 existe un Banco Nacional de Datos Genéticos, cuya creación fue impulsada por las Abuelas de Plaza de Mayo, con el fin de almacenar información genética de los familiares de las personas desaparecidas que permita identificar las víctimas del terrorismo de Estado y los hijos/as de los desaparecidos que hubieran nacido durante el cautiverio de sus madres⁷.

Los archivos constituyen la base del conocimiento de un pasado violento, pero como explicaré en la conclusión, no se trata de crear e imponer una única interpretación del pasado. Puesto que como afirma Ignatieff (1996: 113), la verdad implica “reducir el abanico de mentiras permisibles”, es decir impedir la negación de los crímenes del pasado. Además, y por esta misma razón, los archivos no son sólo (o por lo menos, no deberían ser) simples repositorios, sino también una herramienta para transmitir la memoria, sensibilizar a la sociedad y educar a las nuevas generaciones, poniendo así de relieve la estrecha relación entre memoria y verdad. En este sentido, Crenzel (2000) explica como el informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) ha desempeñado este papel en Argentina. Asimismo, el Informe *Nunca más* se ha transformado en un símbolo de la lucha contra los crímenes de lesa humanidad y por la memoria, y en una fuente de inspiración en todo el mundo.

b) Educación.

La discusión de los archivos ha planteado el tema de la transmisión de la memoria, y por tanto de la educación. Uno de los objetivos de la enseñanza de la historia es crear ciudadanos, por lo que los gobiernos tienden a producir una “historia oficial” de la que los crímenes cometidos por los Estados en el pasado son borrados o atenuados. Por ejemplo, es bien conocida la controversia generada en Japón por la publicación de manuales de historia utilizados en la educación secundaria que apenas se refieren a los crímenes de la época imperial o a los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (Nozaki, 2008). Desde hace unas décadas, numerosos colectivos que fueron víctimas de violaciones masivas de los derechos humanos (pueblos colonizados, poblaciones indígenas, víctimas de dictaduras...) exigen que se incluya su historia y su voz en la “historia oficial” y que los Estados reconozcan sus crímenes. Como ya se ha destacado, existe una estrecha relación entre la memoria y la identidad, en la medida en que lo que somos depende en gran parte de lo que recordamos – y olvidamos.

Sin embargo, no basta con añadir capítulos o párrafos en los libros de historia ya que el “cómo contar el pasado” es un tema muy controvertido, como ilustra el “debate de los historiadores” en Alemania en la década de 1980 sobre las causas y la naturaleza, común o excepcional, del Holocausto (LaCapra, 2007: 59-82). No obstante, aunque se hable sobre todo de estas controversias, otra pregunta por lo menos tan importante es ¿cómo contar y enseñar el lado oscuro de la historia nacional? (Cole, 2007).

c) Actos de reconocimiento y conmemoraciones públicas como reparación simbólica.

Enseñar la historia de un pasado violento es una manera de reconocer el sufrimiento de un grupo, de reparar un daño y de rehabilitar una identidad colectiva preservando su memoria. El reconocimiento en general es una forma de reparación

⁶ Véase la página web del Archivo Nacional de la Memoria: <http://www.derhuman.jus.gov.ar/ann/index.html>.

⁷ Véase la página web del Banco Nacional de Datos Genéticos: <http://www.mincyt.gob.ar/ministerio/banco-nacional-de-datos-geneticos-bndg-23>.

moral y simbólica, y tiene una transcendencia particular cuando se trata de un acto oficial del Estado. Después de décadas de silencio sobre la represión francesa durante la Guerra de Argelia (que no fue llamada “guerra” sino “operación de mantenimiento del orden” hasta un voto del Parlamento francés en 1999), el presidente François Hollande reconoció en 2012 la “sangrienta represión” de una manifestación a favor de la independencia en París el 17 de octubre de 1961. En su discurso, afirmó que “la República reconoce con lucidez estos hechos”, y que era hora de rendir homenaje “a la memoria de las víctimas” (Mora, 2012).

Generalmente, reconocer los crímenes del pasado significa admitir responsabilidad por ellos. Por tanto, las ceremonias oficiales de reconocimiento suelen ser actos de arrepentimiento en el que el Estado pide perdón por las violaciones de los derechos humanos que cometió. Dichos actos oficiales son muy importantes para un país y pasan a formar parte de su memoria colectiva, como por ejemplo cuando en 2008 el primer ministro de Australia pidió perdón a los aborígenes y las “generaciones robadas” “por el sufrimiento causado en el pasado” que “[mancha] la historia de nuestra nación” (*El Mundo*, 2008). Al reconocer los acontecimientos importantes del pasado, sus fechas se convierten en fechas conmemorativas que preservan su recuerdo año tras año. Algunas llegan a ser también días festivos, como por ejemplo el 7 de abril, primer día de las masacres en Ruanda en 1994, que desde el año 2004 se ha convertido en el Día conmemorativo del genocidio y de sus víctimas.

d) Símbolos, monumentos y otros sitios de memoria.

Las conmemoraciones no se limitan a actos convocados un día cada año. Es importante que la memoria deje huellas en nuestras vidas cotidianas y se materialice en varios objetos. Por ello, más allá de la producción de objetos conmemorativos tales como sellos o monedas, se busca inscribir la memoria en el espacio mediante varios símbolos y monumentos, en la medida en que son marcas más visibles y permanentes. Una práctica muy común consiste en preservar la memoria a través de los nombres de las calles y de otros lugares públicos (Azaryahu, 1996). En muchos países el cambio político se refleja en el callejero, en particular en las antiguas repúblicas soviéticas o en Sudáfrica. Estas son políticas de la memoria en la medida en que su objetivo es recordar personas y acontecimientos, y son concebidas como medidas de reparación simbólica.

Sin embargo, los objetos que son considerados como la mejor materialización de la memoria son los monumentos. Los monumentos a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, llamados monumentos conmemorativos o memoriales, se han multiplicado de manera exponencial en todo el mundo durante los últimos treinta años. Como el Memorial del genocidio de Srebrenica, situado al lado del cementerio de las víctimas, estos monumentos sirven como sitio de luto y de memoria para los familiares y como lugar de conmemoraciones públicas.

Aun si preservar la memoria implica construir nuevos monumentos, no existen unas pautas sobre el destino de los símbolos de la represión y de la violación masiva de los derechos humanos. En muchos países se destruyeron los símbolos de la opresión, como por ejemplo las estatuas de los dirigentes comunistas en las antiguas repúblicas soviéticas. No obstante, también se ha defendido la preservación de estos símbolos por un lado, como testimonio material del pasado violento, y por otro, en la medida en que preservarlos no significa legitimar lo que representan. En otros casos, se ha elegido dar un nuevo significado a los símbolos del pasado violento con el fin de simbolizar el cambio político y la superioridad moral



de la justicia, el Estado de Derecho y la democracia. Un ejemplo emblemático es la Corte Constitucional de Sudáfrica en Johannesburgo. Esta se encuentra situada en una colina al lado de una antigua fortaleza que luego se convirtió en una cárcel y donde fueron detenidas centenares de personas durante el régimen del apartheid, incluso Nelson Mandela a principios de los años 1950. A finales de los años 90, se decidió transformar el sitio en un museo y establecer allí la Corte Constitucional, e incluso se utilizaron ladrillos de la sección donde estaban detenidos los presos pendientes de ser juzgados para construirla.

La recuperación de los lugares que simbolizan los crímenes del pasado es vista hoy en día como imprescindible, y se critican decisiones tales como la de vender una antigua cárcel de la dictadura uruguaya del barrio montevideano de Punta Carretas a un consorcio inmobiliario para transformarla en un centro comercial. Al contrario, es cada vez más frecuente convertir estos sitios en museos de la memoria, como por ejemplo el Parque por la Paz Villa Grimaldi en Chile. Su objetivo es transformar los sitios donde ocurrieron las violaciones de los derechos humanos en testimonio vivo del pasado, desarrollándolos como herramientas educativas para el conjunto de la sociedad. Varios de estos museos de la memoria formaron en 1999 una red, la Coalición Internacional de Sitios de Conciencia, cuya filosofía es innovadora y ambiciosa ya que se pretende “transformar lugares de memoria en espacios dinámicos que promueven la acción cívica”, y así “conectar el pasado al presente y la memoria a la acción”⁸. Para los miembros de la Coalición, los sitios de memoria no deben transformar a sus visitantes en espectadores pasivos. Al contrario, se busca mediante varios recursos la interacción con los visitantes para que se identifiquen con las vidas y luchas relatadas, y relacionen el pasado con los problemas del presente. Así pues, la memoria ya no es sólo una cosa del pasado.

Sin embargo, la idea de transformar los sitios emblemáticos del pasado violento en museos de la memoria ha generado mucha polémica. ¿En qué medida los sitios de memoria deberían ser sitios turísticos? ¿Qué pueden aprender del pasado unos visitantes-turistas atraídos por la posibilidad de mirar y experimentar el horror y la tragedia, lo que se ha llamado “turismo oscuro” (Lennon y Foley, 2000)? Se percibe que el riesgo de los esfuerzos para que se conozcan los crímenes del pasado es la comodificación, comercialización y, por ende, la trivialización del pasado traumático (Clarke y Payne, 2011). Por esta razón, varios grupos, en particular los familiares de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, son reacios a estas formas de promover la memoria.

En definitiva, lo que plantean estos debates son quizás las preguntas más importantes: ¿cómo y, sobre todo, para qué preservar la memoria?

3. Reflexiones finales: las metas de las políticas de la memoria.

El artículo ha presentado las políticas de la memoria como una serie de medidas y proyectos llevados a cabo por los Estados para preservar la memoria de un pasado violento. En general, estas generan mucho debate e incluso una fuerte oposición. No obstante, las políticas de la memoria no se pueden limitar a tales tipologías, puesto que no se preserva la memoria por preservarla, y la memoria no define sus propias metas. La cuestión fundamental no es si recordar o no, sino ¿para qué? Es imprescindible que las metas de las políticas de la memoria sean

⁸ Véase la página web de la Coalición Internacional de Sitios de Conciencia: <http://www.sitesofconscience.org/es/sobre-la-coalicion/>.

definidas y debatidas ya que las medidas que se eligen deberían derivar de dichas metas.

A este respecto, cabe señalar que debido a la dificultad de separar memoria, verdad y justicia, varios gobiernos han utilizado las políticas de la memoria como un sustituto a la justicia, incluso para evitar juzgar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Este uso de las políticas de la memoria ha sido muy criticado por los grupos de víctimas que rechazan su uso como una forma de “justicia barata”. Dicho esto, cualquiera que sea la intención de un gobierno al adoptar unas políticas de la memoria, su éxito depende también de su recepción por la sociedad y de cómo ésta se las apropia. Barahona de Brito *et al.* (2002: 69-70) destacan ambas dimensiones y ponen de relieve que “algunas formas de creación de la memoria pueden afirmar los valores democráticos, mientras que otras se prestan al cultivo de una renovada violencia”.

Aunque su función es recordar el pasado, se ha subrayado que las políticas de la memoria están fundamentalmente orientadas al futuro. Una idea en particular simboliza el puente entre el pasado y el futuro que las políticas de la memoria deben crear: recordar para no repetir, o “nunca más”. Más allá de la no repetición, la memoria aparece a la vez como una promesa y un llamamiento a construir un futuro pacificado. Se habla de “superar” el pasado violento y, en las palabras del informe de la ONU citado en la introducción, “lograr la reconciliación”. Hoy en día, esta última es vista como el fin último tanto de las políticas de la memoria como de la justicia transicional. Sin embargo, se trata de una idea ambigua. Puede referirse a una confrontación crítica con el pasado que redefine la identidad de una sociedad, pero la armonía que se pretende (re-)crear podría igualmente limitarse a la mera coexistencia en la indiferencia de los antiguos enemigos –lo que en muchos casos no sería poco-. Es interesante subrayar también que la idea de reconciliación ha sido utilizada para justificar intentos de imponer una determinada interpretación del pasado, rechazar hablar de él, o para justificar la ausencia de justicia y la amnistía. En este sentido, lo que en general se pretende a través de la noción de reconciliación y de la “superación” del pasado es que éste no sea un factor de división en el presente, ya que se considera que debatir sobre el pasado puede generar disputas que las sociedades no pueden permitirse, sobre todo después de un conflicto o una guerra civil. Por tanto, es preciso cerrar heridas y pasar página. Entender las políticas de la memoria como una forma de reparación parece reforzar esta idea.

No obstante, tal vez esta manera de entender la finalidad de las políticas de la memoria se base en una concepción equivocada de la memoria. Para Jelin (2007: 337), “la idea de que a medida que pasa el tiempo el pasado está más alejado y menos presente no siempre se aplica, ya que el pasado puede ser renuente a pasar, y puede volver y actualizarse. [...] Quizás, lo ‘normal’ de la memoria es que sea abierta, sujeta a debates sin líneas finales, constantemente en proceso de revisión”. La memoria no tendría que ver sólo con la interpretación del pasado, sino también con nuestra concepción de la política democrática. Quizás la memoria nos recuerde que lo “normal” de la política es plantear y dejar abierto el debate sobre los fundamentos, los valores y la identidad de una sociedad. Así pues, se debería cuestionar la utilización de las políticas de la memoria discutidas en este artículo con el fin de superar el pasado mediante la imposición de una interpretación hegemónica del pasado, lo cual algunos parecen creer que se puede lograr. Tal consenso “denso” debe ser distinguido de la existencia de un consenso mínimo en torno a todos los crímenes del pasado y su condena. Sobre la base de éste, se puede dejar abierta la posibilidad de *reinterpretar las implicaciones del pasado* en el presente y para el futuro, que es la razón por la que es importante recordar. Las políticas de la



memoria deberían manifestar tal compromiso en lugar de crear un consenso que cierra o impide tal debate.

Bibliografía

- AZARYAHU, M. (1996) "The Power of Commemorative Street Names", *Environment and Planning D: Society and Space*, Vol. 14, Núm. 3, pp. 311-330.
- BARAHONA DE BRITO, A., AGUILAR FERNÁNDEZ P. y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (coords.) (2002) *Las políticas hacia el pasado: Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, Istmo.
- CLARK, L. B. y PAYNE, L. (2011) "Trauma Tourism in Latin America". En: BILBIJA, K. y PAYNE, L. (coords.) *Accounting for Violence: Marketing Memory in Latin America*, Durham, N.C., Duke University Press.
- COLE, E. A. (2007) "Transitional Justice and the Reform of History Education", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, Núm. 1, pp. 115-137.
- CRENZEL, E. (2000) "Políticas de la memoria. La historia del informe *Nunca más*", *Papeles del CEIC*, Vol. 61, Núm. 2. Disponible en línea: papeles.identidadcolectiva.es/index.php/CEIC/article/download/65/68 (fecha de consulta: 10 de octubre de 2013).
- CONAN, E. y ROUSSO, H. (1994) *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Fayard, París.
- EL MUNDO (2008), "Australia pide perdón a los aborígenes por el sufrimiento causado en el pasado", 13 de febrero de 2008. Disponible en línea: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/13/internacional/1202858496.html> (fecha de consulta: 9 de octubre de 2013).
- GILLIS, J. R. (1994) "Memory and Identity: The History of a Relationship". En: GILLIS, J. R. (coord.) *Commemorations: The Politics of National Identity*, Princeton, N.J., Princeton University Press.
- HUNTINGTON, S. P. (1998) *La tercera ola: La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona.
- HUYSEN, A. (2002) *En busca del futuro perdido. Cultura y memoria en tiempos de globalización*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F..
- IGNATIEFF, M. (1996) "Articles of Faith", *Index on Censorship*, Vol. 25, Núm. 5, 110-122.
- JELIN, E. (2001) *Los trabajos de la memoria*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- JELIN, E. (2007) "La conflictiva y nunca acabada mirada sobre el pasado". En: FRANCO, M. y LEVÍN, M. (coords) *Historia reciente. Perspectivas y desafíos para un campo en construcción*, Paidós, Buenos Aires.
- LACAPRA, D. (2007) *Representar el Holocausto: Historia, teoría, trauma*, Prometeo, Buenos Aires.
- LENNON, J. y FOLEY, M. (2000) *Dark Tourism: The Attraction of Death and Disaster*, Continuum, Londres.
- MORA, M. (2012) "Francia admite por primera vez la sangrienta represión de argelinos en París", *El País*, 17 de octubre de 2012. Disponible en línea: http://internacional.elpais.com/internacional/2012/10/17/actualidad/1350494395_885480.html (fecha de consulta: 9 de octubre de 2013).
- NOZAKI, Y. (2008) *War Memory, Nationalism and Education in Postwar Japan. The Japanese History Textbook Controversy and Ienaga Saburo's Court Challenges*, Routledge, New York.
- ONU. SECRETARIO GENERAL (2004) *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Disponible en línea: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616> (fecha de consulta: 17 de diciembre de 2013).

- OSIEL, M. (1997) *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Transaction Publishers, New Brunswick, N.J..
- SCHUDSON, M. (1993) *Watergate In American Memory: How We Remember, Forget, and Reconstruct The Past*, Basic Books, New York.

V
O
O
S





Exclusión social

Javier Camacho

Universidad Carlos III de Madrid

javier.camacho@uc3m.es

Resumen

El concepto de exclusión social es cada vez más utilizado en el análisis de los procesos de desfavorecimiento y desarrollo social, pues explica con mayor exactitud los complejos mecanismos y procesos que permiten a los individuos y los hogares formar parte de su sociedad, superando una visión economicista, excesivamente reduccionista que implicaba asociar la integración social a la carencia o insuficiencia de ingresos, abriendo la perspectiva a otras dimensiones que completan el eje económico contemplado por la visión clásica de la pobreza: el eje político y el eje social/relacional.

Por lo tanto, frente al clásico análisis de la pobreza, se abre paso una definición de exclusión social caracterizada por su carácter procesual y dinámico y, junto a ello, su condición estructural, en la medida en que la aparición y reproducción de la exclusión social se relacionan con las transformaciones sociales en el ámbito del empleo y con la crisis del Estado del Bienestar, mucho más acusado en un contexto de crisis como el actual y que se enmarca en este nuevo estadio del capitalismo financiero neoliberal y globalizado.

Palabras clave

Exclusión social, pobreza, proceso, vulnerabilidad, estructural, empleo, Estado del Bienestar, crisis, neoliberalismo, multidimensionalidad.

208

Social exclusion

Abstract

The concept of social exclusion is increasingly used in the analysis of the processes of social development, that best explains the complex mechanisms and processes that enable individuals and households to be part of their society, overcoming an economic view excessively reductionist, associating social integration to lack or insufficient income, opening the perspective to other dimensions that complete the economic hub contemplated by the classical view of poverty: the political and the social / relational axis.

Therefore, compared to the classical analysis of poverty, it opens up a definition of social exclusion characterized by its dynamic and procedural condition and, with it, its structural condition, then the emergence and reproduction of social exclusion relate to the social changes in the field of employment and the crisis of the welfare state, much stronger in a crisis like the present, and that is part of this new stage of neoliberal and globalized financial capitalism.

Keywords

Social exclusion, poverty, process, vulnerability, structural, employment, welfare state, crisis, neoliberalism, multidimensionality.

La creciente utilización del término exclusión social, tanto como elemento de análisis en el campo del desarrollo social pero también como uno de los ejes vertebradores de la política social europea (Laparra, et al., 2008: 25-26), se debe a la evidencia de las limitaciones que tiene el concepto de pobreza en la explicación de los procesos complejos de desigualdad y desfavorecimiento social.

En efecto, en el análisis de la pobreza se considera que es la dimensión económica la que explica por sí sola las dificultades para conseguir una correcta integración social de los individuos, hogares o grupos sociales. Esta consideración era adecuada en una sociedad industrial en la que el empleo era la vía principal y generalizada de integración social. Sin embargo, en las sociedades contemporáneas, postindustriales y globalizadas, la crisis del empleo, en la medida en que supone la pérdida de su centralidad como mecanismo de integración social, abre la vía a la consideración de otros mecanismos, instituciones, etc. que deben ser contemplados para la valoración de una situación de carencias limitativas de la capacidad de los individuos para formar parte de su sociedad.

Por lo tanto, la exclusión social explica mejor los profundos cambios que afectan al desarrollo social, pues intenta superar una visión excesivamente reduccionista centrada en la carencia o insuficiencia de ingresos, para abrir el problema de la integración social entendida como acceso a los bienes, servicios, recursos y derechos básicos. En cierto sentido, adoptar este prisma en el análisis supone relacionar estrechamente el objetivo de la inclusión social con el acceso a una ciudadanía universal, expresión del reconocimiento de las personas a tener garantizadas una serie de necesidades, articuladas a través de un sistema de derechos que responden a un debate muy profundo sobre la definición de lo que debe ser considerado como necesidad y derecho (Alguacil, 2008: 18-22).

Con el término de exclusión social se quiere describir “una situación concreta, resultado de un proceso creciente de desconexión, de pérdida de vínculos personales y sociales, que hacen que le sea muy difícil a una persona o a un colectivo el acceso a las oportunidades y recursos de que dispone la propia sociedad” (Subirats, 2004: 137).

La comprensión de la exclusión social sólo es posible tomando este fenómeno como una realidad compleja, pues:

- la integran dimensiones que se encuentran interrelacionadas entre sí,
- se traduce en la acumulación y persistencia de problemas y carencias en multitud de ámbitos,
- suponen la falta de acceso a recursos y necesidades básicas que permitan una plena inserción en la sociedad
- implica una falta de participación en la dinámica social.

Pero existe una gran dificultad a la hora de definir las fronteras exactas de la integración y de la exclusión social. Su carácter procesual y dinámico (Laparra y Pérez, 2008: 45-62) significa que nos movemos en un eje inclusión – exclusión en el que un extremo lo ocupa la integración social plena y el otro la exclusión social absoluta, pero las fronteras que delimitan las distintas situaciones no están claras. En esa concepción procesual cobra especial relevancia ese espacio intermedio,



frontera entre situaciones de integración o exclusión que podemos conceptualizar como vulnerabilidad.

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas ofrece la siguiente definición del término: “Un estado de alta exposición a ciertos riesgos e incertidumbres, en combinación con una habilidad reducida para protegerse a uno mismo contra aquellos riesgos e incertidumbres y hacer frente a sus consecuencias negativas. Existe a todos los niveles y dimensiones de la sociedad y forma parte integral de la condición humana, afectando tanto al individuo como a la sociedad como un todo”. (Naciones Unidas, 2003)

Por lo tanto, la vulnerabilidad es un proceso de malestar producido por la combinación de múltiples dimensiones de desventaja, en el que toda esperanza de movilidad social ascendente, de superación de su condición social de exclusión o próxima a ella, es contemplada como extremadamente difícil de alcanzar. Por el contrario, conlleva una percepción de inseguridad y miedo a la posibilidad de una movilidad social descendente, de empeoramiento de sus actuales condiciones de vida. (Hernández Aja, 2011: 4)

En el contexto de un capitalismo neoliberal globalizado y financiarizado se amplía el segmento de la precariedad, en la medida en que se produce un incremento de la desigualdad a través de una distribución regresiva de la riqueza. Por lo tanto, para tratar el problema de la exclusión social no basta con adoptar políticas paliativas sobre los efectos de la globalización neoliberal, pues el componente estructural incide en la retroalimentación del fenómeno de la exclusión actuando sobre ese espacio de la vulnerabilidad ocupado por la gran mayoría de la población. Tiene sentido plantearse, pues, que para alcanzar el éxito en la lucha contra la exclusión social debe abordarse una intervención sobre las causas que generan los procesos de vulnerabilidad, es decir, partir del carácter estructural del fenómeno de la exclusión social (Laparra y Pérez, 2008: 184-186,189-191).

Los principales elementos estructurales que afectan a la aparición y reproducción de la exclusión social son las transformaciones en el ámbito del empleo y la crisis del Estado del Bienestar.

Respecto al empleo (Camacho, 2010: 36-37), éste ha constituido históricamente la principal vía de inclusión social de los individuos. En la sociedad industrial, el trabajo era lo que definía la identidad de las personas y sobre lo que giraba la vida de todas ellas. Sin embargo, este hecho ha ido cambiando a medida que nos adentramos en la sociedad postindustrial, por varios factores, entre los que destacamos los más relevantes:

- La visibilidad del 50% de la población, las mujeres, que quieren ser protagonistas de la historia, con su creciente incorporación al mercado laboral y la visibilidad de su aportación social en forma de trabajo socialmente necesario. El debate sobre lo que es empleo (remunerado y fuera del hogar) y lo que es el trabajo (que incluiría también el trabajo doméstico, de cuidado y el voluntario) entra de lleno en nuestras sociedades, vislumbrándose un campo mucho más vasto de realización personal, que precisa de la valoración y reconocimiento social y que abre el debate sobre la necesidad del reparto del trabajo entre todos.
- La revolución tecnológica, que ha generado un excedente de mano de obra que quita horas y puestos de trabajo a las personas.

- La sociedad del ocio, es decir, la certidumbre de que, cada vez menos, la vida de las personas gira en torno a una determinada actividad para la definición de la identidad y para su integración social.
- El envejecimiento demográfico, con la existencia de una franja de edad cada vez más ancha tras la vida laboral.
- La prolongación del periodo de estudios, tanto al inicio como durante la trayectoria laboral, y la necesidad de dedicar tiempos mayores a esta actividad.
- La globalización bajo el dominio ideológico de los principios neoliberales, que establece un orden económico global basado en la competitividad en el que hay ganadores y perdedores: la deslocalización y la creciente competencia de otros mercados presionan a las economías occidentales para que se adapten a la baja a esas nuevas condiciones de los mercados (contención o reducción salarial, flexibilización y desregulación del mercado laboral, creciente precariedad).

Por lo tanto, el trabajo remunerado ha dejado de ser el único elemento central y referencial de la inclusión social, aquel que garantizaba por sí solo un nivel de integración social en el resto de dimensiones de la vida cotidiana. Actualmente, aunque el trabajo sigue siendo un elemento central para la inclusión social del individuo (de hecho, la ausencia de empleo es uno de los principales factores que desembocan en una situación de exclusión social y pobreza) aparecen otras dimensiones que deben ser consideradas para definir la posible situación social de los individuos o los grupos sociales.

Respecto a la crisis del Estado del Bienestar (Camacho, 2009: 21-22) ésta se enmarca en un visible cambio de las prioridades de las políticas públicas en el ámbito de las sociedades occidentales desarrolladas, subordinadas al dictado de los mercados, especialmente los financieros. Ese proceso de reestructuración ha supuesto cambios en las políticas sociales, con desigual extensión e intensidad, en los siguientes aspectos:

- Imposición de la lógica neoliberal que transfiere funciones básicas del Estado del Bienestar hacia agentes privados o sociales, como modo de contener el gasto social y de abrir el campo del bienestar social a la iniciativa privada, en una interpretación ideológica neoliberal que desconfía de la gestión pública y alaba la supuesta eficacia de los modelos privados o mixtos. En este proceso ha ayudado la creciente globalización de la economía con sus presiones sobre la competitividad: la respuesta ante la presión de la competitividad otorgada por los bajos salarios y la escasa intensidad protectora de los Estados dio una buena coartada a las posiciones mayoritarias neoliberales de recorte del gasto social y transferencia de recursos al mercado.
- Junto a la contención del gasto social, el neoliberalismo impulsa una visión catastrofista del Estado del Bienestar, remarcando la incertidumbre ante el futuro de la protección social (especialmente del



sistema público de pensiones) para introducir la convicción social de la necesidad de virar la responsabilidad de la protección social desde lo colectivo a lo individual, dando al mercado la gestión de los sistemas de protección social de forma creciente. El presente contexto de crisis es una oportunidad para llevar al extremo el ajuste de cuentas respecto a ese modelo de Estado social y de derecho.

- La creciente limitación de la capacidad protectora del Estado del Bienestar abre el campo de la vulnerabilidad social a una gran parte de los sectores de clase media que en periodos anteriores formaba parte de la mayoría integrada, incidiendo también en la extensión de la exclusión social. Esta circunstancia se intensifica en la medida en que también la institución familiar tiene crecientes dificultades para mantener su función integradora que, en España, tradicionalmente ha amortiguado las deficiencias protectoras del Estado del Bienestar.

La última característica asociada al concepto de exclusión social deriva, en gran parte, de las reflexiones anteriores, y tiene que ver con su carácter multidimensional, que es lo que le confiere la mayor potencia analítica, pues supera la excesiva unidimensionalidad economicista del término pobreza. Aunque la multidimensionalidad presenta un problema: la operatividad del concepto se complica, pues no es sencillo construir una batería de indicadores que expresen fielmente esa diversidad y permitan un análisis del fenómeno. En este sentido, los principales equipos de profesionales que trabajan en este campo, están realizando un esfuerzo riguroso para establecer una metodología de análisis consensuada, empezando por la fijación de las dimensiones principales de la exclusión social. Este esfuerzo se ha traducido en la elaboración de un sistema de indicadores utilizado en el VI Informe FOESSA, que ha permitido establecer una cuantificación de la exclusión social en España, a través de una encuesta realizada en el año 2007 y repetida en el 2009. (García et al., 2008).

Para estos autores, existen tres ejes de exclusión social:

- Eje económico: definido por la participación de los sujetos en dos dimensiones, la producción y el consumo. Los aspectos relacionados con la producción tienen que ver con la exclusión de la relación salarial normalizada (desempleo, subempleo, precariedad...) mientras que los aspectos relacionados con la dimensión del consumo se refieren a la falta de ingresos (pobreza) y la privación entendida como dificultad de acceso a bienes básicos (vivienda y bienes básicos del equipamiento doméstico).
- Eje político: definido por el acceso de los sujetos a la participación política y social. La exclusión en este eje implica la pérdida de la condición de ciudadanía política para aquellas personas que quedan al margen de los mecanismos de participación política (sobre todo inmigrantes extranjeros) o bien, que no quieren hacerlo (abstencionismo y pasividad política). En cuanto a la ciudadanía social, se refiere al acceso limitado a los sistemas de protección social (sanidad, vivienda, educación).
- Eje social/relacional: las dos dimensiones constituyentes de este eje son las de la ausencia de lazos sociales y la existencia de relaciones sociales "perversas". En la primera de ellas los aspectos fundamentales se relacionan con una situación de aislamiento al no

contar con relaciones familiares, de amistad y vecinales, así como las situaciones de reclusión forzosa. En cuanto a la dimensión conflictiva de las relaciones sociales, se refiere a tener comportamientos conflictivos en el seno de la familia (maltratadores y víctimas) y tener conductas asociales, como dependencias adictivas o conductas delictivas.

Desde esa perspectiva multidimensional, se está produciendo una democratización del riesgo de la exclusión social, en el sentido que es más fácil que alguna de las dimensiones básicas de la integración social falle, afectando a determinadas personas y grupos sociales que se encontrarían en condiciones de vulnerabilidad social. Por eso, los resultados de las encuestas FOESSA describen una situación social en la que una parte significativa de la población española se encuentra en una posición de vulnerabilidad al fallar alguna de las dimensiones de la inclusión social (Laparra, 2010: 4). Si en el año 2007 el 48,9% de los hogares españoles tenían una plena integración (es decir, no estaban afectados por ninguno de los indicadores de exclusión social) en el año 2009, con la incidencia de la crisis, solo el 35,2% tenía esa situación. Por el contrario, el espacio de la integración precaria ha crecido mucho entre esos dos años: desde el 34,9% de los hogares ha subido hasta el 46,3%. El espacio de la exclusión social (dividida en moderada y severa) alcanzaba en el año 2009 al 18,6% de los hogares.

Bibliografía

- ALGUACIL, J. (2008). “El desarrollo social hoy: caminando hacia el desarrollo Humano sostenible”. En: *VI Informe FOESSA – Documentos de trabajo*, disponible en: http://www.foessa.es/publicaciones_download.aspx?id=3845 (fecha de consulta: 12 de agosto de 2014).
- CAMACHO, J. (2009). *Informe Nacional sobre políticas de empleo e inclusión*, Proyecto Bridges for Inclusión, EAPN – CLM, Toledo.
- CAMACHO, J. (2010). *Claves para crear puentes entre empleo e inclusión*. Proyecto Bridges for Inclusión, EAPN – CLM, Toledo.
- GARCÍA, A., LAPARRA, M. PÉREZ, B. y TRUJILLO, M. (2008) “Un sistema de indicadores que permita identificar a las personas excluidas y cuantificar las dimensiones de los procesos de exclusión”. En: LAPARRA, M. y PÉREZ, B. (2008), *Exclusión social en España*, Madrid, Colección Estudios, Fundación FOESSA y Cáritas Española, pp. 43-62.
- HERNÁNDEZ AJA, A. (2011). “Análisis urbanístico de barrios vulnerables en España”. En: *Observatorio de la Vulnerabilidad Urbana*, Instituto Juan de Herrera y Ministerio de Fomento, Madrid.
- LAPARRA, M (2010). *El primer impacto de la crisis en la cohesión social en España. Un análisis provisional a partir de las encuestas Foessa 2007 – 2009*, Fundación Foessa, Cáritas, Madrid.
- LAPARRA, M., OBRADORS, A., et al. (2008) “¿Qué entendemos por exclusión social?”. En: LAPARRA, M. y PÉREZ, B. (coordinadores), *Exclusión social en España. Un espacio diverso y disperso en intensa transformación*, Madrid, Colección Estudios, Fundación FOESSA y Cáritas Española, pp. 15-42.
- LAPARRA, M. y PÉREZ, B. (2008) “La exclusión social en España: un espacio diverso y disperso en intensa transformación”. En: RENES, V. (Coordinador), *VI Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008*, Madrid, Fundación FOESSA, Cáritas Española, pp. 173-298.
- NACIONES UNIDAS. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. (2003). *Informe sobre la situación social del mundo 2003*.



- Vulnerabilidad social: Fuentes y desafíos.* United Nations Publications, Nueva York.
- SUBIRATS, J. (2004). *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea.* Colección Estudios Sociales nº 16, Fundación La Caixa, Barcelona.



Trabajo de cuidados

Begoña Marugán Pintos
Universidad Carlos III de Madrid
bmarugan@polsoc.uc3m.es

Resumen

El origen del término “trabajo de cuidados” está en los debates sobre el “trabajo doméstico” de las feministas socialistas de los años setenta. A partir de estos debates, desde mediados de los ochenta, el feminismo ha demostrado cómo el trabajo doméstico y de cuidados que las mujeres han venido desempeñando ha permitido a los hombres realizar su actividad en el ámbito público, a los niños y niñas tener valores y normas, formación y desarrollo físico y emocional y a las comunidades gozar de cierta cohesión social. Sin embargo, a pesar de ser importante, la norma social de empleo en la que se basó el contrato social de postguerra otorgó derechos de ciudadanía sólo a las personas empleadas, de modo que, el trabajo doméstico y de cuidados, al no ser retribuido, no generó estos derechos. Por ello, además de clarificar el término, este texto pretende valorar el trabajo de cuidados como fuente de asignación de derechos. Si “tenemos el reto de construir una nueva cultura de la legalidad transnacional, capaz de hacer frente a las crisis sistémicas pendientes” (Fariñas,2010:120) voces como las de cuidados y trabajo de cuidados permitirán rastrear los cimientos de la actual desigualdad de derechos y deconstruir la narración de la crisis, generando nuevos imaginarios que contribuyan a crear propuestas más justas e igualitarias para toda la población.

Palabras clave

Cuidados, trabajo de cuidados, feminismo, desigualdad, derechos

Care work

Abstract

The origin of the term "care work" is in the debates on the "domestic work" of socialist feminists of the seventies. From these discussions, since mid eighties, feminism has shown how domestic and care work that women are doing allows men to carry out their activities in the public sphere, to children have values and standards, training and physical and emotional development and to communities have some social cohesion. Despite the importance of domestic work, the social norm of employment in the postwar social contract granted citizenship rights only to persons employed, so that domestic and care work, as not being paid, don't granted this rights. Therefore, in addition to clarify the term, this text aims to assess care work as a source of rights assignment. If "we are challenged to build a new culture of transnational law, able to meet the remaining systemic crises" (Fariñas, 2010:120) voices like care and care work enables us to build foundations of the current unequal rights and deconstruct the narrative of the crisis, by creating new proposals more just and egalitarian for the entire population

Keywords

Care, care work, feminism, inequality, rights

1. Los cuidados. Un invento contemporáneo.

Al igual que la infancia, el amor romántico, las amas de casa y los virus, los cuidados no han existido siempre. “La organización social de los trabajos de cuidados y el lugar que ocupan en la sociedad actual son producto de un largo proceso histórico que comenzó a gestarse durante la transición al capitalismo liberal” (Carrasco, Borderías y Torns, 2011: 159).

En las sociedades preindustriales, en los hogares se realizaban tanto las labores productivas como reproductivas y, aunque los patrones eran muy diversos y las ocupaciones tenían marcas de género y edad éstas estaban menos marcadas de lo que lo estuvieron tras la Ilustración. Las tareas consideradas genuinamente domésticas, como el lavado de la ropa, la limpieza de la casa, la preparación de alimentos o el cuidado de menores eran una parte ínfima de todas las que se realizaban (Ehrenreich y English, 1975). Los cuidados a la infancia en las clases bajas eran reducidos en la medida que estaban integrados en la cotidianidad de la comunidad y que el abandono del hogar se producía a muy temprana edad. Entre las mujeres de la aristocracia era frecuente dejar el cuidado de las criaturas en manos de nodrizas y del servicio doméstico.

El pensamiento ilustrado consagró la separación en dos esferas (pública-masculina y privada-femenina) y el contractualismo clásico otorgó el andamiaje conceptual necesario para la definitiva emancipación del espacio público (Pateman, 1995) -a costa de la invisibilidad del ámbito privado- y asoció progresivamente el trabajo al mercado laboral. La industrialización se encargaría de materializar esta ruptura de espacios y de maximizar la división sexual del trabajo.

El proceso de industrialización supuso una profunda reestructuración de las relaciones de género. La introducción del vapor y de las grandes máquinas reforzó la división sexual del trabajo y la contribución productiva que las mujeres hacían en los hogares desapareció¹. Los hogares quedaron relegados a ser únicamente unidades de consumo y reproducción y los talleres manufactureros y las fábricas los espacios de producción.

A lo largo del S XIX, el volumen de mujeres en las fábricas era muy elevado y la organización social del trabajo fabril se basó en el trabajo extensivo de largas jornadas y salarios bajos. Estaba establecido que eran las mujeres las que se tenían que ocupar del cuidado de los hijos e hijas, pero esta organización del trabajo hizo prácticamente imposible a las obreras atender a su prole. De este modo, mientras idealmente se convirtió a la población masculina en la responsable de “ganarse el pan” en la fábrica, se hizo cada vez más necesario el trabajo de cuidados femenino en el hogar (bajo el propósito de disminuir la mortalidad infantil²).

La imposible conciliación de la vida familiar y laboral provocó movilizaciones de las mujeres por el acortamiento de la jornada que no tuvieron mucho apoyo por parte de las asociaciones obreras masculinas. En uno de los manifiestos de la sección alemana de la Primera Internacional se podía leer: “El trabajo legítimo de las mujeres y de las madres se sitúa en el hogar y en la familia, velando y ocupándose de la primera educación de los hijos. En comparación con los deberes solemnes del hombre y del padre en la vida pública, la mujer y madre debería defender la dulzura y la poesía de la vida doméstica” (Heinen, 1978: 21-22). De este modo, el

¹ En *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, Thompson (1989: 211) reproduce las declaraciones de un oficial hiladero del algodón que da cuenta de este proceso.

² A mediados del siglo XVIII el discurso médico jugó un papel central atribuyendo a la práctica de la lactancia mercenaria y a la ignorancia de las mujeres la elevada mortalidad infantil.

movimiento obrero se unió al resto de fuerzas sociales –filántropos, empresarios, funcionarios y al Papa León XIII- para apostar por el confinamiento de las mujeres en el hogar y contribuir a difundir la idea de que una esposa dedicada exclusivamente a los cuidados del hogar y la familia era símbolo de prestigio y estatus social.

2. Creación de la figura del “ama de casa”

Poco a poco se consolida la figura del “ama de casa” y una serie de tareas, que hasta entonces habían sido reducidas, se convirtieron en una “ocupación”, pero para que esto sucediera fue preciso que estas actividades empezaran a valorarse. “La inferioridad defendida por el contractualismo clásico se tornó en excelencia sobre las virtudes femeninas para el cuidado. Paulatinamente, la figura del ama de casa se convertirá en el prototipo de mujer honorable y en el modelo ideal de familia” (Nuño, 2010: 26). Sin embargo, una vez creada la figura del ama de casa y establecidas sus tareas como norma social, éstas dejaron de tener valor. Si en los primeros recuentos censales de casi todos los países, las mujeres que realizaban trabajos domésticos para sus familias fueron clasificadas como “trabajadoras domésticas”, a lo largo de las primeras décadas del siglo XX éstas pasaron a formar parte de los grupos calificados como “inactivos”³ (Borderías, 2003). En tanto que no asalariadas, las amas de casa fueron consideradas “dependientes” de los cabezas de familia en un momento donde la norma social de empleo supuso otorgar valor al trabajo asalariado y a los trabajadores. Los derechos sociales⁴ se asociaron al trabajo y las mujeres quedaron en un segundo rango de ciudadanía, teniendo que luchar incluso por el derecho al voto.

Que las amas de casa no tuvieran derechos no significaba que no tuvieran trabajo que realizar. El taylorismo y la introducción de la mecanización en los hogares no redujo el número de horas dedicadas al trabajo doméstico. Más al contrario, desde principios del siglo XX, parece haberse dado un aumento del número de horas de dedicación a lo doméstico. Esto se debe a que cambió el tipo de tareas a realizar. Las más pesadas fueron sustituidas por la aparición de otras nuevas que requirieron nuevas aptitudes para ser desarrolladas. Se estableció una relación directa entre la higiene y la morbilidad y, posteriormente, entre la nutrición y la salud que obligaron al establecimiento de rígidas normas sobre la higiene privada, haciendo recaer en el ama de casa el mantenimiento de la salud, la vida y el bienestar del resto de la familia⁵. También se desarrollaron nuevas enseñanzas sobre puericultura, higiene y nutrición y a éstas con el tiempo se añadieron las enseñanzas escolares.

³ Desde distintas disciplinas del feminismo la “inactividad” femenina ha sido muy cuestionada. Desde la historiografía, por ejemplo, la postura malthusiana reclamó la maternidad como un trabajo, lo que llevó aparejado la defensa del derecho de huelga (“huelga de vientres”) y las primeras reivindicaciones de un salario para el ama de casa datan de finales del XIX (Carrasco, Borderías y Torns, 2011: 23 y 24). Desde la economía se ha desarrollado toda una metodología de análisis para diseñar una EPA alternativa por Carrasco y otros (2004) y desde la sociología, autoras como M^a Ángeles Durán (2000) se han dedicado a cuantificar en tiempo y dinero la contribución femenina a la economía. Por otra parte, este tema ha sido central a la hora de criticar la concepción de la ciudadanía en la modernidad, ya que al otorgar derechos en función de la condición laboral de las personas se ha excluido a una parte importante de mujeres.

⁴ Se aplica en el texto la denominación de Thomas Humphrey Marshall (1998) de derechos: civiles, políticos y sociales. En este sentido se observa cómo determinados derechos sociales como el derecho a un salario o a la protección social (jubilación, seguridad social, desempleo, bajas laborales por enfermedad, maternidad o accidentes laborales) no se aplican a las mujeres que trabajan en su propio hogar.

⁵ Véase Bourke (1993). Cfr. en Borderías, Carrasco y Torns (2011: 25)



El descubrimiento de los microbios también contribuyó a la extensión de las horas de trabajo doméstico puesto que se intensificó la dedicación del tiempo dedicado a la limpieza del hogar y la ropa. La buena madre era la que aplicaba los nuevos principios científicos al cuidado de los suyos (Ehrenreich y English, 1990). Y todo ello se fue percibiendo menos como trabajo y más como un ejercicio de amor maternal, indelegable, en tanto que tenía una dimensión emocional. Es así como aparece el trabajo de cuidados dentro del doméstico, cuya complejidad reside en su doble dimensión: por un lado, laboral y por otra, emocional.

3. El trabajo doméstico como antecedente al de cuidados.

Para las feministas socialistas de los setenta, el trabajo doméstico fue el tema central a analizar para indagar las bases materiales de su opresión. Era esencial diseñar estrategias emancipadoras, pero para ello debían analizar la posición que ocupaban las mujeres. Era obvio que las mujeres se ocupaban del trabajo doméstico, pero este trabajo ¿beneficiaba al capital en cuanto conseguía gratuitamente la reproducción social o por el contrario lo hacía a los propios esposos que recibían los bienes y servicios producidos por el ama de casa? Se dio paso así a la famosa polémica sobre el trabajo doméstico con la que se trataba de dilucidar si las mujeres eran una clase social diferenciada o no y, por tanto, si era o no necesaria una lucha feminista al margen del movimiento obrero⁶.

Pero ¿por qué las feministas hablan de trabajo para referirse al entorno doméstico cuando, por ejemplo en España la *Ley de Accidentes de Trabajo*, de 1900, entendía por operario “todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”⁷ (Gaceta de 31 de enero de 1900)? Porque su objetivo era hacer visible la aportación social de las mujeres y para ello se usaron las viejas categorías disciplinares que partían del modelo de empleo asalariado masculino como referente.

Así, comparando el trabajo doméstico con el extradoméstico, se argumentó que el primero era también trabajo porque era una “actividad con un objetivo dado, que requiere un gasto de tiempo y energía, forma parte de una división social de las tareas y es separable de la persona que lo realiza” (Himmelweit, 2011: 203). Era algo muy distinto del ocio y suponía un coste de oportunidad. Si estaban ocupadas en eso no podías hacer otras cosas. Además, las mujeres aportaban una parte de los productos y servicios que se necesitaban en el hogar bajo una forma clara de división del trabajo: en las familias, los hombres contribuían con dinero para comprar bienes y servicios y las mujeres lo hacían aportando su trabajo en forma de bienes de consumo y de producción directa en el hogar. La implicación era que no se podía considerar a las mujeres dependientes, puesto que también eran trabajadoras y merecían el respeto y las compensaciones que se ofrecían al resto de trabajadores.

Y ¿si merecían las mismas compensaciones, por qué no hablar de la retribución del mismo? Algunas teóricas como Dalla Costa no dudaron en demandar el salario doméstico. Sin embargo, esta cuestión siempre ha estado rodeada de polémica. Había una parte del movimiento feminista que entendía que no se podían

⁶ La necesidad de un movimiento autónomo resultó una evidencia y el debate comenzó con el artículo de Berston (1969). A esta se añadieron autoras como Mariarosa Dalla Costa (1972) y Anne Oakley (1974). Todas ellas trataron de dar valor a las actividades realizadas por las mujeres ya fuera dentro del hogar, como fuera, en el mercado laboral.

⁷ La Ley de accidentes de trabajo se encuentra disponible en: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Focw.uniovi.es%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D1551&ei=4XjyU-irKYv07AarioC4Bg&usq=AFQjCNEjopjajacJsRrMLaSiX7G8_4Ftiq&sig2=0w4RX_7OjduTKvrysEERwg&bvm=bv.73231344.d.ZGU (Fecha de consulta: 19 de agosto de 2014).

mercantilizar los afectos. Ahora bien, si esta actividad no se realizaba a cambio de dinero ¿cuál era el elemento que lo define como trabajo? Dos han sido los principios que se han aplicado para definir las tareas del hogar como trabajo y poderlas contabilizar: el primero fue el de utilizar el principio del tercero⁸, es decir, “si existe o no un equivalente comercial” (Colectivo IOE; 2001: 41). El segundo, el de “delegabilidad”, es decir, si aquella actividad podría ser delegada a una tercera persona y cuánto costaría delegarla.

Sin embargo, pronto saltaron las críticas por intentar analizar el trabajo doméstico bajo parámetros de mercado. Según Cynthia Wood (1997) hay actividades no remuneradas que, aunque tienen sustitutivos en el mercado, no se consideran económicas y no se pueden delegar -como los afectos, el sexo o la reproducción biológica-. También Susan Himmelweit (2011), remarca el hecho de que si una característica del trabajo asalariado era que lo importante era el producto final, siendo irrelevante quién realizara la actividad, en el trabajo doméstico este último aspecto era importante.

El resultado final lo sintetiza Amaia Pérez Orozco (2006: 103) observando que hay un consenso general en definir el trabajo doméstico como aquel que produce bienes y servicios para el auto-consumo, no para el intercambio mercantil; es decir, genera valores de uso para el consumo inmediato de la familia. Además, se da bajo una relación privada y no existe posibilidad de especialización que permita un aumento de productividad. Se realiza en el ámbito privado de la familia y las trabajadoras domésticas tienen más control sobre su propio trabajo, ritmos y horarios del que disfrutaban otros trabajadores asalariado/s. A estos aspectos se añade la peculiar remuneración en especie⁹. Por otra parte, ya se empezó a diferenciar entre las tareas domésticas más mecánicas y otras de carácter más relacional y emocional como las de cuidados. Waerness y Ringen (1987) mostraron que el trabajo doméstico se rige por unos criterios distintos que los demás trabajos en razón de la relación personal que se va desarrollando entre la persona que cuida y la que es cuidada.

Había nacido el término “cuidados” tal y como hoy se conoce, y para el cual, además de las aportaciones posteriores, fue vital el ensayo de Ulrike Prokop (1978), *La realidad y el deseo. La ambivalencia femenina*¹⁰, en el que caracterizaría el trabajo doméstico de las mujeres como orientado a las necesidades y al cuidado de las personas. Este análisis anticipaba las características de los que serían llamados, durante los años ochenta, los “trabajos de cuidados” desarrollados no sólo en la familia sino para el mercado (Borderías, 2000: 62).

⁸ Este criterio fue empleado por Margart Reid (1934) en *Economics of Household Production*, a partir de la cual han seguido abundantes propuestas. En general se ha tratado de contabilizar su aporte en dinero o en tiempo. Para medirlo en dinero se han empleado tres criterios: a) El coste de oportunidad en el que las horas de trabajo doméstico son valoradas por el salario que deja de ganarse, b) el coste de reemplazo, lo que costaría contratar a una persona como empleada doméstica o c) el coste del servicio, calculando por separado cada función por su precio en el mercado.

⁹ Sobre esto hay toda una polémica. Mientras Delphy (1982) mantiene que es una prestación de servicio gratuito, Bergmann (1986:83) considera que “la paga del ama de casa consiste en: habitación, complementos para la cocina y ropa, cuidado médico, vacaciones con todos los gastos pagados y los beneficios que obtiene de sus propios servicios domésticos”.

¹⁰ Citado en su traducción italiana por Borderías (2000: 62).



4. Los cuidados y el trabajo de cuidados.

La acepción más laboral del cuidado apareció en los textos de autoras italianas, pero ha sido la noción del “care” proveniente de la sociología anglosajona la que hasta ahora ha alcanzado un mayor reconocimiento. Se menciona a Hilary Graham (1983) como una de las pioneras en esta cuestión. Ella puso el acento en los sentimientos y emociones en los que se enmarcan los cuidados, destacando que se trata de tareas femeninas¹¹.

A partir del término “care” se ha desarrollado todo un campo de análisis en el que se “analiza la complejidad de los cuidados al incorporar simultáneamente tanto los sentimientos como los tipos de acción: el “care” como actividad o trabajo, como aspecto práctico (*caring for*, ocupación) y el “care” como disposición o actitud, un aspecto cognitivo (*caring about*, preocupación)” (Martín Palomo, 2008: 32). El cuidado abarca desde el cuidado físico, que resulta más fácil de registrarse como la limpieza y la colada y que puede ser independiente de la relación entre la persona cuidada y la cuidadora, hasta el cuidado emocional, en el cual la persona que cuida es inseparable del cuidado que presta (Himmelweit, 2011: 211).

Los cuidados existen en muy diversos lugares de la sociedad, en múltiples relaciones y las personas cuidan y son cuidadas en muchos momentos de su existencia. Por ello, aunque el vocablo cuidados nació muy ligado al trabajo femenino no remunerado del hogar, con el paso del tiempo, se fue incorporando al ámbito público en forma de trabajo remunerado, y poco después se utiliza como categoría de análisis referida al Estado de Bienestar. Incluso se llega a hablar de “Social care” para el conjunto de las actividades y las relaciones que intervienen en la satisfacción de las necesidades físicas y emocionales de las personas adultas dependientes y de los niños y niñas, y los marcos normativos, económicos y sociales en los que aquellas se asignan y se desarrollan (Daly y Lewis, 2011: 231). A estas necesidades el Estado de bienestar debería dar respuesta y de hecho en la Recomendación (98) 9 (Consejo de Europa, 1998), se plantea que “incumbe a los poderes públicos garantizar la calidad de los cuidados”. En el Estado Español la concreción de este planteamiento se tradujo en la Ley 39/2006, sin embargo, los problemas de su aplicación han reforzado la existencia de una migración femenina específicamente dedicada a los cuidados, fenómeno al que se le ha dado el nombre de las “cadenas globales de cuidados”¹².

Como se puede comprobar, el término cuidados se ha ampliado y ha originando nuevas derivaciones, pero en ese componente afectivo, relacional, emocional y subjetivo que contiene reside su gloria y su miseria. Esa idea de que se realiza por afecto o por un sentido de la responsabilidad para con otra gente, sin esperar una remuneración pecuniaria inmediata (Folbre; 1995: 75), no hace sino dificultar su entendimiento. Habría que indagar más sobre esta dimensión del amor, el afecto y el altruismo, porque el trabajo remunerado y también el no remunerado no es siempre producto del amor y la solidaridad, puede ser el resultado de la coacción, del sentido del deber, de relaciones de poder, o pueden llevar al desprecio, a relaciones opresivas y de maltrato por quien cuida (Izquierdo; 2004).

¹¹ Esta idea de base identitaria guarda una estrecha relación con la distinción que estableció Carol Gilligan (1982) entre la ética del cuidado y la ética de la justicia, como propias de cada uno de los géneros, la del cuidado del femenino y la de la ética del masculino.

¹² Aquellas personas de países pobres, cual eslabones, que salen de su país, a veces dejando a sus propios hijos e hijas al cuidado de sus madres o de otros familiares, para llegar a un país rico y hacerse cargo de los cuidados de los hijos e hijas y de las personas ancianas que las mujeres de esos países no pueden cuidar.

Por otra parte, también persiste una relación identitaria entre cuidados y feminidad con la que se corre el riesgo de idealizar los cuidados en exceso y olvidar la parte de tiempo, habilidad, energías, disponibilidad, renuncia a lo personal, etc. que los cuidados también suponen para las personas cuidadoras. En un tiempo en el que la normativa actual parece encaminada a conseguir que las mujeres vuelvan al hogar, al sacralizar los cuidados a partir de planteamientos identitarios se corre el riesgo de contribuir a reforzar tendencias ideológicamente contrarias a las que desde el feminismo se vienen defendiendo. Por el contrario, parece avanzarse en una corriente que apuesta por el referente “trabajo de cuidados”.

Hablar del trabajo de cuidados en este momento de crisis de la ciudadanía laboral no puede ser más pertinente, puesto que frente a la resignación que supondría asumir la soberanía y los designios de los mercados, el pensamiento y la práctica feminista ofrece un nuevo paradigma de actuación: el de la sostenibilidad de la vida¹³.

El trabajo de cuidados representa un cambio radical de perspectiva que visibiliza la dependencia del sistema mercantil respecto a la economía del cuidado y debería otorgar a las personas cuidadoras derechos de ciudadanía. Este enfoque -al que se acostumbra llamar *de la reproducción social*- abre nuevas vías de crítica al sistema capitalista (Carrasco, Borderías, Torns, 2011: 50) en lo que tiene de explotación de la naturaleza, de los hombres sobre los hombres y de los hombres sobre las mujeres. El planeta, las sociedades, las personas y las relaciones se mantienen si se cuidan, apostar por los cuidados es hacerlo por la sostenibilidad de la vida.

Bibliografía

- BERGMANN, B.R. (1986), *The economic emergence of women*, Basic Book, New York.
- BERSTON, M. (1969), “The political Economy of Women’s Liberation”, *Monthly Review*, 18 (2), pp. 13-27.
- BORDERÍAS, C. (2000), “La feminización de los estudios sobre el trabajo de las mujeres (1969-1999)”. En: *Mujeres: unidad y diversidad. Un debate sobre la identidad de género*, Madrid, Federación de Enseñanza de CC.OO.
- BORDERÍAS, C. (2003), “La transición de la actividad femenina en la Cataluña contemporánea. Teoría y realidad en el sistema estadístico moderno “. En: SARASUA, E. y GALVEZ, L. (eds), *Privilegios o eficiencia. Hombres y mujeres en los mercados de trabajo*, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 241-276.
- BOURKE, J. (1993), *Husbandry to housewifery: Women, economic change and House-work in Ireland*, Clarendon Press, Oxford.
- CARRASCO, C., MAYORDOMO, M., DOMINGUEZ, M. y LABART, A. (2004), *Trabajo con mirada de mujer. Propuesta de una encuesta de población activa no androcéntrica*, CES, Madrid.
- CARRASCO, C., BORDERÍAS, C. y TORNS, T., (2011), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y política*, Los Libros de la Catarata, Madrid
- COLECTIVO OIE (2001), “Flujos migratorios internacionales. Marcos de comprensión y características actuales”, *Revista Migraciones*, no. 9, pp. 7-45.
- CONSEJO DE EUROPA (1998), *Recomendación nº (98) 9 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a la dependencia*. Anexo a la Recomendación nº

¹³ Para una propuesta concretada al ámbito sindical, véase Marugán Pintos (2014)



- R (98), 1998, vol. 9, disponible en: <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN10476/3-10476.pdf> (fecha de consulta: 10 de agosto de 2014).
- DALLA COSTA, M. y JAMES, S. (1972), *The Power of Women and the Subversion of the Community*, Falling Wall Press Ltd, Londres.
- DALLA COSTA, M. (2006), "La sostenibilidad de la reproducción: de las luchas por la renta a la salvaguardia de la vida". En: LEGARRETA IZA, M., AVILA CANTOS, D., PÉREZ OROZCO A., *Transformaciones del trabajo desde una perspectiva feminista*, Madrid, Tierradenadie Ediciones, pp. 59- 78.
- DALY, M. y LEWIS, J. (2011), "El concepto de 'Social Care' y el análisis de los Estados de bienestar contemporáneos". En: CARRASCO, C., BORDERÍAS, C. y TORNOS, T. (2011), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y política*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 225- 251.
- DELPHY, C. (1982), *Por un feminismo materialista. El enemigo principal y otros textos*, laSal, Barcelona.
- DURÁN, M.A., (2000), *La contribución del trabajo no remunerado a la economía española: alternativas metodológicas*, Instituto de la Mujer, Madrid.
- EHRENREICH, B. y ENGLISH, D. (1975), "The Manufacture of Housework", *Socialist Revolution*, vol. 26, pp. 5-41.
- EHRENREICH, B. y ENGLISH, D. (1990), *Por su propio bien, 150 años de consejos expertos a las mujeres*, Taurus, Madrid.
- FARIÑAS DULCE, M.J. (2010), "Cultura de la legalidad y gobernanza legal". En: VILLORIA MENDIETA, M. y WENCES SIMÓN, M., *Cultura de la legalidad*, Madrid, Los libros de La Catarata, pp. 119-132.
- FOLBRE, N. (1995), "Holding Hands at Midnight: The Paradox of Caring Labour", *Feminist Economics*, (1)1, pp. 73-92.
- GILLIGAN, C. (1982), *In a different Voice. Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press, Cambridge (Mas).
- GRAHAM, H. (1983), "Caring: a labour of love". En: FINCH, J. y GROVES, D., *A labour of love: women, work and caring*, Routledge-Kegan, Londres.
- HEINEN, J. (1978), *De la 1ª a la 3ª Internacional: la cuestión de la mujer*, Editorial Fontamara, Barcelona.
- HIMMELWEIT, S. (2011) "El descubrimiento del trabajo no remunerado: consecuencias sociales de la expansión del término trabajo". En: CARRASCO, C., BORDERÍAS, C. y TORNOS, T., *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y política*, Madrid, Los Libros de la Catarata, pp. 199- 224.
- IZQUIERDO, M.J. (2004), "Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: hacia una política democrática del cuidado", *Congreso Internacional SARE Cuidar cuesta: costes y beneficios del cuidado*, EMAKUNDE, Vitoria, pp. 119-154.
- MARSHALL, T. H. (1998), *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid.
- MARUGÁN PINTOS, B. (2014), "En las encrucijadas de neoliberalismo patriarcal", disponible en: <http://www.espacio-publico.com/los-sindicatos-en-tiempos-neoliberales#comment-1537> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2014).
- MARTÍN PALOMO, M.T. (2008), "Domesticar el trabajo: una reflexión a partir de los cuidados", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 26 (2) pp. 13-44.
- NUÑO GÓMEZ, L. (2010), *El mito del varón sustentador*, Icaria, Barcelona
- OAKLEY, A. (1974) *The Sociology of Housework*, Martin Robertson, Londres.
- PATEMAN, C. (1995), *El contrato sexual*, Cátedra, Madrid.
- PÉREZ OROZCO, A. (2006) *Perspectivas feministas en torno a la economía: el caso de los cuidados*, Consejo Económico y Social, Madrid.
- PROKOP, U. (1978), *Realtà e desiderio. L'ambivalenza femminile*, Feltrinelli, Bologna.
- REID, M. (1934), *Economics of household production*, J. Wiley & Sons, New York.
- THOMPSON, E., (1989) *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, Crítica, Barcelona.

- WAERNESS, K. y RINGEN, S. (1987): "Women in the Welfare State: The Case of Formal and Informal Old-Age Care". En: ERIKSON, R., HANSEN, E. J., RINGEN, S. y UUSITALO, H., *The Scandinavian Model*, Shape, New York, pp. 161-173.
- WOOD, C. (1997), "The first world/third party criterion, a feminist critique of production boundaries in economics", *Feminist Economics*, 3(3), pp. 47-68.



Criminología

Carmen Lamarca Pérez
Universidad Carlos III de Madrid
carmen.lamarca@uc3m.es

Resumen

La criminología es una ciencia que por métodos empíricos estudia el comportamiento delictivo y las formas de reacción social. Partiendo de que el delito constituye un problema social y comunitario, analiza los factores que pueden influir o conducir a su realización y, sobre todo en los últimos tiempos, dedica una especial atención a los estudios victimológicos y a las formas de control social que se establecen para prevenir o tratar el delito.

Palabras clave

Criminología, delito, delincuente, víctima, control social.

Criminology

Abstract

Criminology is a science that making use of empirical methods studies criminal behavior and the ways in which society reacts. Based on the premise that crime constitutes a social problem, criminology analyzes the factors that may affect and lead to crime, giving special attention to victimology studies and types of social control established to prevent and treat crime.

Keywords

Criminology, crime, delinquent, victim, social control.

Hasta hace relativamente poco tiempo la investigación sobre el delito se limitó al análisis jurídico. Como es sabido, la denominada Escuela Clásica concibió el estudio del delito y del delincuente sólo como categorías jurídicas constituyendo su preocupación fundamental la elaboración de un sistema de interpretación y aplicación de la ley penal. Frente a esta concepción, la Escuela Positiva, de la que surge la criminología, quiere, por el contrario, atender sobre todo a la realidad social, a los factores que explican el delito. Si inicialmente Criminología y Derecho penal se presentaron como sistemas alternativos hoy en día, sin embargo, se reconoce la necesidad de utilizar ambos recursos que forman parte de las llamadas ciencias penales. La finalidad de todo ello, en definitiva, es prevenir el delito, intentar evitar que se produzca y para ello resulta necesario saber su origen, conocer los motivos de su realización pero también conocer qué medidas jurídicas hay que tomar frente al mismo y que finalidad deben perseguir estas medidas.

La criminología es una ciencia penal que, por medio del método empírico, estudia el comportamiento delictivo y las formas de reacción social frente al mismo. Se trata de una ciencia del “ser”, de una ciencia fáctica que intenta verificar sus aportaciones utilizando un método inductivo basado en la observación de la realidad. Que se trate de un saber empírico no significa, sin embargo, que tenga que ser siempre o necesariamente un saber experimental. Para que pueda ser considerado científico un conocimiento no tiene que ser siempre demostrable por medio del experimento, ni siquiera las características de generalización o de observación son elementos esenciales de toda ciencia y así, por ejemplo, se ha puesto de manifiesto que la astronomía no experimenta y los matemáticos no hacen observación y no por ello estas disciplinas dejan de tener carácter científico ni de resultar fiables; junto a ello hay que señalar que el criminólogo no tiene al método empírico como al único método pues no podemos perder de vista que el delito constituye también un fenómeno cultural y humano.

Para alcanzar sus resultados y así, por ejemplo, conocer cuáles son las tasas de delincuencia de un determinado ámbito espacial o los tipos de delitos que se producen con mayor frecuencia, las técnicas de investigación que más se utilizan en la criminología son, en primer lugar, las estadísticas oficiales, que constituyen descripciones transversales de la criminalidad que responden a criterios cuantitativos; entre ellas, destacan las estadísticas policiales (que, por ejemplo, nos dicen las denuncias interpuestas clasificadas por lugares o por tipo de delitos), las de la Fiscalía General del Estado o las Judiciales (que se refieren sobre todo a sentencias dictadas o asuntos que se archivan sin llegar a juicio) o las relativas a los datos sobre prisiones. Una técnica de investigación alternativa a las estadísticas que en los últimos tiempos ha experimentado un notable auge son las llamadas Encuestas de Victimización que constituyen un buen método para medir las tasas delictivas y su evolución y que además recogen datos que no aparecen en las estadísticas oficiales, esto es, permiten que aflore la llamada cifra negra o de delincuencia oculta. Existen muchas otras técnicas de investigación criminológica como la exploración o la entrevista destacando la técnica de la observación que surge en la Antropología social y que más tarde se generaliza para la investigación de determinadas parcelas del ámbito psíquico y social del examinado.

Pero hemos definido la criminología como una ciencia penal que estudia empíricamente el delito y cuyo objeto se extiende también al estudio del delincuente, de la víctima, e incluso de las formas de control social. En el estudio del delito el criminólogo, partiendo del concepto legal de delito, amplía su campo de investigación a todas aquellas conductas que pueden incidir, ir asociadas o estar en el origen de los delitos y así, por ejemplo, resulta muy común el estudio criminológico de acciones como el consumo de drogas, el suicidio, el alcoholismo,



etc. que se revelan como sumamente útiles para conocer el origen o las motivaciones de la actividad delictiva. Podríamos decir en este sentido que frente al Derecho penal, interesado sobre todo en saber si la conducta encaja en la norma penal (si la muerte, por ejemplo, constituye un delito de homicidio), la Criminología quiere saber más, más sobre los hechos, más sobre quien los realiza o sobre quien los padece, quiere, en definitiva, ir al fondo del problema.

En todo caso, para la criminología el delito se presenta como un problema social y comunitario, es decir que no sólo debe interesar al infractor y a la víctima concreta que lo padece sino a toda la comunidad que debe involucrarse además en la búsqueda de soluciones. Además, como señala la denominada Escuela de Chicago, el estudio criminológico sobre el delito requiere que el investigador asuma una determinada actitud o empatía para poder aproximarse al objeto de su estudio concepto que, como sabemos, significa que el investigador debe tener capacidad para identificarse o saber ponerse en la situación del otro.

Con respecto al delincuente, que centró sobre todo en sus orígenes los estudios de la criminología, se analizan especialmente los factores que pueden conducirle o influirle en la realización de su conducta delictiva discutiéndose si cabe hablar, como señalaban las antiguas teorías de Lombroso, del delincuente nato o, como más modernamente se defiende, el delincuente es un hombre normal condicionado por múltiples factores como su herencia genética, su entorno social, las circunstancias que concurren en cada hecho y los factores de riesgo que pueden incrementar las posibilidades de delinquir.

Si bien es cierto que la Criminología ha operado a lo largo de la historia con diversas imágenes o estereotipos de delincuentes, los denominados prototipos criminales, hoy en día se parte más bien del postulado de la normalidad en cuanto a la existencia de delitos y delincuentes asumiendo que cualquier tipo de sociedad generará siempre una tasa inevitable de crímenes. Es más, incluso algún autor como Durkheim, nos habla de la funcionalidad del delito, es decir que el delito resulta necesario para el buen funcionamiento de la sociedad porque contribuye a la cohesión social. Desde esta perspectiva, se afirma que prohibir determinadas conductas y conminarlas con una pena permite de mejor modo al ciudadano distinguir nítidamente entre el bien y el mal y además la confianza en la aplicación de esas normas, en el cumplimiento de las penas en definitiva, hace que el ciudadano se encuentre más seguro y protegido.

En cuanto a la víctima, el tercer objeto de la Criminología, los estudios sobre las mismas son mucho más recientes que en los casos anteriores; desde que el ejercicio del Derecho a castigar se pone en manos del Estado, que ejerce un auténtico monopolio, la víctima comienza a ser olvidada y sólo la moderna victimología ha hecho que recobre en cierto sentido su papel protagonista. En la actualidad, se vienen realizando valiosas aportaciones estudiando, por ejemplo, los factores victimógenos (es decir las condiciones o situaciones que hacen que una persona pueda ser más proclive o más propensa a convertirse en víctima) y, sobre todo, propiciando una mayor atención del Estado que se traduce en la implantación de programas de asistencia y reparación a víctimas de delitos, de protección, por ejemplo, a testigos, o ensayándose incluso sistemas alternativos al clásico proceso penal como es el sistema de mediación entre delincuente y víctima.

Para empezar la victimología define a las víctimas como aquellas personas que han sufrido un daño bien por accidente, por catástrofe natural o por agresión humana; además, se suele considerar también víctima a los familiares de las personas que han sufrido este daño, al menos a los más cercanos, pues aunque

sea de modo indirecto ellos también pueden sufrir un perjuicio o menoscabo. En ocasiones, las víctimas son indeterminadas o tienen carácter colectivo, incluso cabe decir que todos somos víctimas como por ejemplo en los delitos contra el medio ambiente, y se habla también de delitos sin víctima cuando el hecho sólo afecta, al menos más directamente, al propio infractor como en el caso del consumo de drogas.

La criminología ha estudiado además, y especialmente, lo que se denomina la victimización primaria y secundaria. La experiencia que sufre directa o indirectamente la víctima cuando es objeto de un delito es lo que se denomina victimización primaria y para valorarla se tiene en cuenta el daño físico o psíquico experimentado pero también las secuelas que pueden generarse en el futuro. La victimización secundaria, por su parte, hace referencia a un momento posterior, cuando la víctima, en ejercicio de sus derechos, acude ante los tribunales de justicia lo que supone volver a revivir los hechos acaecidos situación que en algunos casos (delitos contra la libertad sexual sobre todo y especialmente en el caso de menores) puede tener consecuencias tan graves como la victimización primaria.

Es verdad que en algunos supuestos con el procedimiento penal comienza un largo calvario para las víctimas que puede dar lugar a la frustración de sus expectativas, pueden derivarse nuevos daños psicológicos y, en el mejor de los casos, le va a suponer sin duda una pérdida de dinero y de tiempo. Quizás por ello en los casos más leves la víctima tiene una gran tendencia a no presentar denuncia. Pero a mi juicio en muchas ocasiones todo ello se produce sencillamente por falta de información y esta falta de información, este desconocimiento, suele ser el gran problema de las víctimas; a veces, simplemente con saber qué se puede hacer (dónde y cómo denunciar), cómo se va a investigar el hecho delictivo o qué le va a ocurrir al autor del delito cuando sea detenido resulta suficiente para tranquilizar a las víctimas; sin duda alguna, una buena información es para las víctimas un principio de satisfacción.

Por último, la criminología se ocupa también de las denominadas formas de control social. El control social se define como el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones que se establecen para prevenir y tratar el delito y comprende tanto los llamados sistemas de control formales, como son la policía, el sistema de tribunales de justicia o el sistema penitenciario que son los que intervienen en última instancia para hacer frente al delito, como también las formas de control social que pudiéramos llamar previas, informales que día a día a lo largo de nuestra vida van formando y condicionando nuestro comportamiento. En este último sentido operan instituciones como la familia, la Escuela, la Universidad, el grupo de amigos, la profesión, el trabajo, etc. que constituyen también formas de control social, formas que influyen en nuestra conducta y la van adecuando a las normas de convivencia, en definitiva, que contribuyen a realizar lo que se denomina el proceso de socialización de todas las personas. Este proceso de socialización en primer lugar se intenta realizar por medio de los controles informales y cuando éstos fracasan entran en juego los controles formales. En este sentido no cabe olvidar que el Derecho penal, que impone las consecuencias más graves, en especial las penas privativas de libertad, debe concebirse entonces como el último recurso, como la última forma de intervención frente al delito cuando ya han fallado todos los demás sistemas de socialización; es lo que se denomina principio de intervención mínima: el uso de la fuerza estatal debe entonces reservarse sólo para los casos más graves



Bibliografía

- BERISTAIN, A. y DE LA CUESTA, J.L. (ed.) (1990), *Victimología*, Universidad del País Vasco, San Sebastián.
- BUSTOS, J. y LARRAURI, E. (1993), *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, Barcelona.
- CID, J y LARRAURI, E. (2001), *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona.
- COLLADO MEDINA, J. (Coordinador) (2007), *Elementos básicos de Investigación Criminal*, Instituto Universitario General Gutierrez Mellado, Madrid.
- ESER, A., HIRSCH, H., ROXIN, C., y et al. (1992), *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. (2001), *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARRIDO GENOVES, V. (2006), *Principios de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. (2001), *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SERRANO GOMEZ, A. (2007), *Historia de la Criminología en España*, Dykinson, Madrid.
- SERRANO MAILLO, A. (2005), *Introducción a la Criminología*, 4ª ed., Dykinson, Madrid.



Cultura jurídica

Rocío del Carmen López Medina
Universidad Autónoma de Nayarit
shio.lopez777@gmail.com

Resumen

En los últimos 40 años el concepto de “cultura jurídica” ha ganado mucha importancia en diversos ámbitos de estudios, como en sociología del derecho, teoría del derecho y derecho comparado. Esto se debe a la necesidad de conectar una noción formal como conjunto de normas con las concretas actividades de los operadores jurídicos, profesionales y profanos, en un contexto social. En esta entrada, intento identificar algunos rasgos básicos del concepto de cultura jurídica a partir de las contribuciones de Lawrence Friedman y Giovanni Tarello.

229

Palabras clave

Cultura jurídica, sistema jurídico, operadores jurídicos, interpretación, ideología.

Legal Culture

Abstract

In the latest 40 years the notion of "legal culture" has taken the pride of place in different fields of study, as in legal sociology, jurisprudence, comparative legal studies. This is due to the necessity to connect the formal notion of legal system as a set of norms with the concrete activities of citizens and legal professionals in a social context. In this entry I try to identify some central features of the concept of legal culture considering the contributions of Lawrence M. Friedman and Giovanni Tarello.

Keywords

Legal culture, legal system, legal operators, interpretation, ideology.

1.

Se ha sostenido de manera generalizada la idea de que el derecho puede ser entendido como un conjunto de normas dotado de cierta estructura¹. Pero esta idea, por sí sola, no considera directamente la ubicación en un contexto específico de tales normas, en el que dicho conjunto o sistema tiene una “existencia” social. Sin embargo, los criterios por los que se individualizan las normas y los conjuntos de normas relevantes jurídicamente sí parecen depender de prácticas sociales concretas².

En tiempos recientes la noción de *cultura jurídica* ha tenido auge importante en varias discusiones de teoría y sociología del derecho, tomándose como puente entre los conjuntos de normas, en su sentido más formal, y las prácticas sociales, en su sentido más antropológico³. Si el sistema jurídico rige en un contexto social o entorno particular, se ha argüido, su existencia afectará y se verá afectada por la concreta cultura jurídica de dicho contexto o entorno. Siendo esto así, la necesidad de entender este concepto asume particular relevancia para la teoría del derecho.

Cabe subrayar, sin embargo, que la misma expresión “cultura jurídica” sufre múltiples y graves problemas de indeterminación semántica y conceptual, ya que resulta de la conjunción de dos vocablos y conceptos – “cultura” y “derecho” – a su vez indeterminados. Además parece oportuno traer a colación una advertencia de Giovanni Tarello (1975: 344): no está dicho que se pueda explicar un concepto complejo (expresado mediante una combinación de vocablos) a través de una mera definición por separado de cada componente (piénsese en la expresión “caja china”).

230

2.

Ahora bien, dando por sentadas estas dificultades, me parece que un acercamiento a nuestros problemas tenga que comenzar precisamente por el análisis del concepto de cultura⁴, que ha recibido un tratamiento amplio y diversificado en ámbitos teóricos distintos: antropología, etnología, sociología, historia, política y filosofía, entre otros. En muchos de estos ámbitos se ha llegado a reconocer que agrupar consistentemente las distintas definiciones de “cultura” es imposible sin un enorme número de categorías y una elevada dosis de artificialidad (Kroeber y Kluckhohn, 1963: 77; Williams, 1982).

¹ Cfr. Kelsen (1960); Hart (1961); Alchourron y Buligyn (1975); Ratti (2008).

² Cfr. Navarro y Moreso, (1996: 119-139).

³ Cfr., entre otros, Friedman (1969); Chase (1986); Pérez Lledó (1996); Cotterrell (1997); Nelken (1997); Casanovas (1999); Squella (2001); Gallego (2009).

⁴ El diccionario etimológico on-line disponible en la página web: <http://etimologia.wordpress.com/2007/04/13/cultura/> (fecha de consulta: 12 Marzo 2012) contiene la siguiente voz: “Del lat. ‘cultura’ (cfr. it. ‘cultura’, fr. ‘culture’, ingl. ‘culture’, al. ‘raiz Kultur’) pp. fem. del verbo ‘colere’ – ‘cultivar, labrar, cuidar’, de indoeuropea *k^wel- ‘ambular, girar, habitar’, de donde derivan en gr. Πέλομαι, ‘pélomai’ – ‘estoy en movimiento’, o τέλος ‘télōs’ – ‘final’ (originariamente ‘cambio’, ‘vuelta’) o πολεῖω ‘poléuo’ – ‘me muevo’ o en κύκλος, ‘kýklos’ – ‘círculo, rueda’ (donde la raíz *k^wel- mantiene la ‘k’ inicial); o bien en irl. ant. ‘coll’ – ‘carro’, o en ang. saj. ‘heals’ o al. ‘Hals’ – ‘cuello’ (lat. ‘collum’) y en lit. ‘kelys’ – ‘rodilla’. En lat. se refería originalmente al trabajo en el campo (de donde proviene la palabra ‘agricultura’, siendo ‘ager’ ‘campo’) y está emparentado con las palabras latinas ‘colonia’ – ‘asentamiento’ e ‘incola’ – ‘habitante de un pueblo’ o ‘agricola’ – ‘habitante de un campo’. En la época moderna pasaría el término a significar ‘educación’ (figurativamente de ‘cultivo intelectual de una persona’, como en ‘cultura animi’ – ‘el cultivo del alma’) y más tarde para designar a la proeza intelectual de todo un pueblo o civilización”.

A pesar de ello, creo que es posible mostrar que el concepto de cultura no es esencialmente controvertido, sino que posee algunos rasgos mínimos identificables. Con el fin de describirlos, tal vez resulte conveniente mencionar algunas definiciones clásicas. Según Edward Burnett Tylor (1871:1), el sustantivo abstracto ‘cultura’ designa el resultado de un proceso de aculturación, proceso que requiere poner en obra *capacidades intelectuales*: “La cultura, o civilización, es aquella compleja totalidad que incluye conocimientos, creencias, arte, derecho, moral, costumbres y cualquier otra capacidad y hábito de conducta adquiridos por los hombres en cuanto miembros de la sociedad” (la traducción es mía)⁵. Esta resulta particularmente importante porque constituye un intento de delimitar el ámbito de los estudios antropológicos. A partir de ella, se produjo un acuerdo bastante generalizado en antropología, donde la cultura se consideraba y se considera como un hecho natural básico de toda organización social y sus diferentes modos de darse sirven para explicar las diferencias entre las sociedades reales.

Sin embargo, la idea de una continuidad entre naturaleza (*natura*) y cultura ha sido cuestionada en filosofía. Una segunda definición, ofrecida por Robert Brandom (2002: 41), pone de manifiesto este punto: “En primer lugar, estoy interesado en la división entre la naturaleza y la cultura. En ese contexto, podemos identificar el ámbito de lo cultural con las actividades que o bien consisten en la aplicación de los conceptos en el juicio y en la acción, o bien presuponen esas capacidades. Las *Geistwissenschaften* tienen como objeto propio el estudio del uso de los conceptos y las cosas que hace posible dicho uso –las actividades de las que sólo los usuarios de los conceptos son capaces–. (...) Las actividades y los productos culturales se convierten en explícitos solo mediante el uso del vocabulario normativo que, en principio, no es reducible al vocabulario de las ciencias naturales (aunque, por supuesto, los mismos fenómenos son accesibles en ese vocabulario bajo otras descripciones)”. Los procesos de aculturación, entonces, no conllevan el ejercicio de capacidades intelectuales genéricas, sino de habilidades que se reflejan en el *uso de conceptos*, los cuales pueden ser vistos como normas lingüísticas y lógicas implícitas en las prácticas sociales.

De su parte, Georg Simmel (1988: 105) afirma: “cultura significa aquel tipo de perfección individual que sólo puede consumarse por medio de la incorporación o utilización de una figura suprapersonal, en algún sentido ubicada más allá del sujeto. El valor específico del estar-cultivado resulta inaccesible para el sujeto si no lo alcanza por el camino que discurre sobre realidades espirituales objetivas; éstas, por su parte, son valores culturales sólo en la medida en que conducen a través de sí aquel camino del alma desde sí misma hasta sí misma, desde aquello que podría denominarse su estado natural hasta su estado cultural”. Para Simmel, el de cultura sería una suerte de “concepto-puente” que expresa una relación entre la necesidad subjetiva de comprender el mundo y la búsqueda de cierto fundamento práctico o técnico del orden social. Y es justamente la *dimensión social* de la cultura (que también aparece en las anteriores definiciones), en mi opinión, el tercer elemento fundante del concepto.

La definición operativa y mínima que voy a utilizar es entonces la siguiente: la cultura es el producto de un proceso *social* de aculturación que requiere el ejercicio de *capacidades intelectuales* y consiste en el uso y desarrollo de *conceptos*.

⁵ En el original inglés: “Culture, or civilization, [...] is that complex whole which includes knowledge, belief, art, law, morals, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as member of society”.



3.

La reflexión en teoría y filosofía del derecho no es ajena al denominador común identificado a partir de las anteriores definiciones. Se podría decir que la cultura jurídica es un proceso social que se manifiesta en el uso de conceptos específicamente *jurídicos*. Con lo cual, la diferencia específica de esta noción dependería de su segundo componente: el concepto de derecho. Por razón de espacio, no me detendré en los conocidos problemas que afectan a este segundo elemento. Me centraré en cambio en el uso formal de la expresión “cultura jurídica” por Lawrence Friedman (1964; 1975), quien pretendía “explicar” el funcionamiento del sistema jurídico sirviéndose del lenguaje sociológico (i.e., su uso reiterado de la noción de *legal impact* aparece como un rango de medida de la conducta de las personas como respuesta a las normas jurídicas).

Friedman asume una idea muy general de cultura en términos de estados y actitudes intencionales de los miembros de un grupo social. Sin embargo, él traza una distinción entre una cultura jurídica “interna” y una “externa” (Friedman, 1975: 223): la cultura jurídica “externa” es “el conjunto de las ideas, valores, opiniones, expectativas y creencias que las personas en sociedad mantienen frente al sistema jurídico y sus diversos componentes”; la cultura jurídica “interna” es “aquella que es propia de los miembros de la sociedad que realizan actividades jurídicas especializadas”⁶.

Las anteriores definiciones encontraron acogida entre muchos sociólogos con interés por el derecho, pero fueron recibidas con cautela por los teóricos del derecho⁷. No faltaron críticas muy duras: para algunos autores tales definiciones eran inservibles porque imprecisas⁸, para otros necesitaban reformulación⁹. Los intentos de reformulación pasan por revisar la interconexión entre los elementos del aparato de la teoría sociológica de Friedman diseñando una red conceptual distinta que permita desarrollar teorías capaces de subrayar los diferentes roles significativos de los factores culturales a través de un enfoque interpretativo y no explicativo (Nelken, 2004).

Sin embargo, es posible también hablar de cultura jurídica entendida no como cultura (general) *respecto al* derecho, sino como cultura *en el* derecho. En los términos de la definición operativa anteriormente propuesta, la cultura (externa, general) respecto al derecho consistiría en un uso “lego” de los conceptos jurídicos: diversamente de la cultura (interna) en el derecho, carecería de los criterios técnicos de determinación del contenido de cada ordenamiento jurídico que los juristas adquieren mediante estudios teóricos y prácticas profesionales.

La diferencia entre cultura jurídica interna y externa es la que funda la distinción entre una sociología *del* derecho y una sociología *en el* derecho. La llamada “sociología en el derecho” (o meta-jurisprudencia descriptiva) tiene como elemento clave la noción de cultura jurídica (interna), mediante la cual se pretende comprender la noción de derecho positivo a través de las actividades prácticas aplicadas para determinar los contenidos del sistema¹⁰. Para Tarello (1988: 24) “cultura jurídica” indica el “conjunto de actitudes, modos de expresarse, maneras de argumentar propio de los operadores jurídicos”. Esta noción expresa entonces el

⁶ Un elemento clave de distinción entre la cultura jurídica interna y la cultura jurídica externa es la socialización o adoctrinamiento que se realiza a través de la formación profesional, en las escuelas de derecho.

⁷ Sobre este tema, cfr. Tarello (1977: 1-18); Squella (2000).

⁸ Cfr. Cotterrell (1997)

⁹ Cfr., por ejemplo, Nelken (2004).

¹⁰ Cfr. Tarello (1974; 1977).

conocimiento tanto práctico como teórico de las técnicas expositivas e interpretativas de quienes se ocupan del derecho y el conjunto de ideologías que se refieren a la función que tales operadores sobrentienden.

La definición de Tarello (1972; 1988) se basa en

- I. una teoría del lenguaje que distingue entre disposición (la norma como texto o enunciado normativo) y norma (la norma como significado de dicho enunciado);
- II. una teoría de la interpretación (como actividad y como producto de esa actividad), es decir de la atribución de un significado normativo a una disposición, en la que se subraya que el significado jurídico no es el resultado estable de un acuerdo susceptible de conocimiento, sino una variable sujeta a las valoraciones y decisiones del intérprete. La cultura jurídica es lo que influye en última instancia sobre los operadores al momento de la toma de decisiones;
- III. una teoría del derecho que, en coherencia con las dos anteriores, concibe a éste como una variable dependiente, no sólo y no tanto, de la legislación sino, sobre todo, de la actividad doctrinal y jurisprudencial. Por tanto, por derecho debería entenderse no ya el conjunto de enunciados normativos emanados por el legislador, sino más bien como el conjunto de normas que de ellos extraen los intérpretes.

Para el adecuado funcionamiento y contribución al desarrollo de la teoría del derecho, el uso de la técnica meta-jurisprudencial centra su atención en el 'punto de vista interno' (un punto de vista interno hermenéutico, para decirlo en los términos del amplio debate que rodea la distinción hartiana "punto de vista interno vs. punto de vista externo"). Tomar en cuenta el punto de vista interno hermenéutico permite hablar de una sociología en el derecho que se acerca a la historia y a la teoría general del derecho, y se identifica con una sociología "particular": aquella que se practica en el seno de la doctrina jurídica y de la historia del derecho. El trabajo historiográfico –como historia de los juristas en cuanto grupo profesional dotado de específicos intereses y como historia de las políticas del derecho– es necesario para aislar la génesis ideológica de las doctrinas jurídicas y para identificar el modelo de estructura que tales doctrinas proponen para captar el fenómeno jurídico.

A su vez, hacer hincapié en el modelo de estructura es destacar la función ideológica y las modalidades organizativas de los operadores jurídicos¹¹. Por tanto la utilidad de la noción de cultura jurídica entendida bajo estos presupuestos consiste en poner de relieve las opciones de política del derecho que presiden las operaciones de interpretación y aplicación, así como el espacio histórico determinado en el cual se van formando las representaciones conceptuales de la dogmática. Dichas representaciones tienen influencia en el conjunto de las interpretaciones suministradas por los operadores jurídicos hasta el punto de generar coincidencias sobre lo que se considera aplicación correcta de textos normativos.

¹¹ Cfr. Tarello (1972); Rodotà (1986); Raiteri (1997).



Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1971), *Normative System*, Springer, Viena.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- BARBERIS, M. (2008), *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- BRANDOM, R. (2002), *La articulación de las razones*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- BRANDOM, R. (2000), *Articulating Reasons*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- CHASE, A. (1986), "Toward a Legal Theory of Popular Culture", *Wisconsin Law Review*, p. 527-569.
- COTTERRELL, R. (1997), "The Concept of Legal Culture". En: NELKEN, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, pp. 13-31.
- COTTERRELL, R. (2006), *Law, Culture and Society*, Ashgate, Aldershot.
- FRIEDMAN, L. (1964), "Law and its Language", *George Washington Law Review*, vol. XXXIII, pp. 563-581.
- FRIEDMAN, L. (1975), *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York.
- GALLEGO, R. (2009), "Sobre el concepto de cultura", *Jueces para la democracia*, núm. 66, pp. 56-74.
- HART, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- HART, H.L.A. (1963), *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien.
- KELSEN, H. (1986), *Teoría pura del derecho*, UNAM, México.
- NAVARRO, P., MORESO, J.J. (1996), "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", *Isonomía*, núm. 5, pp. 119-139.
- NELKEN, D. (2001), *Adapting Legal Culture*, Hart Publishing, Oxford.
- NELKEN, D. (2004), "Using the Concept of Legal Culture", *Australian Journal Legal Philosophy*, vol. 29, pp. 1-28.
- PÉREZ LLEDÓ, J. (1996), *El movimiento "Critical Legal Studies"*, Técnos, Madrid.
- RAITERI, M. (1997), "Ceto dei giuristi e neutralità politica dell'intellettuale", *Materiali per una storia della cultura jurídica*, vol. XXVII, núm. 2, pp. 563-581.
- RATTI, G.B. (2008), *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Turín.
- REBUFFA, G. (1993), "Culture Juridique". En: ARNAUD, A., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, París, LGDJ.
- RODOTÀ, S. (1986), "Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto", *Politica del Diritto*, vol. XVII, núm. 1, pp., 3-12.
- SIMMEL, G. (1988), "El concepto y la tragedia de la cultura". En: *Sobre la aventura. Ensayos filosóficos*, Barcelona, Península, pp. 97-121.
- SQUELLA, A. (2000), *Filosofía del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- TARELLO, G. (1972), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milán.
- TARELLO, G. (1974), "La sociología en la jurisprudencia", *Sociología del derecho*, núm. 1, pp. 40-51.
- TARELLO, G. (1977), "Lawrence Friedman e il sistema del diritto", *Sociología del diritto*, IV, 1, pp. 1-18.
- TARELLO, G. (1988), *Cultura jurídica e política del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- TARELLO, G. (1995), *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- TARELLO, G. (1995), "La sociología en la jurisprudencia". En: *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 349-360.
- TARELLO, G. (2002), *Teorías e ideologías en el Derecho sindical: la experiencia italiana después de la Constitución*, Comares, Granada.
- TYLOR, E. B. (1871), *Primitive Culture*, Estes & Lauriat, Boston.

- WILLIAMS, R. (1982), *The Sociology of Culture*, Schocken, New York.
WILLIAMS, R. (1994), *Sociología de la Cultura*, Paidós, Barcelona.

>
S
M
C
O
O





Jurisdicción Universal*

Javier Chinchón Álvarez**
Universidad Complutense de Madrid
jachal@der.ucm.es

Resumen

El presente artículo ofrece una breve aproximación al principio de Jurisdicción Universal, atendiendo a su concepto, configuración y fundamento teóricos, así como a algunas de las cuestiones que ha suscitado su moderna aplicación práctica. Especialmente, aquellas que en todo o en parte, explican el estado de cosas actual a partir del proceso vivido desde inicios del presente siglo.

Palabras clave

Jurisdicción universal, responsabilidad internacional del individuo, crímenes internacionales, lucha contra la impunidad.

Universal Jurisdiction

Abstract

This article provides a brief approach to the principle of Universal Jurisdiction, examining its concept, configuration and theoretical basis, as well as some of the issues that has raised its modern application. Especially those that explain in whole or in part the current state of affairs from the process that started in the beginning of this century.

Keywords

Universal Jurisdiction, individual criminal responsibility under International Law, international crimes, fight against impunity.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2012-36142 (Universidad Carlos III de Madrid), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

** Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, y Director de Investigación de [Rights International Spain](#).

1. Aproximación inicial.

De las múltiples referencias con las que podríamos empezar, escojamos algo de lo que se recogía en los conocidos como *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal*. En concreto, aquello que se subrayaba en la introducción de este tan importante como influyente documento de comienzos del año 2001; es decir, la constatación de que durante el pasado siglo, millones de seres humanos perecieron como consecuencia de actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros delitos graves de derecho internacional, y sólo rara vez se llevó ante la Justicia a sus perpetradores. Así, con la expresa intención de contribuir a la sustitución de la patente y generalizada “impunidad en la comisión de [esos] delitos (...) por un régimen de responsabilidad”, fue que tomaron cuerpo estos *Principios*, en los que se ofrecía la siguiente definición del término que nos ocupará: “A los fines de los presentes Principios, se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que éste se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción” (Macedo, 2001: 28).

Con los ajustes terminológicos precisos, bien puede decirse que desde sus orígenes y hasta la fecha, esta caracterización responde completa y perfectamente a qué es y deber ser el principio de Jurisdicción Universal. Al efecto, baste apuntar ahora que en uno de los más recientes documentos de trabajo cuya expresa vocación es la “actualización y ampliación” de aquellos *Principios*, aparece bajo el rótulo de “concepto” una definición plenamente coincidente con la expuesta (Fundación Internacional Baltasar Garzón, 2014). La idea capital es por tanto que determinados crímenes pueden y/o han de ser perseguidos por los tribunales de cualquier Estado del mundo, se cometan donde se cometan y los perpetre quién y contra quién fuere. Por expresarlo con las palabras suscritas por más de un centenar de organización hace apenas unos meses: “[e]l consenso de la Comunidad Internacionales es muy claro: estos crímenes golpean la conciencia de la humanidad y han de ser castigados; es deber de todo Estado investigar y perseguir a sus responsables” (VV.AA., 2014: 1).

Iremos profundizando en todo ello, pero de lo expuesto resulta que la acertada definición con la que hemos comenzado no supuso en sí misma un hito o aportación revolucionarios; sin embargo, el momento en que se hizo pública sí fue clave, pues a mi juicio, prácticamente coincidiría con un punto de inflexión que en buena parte explica el estado de cosas actual en lo que a la Jurisdicción Universal se refiere. Como corresponde a la naturaleza y objeto de esta breve contribución, a este particular dedicaremos sus páginas finales, pero conviene adelantar aquí que pese a no ser sencillo delimitar matemáticamente lo que se ha calificado como la “década de luna de miel del Derecho internacional penal”, es muy posible que aquel 2001 marcase, ya su final, ya el comienzo de un período con un sentido y foco de atención sustancialmente diferentes. Existen cientos de trabajos que han profundizado en los muchos cambios que se produjeron tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de aquel año, y también que han abordado en especial lo acontecido en este ámbito en los años “*after the Honeymoon*” (Luband, 2013); es decir, en el nuevo estadio en el que nos encontraríamos desde entonces dentro de la llamada “evolución cíclica” del Derecho internacional penal (Schabas, 2013: 545). En consecuencia, en esta oportunidad no profundizaremos en este asunto general, pero como idea básica valga retener la tan precisa como sintética calificación que sobre esta nueva fase hiciera, apenas un año después de la publicación de los *Principios de Princeton*, un referente como Carlos Castresana; a saber, que:



“concluida la ‘luna de miel’ tras la caída del Muro Berlín en 1989 y el fin de la ‘guerra fría’, no son buenos tiempos para el derecho internacional” (Castresana, 2002).

En lo que nos concita, sin duda esos “malos tiempos” alcanzaron también a la Jurisdicción Universal, en lo formal y en lo material; siendo clara desde entonces y hasta ahora una intención nada velada por parte de varios y muy importantes Estados de limitar, cuando no de “tratar de impedir su ejercicio” en expresión de otro de nuestros referentes (De Prada Solaese, 2014: 30). Realidad que a su vez y en mi opinión, amenaza con vaciar de contenido o transformar de raíz lo que es y debe ser la propia Jurisdicción Universal; esto es, la técnica más utilizada comparativamente para evitar la impunidad de los responsables de los más graves crímenes internacionales (Bassiouni, 2001: 82). Debiendo subrayar en este punto que como muy bien se ha dicho en palabras muy recientes: “poner fin a la impunidad e investigar exhaustivamente y procesar a las personas responsables de crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad” es la mejor garantía para “impedir dichos crímenes, evitar que se repitan y buscar la paz sostenible [y] la Justicia” (Consejo de Seguridad, 2014: 4)

2. Concepto, construcción y fundamento teóricos.

Muy recomendables trabajos han recogido los primeros antecedentes y evolución histórica del principio de Jurisdicción Universal (Ollé Sesé, 2008: 95 y ss.), existiendo en todo caso un consenso general que señala a las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial como el momento capital para su moderna cristalización. Si dejamos al margen lo que se sería propio a lo que suelen conocerse como crímenes transnacionales o transfronterizos, lo que entonces se consolidó definitivamente es que existen crímenes en los que “*mankind is also the victim*”, por acudir a la fórmula consolidada en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (1950: 9). Consecuencia de ello es que no otro que esa misma Comunidad Internacional será la llamada a perseguirlos, enjuiciarlos y castigarlos. Dicho de otro modo, y por aportar un ejemplo concreto, ya en una de las primeras Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas se afirmó con claridad que el genocidio es un “crimen de derecho internacional”, cuyo castigo “es un asunto de preocupación internacional”, ya que “conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad [y] es contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas” (Asamblea General, 1946).

En atención a todo ello, y sin poder entrar en supuestos más complejos, cabría considerar entonces dos alternativas, en cualquier caso nunca excluyentes: bien que esa Comunidad Internacional crease un órgano u órganos encargados de perseguir y sancionar todos estos crímenes, bien que todas y cada una de las entidades soberanas que la conforman fuesen las que lo hicieran. La primera vía sería la que nos llevaría a lo que podríamos denominar como la Jurisdicción Internacional Penal, cuyo exponente más cercano sería la –con todo muy limitada– Corte Penal Internacional; la segunda nos dirigía hacia la Jurisdicción Universal. Ambas figuras, conviene reiterarlo, compartirían en todo caso un sustento lógico-jurídico común; conceptualmente incompatible con cualquier valoración que entendiera que la persecución de un crimen internacional es “un asunto interno” del Estado donde se hubiera cometido, en el que nadie más puede ni tiene nada que decir ni hacer, incluso si los tribunales de ese Estado no lo enjuiciaran ni castigaran adecuadamente.

De este modo y en la línea ya avanzada en el apartado anterior, que a la hora de definir el principio de Jurisdicción Universal no puedan más que compartirse plenamente caracterizaciones como la de Sánchez Legido (2003: 40); esto es, que

estamos ante un principio en virtud del cual se atribuye competencia a las autoridades de un Estado para la represión de delitos que independientemente del lugar de su comisión y de la nacionalidad de sus autores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales que se han considerado de especial importancia, y que por ello trascienden la esfera de intereses individuales de uno o varios Estados. La clave, en fin, se encuentra en que todos los crímenes internacionales afectan a unos intereses que la práctica internacional, la jurisprudencia, y la doctrina especializada han considerado no como propios a uno u otro Estado, sino como intereses fundamentales de toda la Comunidad Internacional, protegidos en consecuencia por el mismo Derecho internacional (Abellán Honrubia, 1999: 295). Si se prefiere, y por ofrecer una aproximación adicional afortunada, cuando un Estado asume y ejerce a través de sus tribunales esta Jurisdicción Universal, lo hace también en su propio interés; en el entendimiento de que éste es evitar la impunidad de los crímenes más graves; si bien y en definitiva, y “de ahí su grandeza, la mayor legitimidad moral del reconocimiento del principio de Jurisdicción Universal reside precisamente en que no está basado en la defensa de intereses propios” (Lamarca Pérez, 2011: 18).

En suma, tal y como concluyó nuestro Tribunal Constitucional: “La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (...), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos...” (Tribunal Constitucional, 2005: Fundamento Jurídico Noveno). En virtud de ello, los jueces nacionales de cualquier país actuarían entonces como una suerte de “agentes del orden internacional” (Cassese, 1990: 212 y ss.), de “guardianes del Derecho internacional” (Corte Suprema de Israel, 1962: 304), persiguiendo “en nombre de la Comunidad Internacional” (Baucells y Hava, 2007: 120) crímenes que por su naturaleza atacan por supuesto a sus víctimas directas, pero también a todos nosotros: a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Ahora bien, pese al fundamento y claro consenso internacionales que hemos resumido, cuando se desciende a lo que habría de ser su posterior concreción en las normas convencionales de referencia no es precisamente armonía lo que se encuentra. Sin pretensión exhaustiva, al respecto baste apuntar que apenas tres años después del fin de la Segunda Guerra Mundial, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se dispondría que los responsables de ese crimen “serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional...” – que como es sabido no se establecería hasta 50 años después. Aunque ello no puede entenderse en el sentido de que la obligación de cada Estado de castigar el genocidio está limitada territorialmente por la Convención (Fernández-Pacheco Estrada, 2011: 56-60), como por lo demás ha destacado el mismo Tribunal Internacional de Justicia (1996: párr. 31), en lo que ahora interesa, el hecho es que respecto a los crímenes de guerra se acordaría un año después, en los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II, 129 del III y 146 del IV Convenio, que: “[c]ada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”. Como salta a la vista, estaríamos pues ante dos compromisos convencionales sustancialmente diferentes respecto a quién está obligado a perseguir estos dos crímenes, que en todo caso comparten el indubitado carácter de crímenes



internacionales; siendo que por citar lo reiterado recientemente por el Comité Internacional de la Cruz Roja, es respecto a los crímenes de guerra donde “[e]n los Convenios de Ginebra se establece la jurisdicción universal obligatoria, dado que obligan a los Estados partes a procesar a quienes presuntamente hayan cometido infracciones graves o a realizar las gestiones necesarias para extraditar a tales personas. Los Estados pueden llevar a cabo investigaciones o actuaciones judiciales incluso contra personas que se encuentren fuera de su territorio. Habida cuenta de que la extradición a otro Estado tal vez no sea posible, los Estados han de contar en cualquier caso con legislación penal que les permita procesar a los presuntos culpables independientemente de su nacionalidad y del lugar de la comisión del delito” (Asamblea General, 2011: 27). Recordatorio especialmente pertinente para gran parte del legislador, el ministerio fiscal y no pocos jueces españoles tras lo que venimos padeciendo desde hace algunos meses (Audiencia Nacional, 2014).

Con todo, la falta de sintonía o congruencia con lo expuesto *supra* ciertamente se agravaría si avanzando en el tiempo recordásemos que según la Convención de 1973, el *apartheid* es un “crimen de lesa humanidad”, que “viola los principios del derecho internacional”, y que constituye “una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales”; si bien, respecto a su sanción lo acordado en su artículo V es que sus responsables “podrán ser juzgadas”, ya en un caso por un tribunal internacional, ya “por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas”, sin especificar nada más. Por su parte, unos pocos años después, y siguiendo un modelo que se repetirá después para otros crímenes internacionales, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se establecería que la obligación de perseguir estos hechos se dará “cuando se cometan en cualquier territorio bajo (...) jurisdicción [de un Estado Parte] o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado”; aunque advirtiendo expresamente que lo anterior no excluirá ninguna otra “jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

Los ejemplos señalados ilustran, en definitiva, que la traslación convencional de lo que sería consustancial a la misma idea y fundamento de los crímenes internacionales en lo que respecta a su persecución bajo el principio de Jurisdicción Universal, ha sido cuando menos confusa o inconsecuente. De ello se han derivado no pocas complicaciones, problemas y contradicciones que al menos en el plano teórico de discusión no parecen haber podido solventar los recordatorios de que, ya sea como consecuencia de los Principios Generales del Derecho internacional penal, ya como derecho consuetudinario, ya derivado de la naturaleza y carácter de las normas que aquí interesan, ya del sentido, contenido y fundamento de la noción de crimen internacional y del principio de responsabilidad penal internacional, “[s]in perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte [debe adoptar] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes (...) [internacionales], sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores” (Comisión de Derecho Internacional, 1996: 30). Resultando, en fin, y según la misma fuente autorizada, que aún en aquel año 1996 seguía siendo necesario que quedase “despeja[da] toda duda en cuanto a la existencia de una jurisdicción universal respecto de esos crímenes” (idem: 32).

Esta “duda”, que en lo esencial y desde una perspectiva teórica no debiera ser tal si de crímenes internacionales hablamos, en mi opinión no sólo es que no haya desaparecido, sino que ya como adelantamos si alguna vez se disipó, desde

hace algo más de una década parece haber ido extendiéndose, con algunos episodios singularmente agudos

3. De la teoría a la verdadera práctica: A modo de valoración final.

a) Planteamiento.

Es un hecho que en el plano técnico han existido y existen distintos debates sobre algunos aspectos específicos (Blanco Cordero, 2004a; 2004b), también posiciones encontradas y muy severas críticas –sin necesidad de ejemplos extremos, para algunos autores la Jurisdicción Universal siempre ha sido “*unwise and unjust*” (Fletcher, 2003: 580). No podemos entrar aquí en todo ello, pero creo que es importante destacar al menos una cuestión que en mi experiencia suele aparecer o esgrimirse con frecuencia. En síntesis, la idea sería que si se aceptase que un crimen internacional debe ser sancionado por todos y cada uno de los Estados de la Comunidad Internacional, pues contra todos atenta –como ya vimos, lo que se daría es una situación de “caos”. Dicho en una formulación más neutra, la crítica vendría a sostener que a lo que asistiríamos sólo sería a amplios y complejos conflictos de competencia entre todos aquellos tribunales nacionales que tuvieran jurisdicción sobre el crimen en cuestión; lo que a su vez sería –o es- especialmente contraproducente en un mundo de jurisdicciones nacionales con poderes profundamente asimétricos.

Al respecto, cabe apuntar que ciertamente y en lo más concreto existe una discusión abierta entre aquellos que entienden que la Jurisdicción Universal solamente habilitaría al ejercicio de la competencia penal del Estado en cuyo territorio se encontrase el responsable del crimen internacional en cuestión (Abad Castelos, 1998: 55; Díez Sánchez, 1990: 179) -o al menos, que así ha de ser hasta que las relaciones internacionales “*become more geared to the realization of universal values*” (Cassese, 2003: 593), frente a los que consideramos que en general y en todo caso, la presencia del acusado sólo sería precisa para llevar adelante el acto del juicio, no así para iniciar y realizar una investigación, librar una orden de detención y/o solicitar la extradición, por parafrasear la fórmula de los ya citados *Principios de Princeton* (Macedo, 2001: 44). Y ello no sólo en la línea que ya recogimos del Comité Internacional de la Cruz Roja, sino porque como bien se ha dicho, en caso contrario “se desnaturaliza[ría] la propia naturaleza del principio de jurisdicción universal” (Santos Vara, 2006: 16), limitándose también y en consecuencia su propio sentido, efectos, objeto y fin (Del Carpio Delgado, 2009: 12).

Muy probablemente, lo anterior nos habría de llevar (también) al debate acerca del principio *aut dedere aut judicare*, recientemente re-examinado por el Tribunal Internacional de Justicia y en este mismo instante aún bajo estudio en la Comisión de Derecho Internacional. Pero dentro de las posibilidades de este breve artículo, lo que quisiera destacar es que en conexión con lo recién enunciado aunque desde una perspectiva más amplia, ante el potencial “caos” jurisdiccional señalado, otra vía –la común- sería llamar a escena a las diversas alternativas existentes para establecer una suerte de clasificación jerárquica en estos supuestos: sea poniendo el énfasis en la concurrencia y/o en la preeminencia de los tribunales del Estado que esté en mejores condiciones para realizar o concluir el procedimiento -tesis que me parece la más correcta y coherente, sea apostando por la consideración de que la prioridad habrá de ser de los tribunales donde se cometiera el crimen y la Jurisdicción Universal subsidiaria –postura probablemente mayoritaria. Ahora bien, en este punto o debate general sobre los posibles conflictos de jurisdicción entre los tribunales del mundo entero, lo que siempre me pareció especialmente afortunado fue un recordatorio del abogado Carlos Slepoy; esto es,



que el problema que enfrenta la humanidad no ha sido ni es el del múltiple intento de juzgar a los responsables de crímenes internacionales, sino su contrario, el de la impunidad generalizada (Slepoy Prada, 2000: 140-141). Y así que se defienda la posición que se estime más correcta sobre una u otra cuestión particular, lo que resulta indiscutible es algo que también recientemente tuvo que subrayar la Comisión de Derecho Internacional; a saber, que la “Jurisdicción Universal es un elemento decisivo en el enjuiciamiento de los presuntos autores de delitos de trascendencia internacional, especialmente cuando el presunto autor no es juzgado en el territorio donde se haya cometido el delito” (Asamblea General, 2013: 145).

Si de los muchos e interesantes teóricos pasamos entonces a ese “elemento decisivo”, al ámbito de la moderna aplicación práctica de este principio, comprobaremos que al margen todo lo visto, el mismo también ha sido “decisivo” en lo que respecta al actual estado de cosas.

b) Del “cambio de paradigma” al actual estado de cosas.

En lo que nos ocupa y con la brevedad imprescindible podría decirse que a partir del final de la Segunda Guerra Mundial la Jurisdicción Universal se vio sustancialmente limitada a la persecución de los graves crímenes internacionales cometidos por los nacionales de los Estados derrotados. Dejando ahora las excepciones a esta regla, y sin poder entrar en el detalle ni discusión sobre los elementos definitorios de cada uno de aquellos procesos, estos casos han continuado y continúan hasta la fecha, pero fue con el fin de la Guerra Fría cuando asistimos a lo que se ha calificado como el verdadero “renacer del Derecho internacional penal” (Sánchez Legido, 2009: 269); una de cuyas dimensiones fue la activación de procedimientos judiciales para la persecución de crímenes internacionales cometidos fuera del contexto señalado.

Aunque la actuación de la Audiencia Nacional española en el caso relativo a los crímenes perpetrados durante la dictadura argentina fue anterior en el tiempo, la referencia aquí insoslayable es, obviamente, el año 1998 con el caso Pinochet; el cual, como recogiera el profesor Remiro Brotóns, abrió o pudo abrir “una nueva etapa en la lucha contra la impunidad” (Remiro Brotóns, 1999: 252). Sus inmediatos y posteriores efectos fueron de una importancia y dimensión enormes (Roht-Arriaza, 2005), inspirando lo que para algunos supuso un “cambio de paradigma” que podría resumirse en que cualquiera, incluso el más poderoso dictador, habría de saber entonces que si cometía crímenes internacionales iba a ser perseguido en cualquier lugar del mundo (Relva, 2013)

Consecuentemente, a partir de aquellos días asistimos a la presentación de un amplio y creciente número de querellas o denuncias en tribunales de distintos Estados por crímenes internacionales cometidos (presuntamente) por nacionales de diversos países del mundo. Habiéndose abierto y realizado, en suma, múltiples procesos judiciales desde entonces y hasta la fecha (Pigrau Solé, 2009: 38 y ss.). La entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional no alteró sustancialmente esta situación; entre muchas otras cosas porque por más que algunos pretendan sostener lo contrario, incluso para los crímenes futuros es evidente que su simple diseño, sentido, funcionamiento, objeto y fin hacen imposible mantener que esta institución fuera a ser el órgano encargado de perseguir todos los crímenes internacionales que pudieran perpetrarse. De ahí que por lo demás, su mismo Estatuto comience recordando que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes de derecho internacional”.

Así las cosas, y aun pecando de una notable ingenuidad, desde el punto de vista teórico podría haberse considerado que lo resumido en el apartado anterior debiera haber sido y ser de igual aplicación, o no suscitar problemas o discusiones adicionales, cuando se persiguiesen crímenes cometidos por nacionales de, por citar el ejemplo más sencillo, la Alemania nazi, o si se tratase de crímenes perpetrados por nacionales de cualquier otro Estado; pero es un hecho indiscutible que cuando algunas de aquellas denuncias se dirigieron contra nacionales de países como China, Israel o Estados Unidos las reacciones, incluidas las públicas, de las autoridades de aquellos Estados fueron todo menos edificantes. Las *consecuencias* tampoco se hicieron esperar.

Ciertamente, los tiempos y la realidad internacionales probablemente tampoco acompañaban, pues tras la “luna de miel” que apuntamos al inicio, las cosas eran ya muy diferentes. Para muestra un botón: a inicios de 2002 asistimos a la retirada de la firma de Estados Unidos del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y a la inmediata e indisimulada actuación de aquel país para literalmente acabar con ella –recuérdese la política de los “tres noes” expuesta y mantenida por John R. Bolton, posteriormente nombrado nada menos que su embajador ante las Naciones Unidas. Con todo, en el otro extremo hay que destacar que también la sucesiva ratificación e implementación del mismo Estatuto de la Corte Penal Internacional conllevó un notable proceso de incorporación interna del principio de Jurisdicción Universal; que con formulaciones diversas se encontraría, a la fecha, recogido en más de un centenar de Estados (Amnistía Internacional, 2012).

En cualquier caso, tras las actuaciones judiciales de finales del siglo pasado y comienzo de éste, la tendencia general de esta última década pudiera decirse que ha sido de progresiva “retirada de las versiones más favorables al ejercicio de la jurisdicción universal” (Sánchez Legido, 2009: 308). Pendiente con muy visibles e ilustrativos hitos, como por ejemplo fueron la modificación, en 2003 y tiempo record, de la generalmente conocida como “Ley de Jurisdicción Universal” belga de 1993 tras las directas y públicas presiones de Estados Unidos o Israel, entre otros, ante algunos procesos abiertos contra varios de sus nacionales (Reydams, 2003); o sin ir muy lejos, las reformas de la legislación española en 2009 y 2014, que respondieron a la misma lógica con la única diferencia de que resultaron especialmente definitivas las presiones (también) de China por las causas abiertas contra algunos de sus nacionales (Chinchón Álvarez, 2009a; 2009b; 2014). Sin cambios tan bruscos –o claudicaciones tan obvias– en el resto de disposiciones internas que recogían o han ido recogiendo el principio de Jurisdicción Universal también es patente lo que se ha definido como una “tendencia restrictiva”; es decir, la introducción de exigencias o limitaciones adicionales –existencia de algún tipo de vínculo con el Estado cuyos tribunales fueran a perseguir esos crímenes, la consideración completamente subsidiaria de la Jurisdicción Universal, el control de la apertura del proceso por parte del Ministerio Fiscal, etc. (Alija Fernández, 2014). Muchas de ellas, obviamente, ajenas al verdadero sentido y fundamento del principio de Jurisdicción Universal, como ya vimos.

La razón de fondo que ha dado aliento a todo ello pudiera situarse en el cambio de prioridades que se dio claramente a partir de finales de 2001; en conexión, total o parcial, con una suerte de convicción que en lo más reciente hemos escuchado en afirmaciones como ésta vertida en el Senado español: “cada Estado, cada país, [debe curar] sus heridas como crea que debe hacerlo, sin que ningún otro tribunal, a muchísimos kilómetros de distancia, venga a entrometerse en lo que es propio de la política interior de ese Estado” (Diario de Sesiones del Senado, 2014: 17); a lo que quizá cabría añadir la valoración, constatación y ampliamente divulgada, de que para castigar este tipo de crímenes ya se creó la



Corte Penal Internacional. En un grado u otro, es muy probable que este tipo de posiciones, que amén de jurídicamente insostenibles en algunos casos nos llevarían casi setenta y cinco años atrás en el tiempo, se hayan ido extendiendo, no sé si incluso imponiéndose, pero en mi opinión a todo ello debemos sumar algo que se ha hecho cada vez más evidente: mientras la Jurisdicción Universal no alcanzó –o alcance– a nacionales de Estados como los que hemos citado *supra*, pareciera un principio, quizá molesto o extravagante para algunos, seguramente que precisa acotarse de un modo u otro, pero relativamente aceptable o sobre el que no plantear(se) “dudas” radicales; al menos, por apuntar un solo ejemplo cercano, no muchas se escucharon cuando este mes de marzo, un tribunal francés condenó al excapitán Pascal Simbikangwa por complicidad en el genocidio cometido en Ruanda en 1994. Sin embargo, parece que nadie “duda” de que si se trata de enjuiciar crímenes cometidos por nacionales de esos otros Estados ya referidos, lo que hay que hacer es, precisamente, no hacerlo y/o impedirlo.

c) Reflexión final.

Siempre podrá alegarse que lo recién expuesto no responde más que a la desnuda realidad del mundo en el que vivimos; acentuada en la última década en los que nos ha ocupado. Pero a mi juicio, aceptarlo así sería tanto como resignarse a guardar en el cajón hasta tiempos mejores, cuando no a levantar el acta de defunción de un principio que descansa en la idea básica de que los crímenes internacionales nos atacan también a todos los seres humanos, y todos debemos pues combatirlos y perseguirlos con todos los medios a nuestra disposición, los cometa quien los cometa y se perpetren donde se perpetren; entre otras cosas, si no queremos que vuelvan a repetirse. Y es que si pese a todo el camino recorrido, terminásemos volviendo a la máxima de que sólo los tribunales del Estado donde se cometieron estos crímenes son los que deben castigarlos –lo hagan o no; o nos contentásemos con esperar que si no ellos, sea la Fiscalía la Corte Penal Internacional quien lo vaya a hacer –aunque material y jurídicamente sólo pueda actuar en muy limitados casos; o diésemos por bueno que solamente cuando se cumplan un amplio y siempre creciente número de extraordinarias condiciones, que aseguren también que se enjuicie a unos pero no a otros, será cuando terceros tribunales podrán perseguir estos crímenes en aplicación del principio de Jurisdicción Universal, es muy posible que no obtengamos otro resultado que el siguiente: Volviendo al comienzo, acabar constatando de nuevo que otra enorme cantidad de seres humanos habrán perecido, ahora ya en este siglo, como consecuencia de actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros delitos graves de derecho internacional, y sus responsables sólo rara vez habrán sido llevados ante la Justicia.

Bibliografía

- ABAD CASTELOS, M. (1998), “La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, pp. 33-59.
- ABELLÁN HONRUBIA, V. (1999), “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 280, pp. 135-428.
- ALIJA FERNÁNDEZ, R. A. (2014), “El alcance de la jurisdicción universal a la luz de la evolución de la práctica estatal”, *Tiempo de Paz*, Nº. 112, pp. 13-18.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2012), “Universal Jurisdiction. A Preliminary Survey of Legislation around the World”, disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/019/2012/en/2769ce03-16b7->

4dd7-8ea3-95f4c64a522a/ior530192012en.pdf (fecha de consulta: 11 de julio de 2014).

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1946), “El crimen de genocidio”, Resolución 96 (I), de 1 de diciembre.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), “Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General”, Documento de las Naciones Unidas: A/ /66/93, 20 de junio.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2013), “Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)”, Documento de las Naciones Unidas: A/68/10.
- AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA (2014), Auto nº 38/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal, de 2 de julio.
- BASSIOUNI, M. C. (2001), “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 1, pp. 81-162.
- BAUCELLS LLADÓS, J. y HAVA GARCÍA, E. (2007), “Posibilidades y límites del Principio de Justicia Universal: el caso de Acteal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 19, pp. 119-117.
- BLANCO CORDERO, I. (2004a), “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo (I)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 2, pp. 1634-1646.
- BLANCO CORDERO, I. (2004b), “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo (y II)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 2, pp. 1647-1659.
- REMIRO BROTONS, A. (1999), *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- CASSESE, A. (2003), “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 3, pp. 589-595.
- CASSESE, A. (1990), “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoublement fonctionnel) in International Law”, *European Journal of International Law*, núm. 1, pp. 210-231.
- CASTRESANA, C. (2002), “Malos tiempos” para el derecho internacional: fiscal español”, *Periódico el Proceso*, México, 21 de octubre de 2002.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009a), “A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal”, *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 6, pp. 13-31.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009b), “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la ‘abrogación de facto’ a la ‘derogación de iure’”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 4, pp. 1440-1450.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2014), “Del intento de acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: Examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IV, núm. 5, pp. 161-173.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1950), “Question of International Criminal Jurisdiction”. Informe del Relator Especial J. Alfaro, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, pp. 1-18.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1996), Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/ L .532, de 8 de julio.



- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2014), “Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad en relación con el examen del tema ‘Cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales y subregionales en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales’”, Documento de las Naciones Unidas: S/PRST/2014/5, de 21 de febrero.
- CORTE SUPREMA DE ISRAEL (1962), *Caso Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de mayo, en *International Law Reports*, vol. 36, 1968.
- DE PRADA SOLAESA, J. R. (2014), “La justicia universal, pasado, presente y futuro”, *Tiempo de Paz*, N.º 112, pp. 19-31.
- DEL CARPIO DELGADO, J. (2009), “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, N.º 7307, disponible en: http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/jcardel/profesor/1353591722373_2009-el_principio_de_justicia_universal_en_espaxa_tras_la_reforma_de_2009_la_ley_-7307.pdf (fecha de consulta: 29 de julio de 2014).
- DIEZ SÁNCHEZ, J. J. (1990), *El derecho penal internacional. Ámbito espacial de la ley penal*, Colex, Madrid.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (2011), *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FLETCHER, G., P. (2003), “Against Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 3, pp. 580-584.
- FUNDACIÓN INTERNACIONAL BALTASAR GARZÓN (2014), “Propuesta de Madrid para la discusión de los Principios sobre Jurisdicción Universal”, disponible en: <http://principiosju.wordpress.com/> y en http://www.crimen.eu/images/PROPUESTA_DE_MADRID SOBRE JU.docx (fecha de consulta: 29 de julio de 2014).
- LAMARCA PÉREZ, C. (2011), “La reforma actual de la Jurisdicción Universal”. En: VV.AA., *La justicia universal en el derecho internacional. Mesa redonda de expertos*, Madrid, APDHE-FIDH-Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, pp. 15-18.
- LUBAN, D. (2013), “After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, núm. 3, pp. 505-515.
- MACEDO, S. (ed.) (2001), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, Princeton, New Jersey. Disponible en: https://lpa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf (Existe una versión en castellano en la siguiente dirección: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html#Princeton>) (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).
- OLLÉ SESÉ, M. (2008), *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid
- PIGRAU SOLÉ, A. (2009), *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*. Generalitat de Catalunya-Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Barcelona.
- RELVA, H. (2013), Entrevista realizada en la BBC por Veronica Smink publicada en el reportaje: “¿Qué cambió realmente con la detención de Pinochet en Londres?”, 13 de octubre. Disponible en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/10/131015_chile_pinochet_arresto_v_s.shtml (fecha de consulta: 11 de julio de 2014).
- REYDAMS, L. (2003), “Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, pp. 679-689.

- ROHT-ARRIAZA, N. (2005), *The Pinochet Effect. Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2003), *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2009), “Diez años de Derecho internacional penal”. En: SOROETA LICERAS, J. (ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*. Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 269-322.
- SANTOS VARA, J. (2006), “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 11, pp. 1-21.
- SCHABAS, W. A. (2013), “The Banality of International Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, núm. 3, pp. 545-551.
- SENADO DE ESPAÑA (2014), Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, núm. 286, de 10 de marzo.
- SLEPOY PRADA, C. (2000), “El principio de Justicia Universal y su regulación en España: ¿Subsidiariedad o concurrencia?”. En: VV.AA., *El principio de Justicia Universal*, Madrid, Colex, pp. 135-142.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005), Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Nº. 237/2005, de 26 de septiembre.
- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1996), *Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito genocidio, excepciones preliminares (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia)*, *I.C.J. Reports 1996*.
- VV.AA (2014), “Los legisladores españoles deben rechazar la reforma propuesta que pretende cerrar la puerta a la justicia para los crímenes más graves”, Declaración conjunta contra la reforma de la Jurisdicción Universal en España, 10 de febrero. Disponible en: <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/071425856d4c50c51c435fd69ad8fb2bea2acd2e.pdf> (fecha de consulta: julio 29 de 2014).





Delito de tráfico de influencias

José Muñoz Lorente*

Universidad Carlos III de Madrid

jose.munoz@uc3m.es

Resumen

Los delitos de tráfico de influencias constituyen una de las manifestaciones de los delitos relativos a la corrupción en el Código Penal español. Además de tener una operatividad propia, suelen considerarse como delitos "refugio" a los que acudir cuando no sea posible probar la existencia de algunos elementos típicos de otros delitos de corrupción más tradicionales como son la prevaricación y el cohecho. Por lo demás, se trata de delitos manifiestamente mejorables por el legislador y por la Jurisprudencia, especialmente del Tribunal Supremo, que se ha caracterizado, en los últimos tiempos, por realizar interpretaciones muy restrictivas de los delitos de tráfico de influencias que contribuyen muy poco a fomentar la lucha contra la corrupción.

Palabras clave

Tráfico de influencias, venta de influencias, corrupción, prevaricación, impunidad, interpretaciones jurisprudenciales restrictivas.

248

Crimes of traffic of influences -and influence peddling

Abstract

The crimes of traffic of influences and influences peddling are a manifestation of offenses relating to corruption in the Spanish Penal Code. Besides having a operation for themselves, usually they are considered as crimes "refuge" when you can not prove the existence of some typical elements of other more traditional corruption crimes such as prevarication or bribery. Moreover, it is patently subject to improvement offenses by the legislator and by the Court, especially the Supreme Court, which has been characterized in recent times, making very restrictive interpretations of traffic of influences that contribute little to promote the fight against corruption.

Keywords

Traffic of influences, influences peddling, corruption, impunity, restrictive judicial interpretations.

* Profesor Titular de Derecho Penal Universidad Carlos III de Madrid.

1. Introducción.

Los delitos de tráfico de influencias se encuentran recogidos en los arts. 428 a 430 del Código Penal de 1995 (en adelante CP), ubicados entre los delitos contra la Administración Pública.

No pertenecen al “núcleo tradicional” del Derecho Penal, ni tampoco al que se podría denominar como “núcleo histórico” de los delitos de corrupción: prevaricación, cohecho y malversación de caudales públicos. Se trata de delitos relativamente recientes. Fueron incorporados a nuestro Ordenamiento en el año 1991¹, como consecuencia de determinados escándalos de corrupción política objeto de un enorme eco mediático, y constituidos, fundamentalmente, por las derivaciones del denominado *Caso Juan Guerra*², prototipo de las conductas ahora tipificadas en los arts. 429 y 430 CP³.

2. Estructura típica: “tráfico de influencias en sentido estricto” y “venta de influencias”. Bienes jurídicos protegidos en cada uno de ellos.

Aunque existan tres preceptos penales relativos al tráfico de influencias, en realidad, las conductas se pueden dividir en dos grupos que, responden, también, a un distinto bien jurídico protegido. Así, por una parte, nos encontramos con el que denominaremos “tráfico de influencias en sentido estricto” (arts. 428 y 429 CP) –del que nos ocuparemos aquí– y, por otra parte, con la denominada “venta de influencias” (art. 430 CP)⁴, que no será objeto de este estudio salvo en lo relativo a la cuestión del bien jurídico.

¹ Así, mediante la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, que introdujo en el CP de 1973 los arts. 404 bis a), b) y c). Estos, a su vez, inspiraron la tipificación de esta clase de delitos en los arts. 428 y ss. del CP de 1995, aunque no son idénticos al estar aquellos tipificados como delitos de resultado –para su consumación era necesario obtener una resolución expresa por parte del funcionario influido– y estos últimos como delitos de mera actividad: la obtención –en su caso– de una resolución expresa y, especialmente, del beneficio económico, no son más que figuras que forman parte del agotamiento del delito que sirven para aumentar la pena del tipo básico que queda consumado con el mero ejercicio de la influencia.

² Enjuiciado mediante STS 1312/1994, de 24 de junio, en la que no se condenó por tráfico de influencias, en aplicación del principio de irretroactividad desfavorable, pero sí por inducción a una prevaricación en una recalificación urbanística.

³ Hay quienes señalan que la ausencia de tipificación de estas conductas hasta el año 1991 era debida a la prevalencia del principio de intervención mínima del Derecho Penal y a la supuesta existencia de sanciones en otras ramas del Ordenamiento jurídico –así ROMERO DE TEJADA (2010: 67)–. No obstante, el citado autor ni alude a la normativa donde se encontraban tipificadas tales conductas, ni a las sanciones a imponer. En mi opinión, a lo sumo, la única sanción posible en otras ramas del Ordenamiento –y únicamente aplicable a los funcionarios públicos influyentes, esto es, no para los particulares– era la derivada de la genérica tipificación de la conducta de “falta de probidad moral” del funcionario –recogida en el art. 88 a) de la antigua Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964–; precepto, además, expresamente derogado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, por tanto, difícilmente estas conductas encontraban respuesta en el Derecho disciplinario. Tal infracción, salvo error u omisión por mi parte, nunca fue utilizada para supuestos relacionados con el tráfico de influencias o, al menos no constan sentencias que lo atestigüen. Por el contrario, y tras la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), por Ley 7/2007, de 12 de abril, la conducta sí queda recogida, por un lado, como deber negativo del empleado público –en el sentido de abstenerse de influir sobre otro funcionario– en el art. 53.9 del citado cuerpo legal y, por otra, en el art. 93.2 j) EBEP como infracción muy grave: “la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro”; encontrándose también expresamente tipificada –art. 92.2 EBEP– la conducta de todo empleado público de inducir a tales actuaciones a otro empleado público. En aplicación de tales preceptos, véase, por ejemplo, STSJ de Cataluña 3667/2011, de 25 de mayo, en un clásico supuesto de influencias para que determinadas personas aprobasen unas concretas oposiciones. El supuesto de hecho, a mi entender, bien podría haberse llevado por la vía penal, y no por la disciplinaria, debido a la gravedad de tales actuaciones.

⁴ Se adopta esta denominación porque, a mi entender, es la que mejor refleja las conductas típicas, aunque en el ámbito doctrinal y jurisprudencial se adopten otras denominaciones que podrían llevar a confusión. Así, por ejemplo, mientras que en la jurisprudencia la SAP de Palencia 2/2003, sección 1ª, de 16 de junio, distingue entre tráfico de influencias “propio” –para referirse a los arts. 428 y 429 CP– e “impropio” –art. 430 CP–, en la doctrina



La conducta de tráfico de influencias “en sentido estricto” consiste en, aprovechándose de determinadas relaciones personales y/o laborales y/o jerárquicas con un funcionario o autoridad, influir o intentar influir en él a fin de obtener una resolución que reporte un beneficio económico directo o indirecto al influyente o a un tercero⁵. Cuando la conducta se lleva a cabo por un funcionario público sobre otro (art. 428 CP) la pena es sensiblemente superior que cuando la influencia se ejerce por un particular sobre un funcionario público (art. 429 CP)⁶.

Por su parte, la “venta de influencias” (art. 430) consiste en, siendo particular, ofrecerse para influir sobre un funcionario público, esto es, ofrecerse a realizar la conducta descrita en el art. 429, siempre previa solicitud de dádivas, promesas o cualquier otra remuneración, o bien aceptar el ofrecimiento o promesa que le realice otro particular, sabedor de las especiales relaciones que tiene con un funcionario público, para llevar a cabo la influencia sobre un funcionario público o autoridad⁷.

Esa división de conductas responde, a su vez, a la existencia de un bien jurídico distinto para cada una de ellas aunque ambas se encuentren en un mismo Capítulo del CP.

Respecto a los arts. 428 y 429 (tráfico de influencias en sentido estricto) se sostiene unánimemente que el bien jurídico protegido coincide o resulta muy similar al protegido en el delito de cohecho: el correcto funcionamiento de la Administración pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública⁸. Sin embargo, no conviene olvidar, como ya en su día apuntara Cugat Mauri (1997: 106 y ss.) que en la raíz de todos esos principios está el de igualdad⁹, algo que resulta de suma importancia a la hora de interpretar los tipos penales y de incardinar en ellos determinadas conductas como la persecución de

Mestre Delgado (2014: XVI-XVII) habla de tráfico de influencias “propio” –art. 428 CP- e “impropio” –art. 429 CP- y “ofrecimiento de influencias” –art. 430 CP-. También, en la doctrina, utilizando una denominación distinta, véase Cugat Mauri (1997: 169, 237 y ss.) quien califica la conducta del art. 430 como “tráfico de influencias en sentido estricto”, mientras que las conductas de los arts. 428 y 429 son calificadas como “ejercicio de influencias”.

⁵ El tenor literal del art. 428 CP es el siguiente: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

⁶ El tenor literal del art. 429 CP es el siguiente: “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

⁷ El tenor literal del primer párrafo del art. 430 CP es el siguiente: “Los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con pena de prisión de seis meses a un año”. En el segundo y tercer párrafo se recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas que lleven a cabo cualquiera de las conductas descritas en los tres preceptos anteriores.

⁸ Así, entre otros, y sin ánimo exhaustivo, Arroyo Zapatero *et al.* (2007: 903), Cugat Mauri (1997: 104 ss.), Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), Martínez Arrieta (2007: 3132 y ss.), Martínez Galindo (2005: 46), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1253); Muñoz Conde (2009: 957); Romero De Tejada (2010: 67-68). Queda, por tanto desechado el usual bien jurídico al que solía referirse la doctrina española e italiana para esta clase de delitos: la tutela de la buena imagen de la Administraciones Públicas o de su dignidad y prestigio; al respecto, véase De la Mata Barranco (2009: 248). La jurisprudencia también sigue la opinión unánime de la doctrina, así, entre otras, véanse las SSTs 1534/1997, de 10 de marzo, 1335/2001, de 19 de julio, 335/2006, de 24 de marzo; 1026/2009, de 16 de octubre; 300/2012, de 3 de mayo; 657/2013, de 15 de julio, *Caso Jaume Matas*; SAP a Coruña, 50/2002, Sección 6ª, de 26 de diciembre; Auto AP Girona, 216/2005, de 19 de abril.

⁹ También, conectando la corrupción con la vulneración del principio de igualdad de oportunidades, véase Asúa Batarrita (1997: 16 y 19) y De la Mata Barranco (2009: 251).

resoluciones ajustadas a Derecho (por ejemplo, influir para agilizar la concesión de una licencia administrativa lícita que, sin duda alguna, vulnera el principio de igualdad). Más concretamente, en el tráfico de influencias en sentido estricto lo que se persigue es tutelar el cumplimiento de la obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones¹⁰, aunque estas finalmente resulten ajustadas a Derecho.

Sin embargo, en relación al bien jurídico protegido por el art. 430 (“venta de influencias”), lo cierto es que no existe esa clara unanimidad doctrinal y jurisprudencial por las peculiaridades propias del delito. En efecto, parece que no nos encontramos ante un verdadero delito de corrupción porque en este caso los sujetos implicados son siempre particulares¹¹. Para su comisión no es necesaria la presencia de ningún servidor público. Lo que se incrimina no es el ejercicio de la influencia sobre un funcionario (conducta que se incardinaría en el art. 429 CP), sino *alardear de que se poseen influencias y exigir una dádiva para ejercer tales influencias*, o, sin alardear, asumir que se poseen tales influencias aceptando la dádiva que le ofrece otro particular conecedor de que tiene unas especiales relaciones –por ejemplo, familiares- con un determinado funcionario. Parece, por tanto, que el bien jurídico protegido por el art. 430 es el prestigio y buen nombre de la Administración¹² o la imagen de la Administración que se lesionan cuando alguien manifiesta que tiene poder de influencia sobre algún funcionario y realiza una oferta para la “venta” de tal influencia –o, sin realizar esa oferta acepta una dádiva asumiendo que tiene tal poder de influencia-; esto mostraría cómo la Administración tiene en su seno funcionarios influenciados que no actúan de forma acorde con los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad. No obstante, la jurisprudencia mantiene que el bien jurídico protegido por el art. 430 es el mismo que el tutelado por los arts. 428 y 429 –la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la Administración pública-, si bien hace notar el alejamiento del tipo de la lesión del bien jurídico protegido y se especifica que el art. 430 no es más que la tipificación expresa de actos preparatorios –elevados a la categoría de delito- de los tipos de tráfico de influencias en sentido estricto¹³. Este hecho plantea no pocos problemas concursales cuando el particular que ha obtenido la dádiva ejerce la influencia sobre el funcionario y conlleva a tratar de manera penológicamente igualitaria casos que en absoluto lo son¹⁴ y que, fácilmente, se pueden solventar sosteniendo la tutela de un bien jurídico diverso para el art. 430 que posibilitaría realizar un concurso ideal-medial entre el art. 430 y el 429 a fin de elevar las penas¹⁵.

3. Su consideración como delitos “refugio”. Problemas de prueba.

Los delitos de tráfico de influencias, además de tener una operatividad propia, también pueden ser un “refugio” al que acudir cuando no sea posible probar

¹⁰ En estos mismos términos, véase Cugat Mauri (1997: 190), Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1253-1254).

¹¹ Debido a tal configuración hay quienes consideran que es muy difícil, por no decir imposible, determinar el interés tutelado –así Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4); Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1263)- o, incluso, yendo más allá, se propugna directamente su derogación por no ser un bien digno de tutela penal –así, Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 5)-.

¹² Así Arroyo Zapatero (2007: 906), Berdugo (1994: 209), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1268), Muñoz Conde (2009: 960-961), Romero De Tejada (2010: 70). También Díaz-Maroto y Villarejo (2010: 4), quien, no obstante, como se ha visto en la nota anterior, propugna su derogación por entenderlo un bien jurídico etéreo y difícilmente aprehensible como para merecer tutela penal.

¹³ Así, entre otras, véase SSTS 1335/2001, de 19 de junio y 335/2006, de 24 de marzo. En la doctrina, de manera minoritaria, sosteniendo esta misma idea, López Barja de Quiroga (1997: 4049).

¹⁴ Sobre tales problemas concursales, en mayor extensión, véase Muñoz Lorente (2013: 81 y 94 y ss.).

¹⁵ véase Muñoz Lorente (2013).



la concurrencia de todos los elementos típicos de otros delitos de corrupción más tradicionales como son la prevaricación y el cohecho. Así, por ejemplo, cuando no es posible probar la existencia de una dádiva o favor (elemento esencial en el delito de cohecho) resulta viable recurrir a estos delitos de tráfico de influencias¹⁶, siempre y cuando sea posible probar la relación personal con el funcionario público que posibilita la influencia sobre él.

De la misma manera, se convierten en delitos “refugio”, cuando en el delito de prevaricación no es posible probar la “arbitrariedad” de la resolución (elemento clave y requerido expresamente por el tipo penal del art. 404 CP) pero, sin embargo, es posible probar la existencia de una desviación de la legalidad de tal resolución¹⁷ o, incluso, en aquellos supuestos en que se trate de una resolución ajustada a Derecho¹⁸. Naturalmente, cuando, además, sea posible probar la influencia si existe relación personal o funcional con el funcionario sobre el que se influye.

No obstante, tal consideración como delitos refugio tampoco se encuentra exenta de numerosos problemas, especialmente de prueba. Algo consustancial a la mayoría de los delitos relativos a la corrupción, caracterizada por lo que se denomina “delitos de encuentro”, en los que entre ambas partes existe un acuerdo expreso o tácito y una “relación de confianza o incluso de buena fe” en el sentido de “conservar el acuerdo de forma reservada”¹⁹. Son pocos los casos en que el procedimiento se inicia por denuncia del funcionario sobre el que se influye y, aun así, éstos suelen acabar en una inesperada, insólita y criticable absolución²⁰.

En efecto, no conviene pasar por alto que las influencias se realizan siempre en el ámbito privado. Por eso el descubrimiento y la prueba del delito devienen prácticamente imposibles, salvo que nos encontremos ante tramas organizadas y estén siendo investigadas, por ejemplo, mediante escuchas telefónicas válidas en el posterior juicio²¹. Por tanto, una gran mayoría de procedimientos iniciados por tráfico de influencias, finalmente acaban en sobreseimiento por falta de pruebas²² y, cuando no es así, ya se ha encargado el Tribunal Supremo de realizar interpretaciones que vacían claramente de contenido el delito –convirtiéndolo en mero papel mojado- bien a través de criterios de adecuación social de la conducta,

¹⁶ Así, por ejemplo, considerando el tráfico de influencias como un delito residual del cohecho cuando no sea posible probar la existencia de una dádiva, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1255). En el mismo sentido, Muñoz Conde (2009: 959) y Alonso Pérez (2000: 246).

¹⁷ Apuntando, desde hace tiempo, esta misma posibilidad, véase Cugat Mauri (1997: 205).

¹⁸ Y así lo entiende, por ejemplo, la STS 657/2013, de 15 de julio: “No se exige que la resolución que se pretende sea injusta o arbitraria y el tipo básico tampoco exige que se hubiere dictado”. Cfr. *infra* cuando me refiera al concepto de resolución en el tráfico de influencias en sentido estricto.

¹⁹ En estos términos, véase De la Cuesta Arzamendi (2003: 6), cuando se refiere a las causas de la alta “cifra oscura” de la corrupción. Por su parte, refiriéndose directamente a “cifra negra” y estimándola en el cohecho cercana al 90%, véase De la Mata Barranco (2009: 225).

²⁰ Así, por ejemplo, véase la criticable sentencia 300/2012, de 3 de mayo, en la que se absuelve a un superior jerárquico de las fuerzas y cuerpos de seguridad por intentar influir para que sus subordinados no realizaran un test de alcoholemia a dos sujetos –amigos de un amigo del superior jerárquico- que, en un control rutinario, presentaban claros síntomas de embriaguez. Así, se señala expresamente que “no se realizaron por el acusado actos de *influencia con capacidad suficiente de subordinación o condicionamiento significativo de los agentes actuantes*, pues es claro que éstos hicieron caso totalmente omiso de las indicaciones del acusado” (la cursiva se encuentra en el original). Recuérdese que la influencia se realizaba por un superior jerárquico y en el ámbito de las fuerzas y cuerpos de seguridad y si los funcionarios de escala inferior no accedieron a la influencia fue porque se trataba de una orden manifiestamente injusta. El problema posterior se encuentra en saber si dicho superior jerárquico fue objeto de sanción disciplinaria o si, por el contrario, todo quedó en nada como suele ocurrir siempre.

²¹ Como ocurrió, por ejemplo, en el supuesto del denominado “Caso Campeón”, en el que se descubrió un supuesto delito de tráfico de influencias realizado por el ex Ministro José Blanco. Al respecto, véase el Auto del TS, de 18 de julio de 2013, de archivo de las actuaciones contra el referido aforado por tráfico de influencias.

²² En este mismo sentido, y en mayor extensión, véase Mannes (2000). Un examen extenso, completo y concienzudo sobre las resoluciones del TS, en su mayoría absolutorias, véase Dolz Lago (2014: 63-351).

bien a través de la interpretación muy restringida del concepto de resolución perseguida²³.

4. Tráfico de influencias en sentido estricto. Análisis de los elementos típicos.

Los artículos 428 y 429 poseen una estructura idéntica. Sólo se diferencian en cuanto al sujeto activo y la pena a imponer.

Responden a la clásica combinación de un tipo especial impropio –llevado a cabo por un funcionario o autoridad, art. 428- y su correlativo tipo común llevado a cabo por un particular (art. 429).

Sujeto activo del delito –el que ejerce la influencia sobre un funcionario- puede serlo cualquier persona: autoridad, funcionario público o particular, si bien, en este último caso la pena será menor²⁴.

El sujeto objeto de la influencia –que no sujeto pasivo del delito- siempre ha de ser una autoridad o funcionario en el sentido del art. 24 del CP que extiende el concepto de funcionario público y/o autoridad más allá del concepto administrativo de los mismos.

Es importante resaltar que la conducta del funcionario sobre el que se influye –y que, además, se deja influir: accede a lo que se le pide, esto es, “acepta” la influencia- *es totalmente impune porque no aparece contemplada en los preceptos de referencia que sólo consideran punible la conducta del que influye o intenta influir*²⁵. No obstante, será punible si la posterior resolución es constitutiva de algún otro delito y conforme a este otro delito –prevaricación, nombramientos ilegales, etc...-. Pero no será punible si la conducta del funcionario que se deja influir es ajustada a Derecho, constitutiva de una simple desviación administrativa –por ejemplo, agilizar un expediente para la concesión de una licencia legal²⁶, lo que vulnera claramente la igualdad entre los administrados-, si no se ha adoptado resolución alguna porque se ha descubierto antes de hacerlo y, evidentemente, tampoco cuando sea el propio funcionario el que denuncia las influencias.

No es necesario que la influencia se dirija directamente al funcionario que ha de dictar la resolución que se pretende, sino que el tipo admite el denominado *tráfico de influencias “en cadena”*, esto es, influir sobre un funcionario o particular para que éste a su vez influya en el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución.

²³ En este mismo sentido, véase Dolz Lago (2014: 36 y ss.) quien hace un magnífico y pormenorizado estudio de las resoluciones del Tribunal Supremo para probar cómo dicho órgano ha realizado una clara labor neutralizadora de los delitos de tráfico de influencias mostrándose tremendamente clemente e indulgente con esta clase de conductas.

²⁴ En efecto, las penas privativas de libertad –de 6 meses a 2 años- y multa –del tanto al duplo del beneficio obtenido o perseguido- son idénticas en ambos casos. La única variación se establece cuando el sujeto activo es un funcionario público, en cuyo caso se añade la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público por tiempo de 3 a 6 años.

²⁵ Críticamente, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial sobre lo que se denomina “falta de simetría entre la sanción que corresponde al que influye y la falta de sanción al que se deja influir [que] ‘enturbia’ considerablemente la interpretación lógica que ha de darse a estos delitos”, véase AAP Girona, Sección 3ª, núm. 442/2005, de 28 de julio y AAP Madrid, Sección 7ª, núm. 939/2007, de 29 de octubre. También, en tono ciertamente crítico al respecto, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254).

²⁶ No obstante, ambas conductas podrían ser objeto de una infracción administrativa muy grave conforme al art. 95.2 j) del EBEP. Dejando entrever esta cuestión al señalar que la agilización de un expediente no es constitutiva de tráfico de influencias, por ser actos de trámite y no resoluciones en sentido técnico, “aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos”, véase STS 657/2013, de 15 de julio.



Todos los miembros de la cadena pueden ser considerados autores del delito²⁷. En este sentido, resulta ciertamente curioso que todos los funcionarios que intervienen en la cadena respondan como autores y, sin embargo, no lo haga el eslabón final: el funcionario que accede a la influencia ejercida.

La acción delictiva consiste en influir –o intentar influir-. No es necesario que dicha influencia tenga sus frutos, es decir, no es necesario que el funcionario se vea afectado en su proceso motivador y acepte la influencia. Basta con que la influencia sea idónea para conseguir la resolución y el beneficio económico²⁸. Se trata de un delito de mera actividad en el que existe un adelantamiento de las barreras punitivas a momentos previos a la lesión del bien jurídico, elevando la mera tentativa a la categoría de delito consumado. Así, el delito se encuentra consumado aunque el funcionario rechace la influencia y denuncie los hechos o, aun no denunciándolos no proceda a realizar la acción que se le pide.

Para que la influencia revista la idoneidad necesaria para ser típica se requiere, además, que el sujeto activo se prevalega o aproveche de unas determinadas circunstancias: que el sujeto activo, cuando sea funcionario o autoridad, se prevalega de las facultades de su cargo o de su relación personal o jerárquica con el funcionario influenciado o con otro; en el caso de ser el sujeto activo un particular, que se prevalega de una relación personal con el funcionario o con otro; entre las relaciones personales, como señala la Jurisprudencia, se incluyen las de parentesco, afectividad, amistad o, incluso, compañerismo político²⁹. Se trata de una especie de “chantaje moral” al funcionario que sólo se puede llevar a cabo por quien tenga cierta ascendencia sobre él basada en las relaciones especificadas³⁰. De no existir esas relaciones o situaciones especificadas en el tipo, se entiende que la influencia no tiene ninguna posibilidad de afectar al proceso motivador del funcionario. Esto último ocurriría, por ejemplo, si cualquier ciudadano anónimo ejerce dicha influencia sobre un funcionario al que no conoce y que no pasaría de ser una mera presión psicológica sobre el funcionario que quedaría extramuros del tipo por no existir ninguna relación con el funcionario.

Para la consumación del delito no se precisa que se obtenga una resolución y/o un beneficio económico, basta con la finalidad de obtenerlos³¹. El tipo no exige que la resolución –perseguida y/u obtenida- sea ilegal, injusta, arbitraria o prevaricadora³². Por tanto, se incluirían en el tipo resoluciones ilegales –aunque no arbitrarias- o, incluso, resoluciones ajustadas a Derecho porque con el tráfico de

²⁷ En este mismo sentido, por todos, Cugat Mauri (1997: 271 ss.), especificando que todos son considerados autores y no cooperadores necesarios puesto que todos ellos realizan actos ejecutivos consistentes en influir.

²⁸ De otra opinión parece ser la STS 300/2012, de 3 de mayo, que sí exige el “acuerdo de voluntades” o, al menos, no considera tráfico de influencias el hecho de que los funcionarios hiciesen caso omiso de las indicaciones del influyente, lo que, sin duda alguna, y a mi modo de entender, resulta ciertamente criticable porque, amén de vaciar de contenido el precepto, hay que tener en cuenta que la influencia venía de un superior jerárquico en el ámbito de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

²⁹ Así, expresamente, véase STS 1493/1999, de 21 de diciembre, *Caso Roldán*.

³⁰ Así, también, la STS 657/2013, de 15 de julio, *Caso Jaume Matas*. No obstante, en esta resolución, a pesar de afirmar la existencia de una relación de amistad entre el particular y el Presidente de Baleares, Sr. Matas, el TS entendió que tal relación de amistad no tenía “entidad para alterar una resolución que, por otra parte, no iba a ser dictada por el Sr. Matas” y, en consecuencia absolvió al particular que influyó sobre el Sr. Matas. Parece pues, en opinión del TS, que lo determinante es tener relación directa con el funcionario que ha de dictar la resolución –si no, no hay tráfico de influencias- y, a este respecto, parece preciso indicar que el TS se olvida del denominado tráfico de influencias “en cadena” puesto que en el supuesto de hecho lo que se hace es influir sobre el Sr. Matas –prevaleciéndose de una relación de amistad- para que aquél influyera sobre el funcionario que finalmente habría de dictar la resolución. Por tanto, parece mucho más correcta la resolución de la AP de Palma de Mallorca condenando a ambos por un delito de tráfico de influencias: uno conforme al art. 428 y otro conforme al 429.

³¹ Así, expresamente, véase la reciente STS 657/2013, de 15 de julio.

³² Véase STS 657/2013, de 15 de julio.

influencias lo que ocurre es que no se respetan los cauces establecidos de manera objetiva y común para obtener esa resolución. No obstante, la mayoría de la doctrina excluye del ámbito del tipo la persecución de una resolución ajustada a Derecho porque entienden, a mi juicio de manera errónea, que no se vulnera el bien jurídico protegido³³.

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, F. (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid.
- ARROYO ZAPATERO, L. et al. (2007), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid.
- ASÚA BATARRITA, A. (1997), “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”. En: ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, IVAP.
- CUGAT MAURI, M. (1997), *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2003), “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Eguzkilore*, Núm. 17, pp. 5-16.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2009), “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilore*, Núm. 23, pp. 245-259.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2009), “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, *Diario La Ley*, núm. 7286.
- DOLZ LAGO, M.J. (2014), *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica)*, La Ley, Madrid.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1997), “Artículo 430”. En: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, Trivium.
- MANNES, V. (2000), “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 02-01, Disponible en línea: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html, (fecha de consulta: 8 de julio de 2014).
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. (2007), “Delitos de tráfico de influencias”. En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Barcelona, Bosch.
- MARTÍNEZ GALINDO, G. (2005), “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”, *La Ley Penal*, Núm. 22, pp. 36-50.
- MESTRE DELGADO, E. (2014), “Prólogo” a la obra de DOLZ LAGO (2014).
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. (2011), “Delitos de tráfico de influencias”. En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Pamplona, Aranzadi/Thomson Reuters.
- MUÑOZ CONDE, F. (2009), *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2013), “Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”, *EUNOMÍA, Revista en cultura de la legalidad*, núm. 4, marzo-agosto, pp. 73-101.
- ROMERO DE TEJADA, J.M. (2010), “El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, Núm. 24, pp. 65-74.

³³ En mayor extensión sobre dicha doctrina partidaria de extender al tráfico de influencias el concepto de resolución del delito de prevaricación y la crítica sistemática que es posible oponerle, véase Muñoz Lorente (2013: 91 y ss.). No obstante, considerando, de manera minoritaria, que la resolución no tiene que ser injusta o ajustada a Derecho, véase STS 657/2013, de 15 de julio, *Caso Jaime Matas*.





John Stuart Mill: *La cuestión negra* (1850)

Stuart Mill y su réplica a Thomas Carlyle sobre la inferioridad racial¹

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Carlos III de Madrid
ricardo.cueva@uc3m.es

El texto que tengo el placer de presentar y traducir aquí es poco conocido entre los que redactó el autor de *On Liberty*, y sin embargo, íntimamente ligado a su concepción sobre el individuo humano y la sociedad en la que vivía. Y si debo decir esto sobre el escrito que nos ocupa, más aún debería insistir en la importancia coetánea del otro al que pretende oponerse, el *Occasional Discourse on the Negro Question* de Thomas Carlyle, por mucho que este último ahora nos parezca inusitadamente reaccionario.

Carlyle, nacido en Ecclefechan (Escocia) el 4 de diciembre de 1795, y fallecido en Londres el 5 de febrero de 1881, y más conocido como “el sabio de Chelsea” por su formidable erudición, fue un destacadísimo autor de su tiempo y que sin embargo, posiblemente a causa de las transformaciones acaecidas en el siglo XX, ha perdido gran parte del fulgor que le rodeó en su época. Su romanticismo le ha valido todavía ser estudiado en el ámbito de la creación artística literaria, siendo quizás *On Heroes and Hero Worship and the Heroic in History* (1841) su obra más conocida, pero ha perdido del todo el lugar destacado que pudo tener en el campo de las ideas políticas y la reflexión histórica, a las que se dedicó con ahínco tanto en aquel volumen como en otros de la clase de *The French Revolution: A History* (1837). Carlyle fue un hombre sumamente influido por escritores alemanes de la talla de Fichte, y por tanto defensor del idealismo frente a cualquier tipo de filosofía materialista o utilitarista (Sabine, 1992: 526). Precisamente su primera obra célebre fue *Sartor Resartus* (1836), una sátira sobre la escuela de Bentham y, en general, sobre lo que consideraba perniciosas ideas economicistas propias de su época y país, publicada en el *Fraser's Magazine* entre 1833 y 1834. Sería asimismo en este último año en el que marcharía a Londres con su esposa, abandonando su Escocia natal e introduciéndose en círculos literarios en los trazaría relación una relación al principio amistosa con John Stuart Mill (Kinser, 2011: 19).

Thomas Carlyle redactó su *Occasional Discourse* en un contexto sumamente importante, y al que precisamente se refería Mill al final del escrito que aquí traducimos. Se trataba de un instante histórico, 1849, en el cual los Estados Unidos se asomaban a una posible confrontación civil por causa de la esclavitud, aunque tal enfrentamiento no se concretase hasta 1861. En aquel entonces una serie de

¹ Este texto se enmarca dentro del proyecto DER2012-36142, “Identidades y ciudadanía. Fundamentos Político-jurídicos de la diversidad”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

estados amenazaban en el Sur con extender la institución a territorios todavía no esclavistas y una ley federal sobre Esclavos Fugitivos sería aprobada en 1850 (Davis, 1975: 35). Pero, sobre todo, el Reino Unido se hallaba ante una gran encrucijada que es la que preocupaba a Carlyle y obligaba a Mill a responderle. Como todos sabemos, el Parlamento inglés, tras una intensa campaña de los abolicionistas británicos, había suprimido en 1807 el tráfico de esclavos y la institución luego definitivamente en 1833, al establecer un período de trece años de transición como aprendices con el cual todos aquéllos serían hombres libres y el erario público pagaría indemnizaciones a sus antiguos propietarios con el fin de cerrar el intervalo (Harris, 1933: 50). Estas medidas no debe olvidarse que eran sostenidas con la premisa de que el trabajo libre arrojaría superiores rendimientos que el esclavo, base para la “*free labor ideology*” que habían profesado hombres como Adam Smith (Davis, 1975: 352, 353 y 356), al margen de la influencia existente también en grupos cuáqueros y políticos del estilo de William Wilberforce (Harris, 1933: 2 y 3, 10 y 11).

Pero la expectativa de este movimiento filantrópico no pareció ajustarse a las inmediatas ambiciones de los hacendados del Caribe (o “Indias Occidentales”: Antillas y Bahamas), quienes obtuvieron como compensación añadida un arancel proteccionista para la venta de su azúcar y tomaron diversas medidas de carácter coercitivo con el fin de dificultar la fase de “transición” del “aprendizaje” e impedir el cambio de estatus para los sometidos, incluyendo aquellas dirigidas a restringir sus movimientos, así como los castigos corporales y los racionamientos (Harris, 1933: 54-56). En breve las sociedades abolicionistas sufragaron la educación y el establecimiento de libertos en sus propios acres (Harris, 1933: 60 y 61) y el Parlamento optó por eliminar progresivamente el arancel citado (Harris, 1933: 63 y 64). Este es el contexto en el cual Carlyle, asustado por lo que entendía un complot de filántropos hipócritas y librecambistas a ultranza, eligió defender a los propietarios de las plantaciones con su *Occasional Discourse*.

No le fue difícil, dada su cosmovisión jerárquica, recibida en gran parte del calvinismo que había heredado desde su más temprana educación. Carlyle, tanto en *Chartism* (1839) como en *Past and Present* (1843), ya intentaba recuperar un idealizado pasado feudal en el cual los héroes conducían a sus “inferiores” a las metas más altas, construyendo comunidades e instituciones (Sabine, 1992: 635 y 636). En ese reparto de papeles, por tanto, los hombres del color del Caribe debían desempeñar una labor subordinada al hombre blanco, que era el que había hecho prosperar aquellas tierras y civilizarlas. Para el autor escocés, asimismo, desconocer la realidad de aquel orden natural suponía cerrar los ojos al hecho de que los asalariados ingleses, en manos de sus patronos, sufrían esas mismas penalidades que los defensores de los “negros” imputaban en exclusiva a los terratenientes caribeños.

John Stuart Mill escribió así su *The Negro Question* (1850) como respuesta un discurso que percibía como retrógrado, intentado socavar sus fundamentos mediante la fórmula hedonista y el método propios de la escuela de su padre, James Mill, y de su mentor Jeremy Bentham. Así, y en primer término, negó cualquier determinismo biológico *a priori*: los seres humanos, cualesquiera fuese su raza, no se hallaban *predestinados* a servir a otros. El fatalismo de Carlyle le parecía insostenible, sin base en la biología ni en la ciencia, ni mucho menos en cualquier estudio sociológico o histórico, como intentaba demostrar con el estafalario supuesto de los egipcios. Para Stuart Mill, pues, el combate con la esclavitud no ha dado por concluida la senda del progreso: deben quedar eliminadas lo antes posible, asimismo, aquellos tipos de sujeción demasiado parecidos, como ya



señalaría luego en su *The Subjection of Women* (1869), e incluso en su *On Liberty* (1859), donde diría que no resultaba aceptable siquiera un pacto para venderse como esclavo (Mill, 1977: 299). La libertad le pareció a Mill un bien inalienable, lo cual le condujo a elogiarla más que sus antecesores utilitaristas, una opinión que le convierte, de esta forma, en uno de los progenitores de los derechos morales y la autonomía personal modernas.

De hecho Carlyle no llegaba a abogar en su texto propiamente por el retorno a la esclavitud, consciente como era del impulso del momento. La diferencia principal entre ambos autores estriba, pues, en sus discrepancias sobre hasta dónde resulta justificable la subordinación de unos hombres a otros. Para Mill, hijo del tipo de economía política señalada, capital y trabajo eran complementarios y se ubicaban dentro del mercado de la oferta y la demanda, y esta organización productiva compuesta de ambos elementos obedecía a la satisfacción racional de necesidades, que además resultaría mejor en tanto en cuanto se redujera la cantidad de dolor existente. Carlyle, por el contrario, no se halla en absoluto preocupado por esa cuestión, puesto que para él “necesidad” es precisamente la subordinación social en sí misma: cada uno debe cumplir su cometido en el Universo de acuerdo con la función asignada por su Creador.

A Mill le acompañaba, pues, el avituallamiento de una economía política clásica que se remontaba a Adam Smith y que había sido continuada por hombres como David Ricardo (1772-1823) o Thomas Malthus (1766-1834). Toda esa corriente de pensamiento, acostumbrada a hablar de precios, salarios o capital, entendía que la esclavitud no tenía hueco en su sistema, y de nuevo era difícil dilucidar en tal postura donde empezaba la mera filantropía y dónde la asunción de una eficiencia mayor para las sociedades donde existiera el trabajo asalariado en lugar del esclavismo. En este sentido, desde luego, hay que referirse al predominio intelectual del abolicionismo en círculos amplísimos de la sociedad británica (desde los más pudientes hasta los trabajadores organizados en plataformas cartistas, desde los no creyentes hasta los cuáqueros), y por tanto de una fuerza con avances indudables y la férrea voluntad de no volver atrás, como también parece recordarnos Stuart Mill en su escrito. El autor de *On Liberty* entiende que toda aquella tradición emancipadora, que había supuesto desde el boicot a los productos de las plantaciones hasta el rescate de esclavos o el pago por su liberación, pasando por diversas medidas parlamentarias o judiciales, era nada menos que una tarea nacional, una empresa que identificaba al Reino Unido frente a otros Estados y que la situaba en cabeza de los países más avanzados del momento: tal era el valor de “*the laws of the English nation*” (*Negro Question*). La pregunta que podríamos hacernos, sin embargo, e inmediatamente a continuación, es la de cuál era el papel de aquel país en el concierto mundial del momento, asomando como estaba bajo la faz de un “imperio”.

El episodio protagonizado por el gobernador Eyre en Jamaica en 1865 viene a ofrecernos una interesante reflexión acerca de hasta dónde estaba dispuesto a llegar Stuart Mill en la crítica al propio Reino Unido en relación con la emancipación de pueblos o razas. Si bien resultó claro su apoyo a la Unión contra los estados del Sur durante la Guerra Civil americana, como demostraría en sus textos *The Contest in America* y *The Slave Power* (1862), sin embargo no adoptaría después y durante el desarrollo de aquel episodio caribeño una postura tan favorable a la emancipación política de los hombres de color. En aquella fecha se produjo una rebelión negra liderada por Paul Bogle y en la que supuestamente se hallaba implicado George William Gordon, un popular miembro mulato de la asamblea colonial, y que obtendría una respuesta inmisericorde de Eyre bajo la ley marcial, siendo destruidas

miles de viviendas, y ejecutadas, torturadas y azotadas varios cientos de personas, entre ellas los dos hombres citados (Schultz, 2007: 114). Todo esto produjo la reacción de una buena parte de la opinión pública contra sus medidas, constituyéndose un *Jamaica Committee* formado por Charles Darwin, T. H. Huxley, Spencer y John Stuart Mill y que sería a su vez replicado por el que compusieron Tennyson, Ruskin, Dickens y el propio Carlyle para defender a Eyre (Schulz, 2007: 123, nota 56). La intención del primero era la de llevar a los responsables de las atrocidades ante la justicia (Sullivan, 1983: 611), pero no la de pronunciarse sobre un posible abandono de la isla o el reconocimiento de un mayor autogobierno en el que los hombres de color dispusieran del sufragio (Schulz, 2007: 114 y 115). Para Mill determinados pueblos puede que mantuvieran su situación como “rezagados” en la senda del progreso sólo de forma estacionaria, pero la padecían sin duda, así que convenía distinguir entre países civilizadores y aquellos que no pudieran serlo. En *State of Society in America* (1836) ya había afirmado que existían entonces “cuatro grandes naciones, Inglaterra, Francia, Alemania y los Estados Unidos”, poseyendo “cada una de ellas (...), ya sea en su condición social, en su carácter nacional o en ambos, algunos puntos de indiscutible superioridad sobre los demás” (Mill, 1977: 94) y ubicándose otras, como por ejemplo China, en una situación precisamente “estacionaria” (“De Tocqueville on Democracy in America”, 1835, en Mill, 1977: 197). Por añadidura, Mill dedicaría todo el capítulo XVIII de su *Representative Government* (1861) a justificar el gobierno colonial y en su *On Liberty* (1859) reiteraría que existían “sociedades atrasadas” con “razas en minoría de edad” (Mill, 1977: 224).

En consecuencia, el Reino Unido debía mantener sus colonias en distintos lugares, como la India (Mill, 1963: 365²) o el Caribe, porque esto posibilitaría a sus habitantes avanzar hacia un estadio superior de la evolución humana, en una teoría muy congruente con la doctrina comteana que tanto había admirado Mill, pero poco con su concepción de la libertad como autonomía esbozada en *On Liberty*. Esta postura se hallaba a su vez reforzada por su economía política (*Principles of Political Economy*, 1848³), tomada en gran parte de Edward Gibbon Wakefield (1796-1862), quien había defendido la colonización de los países más avanzados, de manera que se diera salida a la acumulación de capital seguida asimismo de la correspondiente emigración (Semmel, 1961: 514 y 522, y Sullivan, 1983: 609). No cabe escaparse del todo, por tanto, a una posible crítica a Mill que retome la imputación de racista encubierto, o cuanto menos de etno o eurocentrista. Aunque renuente a señalar la manera específica en que operaría la raza en los rasgos concretos de las sociedades (Varouxakis, 1998: 21), y utilizando el concepto de forma que incluía referentes culturales y no sólo biológicos y que se deslizaba de un plano a otro sin solución de continuidad, es claro que no todos los grupos humanos poseían el mismo valor para Mill, al menos en su proyección histórica, y que el Reino Unido tenía una misión o tarea civilizadora en el planeta.

Ahora bien, cabe asimismo entender la actitud de Stuart Mill hacia las colonias, muy especialmente hacia las de la India y el Caribe, como extensión de una postura que fue siempre reformista y nunca revolucionaria. El autor del texto traducido aquí simpatizó con distintos movimientos de su época que abogaban por cambios sociales, económicos y políticos, pero fue muy cuidadoso en su defensa de métodos drásticos o sencillamente violentos, pese a sus deliberadas ambigüedades (Williams, 1989). Así, en su insistencia en apoyar a Lincoln durante la Guerra de Secesión se preocupó mucho de probar que los agresores habían sido los estados

² Carta dirigida a J. P. Nichol, diciembre de 1837.

³ Véase el comentario de Sullivan, 1983: 607-609; que demuestra que la mantuvo también tardíamente.

de la Confederación (Mill, 1984: 132), de manera que a su “ilegítima” causa moral se le había añadido su “injustificada” ruptura constitucional⁴, y por otra parte mantuvo su respaldo de todas maneras a la neutralidad británica, puesto que otra postura habría significado que americanos e ingleses se “despedazaran” (Mill, 1984: 127). De esta forma, y para llevar las cuentas certeras del utilitarismo, debía siempre considerarse que pasar demasiado deprisa de un estadio a otro, y a salvo circunstancias como la expuesta, podría causar más dolor del que se intentaba evitar. Tal cosa es la que para Mill habría ocurrido de haberse sostenido la necesidad de que los jamaicanos se independizaran en 1865, algo que de todas maneras los rebeldes no parecieron defender⁵, o la de reconocerles allí a todos los hombres de color el sufragio, medida respecto a la cual resulta conocido que el autor del *Representative Government* siempre fue más bien cicatero, incluso para la propia Inglaterra.

Bibliografía

- DAVIS, M. B. (1975), *The Problem of the Slavery in the Age of Revolution: 1770-1823*, Oxford University Press, Ithaca.
- HARRIS, J. (1933), *A Century of Emancipation*, J.M.Dent & Sons, London.
- KINSER, B. E. (2011), *The American Civil War in the Shaping of British Democracy*, Algate, Farnham.
- MILL, J. S. (1963), *The Collected Works of John Stuart Mill, Vol. XII, The Earlier Letters of John Stuart Mill 1812-1848 Part I*, MINEKA, F. (ed.), University of Toronto Press, London.
- MILL, J. S. (1972), *The Collected Works of John Stuart Mill, Vol. XVI, The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873 Part III*, MINEKA, F. (ed.), University of Toronto Press, London.
- MILL, J. S. (1977), *The Collected Works of John Stuart Mill, Vol. XVIII, Essays on Politics and Society Part I*, ROBSON, J. (ed.), University of Toronto Press, London.
- MILL, J. S. (1984), *The Collected Works of John Stuart Mill, Vol. XXI, Essays on Equality, Law, and Education*, ROBSON, J. (ed.), University of Toronto Press, London.
- PADOVER, S. K., ed. (1972), *Karl Marx on America and the Civil War (The Karl Marx Library, vol. II)*, McGraw-Hill, New York.
- SABINE, G. H. (1937), *A History of Political Theory*, Holt, Rinehart and Winston Inc., New York.
- SABINE, G. H. (1992), *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- SEMMELE, B. (1961), “The Philosophic Radicals and Colonialism”, *The Journal of Economic History*, Vol. 21, 4, pp. 513-525.
- SCHULTZ, B. (2007), “Mill and Sidgwick, Imperialism and Racism”, *Utilitas*, Vol. 19, 1, pp. 104-130.
- SULLIVAN, E. P. (1983), “Liberalism and Imperialism: J.S.Mill’s Defense of the British Empire”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 44, Núm. 4, pp. 599-617.
- VAROUXAKIS, G. (1998), “John Stuart Mill on Race”, *Utilitas*, Vol. 10, 1, pp. 17-32.
- WILLIAMS, G. (1989), “J. S. Mill and Political Violence”, *Utilitas*, Vol. 1, 1, pp. 102-111.
- WINTER, S., “On the Morant Bay Rebellion in Jamaica and the Governor Eyre-George William Gordon Controversy, 1865-70” *BRANCH: Britain*,

⁴ Véase la carta dirigida a D. Urquhart en octubre de 1866 (Mill, 1972: 1205 y 1206)

⁵ Los terratenientes llegaron a acariciar precisamente esa idea, e incluso su posible incorporación a los Estados Unidos antes de la Guerra de Secesión, dado que se resistían a la política del gobierno británico en la isla (Winter, 2014: 3)

Representation and Nineteenth-Century History, FRANCO, D. (ed.), extensión de *Romanticism and Victorianism on the Net*. Disponible en: http://www.branchcollective.org/?ps_articles=sarah-winter-on-the-morant-bay-rebellion-in-jamaica-and-the-governor-eyre-george-william-gordon-controversy-1865-70. Revisado el 17 de septiembre de 2014).



La cuestión negra (1850)¹

John Stuart Mill

Señor,

Su último número mensual contiene un discurso contra los “derechos de los negros”, cuya doctrina y espíritu no deberían quedar sin respuesta. El autor expone sus opiniones, o mas bien mandatos, bajo imponentes auspicios: nada menos que aquellos de los dioses inmortales. “Las Potencias” y “las Parcas” anuncian a través suyo, no solamente lo que ocurrirá, sino también lo *que se hará*, y en suma todo lo que aquéllas “han decidido por medio de su eterna y suprema ley”. Esta es la manera en que se expresa “alguien con autoridad”, pero, ¿autoridad respecto a quién? Podemos juzgarle por la calidad del mensaje que envía, no por que posea poder alguno al que los hombres justos o buenos reconozcan obediencia. Aquella ley denominada “eterna y suprema” no es nueva en absoluto, sino la vieja ley del más fuerte, una ley contra la cual han clamado los grandes maestros de la Humanidad en todas las épocas, la ley de la fuerza y la perfidia, la ley que prescribe que si uno resulta ser más poderoso que otro entonces es su “señor” por naturaleza, de forma que figure como alguien nacido para “servirle”, “obligado a trabajar” para él mediante “la vara benévola” si no resultan disponibles otros sistemas. No percibo nada de divino en este mandato. Si “los dioses” desearan tal cosa, en todo caso, es el primer deber de la Humanidad resistirles. Tales divinidades en ningún caso resultan omnipotentes, por la sencilla razón de que los poderes que cobijan la tiranía humana y la injusticia no pueden conseguir su propósito a no ser que los seres humanos lo acepten. La historia del progreso humano es la de un combate reñido pulgada a pulgada con poderes maléficos y en la que se ha salvado paulatinamente mayor porción de vida del inicuo dominio de la ley del poderoso. Aún queda mucho para suprimirla, puesto que resta muy abundante trabajo por hacer; pero el progreso conseguido hasta ahora en ello es el logro mejor y más grande de la Humanidad y sería difícil que se empezase a *retroceder* en este período universal en que debiéramos disfrutar de grandes reformas en los asuntos humanos.

Se comenta que la época, sin embargo, padece una enfermedad más perniciosa y que infecta todos sus procederes, y de la cual la conducta de este país en relación con los negros configuraría un síntoma relevante, a saber, la Plaga de la Filantropía. “Hundida en los profundos océanos de la Benevolencia, la Fraternidad, el principio Emancipador, la Filantropía Cristiana, y otros rostros amigables, pero la mayoría de ellos sin fundamento alguno y definitivamente con una jerga rencorosa y confusa”, producto de “corazones carentes de cualquier seria directriz y escépticos con respecto a cualquiera, ya sea cristiana, ya pagana”, las especies humanas “son reducidas a creer sólo en un sentimentalismo de color rosa”. A continuación señalaré algo precisamente acerca de esta condición que se alega sobre las especies humanas. Pero primero debo corregir una cuestión de hecho a mi adversario anti-filantrópico. Pues resulta que ignora enteramente la gran revuelta de

¹ Traducción de Ricardo Cueva Fernández. La versión original en lengua inglesa se publicó en *Fraser's Magazine for Town and Country*, Vol. XLI, pp. 25–31. El texto original resulta disponible en <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044092641992;view=1up;seq=33> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2014).

la conciencia nacional de esta tierra contra la esclavitud y el mercado negrero, cuando supone que se ha tratado tan sólo de una cuestión sentimental. Lo cierto es que no dependió de los sentimientos humanos más de lo que cualquier causa que apela a ellos de forma necesaria. Sus primeras victorias fueron obtenidas mientras el látigo aún regía inmovible en los barracones, así como la vara en las escuelas, y mientras los hombres todavía eran colgados a docenas por robar el valor de cuarenta peniques. Triunfó porque era la causa de la justicia; e, incluso, de acuerdo con la gran mayoría de sus apologistas, también de la religión. Sus líderes e impulsores fueron personas con un firme sentido del deber moral y quienes además, en el espíritu de la religión de su tiempo, raramente hablaron demasiado de benevolencia y filantropía, sino de obligación, crimen y pecado. Por cerca de dos siglos muchos tuvieron en propiedad hombres negros, varios miles anualmente, habiendo sido capturados mediante la fuerza o la traición y transportados a las Indias Occidentales para trabajar hasta la muerte, literalmente hasta su fallecimiento; porque fue la máxima heredada, el dictado reconocido de la economía excelente, conducirlos de manera tan rápida como se pudiera e importar más. En esta operación fueron incluidas asimismo toda posible crueldad, tiranía y opresión injusta. El motivo de los propietarios esclavistas fue el amor al oro; o, acercándonos más a la verdad, la vulgar o pueril ostentación. He comprendido que los seres humanos no han hecho con su prójimo ninguna cosa más detestable en lugar alguno del planeta. Y es un sarcasmo establecer cualquier comparación con Irlanda. Aquel fenómeno se condujo, no como en el caso de la pobreza irlandesa, porque Inglaterra careciera de modo de prevenirla, no meramente por omisión, sino por obra de las propias leyes de la nación inglesa. Al fin, sin embargo, hubo hombres en creciente número que resolvieron no descansar hasta que la iniquidad quedara extirpada; que convirtieron su destrucción en la ocupación y finalidad de sus vidas, de la misma forma que los hombres ordinarios buscan sus intereses; que no satisfechos con debilitar sus crueles rasgos, y haciéndola menos tolerable a la exposición pública, no pararían hasta su extinción total e irrevocable. Me hallo muy lejos de considerar despreciable esta resolución, la cual, en mi modesta opinión, fue formada y ejecutada por personas que merecen ser nombradas entre aquellas que, aunque no demasiado numerosas en ninguna época, y que han conducido sus nobles vidas de acuerdo con su entendimiento, han dejado a la Humanidad una deuda de eterna gratitud.

Después de cincuenta años de esfuerzo y sacrificio se alcanzó la meta y los negros, liberados del despotismo de sus congéneres, pudieron hacer uso de su libre albedrío y de las oportunidades que los acuerdos de la sociedad existente suministran a aquellos que no tienen otro recurso salvo su trabajo. Estas oportunidades a su vez probaron serles favorables, porque en los últimos diez años han ofrecido el inusual retrato de una clase trabajadora cuya tarea merece tan alto valor que puede erigir cómodamente salarios compatibles con una cantidad de trabajo cuantitativamente pequeña. Esto es un inconveniente para los antiguos esclavistas; pero no he oído que ninguno de ellos se haya visto reducido a mendigar su pan o cavar por él, cosa que el negro aún debe hacer, a pesar de cuan escandalosamente lo disfrute; de hecho, parece que aquéllos sólo han sufrido la merma de algún que otro lujo como mucho, lo cual no implica una justicia retributiva demasiado dura, y quienes han perdido su poder tiránico quizás se vean como afortunados si se mantienen en el nivel de solvencia anterior, tratándose ésta en todo caso de una rebaja que no tiene por qué ser sufragada por la nación: si no puede conseguir más ingresos sin aumentar sus trabajadores, dejemos que los encuentren y les traigan desde donde puedan, pero nunca por la fuerza. Y eso aunque no opine así su misántropo colaborador. Que los negros deberían existir y disfrutar de su vida, con tan poca tarea, es un escándalo a su ojos, y peor siempre que su esclavitud anterior. Debe ponérsele freno a cualquier precio. Él “no desea



verles” esclavizados de nuevo, “si tal cosa se pudiera evitar”, pero sin duda “tendrán que servir”, siendo así “sirvientes de los blancos”, “obligados a trabajar”, y a “no haraganear ni un minuto”. El “Africano del Caribe” [Black Quashee], “ahíto de calabazas”, y “trabajando alrededor de media hora al día”, resulta para él la madre de todas las abominaciones. Yo mantengo un combate tan serio contra sus principios que no tengo tiempo para debatir sobre los hechos; déjenme recordarles tan sólo como escoge fácilmente lo que le conviene. Así, y como lee algún informe sobre una huelga por salarios en Demerara, tal y como el quizás lea sobre lo mismo en Manchester, traza a continuación un cuadro de la inactividad del negro copiado de las profecías más burdas del partido esclavista antes de la emancipación. ¿Acaso si fuera verdad que los negros no trabajaran más que “media hora diaria” serían las cosechas de azúcar tan excelentes como lo son de hecho en general salvo en épocas malas, y de acuerdo con lo que señala el índice aduanero, sin aflojar con respecto al período esclavista? Pero no son tanto los hechos que implica la pregunta, como el asunto de su presunta moralidad, lo que me cuido de disputar con su colaborador.

Un hombre negro que no trabaje más que lo que su colaborador afirma que trabaja, dice él que es una “ofensa a la vista”, una “pústula en la piel del estado”, y muchas cosas igualmente desagradables, debido a que el gran deber del ser humano es el de trabajar. “Realizar un trabajo competente, laborar honestamente de acuerdo con las habilidades que a cada uno se le ha concedido, para ese y no para otro propósito fuimos todos traídos al mundo”. Quien quiera que le impida a alguien seguir su “sagrado designio de trabajar mientras vive en el planeta”, resulta ser su “enemigo más encarnizado”. Si fuera su “propia indolencia” la que se lo impide, “el primer *derecho* que tiene” es el de que todas las personas más sabias e industriosas “le obliguen, por medios inteligentes, a realizar el trabajo para el que es apto”. ¿Por qué no decir al mismo tiempo, entonces, que con ciertos “medios inteligentes” deberían corregirse todas las cosas en el mundo? Mientras estemos en esa senda, la sabiduría debería ser sugerida como remedio para todos los males, y no sólo para uno. Su colaborador incesantemente ruega al cielo para que toda la persona, negra y blanca, disponga del “derecho divino a ser obligado, si no lo hace de forma voluntaria, a realizar el trabajo que se le ha asignado”. Pero como todo esto no puede ser aún convenientemente puesto en práctica, debe empezarse por los negros, haciéndoles trabajar *para* ciertos blancos, resultando así que estos últimos *no* trabajarán en absoluto; esta es la manera es que “el eterno propósito y la voluntad suprema” quedarán satisfechos, y “la injusticia”, que resulta “siempre odiosa”, pueda cesar.

Tan ramplona teoría de su colaborador sobre el laborar es bien conocida por todos, aunque algunas personas quizás no se hallen preparadas en el mismo grado para una confiada aplicación de la misma. Déjeme decirle unas pocas palabras sobre este “espíritu del trabajo” que, a mi entender, merece la denominación de hipócrita más que aquello a lo que dice oponerse, mientras que la verdad que contiene se halla inconmensurablemente más lejos de ser cierta que la que se halla en las palabras Benevolencia, Fraternidad o cualquier otra de aquel supuesto catálogo de frivolidades. Para conceder un significado a la palabra labor, antes que nada debe conocerse qué es lo que implica. ¿Supone todo lo que la gente *hace*? No; o no se reprocharía a la gente sólo el no trabajar específicamente. ¿Significa ejercicio extenuante? No, porque para muchos un día empleado en un juego físico incluye más fatiga muscular que un día arando. ¿Implica esfuerzo *útil*? Pero su colaborador precisamente satiriza la idea de utilidad. ¿Supone que todo el mundo debería ganarse la vida? Pero algunos consiguen su sustento sin hacer nada, y otros causando daño; y los negros, a quien aquél mismo desprecia, incluso ganan mediante el trabajo las “calabazas” que consumen y la bisutería que visten.

Pienso que el trabajo no es bueno en sí mismo. No hay nada digno de alabanza en el trabajo como tal. Trabajar voluntariamente por un objeto valioso es encomiable; pero, ¿qué es lo que constituye una meta valiosa? Acerca de este asunto, el oráculo cuyo profeta es su colaborador no ha conseguido nunca manifestarlo. Se revuelve en un círculo infinito alrededor de la idea de trabajo, como si levantar la tierra o conducir una nave o sostener una pluma fueran fines en sí mismos, y fines además de la existencia humana. Aun el más sublime servicio a la Humanidad no es valioso por razón del trabajo que se le dedica; su importancia descansa en el propio servicio, y en la voluntad de suministrarlo, y de cuyos nobles sentimientos es su fruto; y si la nobleza de la voluntad es demostrada mediante otra evidencia distinta al trabajo, por ejemplo, el peligro o el sacrificio, mantiene el mismo valor. Mientras hablemos sólo de trabajo, y no acerca de su objeto, estaremos lejos de la raíz del asunto; o incluso si se pudiera hablar de que hemos dado con tal raíz, carecerá de flor o fruto alguno.

En el presente caso parece que un noble objeto del trabajo sería el de cultivar “especias”. “Los dioses desean que, junto con las calabazas, las especias y los productos importantes crezcan en la Indias Occidentales”, es decir, los “nobles alimentos de la canela, el azúcar, el café, la pimienta negra y la gris”, todas ellas “más nobles que la calabaza”. ¿Pero, por qué? ¿Es lo que sostiene la vida, inferior en dignidad a lo que sólo gratifica el sentido del gusto? ¿Es el veredicto de los “dioses inmortales” que la pimienta sea noble, y la libertad (incluso la liberación del látigo) despreciable? Pero las especias conllevan “comercio, arte, política y avances sociales”. Quizás, ¿pero de qué clase? Cuando han de ser producidas por esclavos, “la política y los avances sociales” son aquellos a los que el mundo, espero, no elegirá permanecer atado durante mucho más tiempo.

La valía del trabajo consiste seguramente en conducir a otra labor, y ésta a su vez a otra tarea, y así hasta el infinito. Por el contrario, la multiplicación del trabajo, para propósitos que carezcan de valor, es uno de los males de nuestra presente condición. Cuando la justicia y la razón sean la norma de los asuntos humanos, una de las primeras cosas a las cuales quizás resulten aplicadas se relacione con la pregunta acerca de cuántos de los denominados lujos, comodidades, refinamientos y ornamentos de la vida son tan valiosos como para que el trabajo encaminado a ellos merezca la pena. El embellecimiento de la existencia es tan valioso como útil un objeto encaminado a sostenerlo, pero solamente un gusto viciado puede percibir tal fin en aquellas frivolidades de la denominada civilización y que miríadas de manos y tantas vidas se hallan ocupadas y malgastadas en suministrar. En oposición al “espíritu del trabajo”, yo defendería el espíritu del ocio, y mantengo que los seres humanos *no pueden* alcanzar los mejores atributos de su naturaleza al tiempo que padecen una vida repleta de trabajo. No incluyo aquí bajo el nombre de trabajo aquella labor, si así puede ser llamada, que es realizada por escritores y consejeros, una ocupación, que, dejando la vanidad de su empeño, no puede ser designada con el mismo término que el del trabajo real, el extenuante, rígido, atosigante trabajo esforzado de todos los tipos y propio de operarios agrarios e industriales. Reducir de manera destacable la cantidad de trabajo requerida para la existencia es tan necesario como distribuirla más equitativamente; y tienden a ese resultado tanto el progreso de la ciencia como la mayor influencia de la justicia y el buen sentido.

Hay una porción de trabajo exigida por el hecho de la propia existencia de cada uno. Nadie podría existir al menos que trabajara él o alguien o en su lugar. Así que todo individuo está ligado, por causa de la justicia, a realizar su parte; y la sociedad tiene un derecho incontestable a señalar a toda persona que si no trabaja

y esta labor resulta necesaria, no podrá comer. La sociedad no ha compelido a este derecho, habiendo pospuesto la regla de la justicia a otras consideraciones. Pero existe una creciente demanda para que ocurra así tan pronto como exista un plan tolerable diseñado para tal propósito. Si este experimento ha de ser probado en las Indias Occidentales, que lo sea imparcialmente y dejemos así que todo el producto pertenezca a aquellos que realizan el trabajo que lo origina. No deberíamos tener asalariados negros obligados a cosechar especias que no quieren, ni permitir a los propietarios blancos que no trabajan cambiarlas por residencias en la Plaza de Belgravia. De esta forma no retiráramos de los blancos más que de los negros el “derecho divino” de ser obligado a trabajar. Dejémosles la misma parte en lo que producen que en lo que ofrecen como trabajo. Y si no les gusta, dejémosles permanecer como están, tanto como les sea permitido y lo admita la oferta y la demanda.

Las nociones de justicia y derecho de propiedad de su colaborador son, por el contrario, distintas a las señaladas. De acuerdo con ellas, todas las Indias Occidentales pertenecen a los blancos: los negros no tienen derechos aquí, ni siquiera a la tierra o al alimento, sino sólo a sufrir. “No fue *Black Quashee*, o aquellos a quienes representa, quien convirtió a las Indias Occidentales en lo que son ahora”. Reconozco que estos que suministraron los músculos y tendones tuvieron realmente algo que ver con el asunto. “Bajo el suelo de Jamaica los huesos de miles de británicos”-“el bravo coronel Fortescue, el bravo coronel Sedgwick, el bravo coronel Brayne”, y otros muchos, “vinieron a descansar”. Pero, ¿cuántos cientos de miles de hombres africanos dejaron sus huesos yacer allí, después de haber vivido bajo el yugo de una tortura lenta o salvaje? Ellos podrían haber hecho lo mismo y mejor sin el coronel Fortescue, que lo que el coronel Fortescue podría haber hecho sin ellos. Pero resulta que él era más fuerte, y podía “obligarles”; lo que hicieron y sufrieron, en consecuencia, no sirvió para nada. Y no sólo eso, sino que además ellos *no hubieran podido* cultivar aquellas islas. “Nunca de su propia habilidad” (la del negro) “podría haber crecido una sola calabaza para el solaz humano”. Ellos cosecharon calabazas, sin embargo, y más cosas, en un país muy similar, su África nativa. Se nos insta a mirar a Haití: pero, ¿qué es lo que su colaborador conoce de Haití? “Poco o ninguna cosecha de azúcar, el negro Pedro exterminando al negro Pablo, y allí donde el jardín de las Hespérides podría crecer, no hay nada salvo unas chozas y una jungla pestilente” ¿Vamos a escuchar argumentos basados en habladurías como esta? ¿En qué la negra Haití resulta ser peor que el México blanco? Si fuera conocida la verdad, ¿cuánto peor que la España blanca sería realmente?

Pero la gran doctrina ética del Discurso, que nunca fue propuesta de manera más condenable por un presunto reformista moral es la de que una clase de seres humanos es sirviente de otra. “Tendréis que ser sirvientes”, ordena a los negros, “de estos que son de manera innata más sabios que vosotros, que son vuestros señores por naturaleza, sirvientes de los blancos si son (¿y qué mortal puede dudarlo?), más sabios que vosotros de manera innata”. La letra absurda de sus manifestaciones no aguanta en pie; pertenece al amañamiento que le cautiva como a un niño su ropita. Por “ser de manera innata más sabio”, supongo que quiere decir nacido con mayor capacidad de sabiduría: una proposición que afirma, ningún mortal puede poner en duda en relación con los blancos, pero que me atrevo a decir, una completa mayoría de todas las personas con uso de razón o que han puesto atención en la materia, la ponen en duda o la rechazan. Entre las cosas por las cuales su colaborador profesa una entera falta de respeto, es por el examen analítico de la naturaleza humana. Es gracias al método analítico que hemos aprendido cualesquiera cosas de la naturaleza externa; y si no hubiera desdeñado aplicar el mismo modelo de investigación a las leyes de la formación del carácter,

habría escapado del vulgar error de imputar cualquier diferencia que halla en los seres humanos a una diferencia original y de carácter natural. Se ha dicho que dos árboles, naciendo ambos del mismo suelo, sólo pueden ser distintos en cuanto a su altura o vigor por causa de su semilla original. Pero entonces, ¿no hay nada que atribuir al suelo ni al clima o la diferente exposición solar, ninguna tormenta ha removido un árbol y no el otro, ni el relámpago los ha dañado en distinta forma, o tampoco se han cebado en ellos de diferente forma las bestias o los insectos, ni algún forastero roto sus hojas o su corteza de manera separada? Si los árboles crecieran cerca uno del otro, quizás no haya ocurrido que, por accidente, el crecimiento de uno haya retardado el desarrollo del otro que se encuentra a su sombra? Los seres humanos están sujetos a una variedad de accidentes e influencias exteriores infinitamente mayores que las de los árboles, y tienen una participación mucho más extensa en la desigualdad del crecimiento de los demás, desde el momento en que quienes empiezan por ser más fuertes suelen asimismo emplear su poder para mantener débiles a los demás. Acerca de cuáles son las diferencias originales entre los seres humanos, no sé más que su colaborador, y tampoco menos; se trata de una pregunta aún no respondida satisfactoriamente en la historia natural de las especies. Asimismo, es bien conocido que la mejora espontánea, más allá de cierto grado -la mejora por el desarrollo interno, sin ayuda de otros pueblos o individuos- es uno de los fenómenos más raros en la Historia, y que donde quiera que se sepa ha ocurrido, el resultado fue una combinación extraordinaria de ventajas y que hubo además innumerables accidentes de los cuales se ha perdido hoy toda traza. Ningún argumento contra la capacidad de los negros en su mejora puede ser consistente de no ser que estuviéramos ante una de esas raras excepciones. E incluso resulta sorprendente que tengamos los motivos más sólidos para sostener que la civilización más temprana de la que hayamos oído hablar sea con toda probabilidad una civilización negra. Así, se desprende por sus esculturas que los egipcios fueron de raza negra: fue de los negros, por tanto, de quienes los griegos aprendieron sus primeras lecciones civilizadoras; y los filósofos griegos recurrieron al final de su andadura (aunque quizás sin excesivos resultados) al legado y tradiciones de aquellos negros como un tesoro de misteriosa sabiduría. Pero de nuevo renuncio a toda ventaja que me puedan conceder los hechos: aunque fueran los blancos innatamente superiores en inteligencia a los negros, y capacitados por la naturaleza para instruirles y aconsejarles, no sería menos monstruoso aseverar que por tanto tienen derecho a someterles por la fuerza, o a engañarles merced a su habilidad superior; o a arrojarles a las penalidades y durezas de la vida, reservándose, bajo la incorrecta denominación de trabajo, sus principales placeres.

Si tuviera que señalar, aun con los mas escuetos términos, todo punto vulnerable en el *Discurso* de su colaborador, produciría una disertación más larga que esta. Un ejemplo añadido, sin embargo, debería bastar. Si se demanda trabajo, resulta una idea obvia la de traer trabajadores y, por tanto, si los negros son los mejor adaptados al clima, traerles precisamente a ellos. Este es un modo de ajustar el equilibrio entre trabajo y trabajadores que concuerda bien con los principios heredados: no se trata de nada previo o posterior a las éticas existentes en el mundo, y dado que conseguiría el objetivo de hacer trabajar a los negros más, su colaborador, cabe suponer, lo habría aprobado. Pero, por el contrario, esta perspectiva es para él la peor de todas; porque si “los nuevos africanos, después de trabajar un poco”, “tomaran tantas calabazas como los demás”, o si muchos de ellos vinieran y fuesen obligados a trabajar para vivir, habría un “Irlanda negra”. Los mercados laborales admiten tres posibilidades y no, como todo esto implicaría, solamente dos. Primero, los trabajadores pueden vivir sin trabajar, que se afirma es el caso de Demerara; o segundo, el supuesto más típico, pueden vivir gracias al trabajo, pero deben laborar para mantener su existencia; o en tercer lugar, no

pueden conseguir suficientes medios de vida con su trabajo, que es el caso de Irlanda. Su colaborador percibe sólo los casos extremos, pero nunca que exista el que se halla en medio. Si los africanos son importados piensa que, o bien existirán tan pocos que no necesitarán trabajar, o bien tantos, que aunque trabajen no serán capaces de sobrevivir.

Déjeme decir unas pocas palabras sobre el combate genérico de su colaborador con los tiempos que corren. Toda época tiene sus errores, y tal cosa debe reconocérsele a quienes los critican. Nuestra propio tiempo exige este servicio tanto como otros; pero no para concluirse que es una degeneración del pasado, porque sus errores son diferentes. Debemos ser cuidadosos, además, de confundir sus virtudes con errores, y ello simplemente porque es inevitable que unos y otros se mezclen y ofrezcan así cierta textura. Su colaborador piensa que la época tiene demasiada humanidad, que se halla ansiosa de suprimir el dolor. Pero yo en cambio afirmo que resulta culpable de manera brumadora de ser indiferente a la materia y señalo los informes policiales diarios para demostrarlo. No estoy acusando, empero, a la parte brutal de la población, sino a toda ella; si fuera suficientemente humana, habría conseguido hace largo tiempo impedir las actuales atrocidades de carácter habitual. No es por exceso de buenas cualidades por lo que la época está equivocada, sino por su defecto -defecto incluso de filantropía, y aún más de otras necesarias para equilibrar y dirigir su filantropía. Una "Asociación para la abolición universal del dolor" quizás pueda servir para el sarcasmo, pero, ¿puede acaso indicarse algún otro objeto más valioso para la disminución del sufrimiento? ¿Resulta noble el trabajo cuya finalidad es cosechar especias, y no el de rebajar la cantidad de dolor? Se nos cuenta, con aire triunfal, como si esta fuera una cosa de la que estar contento, que "las Parcas" procederían en una "terrible forma" y que esta manera no cesaría con "la autoindulgente y estéril oratoria"; pero cualquiera que hayan sido los medios, *ha* cesado en un grado considerable, y está feneciendo paulatinamente: cada año la "fórmula terrible" resulta rebajada en una u otra área ¿Resulta comparable nuestro cólera a la vieja peste, nuestros hospitales a las viejas casas de acogida, nuestros talleres al ahorcamiento de vagabundos, nuestras prisiones a las que visitaba Howard²? Es precisamente *porque* hemos tenido éxito en abolir tanto dolor, porque el dolor y su aflicción no nos resultan ya tan familiares como nuestro pan diario, que estamos mucho más sorprendidos de lo que nuestros ancestros lo estuvieron o su colaborador lo está hoy por la porción que permanece de aquél.

Pero, sea lo que fuere el dolor en general, la abolición de la aflicción de dolor por la mera voluntad del ser humano, la abolición, en suma, del despotismo, parece ser, en un grado peculiar, la ocupación de nuestro tiempo; y sería difícil mostrar que cualquier otra edad ha recogido una mejor. Aunque no podemos extirpar todo dolor, sí que podemos, si somos lo suficientemente resueltos para ello, abolir toda tiranía: una de las victorias más importantes obtenidas sobre tal enemigo es la emancipación de los esclavos, y toda Europa se encuentra luchando, con distinto éxito, hacia conquistas añadidas a ella. Si en su persecución perdemos de vista cualquier objeto igualmente importante, si llegamos a olvidar que la libertad no es la única cosa necesaria para los seres humanos, no dejemos de ser agradecidos con cualquiera que nos lo indique, pero no permitamos ninguna vuelta atrás.

Me parece imposible que este país retroceda en el asunto de la esclavitud negra. Existe, por el contrario, un lugar en donde aún florece la tiranía, pero ahora

² John Howard (1726-1790) fue un autor humanitario que escribió *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, horrorizado por la situación en las cárceles, y que abogó por una reforma radical de las mismas.

sucede que se halla en serio peligro por primera vez. En esta crisis de la esclavitud americana, cuando va a comenzar el conflicto decisivo entre lo justo y lo inicuo, su colaborador avanza y lanza un proyectil, cargado con el peso de su reputación, contra el campo abolicionista. Las palabras de los célebres escritores ingleses son poderosas al otro lado del océano; y los propietarios de seres humanos, que probablemente pensaron que no había un hombre honesto de su parte entre el Atlántico y el Vístula, darán la bienvenida a tal auxilio. Pondrán a circular su disertación aquellos cuyos intereses resulten así favorecidos, desde un rincón a otro de la tierra americana, y apenas conozco de un acto con el cual una persona haya hecho tanto daño como el que tal discurso supone, y sostengo que por esta actuación se ha convertido en instrumento de lo que cierto escritor capacitado del *Inquirer* ha denominado adecuadamente “una auténtica dedicación diabólica”.



Debatiendo:

La sucesión a la Corona

Marc Carrillo

Universidad Pompeu Fabra. Barcelona
marc.carrillo@upf.edu

1. Consideraciones sobre el contexto institucional

El pasado 2 de junio de 2014, el hasta entonces titular de la Jefatura del Estado, el ya hoy Rey emérito Juan Carlos I de Borbón, comunicó a la ciudadanía, través de los medios de comunicación, su decisión de abdicar como titular de la institución constitucional de la Corona. Quince días después, el jueves 19 de junio, el Boletín Oficial del Estado publicaba la *Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón*.

El preámbulo de la citada Ley se iniciaba con la reproducción íntegra del texto que el monarca había leído ante los medios de comunicación para expresar públicamente su decisión. Y proseguía con una descripción de los hechos relativos a la abdicación en los siguientes términos: *Su Majestad el Rey lo puso en conocimiento de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado y el Presidente del Gobierno dio traslado del escrito al Consejo de Ministros*.

Esta descripción del acto institucional de incuestionable relevancia constitucional, y cuyas interioridades no son conocidas por la ciudadanía, podría cohonestarse con la secuencia de la información transmitida a los ciudadanos. Ahora bien, de lo que públicamente se dio a conocer, no parece que la forma empleada fuese la más adecuada de hacerlo. Pues formalmente no fue el Presidente del Gobierno quien *en primer lugar* anunció que el Jefe del Estado se iba a dirigir a la población para comunicar una cuestión de especial trascendencia constitucional para el funcionamiento de las instituciones, sino que fue el propio Rey quien lo hizo.

Más allá del incuestionable carácter personalísimo de la decisión de abdicar, y sin perjuicio de los contactos previos que sin duda existiesen entre el titular de la Corona y el Jefe del Ejecutivo, lo más adecuado a la posición institucional de ambos en el marco de una monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE) era que hubiese sido el Presidente del Gobierno quien iniciase formalmente el trámite de comunicar tal decisión a los ciudadanos, sin perjuicio, claro está, que únicamente y *a posteriori* correspondiese al Rey motivarla como creyese más oportuno, aportando y argumentando las razones de su decisión, cosa que ciertamente hizo. Además de la dimensión simbólica en una forma de gobierno de monarquía parlamentaria de este orden de prelación a la hora de comparecer ante la ciudadanía, la razón principal de la preferencia que debería haber existido, estriba en que los actos del Rey han de

ser refrendados, principalmente, por el Presidente del Gobierno (art. 64.1 CE)¹ y que es este órgano constitucional quien asume la responsabilidad de los mismos. En consecuencia había de ser el Presidente del Gobierno como órgano constitucional y no el Rey, el primer encargado de comunicar a la ciudadanía la noticia de una decisión de especial relevancia constitucional como es la abdicación a la Corona. En este sentido, la evidente posición subordinada del Presidente del Gobierno, puesta de manifiesto en la sucesión de los hechos en esta fase inicial del proceso constitucional de sucesión a la Corona, se compadece mal con la preeminencia institucional del Jefe del Ejecutivo y de su Gobierno que le atribuye la Constitución (art. 97 CE): a quien corresponde la dirección de la política interior, que naturalmente incluye decidir sobre las comparecencias públicas del Rey cuando éste ejerce atribuciones constitucionales.

A mayor abundamiento sobre esta cuestión, ya hemos hecho referencia y ahora es preciso reiterar que en el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2014, se afirma que el Rey [...] comunicó al Sr. Presidente del Gobierno su voluntad de abdicar mediante la entrega de un escrito, firmado en su presencia, y tras reproducir íntegramente el texto del mismo se dice que el Rey [...] lo puso en conocimiento de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado y el Presidente del Gobierno dio traslado al Congreso de Ministros. Siendo ello así, porque así lo dice la Ley, queda todavía más patente la constatación de que en el proceso de comunicación de la decisión regia a la ciudadanía, había de ser el Presidente del Gobierno quien tomase la iniciativa formal de hacerla pública y el Jefe del Estado de explicarse *a posteriori*.

En otro orden de cuestiones que han de ser ubicadas también en este ámbito contextual, destaca el hecho que la ley orgánica a la que se remite el artículo 57.5 de la Constitución, aun habiendo transcurrido treinta y seis años de la promulgación de la norma suprema, a la fecha del comunicado del Rey, todavía no había sido aprobada, ni tampoco han habido indicios de que ello llegara a ser así. Al margen del intento del reforma constitucional durante la primera legislatura del mandato del Presidente Rodríguez Zapatero, que no se traduciría en proyecto alguno, sobre la supresión de la regla de preferencia por razón de sexo en la sucesión a la Corona. Este precepto relativo al desarrollo constitucional de una parte del estatuto jurídico de la Corona que regula en sus términos generales el Título II de la Constitución, establece que: 5. *Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica.*

Pues bien, a pesar del paso de más de siete lustros la dejadez institucional al respecto de las Cortes Generales y de los gobiernos respectivos ha sido palmaria. En los últimos tiempos se ha intentado explicar esta omisión legislativa por la necesidad de no colocar a la institución de la monarquía en el centro del debate político, sobre todo a causa del notorio descenso de la popularidad ante el electorado que muestran las encuestas realizadas por el CIS, que tras los últimos hechos protagonizados por el propio Rey y por miembros de su familia han llevado a la Corona a la cifra de un 3.72 en el último barómetro del CIS (Rey Martínez, 2014: 37). Un descenso que ha incentivado el resurgimiento de la opción republicana como forma de gobierno, como ya se expresó recientemente en el reducido debate parlamentario en el Congreso de los Diputados durante la primera quincena del mes

¹ Sólo queda exenta del refrendo la libertad de la que dispone el Monarca para nombrar y relevar libremente a los miembros civiles y militares de la Casa (art. 65.1 CE). Y, por supuesto, los actos del orden privado.

de junio de este año, sobre el Proyecto de la ley orgánica por la que se hacía efectiva la abdicación del Rey².

En todo caso, sea como fuere, hay dos factores que no parece que hayan incidido positivamente en el reciente proceso de abdicación del Rey y que desde una perspectiva estrictamente institucional, no suponen que, precisamente, le hayan proporcionado un gran favor a la monarquía y aquellos actores políticos y sectores de la ciudadanía que se declaran partidarios de esta forma de gobierno. Por un lado, la manera en la que se ha instrumentado la aprobación parlamentaria de la Ley Orgánica 3/2014. A pesar de la relevancia constitucional de esta ley, la urgencia en aprobarla supuso la adopción de un procedimiento parlamentario para su debate y aprobación que por su propia naturaleza impedía, de facto, el debate parlamentario. Porque en efecto, acogerse al procedimiento de urgencia en lectura única (art. 150 del Reglamento del Congreso y art. 129 del Reglamento del Senado) no produce otros efectos que la ausencia, de facto, de debate en el que, en cualquier caso, los diputados están sometidos -valga la metáfora jurídica- a un contrato de adhesión, consistente en aceptar o rechazar el contenido de la disposición objeto de aprobación. En términos objetivos, es decir, de cultura institucional respetuosa con las previsiones constitucionales, si de lo que se trataba era de hacer palpable la solidez de las instituciones, no parece que la Monarquía como forma de gobierno haya salido bien parada con la flagrante improvisación con la que se ha puesto en marcha el proceso y la ausencia de debate sobre la ley *ad hoc*, reguladora de la abdicación. Se podría afirmar que la Corona no ha sido bien tratada.

Por otro lado, la citada tardanza en aprobar la ley orgánica, que finalmente tampoco ha concluido con una ley orgánica de regulación general como la prevista en el artículo 57.5 CE, sino que de forma improvisada ha dado lugar a una ley *ad cassum*, destinada exclusivamente a resolver la cuestión sucesoria planteada ahora por esta abdicación. Buena prueba de ello es que una vez solventada a uña de caballo la regulación legal de la abdicación, ha sido preciso afrontar de inmediato la situación jurídica en la que quedaba el Rey abdicado, que ha dejado de gozar de la inmunidad que la Constitución otorga al titular de la Corona (art. 56.3 CE). Y aquí el despropósito de la solución adoptada no deja de ser clamoroso, dicho esto, siempre desde la lógica de la relevancia institucional que la Constitución concede a la Corona. Porque, en efecto, el aforamiento judicial del Rey, seguramente producto de las prisas, que siempre serán susceptibles de todo tipo de especulaciones, se ha regulado de forma ciertamente singular: a través de la *Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*³. Más allá de la irrelevancia jurídica de la diferencia de regular el aforamiento por esta vía o por otra específica destinada exclusivamente para el titular de la Corona, probablemente la opción de acudir en el

² Con fecha de 16 de septiembre de 2014, el Pleno del Congreso de los Diputados tenía previsto debatir y votar una moción del grupo parlamentario de Izquierda Plural, en relación a la monarquía, en la que se insta al Gobierno a hacer uso del artículo 92 CE que establece el referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia.

³ De acuerdo con esta modificación legislativa, el apartado uno de la citada Ley orgánica 4/2014 establece lo siguiente: *Uno. Se incluye un nuevo artículo 55.bis con la siguiente redacción: Además de las competencias atribuidas a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo en los artículos 56 y 57, dichas salas conocerán de la tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles y penales, respectivamente, dirigidas contra la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como contra el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte. En cuanto a los procedimientos en trámite, la Disposición Transitoria única establece que aquellos que hayan sido [...] iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 55 bis continuarán sustanciándose conforme a las disposiciones establecidas en el mismo. Los tribunales que estén conociendo de los referidos procedimientos suspenderán su tramitación en el estado en que se encuentren, y deberán remitirlos inmediatamente a la Sala competente del Tribunal Supremo.*

último momento a regular el tema a través de una adición a una Ley Orgánica que poco tiene que ver con la cuestión, no deja de ser una singularidad que “disminuye” la prestancia institucional de la Corona y no es seguro que satisfaga precisamente a sus partidarios.

2. La previsión constitucional de la abdicación: algunas consideraciones jurídicas

En este segundo apartado se enuncian algunas cuestiones que junto con las examinadas en el primero, pretenden aportar elementos para el debate sobre la regulación constitucional de la institución de la abdicación, como parte integrante que es del estatuto jurídico de la Corona en un modelo de monarquía parlamentaria como el diseñado por la Constitución española de 1978.

2.1. El contenido del art. 1.3 CE y más específicamente de su Título II es la expresión del esfuerzo del constituyente de 1978 de “constitucionalizar” todo lo que debía concernir a la regulación constitucional de la monarquía como forma de gobierno, sin fisuras y, por tanto, excluyendo materias no reservadas al imperio de la Constitución como norma. En consecuencia, la regulación de la Corona no podía reconocer áreas autónomas a la Constitución; fuera de ésta, la Corona carecía de razón de ser en un sistema democrático. La experiencia de la historia del constitucionalismo español, en especial de las constituciones moderadas de 1845 y 1876 suponía el negativo de una foto que el constituyente de 1978 tuvo muy presente, a fin de evitar los casos nefastos de la práctica de “borboneo” que historiadores y constitucionalistas han denunciado reiteradamente⁴. Por esta razón, sorprende en su momento y que desde la doctrina pudiese formularse la posibilidad de que, [...] *el Título Segundo sea de alguna forma no controlable a efectos de la constitucionalidad de su desarrollo*⁵. Y, por tanto, que en algunos casos, la ley orgánica de desarrollo del artículo 57.5 CE no deba pasar el filtro del control de constitucionalidad. Por supuesto, la condición de la Constitución como norma no consiente una afirmación de este tenor. Pues, sin perjuicio de que algunos aspectos de la interpretación que sea preciso atribuir a la regulación de la institución de la Corona encuentren en la sede parlamentaria su ámbito más adecuado, ello únicamente será aceptable si, como premisa ineludible, se acepta que el control de constitucionalidad de la ley orgánica que de forma general regule el art. 57.5 CE no quede en ningún caso excluido.

2.2. La entera incorporación de la regulación de la Monarquía a la Constitución y, en su caso, a las leyes de desarrollo, como, por ejemplo, las reglas de la sucesión a la Corona, es la expresión de la racionalidad del constitucionalismo liberal democrático del Estado social. Si bien la monarquía como forma de gobierno carece de fundamento democrático, su legitimidad democrática únicamente trae causa de la norma constitucional previamente avalada por la soberanía popular que la ha incorporado como opción institucional para regular la jefatura del Estado. Y éste es el caso de la actual monarquía en España.

Acorde con esta premisa, la regulación constitucional de las reglas de sucesión y específicamente de la abdicación, son una muestra de la racionalidad del constituyente para dar forma jurídica a la sucesión regia. Ésta se fundamenta en la vinculación entre sucesión y herencia⁶. Una conexión que en el pasado era patrimonio exclusivo del monarca y, en algunos casos, también de su entorno de

⁴ Véase Solé Tura y Aja (1977) y Tuñón de Lara (1966).

⁵ Véase Fernández-Fontecha Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna (1987: 214).

⁶ Véase Porras Ramírez (1995: 171 ss.).

influencia más próximo que decidían al respecto de forma arbitraria e incluso violenta. Pues bien, con el constitucionalismo democrático el hecho sucesorio en las monarquías se articula a partir de reglas racionales previamente establecidas, a fin de determinar el titular de la Corona. No obstante cuando, como ha sido el caso de la primera abdicación acorde con la Constitución de 1978, aquélla se ha llevado a cabo de forma improvisada y sin regulación previamente establecida, es obvio que ello va en demérito de la institución monárquica.

En el caso de la abdicación del Rey Juan Carlos si bien la solución de una ley orgánica específica para el caso ha permitido resolver lo más inmediato, es decir, la sucesión a la Corona con el aval de las Cortes y el Presidente del Gobierno, ello no es óbice para constatar que la ausencia, producto de la imprevisión, de una ley orgánica que regulase en su integridad el mandato del artículo 57.5 CE, ha hecho que queden pendientes cuestiones de relevancia constitucional: a saber, el estatuto de los miembros de la familia real en funciones representativas bajo mandato del Rey o el estatuto del Príncipe de Asturias (Rey Martínez, 2014: 37)⁷. Por lo que concierne al régimen de responsabilidades del Rey emérito, ya hemos visto de qué manera tan *singular* se ha resuelto.

2.3. Una tercera cuestión a plantear para el debate es la referida al alcance del acto parlamentario de aprobación de la abdicación. Pero antes es preciso diferenciar ésta de la renuncia. Así, mientras que la renuncia es un desistimiento de los derechos sucesorios realizada con antelación a su ejercicio, en la abdicación el desistimiento se manifiesta cuando ya se están ejerciendo⁸. Por tanto, no puede hacerse a favor de otras personas sino que el sucesor ya viene determinado por las reglas establecidas en la Constitución (art. 57).

Pues bien, sobre dicho alcance que se cristaliza en la Ley Orgánica 3/2014, se ha afirmado que se trata de un acto formal por el que se perfecciona la voluntad de abdicación del Rey, en el que las Cortes se dan por enteradas de la voluntad de abdicar del monarca y, por tanto, la institución parlamentaria está realizando un acto debido (Rey Martínez, 2014: 37). Entiendo, sin embargo, que hay razones para discrepar de esta conclusión, en la que, por cierto, no dejan de invertirse los términos como es atribuir a las Cortes Generales que disponen de la potestad legislativa, la realización de un acto debido, cuando ello es propio de quien como el Rey no ostenta poder normativo propio. Pero vayamos al fondo de la cuestión.

De acuerdo con García Torres (2009: 1255-1256), posición de la que participo, la premisa de la que hay que partir para examinar el alcance del acto parlamentario relacionado con la decisión del Rey cuando decide abdicar es que la abdicación no alcanzará su efecto jurídico propio mientras que las Cortes no resuelvan sobre ello, es decir, en tanto el órgano depositario de la soberanía popular no dé su conformidad mediante una ley orgánica. Una ley que ha de ser una ley *ad hoc*, sin perjuicio de la previa existencia de una ley orgánica general – circunstancia ésta que no se ha producido- que precise, entre otras prescripciones, los hechos determinantes de la abdicación legal.

En este sentido, el acto volitivo, personalísimo del Rey, de abdicar, siendo una condición necesaria no es suficiente para crear una situación de Corona vacante. En consecuencia, sin la voluntad conforme manifestada por las Cortes Generales a través de la ley no puede quedar vacante la Corona ni tampoco alterado, en caso de renuncia, el orden de sucesión a la misma. En consecuencia,

⁷ En el mismo sentido, Rídao Martín (2014: 19).

⁸ Véase Gómez Sánchez (1995: 199).

se corresponde más con la posición preeminente de las instituciones representativas de la soberanía popular, que son las Cortes Generales, considerar que la Constitución no concede al Rey la libertad de provocar crisis constitucionales a su antojo, abdicando de la Corona de manera que el titular de la institución, en su condición de tal, deberá cumplir los deberes constitucionales mientras las Cortes Generales no presten su conformidad a su deseo de abdicar⁹.

Por esta razón, el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2014 invoca los precedentes del constitucionalismo español de los textos de 1845, 1869 y 1876, [...] *que ya reservaban al poder legislativo la solución de las cuestiones a que diera lugar la sucesión así como la autorización de la abdicación, incluso mediante una ley especial para cada caso. Si bien [añade] la Constitución en vigor no utiliza este término, los citados antecedentes y el mandato del artículo 57 de que el acto regio sea resuelto por una ley orgánica hacen que sea éste el instrumento legal idóneo para regular la efectividad de la decisión.*

Ciertamente, con motivo de la intervención de las Cortes Generales en el proceso de abdicación, cabe entender que como regla general “difícilmente pueden desoír la voluntad regia del abdicar...”¹⁰. A este respecto, cabe entender que el precepto constitucional no pretende forzar la voluntad del Rey, sino obligar a las Cortes a corresponsabilizarse en un acto de especial relevancia constitucional para el Estado. Y por ello, tiene todo el sentido que el acto de la abdicación, formalizado en la ley orgánica, venga acompañado del refrendo¹¹ que es el que le otorga validez jurídica.

Pero, al mismo tiempo, el hecho de que las Cortes asuman la decisión del Rey de abdicar, que, por otra parte, ha de ser el supuesto más habitual, no empece para que en situaciones muy excepcionales, las propias Cortes junto con el Gobierno de turno entiendan que se dan razones de interés general que pueden resultar ineludibles y, por tanto, decidan no avalar temporalmente la decisión del Rey. Imaginemos, por ejemplo, el caso hipotético que la abdicación se vaya a producir en el contexto de un estado de excepción o de alarma ya declarado (art. 116. 3, 4 y 5 CE). No se olvide que en el marco de una monarquía parlamentaria, el Rey, sin las Cortes Generales, no es nada en términos constitucionales. Por esta razón, calificar de *acto debido* la posición del órgano legislativo representante de la soberanía popular, pueda resultar una conclusión algo excesiva.

2.4. Finalmente, y siempre en relación con el caso que ha planteado la abdicación del rey Juan Carlos I, se ha suscitado también la cuestión relativa a ¿qué votaban los parlamentarios en el proyecto de Ley Orgánica sobre la abdicación? Ciertamente, no hay duda que las Cortes sólo se pronunciaban sobre la abdicación y no sobre la sucesión a la Corona. No hay duda al respecto.

Ahora bien, tampoco la puede haber sobre la libertad política de aquellos grupos parlamentarios que decidieron votar negativamente, abstenerse o ausentarse de la votación. El valor políticamente comprometido de una posición favorable a la forma de gobierno republicana, siempre tiene sentido en una monarquía parlamentaria insertada en el marco del Estado democrático y de derecho. Pero además, en el caso específico del debate sobre abdicación lo tenía además por razones específicas.

⁹ Véase García Torres (2009: 1255).

¹⁰ Véase Torres del Moral (1983: 19).

¹¹ En sentido contrario, Fernández-Fontecha Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna (1977: 217).

Especialmente porque tras la recuperación del sistema democrático en España, a través de un proceso de transición política desde la dictadura a la democracia, objetivamente muy positivo, no hay que olvidar, sin embargo, que la ciudadanía española nunca ha tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre la forma de gobierno. Y el debate parlamentario sobre la abdicación era, en términos políticos, un momento procesal oportuno para que los representantes de la soberanía popular que lo considerasen procedente, planteasen la cuestión de la forma de gobierno y la necesidad de un referéndum en el futuro. Sobre todo por el desafortunado papel institucional que algunos miembros de la familia real, incluido el propio monarca, han protagonizado en los últimos tiempos, que han conducido a la institución de la Corona a un notorio desprestigio y pérdida de legitimidad en el ejercicio del cargo.

Sin perjuicio de reconocer un balance globalmente positivo del papel del Rey en los años transcurridos, a pesar de algunos deslices institucionales¹²; y que en 1978 la disyuntiva política en España no pasaba por el binomio República o Monarquía, sino por la opción entre Democracia o Dictadura, es lo cierto que en la actualidad los últimos hechos protagonizados por él mismo y por algunos miembros de su entorno familiar obligan a plantear la cuestión decisiva: la monarquía es aceptable siempre que la Corona respete las reglas del sistema democrático entre las cuales, por supuesto, no está excluida la probidad en el ejercicio del cargo. Por esta razón, a pesar del escaso y reductivo debate llevado sobre la ley de abdicación, no podía pasarse por alto plantear la cuestión de la que todos los actores políticos, incluido el nuevo Rey, deberían tomar buena nota.

Bibliografía

276

- FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M. y PÉREZ DE ARMIÑAN Y DE LA SERNA, A. (1987), *La Monarquía y la Constitución*. Fundación "Agrupación Independiente del Senado 1977"/Civitas, Madrid.
- GARCÍA TORRES, J. (2009), "Artículo 57", en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1995), "Matrimonios regios y sucesión a la Corona en la Constitución española de 1978", en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.), *Estudios sobre la Monarquía*, UNED. Madrid.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M. (1995), *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid.
- REY MARTÍNEZ, F (2014), "El Rey y la ley", *El País*, 4 de junio.
- RIDAO MARTÍN, J. (2014), "Abdicación y monarquía parlamentaria en la España del Siglo XXI". *Derecho y cambio social*, disponible en http://www.derechoycambiosocial.com/revista037/ABDICACION_Y_MONARQUIA_PARLAMENTARIA_EN_LA_ESPA%C3%91A_DEL_SIGLO_XXI.pdf.
Revisado el 15 de septiembre de 2014.
- SOLÉ TURA, J. y AJA, E. (1977), *Constituciones y períodos constituyentes (1808-1939)*, Siglo XXI, Madrid.

¹² Por ejemplo, haber votado en el referéndum de 1986 sobre la permanencia en la OTAN, una cuestión especialmente controvertida, cuando acertadamente el Rey no ha ejercido el derecho de sufragio en las convocatorias electorales (a excepción de los referéndums sobre la reforma política, en período preconstitucional, el referéndum del proyecto de Constitución y también el del proyecto de una Constitución para Europa), además de algún que otro despropósito de estilo *borbónico* en cumbres iberoamericanas.

TORRES DEL MORAL, A. (1983), "La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español", en VERDÚ, P.L. (dir.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

TUÑÓN DE LARA, M. (1966), *La España del siglo XIX*, Librería española, París.



Crítica de libro

El Principio de Integridad en la Contratación Pública **Agustí Cerrillo i Martínez,** **(2014) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 474 pp.**

Ramón Terol Gómez
Universidad de Alicante
ramon.terol@ua.es

La crisis que se está viviendo en los últimos años ya no puede decirse que sea sólo económica, o que afecte únicamente a los mercados y por extensión a las finanzas públicas. Es mucho más profunda, afecta al bienestar de los ciudadanos, que ven reducirse las prestaciones sociales junto con un tasa de paro insoportable, y viene a coincidir con un deterioro más que evidente de las instituciones y servicios públicos, hasta el punto que en las últimas encuestas oficiales el segundo principal problema que se percibe en España –tras el paro- se considera que es “la corrupción y el fraude” para el 38,8 % de los encuestados, y el cuarto –tras los problemas de índole económico- “los políticos en general, los partidos y la política” para el 28 %¹.

La percepción ciudadana de nuestras instituciones es claro que se torna crecientemente más negativa a medida que día tras día salen a la luz pública casos de corrupción que implicando a responsables políticos encuentran su centro de atención en la contratación pública, sin perjuicio de que haya sido el urbanismo uno de los ámbitos en los que tradicionalmente se manifiestan prácticas corruptas².

A este problema se ha respondido desde diversos ámbitos, especialmente desde el Derecho Penal acuñándose tipos delictivos específicos como el cohecho, la prevaricación o el tráfico de influencias. Respuesta esta que no deja de ser satisfactoria dada la tardanza de los procesos –sobre todo si están implicados aforados- y la sensación de impunidad que se traslada a la ciudadanía dado el dilatado período de tiempo que media entre el surgimiento del correspondiente escándalo y la asunción de responsabilidades. Y más si tenemos presente que, en nuestro país, la asunción de responsabilidades políticas es prácticamente inexistente ya que quienes habrían de asumirlas han optado por identificarlas con las de carácter penal, como es de sobra conocido.

¹ Véase Centro de Investigaciones Sociológicas (2014). Disponible en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3029/es3029mar.pdf. Revisado el 01 de septiembre de 2014.

² Puede verse la completa obra colectiva dirigida por Morillas (2013).

En un contexto tan complejo, la obra del profesor Cerrillo viene a aportar un análisis sosegado y riguroso que bajo el título de *El principio de integridad en la contratación pública* pretende dar una respuesta al fenómeno de la mala administración, que en sus diversas manifestaciones –cita la opacidad, el abuso en las adjudicaciones, la influencia de intereses privados, parcialidad o falta de motivación, entre otras– puede dar lugar –y de hecho ha dado lugar– a casos de corrupción en este ámbito de la contratación pública. Y ello lo hace situándose en un plano distinto del meramente represivo, constatando que “el Derecho Administrativo puede contribuir a esta finalidad de forma significativa a través de la regulación de los instrumentos necesarios para combatir la corrupción y evitar los conflictos de intereses” (p. 19). Instrumentos, de acuerdo con el autor, dirigidos a “garantizar adecuadamente la integridad en la contratación del sector público en España” (p. 21).

Qué es o ha de ser la integridad en el ámbito de la contratación pública es la cuestión que planea a lo largo de toda la monografía, y que resuelve con solvencia el autor paso a paso al ritmo que avanzan los seis Capítulos de los que consta la obra. Con carácter inicial, en el primero de ellos, se ofrece una noción de integridad como “aglutinadora de los diferentes principios, normas y mecanismos que impulsan las administraciones públicas para hacer frente a la mala administración desde la perspectiva de los conflictos de intereses y la corrupción en la contratación pública en la medida que persigue garantizar la coherencia entre lo previsto en el ordenamiento jurídico y lo efectivamente realizado por los altos cargos y empleados públicos” (p. 53). Noción esta, que en su primera aproximación, lleva a centrarse en los instrumentos, en los mecanismos que “pueden dar respuesta a la mala administración en la contratación pública” (p. 53).

279

Así se señala tras hacer referencia al principio de buena administración, a su presencia en nuestro ordenamiento jurídico y a la prevención de conflictos de intereses en la contratación pública. También se presta atención a la corrupción y sus manifestaciones, para situarse en el ámbito de la contratación pública sirviéndose el documento de la OCDE que publicado en 2009 se tituló *Principios para la integridad en la contratación pública*, que quedaban agrupados en cuatro ejes: transparencia; buena gestión; prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento; rendición de cuentas y control.

Este es el punto de partida de la monografía del profesor Cerrillo, que también apunta otros instrumentos como la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su artículo 41 se refiere al “derecho a una buena administración”³.

Justificada y dotada de contenido la noción de integridad, se dedica el Capítulo 2 a la evolución de la integridad en la regulación de la contratación pública en España. De allí consideramos destacable que, en efecto, el auténtico punto de inflexión en la regulación está en el ingreso en la Unión Europea. No puede dejarse de lado que ha sido siempre desde entonces, a golpe de Directivas y de condenas a España por su tardía trasposición, como nuestro legislador ha ido conformando la actualmente vigente legislación de contratos contenida en el RD-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Más allá de que el Derecho Comunitario constituye un “factor dinamizador y transformador del Derecho Administrativo

³ Consideramos muy relevante la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sobre la misma puede verse, por todos, Alonso García (2013: 357 ss.).



interno”⁴, en el ámbito de la contratación pública el protagonismo del Derecho Comunitario es, más que relevante, determinante⁵.

Hace referencia el autor a la propuesta de Directiva de contratación de 2011, que en el momento actual ya está aprobada y es la 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, a la que ha seguido la Directiva 2014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública. En efecto, en lo que a la primera se refiere, tiene razón el autor en que no se ha cumplido con las expectativas que se recogían en la Propuesta de Directiva y las ha rebajado, y dejado en el camino iniciativas ciertamente loables como la creación de un organismo independiente en cada Estado miembro encargado de la supervisión, cuestión en la que el autor incide especialmente y que nos parece de especial interés.

Así y todo, consideramos que la trasposición de estas Directivas⁶, que tendrá que producirse en breve y llevará razonablemente a la reforma del TRLCSP podría ser una oportunidad excepcional para avanzar, como es claro que supondrá un avance la generalización de los medios electrónicos en la contratación pública, pues como constata el profesor Cerrillo, la introducción de medios electrónicos en este ámbito incrementa la transparencia y sirve a la misma.

Esa vinculación tan clara entre transparencia y Administración electrónica, recogida por la doctrina⁷, se traslada al Capítulo 3 de la monografía, titulado *La transparencia y la buena gestión en la Contratación Pública*.

Precisamente afirma el autor que la transparencia “facilita el seguimiento de la actividad de los cargos y empleados públicos y dificulta que surjan los conflictos de intereses y la corrupción que florecen en la opacidad y el secreto” (p. 97), y que es un instrumento que sirve a la garantía de la integridad, sin perjuicio de su importancia como principio⁸. Con ese planteamiento, y atendiendo a lo establecido en las Directivas de aplicación se afirma la transparencia como un principio, también, de la contratación pública, y se detectan y clarifican los mecanismos de transparencia en este ámbito distinguiendo entre los de transparencia activa – cuando la Administración difunde la información–, pasiva –el acceso a esa información– y los mecanismos que denomina de transparencia colaborativa y que tienen que ver con la reutilización de la información.

No se trata de resumir aquí esta parte la monografía, que contiene un análisis muy completo de lo señalado con referencia tanto a la legislación estatal como a la autonómica, identificando con una claridad que es de agradecer la presencia de la transparencia en la contratación pública. Más allá de eso, quisiera limitarme a poner el acento sobre algunas cuestiones que considero de especial interés para recabar la opinión del autor, sin perjuicio de que hayan sido objeto de estudio en la monografía.

⁴ Como señala Parejo Alfonso (2012: 41).

⁵ Sobre las más recientes reformas, antes de la aprobación del TRLCSP, puede verse Parejo y Palomar (2012) y Canales y Huerta (2010).

⁶ Sobre ello versa la oportuna monografía de Martínez Gutiérrez (2014b).

⁷ Ver por todos, Martínez Gutiérrez (2009: 423 ss.).

⁸ A ello se refiere el reciente trabajo de Alonso Timón (2014: 48-82). Puede verse asimismo el número 33, monográfico de la *Revista Jurídica de Castilla y León*, dedicado precisamente a esta cuestión. (Moretón, 2014)

La primera de ellas tiene que ver con la reciente y largamente reclamada⁹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (LTA); norma que a juicio del autor resulta insuficiente pues “no da una respuesta adecuada a cuestiones como la relativa a la calidad de la información que se difunde a través de internet, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de publicar dicha información, la responsabilidad por los daños causados por la difusión de información o la reutilización de la información y, en general, los datos abiertos” (p. 112). Coincido con ello, como con otros autores¹⁰, y más cuando esta norma se contrasta –y sale perdiendo– con otras generadas en Comunidades Autónomas como Cataluña, Navarra, Galicia o Extremadura. ¿Se hace preciso por ello una reforma en profundidad de la LTA?

La segunda, también se apunta por el autor, tiene que ver con que en este ámbito es imprescindible la proactividad, esto es, un compromiso político claro, explícito e indubitado a favor de la transparencia por parte de los responsables públicos. ¿Estamos aún lejos de poder afirmar ese compromiso?. Por poner un ejemplo de lo que señalamos, ¿por qué sólo existe la obligación de publicar en el BOE, el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia –además de en el perfil del contratante– los contratos formalizados de cuantía superior a 100.000 euros?, ¿por qué no de todos?, y más teniendo en cuenta que el BOE ya no “gasta” papel. Creo que aún andamos lejos del objetivo y ejemplos o situaciones en las que se echa de menos un compromiso a favor de facilitar información aún son por desgracia habituales, y sin ese compromiso va a ser difícil que la sociedad civil pueda articular un protagonismo que resulta imprescindible para contribuir a prevenir la corrupción.

En tercer lugar, y tras la lectura del Capítulo 3, no puedo dejar de tener la sensación de que los límites a la transparencia no quedan bien delimitados atendiendo a los previstos en la LTA, esto es, los denominados datos empresariales¹¹, los datos de carácter personal y los que contienen información relativa a la defensa y la seguridad nacional y la seguridad pública. Límites que, como señala el autor, “se amplían significativamente” en el TRLCSP.

En cuarto lugar, y por último en lo que se refiere al Capítulo 3, concluye el autor haciendo referencia al uso de medios electrónicos y a su impacto en la integridad en la contratación pública. Su impacto, desde luego, no puede calificarse más que de positivo como justifica el autor, y en ello habrá de incidir la esperada reforma del TRLCSP que antes hemos apuntado.

El Capítulo 4 se consagra al estudio de *La prevención de los conflictos de intereses en la Contratación Pública* abordando el análisis de los mecanismos que se recogen en nuestro ordenamiento jurídico a tal fin, para lo que se afronta el estudio tanto de los instrumentos internacionales que se ocupan de ello desde la ONU, la OCDE o el Consejo de Europa, como, en el plano interno, de la Ley

⁹ Como señalara pocos años antes Piñar Mañas (2011: 241), “... España debe aprobar cuanto antes una Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Estamos ya en el vagón de cola de la transparencia en el mundo occidental; somos uno de los únicos países de Europa sin ley de transparencia...”, en “La necesidad de una Ley de Transparencia”. También su muy completo trabajo elaborado para la Fundación Alternativas “Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio” Piñar Mañas (2009), disponible en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/seguridad-transparencia-y-proteccion-de-datos-el-futuro-de-un-necesario-e-incierto-equilibrio>. Revisado el 1 de septiembre de 2014.

¹⁰ Como Martínez Gutiérrez (2014a: 384), cuando afirma “la ineficacia de la Ley de Transparencia como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública”.

¹¹ Sobre ello específicamente tenemos el trabajo de Razquín Lizárraga (2014: 1867-1900).



53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas y la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (LCI). Se expone con claridad el estado de la cuestión y se hace referencia también a la normativa emanada de las Comunidades Autónomas.

El análisis es tan detallado que, como respecto del Capítulo anterior, me limitaré a apuntar sólo tres aspectos. El primero de ellos tiene que ver con el régimen de incompatibilidades y prohibiciones de los altos cargos, y en concreto con la limitación al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese, respecto de lo que la LCI prevé un límite temporal de dos años siguientes al cese para prestar servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desarrollado. ¿No habría que introducir algún elemento adicional además del plazo?, y más cuando existen ejemplos recientes de situaciones de estas que aun habiendo trascurrido tal lapso temporal no dejaron de resultar antiestéticas para la opinión pública, como sucedió con antiguos responsables de la sanidad en la Comunidad de Madrid.

El segundo es respecto de la prohibición de recibir regalos, que las normas remiten a la indeterminación de “los usos habituales, sociales y de cortesía” y cuya práctica ha sido objeto de controversia últimamente, considero que no termina de llegarse a un punto de equilibrio que otorgue seguridad jurídica y garantía de integridad, pues media una distancia abisal entre considerar algo un uso social o, por el contrario, un tipo penal. Señala el autor que “sería oportuno dar la máxima publicidad a la recepción de regalos como mecanismo para evitar los conflictos de intereses. En este sentido, se podría crear un registro público en el que aquellos que recibiesen un regalo lo hiciesen constar” (p. 232). Estoy de acuerdo, aunque más que oportuno lo considero necesario.

En tercer lugar, dada la amplia referencia –y oportuna– que se realiza de los principios y códigos éticos y de buen gobierno en el ámbito público, presentes señaladamente en el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril¹², señalar que respecto de ellos comparto la nula fe que en los mismos tiene Fernández Farreres cuando señala que “la yuxtaposición de códigos éticos y de buena conducta a todo ese marco normativo preventivo y represivo pareciera, pues, la demostración palmaria de su absoluta ineficacia, de su inobservancia generalizada. De manera que tal vez está arraigando la idea de que por la vía de la recomendación, del consejo, se logre más que por la de la sanción ¿Acaso esos códigos no son la demostración de la incapacidad de garantizar el efectivo cumplimiento de la ley?”¹³. Todo ello sin negar que puedan tener alguna utilidad, como puede ser clarificar algún concepto jurídico indeterminado o delimitar algún tipo sancionador del régimen disciplinario¹⁴.

¹² Los principios éticos y de conducta que establece la norma para los funcionarios públicos los incluye Palomar Olmeda (2013b: 554 ss.), dentro de los deberes de estos y directamente vinculados al régimen disciplinario.

¹³ (Fernández Farreres, 2007: 37).

¹⁴ Un ejemplo en ese sentido lo podemos encontrar en el *Código de Conducta, Bueno Gobierno y Compromiso por la calidad Institucional* del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, disponible en: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/19/91/51991.pdf>. Revisado el 2 de septiembre de 2014, que en el apartado relativo a “Regalos y (potenciales) beneficios”, viene a señalar –entre otras cosas– que los concejales “no deben aceptar ningún tipo de entradas, vales, números de lotería o cualquier otro beneficio directo o indirecto que vayan más allá de los usos habituales, sociales o de cortesía o que puedan condicionar la adopción de decisiones futuras en el ejercicio de sus responsabilidades”, así como “Deberá asimismo adoptar todas las medidas que

En el Capítulo 5 se ocupa el profesor Cerrillo de un aspecto que considero crucial y que lo titula: *el control de la integridad en la contratación pública*. Desde luego que la existencia de mecanismos de control tiene un carácter disuasorio, pero es bien cierto que si no funcionan adecuadamente se genera una situación de impunidad que no puede resultar admisible. Su necesidad se ha puesto en evidencia por la doctrina considerando “insuficiente” el sistema actual de control de las Administraciones públicas¹⁵.

Se hace aquí referencia a los controles sociales, a los de carácter político – ya sabemos de su escasa efectividad en nuestro país– y a los de carácter jurídico, y aunque el autor reconoce que “no existen en la actualidad mecanismos suficientemente eficaces” (p. 256), lleva a cabo un análisis de los de existentes en nuestro ordenamiento tanto de carácter preventivo como a posteriori en el ámbito de la contratación pública.

A hilo del completo análisis que se lleva a cabo, se identifican los órganos y entidades implicados en el control, con referencia entre otros al Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –de reciente creación, reproduciéndose órganos equivalentes en varias Comunidades Autónomas¹⁶– o la jurisdicción contencioso-administrativa.

Especial atención merece lo que el autor denomina “la nueva generación de mecanismos de control para la garantía de la integridad en la contratación pública” (p. 300), incluyendo a la Oficina de Conflictos de Intereses –establecida en la LCI– y al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –establecido en la LTA–, que en su configuración no resulta muy útil en lo que a la garantía de la integridad se refiere. Y es que ni uno ni otro tienen la caracterización de una Administración independiente dotada de un grado de autonomía acorde a la importancia y trascendencia de los fines que, en la letra de la ley, se le atribuyen¹⁷. Especialmente en lo que se refiere al segundo, que todavía carece de Estatuto orgánico, que ha de aprobarse por Real Decreto de acuerdo con el artículo 39.2 LTA, para lo que la misma norma impone al Gobierno un plazo de tres meses desde su publicación en el BOE –fue el 10 de diciembre de 2013– que está ya sobradamente transcurrido. Todo un ejercicio de desidia, que creo que permite albergar pocas expectativas sobre el futuro de ese Consejo.

Más atención presta el autor a lo que denomina “agencias anticorrupción” (p. 307), bajo cuyo título desgrana y analiza la Oficina Antifraude de Cataluña creada en 2008 y de la que justificadamente se predica su independencia respecto de la Administración, al quedar adscrita al Parlamento de Cataluña, y que el autor utiliza como referente para recomendar que a nivel del Estado se configure una entidad con esas notas de independencia, lo que estaría en consonancia con las recomendaciones de organismos internacionales y, también, con la Propuesta de Directiva de Contratación Pública de 2011, aunque ello no se trasladara definitivamente al texto de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública.

razonablemente sean necesarias para garantizar que su círculo familiar inmediato no recibe ningún regalo o beneficios que puedan levantar las más mínimas sospechas de trato favorable para cualquier persona o entidad”.

¹⁵ Por todos, Palomar Olmeda (2013a: 47 ss.).

¹⁶ A ello dedica su atención el número monográfico de *Documentación Administrativa* titulado *Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales Central y Autonómicos* (Bassols, 2010).

¹⁷ También en este sentido, Sendín García (2014: 1-25).



Se lanza así por el autor, de moco decidido, una propuesta de *lege ferenda* bien fundada y que compartimos. La cuestión es si existe alguna posibilidad de que nuestro legislador le otorgue a esta cuestión la importancia que merece.

Considero que ello va a resultar harto difícil, ya no por la significativa tardanza en implementar la LTA –cuya plena entrada en vigor aún no ha sucedido–, sino porque con el argumento del ahorro y la austeridad en alguna Comunidad Autónoma se han suprimido órganos de control sin dar alternativas¹⁸. Incluso la LTA dedica una disposición final, la quinta, a señalar que “el Gobierno adoptará las medidas necesarias para optimizar el uso de los medios técnicos y humanos que se adscriban al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, lo que no deja de ser loable aunque deje un regusto de que no se quiere gastar mucho, de que todo este aparato institucional ha de salir barato, cuando la corrupción y el despilfarro de recursos públicos ya se ha evidenciado que nos está saliendo muy caro a todos los contribuyentes.

El Capítulo 6 y último, que se define como epílogo, aporta conclusiones sobre el trabajo y viene a explicar que, en efecto, la construcción del principio de integridad está en un “estadio evolutivo inicial” (p. 339).

Su consolidación y evolución entendemos que encuentra en la obra del profesor Cerrillo un punto de inflexión y, por ello, será de referencia para todo aquél que quiera aproximarse a este principio. Queda, finalmente, recomendar su lectura.

Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, R. (2013), *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra.
- ALONSO TIMÓN, A.J. (2014), “El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho”, *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Vol I. Garantías constitucionales y judiciales del ciudadano* (Soriano, J.E., Dir: Estepa, M., Coord), Lustel, Madrid.
- AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ, (2013), *Código de Conducta, Buen Gobierno y Compromiso por la calidad Institucional del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz*. Disponible en: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/19/91/51991.pdf>. Revisado el 2 de septiembre de 2014.
- BASSOLS, M., (coord.) (2010), “Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales Central y Autonómicos”, *Documentación Administrativa*, Núm. 288, septiembre-diciembre.
- CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J.A. (2010), *La contratación del sector público tras las reformas de 2010*, Reus, Madrid.
- Centro de Investigaciones Sociológicas (2014), *Estudio Núm. 3029. Barómetro de junio 2014*. Disponible en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3029/es3029mar.pdf. Revisado el 01 de septiembre de 2014.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas”, *Administración & Ciudadanía*, vil. 2, Núm. 2, 2007.

¹⁸ En Castilla-La Mancha tenemos la Ley 12/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha y más reciente, la Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas en la misma Comunidad.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2009), *Administración pública electrónica*, Civitas Thomson Reuters, Navarra.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2014a), “Contratación pública y sostenibilidad”, en GÓMEZ, M.F. y BUSTILLO, R. O., (dirs.) *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2014b), *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo blanch, Valencia.
- MORETÓN, A. (coord.) (2014), “Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Análisis de la cuestión tras la Ley 19/2013”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 33.
- MORILLAS CUEVA, L. (dir) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (coord.) (2013), *Urbanismo y corrupción política. Una visión penal, civil y administrativa*, Dykinson, Madrid.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2013a), “El control de las Administraciones públicas desde una perspectiva general. Insuficiencias del sistema actual”, en PALOMAR, A. y GARCÉS, M. (dirs.), *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades. Los Derechos de los Ciudadanos, las Garantías y las Vías de Actuación para su Efectividad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2013b), *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, 10ª ed., Dykinson, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, L. (2012), *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, INAP, Madrid.
- PAREJO, L. y PALOMAR, A., (dirs.) (2012), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (2009), *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Documento de Trabajo 147/2009, Fundación Alternativas, Madrid. Disponible en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/seguridad-transparencia-y-proteccion-de-datos-el-futuro-de-un-necesario-e-incierto-equilibrio>. Revisado el 1 de septiembre de 2014.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (2011), “El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo”, *Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011*, INAP, Madrid.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M. (2014), “La confidencialidad de datos empresariales en la contratación pública”, en SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.), *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Vol II. Garantías del ciudadano en el régimen administrativo*, Iustel, Madrid.
- SENDÍN GARCÍA, M.A. (2014), “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, monográfico *Transparencia y acceso a la información pública*, Núm. 33.





Crítica de libro

El Principio de Integridad en la Contratación Pública **Agustí Cerrillo i Martínez,** **(2014) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 474 pp.**

Esteban Arribas Reyes
Universidad de Alcalá
esteban.arribas@uah.es

Introducción

En primer lugar, decir que es una gran oportunidad analizar la interesante obra del profesor Cerrillo, de gran trayectoria académica. Por ello, quiero dar las gracias a la Dirección y equipo de la prestigiosa *Revista Eunomia* por su confianza.

El libro del profesor Cerrillo, *El Principio de Integridad en la Contratación Pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, muestra un conjunto integral de ideas y conceptos que bien podría calificarse de completa, actualizada, y oportuna en el tiempo. El tema siempre ha sido de gran relevancia: la contratación pública y la mala administración. Además, el enfoque que introduce el autor y sus soluciones –introducción del Principio de Integridad y la creación de nuevas instituciones para su implementación– me parece esencial en la actual crisis institucional de las Administraciones Públicas españolas.

Toda idea tiene su momento histórico. Como escribió Víctor Hugo, “*Greater than the tread of mighty armies is an idea whose time has com*”. La obra del autor es pertinente en el tiempo de su publicación y abre una ventana de oportunidad para la mejora en la toma de las decisiones de un país con un alto índice de desconfianza en sus instituciones que, precisamente, entre otros, es consecuencia de la no introducción en ese proceso del Principio de Integridad. Principio, por otro lado, difícil de implementar y de gran complejidad pero de gran interés que requiere grandes dosis de voluntad política y liderazgo, además de una búsqueda de análisis profundos causales para mejorar lo que ya, posiblemente, tengamos en nuestro ordenamiento jurídico.

El comentario lo desarrollaré de forma cronológica siguiendo la estructura del libro con el ánimo de debatir, intercambiar ideas y, en algunos casos, pedir detalle de algunas dudas que me sugiere su lectura y análisis. Por supuesto, mis comentarios podrán ser acertados o no, correctos o incorrectos, pero son los que son hasta donde uno puede llegar, tienen el ánimo de mejorar el texto analizado, o no...aportar un enfoque distinto...quizás.

Comentarios

Ya en su *Introducción* el autor comienza con una cita en su primera frase que bien podría ser una resumida explicación a lo que hemos conseguido en materia de contratación pública en nuestro país en todos los años que llevamos de democracia: “el espacio que ocupa en nuestra historia administrativa la presencia de las más variadas modalidades de picaresca en relación con la contratación pública” (L. Martín-Retortillo, 2000, 80, citado por el autor en la página 17). Volveré más adelante a ello, ahora conviene resaltarlo como elemento moral diferenciado –la picaresca– de otras culturas y sistemas político-administrativos de nuestro entorno.

En la página 19 nos dice el autor que el Derecho Administrativo puede contribuir a gestionar adecuadamente los conflictos de interés o evitar la corrupción con medidas que fomenten el buen gobierno y la buena administración previniendo la mala administración a través de la regulación de los instrumentos necesarios para facilitar una adecuada relación de los intereses privados y los públicos en la conformación del interés general y en la buena administración de la contratación pública. Me parece esencial, por fin, leer que tanto los intereses privados como los públicos conforman un interés general. Todos estamos ‘en el mismo barco’.

Sin embargo, creo necesaria la búsqueda de soluciones multidisciplinarias, más cooperación entre las distintas disciplinas científicas para la solución de los problemas públicos. Me parece que el Derecho Administrativo, como indica a lo largo del texto el autor, no ha conseguido los objetivos deseados. El mismo autor dice en la página 20 que ni las normas reguladoras de la contratación pública ni los estudios que se han realizado incorporan, generalmente, un análisis del principio de integridad. Sin embargo, desde la ciencia política, la filosofía, etc., disciplinas que el mismo autor menciona a través de sus citas, el Principio de Integridad se ha trabajado en España, Europa, y Estados Unidos de una manera muy profunda desde hace ya más de veinte años.

Al mismo tiempo, en la misma página 20, el propio Cerrillo nos dice que para hacer frente a los conflictos de intereses y la corrupción como consecuencias de una mala administración en la contratación pública no basta con articular medidas jurídicas sino que es necesario establecer un equilibrio con medidas extrajurídicas que puedan impulsar los poderes públicos. Es decir, reconoce que el Derecho Administrativo tiene limitaciones, y decir esto en un país donde la solución de los problemas públicos se aborda generalmente desde una perspectiva jurídica desde los poderes públicos le da gran valor a su obra.



En Capítulo 1 *Aproximación a la integridad en la Contratación Pública*, se echa de menos comenzar con una revisión del concepto de contratación pública, que realiza más adelante, pero que es necesario desde el principio de la obra para delimitar el objeto de estudio y así poder seguir su análisis. Sino, parece una aproximación demasiado general al Principio de Integridad. Como lector, me he quedado con la impresión de haber comprendido bien y en profundidad, con muy buenas citas y redacción el Principio de Integridad, no así de este aplicado a la Contratación Pública.

Destaco y comparto (página 24) la idea de que la buena administración se refiere a todo el conjunto de valores desde los que la ciudadanía juzga hoy la legitimidad de las administraciones públicas. Y comparto esta idea porque, precisamente, la falta de legitimidad es esencial en un sistema político democrático. Y para ello, el Derecho o el ordenamiento jurídico no son más que uno de los instrumentos para combatirla.

Comparto con el autor también que a pesar de que en los últimos años se está prestando atención a la noción de buena administración – principalmente, en mi opinión, por la existencia de la Unión Europea y de los impulsos de organizaciones como la OCDE o el trabajo de Organizaciones no Gubernamentales como Transparencia Internacional– no hay un efecto definitivo en la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción por lo que la mala administración prevalece.

De nuevo, incide en que la mala administración (página 28) también tiene un perfil que supera el derecho y que incorpora elementos de la ética pública relativos a la conducta de los empleados públicos frente a los ciudadanos.

Es interesante la mención en la cita 23 de la página 28 la referencia al impacto que para la integridad puede tener la actividad realizada por los grupos de presión o *lobbies*. Desde luego este tema afecta a la contratación pública también y entiendo que el autor ha decidido no abordarlo en profundidad, aunque creo que, como mencioné anteriormente, si hubiera centrado todo el análisis en la contratación pública debiera haberlo realizado. Como, por ejemplo, estudio de caso en el que la influencia indebida afecta a la contratación pública. Que menciona más adelante, aborda y analiza, pero no como un proceso de *lobby*. Teniendo en cuenta, además, el debate de los últimos dos años y los avances ya realizados en la UE y en España.

En relación a los conflictos de intereses, menciona Cerrillo (página 30) que la principal preocupación es que los intereses privados puedan influir inadecuadamente en las decisiones que toman los cargos o empleados públicos de manera que para obtener su interés abusen de su posición o cargo. En este punto, creo necesario resaltar que el problema no reside en los intereses privados principalmente, sino en la respuesta íntegra que se realiza desde las instituciones públicas. Es decir, la corrupción, si existe, o los conflictos de interés, si existen, se debe a una mala administración de las instituciones y personas que conforman las instituciones públicas principalmente, y no de los intereses privados. No debemos dejar la

responsabilidad, que también la tienen, a los intereses privados, es el poder público quien debe regularlos buscando el interés general.

El profesor Cerrillo realiza una exhaustiva e interesante revisión de la literatura en relación al conflicto de intereses y de la corrupción, citas actualizadas, autores relevantes, datos y estudios que nos ayudan a comprender la dimensión de las consecuencias de una mala administración. Sin embargo, se echa en falta aún a estas alturas del libro lo 'prometido' en los títulos de los epígrafes: relación entre existencia de una mala administración pública y la contratación pública que derive en problemas relacionados con los conflictos de interés o con la corrupción.

En el punto 1.3.3. *Manifestaciones de la corrupción en las diferentes fases de la contratación pública*, bien dice el autor que es un ámbito propenso a la aparición de la corrupción, así como a la percepción ciudadana de que existe corrupción. Y menciona seguidamente que expondrá (página 46) las principales manifestaciones de la corrupción en sus distintas fases. Sin embargo, y a pesar de los numerosos ejemplos que menciona (contratos públicos celebrados en interés del funcionario, de terceros fruto de la demanda inducida por los empresarios) no alcanza a explicar las causas de tales hechos más allá de mencionarlos. En mi opinión, relacionar cada noción con la contratación pública y mostrarlo en forma de estudios de caso sería más ejemplificador.

En su exposición como empleados públicos sigue los estudios de Villoria y Jiménez para explicar que son los políticos los empleados públicos relacionados con casos de conflictos de interés o corrupción. Sin embargo, en la cita 106 del Capítulo 1 (página 46) menciona que los empleados públicos funcionarios, asesores privados de la AP, y otros también incurrir en este tipo de acciones. Quiero decir que el autor debe definir bien a qué se refiere con políticos o funcionarios, o empleados públicos. Creo necesaria esta distinción porque no existen diferencias en mi opinión dada la cultura de nuestro país de reclutar cargos para trabajar en la AP a través de concursos 'amañados' y diseñados para emplear a políticos en 'cuerpos' de funcionario. Este es un grave problema que más adelante resuelve (página 48). Dice, pero no detalla, que no podemos desconocer el valor que pueden tener al respecto otras normas o principios, de distinta naturaleza, que pauten los estándares de la conducta de los cargos y empleados públicos.

En definitiva, de nuevo el punto 1.3.3., no llega a explicar esa relación entre contratación pública y efectos de una mala administración de la misma ya que no muestra en detalle estudios de caso o explicaciones detalladas de las razones, causas y efectos.

Ya en el punto 1.3.4. *Una aproximación al reflejo de la corrupción en la contratación pública en el Derecho Penal*, refleja con detalle y acierto la importancia del Derecho Penal en la materia. Aborda el significado de los delitos y los pobres resultados obtenidos: magnanimidad jurisprudencial en el delito y la levedad de las penas previstas (prevaricación y malversación), poca jurisprudencia (cohecho y tráfico de influencias); fraudes ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a un funcionario público (mero



incumplimiento de los deberes de abstención del funcionario). En definitiva, no hay mucho que explicar o queda detalle de cada uno de los delitos. En mi opinión, de nuevo, mención y referencia a casos añadiría algo más a una mera descripción.

El punto 2 (página 54) es el más interesante de este primer capítulo. Por fin, el lector llega a la noción de integridad (que recordemos es la centralidad del libro) y, además, se expone la misma como solución a la prevención de los conflictos de intereses y la corrupción en la contratación pública. Teóricamente es de gran valor la introducción del apartado, al igual que el punto 2.1. *Ética Pública y Derecho Administrativo como ejes de la Integridad en la Contratación Pública*. Como bien dice 'Hoy en día, la ética pública es un prerrequisito y apuntala la confianza pública siendo asimismo la piedra angular de la buena gobernanza y la buena administración. Creo necesario en este punto no dar por sabidas las nociones que menciona el autor. La noción de buena gobernanza, por ejemplo, y no tanto la de ética pública, es necesario revisarla para que el lector sepa dónde contextualiza el autor los problemas en la contratación pública. Los términos de moda requieren aún más de una revisión conceptual y teórica y más aún dada la solución final que plantea el autor al final de su obra.

La revisión de la ética pública como elemento novedoso y diferenciador a la solución de los problemas que plantea el autor es esencial y es detallada. Me parece esencial la idea (página 55) de que la 'ética pública también tiene una manifestación institucional, de modo que la ética pública exige normas de organización que favorezcan no solo los valores positivos, sino que impidan o dificulten determinados comportamientos'. Esto es muy acertado y refuerza de nuevo las tesis de P. Evans, D. Rueschemeyer y T. Skocpol, eds., en su libro *Bringing the State Back In* de 1985. Vuelta a darle importancia a las instituciones, y no únicamente al comportamiento de los individuos. Creo que Cerrillo expresa la importancia y complementariedad de ambas, así como de la ética pública y el Derecho Administrativo que merece un gran reconocimiento.

No es hasta la página 58 donde comienza el autor a revisar la definición de integridad 'más allá del uso generalizado del término'. Delimita bien el autor la diferencia entre el término y la ética pública, y lo relaciona todo con lo 'previsto en el ordenamiento por parte de los altos cargos y los empleados públicos...'. Creo, sin embargo, que la noción de integridad debe ir más allá como más adelante parece que expone.

Relaciona la integridad con la corrupción, y toda su exposición gira alrededor de una de las nociones más complejas de delimitar: el interés general. Quizás por ello, se hace necesario que, como he mencionado anteriormente, este término necesita de una revisión de la literatura al respecto y de un posicionamiento por parte del autor dado que integridad e interés general deberían ir, en mi opinión, de la mano.

En la línea que he expuesto en el párrafo anterior, el autor avanza en la noción de integridad incluyendo la transparencia en la actividad de los cargos y empleados públicos y la rendición de cuentas y control de su

situación. Más allá de la revisión de la literatura, comienza la relación de la integridad con las ‘numerosas manifestaciones en la contratación pública’, que es el motivo de su texto. Por fin muestra ejemplos de ello en la página 61 (fase de preparación del contrato, por ejemplo, fase de licitación y adjudicación, fase de ejecución y liquidación del contrato). Muestra ejemplos, sí, poco detallados, también, pero quiero destacar que, aunque no explique las causas de su falta de integridad, advierte que ‘En algunos casos, la falta de recursos o la mala organización pueden ser la causa de situaciones irregulares anómalas o ilegales’. En este sentido, aunque no es el objetivo de su obra, el profesor Cerrillo reconoce que la integridad va más allá del ordenamiento jurídico, la gestión de la AP es de suma importancia.

Así llegamos al punto 2.3. *Los principios de integridad en la Contratación Pública* donde el autor expone los principios de la OCDE de su documento *Principios para la integridad en la contratación pública* elaborado en el año 2009. Estos principios parten de postulados éticos, y, en determinados casos, han tenido su traducción jurídica, política u organizativa (página 63).

Desde luego la OCDE es una organización de un prestigio internacional y precisamente en estos temas de gran relevancia, y como expone el autor en su cita 176, la OCDE no es la única visión existente sobre integridad (Villoria Mendieta, 2013; por ejemplo). Sin embargo, hace un repaso descriptivo de los mismos y los utiliza como centralidad de su visión dejando de lado, en esta centralidad, el papel de la UE. Creo que, la mera pertenencia a la UE de España, país que analiza fundamentalmente es su obra, hace que se la tenga en cuenta, precisamente, como central. Y digo esto porque creo que España está inmersa en un proceso de integración europeo. Además, el autor no explica por qué elige los Principios de la OCDE como piedra angular de su texto, creo que se basa demasiado en ellos lo que a un lector como es mi caso, le confunde por dos razones: da por sentado que son los más relevantes sin explicación alguna lo que le impide aportar su originalidad; y dos, excluye como elemento central a la UE, que en mi opinión es esencial, también en estos temas de gobernanza, administración y gobierno del proceso de integración en el que España está inmerso.

Nos habla de Transparencia, de Buena Gestión, de Prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento, Rendición de cuentas y control, como los Principios que expone la OCDE hasta llegar al punto 2.4. *El Marco de Integridad en la Contratación Pública*. De nuevo se refiere al marco de integridad (*integrity framework*) propuesto por la OCDE. Habla de instrumentos de integridad, de procedimientos, de estructura organizativa, en fin, va más allá del mero ordenamiento jurídico. Pero, creo, es una mera descripción de lo aportado por la OCDE. Creo que el autor podría haber realizado una revisión de la literatura al respecto, de la OCDE, de la UE, y de otras organizaciones como el Consejo de Europa y aportar su propia visión y explicación de por qué.

El autor aporta ideas muy útiles como el incluir en el marco de integridad los códigos éticos y de conducta y resalta la importancia de los condicionantes institucionales existentes (página 71).



En el Capítulo 2 el autor expone el Caso Español en poco más de veinte páginas, donde aquí sí, destaca el papel de la UE y sus directivas. Sin embargo, es en los capítulos siguientes 3, 4 y 5, donde detalla cada uno de los principios de integridad de la OCDE. En este punto creo que no queda clara la estructura del libro ya que podría haber aprovechado para hacer un único capítulo, más detallado, como estudio del caso español, que es lo que parece al fin y al cabo. Creo que desconcierta al lector esta estructura, sin quitarle, en absoluto, gran valor al conjunto de las ideas que contienen todos los capítulos.

Así, el Capítulo 3 lo dedica en detalle a los Principios de Transparencia y la Buena Gestión en la Contratación Pública. Es muy explicativa la cita que hace del juez Brandeis 'la luz es el mejor desinfectante' (página 97). Justifica en detalle la relevancia de la transparencia como Principio para una mejor administración (*better administration*) y hace referencia a diversos niveles de gobierno en España, desde el Gobierno Central hasta el de las Comunidades Autónomas o Gobiernos locales. Creo que el enfoque es adecuado pero no lo indica en su introducción ni al comienzo de cada capítulo. Sería más adecuado para poder seguir sus explicaciones mencionar desde un principio qué niveles de gobierno va a analizar en relación a la integridad. Además, en mi opinión, el nivel UE no lo incluye como central y sería necesario hacerlo.

Es interesante, no obstante, la advertencia que realiza Cerrillo: 'las administraciones públicas tienen que cambiar su cultura organizativa y es necesario un liderazgo efectivo en esa dirección. Asimismo, los cargos y empleados públicos han de asumir valores no solo jurídicos sino también éticos vinculados con la transparencia.'

En relación a la Transparencia como principio de la Contratación Pública (punto 1.1.; página 103), repite lo mencionado en el Capítulo 1 y además incluye desde el principio el ordenamiento comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE como principio comunitario. Este apartado, por tanto, aporta un enfoque europeo del cual no podemos 'escapar' como miembro de la UE. Interesante que el autor destaque el principio de transparencia como concreción del principio de igualdad y su relación con el principio de competencia (sentencias Teleaustria; Comisión/Cas Succhi di Fritta; Europaiki Dynamiki). Esto es ya más esclarecedor de la relación entre integridad y contratación pública.

En cuanto a los mecanismos de transparencia y su concreción en la contratación pública (punto 1.2), menciona todos los que teóricamente existen desde el enfoque de la OCDE y desde la propia literatura en relación al concepto de transparencia pero no alcanza a explicar las bondades de los mismos. El apartado A del mismo punto ofrece datos de la difusión de la información del sector público pero únicamente para Cataluña y no se entiende muy bien por qué se mencionan en este momento (página 108). Son reveladores y de gran utilidad para comprender la importancia de la transparencia. Por ello, anteriormente he mencionado que debiera explicarse al comienzo qué niveles de gobierno se analizan en el texto y la necesidad de mayor profundidad en los ejemplos.

En definitiva, en la página 110 concluye que hasta la aprobación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno –LTAIBG (Ley 19/2013, 9 de diciembre)– la legislación básica no había regulado la difusión de información del sector público mostrando las grandes limitaciones que expone anteriormente a esta norma con gran profundidad. Me interesa destacar la habilidad del autor para hablar de existencia de leyes y su falta de concreción utilizando el término de limitaciones, que se intuyen que no son únicamente técnicas sino de otra índole más cultural, posiblemente relacionadas con falta de interés por la transparencia por parte de los poderes públicos. Finalmente, destacar el recordatorio del autor de que la LTAIBG no reconoció como un derecho de los ciudadanos a conocer información pública de calidad, ni tampoco se define un servicio público de difusión de la información pública como sí se ha hecho en otras normas.

Finaliza el autor el apartado A con multitud de ejemplos de legislaciones autonómicas y concluye que a pesar de la significativa novedad que ha supuesto la LTAIBG, la legislación autonómica relativa a la difusión de información del sector público ha llevado a cabo una regulación más detallada y concreta del alcance de la obligación de difundir información relativa a la contratación pública.

El autor nos habla en detalle de transparencia activa, pasiva e introduce la transparencia colaborativa que me parece original y de interés. Este punto tiene que ver con la evolución de los medios electrónicos y, en particular, de las tecnologías recogidas bajo la etiqueta Web 2.0, que según el autor está facilitando que los ciudadanos más allá de ser meros observadores y receptores de la información pública, se conviertan en generadores y difusores de la misma. Creo que se sobrestima la influencia de los medios electrónicos. Cita a los autores Fung, Graham y Weil (2007, quizás desactualizada) y es de gran interés su planteamiento pero, como todo instrumento, las culturas en las que se utilizan pueden producir unos resultados u otros. Por mi parte el escepticismo me parece la mejor posición por el momento. En cualquier caso, es un tema de gran complejidad que bien merecería una obra completa como tantas hay ya y no parece la intención del autor más que señalar su existencia, bondades y debilidades.

De aquí que nos hable de los límites a la transparencia en la contratación pública de forma muy acertada en el punto 1.3. Si bien es cierto que los límites a la transparencia aseguran la protección de otros principios, derechos o intereses que en un momento dado el ordenamiento jurídico considera prioritarios, algunos de ellos deberán mejorarse.

En el punto 1.3.2 nos habla de los límites previstos en la LTAIBG. En este punto es necesario resaltar que, dice el autor (página 140), 'la legislación sobre contratos prevé que tanto los licitadores como los órganos de contratación pueden determinar la confidencialidad de determinada información y, por tanto, establecer un límite a la transparencia a la contratación en la contratación pública'. Así, no queda claro y me planteo las siguientes preguntas: ¿Qué criterios se siguen? ¿Quién los decide? Preocupa el amplio margen existente de discrecionalidad tanto en la LTAIBG como en la TRLCSP.



El punto 1.4. *La Transparencia en la contratación pública como principio ético* me parece el límite mayor en el caso español y el autor lo resalta con gran éxito al elevar la transparencia como uno de los valores esenciales de la ética pública contemporánea. Aunque, como menciona el propio autor, este principio se ve limitado por el principio de confidencialidad, es decir, por ese difícil equilibrio entre transparencia y secreto.

Además, hay otros límites: en este punto analiza el EBEP, la LTAIBG, y así los códigos éticos y de conducta de distintas Comunidades Autónomas. Totalmente de acuerdo con el autor en sus conclusiones a este punto: 'sería más útil que los códigos éticos llevaran a cabo una concreción detallada del alcance del principio de transparencia y su traducción en diferentes conductas propias de los cargos y empleados públicos'.

En el punto 2 aborda el segundo de los Principios que incluye la OCDE (2009): la buena gestión como garantía de integridad. Habla de Organización –lo que llamaríamos implementación en nuestra jerga de análisis de políticas públicas– y menciona algo esencial: no se ha prestado interés generalmente a aquellos órganos facultados para celebrar contratos y los órganos de apoyo de los mismos (ministros y secretarios de estado; agencias estatales, entidades públicas empresariales y demás entidades públicas estatales y sus Presidentes y Directores Generales, Seguridad Social y sus Directores Generales; entidades locales Alcaldes y Presidentes). Este es un tema esencial, la delegación del poder de contratación.

Expone con acierto (página 149) que se debe evitar concentrar en manos de un único cargo o empleado público la decisión en los procedimientos de contratación. Respecto del perfil político o técnico de los órganos de contratación, dice el autor que 'no puede desconocerse el impacto positivo que en esta materia puede tener una mayor atribución decisoria a los perfiles técnicos de cada Administración pública especialmente si tenemos en presente el perfil político de la corrupción en España'. Sin embargo, ¿Cómo se accede a ese perfil técnico? Es decir, selección de los miembros. Hoy, en España, se confunden los técnicos con los políticos y eso es algo que deberíamos tener presente en primer lugar. La formación técnica es necesaria, como lo es también la formación en valores como los que propone el autor dentro del Principio de Integridad.

294

Finaliza el Capítulo 3 dándole importancia al procedimiento de contratación y el uso de los medios electrónicos. Sin embargo, llama la atención el dato de la Comisión Europea que dice que es menos del 5%. Creo que, una vez más, aunque necesario mencionarlo en una obra de estas características, la administración electrónica, la llamada *e-democracy*, ofrece oportunidades y retos importantes, pero no es la panacea, y no lo será nunca en países de culturas administrativas donde impere la picaresca. Y así lo explica el autor en su párrafo final, citando a Wescott (2001, 14, 15 - páginas 155-6): 'Más allá, se considera que la contratación electrónica puede hacer poco o nada para alterar las circunstancias culturales, políticas o económicas en las que arraiga la corrupción por lo que únicamente se pueden considerar los medios electrónicos como una pequeña parte de un gran escenario'.

Así, llegamos el Capítulo 5: *El control de la integridad en la Contratación Pública*. Me parece, desde mi experiencia y enfoque disciplinar, el Capítulo más interesante porque en la cultura Administrativa española la capacidad de tomar decisiones a favor del interés general de forma independiente y rendir cuentas por ello es prácticamente inexistente y, posiblemente, el mayor lastre que tenemos como sociedad.

El control y la rendición de cuentas en la AP también necesita un marco de integridad como bien nos describe el profesor Cerrillo: instrumentos que permitan supervisar y controlar la adecuación al ordenamiento jurídico y al resto de estándares establecidos en la contratación y garantizar que efectivamente se ajusta a los parámetros de integridad previstos. Sin embargo, de nuevo se basa en los principios de la OCDE y no explica por qué son necesarios estos instrumentos y no otros.

En cualquier caso, es interesante la revisión del concepto de control que realiza el autor, recordando que generalmente se ha definido siguiendo la tradición francesa. Tomando como referencia la definición de Fernández Ajenjo (2011, 140-141), desarrolla los elementos principales que debe incluir el control yendo más allá de la legalidad, observando casos de órganos de control que consideran otros aspectos como la eficacia o la eficiencia económica en las decisiones tomadas, su calidad o la adecuación a los estándares éticos establecidos.

Destaca el autor (página 253) algo que es de gran relevancia en el tema del control: 'en relación a la integridad, los conflictos de intereses o la corrupción, los controles sociales o políticos también tienen una importante función a desarrollar'. Sin embargo, no los desarrolla por no entrar dentro de los objetivos del texto.

Menciona a los medios de comunicación y redes sociales como mecanismos de control social, pero tampoco desarrolla la idea. Quizás, si la desarrollara, sería otro libro porque, precisamente, habría mucho de lo que escribir en la inacción de los medios en este tema. Y cuando son activos existe una parcialidad manifiesta que roza la falta de rigor y profesionalidad.

En cuanto a los controles políticos, destaca el principio de rendición de cuentas. Sería interesante que en este punto revise la literatura al respecto que ofrece la politología que estoy seguro le sería de gran ayuda (por ejemplo, Guillermo O'Donnell (2013)). Es un tema de tanta relevancia que merecería más espacio en su texto.

Ya en relación a la contratación pública, el autor expone en el punto 2 (página 256) que no existen en la actualidad en España mecanismos suficientemente eficaces en el ordenamiento jurídico para su garantía que respondan a los retos que para las AAPP constituye asegurar la integridad en la contratación pública.

Así, dice el autor que en las últimas décadas (no parece exacto el período) se han ido creando nuevos mecanismos de control: creación de nuevos organismos o atribución de nuevas funciones a organismos



existentes, creación de nuevos mecanismos de control e, incluso, una mayor participación de la sociedad civil en estas funciones gracias a una mayor transparencia. Así, aborda todos ellos en a lo largo del capítulo: el control previo en la contratación pública y la garantía de la integridad (inspecciones generales de servicio; Intervención General del Estado; El Consejo de estado); el control posterior de la contratación pública y su lucha contra la corrupción (los recursos administrativos, el recurso especial en materia de contratación; la cuestión de nulidad; el Tribunal de Cuentas; el Defensor del Pueblo y la promoción de la Buena Administración; la jurisdicción contencioso-administrativa y el alcance de la desviación de poder como garantía de integridad).

Sigue el Capítulo 5 con el punto 3 en el que describe la nueva generación de mecanismos de control para la garantía de la integridad en la contratación pública. Así, describe la Oficina de Conflictos de Intereses española (concluye con acierto que su poca actividad impide una valoración de sus objetivos –los conflictos de interés– pero no va más allá; El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (concluye, de nuevo con acierto, que ni su configuración ni su composición no permiten garantizar adecuadamente su autonomía e independencia); y finalmente las Agencias Anticorrupción, que es básicamente una descripción del caso de la Oficina Antifraude de Cataluña. No ofrece, y creo que es una pena, análisis comparados de países europeos o, como menciona en alguna cita a lo largo del texto, la agencia de Canadá, o la recientemente creada mejicana. Y, sobre todo, no aborda el problema que en mi opinión es de mayor calado: la independencia tanto de las instituciones como de las personas que las componen tanto del poder político como del económico. Menciona algunas ideas, algunos ejemplos, pero no entra en profundidad de si, por ejemplo, la Oficina Antifraude de Cataluña es activa e independiente en sus actividades.

La noción de independencia de las agencias y la delegación de poderes son temas muy tratados por la politología comparada. Solamente recomendar Magetti (2009) e incidir en la necesidad de estudios comparados sobre el tema.

Le pido al autor una aclaración en relación a la OAC. En la página 313 menciona que la Ley 14/2008 de 5 de noviembre, crea la OAC como una entidad adscrita al Parlament de Cataluña. Sin embargo, en la página 315, dice que la misma Ley prevé que la OAC ‘se relaciona con el Parlament de Catalunya, no se adscribe al mismo, no siendo tampoco un órgano parlamentario’.

En cualquier caso, la OAC es joven en su constitución (tres años) y ya es un buen ejemplo en sus funciones y trabajo diario de sus empleados. Confiamos que el liderazgo y la voluntad política resuelvan su futuro a favor del interés general.

Finaliza el autor el capítulo preguntándose si es necesario un nuevo organismo de control de la integridad en materia de contratación pública. Recuerda que no existe en España tal organismo y concluye que, aunque se echa de menos más detalle, que ‘el efectivo control de la integridad de las

AAPP exige la creación de un organismo que tenga atribuidas las funciones y potestades necesarias para garantizar la integridad en su actuación tanto en relación a la contratación pública como respecto del conjunto de la actividad pública'. La llamaría la Agencia Española de la Integridad Pública y menciona que la independencia deberá ser necesaria y adscrita al Parlamento y no al ejecutivo. Concluye que se deberá tener en cuenta la auto-organización de las Comunidades Autónomas y la creación de las suyas propias. A mi modo de entender, una propuesta poco detallada pero novedosa y necesaria.

Concluye el libro el profesor Cerrillo en su Epílogo, *La Integridad como principio de la contratación pública*, justificando con gran claridad argumental que 'el principio de integridad es un auténtico principio jurídico que debe inspirar la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, integrando las lagunas existentes en defecto de otra norma al respecto (página 339). Sigue el autor, que el principio está en fase evolutiva aunque ya cuenta con diversas manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, las citas a las que hace referencia son, quizás desactualizadas (García de Enterría, 1999 y López Menudo, 1992).

Bibliografía

- EVANS, P., RUESCHEMEYER, D. y SKOCPOL, T. (eds.) (1985). *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J.A. (2011). *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Cizur Menor, Navarra: Civitas.
- MAGETTI, M. (2009) "The Role of Independent Regulatory Agencies in Policy-Making: A Comparative Analysis", en *Journal of European Public Policy*, 16(3): 445-465, April.
- O'DONNELL, G. (2013) "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política", en *Revista Española de Ciencia Política, Norteamérica*, 0, mar.
- VILLORIA MENDIETA, M. (2011) "Empleo público e integridad instrumentos, procesos y estructuras", en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Pública*, Núm. 1, pp. 53-70.
- WESCOTT, C. G. (2001). "E-Government in the Asia-pacific region", en *Asian Journal of Political Science*, Núm. 9(2), pp.1-24.



Respuesta a Esteban Arribas y Ramón Terol

El Principio de Integridad en la Contratación Pública

Agustí Cerrillo i Martínez,

(2014) Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 474 pp.

Agustí Cerrillo i Martínez

Universitat Oberta de Catalunya

acerrillo@uoc.edu

Me ha resultado de gran interés participar en la propuesta formulada por la revista Eonomía a través de su director, el profesor José María Sauca, de dar respuesta a las interesantes recensiones críticas elaboradas por los profesores Esteban Arribas y Ramón Terol sobre mi libro *El principio de integridad en la contratación pública* ya que me ha permitido releerlo a los pocos meses de haberlo publicado a través de la luz arrojada por dos cualificados lectores. A los tres debo agradecerles su lectura atenta de la obra, los interesantes comentarios y reflexiones formuladas y sus amables palabras sobre su contenido, así como, en última instancia, la oportunidad brindada de darles una breve respuesta a través de estas líneas.

Las recensiones realizadas por los profesores Arribas y Terol siguen de cerca la estructura del libro, identifican las aportaciones originales del trabajo e indican algunos aspectos que, a su entender, deberían ser objeto de ulterior profundización. En estas páginas me quiero centrar particularmente en seis aspectos apuntados por ambas recensiones cuyo comentario me permitirá insistir en las ideas nucleares del libro.

En primer lugar, como destacan los comentaristas, la base del problema al que el principio de integridad debe dar respuesta está configurada por la mala administración, los conflictos de intereses y la corrupción que ponen en entredicho la igualdad y la competencia en la contratación pública. La mala administración constituye uno de los principales problemas de nuestras administraciones públicas y tiene diferentes manifestaciones (desde la desidia hasta la corrupción pasando por la arbitrariedad o la desinformación). El libro se centra específicamente en un género -como son los conflictos de intereses- y en una especie -la corrupción- por las mayores repercusiones y por el mayor reproche no solo social sino también institucional y jurídico que tienen pero, en última instancia, las propuestas formuladas redundan positivamente en una buena administración. A pesar de las limitaciones de los datos relativos al alcance real de estos problemas, existe una extendida percepción ciudadana negativa sobre su papel en el funcionamiento de

las administraciones públicas españolas. Como muestra podemos traer a colación los barómetros del CIS que mes a mes sitúan la corrupción entre los problemas que más preocupan a los españoles. Esta situación tiene un especial reflejo en la contratación pública puesto que, tal y como se explica en el libro, concurren diferentes circunstancias como la estrecha relación entre el sector público y privado o la elevada discrecionalidad existente que facilitan la posibilidad de que surjan conflictos de intereses que, mal gestionados, pueden dar lugar a casos de corrupción.

En segundo lugar, los dos comentaristas apuntan otro aspecto como es el de la crisis institucional en la que se encuentran en la actualidad las administraciones públicas españolas. De hecho, más allá de la crisis institucional, agravada por la crisis económica y territorial, existe una baja calidad institucional. Para hacer frente a la misma, desde diferentes gobiernos se están impulsando medidas de regeneración democrática que persiguen precisamente recuperar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. En esta dirección, también es necesario reforzar los mecanismos de rendición de cuentas puesto que, como nos recuerda el profesor Terol, prácticamente nunca se asumen responsabilidades políticas, vinculándose estas por lo general a la responsabilidad penal con las evidentes limitaciones que presenta tal y como se apunta en el libro por lo que se refiere a la contratación pública. La lectura de los planes de regeneración democrática y de las normas en las que se concretan muestra la importancia del principio de integridad tanto de los altos cargos como de los empleados públicos al incluir medidas para garantizar las competencias y los valores con que actúan y reforzar los mecanismos para evitar la existencia de conflictos de intereses, sin olvidar la extensión de los mecanismos de transparencia.

299

En tercer lugar, es necesario referirse al concepto de *integridad*. Como se desprende de la lectura del libro existe una dificultad para definirla puesto que las propuestas formuladas tanto a nivel académico como político son excesivamente vagas y no suficientemente útiles en el contexto jurídico. Por ello, en el libro se opta finalmente por definirla como “la coherencia de la actuación de los cargos y empleados públicos con los valores, principios y normas que la guían que evitan los conflictos de intereses y el abuso de la posición que ocupan para la obtención de beneficios propios”, constituyendo “la ausencia de influencias indebidas de intereses privados de cargos y empleados públicos en las decisiones públicas”. Como destaca Arribas en su comentario, al hilo de la lectura del libro, la *integridad* es un concepto que va más allá del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista del Derecho debe articular todos aquellos mecanismos que faciliten el adecuado cumplimiento de lo previsto en el ordenamiento jurídico que garanticen la buena administración y la ausencia de conflictos de intereses que puedan generar casos de corrupción.

Además, la *integridad* también es un principio ético que debe guiar la actuación de los cargos y empleados públicos para facilitar que estos ante la existencia de un conflicto decidan actuar orientados al interés general y no a la obtención de un beneficio particular. Como reclama Arribas, la *integridad* orienta la actuación de los cargos y empleados públicos en su persecución del interés general. Asimismo, también es un principio institucional que debe traducirse en el aseguramiento de entornos institucionales que favorezcan la buena administración y políticas públicas de prevención de la corrupción. En otras palabras, la *integridad* es un concepto comprensivo de los principios éticos que definen los valores que guían la actividad de los cargos y empleados públicos y de los principios y mecanismos incorporados en el ordenamiento jurídico que han de permitir y facilitar la buena administración así como evitar los conflictos de intereses y la corrupción. Para ello, la garantía de la integridad exige articular mecanismos eficaces para conocer la



actuación de los altos cargos y empleados públicos, evitar que concurran conflictos de intereses y malas conductas y, en última instancia, facilitar el control de la actuación que han llevado a cabo para valorar su adecuación al ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, la lectura del libro ha permitido constatar a sus comentaristas que han sido diferentes los intentos de articular de manera sistemática y completa el conjunto de normas, instrumentos y medidas que se han ido impulsando para promover la integridad. Con este fin, desde la Unión Europea a la OCDE pasando por Transparencia Internacional han fomentado principios, normas y marcos de integridad. En el libro se ha partido de los principios de integridad impulsados por la OCDE tanto por su coherencia y sistematicidad como por el hecho de haber sido ya evaluados por la propia institución. Si bien, como apunta Arribas, esta decisión puede haber dejado al margen otras aproximaciones, la realidad es que los principios de la OCDE han sido útiles para erigir los fundamentos del libro aunque no tanto para construir sus muros puesto que, como puede constatar el lector, no han sido los únicos elementos que se han utilizado para construir el concepto de integridad que se propone por la vocación excesivamente práctica que en muchas ocasiones tiene el enfoque impulsado desde esta institución internacional. De todos modos, como se desprende de la lectura del libro la huella de la Unión Europea en la construcción del principio de integridad en la contratación pública es muy profunda y lo será más en el futuro cercano cuando se trasponga a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE que, a pesar de haber sido elaborada durante largo tiempo, fue definitivamente aprobada cuando el libro estaba ya en edición por lo que en algún aspecto puede no haber sido objeto de una atención lo suficientemente pausada.

En quinto lugar, la lectura del análisis del principio de transparencia y sus diferentes manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico ha permitido reconocer tanto su impacto positivo en la garantía de la integridad como algunas de las limitaciones que presenta la legislación vigente. Sin embargo, también ha posibilitado apuntar la necesidad de preguntarse sobre si las nuevas normas en vigor servirán para conseguir una efectiva transparencia. A pesar de hablar de transparencia, desafortunadamente es difícil conocer el nivel real de transparencia de nuestras administraciones públicas. Si bien existen intentos loables como los impulsados por Transparencia Internacional a través de diferentes índices, éstos, más allá de sus limitaciones metodológicas, no aportan suficiente información al respecto y en particular en relación a la contratación pública. Cuando va pasando el tiempo desde la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, nos preguntamos qué sucederá cuando esta sea exigible ante la Administración General del Estado a partir de diciembre y qué sucederá un año más tarde cuando haya finalizado el plazo para que las Comunidades Autónomas y Entes Locales se hayan adaptado a las obligaciones previstas en la ley. Esta reflexión nos plantea la duda de si las leyes que se han aprobado hasta el momento pueden dar respuesta a los nuevos retos de la transparencia demandados por la sociedad como son el exceso de información o las asimetrías informativas en las que se pueden encontrar los ciudadanos así como los procesos de intermediación informativa que se van extendiendo gracias al surgimiento de nuevas tecnologías a las que sin duda deberemos dedicar más atención en el futuro y que, tal vez, como se pregunta Terol, deberá llevar a una reforma en profundidad de la Ley 19/2013.

En relación a los límites de la transparencia se debe hacer un último apunte, sobre el que coinciden ambos comentaristas. Al respecto, Arribas muestra su preocupación por *el amplio margen de discrecionalidad existente* tanto en la ley de transparencia como en la regulación de contratos del sector público. Terol, por su parte, recuerda cómo los límites a la transparencia no quedan bien delimitados en relación, por ejemplo, a los datos empresariales. La adecuada delimitación del alcance de los límites constituye uno de los principales elementos para garantizar un suficiente nivel de transparencia. Para llevar a cabo esta delimitación se deberá ir perfilando el alcance de los diferentes límites y para ello tanto las normas que se vayan aprobando como las decisiones que vayan tomando las autoridades de garantía del derecho de acceso, como el Consejo de Transparencia y Bueno Gobierno, deberán resultar de gran utilidad.

En sexto lugar, ambos comentaristas destacan la importancia de los mecanismos de control y rendición de cuentas. En particular, coinciden en poner el acento en la importancia de los mecanismos de control políticos y sociales al tiempo que apuntan sus límites, por ejemplo respecto a los medios de comunicación, al afirmar que “existe una parcialidad manifiesta que roza la falta de rigor y profesionalidad”. A pesar de su importancia y de la abundante literatura existente, sobre todo más allá de nuestras fronteras, los mecanismos no jurídicos de control no han sido objeto de análisis específico, cuestión que, como se señala en uno de los propios comentarios, constituiría otro libro.

En relación a los mecanismos de control, la principal preocupación a la que se ha querido dar respuesta en el libro, más allá del análisis jurídico de los diferentes mecanismos aplicables a la contratación pública vigentes en la actualidad, ha sido la de valorar su eficacia desde la perspectiva del principio de integridad y, en particular, de los conflictos de intereses en la medida en que su prevención y detección pueden constituir un instrumento útil tanto para identificar casos de corrupción como para evitar su surgimiento. Tal y como se constata en el libro, los mecanismos de control vigentes no son un instrumento suficientemente útil y eficaz para apreciar la existencia o no de integridad en la actuación de los cargos y empleados públicos. Estos mecanismos tampoco se basan generalmente en la existencia o ausencia de integridad en la actuación de los cargos y empleados públicos para considerar la legalidad de una determinada actuación en la contratación pública. A pesar de que existen mecanismos como la Oficina de Conflictos de Intereses creados para dar respuesta a estas cuestiones no parece que con la configuración que tiene ni, hasta el momento, con su actuación sea capaz de realizar esta función en general ni mucho menos en el ámbito de la contratación pública. Por ello nos ha parecido útil aproximar al lector a la experiencia de la Oficina Antifraude de Cataluña como institución independiente adscrita al Parlamento de Catalunya, aunque no es un órgano del mismo, que puede cumplir este cometido al estar configurada con los elementos previstos en los convenios internacionales y también en otros países de nuestro entorno que, a pesar del interés que como sugiere Arribas hubiesen tenido, no fueron abordados por cuestiones de espacio y únicamente son apuntados y no analizados. Siguiendo este modelo, en el libro se propone crear una Agencia Española de Integridad Pública, cuyo valor es reconocido por ambos comentaristas, como organismo que tuviese atribuidas funciones y potestades para garantizar adecuadamente la integridad en relación al conjunto de la actividad pública.

Como se desprende de la lectura del libro, el principio de integridad está en construcción desde un punto de vista jurídico. Cada día son más sus manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico con las que dar una respuesta apropiada a la mala administración y prevenir adecuadamente los conflictos de



intereses y la corrupción. Si el libro constituye, como amablemente afirma Terol, un punto de inflexión en la consolidación del principio de integridad se tendrá oportunidad de constatar en el futuro.



Recensión

Cultura de la Legalidad en Iberoamérica: Desafíos y Experiencias,

**Isabel Wences; Rosa Conde y Adrián Bonilla (eds.),
(2014), FLACSO, San José, 314 pp.**

Karina Ansolabehere

FLACSO- MÉXICO
kansola@flacso.edu.mx

Es gratificante poder contar hoy con reflexiones serias e interdisciplinarias de referencia en el tema cultura de la legalidad, sobre todo cuando casi una década atrás esto era imposible. El libro *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: Desafíos y Experiencias* (junto con el de Villoria y Wences, *Cultura de la legalidad. Instituciones, Procesos y Estructuras* (2010) o el espacio Eunomía, cuyo subtítulo es Revista de Cultura de la Legalidad) es un ejemplo de ello. En este sentido una primera celebración del volumen es que contribuye al desarrollo de precisiones sobre un tema alrededor del cual la incertidumbre, la multiplicidad de significados, y las intersecciones entre disciplinas son la regla. La obra aquí reseñada busca por una parte delimitar un proyecto intelectual que tiene a la cultura de la legalidad en el centro y, por otra, entender cómo se relacionan la cultura de la legalidad y el funcionamiento de las instituciones públicas en Iberoamérica.

El volumen reúne 10 capítulos divididos en dos partes. La primera, compuesta por cinco capítulos, dedicada a la discusión conceptual sobre los significados, alcances y límites de la cultura de la legalidad, y la segunda, integrada también por cinco capítulos, reúne trabajos empíricos que problematizan una o varias aristas de la cultura de la legalidad en casos nacionales (dos analizan el caso español, uno el caso argentino, ecuatoriano y mexicano respectivamente). El conjunto deja un sabor no fácil de definir y la identificación de los ingredientes que derivan en esa combinación será el objetivo de esta reseña.

La certeza que surge a partir de la lectura del volumen, y que constituye un paso adelante respecto de la búsqueda de definiciones estrechas, es la de que estamos ante un programa intelectual que pone en el centro el rol del derecho en el buen gobierno (independientemente de lo que esto signifique) y la calidad democrática. Lo que nos presenta el volumen son aportes variados a ese programa intelectual esta vez además identificando

particularidades españolas y latinoamericanas. Este programa vincula (y en algunos casos subsume) la cultura de la legalidad con algunos de los problemas más importantes que viven las sociedades democráticas contemporáneas: la confianza en las instituciones, la calidad del gobierno y su responsabilidad, la calidad de la ciudadanía; la obediencia a la ley.

Comenzaremos haciendo referencia a las características del proyecto intelectual del que el libro forma parte para luego dar cuenta de su contenido aportes y asignaturas pendientes.

Las bases del proyecto intelectual en que se inserta el libro deben rastrearse en el proyecto de investigación Trust-CM que desde 2007 lideró un grupo de profesores de la Universidad Carlos III de Madrid con varios de los autores de este volumen a la cabeza. Esta iniciativa incorporó a académicos e instituciones latinoamericanos y europeos. Es en el marco de esta comunidad intelectual, fundamentalmente iberoamericana, en que se desarrollaron las publicaciones antes citadas y que hoy constituyen referencia insoslayable de quién quiera estudiar el tema. Podríamos decir que el proyecto expresa una aproximación progresista al problema de la obligación legal, el respeto a la autoridad y las actitudes ciudadanas frente a las instituciones legales y políticas, que sin explicitarlo propuso una alternativa a visiones conservadoras sobre el tema.

Este proyecto intelectual se sustenta en la siguiente definición de cultura de la legalidad: “La Cultura de la legalidad alude a un **marco conceptual interdisciplinar** en el que se integran diversas perspectivas jurídicas, políticas, administrativas, sociológicas y filosóficas. El proyecto propone **el estudio de la articulación de la exigencia de acatamiento a las leyes y de los criterios favorecedores de la misma, con las condiciones de confiabilidad de las instituciones públicas y de sus actuaciones**. Así, las variables de participación democrática y de la sociedad civil; la exigencia de transparencia y rendición de cuentas de los poderes públicos; la lucha contra la corrupción y la defensa de la probidad social o la articulación entre hábitos de obediencia y opinión pública aparecen como cuestiones centrales de esta temática.”¹

El volumen coordinado por Wences, Conde y Bonilla, que aquí nos ocupa, es una expresión clara de ese programa intelectual. Por una parte busca definir el marco conceptual interdisciplinar, fundamentalmente en la primera parte y en la segunda a través de diferentes perspectivas los capítulos articulan el análisis del acatamiento de las leyes con la confiabilidad de las instituciones públicas a través de trabajos empíricos.

Las contribuciones de la primera parte del libro aportan dos ingredientes a la combinación. El primero asiste con un ejercicio conceptual que propone delimitaciones a la cultura de legalidad, el segundo propone una

¹Disponible en Trust-CM <http://www.derechoyjusticia.net/fr/proyectos/ver/id/1.html>. Revisado el 01 de septiembre de 2014

definición pragmática en la que cultura de la legalidad se asimila con otros conceptos como por ejemplo confianza política y responsabilidad social de los medios de comunicación. Mientras los capítulos “Cultura de la Legalidad: proyecto y movimiento” de Isabel Wences y José María Sauca, “La ‘cultura de la legalidad’ como discurso académico y como práctica política. Un reporte desde América Latina” de Diego López Medina y “Estado de derecho, cultura de la legalidad y buena gobernanza” de Manuel Villoria y Fernando Jiménez hacen contribuciones a la definición del marco conceptual multidisciplinar, los capítulos “Cultura de la legalidad y buena justicia” de José Juan Toharia y “Responsabilidad social de los medios: un nuevo contrato por el derecho a la información” de Javier Redondo realizan una reflexión teórica sobre componentes que pueden contribuir a una cultura de la legalidad a partir de definiciones pragmáticas de la misma.

Desde un punto de vista muy personal, probablemente el ingrediente más estimulante del trabajo es la distinción propuesta por Diego López Medina en su capítulo “La ‘cultura de la legalidad’ como discurso académico y como práctica política. Un reporte desde América Latina”, (y retomada por Isabel Wences y José María Sauca en el suyo) entre cultura de la legalidad como programa académico e intelectual (con componentes normativos y empíricos) y como movimiento que impulsa un cambio de valores frente a la autoridad y el prójimo. Ésta permite distinguir entre una agenda de discusión e investigación y experiencias de moralización del comportamiento ciudadano frente a las normas cuyo principal exponente en América Latina es el ex alcalde de Bogotá Antanas Mockus. Este deslinde con potencial organizativo nos permite identificar dos dimensiones de análisis, la del movimiento que debería abreviar en las teorías correspondientes de las ciencias sociales y en este sentido recibir un tratamiento sociológico y por otro el debate relativo a las connotaciones teóricas y empíricas del proyecto intelectual eminentemente interdisciplinario que supone un diálogo entre el derecho, la ciencia política (en sus vertientes culturalista e institucionalista), la teoría política y la antropología.

Sin embargo más allá del carácter innovador de la idea de la cultura de la legalidad como movimiento en el capítulo de López Medina, se echa en falta una definición de qué se considera como tal. En su descripción del movimiento realiza una distinción en los actores que lo componen: mandarines (los padres intelectuales de las discusiones) y los practicantes (los que utilizan políticamente la noción) en el que se incluyen exponentes de tradiciones intelectuales tan diversas como: el estudio de las culturas políticas, las corrientes institucionalistas en la ciencia política, los enfoques estratégicos del cumplimiento de la ley, o los estudios empíricos sobre obediencia legal, lo cual sugiere la necesidad de precisar los alcances y límites, o mejor dicho los rasgos fundamentales de este movimiento.

Por su parte el trabajo de Wences y Sauca, a partir de la distinción entre la cultura de la legalidad como programa intelectual y como movimiento busca contribuir a la primera aproximación (lo cual por otra parte no es de sorprender ya que ambos autores se encuentran en el centro del proyecto intelectual de la cultura de la legalidad). En su desarrollo buscan identificar los diferentes discursos vinculados con el debate académico en torno a la

cultura de la legalidad, organizado en tres ejes: la legitimidad de la ley, las condiciones institucionales, sociales e interculturales para la legalidad, y las perspectivas frente a lo que debería entenderse por cultura en el debate relativo a la legalidad. Para ellos el proyecto de la cultura de la legalidad se superpone con el de la calidad de la democracia.

Por su parte Manuel Villoria y Fernando Jiménez en su capítulo, proponen un giro hacia los ciudadanos en el proyecto intelectual de la cultura de la legalidad en lugar de concentrarse en las instituciones y las autoridades. En otras palabras se enfocan en la dimensión ciudadana del estado de derecho. Más allá del interés del argumento central del trabajo, el mismo avanza un paso más y busca sostenerlo a través de referencias empíricas evidenciando la ausencia de estudios de opinión pública que tomen en cuenta variables estrictamente vinculadas con las actitudes frente al derecho, por lo cual se utilizan como praxis variables que miden confianza en las instituciones. Esta ausencia, que no sólo se visualiza en este capítulo sino también en otros, abre la puerta para una nueva línea de investigación en el proyecto intelectual hacia el desarrollo de fuentes de datos pertinentes para el desarrollo de estudios empíricos.

Los otros dos trabajos de la primera parte, como ya se señalara optaron por asumir definiciones pragmáticas de la cultura de la legalidad.

José Juan Toharia en su capítulo “Cultura de la legalidad y buena justicia” asimila cultura de la legalidad con la cultura ciudadana (íntimamente relacionada con los estudios de cultura política iniciados por Almond y Verba) a la que hace depender de la imparcialidad y eficiencia de las instituciones de justicia. Propone que la baja confianza ciudadana en las instituciones judiciales está relacionada fundamentalmente con la eficacia de éstas últimas. Ampliamente influenciado por los conflictos entre justicia y política en la España de los últimos tiempos, realiza una crítica a la concepción de independencia judicial radical (que invisibiliza las cuestiones de eficacia) sostenida en los sistemas judiciales de corte napoleónico, denominación que utiliza para referirse a la tradición jurídica continental, diferenciándolo del modelo anglosajón, que sería el predominante en los Estados Unidos. Un aspecto del trabajo que requiere señalarse críticamente es la tipología de modelos de justicia que ubica en el tipo napoleónico no sólo a España sino también a América Latina, región que claramente en los últimos años se ha movido hacia un modelo híbrido en la organización judicial.

Finalmente la preocupación por la función de los medios de comunicación en la calidad democrática es el centro del trabajo de Javier Redondo “Responsabilidad social de los medios: un nuevo contrato por el derecho a la información”. El autor a partir de la idea de ecosistema informativo (noción que por momentos dificulta más que facilita el seguimiento del punto central del trabajo) propone la necesidad de pensar un nuevo contrato relacionado con la libertad de prensa que supone un balance entre ésta y la necesidad de los medios de comunicación como servicio público al servicio de valores democráticos. Este capítulo incorpora una dimensión de análisis fundamental en los procesos de formación cultural

como son los medios de comunicación, que no siempre están presentes en los estudios sobre el tema.

Los capítulos de la segunda parte ilustran la situación en Iberoamérica. Al respecto un aspecto que llama la atención es la división entre las preocupaciones españolas y las latinoamericanas. Mientras en España el centro de las contribuciones es la confianza institucional, la misma que puede hacerse extensiva a los trabajos de la primera parte que aún con ánimo teórico hicieron referencia al caso español; en los estudios de casos latinoamericanos la preocupación se desplaza al funcionamiento de las instituciones más que al nivel de confianza en las mismas. Probablemente estos énfasis no puedan separarse de los contextos académicos nacionales y regionales. En pocas palabras, en estos trabajos se observa un desplazamiento de la preocupación por la obligación legal hacia la confianza en, y el funcionamiento de las instituciones como veremos enseguida.

Los capítulos “Cultura de la legalidad y desigualdad social. Consideraciones sobre el caso español” y “Cultura de la legalidad y confianza política en España” de María Luz Morán y Francisco Llera respectivamente. Adscriben a una definición de cultura de la legalidad que la asimila al concepto de cultura política y fundamentalmente al de la confianza en las instituciones legales y políticas.

El trabajo de Morán muestra como en España las diferencias socioeconómicas, fundamentalmente en educación y nivel de ingresos están asociadas a diferencias en las actitudes respecto de la legalidad (confianza en la imparcialidad de la ley, en las instituciones judiciales etc.) de manera más contundente que otras distinciones. Un aspecto interesante de este trabajo, si bien no lo realiza en el texto que forma parte del volumen, es un llamado a incorporar el giro cultural en los estudios sobre cultura de la legalidad y tomar en cuenta la perspectiva de los actores a través de estudios cualitativos de corte etnográfico que nos permitan identificar las diferentes culturas de la legalidad que conviven en una sociedad determinada.

El trabajo de Llera, por su parte, deriva los niveles de cultura de la legalidad de los de la confianza específica en las instituciones públicas. En el mismo realiza un análisis de la manera en que la confianza ciudadana en las instituciones públicas españolas, incluidas las de justicia, ha sufrido un deterioro notable como producto de la crisis que vive el país. En esta vía de razonamiento se observa por ejemplo como un elemento negativo en términos de confianza institucional que las personas prefieran resolver sus conflictos por fuera del sistema de justicia. Estas conclusiones, sin embargo, deben tomarse con reserva y poder contrastarse con estudios que analicen con mayor profundidad las representaciones sociales sobre la ley, lo que nos lleva a realizar una observación crítica de la asimilación del estudio de la cultura de la legalidad con el de confianza institucional en la medida en que se pierde la especificidad del comportamiento ciudadano vinculado derecho y las instituciones legales el que debería recuperarse en futuros estudios empíricos.

Por su parte los capítulos sobre América Latina cambian el foco de atención de la confianza en las instituciones al funcionamiento de las mismas. Los capítulos de Santiago Basabe-Serrano y Mariana Llanos son excelentes ejemplos de esta preocupación. El trabajo de Basabe-Serrano es elocuente al respecto y propone, desde una perspectiva neoinstitucionalista racional, analizar la fuerza del funcionamiento de las instituciones informales que forman parte del marco institucional en la interacción legislativo–ejecutivo y ejecutivo– judicial en Ecuador. El centro de su interés es comprender el funcionamiento de las instituciones informales a las que define por su capacidad para establecer sanciones al incumplimiento de las reglas que las componen. Es así como Basabe-Serrano en su propuesta deja de lado la discusión sobre la cultura para desplazarla hacia las instituciones en su expresión no formal como otra cara del estudio de la obligación legal a nivel de élites.

Por su parte Mariana Llanos en el capítulo “Acción estratégica y cultura de la informalidad: la reforma judicial en Argentina” vuelve al análisis de la dimensión informal de la relación entre el poder ejecutivo y judicial, en este caso en Argentina. La autora analiza el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia Argentina de cara a la reforma judicial impulsada por el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner en 2013 y, concluye, que el máximo tribunal actuó estratégicamente frente a un caso de ataque a la independencia judicial pero haciendo uso de vías informales de comunicación antes que de vía formales. Si bien el trabajo pone en evidencia la importancia de trabajar en la textura del comportamiento judicial, la conclusión final parece inclinarse hacia una crítica de las relaciones informales, propuesta que puede derivar en la valoración de un excesivo formalismo en las relaciones entre ejecutivo y judicial que anule la posibilidad de resolución de conflictos a través del diálogo sin por ello ver mermada la independencia judicial. Probablemente una combinación entre la agenda presentada por Basabe-Serrano y la presentada por Llanos permitiría comprender de manera más integral y realista las relaciones entre los poderes.

El capítulo “Pluralismo jurídico y cultura de la interlegalidad. El caso del derecho indígena en México” a cargo de Anna Margherita Russo, en línea con el funcionamiento de las instituciones, se pregunta si el reconocimiento del pluralismo jurídico lleva aparejado el desarrollo de una cultura de la interlegalidad como pluralismo agonístico, para lo cual analiza el caso mexicano. El capítulo es elocuente en visibilizar la manera en que el pluralismo jurídico puede impactar la concepción de legalidad, y los diálogos y conflictos que este genera. Aquí cultura de la legalidad se asimila con la idea de cultura jurídica para resaltar la convivencia entre concepciones y formas de producción del derecho diversas. En el análisis del caso adquiere centralidad la pregunta por la apertura o cierre del Estado Mexicano para atender a estos procesos en la medida en que los reconoce normativamente pero los obtura institucionalmente.

Como se planteó al inicio, este volumen representa dos aportes fundamentales. Por una parte es una referencia para reflexionar sobre los alcances y límites de la cultura de la legalidad, por otra parte opera como

estado de la cuestión de un proyecto intelectual y probablemente es aquí adónde encontremos las principales fortalezas del libro.

Como proyecto intelectual, *Cultura de la legalidad* entraña una distinción entre movimiento y programa académico. Como programa académico esta obra expresa un desplazamiento de la preocupación por la obligación legal hacia la confianza y el funcionamiento institucional. Este desplazamiento tiene como ventaja que amplía el campo de trabajo y como debilidad que lo diluye en otros campos más consolidados como los estudios de calidad democrática, confianza institucional, funcionamiento institucional o cultura política.

Llegados a este punto parece relevante preguntarse por los próximos pasos de este proyecto intelectual. Un primer cuestionamiento es si éste debe seguir teniendo a la cultura de la legalidad como centro cuando la misma parece haberse diluido en otros campos de estudio que generan consensos intelectuales más amplios. En caso de que la respuesta sea que la cultura de la legalidad debe mantener esta centralidad parece evidente que es necesario pasar a una segunda generación de estudios sobre el tema. Para que esto sea posible e implique aportes originales a esta área de interés, entonces deben tomarse en cuenta seriamente las necesidades de desarrollar fuentes de datos específicas centradas en el relevamiento de las representaciones sociales ante la ley y el derecho de ciudadanos y de élites.



Recensión

Modelos de democracia en España 1931 y 1978,
Rafael Escudero Alday,
(2013), Península, Madrid, 335 pp.

Sebastián Martín
Universidad de Sevilla
sebasmartin@us.es

Hace poco más de tres años, las calles y plazas de España se abarrotaron de ciudadanos que clamaban por una “democracia real ¡ya!”. Aunque en un comienzo la crisis desencadenada en 2008 parecía un acontecimiento lejano, del que nos encontrábamos a salvo gracias al “sistema bancario más sólido del mundo”, el giro que sobre sí mismo hubo de dar el entonces presidente del Gobierno, en mayo de 2010, nos mostró la cruda evidencia de nuestra vulnerabilidad. Ante la iniquidad en el reparto de las cargas, y en vísperas de unas elecciones municipales, una desarticulada sociedad civil, a través de iniciativas individuales y de las redes sociales, logró organizarse para contestar masivamente, no unas políticas concretas, sino la degradación completa de un régimen político.

De pronto, muchos supieron que el rey estaba desnudo. Es uno de los valores positivos que entrañan las crisis: descubren la distribución efectiva del poder, pero también el modo en que se ejerce. Y en la nuestra, irrumpió una percepción muy extendida, cuando no generalizada, de la inanidad del principio de la soberanía popular, del sesgo oligárquico de las decisiones políticas y de la colonización de las administraciones públicas, y de sus recursos, por parte de círculos corporativos y partidarios, con sus respectivas y cruzadas clientelas.

Lo verdaderamente singular de este repentino desencantamiento es que tuvo efectos retroactivos. Ciertamente es que desde el comienzo de nuestro régimen constitucional se han formulado duras críticas contra el proceso de la Transición. Tampoco debe olvidarse que algunos llevaban tiempo señalando la existencia de una “constitución tácita” (Capela, 2003), de carácter material, consentida y cristalizada entre 1975 y 1982, que por contenidos, hábitos y prácticas contradecía, en esencia, lo más exigente y avanzado de la normatividad constitucional. Pero resultaban voces arrinconadas, apenas sin presencia en los medios, en los que había preponderado hasta el momento una “cultura de Transición”, que ensalzaba

nuestra “pacífica” y “consensuada” recuperación de la democracia y presentaba con las mejores galas nuestro sistema político.

Este universo de representaciones había penetrado en todos los ámbitos de la cultura, desde el periodismo y el arte hasta la historiografía y el derecho. En este último caso, ha dispuesto de manuales y auditorios para transmitir una acrítica concepción de nuestro Estado como modelo asimilado a las “democracias avanzadas”, como un “Estado de derecho” de igual naturaleza que los nacidos de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, caracterizado también él por la democracia, el pluralismo, la garantía eficaz de los derechos y libertades, el goce universal de servicios y prestaciones y por la supremacía de los principios constitucionales sobre cualquier otra expresión normativa del poder político. Y no es que tales elementos no definieran en absoluto nuestro Estado, pero se hallaban en abierta tensión con prácticas institucionales y hábitos mentales demasiado arraigados, por no haber nacido el sistema del 78 de un acto de ruptura, y también, y esto es lo decisivo, con otros factores constitutivos de la fisiología de nuestro régimen, como el bipartidismo, el rechazo a la participación directa de la ciudadanía, la falta de garantía efectiva de los derechos sociales, la concentración de poder en el ejecutivo o la vulnerabilidad de las instituciones o de la propia Constitución provocada por estas reglas del juego.

Desde 2011 hasta el día de hoy, esta visión hegemónica de nuestra realidad jurídico-política no ha dejado de perder adeptos y descomponerse, a causa de su falta de correspondencia con los hechos y también de una sucesión generacional, en la que el replazo aprecia ante sus propios ojos cómo la ordenación de su vida con arreglo a los criterios normativos que le habían transmitido como válidos le conduce, en el mejor de los casos, al exilio o la precariedad. El punto es que la devastación provocada por la crisis, el consiguiente levantamiento del velo y el descrédito ulterior de la percepción hasta el momento dominante han espoleado la búsqueda de otros marcos narrativos que expliquen mejor la situación que padecemos, sus raíces inmediatas y sus causas más visibles. En los últimos años, hemos comprobado así cómo los anaqueles de historiografía española han ido engrosando con buenos títulos sobre la Transición, como los de Ferrán Gallego (2008), Bartolomé Clavero (2014) o Giulia Quaggio (2014), en los que se examinan circunstancias históricas, decisiones jurídicas o dispositivos político-culturales que contribuyen a resituar, y desmitificar, aquel periodo.

Tal es la coyuntura que explica también la aparición del libro aquí reseñado. Su autor, especialista en la dimensión jurídica de la memoria histórica (Escudero y Pallín, 2008; Escudero, 2009; Escudero 2014), ya se había aproximado, por imperativo del asunto tratado, a este momento decisivo de nuestra historia, en el que se prefirió fundar la convivencia política sobre el olvido y la injusticia. Bien consciente de aquella capital insuficiencia originaria, ahora, en *Modelos de democracia en España*, Rafael Escudero desgrana con detalle, no la historia política de la Transición, sino los rasgos fundamentales del sistema político instituido en sus comienzos, identificando con eficacia los lastres que arrastramos desde entonces, y que las circunstancias económicas y políticas han conspirado hasta colocarlos por encima de los elementos virtuosos que también le pertenecen.

Ya la mera perspectiva resultaba hace pocos años casi impensable en un libro de tirada mayor. Juega un papel decisivo, sin duda, la inscripción del autor en la primera generación postransición, que despertó a la vida política justo cuando el proceso concluía con la abrumadora victoria socialista. Por eso no aparecen en sus páginas las inevitables y comprensibles querencias generacionales a un texto constitucional que representa, nada menos, que la superación de una brutal dictadura y la anhelada conquista de la democracia. La edad, en este caso, marca distancias y determina críticas, acaso más difícilmente asumibles para quienes vivieron, incluso desde la lucha antifranquista, aquel logro histórico.

En cualquier caso, esta monografía no es un texto crítico sobre la Transición o la Constitución vigente. Lo que la distingue es el contraste realizado en ella entre el modelo de Estado fundado en 1978 y el constituido en 1931, para que, en la comparación, queden cabalmente comprendidos uno y otro. Así, *Modelos de democracia*, que también podría titularse *Modelos de Estado en España*, contribuye al mejor conocimiento del Estado de la Segunda República, menos estudiado de lo que parece¹, pero, sobre todo, ayuda a detectar con tino los gravámenes originarios del régimen actual, al examinarlo a la luz de su precedente republicano, considerado aquí en toda su ejemplaridad, aun sin descuidar por ello la censura a sus aspectos reprochables.

La comparación que Rafael Escudero lleva a cabo se distancia así de la interpretación que había resaltado la notoria continuidad entre ambas constituciones, la de 1931 y la de 1978, a excepción, claro está, de su dispar regulación de la jefatura del Estado². Por sus propios postulados, se enfrenta, además, a la extendida propensión entre constitucionalistas a “ignorar la experiencia de 1931”, o a estigmatizarla como “un contraejemplo a prevenir”³. Los resultados que arroja el contraste se distinguen también del relato habitual porque, a diferencia de éste, adherido por completo al modelo del 78, parte el autor de una preferencia por las potencialidades de la Constitución de 1931, honestamente reconocida desde el comienzo (p. 20), y que en nada daña el rigor analítico de su exposición. Pues precisamente del descenso al detalle regulativo, y de la presentación sistemática de los elementos básicos de uno y otro Estado, realizada además sin las precomprensiones características de la doctrina constitucional convencional, es de donde procede el realce de las diferencias, más que el destacado de

¹ En efecto, abundan las historias socio-políticas del periodo –v. gr. (Íñigo, 2010). (Gil, 2002), pero aún está por escribir una historia completa del Estado español en los años 1930.

² “La continuidad entre las Constituciones de 1978 y de 1931 es manifiesta [...] Las similitudes [...] son, pues, muy importantes. Mucho más en cualquier caso que sus diferencias”, (Varela Suanzes-Carpegna, 2004: 19-38, citas en 34 y 36). No obstante, el mismo autor subraya en otro texto algunas de las más notorias diferencias entre ambas constituciones, como las referidas a la cuestión religiosa o a la propia concepción del principio democrático, contrapesado en el 1978 por el valor del “pluralismo”, a diferencia, a juicio del autor, del mantenido por los constituyentes “de 1931, inspirados por ideologías holistas, como el jacobinismo o el marxismo”, véase: Varela Suanzes-Carpegna (2006: 23 y 52, referencias de 46-47). A día de hoy, no puede dejar de llamar la atención que se identifique el régimen actual por su “respeto de las minorías”, convenientemente apartadas por la apuesta bipartidista, y el sistema de 1931 por no fundarse en el “pluralismo”, cuando se menciona precisamente su “atomización” partidaria como tara (p. 37).

³ Señala la tendencia Clavero (2014: 1013).

las similitudes, que también las hay, y decisivas, entre una y otra norma constitucional.

La comparación atraviesa todos los extremos dignos de atención: el principio democrático, la jefatura del Estado, la organización de los poderes públicos, la protección jurisdiccional de la Constitución, la distribución territorial del poder, los cauces de participación ciudadana, los derechos individuales y sociales o las relaciones Iglesia-Estado. En todos los tópicos citados, el autor describe, mostrando competencias que van más allá de su estricta especialización filosófico-jurídica, los aspectos de la regulación constitucional y del desarrollo y aplicación legislativos más relevantes, suministrando con ello, como se ha indicado, una reconstrucción cabal de ambos sistemas políticos.

Especial valor tiene la que atiende a la Segunda República, entendida correctamente “como el conjunto de valores que estuvieron detrás de su entramado jurídico” (p. 35)⁴. Debe encomiarse la restauración de la imagen del Estado republicano, secuestrada por el tergiversado estereotipo que acuñaron en los años 1930 las derechas antirrepublicanas y que, dictadura, incultura, propaganda y pasados que no pasan mediante, ha logrado renacer con fuerza en la actualidad. Así, lejos de incurrirse en la simplificación habitual de representar la Constitución de 1931 como norma sectaria y excluyente, se la describe como expresión nítida de la correlación de fuerzas existente, al tiempo que como integradora e incluyente, debido al aumento de la participación política, al reconocimiento de nuevos sujetos y a la consagración de la igualdad que sancionó. Desmintiendo la idea de un Estado ateo, perseguidor de los ciudadanos católicos, se subraya la constitucionalización de la libertad de conciencia y la tipificación, en normas punitivas extraordinarias, de los atentados contra eclesiásticos y templos religiosos. Enfrentándose a la habitual acusación de utopismo o de comunista, se recuerda que aquella constitución “contenía lo máximo a lo que se podía llegar por la vía del reformismo en la España de la época en términos de políticas sociales y avances democráticos” (p. 15). Y contestando a la muy difundida lectura que la convierte en un régimen alentador de los separatismos, aclara cómo lo distintivo del llamado *Estado integral* fue precisamente preservar “la soberanía del Estado” (p. 203) frente a las tendencias centrífugas o incluso federalistas. Puntos todos obvios para cualquier ciudadano con algo de cultura historiográfica, pero, por desgracia, oscurecidos por el relato triunfante, de ahí el valor de la restitución reparadora procurada por *Modelos de democracia*.

De las partes dedicadas a la República, son numerosos los aspectos que, por contraintuitivos y antidogmáticos, llaman la atención del lector. No me voy a detener en todos ellos, ni quiero tampoco anticipar contenidos con un resumen exhaustivo, pero permítaseme al menos destacar tres, porque en ellos se manifiesta con transparencia la diversidad de modelos de Estado entre Segunda República y Segunda Restauración.

⁴ Pese a constituir una falacia notoria, la mistificación habitual suele imputar al Estado republicano todo lo que aconteció de malo en la sociedad española durante el periodo de la Segunda República. Es algo sobre lo que vengo llamando la atención desde hace ya tiempo, véase, por ejemplo, Martín (2009b).



En primer lugar, se indica de forma meridiana que la Constitución de 1931 quiso ser un acto de ruptura neta con el pasado. Ciertamente es, y bien queda señalado, que con ingenuidad se fió el alcance de esa ruptura a las bondades del reformismo, guiado por un derecho racional, presidido a su vez por la propia norma fundamental. Pero la vocación rupturista se registra. Esto, que parece una obviedad, discute toda la narrativa constitucional y politológica al uso, que escribe la historia del Estado de derecho como una ascensión progresiva, iniciada en las revoluciones liberales, interrumpida por los fascismos y retomada tras la Segunda Guerra en Europa o tras las dictaduras en Portugal y España. No hay tal historia teleológica. Las repúblicas democráticas y sociales de entreguerras, entre las que se encuadra la segunda española, quisieron fundar un orden nuevo en contraposición al “liberalismo decimonónico”. No existe, pues, dicha continuidad ascensional. Es más, de los sectores más conservadores del Estado liberal del siglo XIX y de sus sucesores directos es de donde surge la matriz de los totalitarismos, algo que permite apreciar inconfesables continuidades (Martín, 2009a) y comprender bochornosas conversiones en el trágico tránsito de la democracia a la dictadura. En nuestro caso particular, no es casual, de hecho, que los juristas que más intenso apoyo prestaron a la dictadura desde su arranque reprochasen a la República, antes y justo después de la guerra, no ser un “Estado de derecho liberal”, por no tener como cometido sustancial la protección de la propiedad privada y las libertades individuales clásicas (Martín, 2014)⁵.

En lo referido estrictamente a la institucionalización de la democracia, el libro deja buena constancia del consecuente desarrollo que obtuvo en 1931 el principio de la soberanía popular. Se otorgó una posición central al Parlamento, como sede que expresaba por delegación la soberanía del pueblo y en la que, en virtud del principio de representación proporcional, tenían cabida la mayor parte de las corrientes políticas existentes en el país. Pero, para evitar, a su vez, toda posible desconexión entre representantes y representados, se consagraron figuras de democracia directa, como el referéndum derogatorio, después recogido por la Constitución italiana de 1948, o la iniciativa legislativa popular, que, con sus exigencias moderadas de suscripción y su carácter vinculante, abrían vías de participación ciudadana más allá de los cauces parlamentarios y de partido.

Como consecuencia de la vis atractiva del principio de soberanía popular, vista la exigencia republicanista de comprometer a la ciudadanía en la defensa de la Constitución y por la coherente convicción de que la tarea encomendada a la jurisdicción constitucional, instituida entonces en el Tribunal de Garantías Constitucionales, era de naturaleza eminentemente política, se concibió esta Corte como una suerte de legislador negativo que debía contar con una composición fundamentalmente política, que registrase las tendencias existentes en los diferentes territorios de España, en las corporaciones jurídicas y en el propio Parlamento. Contradiciendo, pues, un lugar común del constitucionalismo, según el cual dicha composición política estuvo en el origen del sesgo clamoroso que el Tribunal de Garantías mostró

⁵ Caso bien llamativo es, por ejemplo, el de Luis Legaz Lacambra.

en ciertas ocasiones, el autor revaloriza la decisión de los constituyentes de 1931, señala la plena coherencia entre la institución y “la filosofía republicana” (p. 178) y la contrasta con la deriva que ha tomado nuestro actual Tribunal Constitucional⁶.

Estos tres extremos, entre otros muchos, sirven a Rafael Escudero para identificar con claridad los rasgos fundamentales del Estado republicano, pero también para compararlo con el fundado en 1978, subrayando las respectivas diferencias, en un acto, nuevamente, de respuesta a las convenciones vigentes entre doctrina jurídica y periodismo político.

No es solo que el proceso de cambio vivido en los 1970 fuese constituyente solo a medias, al encontrarse con instituciones preconstituidas e intangibles que, con la lógica del chantaje, habían de aceptarse como condición indispensable para el salto a la democracia. La cuestión es que, a nivel institucional y cultural, no se rompió con el pasado dictatorial, al que se franqueó la entrada al nuevo tiempo democrático y del que se blanquearon sus crímenes con las disposiciones de punto final contenidas en la ley de amnistía. El solo intento acometido en 1931 de depurar las responsabilidades contraídas por la dictadura de Primo de Rivera contrasta sensiblemente con esta dinámica de olvido y punto final que presidió la Transición. El autor se encarga de señalarlo. Como también indica la consiguiente disparidad en lo que hace a pretensión transformadora de una y otra Constitución, bastante más profunda y estructural en el caso de la República, pese a la inflexión considerable que entrañó la actual Restauración. Un cambio de rumbo que no podía llegar a constituir una cesura porque, junto a la injusticia sin reparación, la persistencia de efectivos franquistas en las instituciones, de arraigados hábitos sociales y económicos, del predominio eclesiástico católico y de prácticas oligárquicas en la toma de decisiones no podían sino limitar severamente el alcance de los preceptos más transformadores de la Constitución del 78⁷.

Y así, además, no lo son todos. Menos aún de los que, todavía bajo el encantamiento constitucional, creíamos que existían, y que, al acudir de nuevo a su articulado, ya con otra mirada, vemos que se han difuminado. Permítanme hacer un inciso para explicarme mejor. Durante mis años de estudiante y aún de doctorado, asimilé y reproduje el léxico garantista del Estado constitucional, atribuyéndoselo sin mayor crítica al vigente entre nosotros. Si existían desviaciones eran de aplicación, no de previsión constitucional. Mi ingenuidad recorría todos los extremos, desde la creencia sincera en la normatividad de los principios rectores hasta la celebración de la aconfesionalidad del Estado. Que la primera se ha revelado inerte ante las embestidas del mercado es un hecho contrastable. Que la regulación del segundo asunto –no la práctica efectiva– deja mucho que desear ha sido

⁶ Subraya asimismo el acierto de este parecer opuesto al lugar común, con revisión esclarecedora de textos clásicos en la materia, Clavero (2014), “Desapego de República y cortocircuito de derechos”, cit., pp. 1029-32,

⁷ A cuenta de esta cuestión de la pervivencia del franquismo en democracia, resulta sumamente esclarecedor, por definir con justeza el término y ponderar correctamente la continuidad, el artículo de Sotelo (2013), “A qué llamamos franquismo”, *El País*, 30-XI.

algo que no me ha resultado evidente hasta que, hace poco, para responder a una consulta periodística, releí la regulación constitucional sobre el particular. Tropecé entonces con la literalidad del art. 16, cuando, para legitimar el mejor trato a la confesión católica, se aduce como pretexto la obligación para los poderes públicos de “tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española”. A algunos todavía resultará una redacción de lo más inocente. A mí me pareció una aberración, por tratar de la “sociedad española” como si fuese un sujeto unitario con creencias homogéneas, acendradas e inamovibles, y, sobre todo, por descuidar el hecho de que esas creencias seguramente mayoritarias entonces no eran el fruto de una adquisición espontánea, libre y deliberada, sino el resultado impositivo de una guerra que tuvo entre sus propósitos principales –de ahí la pronta adhesión eclesiástica– la recatolización de un país que caminaba velozmente por la senda de la secularización.

Pues bien, con este grado de sutileza casi imperceptible entraba el franquismo, los resultados de su aculturación, en el texto constitucional. Es solo un caso. Hay otros, muy fundamentales, que siguen revelando lastre. Por ejemplo, el relativo a la institucionalización de la democracia, plagada de frenos y contrapesos, como bien explica, de forma extendida, nuestra monografía. En efecto, en la recuperación de la democracia se aprecia la huella de la concepción conservadora, manifestada por Miguel Herrero de Miñón, cuando, al inaugurar el debate en la Comisión Constitucional y de Libertades Públicas, aseveraba, parafraseando a Ortega, que “el Estado democrático es, a nuestro juicio, el Estado del pueblo y no el pueblo sin el Estado”, razón que llevaba a UCD a oponerse “a los intentos de la llamada profundización de la democracia, capaz de disolver al Estado mismo, porque la democracia estatal válida es la democracia representativa”.

Tal fue, en efecto, el parecer triunfante, aunque el consenso y la transacción diesen lugar a un articulado híbrido, incapaz de ocultar, de todos modos, cuál era la dimensión prevaleciente. El propio art. 1.2 es muestra de ello, pues intenta casar, como si fueran idénticas y no potencialmente contradictorias, la “soberanía nacional”, más propia de democracias representativas en las que lo central es la institucionalización de la nación de acuerdo con sus presuntos atributos culturales, y la “soberanía popular”, típica de democracias donde la decisión de las mayorías es el principal factor constitutivo de la estructura política. Así, como hábilmente señala Rafael Escudero, resulta poco menos que aporético conciliar ese conato de soberanía popular del art. 1.2 con la fundamentación de la propia Constitución en “la indisoluble unidad de la Nación española” realizada en el art. 2, ya que si aquélla, la soberanía popular, hubiese regido de veras, ésta, la unidad monolítica de la nación, tendría que haber sido “el resultado de la decisión de la soberanía popular, no la condición necesaria para que esta pueda ejercerse” (p. 71).

El desarrollo constitucional del principio democrático tenía que ser consecuente con estos postulados. De unas Cortes numerosas, unicamerales, con vocación de dar cabida al máximo de sensibilidades y erigidas como centro de la vida política se pasó a unas Cortes de pocos escaños, bicamerales, de condición subalterna respecto del ejecutivo y con

vocación de dar protagonismo a las grandes formaciones de centro. Las exigencias de la democracia popular cedieron a las de la “governabilidad”. Como señala el autor, junto a las circunstancias de política interior, en los años 1970 resultaba también determinante el contexto exterior, político y cultural, marcado por el reflujo de las ideas democráticas y sociales de la segunda posguerra, sustituidas progresivamente por la ideología neoliberal y su particular repugnancia a los excesos de participación popular. Y esto había de notarse igualmente en el dispar trato dispensado a los mecanismos de democracia directa, generosos en el 1931, cicateros, nada vinculantes y en manos de la discrecionalidad gubernamental, salvo para lo que toca reforma constitucional, en 1978. El resultado, pues, no podía ser otro que esa “democracia de baja intensidad” de la que viene hablando desde hace años Gerardo Pisarello, referida también en nuestro libro.

Por último, en correspondencia con este segundo modelo, se encuentra un Tribunal Constitucional de composición eminentemente técnico-jurídica, diseñado así en la confianza de que, con la neutralidad que la técnica supuestamente confiere, y con la designación consensuada de sus magistrados, se liberaría de la nociva pugna política. ¿Se ha visto confirmada la intención? Ya el interés mostrado por los grandes partidos en “colocar peones en su interior” (p. 187), recurriendo a toda clase de bloqueos y tácticas que han ido deteriorando la institución, muestra que no. Pero es que el error, más que deberse a una actitud irresponsable de nuestra dirigencia, quizá haya radicado, como bien se argumenta en el libro, en una ilusoria disociación entre las esferas técnico-jurídica y política, muy propia del modelo de democracia recortada auspiciado por la Constitución, la cual, de forma al final contraproducente, encomendó su propia defensa a colegios de expertos mejor que a la propia ciudadanía.

El descrédito de la jurisdicción constitucional es uno de los aspectos más patentes de la descomposición del sistema político diseñado en 1978. Pero hay muchos más. La monografía da cumplida cuenta de ellos, mostrando hasta qué punto la decadencia actual del modelo no se ha debido en exclusiva, como muchos hemos sostenido en algún momento, a factores exógenos, también concurrentes, sino también, y fundamentalmente, a factores consustanciales al proceso de Transición y a la Constitución vigente, que han terminado alimentando la cultura de impunidad, corrupción, desprecio por lo público o desafección política tan a la vista a día de hoy.

En este marco expositivo, dirigido a señalar las carencias originarias del texto constitucional y su previsible degeneración ulterior, el libro da cabida a cuestiones de variada índole, que van desde la historia política de la Transición hasta la reciente reforma del art. 135 de la Constitución, desde el debate sobre la memoria histórica, abordada como tema de metodología historiográfica y como asunto de derechos humanos, hasta las últimas tendencias en producción normativa, amparadas bajo el vocablo mágico de la “governanza” y que, con retórica democrática, han privatizado el ejercicio del poder público. Asuntos, todos, que, de un modo u otro, iluminan las causas de nuestra actual crisis política.



Estas cuestiones, además, hacen ver al lector que no se encuentra solo ante un libro de historia, sino, sobre todo, ante un texto profundamente marcado por el presente. Atravesado por él en varios sentidos. Consigna con claridad cuáles son las tendencias que explican la insuficiencia del marco constitucional vigente y su progresiva descomposición. Ahora bien, tan acelerado se ha vuelto el ritmo histórico, tan desbocada es la velocidad de esas tendencias, que incluso lo que el autor daba por seguro hace tan solo un año ha comenzado a tambalearse. Así, ya no existe ni tanto pacto de silencio en torno al monarca (p. 43), ni tanta popularidad de la propia monarquía (p. 122), ni siquiera el mismo rey que hace un año. Tampoco cabe afirmar que “la unidad de la patria está garantizada” para tranquilidad de “los guardianes de las esencias del nacionalismo español” (p. 208), ni, sobre todo, que el “bipartidismo goza de buena salud” (p. 307). Podría sostenerse así que las tendencias críticas registradas con acierto por el autor han llegado más allá de lo que él mismo suponía hace bien poco.

Modelos de democracia se relaciona con el presente todavía en otro sentido, cuya mención es esencial. Ya sabemos que constata la “degradación democrática” que “ha alcanzado nuestro sistema político”, “bajo el acuerdo de los dos grandes partidos” y la contribución legitimadora, entre otros, de los que con perspicacia llama “los juristas del reino” (p. 230). Pero no se limita a describir la situación presente. Aspira asimismo a intervenir en ella, por eso advierte que “el sentido con el que han de leerse [sus] páginas” es el de “encontrar ingredientes para la conformación de un proyecto político republicano” (p. 44), en el entendido de que se trata de algo más que un mero cambio en la jefatura del Estado y de algo que tampoco cabe asimilar a los principios del republicanismo cívico neokantiano, de corte individualista y liberal. Su convencimiento es que ante el proceso de vaciado constitucional que estamos viviendo no cabe ya invocar lo más garantista de la Constitución del 78, cuyas “indefiniciones” han permitido que lleguemos donde estamos (p. 302). Su apuesta implícita es la de dotarnos de un nuevo marco a través de un proceso constituyente. Un marco, y aquí está lo fundamental de ese republicanismo, que no se ciña a un entramado jurídico-formal de declaraciones y habilitaciones de competencia, sino que transporte y contagie una “cultura constitucional” (p. 181), esto es, “una cultura de defensa de su propio articulado” (p. 242), justo lo que ha faltado a la Constitución actual.

Bibliografía

- CAPELLA, J. R. (ed.) (2003), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid.
- CLAVERO, B. (2014), “Desapego de República y cortocircuito de derechos (A propósito de Rafael Escudero Alday, *Modelos de democracia en España*, Madrid, Península, 2014)”, en *Quaderni Fiorentini*, 43, pp. 1009-1048.
- CLAVERO, B. (2014), *España, 1978: la amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid.
- ESCUADERO ALDAY R., MARTÍN PALLÍN, J. A. (eds.) (2008), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid.

- ESCUDERO ALDAY, R. (2009), "La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica", en FERNÁNDEZ CREHUET, F., GARCÍA LÓPEZ, D. (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Comares, Granada.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2014), "Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain", en *Human Rights Quarterly*, 36, pp. 123-146.
- FERNÁNDEZ, I. (2010), *Breve historia de la Segunda República*, Nowtilus, Madrid.
- GALLEGO, F. (2008), *El mito de la Transición: la crisis del Franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Crítica, Barcelona.
- GIL PECHARROMÁN, J. (2002), *Historia de la Segunda República Española (1931-1936)*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- ÍÑIGO FERNÁNDEZ, I. (2010), *Breve historia de la Segunda República*, Nowtilus, Madrid.
- MARTÍN, S. (2009a), "Génesis y estructura del nuevo Estado (1933-1945)" en, FERNÁNDEZ CREHUET, F., GARCÍA LÓPEZ, D. (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Comares, Granada, pp. 79-135.
- MARTÍN, S. (2009b), "Sobre silencios históricos, semblanzas jurídicas y estrategias políticas. (A propósito de Francisco Sosa Wagner, *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Madrid, Marcial Pons, 2009)", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, Núm. 12, pp. 217-242.
- MARTÍN, S. (2014), "Los juristas en los orígenes de la dictadura", en MARTÍN, S., FERNÁNDEZ CREHUET-LÓPEZ, F. (eds.), *Los juristas y el régimen. Un acercamiento a través de las revistas jurídicas*, Comares, Granada.
- QUAGGIO, G. (2014), *La cultura en Transición: reconciliación y política cultural en España, 1976-1986*, Alianza, Madrid.
- SOTELO, I. (2013), "A qué llamamos franquismo", *El País*, 30 de noviembre.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2006), "El Estado en la España del siglo XX: concepto y estructura", *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 131, pp. 23-52.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2004), en "La Constitución de 1978 en la historia de España: continuidad y ruptura", *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, Núm. 15, pp. 19-38.