



EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.
Número 8. marzo, 2015 – agosto, 2015
ÍNDICE

Presentación

José María Sauca 1

Estudios

¿Qué es la ilustración? 3

Anthony Pagden

Democracia y ciudadanía 15

Eusebio Fernández García

¿Qué es (y qué no es) gobierno abierto? Una discusión *conceptual* 37

César Nicandro Cruz-Rubio

La intersexualidad en el discurso médico-jurídico 54

Daniel J. García López

Foro y ágora

A propósito de la acción del Consejo de Europa en el ámbito del deporte. Análisis del Convenio europeo sobre la manipulación de competiciones deportivas 71

Carmen Pérez González

El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia. Una aproximación constitucional 93

Gabriel Moreno González

El derecho a la salud y la reforma de los Derechos humanos en México 126

Magda Yadira Robles Garza

Voces de Cultura de la legalidad

Leo Zaibert: «La justificación de la pena» 146

Elena Larrauri: «Antecedentes penales» 153

Pietro Sferazza: «Desaparición Forzada» 160

Marta Sosa Navarro: «*Aut dedere aut iudicare*» 171

José Luis Pérez Triviño: «Dopaje» 183

Javier Dorado: «Justicia de Transición» 192

Rainer Nickel: «Interlegalidad» 205

Rafaela Ester Sayas: «Conflicto» 212

Natalina Stamile: «Razonabilidad (Principio de)» 222

Gilmer Alarcón: «Estado democrático de Derecho» 229

Releyendo a...

Turgot: *Carta al Doctor Richard Price sobre las Constituciones americanas (22 de marzo de 1778)* 242

Turgot sobre América: entre el escepticismo y la esperanza

Paloma de la Nuez

Rincón de lecturas

Debate: La sucesión a la corona (Marc Carrillo)

La sucesión a la corona 254

Bartolomé Clavero

La sucesión a la corona 263

María Asunción García Martínez

Abdicación del Rey en la Constitución de 1978: acto personal del monarca pero con la imprescindible concurrencia de nuestros representantes 269

Enrique Belda

Book fórum: Comentario a Sergio Ortiz Leroux, En defensa de la República. Lecciones de teoría política republicana (México, DF: Ediciones Coyoacán, 2104)

En defensa de la República. Lecciones de teoría política republicana, Sergio Ortiz Leroux, (México, DF: Ediciones Coyoacán, 2104) 272

<i>Andrés de Francisco</i>	
Del ciudadano virtuoso al liberal salvaje: un viaje de vuelta	276
<i>Alejandro Sahú</i>	
Respuesta a Andrés de Francisco y Alejandro Sahú	286
<i>Sergio Ortiz Leroux</i>	
Recensiones	
Isabel Wences, Mario Kölling y Sabrina Ragone (coords.) (2014), La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica	291
<i>Gabriel Moreno González</i>	
Georgios Varouxakis (2013), Liberty Abroad,	297
<i>Ricardo Cueva Fernández</i>	





Presentación

Octava entrega. Llegamos puntuales a la cita semestral de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* con sus lectores y lo hacemos con las veintiséis entradas que siguen a estas líneas introductorias, repartidas en las cinco secciones en que organizamos cada número.

La sección de *Estudios* cuenta con cuatro aportaciones que ofrecen una plástica ejemplificación de las aproximaciones interdisciplinares y pluridisciplinares concurrentes en la línea de trabajo que denominamos Cultura de la Legalidad. Se abre con la mirada retrospectiva y reconstructiva del ensayo de Anthony Pagden. El historiador de la UCLA, en una lectura que va de Condorcet a Lyotard, propone entender el tema clásico de *qué es la Ilustración* como un metarrelato cosmopolita. Esta perspectiva culturalista y universalista entronca con la aportación de Eusebio Fernández, en el segundo de los trabajos publicados, que se concreta sobre un aspecto central de la filosofía política actual evaluando la vinculación teórica entre democracia y vínculo ciudadano. El tercer trabajo viene de la mano de César Cruz-Rubio y da entrada a una aproximación politológica que versa sobre la delimitación conceptual de *gobierno abierto*. La sección se cierra con el trabajo de Daniel García sobre los déficits del tratamiento jurídico predominante de la intersexualidad, denotando la versatilidad temática del discurso de la cultura de la legalidad.

La sección de *Foro y Ágora* sigue perfilándose como un espacio para canalizar análisis y reflexiones sobre la actualidad política, legislativa y jurisprudencial relevante para los valores de la línea temática de la revista. Así, la lucha contra la corrupción y la defensa de derechos vuelven a ser los temas abordados. Carmen Pérez da cuenta del recientemente aprobado Convenio europeo contra el amaño de competiciones deportivas. Gabriel Moreno aporta una perspectiva fundamental, pero escasamente desarrollada, sobre la reciente ley sobre la transferencia española: su perspectiva constitucional. Por su parte, Yadira Robles estudia la relevancia de la reforma constitucional mexicana de 2011 sobre el derecho a la salud.

La sección de *Voces en Cultura de la Legalidad* suma una nueva entrega de diez voces que se reparten a partes iguales entre perspectivas sancionatorias y prevalentemente teóricas. Entre las primeras, se encuentran la de *justificación de la pena; antecedentes penales; desapariciones forzadas; aut dedere aut iudicare* y *dopaje* y corren a cargo, respectivamente, de los profesores Zaibert; Larrauri; Sferrazza; Sosa y Pérez Triviño. Entre las segundas, se publican *justicia de transición; interlegalidad; conflicto; principio de racionalidad* y *Estado democrático de Derecho*. Su autoría, en el mismo orden, se corresponde a los profesores Dorado; Nickel; Sayas; Stamile y Alarcón. Resulta especialmente gratificante poder significar la plural proveniencia de los autores: además de los españoles, los hay de universidades de Italia, Alemania, Estados Unidos, Perú y Colombia.

La sección de *Releyendo a...* recoge la aportación de Paloma de la Nuez que ha traducido la carta fechada en 1778 de Turgot al Dr. Price en la que trata de las entonces recientes constituciones de las colonias americanas y critica la política británica en relación con su independencia. La profesora de la Nuez incorpora un estudio introductorio en que contextualiza las circunstancias de este texto que fue escrito ya por *un ministro caído en desgracia*.

Finalmente, la sección del *Rincón de Lecturas* recoge las tres subsecciones que vienen desarrollándose desde tres números atrás. El *Debatiendo* aborda el análisis de la *Ley de Sucesión de la Corona* a partir de la propuesta elaborada por parte del profesor Marc Carrillo y publicada en la anterior entrega de la revista. Intervienen en la misma los profesores Bartolomé Clavero, María Asunción García y Enrique Belda; tres especialistas en la materia que ofrecen al lector perspectivas claramente diferenciadas sobre la cuestión. El *book fórum* se dedica a la reciente monografía del profesor mexicano Sergio Ortiz Leroux sobre el republicanismo. Intervienen en el mismo los profesores Andrés de Francisco y Alejandro Sahuí y cuyas críticas y comentarios son objeto de contestación por el propio profesor Ortiz. Finalmente, la subsección de *Recensiones* recoge los comentarios de Gabriel Moreno sobre el libro editado por Isabel Wences y otros en torno a la reciente ley de transparencia española y de Ricardo Cueva sobre el trabajo de Georgios Vaurouxakis en relación con el pensamiento de Mill en materia de relaciones internacionales.

En definitiva, presentamos al lector una nueva entrega de *Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad que pretende mantener el equilibrio entre aproximaciones dogmáticas y filosóficas sobre el Derecho, sin desestimar la relevancia de las dimensiones politológicas y sociológicas de su análisis. Obviamente, la responsabilidad por el contenido de cada una de las aportaciones corresponde al autor, si bien se ha intentado mantener el carácter plural de las tesis y opiniones sostenidas por cada uno de ellos y garantizar que se exponen con unos estándares de calidad elevada y contrastada mediante los procedimientos correspondientes. En la medida que estos objetivos hayan podido ser alcanzados, ello se ha sido posible, nuevamente, gracias al trabajo generoso y desinteresado de un importante número de profesionales y de académicos. Autor, evaluador, equipo de edición, consejo de redacción, consejo científico, así como editor, son denominaciones tras las 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





¿Qué es la Ilustración?

Anthony Pagden

Universidad de California en Los Ángeles

pagden@polisci.ucla.edu

Resumen

Pese a todo el cuestionamiento y toda la enorme industria histórica creada en torno a la Ilustración, estamos aún lejos de estar seguros de lo que todo esto significa: ¿Qué era exactamente esa “luz”? ¿Cuál era su fuente? ¿Estamos hablando de un proyecto filosófico o de un movimiento social —o de una combinación de ambos, o de ninguna de las dos cosas? ¿Tales términos —“ilustración”, “filosofía”, entre otros— significan lo mismo para todos en todas partes?

Palabras clave

Ilustración, Condorcet, filosofía, modernidad, razón.

What is Enlightenment?

Abstract

Yet for all the questioning, and for all the massive historical industry which has grown up around the Enlightenment, we are still far from certain what all this means. What exactly was that light? What was its source? Are we talking about a philosophical project or a social movement—or a combination of both, or neither? There is a somewhat different question: did these terms —“enlightenment” “philosophy” and so on— mean the same thing to everyone everywhere?

Keywords

Enlightenment, Condorcet, philosophy, modernity, reason.

En 1794, Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marqués de Condorcet, se escondía en casa de Madame Vernet, en una habitación diminuta situada en la calle Servadoni en París. Con la ayuda de la luz tamizada de una vela, para evitar revelar su paradero a las fuerzas de la Revolución Francesa que le cercaban, escribía un breve fragmento de lo que pretendía ser un trabajo más extenso, el *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*.

El *Bosquejo* es una historia universal de la humanidad dividida en diez “épocas”. Comienza en la prehistoria describiendo pequeñas hordas errantes cuya condición sólo podía ser inducida “examinando las facultades intelectuales o morales, y la constitución física del hombre”. Conduce enseguida al lector a través de las sucesivas etapas de la evolución social hasta el estado que en aquel momento tenían las “naciones ilustradas de Europa”. La época final se sitúa en el futuro donde “serían finalmente alcanzadas” todas las promesas de ese periodo al que Condorcet y sus contemporáneos se referían como el “siglo de la luz”, el “siglo de la filosofía”, y que hoy denominamos Ilustración.

Hoy nos hemos vuelto recelosos con el término “civilización” por el significado que se le dio durante los siglos XIX y XX. Para Condorcet, sin embargo, no era ese estado cultural y políticamente homogéneo que todos los pueblos estaban obligados a adoptar, sino lo que llamaba una “igual difusión de las Luces”, una condición en la cual toda la humanidad adquiriría

...las luces necesarias para conducirse según su propia razón en los asuntos ordinarios de la vida y para mantenerse exenta de prejuicios, para conocer bien sus derechos y para ejercerlos según su opinión y su conciencia; en la que todos podrían, mediante el desarrollo de sus facultades, obtener los medios seguros para proveer a sus necesidades.¹

Era evidente en 1794 que estas condiciones no existían, pero Condorcet garantizaba a sus lectores que el “progreso que las ciencias y la civilización” habían logrado era de tal magnitud que había “sólidos motivos para creer que la naturaleza no ha puesto término alguno a nuestras esperanzas”². Cuando ese día llegue: “el Sol amanecerá sobre un mundo de hombres libres que no reconocerán a más señor que a su razón; donde los tiranos o los esclavos, los sacerdotes y sus estúpidos o hipócritas instrumentos ya no existirán más que en la Historia y en los teatros.”³ Cuando ese día llegue, como se lo había planteado doce años antes a los miembros, sin duda escépticos, de la *Académie française*: “Veremos a la razón emerger victoriosa de esa lucha, tan prolongada y dolorosa, y finalmente seremos capaces de escribir: ¡La verdad ha triunfado, la raza humana está salvada!” Condorcet (1804: T. X : 101).

La visión acerca del futuro que tenía Condorcet, pese a ser cuestionada y ridiculizada, ha ejercido y sigue ejerciendo una poderosa influencia en la imaginación del mundo occidental. Es profundamente cosmopolita, aunque su autor no usaba esta expresión; y las condiciones que hacían posible el cosmopolitismo eran, como Immanuel Kant dejó claro, el único resultado inevitable del proceso de la Ilustración; en sus propias palabras, “la matriz” en la que el futuro de la raza humana se revela.

Esta afirmación, sin embargo, da pie a numerosos interrogantes, porque saber exactamente qué era la Ilustración había dado lugar a airadas y furiosas

¹ N. del T.: Este fragmento traducido por Antonio Torres del Moral aparece en Condorcet (2004: 158).

² N. del T.: *Ibid.* (2004: 159).

³ N. del T.: *Ibid.* (2004: 162).

discusiones incluso desde el siglo XVIII. Ningún otro movimiento intelectual o periodo histórico ha suscitado tantos desacuerdos, tanta intransigencia y tantas broncas. Los términos clave en casi todas las controversias modernas para definir y entender el significado de “humanidad” —tales como modernidad, postmodernismo, universalismo, imperialismo, multiculturalismo— remiten básicamente a algún tipo de interpretación de la Ilustración.

La disputa en torno a la identidad de la Ilustración fue también parte de la propia Ilustración. En diciembre de 1783, el *Berlinische Monatsschrift*, un periódico de amplia tirada y de tendencia generalmente progresista, publicó un artículo del teólogo y reformador de la educación Johann Friedrich Zöllner, en el que planteaba la conveniencia de los matrimonios estrictamente civiles —un tema reservado, que pudo pasar inadvertido como ocurre con tantos artículos en otros tantos diarios, y que probablemente no hubiera sido leído de no ser por una única nota a pie de página. ¿Qué es ilustración?, preguntaba allí Zöllner. “Esta pregunta, casi tan importante como qué es la verdad, debería ciertamente obtener respuesta antes de que a alguien se le ocurra comenzar a ilustrar. ¡Y hasta ahora jamás he encontrado contestación!” (Hinske, 1977: 60).

Fue quizás la nota a pie de página más significativa de la historia del pensamiento occidental —sin duda la más ampliamente debatida.

El propio Condorcet, que no vivía asaltado por la ansiedad intelectual que ha afligido a los historiadores modernos, la definía como una “disposición de los espíritus”. El gran filósofo judío Moses Mendelssohn la entendía como la parte teórica de la educación (siendo la cultura la parte “objetiva”). Para el que fue durante algún tiempo novicio jesuita y francmasón, Karl Leonhard Reinhold, era el proceso de “formar... hombres racionales a partir de hombres que son capaces de racionalidad”. El jurista prusiano Ernst Ferdinand Klein la identificaba, más bien prosaicamente, con la libertad de prensa (algo que parecía creer con nostalgia que el rey prusiano Federico el Grande había apoyado). Para Carl Friedrich Bahrdt, radical y teólogo, significaba el “derecho más sagrado, más importante y más inviolable del hombre” para “pensar por sí mismo”. En palabras de Hegel era “pura comprensión” que se filtra en la reflexión de los hombres como un “perfume” o —si se considera que este autor, en el mejor de los casos, dudaba de sus beneficios— una infección”.

Pese a todo el cuestionamiento y toda la enorme industria histórica creada en torno a la Ilustración, estamos aún lejos de estar seguros de lo que todo esto significa: ¿Qué era exactamente esta “luz”? ¿Cuál era su fuente? ¿Estamos hablando de un proyecto filosófico o de un movimiento social —o de una combinación de ambos, o de ninguna de las dos cosas? Después surgía una pregunta en cierto modo diferente: ¿Tales términos —“ilustración”, “filosofía”, entre otros— significan lo mismo para todos en todas partes? Algunos historiadores sostienen, al examinar el tema más en profundidad, que había muy poco en común entre los filósofos británicos o alemanes, los *philosophes* franceses, los historiadores italianos y los economistas políticos españoles, más allá de la aversión al fanatismo religioso y una cierta sociabilidad, lo que hace que no tenga mucho sentido hablar de *la* Ilustración. Como ha insistido el historiador J. G. A. Pocock, deberíamos renunciar por completo al artículo definido y hablar más bien de “Ilustraciones”.⁴

⁴ Estas distintas aproximaciones históricas han sido sintetizadas, y analizadas, por Edelstein (2010: 7-28).

No hay duda de que existían realmente diferencias muy importantes en casi todos los temas entre el pensamiento de los ilustrados franceses, de los ilustrados de los Estados de habla germana o de Gran Bretaña, sin mencionar a los de España, Portugal, Nápoles, Milán, Dinamarca e Irlanda. La influencia intelectual, moral y afectiva de tradiciones, instituciones, religiones y costumbres, incluso en los pensadores más independientes, variaba a todas luces a lo largo de Europa. Los filósofos, ensayistas, historiadores, novelistas, dramaturgos y poetas —es muy difícil encuadrar a la mayoría en alguna tipología— que por algún motivo constituían lo que en líneas generales se denominaba “la república de las letras”, formaban parte de un grupo muy heterogéneo. No se puede esperar que un colectivo de esa índole pudiera estar de acuerdo siempre en todo, hablar con la misma voz o inclusive compartir una posición intelectual común.

Tampoco puede definirse fácilmente la Ilustración como un movimiento único y coherente; en todo caso, no más que cualquier otro momento de cambio histórico. Como había sucedido con el Renacimiento, la Reforma, y la (muy cuestionada) Revolución científica que precedieron a la Ilustración, o con la Revolución industrial y las revoluciones democráticas y socialistas que la siguieron, el movimiento ilustrado era reacio a ser descrito de manera simple. Fue más que una revolución de las costumbres o un proyecto de reformas legales y políticas moderadas, como sostuvo el gran historiador italiano Franco Venturi; aunque manifiestamente fue también ambas cosas.⁵ Fue más que una cultura de salón o incluso lo que el filósofo alemán Jürgen Habermas popularizaría como “espacio público”. No fue solamente un nuevo tipo de industria bibliográfica ni un movimiento clandestino de atrevidos panfletistas anti-sistema. Todas estas cosas eran, a su manera, manifestaciones muy importantes de la cultura de la Europa del siglo XVIII; pero sostener que una de ellas o incluso la totalidad constituía *la* Ilustración supone vaciar el concepto de su contenido filosófico real; así resultaría difícil entender que el debate acerca de su identidad pueda ser para nosotros, sus herederos conscientes o reticentes, algo más que un mero debate de anticuarios. Es significativo que Zöllner no preguntara: “¿Qué es *la* Ilustración?”, ni siquiera “¿Qué es un ‘ilustrado’, un *Aufklärer*, o un filósofo, lo cual habría sido otra forma de plantear la misma pregunta. En lugar de ello preguntó “¿Qué es Ilustración?” No preguntaba por un estado mental, ni acerca de un periodo de la historia social o intelectual, ni tampoco acerca de los objetivos de una fraternidad intelectual. Preguntaba acerca del contenido de un proceso intelectual.

El uso moderno del término “*la* Ilustración” sugiere también un momento específico de aquel periodo —el “largo” siglo XVIII, como en ocasiones se le ha denominado— delimitado por los muy diferentes temas intelectuales que asociamos con el siglo XIX, y sobre todo con el Romanticismo. No es necesario señalar que los propios *Ilustrados* no lo veían así. Ellos se identificaban a sí mismos y a sus objetivos con el presente histórico, mientras que sus preocupaciones se centraban en el futuro histórico. Eran conscientes, no obstante, de estar viviendo en un siglo de “luz” o de “filosofía”. Pero también eran plenamente conscientes, como lo señalaría Kant de modo admirable, de que aunque vivían en “una época de Ilustración”, no era “aún una época ilustrada” (Kant, 1748: 8: 40). El propio Kant, de hecho, no tenía una muy alta opinión de la condición en la que se encontraba la humanidad en su época, ni siquiera de las sociedades europeas cultas y educadas.

Nos encontramos todavía, escribía hacia 1789,

⁵ Esta la tesis de fondo en la obra magna de Venturi (1969-1980).

en una minoría de edad civil. Somos juzgados por leyes que no somos capaces de conocer enteramente y por libros que no entendemos... Esto nos ha situado en una condición de minoría de edad tal que, si cesara toda coacción, seríamos incapaces de gobernarnos... No tenemos la facultad de juzgar por nosotros mismos. En vez de una conciencia natural tenemos una artificial y nos guiamos por el juicio de los instruidos; en lugar de costumbre y virtud tenemos mera observancia (Kant, 1789, 16: 898-899).

Sin embargo, aunque ese “nosotros” al que se refería Kant estaba aún lejos del verdadero auto-conocimiento y de la autonomía intelectual, hacía progresos de manera clara, pues la Ilustración, como la filosofía (y, a diferencia, significativamente de la teología), ha sido siempre un proceso abierto. Nadie, sin embargo, fuese ilustrado o ilustrada, era capaz de prever con exactitud lo que el futuro podía deparar. Pero todos asumían la existencia de un avance firme hacia algo parecido a la “Décima época” de Condorcet —porque, como el propio Kant en una ocasión señaló, “cuál pueda ser el grado máximo de perfección en el que la humanidad deba detenerse, y qué ancho el abismo entre la idea y su ejecución, son cosas que nadie puede ni debe determinar, precisamente porque la libertad puede rebasar todo límite establecido.”⁶ Sea lo que sea lo que estemos discutiendo, “Ilustración” tenía que ver con la comprensión de la evolución histórica de la mente humana. Como resumía inteligentemente Michel Foucault: la pregunta “¿Qué es Ilustración?” marca “la discreta entrada en la historia del pensamiento de una cuestión a la que la filosofía moderna no ha sido capaz de responder, pero de la que nunca ha llegado a desembarazarse”⁷. Y era, añadía, una pregunta que ineludiblemente “buscaba establecer una diferencia: ¿qué diferencia introduce el hoy con respecto al ayer?”⁸

La Ilustración, al igual que todo movimiento filosófico, tenía un carácter *crítico* como insistían todos sus partidarios. En este sentido, era el verdadero comienzo de la modernidad, pues era un proceso abierto, en continua progresión, sujeto a escrutinio y a reevaluación constantes. Tenía, como veremos, un claro sentido de la orientación que iría tomando la humanidad y del porqué, pero nunca trazó límite alguno sobre su desarrollo posterior. El objetivo era alcanzar el “estado de civilización” de Condorcet, aunque de lograrse, no tenía que producirse ningún alto, ningún fin de la historia.

A diferencia del Renacimiento y de la Reforma, la Ilustración había comenzado no como un intento por recuperar algún pasado reverenciado, sino que era más bien un ataque al pasado en nombre del futuro. Si un siglo podía caracterizarse como “filosófico” sólo porque rechazaba la sabiduría de los siglos pasados, escribía Jean d’Alembert (1989 [1759]: 19), antiguo profesor de Condorcet, el s. XVIII tenía que denominarse el “siglo de la Filosofía *par excellence*”.

“Nuestra época, declaraba Inmanuel Kant en un pasaje célebre en la primera de sus tres grandes “Críticas”, la *Crítica de la razón pura* (ella misma, de hecho, un trabajo crítico):

...es de modo especial la de la crítica. Todo ha de someterse a ella. Pero la religión y la legislación pretenden de ordinario escapar a la misma. La primera a causa de su santidad y la segunda a causa de su majestad. Sin embargo, al hacerlo, despiertan contra sí mismas sospechas injustificadas y no pueden exigir un respeto sincero,

⁶ N. del T.: Este fragmento traducido por José Rivera Armengol aparece en Kant (2003: 432).

⁷ N. del T.: Este fragmento traducido por Antonio Campillo aparece en Foucault (2007: 71).

⁸ N. del T.: *Ibid.* (2007: 74).

respeto que la razón sólo concede a lo que es capaz de resistir un examen público y libre.⁹

Para quienes integraban “la parte pensante de la comunidad”, en palabras de Kant, *no actuar, no preguntar*, era permanecer en un estado de infantilismo prolongado. Teniendo en cuenta que los seres humanos no pueden permanecer en la niñez a lo largo de toda su vida como individuos, la elección de seguir siendo niños intelectualmente constituía una negación de su ser autoimpuesta. Los autores ilustrados eran, según la versión entusiasta de Condorcet (2004: 59), quienes habían procurado “demostrar tener una verdad independiente de los dogmas religiosos, de los fundamentos, y de las sectas; es decir, que es en la constitución moral del hombre donde hay que buscar el fundamento de sus deberes, el origen de sus ideas de justicia y de virtud”. Estos eran los auténticos “filósofos”; hablaban con voces diferentes, escribían en lenguas diferentes y recurrían a formas de expresión diferentes, desde la poesía hasta la biología; no obstante, y aunque ninguno había usado esa palabra, todos contribuían a un “proyecto” único.

La expresión “proyecto ilustrado”, tan citada hoy y de la que tanto se ha abusado, fue probablemente acuñada hace unos treinta años por el filósofo escocés Alasdair MacIntyre. No pretendía ser un cumplido. Para MacIntyre, todo lo que el proyecto ilustrado buscaba era aplicar el intelecto racional al turbio entendimiento de la mente humana donde acechaban las fuerzas amenazantes y perturbadoras del prejuicio, la religión, la superstición, las emociones descontroladas y jamás imaginadas, todo aquello que conspiraba para privar al individuo autónomo de autoconocimiento y autocontrol. Ilustración, como planteaba el poeta y filósofo –que algunos consideraba como “el Voltaire alemán” – Christoph Martin Wieland -otro de los que había escrito una respuesta a la pregunta de Zollner- significaba tener “suficiente luz... que aquellos que deberían ver no sean ni ciegos ni negativos, y que no estén impedidos, por cualquier otra razón, de poder o querer ver”¹⁰. Significaba separar lo verdadero de lo falso, desenredar lo enredado, descomponer lo compuesto en sus partes originales más simples, siguiendo con lo simple hasta su origen. Ante todo, significaba que ninguna “representación o afirmación, que hubiera sido considerada alguna vez verdadera por los hombres, se convirtiera en motivo para impedir la investigación ilimitada.”¹¹ Sólo de este modo sería finalmente posible reducir “la masa de errores y engaños perjudiciales, que oscurecen el entendimiento humano”¹². El problema, a juicio de MacIntyre era que toda esa insistencia en la primacía de la razón y el “debate racional” había logrado erradicar de la mente de los hombres lo que desde Aristóteles se había configurado como el fundamento principal de toda su vida moral, intelectual y política: el concepto de virtud. Para el que no ofrecía nada a cambio. Su “luz” intelectual, de hecho, no era más que oscuridad moral. (MacIntyre, 1981: 1-2; 1990: 172-173).

Sin embargo, MacIntyre no fue el responsable de presentar esa imagen de la Ilustración como la simple aplicación de la razón a las vastas complejidades de la condición humana. Ese había sido el trabajo de los primeros románticos, algunos de los cuales, como Johann Gottfried Herder, anteriormente uno de los más leales discípulos de Kant, habían crecido a la sombra de la Ilustración. Ansiosos por reemplazar aquello que había llamado “la *superficialidad* y la *desmesura*, ...el *calor* en las ideas y ...la *frialdad* en las acciones, y el desolado, desarraigado cosmopolitismo de la Ilustración”, por un vital apego al hogar y al corazón, se

⁹ N. del T.: Este fragmento traducido por Pedro Ribas aparece en Kant (1984: 9).

¹⁰ N. del T.: Este fragmento traducido por Agapito Mestre y José Romagnosa aparece en Wieland (2007: 45).

¹¹ N. del T.: *Ibid.* (2007: 47).

¹² *Ídem.*

deshicieron de toda la cultura filosófica ilustrada entendida como un intento implacable de imponer a la humanidad entera el peso muerto de lo que sus autores denominaban de manera significativa “El imperio de la razón”. Lo que antes se veía como un medio para la libertad, ahora resultaba una forma de esclavitud; lo que antes pretendía poner en evidencia la confusión intelectual, los engaños perpetrados por la religión y el acrítico apego a las costumbres, ahora se consideraba una forma de engaño. La razón humana, se alegaba ahora, era en el mejor de los casos un instrumento muy imperfecto para la comprensión de la condición humana, y la ciega confianza que la Ilustración había puesto en ella conducía incluso a peores formas de esclavitud que las que se habían inventado en épocas pasadas de la historia humana. Según Johann Georg Hamann, el crítico más precoz y perspicaz de Kant, conocido como el “Mago del Norte”, lo que llamaba “la ilustración de nuestro siglo” era “una aurora boreal... tenue y frágil, a partir de la cual no se podía profetizar ningún quiliasmo cosmopolita, salvo en gorro de dormir y al calor de la estufa”.

Para Hamann, toda la obra de Kant se habría basado en una banal ilusión consistente en “el intento, en parte mal comprendido y en parte fracasado, de hacer a la razón independiente de toda leyenda, tradición y fe”.¹³ La única posición a partir de la cual cualquier ser humano podría examinar el proceso total del entendimiento humano estaría en función de lo que se conoce ahora como “el punto de vista de la Providencia”. Pero este, desde luego, no estaba a disposición de los simples mortales. Según Hamann, incluso identificar la “razón pura”, como Kant había pretendido, sería un objetivo absurdo e imposible porque “toda la facultad de pensar se basa en el lenguaje” que adquiere su forma y está condicionado por su propio pasado. El lenguaje no tiene, afirmaba categóricamente Hamann, “ninguna credencial más que la *tradición* y la *práctica*”. En otras palabras, era precisamente el lenguaje, el mismo lenguaje que servía a Kant para intentar llevar a cabo su crítica, lo que constituía “el centro del malentendido de la razón consigo misma”. Considerando que ni hombres ni mujeres pueden liberarse de los lenguajes gracias a los cuales elaboran una forma de entender el mundo, no podía darse ninguna explicación plenamente “objetiva” de ese mundo.

Peor aún, la consecuencia de esta indiferencia hacia las preocupaciones reales de los demás sólo podía conducir a lo que Herder denunciaba como la verdadera “*debilidad-hasta-la muerte* y el *agotamiento bajo la incredulidad, el despotismo y el lujo*” de la Ilustración; ésta había sido un engaño, y todo su proyecto un fraude filosófico. Todo el objetivo de la Ilustración, en opinión del filósofo anglo-irlandés Edmund Burke (1992: 48), podía ser resumido en una sola frase: “Benevolencia hacia la totalidad de la especie y carencia de sentimiento hacia el individuo con quien los maestros están en contacto, a causa de la naturaleza de la nueva filosofía”. A partir de estas afirmaciones sería fácil responsabilizar a las ambiciones perversas del “siglo de la filosofía” de todos los excesos del positivismo de finales del siglo XIX, de la Revolución industrial y de la secuela de horrores subsiguientes de la modernidad.

La caracterización y condena románticas de la Ilustración alentaron un indignado ataque moral dirigido no sólo contra toda forma de racionalismo, sino contra la estructura entera de la “civilización occidental”. La devastación causada por los constructores de imperios europeos de finales del siglo XIX y los sobrecogedores horrores de la primera mitad del siglo XX contribuyeron a ahondar el punto de vista de que toda confianza en la capacidad humana de perfeccionamiento a partir de la razón y del entendimiento, y cualquier intento de

¹³ N. del T.: *Ibid.* (2007: 38).

crítica, cualquier creencia en alguna forma de universalismo, sólo podían conducir, se decía, al camino que la propia Europa había transitado: de las ilusiones de la Ilustración al nacionalismo, el imperialismo y el racismo seudocientífico, a la movilización de masas del “socialismo científico” y, finalmente y de forma inexorable, a las cámaras de gas de Auschwitz.

Posiblemente la versión más extrema e influyente de este punto de vista sea la de Max Horkheimer y Theodor Adorno en su obra *Dialéctica de la Ilustración*, publicada por primera vez en 1947. Para sus autores, ambos refugiados de la Alemania nazi en Nueva York, el gran enemigo era la tecnología del mundo moderno, así como las instituciones que la habían hecho posible. Algo que consideraban haber presenciado de primera mano en sus manifestaciones más espantosas. Todo esto, según ellos, sólo había sido posible gracias a la Ilustración. No discrepaban con su objetivo declarado de “liberar a los hombres del miedo y establecer su soberanía”. Para ellos, la tragedia consistía en que la Ilustración había fracasado en alcanzar cualquiera de esos fines. Por el contrario, había tratado de desconectar el mito de la razón, para entronizar a ésta como el único bien humano. En ese proceso la propia Ilustración se había transformado en un mito, “el mito de que nadie puede librarse de la imaginación mítica” (Horkheimer y Adorno, 1972: 12). El resultado había sido una especie de autoengaño perverso que había conducido a toda clase de atrocidades, y en consecuencia “la tierra enteramente ilustrada resplandece bajo el signo de una triunfal calamidad”. Engañada en su convicción de que los seres humanos podían superar su condición a través de la razón, la Ilustración había contemplado toda clase de horrores en el mundo al intentar hacer realidad dicha creencia. Todas las revoluciones intelectuales del siglo XIX, a las que contribuyeron los propios románticos sin ser conscientes, el ascenso del nacionalismo, el colapso de la ciencias humanas creadas por los “inflexibles enciclopedistas” en el positivismo, el racismo —esa “autoafirmación del individuo burgués integrado en la bárbara colectividad”— y finalmente en el neo-darwinismo, la eugenesia y similares; todos estos, y muchos más, no eran según Horkheimer y Adorno sino el resultado inevitable del intento del siglo XVIII de vivir únicamente según la razón. Antes del siglo XVIII “sólo los pobres y salvajes [se habían visto] expuestos a la furia de los elementos capitalistas” (ya que también el mercado era creación inevitable de la Ilustración); pero una vez que la Ilustración se había apoderado de la imaginación europea, el autoritarismo y el imperialismo, la “forma más terrible de la *ratio*”, habían afligido al mundo entero bajo la nueva y espantosa forma del fascismo y del nacionalsocialismo. “Y había sido la mano de la filosofía la que lo había escrito en el muro” (*Id.*: 86-89).

No fueron sólo Horkheimer y Adorno los que entendieron que algún tipo de Ilustración era responsable del Holocausto. Versiones mucho más escabrosas de sus tesis se difundieron ampliamente tras la Segunda Guerra Mundial, ya que, obviamente, era necesario explicar lo aparentemente inexplicable -el horror absoluto de Auschwitz- aludiendo a algo más que la simple malevolencia humana. En julio de 1946, Kurt Kauffmann, abogado defensor de Ernst Kaltenbrunner, el oficial de las SS de mayor rango juzgado por crímenes contra la humanidad en Núremberg, leyó ante el tribunal una larga e intrincada historia de nihilismo moderno. Señalaba que el racionalismo había emergido en Inglaterra para convertirse en la “religión de estado en Francia”; luego, “la Revolución francesa estalló y escribió en el cielo de Europa con letras de fuego la idea de unos derechos humanos emancipados... carcajadas sarcásticas y desdeñosas hacia todo lo sagrado surgieron entre las masas...” A partir de entonces “dichas ideas conquistaron también Alemania, pues durante aquel siglo Alemania miraba con asombro y respeto a Francia.” La manifestación de la religión se convirtió en una religión de pura humanidad. El paso definitivo lo daría Kant, quien sacó la consecuencia final “basándose en el principio de la ciencia libre”.

Sólo faltaba un corto paso para llegar a la monstruosidad ideológica que fue el Reich de Hitler. Según el abogado Kauffmann, el oficial de las SS Kaltenbrunner era sólo una víctima de un proceso histórico profundamente erróneo que había comenzado con la Ilustración francesa. El alegato de Kauffmann fue desestimado por el presidente del tribunal, quien alegó que era “totalmente improbable que pudiera influir de algún modo en el razonamiento de los jueces”.¹⁴ No obstante, algunas versiones menos pintorescas de tales argumentos están todavía fuertemente presentes entre nosotros.

Los post-colonialistas y los opositores más radicales de la “globalización” han repudiado la Ilustración, al igual que Adorno y Horkheimer, por considerarla la apoteosis del racionalismo que desprecia la diferencia y que arrasa con el medioambiente, en nombre de la ciencia, que despoja a los pueblos indígenas de su dignidad moral, de sus derechos y, de ser posible, de su identidad cultural; que condena, asimismo, a más de dos tercios de la población del planeta a penurias y miseria con el fin de satisfacer las exageradas necesidades del otro tercio. Puede que los imperios ya no existan, pero el espíritu universal de la Ilustración que contribuyó con tanto éxito a la existencia de los del siglo XIX no ha desaparecido con ellos. Sólo ha cambiado su lenguaje. La Ilustración supone, en palabras del filósofo inglés John Gray (1997), una “emancipación universal y una civilización universal”, cuando en realidad no es más que otro nombre del “imperialismo cultural de Occidente”. Los modernos, herederos postcoloniales de la Ilustración, ya no gobiernan en nombre de la “civilización”, emancipación, autodeterminación y todos aquellos términos reconfortantes utilizados por los constructores de imperios del siglo XIX para encubrir sus fines; ahora gobiernan en nombre del “desarrollo”, la “democracia”, la “buena gobernanza”, el “estado de derecho” y cuestiones similares. Sus agentes fueron alguna vez estados nacionales, hoy son agencias globales: el FMI, el Banco Mundial, y numerosas agencias de ayuda internacional bienintencionadas, pero ilusas. El proyecto que nació en el siglo XVIII como un intento de liberar a todos los individuos de la dependencia de los rígidos códigos sociales y morales mediante los cuales los poderes del Antiguo Régimen, tanto seculares como religiosos, ejercían control sobre sus súbditos, y poder crear así un mundo social en el cual todos los seres humanos pudiesen desarrollarse, se había transformado en el siglo XX en el intento de una elite europea segura de sí misma de imponer su voluntad e imagen al mundo entero. Actuaba así porque en el fondo subsistía aún la errónea suposición de que todos los seres humanos podían y deberían decidir cómo vivir sus vidas de acuerdo únicamente con sus aptitudes racionales, independientemente de las comunidades, las creencias religiosas, las costumbres y los lazos afectivos en que hubieran nacido. La razón ha sido una forma de tiranía específicamente europea.

El meollo de esta crítica lo que plantea es que la Ilustración pretendía someter a la razón todos los aspectos de la vida humana; lo cual, desde luego, no es totalmente desacertado. De haber sido erróneo, tal creencia difícilmente hubiera persistido durante tanto tiempo. Ser “ilustrado” significa, como insisten todos, ser crítico, y el juicio crítico involucra necesariamente el uso de la razón. Como Kant sostenía en la más conocida de las numerosas respuestas que Zöllner recibió a su perturbadora pregunta, la razón era la que permitiría a la persona que aún no había alcanzado la edad adulta salir de su “minoría auto-provocada”. Para lograrlo tenía que deshacerse de todos esos “dogmas y fórmulas, de esos instrumentos mecánicos para el uso racional (o más bien mal uso) del talento natural [de la

¹⁴ Véase *Nuremberg Trial Proceedings*, vol. 18, Tuesday, 9 July 1946, en The Avalon Project, Yale Law School. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/07-09-46.asp>. Revisado el 17 de febrero de 2015.



humanidad]”, que eran “los grilletos de una permanente minoría de edad” —para hacer eso, tenía que *pensar* por sí misma.

Pero con esto no acaba la historia. Porque en el corazón del “proyecto ilustrado” subyacía un intento por descubrir nada menos que una definición nueva de la propia naturaleza humana. Ello requería, incluso para Kant, mucho más que la simple aplicación de la ilimitada razón. Exigía, en primer lugar, un conocimiento de las “pasiones”. Esto, empero, no excluía por completo a la razón. La razón puede ser, como señalaba el gran filósofo escocés David Hume, un “principio inactivo” y “absolutamente impotente” en lo que a la moral respecta. Es también claramente, “y debe ser...” —en la considerada a menudo como la afirmación más escandalosa de Hume— “la esclava de las pasiones, y no puede pretender otro oficio que el de servir las y obedecerlas”.¹⁵ Pero como toda buena esclava, puede ser a su vez un instrumento valioso.

Si algo pudiese hoy sostenerse como definitivo de “humanidad”, no sería éste la razón o el habla, como se insistió en tiempos antiguos, tampoco la habilidad para elaborar conceptos, como Locke aseguraba; si bien todas éstas habrían de incluirse en la descripción general de la especie. Sería la habilidad humana única que responde a los “sentimientos”, las pasiones y sensibilidades de otros. Si ese es el caso, una imagen muy diferente de la mente humana y la personalidad humana emergerían respecto de las que Hobbes, Locke y Grocio plantearon. Ella proporcionaría a la humanidad una identidad independiente de la de Dios, una razón para reconocer igual valor a todas las gentes, y vislumbrar una especie de bien común, sin dotarles de almas inmortales ni concebirles como pálidas, si no idénticas, imágenes de lo divino. Así es como Diderot lo sintetizaba:

Todo lo que concebiréis, todo lo que meditaréis será bueno, grande, elevado, sublime si está de acuerdo con el interés general y común. No existe cualidad esencial de vuestra especie sino aquella que exijáis en todos vuestros semejantes **para asegurar vuestra felicidad y la suya**. Es tal conformidad de vos con todos ellos y de ellos con vos lo que determinará cuando habréis traspasado los límites de vuestra especie, y cuando permaneceréis en ellos. Por tanto, no la perdáis nunca de vista, pues si ello ocurriese veréis las nociones de bondad, justicia, humanidad y virtud desfallecer en vuestra mente. Deciros a menudo: “Soy un hombre y no tengo más derechos naturales verdaderamente inalienables que los de la humanidad” (Diderot, 1755).

[Tout ce que vous concevrez, tout ce que vous méditez, sera bon, grand, élevé, sublime, s'il est de l'intérêt général et commun. Il n'y a de qualité essentielle à votre espèce, que celle que vous exigez dans tous vos semblables **pour votre bonheur et pour le leur**. C'est cette conformité de vous à eux tous et d'eux tous à vous, qui vous marquera quand vous sortirez de votre espèce, et quand vous y resterez. Ne la perdez donc jamais de vue, sans quoi vous verrez les notions de la bonté, de la justice, de l'humanité, de la vertu, chanceler dans votre entendement. Dites-vous souvent : Je suis homme, et je n'ai d'autres *droits naturels* véritablement inaliénables que ceux de l'humanité.]

Todo esto requería un nuevo examen de las fuentes de la sociabilidad humana y del curso de la historia humana —una nueva comprensión del lugar que ocupaba la humanidad en la naturaleza, y en una naturaleza concebida como independiente de cualquier legislador divino. Exigía un estudio de la diferencia así como de la similitud, pero en especial de las diferencias exhibidas por los miles de pueblos del planeta. Al final condujo a la creación de lo que en el siglo XVIII llegó a

¹⁵ N. del T.: Este fragmento traducido por Vicente Viquiera aparece en Hume (1977 [1740]: 265).

denominarse la “ciencia del hombre”, que remplazaría todos los intentos previos, sobre todo los de los teólogos, por entender lo que significaba ser humano.

El objetivo del “proyecto ilustrado” fue describir y definir a la humanidad de la misma forma, aunque con métodos e instrumentos diferentes, en que las ciencias naturales -que habían logrado avances sorprendentes en el siglo XVII- trataron de describir y definir el mundo natural. D’Alembert (1759: 19-20) concebía esta ciencia como una serie de “mapamundis basados en diferentes proyecciones”, como un hilo o una “cadena” de verdades que guiarían a la humanidad para salir del laberinto en que había estado prisionera durante siglos. El proyecto debía demostrar la verdad incuestionable de dos de sus principales premisas, que desde entonces han sido fuente de controversia. La primera sostenía que aunque la especie humana es única entre los animales, no comparte nada en común con la divinidad (incluso suponiendo que ésta realmente existiese). La “ciencia del hombre” debía ser decididamente secular, como lo son hoy las ciencias naturales. La segunda afirmaba que existía una “naturaleza humana” universal que podía ser comprendida donde quiera que se encontrase. Había claramente diferencias obvias y reconocibles entre europeos, asiáticos, y africanos y amerindios pero eran resultado del entorno, la educación y la cultura. Ninguna de ellas se consideraba irrelevante o secundaria, pero tampoco eran una parte estructural de la condición humana. A partir de ahí podía demostrarse que los seres humanos tenían una disposición común hacia una vida compartida a la vez universal, social y política que al fin sería llamada “ciudad del mundo”, la “cosmópolis”.

Paradójicamente, fue Jean-François Lyotard, uno de los enemigos declarados de la Ilustración y el primero en acuñar el término “postmodernidad”, quien quizá ha entendido mejor todo esto. Los seres humanos, sostenía, son esencialmente criaturas de narraciones, no tanto *homo sapiens*, como *homo fabulans*, y los relatos que se narran entre ellos inventan sus vidas conscientes. Todas las religiones, todos los sistemas políticos son relatos, y el problema con toda la historia del pensamiento occidental, se lamentaba en 1978, es que ha estado atravesada por lo que denominaba la “meta-narrativa” (*grand récit*) de la Ilustración. Según Lyotard (1979), lo que esta meta-narrativa había pretendido no fue imponer la razón sobre la rebelde personalidad humana, sino crear el concepto imposible de una identidad humana universal, de un destino humano universal, que él denominaba “cosmopolítico”. Esta era la historia del mundo moderno que, según él creía, el nuevo mundo “postmoderno” iba a remplazar. Esa “meta-narrativa” -afirmaba- había “atenazado al lector durante siglos de humanismo y de ciencias humanas”. En la medida en que ese ha sido, de hecho, el verdadero objetivo del “siglo de la filosofía”, se hallaba en lo cierto.

Bibliografía

- BURKE (1992), “A Letter to a Member of the National Assembly”, en RITCHIE, D.E. (ed.), *Further Reflections on the Revolution in France*, Liberty Fund, Indianapolis.
- CONDORCET (1804), “Discours prononcé dans l’Académie française... a la réception de M. le marquis de Condorcet”, en *Œuvres complètes de Condorcet*, Henrichs, París.
- CONDORCET (2004), *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- D’ALEMBERT (1989 [1759]), *Essai sur les éléments de philosophie ou sur les principes des connaissances humaines*, Fayard, París.
- D’ALEMBERT, J. (1986 [1759]), *Essai sur les éléments de philosophie*, Fayard, París.



- DIDEROT, D. (1755), "Droit Naturel", *Encyclopédie*, Disponible en : <http://artflsrv02.uchicago.edu/cgi-bin/philologic/getobject.pl?c.4:258:2.encyclopedia0513>. Revisado 21 de febrero de 2015.
- EDELSTEIN, D. (2010), *The Enlightenment: A Genealogy*, University of Chicago Press, Chicago.
- FOUCAULT, M. (2007), ¿"Qué es la Ilustración?", *Sobre la Ilustración*, Tecnos, Madrid.
- GRAY, J. (1997), *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*, Routledge, Londres y Nueva York.
- HAMANN, J.G. (2007), "La metacrítica sobre el purismo de la razón pura", ¿*Qué es Ilustración?*, Tecnos, Madrid.
- HINSKE, N. (1977) (ed.), *Was ist Aufklärung? Beitragäge aus der Berlinischen Monatsschrift*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- HORKHEIMER, M. y ADORNO, T. (1972), *Dialectic of Enlightenment*, Herder & Herder, Nueva York.
- HUME, D. (1977 [1740]), *Tratado sobre la naturaleza humana*, Porrúa, México.
- KANT, I. (1748), *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, Berlinische Monatsschrift, Berlín.
- KANT, I. (1789), *Reflexionen zur Anthropologie*, Núm. 1524. pp. 898–899.
- KANT, I. (1984), *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid.
- KANT, I. (2003), *Crítica de la razón pura*, Losada, Buenos Aires.
- LYOTARD, J.-F. (1979), *La Condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Minuit, París.
- MACINTYRE, A. (1981), *After Virtue: A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- MACINTYRE, A. (1990), *Three Rival Versions of Moral Enquiry: Encyclopaedia, Genealogy, and Tradition*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- VENTURI, F. (1969-1980), *Settecento riformatore*, Einaudi, Torino, 1969–80.
- WIELAND, C.M. (2007), "Seis preguntas sobre la Ilustración", en AA. VV., ¿*Que es Ilustración?*, Tecnos, Madrid.



Democracia y ciudadanía

Eusebio Fernández García

Universidad Carlos III de Madrid

eusebio.fernandez@uc3m.es

Resumen

El trabajo tiene por objeto insistir en la inevitable conexión entre la idea de ciudadanía y las instituciones democráticas. La ciudadanía es la vinculación más fuerte que existe entre los habitantes pertenecientes a un Estado y el propio estado. No hay verdadera democracia sin suficiente participación política de los ciudadanos, ni los individuos son considerados ciudadanos si no es un régimen democrático y con derechos individuales garantizados. El análisis del ejemplo histórico de la democracia ateniense sirve para comprobar los defectos y limitaciones de cualquier democracia excluyente. La democracia exige un planteamiento cosmopolita con derechos y ciudadanos cosmopolitas que debe convivir con la existencia de fronteras territoriales: ese es uno de los retos de la política y el derecho en la actualidad.

Palabras clave

Ciudadanía, democracia, cosmopolitismo, patriotismo constitucional, patriotismo cosmopolita, fronteras territoriales.

Democracy and Citizenship

Abstract

The paper focuses upon the indubitable interrelation between the concept of citizenship and democratic institutions. Citizenship is the strongest nexus that there is between the inhabitant of a state and the state itself. A democracy is a true democracy only if citizens have an effective and adequate participation in the political process, and the individual is a true citizen only if the regime is a democratic one that guarantees the rights of the individual. The analysis of the historic democracy of Athens serves to establish the deficiencies and the limitations of any democracy that excludes. Democracy, in its true sense, requires a cosmopolitan approach with cosmopolitan rights for its citizens who should coexist within the limits of national boundaries: such is one of the challenges of politics and law today.

Keywords

Citizenship, democracy, pluralism, constitutional patriotism, cosmopolitan patriotism, territorial frontiers.

* La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco del proyecto de investigación *Identidades y Ciudadanías. Fundamentos político-jurídicos de la diversidad* (DER2012-36142), que dirige el profesor José María Sauca.

Los/as dos evaluadores/as del texto han hecho sugerentes propuestas y apreciaciones, que se han intentado tomar en consideración en la versión final del trabajo.

Agradezco a Jesús Ignacio Delgado Rojas, alumno del doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, sus comentarios y ayuda técnica.

1. Introducción

No corren buenos tiempos para la democracia ni para la ciudadanía. De la primera sobreviven elementos esenciales que posibilitan y potencian la realización de una vida libre y básicamente no dependiente, piénsese en el compromiso moral y cívico de ciertas personas, en el pluralismo, en el reconocimiento y garantías al ejercicio de ciertos derechos humanos o en las instituciones del Estado de Derecho. Sin embargo, esos elementos se mantienen vigentes acompañados de otros que constantemente atacan a la democracia, hasta el punto de que ésta se puede convertir en una simple máscara sin nada esencial que la sostenga. Hasta podría dar la impresión de que suman más las realizaciones deficientes, las corrupciones erosionadoras y las promesas incumplidas que la fe y la esperanza en un horizonte social más solidario, libre e igualitario.

En cuanto a la idea de una ciudadanía libre de las imposiciones humillantes que produce la exclusión, la pobreza, las discriminaciones derivadas de la pertenencia a ciertas culturas, razas, países, religiones o ideologías, me parece que no exagero mucho al afirmar que nos encontramos ante un franco retroceso. Derechos que considerábamos fijos y consolidados han pasado a convertirse en privilegios de unos pocos y en preocupación para los demás. La sociedad del continuo riesgo nos reta, y generalmente nos condena a vivir en la inseguridad, el temor y la incertidumbre. Salvo para un pequeño sector, intocable y blindado, que saca provecho de todo ello. Poco tiene que ver el ideal de ciudadanía que parecía haber salido victorioso de las revoluciones liberales del siglo XVIII, de las reivindicaciones sociales, laborales y económicas del siglo XIX, de las luchas por la igualdad de la mujer y el hombre, por la descolonización y el triunfo sobre la barbarie totalitaria de las dictaduras fascistas y comunistas del siglo veinte, con la vuelta a este espíritu y realidad hobbesiana a que nos han lanzado los primeros pasos del siglo XXI. Y lo sorprendente y paradójico del asunto es que la dirección en ese sentido ha sido decidida por seres humanos en sistemas políticos democráticos. Favorecida por la pasividad, la complicidad y la impotencia de unos y la falta de sentimientos altruistas, la astucia y la codicia de otros. La pérdida y descrédito del mínimo sentido de la compasión con el desfavorecido puede convertirse en el implacable instrumento de destrucción de la democracia. La irrupción de un régimen político formalmente democrático, pero realmente oligárquico, es el acontecimiento que se impone por doquier. Por supuesto que cabrían también peores alternativas.

No obstante, cabe pensar que el debatir responsablemente sobre un mejor futuro para la democracia y una idea generosa de ciudadanía no es una tarea inútil. Además, si no lo hacemos los ciudadanos corrientes, estaría cerrado el camino de la regeneración de la democracia. Aquí la existencia de normas y procedimientos que encaucen la toma de decisiones son un medio imprescindible de actuación; y de estos asuntos, la democracia cuenta con una buena experiencia. Aunque los hechos históricos y sociales son inclementes, el futuro impredecible y las condiciones,

generalmente, nos vienen dadas, la democracia puede sobrevivir solamente si cuenta con la voluntad y apoyo de los demócratas que creen en ella.

Éstos no deberían olvidar, pero también deberían saber hacer buen uso, de lo señalado por J.J. Rousseau (1969: 83)¹ en su *Contrato Social*, acerca de la democracia:

Si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Mas un gobierno tan perfecto no es propio para los hombres.

No creo que el sentido de las palabras de J.J. Rousseau deba entenderse como la incapacidad de los seres humanos para gobernarse democráticamente, sino, más bien, como un interés en enfatizar que la democracia no es un sistema político fácil, sin dificultades ni esfuerzos para mantenerlo y para evitar sus desnaturalizaciones y corrupciones. La democracia no cuenta con la solidez y fortaleza de otros regímenes fundamentados en instancias fijas y claras. El debate, la autocrítica y la revisión, es decir, el continuo espíritu de reforma hacia lo más justo exigen aparcar nuestra tendencia hacia la conformidad, la pereza y la comodidad de lo ya alcanzado. No tenemos certezas absolutas que nos aseguren los caminos correctos y el final deseado. Hemos apostado por el valor del ciudadano, por sus derechos y por las instituciones creadas para su defensa, no por la venta de nuestra autonomía y voluntad a ninguna política redentora. Ni debemos permitir que nadie nos sustituya en la búsqueda de la felicidad. No cabe la menor duda de que la democracia es un régimen difícil de crear y mantener y extremadamente exigente.

Claude Lefort (2004: 157) señaló bien la indeterminación de la democracia frente a lo determinado del totalitarismo contemporáneo: *La legitimidad del debate sobre lo legítimo y lo ilegítimo supone, repitámoslo, que nadie ocupe el sitio del gran juez. Precisemos: nadie, es decir, ni un hombre investido de una autoridad suprema, ni un grupo, aunque fuera la mayoría. La negociación, sin embargo, es operativa: suprime al juez, pero remite la justicia a la existencia de un espacio público, un espacio tal que estimula a cada individuo a hablar y a escuchar sin estar sujeto a la autoridad de otro, y que induce a querer el poder que le es dado.*

Algunos autores contemporáneos han insistido en este carácter ético -en su fundamento, en sus formas y en sus decisiones- de la democracia: piénsese en la idea de J.L. López Aranguren (1988: 117 ss.) de la democracia como moral, en la de G. Pasquino (2000: 12) de la democracia exigente y la de la adhesión a la democracia como virtud pública señalada por Gustavo Zagrebelsky (2010: 111 ss.).

2. Ciudadanía democrática

Ciudadanía y democracia son dos términos que van irremediabilmente unidos. La democracia es el único sistema político donde los ciudadanos juegan un papel determinante en la creación y mantenimiento de sus instituciones y formas de gobierno. No hay verdadera democracia sin suficiente participación de los ciudadanos, ni los individuos son considerados ciudadanos si no es en un régimen democrático. La historia de las organizaciones políticas, pero sobre todo la historia del Estado moderno (del Estado absoluto al Estado democrático constitucional) es la historia de los grupos humanos, de los hombres y mujeres, para desembarazarse del papel de súbditos y asumir el de ciudadanos. La ciudadanía es la vinculación más fuerte que existe entre los habitantes pertenecientes a un Estado y el propio

¹ Para una visión general de la filosofía de J.J. Rousseau puede consultarse el Estudio Introductorio de Sergio Sevilla a los *Discursos* y el *Contrato Social* (2014).

Estado. La ciudadanía expresa, mejor que cualquier otra noción, la pertenencia real y completa de los seres humanos a una comunidad política determinada (generalmente a un Estado-nación; pero también a comunidades más amplias, piénsese en la Unión Europea). Ser ciudadano significa poder ejercer, con garantía jurídica y política, una serie de derechos humanos básicos y fundamentales y tener ciertos deberes políticos y jurídicos.

Por supuesto que estamos muy lejos de haber conseguido que todos los países sean democracias, que las que lo son de nombre lo sean realmente y mucho más lejos de haber logrado que los seres humanos puedan moverse a lo largo del mundo como ciudadanos. Pues el concepto de ciudadanía sigue siendo particular y no universal. La idea de ciudadano universal, o el ser humano como ciudadano del mundo, es un objetivo moral y políticamente deseable e irreprochable, pero también sumamente complicado y lleno de dificultades que, con frecuencia, sus defensores ignoran o eluden. Sin embargo, está llamado a ser un ideal moral y social que sirva, al menos, para poder criticar y transformar, por limitados e insuficientes, los modelos de ciudadanía existentes. Sobre los que no son ciudadanos de pleno derecho en un país, sobre los apátridas o los refugiados, sobre los emigrantes e inmigrantes recaen las desgracias de los que son excluidos de todos o parte de los derechos que consideramos esenciales para el desarrollo de una vida digna.

La idea de ciudadano universal o cosmopolita ya fue esgrimida por algunos egregios representantes de la escuela estoica. Plutarco, refiriéndose a Zenón, escribió: *La muy admirada República de Zenón, el fundador de la escuela estoica, tiende fundamentalmente a éste único principio: que no vivimos en ciudades ni países separados unos de otros por leyes particulares; sino que consideramos a todos los hombres compatriotas o conciudadanos, y que haya un solo mundo y ordenamiento como una multitud asociada y constituida con arreglo a una ley común. Esto escribió Zenón representándose como sueño o imagen de un buen ordenamiento y República para el filósofo* (Sevilla Rodríguez, 1991: 125)².

La idea de patria común, base de la fraternidad humana y de los deberes para con nuestros semejantes se encuentra también en el *De finibus* de Cicerón: *Y creen que el mundo está gobernado por la voluntad de los dioses, y que es como una ciudad y un Estado común de los hombres y de los dioses, y cada uno de nosotros es parte de este mundo; por lo que se sigue por naturaleza que antepone la utilidad común a la nuestra* (Mondolfo, 1974: 143).

Esta idea universalista, sustentada incluso por emperadores como Marco Aurelio³, iba a ser una idea clave del desarrollo de la religión cristiana.

Y de esos ideales cosmopolitas no podría dejar de derivarse una crítica a la esclavitud, aunque estemos aun muy lejos de la puesta en práctica de su eliminación (Puente Ojea, 1974: 28 ss.).

Así nos dice Diógenes: *Únicamente el sabio es libre, y los malvados son esclavos: pues la libertad es un poder de obrar de acuerdo a la manera propia; la*

² Sobre la filosofía estoica ver Rist (1995); Long (1977: 11 ss.); Elorduy (1972) y Nussbaum (2003: 395 ss.).

³ Marco Aurelio enfatiza en sus *Meditaciones*: *Si la inteligencia es común también la razón, según la cual somos racionales nos es común (...) Concedido eso, también la ley es común. Convenido eso, somos ciudadanos. Aceptado eso, participamos de una ciudadanía. Si esto es así, el mundo es como una ciudad. Pues, ¿de qué otra común ciudadanía se podrá afirmar que participa el género humano? De allí, de esta común ciudad, proceden tanto la inteligencia misma como la razón y la ley* (1977: 93 ss.). Es recomendable la lectura del libro de Hadot (2013).

esclavitud es la privación de tal capacidad. Existe además otra esclavitud que consiste en la sujeción, y una tercera en la compra y la sujeción, que se opone a la dominación, que también ella es malvada (Mondolfo, 1974: 144).

Hoy el análisis y discusión del concepto de ciudadanía ha cobrado gran importancia no sólo por estas menciones a la idea y objetivo de una ciudadanía cosmopolita sino también por la polémica entre partidarios de la filosofía política de tradición liberal y la filosofía política republicana o del republicanismo cívico. De una manera simplista se puede decir que la primera se distingue por acentuar más el papel del individuo y sus derechos mientras la segunda recalca la necesidad del compromiso cívico y político de los ciudadanos con la comunidad. Se trata de dos modelos ideales en los que caben, y ya se han ensayado, posibilidades que integran pautas de la una y la otra. También se podría añadir que el planteamiento liberal tenderá a ser más cosmopolita y el republicano más limitado. Esta discusión actual, además, ha servido para realzar, de parte republicana pero también asumida por numerosos liberales, la necesidad de una ciudadanía activa y de una sociedad civil participativa para el desarrollo óptimo de las instituciones democráticas. A su vez, esa ciudadanía activa no puede conducirse a partir de planteamientos valorativos de tipo multiculturalista (en su versión extrema), sino en el marco plural de una cultura política y moral compartida que a su vez precisará de una educación ética y cívica que responda a esos principios inspiradores (vgr. los derechos humanos fundamentales).

En todo caso, y sin dejar de tomarse en serio todas esas disquisiciones, el núcleo básico de todo el sistema liberal democrático sigue girando alrededor del individuo como sujeto moral y jurídico, convertido, políticamente, en ciudadano. Como ha recalcado Salvador Giner (2005: 15): *La condición de ciudadano es el mayor logro de la civilización moderna. Todos los demás empalidecen ante él. Muchos otros, desde el acceso universal a la educación hasta la asistencia médica y sanitaria a toda la población, tienen su fundamento moral y jurídico en la entronización de la ciudadanía como principio. La condición ciudadana es la que permite, sin distinción, hacer valer su humanidad. La ciudadanía es el espinazo del orden social democrático de la modernidad.*

Básicamente ese concepto de ciudadano lo encontramos en la *Política* de Aristóteles (1989: 69) cuando escribe: *Con esto resulta claro cuál es el ciudadano: llamamos, en efecto, ciudadano al que tiene derecho a participar en la función deliberativa o judicial de la ciudad, y llamamos ciudad, para decirlo en pura palabra, una muchedumbre de tales ciudadanos suficientes para vivir con autarquía.* Y sobre el régimen democrático, añadirá: *El fundamento del régimen democrático es la libertad (en efecto, suele decirse que sólo en este régimen se participa de la libertad pues ésta es, según afirman, el fin a que tiende toda democracia). Una característica de la libertad es el ser gobernado y gobernar por turno, y, en efecto, la justicia democrática consiste en tener todos lo mismo numéricamente y no seguir los merecimientos, y siendo esto lo justo, forzosamente tiene que ser soberana la muchedumbre, y lo que aprueba la mayoría, eso tiene que ser el fin y lo justo (Íd.: 249 ss.).*

Sin embargo, la raíz de muchos problemas actuales, incluidas numerosas injusticias, es que todos los modelos existentes de ciudadanía, desde la democracia ateniense hasta las democracias actuales más desarrolladas, en mayor o menor grado, mantienen algún tipo de exclusión. Y es que la calificación de ciudadano no corresponde a una categoría natural, normal o moral sino que es una creación jurídica. Como señala Salvador Giner (2005: 25): *En tanto no se establezca un derecho universal de ciudadanía en toda la tierra, es decir, hasta cuando se haya*



producido la mundialización de la institución, y por tanto, de la sociedad civil, si es que algún día se alcanza, los “distintos” de cada lugar o sociedad no entrarán en todas partes y del todo en la categoría de ciudadanos plenos.

Este es uno de los retos morales y políticos más importantes que tienen planteadas las democracias actuales: el de la total integración del hasta ahora excluido por algún tipo de diferencia. Tiene razón Javier de Lucas (2005: 56) cuando ha insistido en que: *La igualdad es igualdad plena, o no es igualdad. Por eso, la idea de igualdad o integración debe significar también la integración política porque la plenitud de derechos incluye los derechos políticos, el status de ciudadanía o su equiparación a él.*

La puesta en práctica de esa integración, se podría objetar, no puede hacerse de manera inmediata ni mecánica puesto que hay problemas sociales, culturales y económicos por tratar e intentar solucionar con la mayor justicia, pero también con prudencia. Sin embargo, sí conviene no olvidar que se puede ir avanzando ya en muchos aspectos de necesaria mejora y que el objetivo final debe hacer que no nos olvidemos de que sin igualdad plena de derechos la democracia como moral siempre estará incompleta.

3. Los ideales de la democracia ateniense

Siempre que nos dedicamos a historiar la democracia aparece irremediamente una experiencia real de ella que tiene tanto de insólita como de ejemplar. Se trata de la democracia ateniense, verdadero hito que fue, en el ámbito político, una dimensión particular dentro de un periodo espectacular en cuanto al desarrollo cultural, filosófico, económico o militar. Nuestro concepto de ciudadano, del que destacamos principalmente la idea de participación plena en la vida política, tiene aquí un buen precedente que aunque no se deben pasar por alto sus limitaciones, son siempre mayores sus logros. Como ha señalado uno de sus más perspicaces estudiosos: *En el periodo que va desde mediados del siglo V al 322 a.C. Atenas se rigió por medio de un sistema de democracia directa que llevó aparejada la participación de miles de ciudadanos en la Asamblea, los Tribunales y en otras instituciones»* (Sinclair, 1999: 11)⁴.

Contamos, además, gracias a Tucídides (2000: 344 ss.), con un hermoso texto que él pone en boca de Pericles, con motivo de un discurso de elogio a los caídos en el primer año de la guerra del Peloponeso.⁵ Pericles desea describir las características más notables de la Atenas democrática, e independientemente de las diferencias entre el funcionamiento real de la democracia y la alta valoración de la democracia ateniense allí pintada, llega hasta nosotros como un dato histórico con componentes que pueden ser utilizados en cualquier teoría normativa de la democracia actual. Veamos algunos textos de esa oración fúnebre: *Tenemos un régimen político que no emula las leyes de otros pueblos, y más que imitadores de los demás, somos un modelo a seguir. Su nombre, debido a que el gobierno no depende de unos pocos sino de la mayoría, es democracia. En lo que concierne a los asuntos privados, la igualdad conforme a las leyes, alcanza a todo el mundo, mientras que en la elección de los cargos públicos no anteponemos las razones de clase al mérito personal (...) Nadie, en razón de su pobreza, encuentra obstáculo debido a la oscuridad de su condición social si está en condiciones de prestar un servicio a la ciudad. En nuestras relaciones con el Estado vivimos como ciudadanos*

⁴ Ver, también, García Gual (1990: 84 ss.); Farrar (1988); y De Romilly (1974).

⁵ Para un análisis del discurso ver Rodríguez Agrados (1993: 216 ss.). Para una valoración actual de la democracia ateniense, menos complaciente de la habitual, pueden consultarse los libros de Musti (2000) y Canfora (2014).

libres (...) Si en nuestras relaciones privadas evitamos molestarnos, en la vida pública, un respetuoso temor es la principal causa de que no cometamos infracciones, porque prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes, y principalmente a las que están establecidas para ayudar a los que sufren injusticias y a las que, aún sin estar escritas, acarrearán a quien las infringe una vergüenza por todos reconocida (...) Amamos la belleza con sencillez y el saber sin relajación (...) Las mismas personas pueden dedicar a la vez su atención a sus asuntos particulares y a los públicos, y gentes que se dedican a diferentes actividades tienen suficiente criterio respecto a los asuntos públicos. Somos, en efecto, los únicos que a quien no toma parte en estos asuntos lo consideramos no un despreocupado, sino un inútil; y nosotros en persona cuando menos damos nuestro juicio sobre los asuntos, o los estudiamos puntualmente, porque, en nuestra opinión, no son las palabras lo que supone un perjuicio para la acción, sino el no informarse por medio de la palabra antes de proceder a lo necesario mediante la acción.

4. La democracia ateniense y las democracias modernas

El hecho de que la democracia ateniense constituya un brillante y milagroso ejemplo en la historia de la democracia no debe llevarnos a exagerar las comparaciones entre esa experiencia y la de las democracias liberales. Algunas de esas comparaciones tienen sentido, y pueden jugar tanto a favor como en contra de la democracia ateniense como de las democracias modernas, pero quizá en otros aspectos el esfuerzo no se justifique. Sin embargo, del análisis de una y otra podemos obtener muy buenos datos para la reflexión acerca de la grandeza y miserias de la historia real de la democracia. Francisco Rodríguez Adrados (1997: 11 ss.), buen conocedor del mundo clásico y de las ideas políticas en Grecia y de la democracia ateniense, ha señalado que *nadie hay que ponga en duda la similitud de nuestras democracias con la democracia de Atenas en los siglos V y IV a.C., incluso en cierta medida en el VI. La palabra es griega, muchas de las instituciones dentro de nuestra democracia son comparables a la ateniense, como lo son los conceptos de libertad, igualdad, solidaridad, justicia (...) Es cierto que nuestras democracias no son iguales que aquellas. Pero creo que los datos esenciales de su creación, su funcionamiento y, a veces, sus normas sí lo son.*

Efectivamente, el conocimiento de las ideas políticas en Grecia y la experiencia de la democracia ateniense conforman un arsenal de ideas, ilusiones, logros y frustraciones que nos ayudan a analizar mejor, comprender y evaluar las realidades políticas posteriores, al menos en Occidente. La naturaleza de los sistemas políticos, la ambición por el poder y la ética política es básicamente la misma y, por ello, no debe sorprendernos que la lectura de algunos textos clásicos nos aporte una ayuda muy estimable para el estudio de la política actual. Es aconsejable, por ejemplo, tomar como base el contenido de libros como el de Norberto Bobbio (1984: 19) *El futuro de la democracia*, donde se exponen las cuestiones más candentes del funcionamiento de las democracias actuales y compararla con los problemas, las opiniones y el funcionamiento de la democracia ateniense. Probablemente estemos de acuerdo con el profesor turinés al señalar, en su Introducción a la primera edición de 1984, que *la democracia no goza, en el mundo de óptima salud, aunque, por lo demás, jamás gozó de ella en el pasado, si bien no se halla al borde de la tumba.*

A comienzos del siglo XIX algunos liberales llamaron la atención acerca de lo inadecuado de hacer una comparación entre la democracia ateniense y las democracias representativas y liberales. Probablemente los excesos de algunos



revolucionarios franceses (sobre todo, del sector jacobino)⁶, que pretendían inspirarse en la Grecia clásica o en la Roma republicana, los llevaron a exagerar las diferencias entre la democracia ateniense y las ideas ilustradas y liberales, para llevar a cabo una clara opción a favor de las segundas y olvidando algunos innegables logros de la primera.

Una mirada hacia las ideas expresadas por Benjamín Constant en el discurso pronunciado en el Ateneo de París, en febrero de 1819, bajo el título *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos* nos aporta una insustituible prueba de esa actitud tan válida como probablemente exagerada.⁷

Desde el comienzo del discurso se describen las diferencias entre la libertad de los modernos y la libertad de los antiguos. *Preguntémonos desde luego -dice- lo que en este tiempo entienden un inglés, un francés o un habitante de los Estados Unidos de América por la palabra libertad. Ésta no es para cada uno de éstos otra cosa que el derecho de no estar sometido sino a leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de una voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos; es el derecho de decir su opinión, de escoger su industria, de ejercerla, y de disponer de su propiedad, y aun de abusar si se quiere, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de obtener permiso, ni de dar cuenta a nadie de sus motivos o sus pasos; es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para deliberar sobre sus intereses, sea para llenar los días o las horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y caprichos; es, en fin, para todos el derecho de influir o en la administración del gobierno, o en el nombramiento de algunos o de todos los funcionarios, sea por representaciones, por peticiones o por consultas, que la autoridad está, más o menos, obligada a tomar en consideración. Comparad entre tanto esta libertad con la de los antiguos.*

Ésta consistía en ejercer colectiva pero directamente muchas partes de la soberanía entera, en deliberar en la plaza pública sobre la guerra y la paz; en concluir con los extranjeros tratados de alianza; en votar las leyes, pronunciar las sentencias, examinar las cuentas, los actos, las gestiones de los magistrados, hacerlos comparecer ante todo el pueblo, acusarlos y condenarlos o absolverlos. Pero al mismo tiempo que era todo esto lo que los antiguos llamaban libertad, ellos admitían como compatible con esta libertad colectiva la sujeción completa del individuo a la autoridad de la multitud reunida. No encontrareis en ella casi ninguno de los beneficios y goces que hemos hecho ver que formaban parte de la libertad en los pueblos modernos. Todas las acciones probadas estaban sometidas a una severa vigilancia: nada se concedía a la independencia individual ni bajo el concepto de opiniones, ni del de industria ni de los otros bienes que hemos indicado (...) Aún en las relaciones domésticas más ocultas también intervenía la autoridad (...).

El cuadro pintado de la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos parece bastante fiable y no solamente un efecto de la propaganda política anti-Rousseau o anti-Mably. Los enfrentamientos entre la seguridad y la privacidad y las

⁶ Ver Vidal-Naquet (1992: 129 ss. y 177 ss.).

⁷ La cuestión de la antítesis entre la libertad antigua y la moderna, afirmada inicialmente por Ferguson, no ha dejado de plantear debates interesantes, también para la libertad contemporánea, con posterioridad al famoso discurso de B. Constant. Ver, al respecto, Jellinek (1973: 221 ss.). Para este autor: "En el Estado antiguo como en el moderno, reconocíase al individuo una esfera libre e independiente del Estado, pero jamás se llegó en la antigüedad a tener conciencia del carácter jurídico de esta esfera del individuo frente al Estado" (*Id.*: 230). "En vista de estos hechos, la doctrina de Constant, Stahl y Mohl, edificada sobre el tipo ideal dorio y sobre la teoría de Platón, afirmando que en Grecia no era reconocida la personalidad individual, debe desaparecer definitivamente de la literatura. El griego era sujeto de derecho, no solo en beneficio del Estado, sino en beneficio propio" (*Id.*: 232). Ver el libro de Knauss (1979: 205 ss.). Tiene interés el artículo de Castoriadis (2005: 97 ss.).

libertades políticas, entre la independencia privada y la participación activa y continuada del poder colectivo, entre los ideales del liberalismo y los de la democracia no son retóricos, y no solamente tienen que ver con la libertad de los modernos sino, más aún si cabe, con la libertad de los contemporáneos.

La conclusión obtenida a partir de la comparación entre ambas libertades, a pesar de admitir matices, da en el clavo: *Así entre los antiguos el individuo, soberano, casi habitualmente en los negocios públicos, era esclavo en todas sus relaciones privadas* (Constant, 1988: 67 ss.).

Tampoco está desfasada otra opinión que aparece en el texto del discurso: *Los antiguos, como dice Condorcet, no tenían noción alguna de los derechos individuales*. También hemos de agradecer a B. Constant los elogios al valor de la independencia y la libertad individual, la insistencia en que el individuo tiene ciertos derechos que la autoridad siempre tiene que respetar, la compatibilidad entre la libertad individual y la libertad política, la defensa de un sistema representativo siempre vigilado y responsable ante sus representantes, la llamada de atención frente a la despolitización, creada por un exceso de dedicación a la independencia privada y a los intereses particulares, olvidando los generales (políticos), y finalmente la propuesta de combinar las dos libertades, excluyendo los defectos de una interpretación inflexible de una y otra.

Las reflexiones de B. Constant no solamente reflejan un conflicto político real, al que deseó dar salida el liberalismo priorizando al individuo y sus derechos. También es una apuesta que mantiene su vigencia hoy como respuesta a cualquier tipo de colectivismo democrático.

En muy notables reflexiones sobre la democracia actual encontramos utilizada la democracia ateniense y a B. Constant como pretexto. Uno de los primeros autores actuales, preocupados por objetar la tendencia a encontrar demasiadas semejanzas entre la democracia ateniense y la democracia contemporánea, ha sido Moses I. Finley (1980: 93). En su libro *Vieja y nueva democracia* podemos hallar argumentos en ese sentido. Así, frente a la idealización de la isegoría o libertad de expresión, nos dice que *por más que los atenienses la estimaran preciosa y la practicasen, no concederían, empero, que la Asamblea no tuviera el derecho de interferir en ella (...) La libertad designaba el imperio de la ley y la participación en el proceso de tomar las decisiones, no la posesión de derechos inalienables*.⁸

En sentido similar, para Jean-Pierre Vernant (1993: 29), *el individuo no aparece nunca ni como depositario de derechos universales inalienables, ni como una persona, en sentido moderno del término, dotada de una vida interior específica, o sea, del mundo secreto de su subjetividad, originalidad fundamental de su yo*.

El espíritu del discurso de B. Constant hace su aparición en los trabajos de Giovanni Sartori (1988: 353 ss.), quien pone el acento fundamentalmente en el individualismo de la democracia moderna, rasgo desconocido para la democracia griega. *Los antiguos -escribe- no reconocían al individuo como persona, como un "yo privado" merecedor de respeto, ni podían reconocerlo por la razón obvia de que dicha concepción es producto del Cristianismo y fue potencialmente desarrollada por el Renacimiento, por el Protestantismo y por la escuela moderna del Derecho Natural (...) Por tanto, la diferencia básica entre las concepciones antigua y*

⁸ Ver, también, Finley, Wiston y Garnsey (1989: 36 ss.).

moderna de la libertad se encuentra precisamente en que nosotros creemos que el hombre es más que un ciudadano del Estado.

Y mientras autores como Anthony Arblaster (1992: 41) hablan de relaciones de interés, la falta de continuidad entre la democracia ateniense y la democracia moderna liberal ha sido subrayada por Robert A. Dahl y David Held.

Para el primero, las principales limitaciones de la democracia ateniense se encuentran en que *tanto en la teoría como en la práctica, la democracia griega era exclusiva o excluyente en dos sentidos: en un sentido interno y en un sentido externo. Además, no reconocían la existencia de una pretensión universal de libertad o igualdad, o al goce de derechos ya sea políticos o, en líneas más generales, humanos. La libertad era un atributo de los miembros de una ciudad particular (o sea, de sus ciudadanos), no de los miembros de la especie humana (Dahl, 1992: 32 ss.).*

Para el segundo, aunque *el desarrollo de la democracia en Atenas ha constituido una fuente fundamental de inspiración para el pensamiento político moderno, y sus ideales políticos -igualdad entre ciudadanos, libertad, respeto a la ley y a la justicia- han modelado el pensamiento político de occidente durante siglos, en cambio, la moderna noción liberal del ser humano como "individuo" con "derechos", no puede remontarse a Atenas, pues los derechos no eran atributos del individuo privado. Además, dado que el concepto de ciudadanía es sumamente restrictivo, la democracia ateniense se caracteriza por su exclusivismo: la legendaria democracia -señala- estaba íntimamente unida a lo que podría denominarse la tiranía de la ciudadanía (Held, 1991: 30 ss.).*

5. Los derechos humanos universales y la ciudadanía cosmopolita

La historia de los derechos humanos es la historia de una idea en continua expansión. A partir de los primeros derechos, en los inicios del mundo moderno, que intentan un marco de seguridad y autonomía frente al poder político estatal, piénsese en la libertad religiosa o en el *habeas corpus*, ha tenido lugar una ampliación y acumulación en el contenido de los derechos. Ante la continua evolución en las necesidades sociales, fruto a su vez de transformaciones históricas en el marco religioso, cultural, político o económico, el Derecho estatal ha ido sumando nuevos derechos positivos cuya fuente de legitimidad se encontraba en nuevos contenidos éticos. Hoy el campo de los derechos humanos es el fiel reflejo de todos los campos relevantes en el orden social. Hoy los derechos humanos, incorporados a las Constituciones nacionales y a textos internacionales, representan esa ética de mínimos, común a toda sociedad que intenta respetar las básicas exigencias éticas de una vida digna, las libertades cívicas y políticas, la seguridad, la autonomía y la pretensión de crear respuestas eficaces que actúen como respuestas reparadoras de las desigualdades sociales y económicas. Actualmente los derechos humanos representan un código de comportamiento común que puede compartirse en el ámbito público por culturas, religiones o ideologías políticas distintas.

La vocación de universalidad, es decir, de hacer de cada derecho algo que puede ser universalizable y no algo sometido a cualquier elemento o dato parcial, fruto de la identidad de una cultura determinada o de una característica individual concreta, es la principal aportación a nuestro mundo plural y complejo. Hay quien ha hablado de los derechos humanos como la religión de nuestro tiempo. Convendría matizar que sí podría serlo como religión laica o religión de los ciudadanos,

perfectamente compatible y conviviente con las religiones en el sentido tradicional y auténtico del término.

La historia de los derechos humanos, también, ha hecho evolucionar el papel y ámbito de actuación del Estado moderno. Es bien sabido que los primeros derechos se arrancan al Estado y nacen enfrentados al Estado absoluto, al que se le pide una actitud de no intervención o interferencia. Con el paso del Estado absoluto al Estado liberal, en un principio, y liberal-democrático más tarde (es el tiempo de las declaraciones liberales y de la introducción de los derechos en la Constitución) los derechos cívicos y políticos son reconocidos y garantizados en su ejercicio bajo el amparo del Estado liberal democrático. Con la aparición y desarrollo del Estado social de Derecho, los derechos, sobre todo económicos y sociales, pueden satisfacer sus exigencias gracias al Estado y a sus prestaciones.

Finalmente, conviene advertir que la historia expansiva y acumulativa de los derechos humanos va construyendo diferentes modelos, también expansivos y acumulativos, de ciudadanía.

T.H. Marshall (1998: 37), en su conocido texto *Ciudadanía y clase social*, señaló que *la ciudadanía es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica.*

Queda claramente reflejado en esta definición el nexo entre ciudadanía y derechos. El ciudadano es el que tiene derechos y, además, el máximo número de derechos que se puede tener. Por ello cualquier exclusión en la ciudadanía significa disminución de los derechos reconocidos.

25

T.H. Marshall (1998: 23) propone tres tipos de ciudadanía o una división de la ciudadanía en tres partes, que viene impuesta no por *la lógica sino por la historia*. *Llamaré -escribe- a cada una de estas partes o elementos, civil, política y social. El elemento civil se compone de los derechos necesarios para la libertad individual: libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y religiosa, derecho a la propiedad y a establecer contratos válidos y derechos a la justicia. Este último es de índole distinta a los restantes, porque se trata del derecho a defenderse y hacer valer el conjunto de los derechos de una persona en igualdad con los demás, mediante los debidos procedimientos legales. Esto nos enseña que las instituciones directamente relacionadas con los derechos civiles son los tribunales de justicia. Por elemento político entiendo el derecho a participar en el ejercicio del poder político como miembros de un cuerpo investido de autoridad política o como elector de sus miembros. Las instituciones correspondientes son el parlamento y las juntas de gobierno local. El elemento social abarca todo el espectro, desde el derecho a la seguridad y a un mínimo bienestar económico al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad. Las instituciones directamente relacionadas son, en estos casos, el sistema educativo y los servicios sociales.*

Es necesario tener en cuenta que este texto aparece en el escrito de T.H. Marshall bajo el título *El desarrollo de la ciudadanía hasta finales del siglo XIX*. Con ello se pretende decir que los tres elementos de la ciudadanía -civil, política y social- siendo los básicos e imprescindibles, deben ser complementados con nuevos elementos, es decir, también nuevos derechos, aparecidos en el siglo siguiente y que no encajan parcial o totalmente en el ámbito de los derechos cívicos, políticos y sociales. Hecha esta aclaración, podemos seguir manteniendo la definición anterior,



según la cual ser ciudadano significa ser miembros de pleno derecho de una comunidad.

Pues bien, la exigencia ética derivada, hoy por hoy, del respeto al valor o dignidad de cada persona humana (individualismo moral o primacía moral de cada individuo concreto) nos traslada irremediabilmente a un nuevo marco donde la universalidad de los derechos significa una ciudadanía no parcial, ni menos aun excluyente ni exclusiva de un grupo social, sino universal, una igualdad básica en la conformación del hecho de ser miembro de pleno derecho y una comunidad también universal. El derecho a tener derechos, que es el primer requisito para proteger el valor del ser humano o su dignidad, precisa de un sujeto universal y de una igualdad en cuanto a los derechos que han de ser reconocidos. Cualquier ventaja en el ejercicio de los derechos para un grupo social del tipo que sea, significa un paso atrás en la universalidad. Si una exigencia moral no puede universalizarse, nunca podrá pertenecer a la categoría de los derechos humanos.

Tiene razón A.E. Pérez-Luño (2000: 39 ss.) cuando ha insistido en que *desde la génesis de los derechos humanos en la Modernidad o su actual significación que se desprende de la Declaración de la ONU, la universalidad es un rasgo decisivo para definir a estos derechos. Sin el estatuto de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos (...) Los derechos humanos o son universales o no son derechos humanos, o podrían ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.*

26

También A.E. Pérez-Luño nos hace la advertencia imprescindible de que *la universalidad no puede ser un dogma o un mero principio apriorístico ideal y vacío de contornos tan etéreos que terminan por no significar nada (...) Para evitarlos, será necesario completar la dimensión deontológica de la universalidad, en cuanto ingrediente básico del concepto de los derechos humanos, con el compromiso para su vigencia a través de la comunicación y el consenso entre hombres y pueblos.*

Pues bien, no creo que sea muy difícil establecer como fundamento de los derechos humanos, un consenso acerca de las exigencias más irrenunciables que proclama el respeto al valor de la persona humana (aunque sea partiendo de la comprobación empírica de situaciones de indignidad en las que se ven sumidos los seres humanos). De esas exigencias irrenunciables, de la necesidad de respeto y del rechazo generalizado de las condiciones de una vida indigna podemos pasar a expresar valores morales universales que más tarde permitan construir una gama de derechos universalizables. La tarea no está exenta de complicaciones, riesgos y trampas, tanto teóricas como prácticas, pero es inevitable para poder seguir hablando de derechos fundamentales o básicos.⁹

Uno de los frentes más enérgicos que tiene abiertos una teoría actual de los derechos humanos es la lucha contra todo tipo de exclusión que pueda defundamentar o dejar de reconocer y garantizar cualquier tipo de derechos fundamentales para cualquier persona o grupo social.

⁹ Me he ocupado de algunos de estos problemas en Fernández (2001a).

Y ahora conviene caer en la cuenta de que derechos proclamados universales precisan, también, instituciones políticas y jurídicas que los reconozcan y garanticen y que actúen en un marco de vigencia y efectividad universal. El sujeto de los derechos humanos, convertido en ciudadano del mundo, precisa instituciones cosmopolitas. El lento y complicado caminar en ese sentido no ha hecho más que acentuar la importancia y corrección de esa idea. Sus dificultades siempre nos recuerdan que el marco de la tradicional soberanía estatal y de los Estados actualmente existentes, a pesar de que en algunos casos han demostrado y demuestran su eficacia e inmediatez, son estructuras insuficientes a la hora de garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Tampoco nos hemos acostumbrado a hablar claramente de las intervenciones humanitarias de la comunidad internacional en la política interior de un Estado, con el fin de detener la vulneración sistemática y continuada de los derechos humanos y la transgresión evidente del Derecho internacional de los derechos humanos (Ignatieff, 2003: 45 y 62 ss.). Y es que por medio hay mucho miedo, muchos intereses y demasiada diplomacia cínica e hipócrita.

Los derechos humanos universales precisan un régimen político y jurídico universal para su protección. No creo que exista otra solución. ¿Significa esto la construcción de un Estado mundial? Y, en ese caso, ¿cómo evitar un gobierno mundial que actúe despóticamente?

Tenemos la suerte de que I. Kant en *Hacia la paz perpetua* se planteó esas mismas preguntas y las respondió de una manera que hoy nos es muy útil.

Kant (1985: 24 ss.) proclamó, en esta obra, un segundo artículo definitivo para la paz perpetua que reza *El derecho de gentes debe fundarse en una federación de Estados libres*. Para él, la paz (un imperativo de la moral que es el marco adecuado para los derechos fundamentales) *no puede establecerse o garantizarse ciertamente, sin un pacto entre los pueblos (...) Los Estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conducen a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes) y formar un Estado de pueblos (civitas gentium) que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra*.

Recuérdese que, para Kant, el primer artículo definitivo para la paz perpetua dice que *La Constitución civil de todo Estado debe ser republicana*, algo semejante a lo que hoy entendemos por Estado de Derecho, con lo cual la federación a establecer es una federación de Estados libres, republicanos, o Estados de Derecho.

Esta federación, que es también una separación de Estados, es mejor según la idea de la razón, que su fusión *por una potencia que controlase a las demás y que se convirtiera en una monarquía universal, porque las leyes pierden su eficacia al aumentar los territorios o gobiernos y porque un despotismo sin alma cae al final en anarquía, después de haber aniquilado los gérmenes del bien* (Kant, 1985: 40).¹⁰

El marco, por tanto, adecuado para una comunidad de miembros con igualdad de derechos humanos básicos, es una sociedad cosmopolita regida por un Estado de Derecho democrático y también cosmopolita. La lectura de Kant nos puede ayudar mucho a la hora de tratar estas cuestiones. Como ha señalado J.

¹⁰ Pueden consultarse los trabajos de Habermas (2002: 147 ss.); Muguerza (1996: 347 ss.); y el capítulo final titulado "La idea de humanidad y el proyecto de paz universal" del libro de Lefort (2007: 325 ss.).



Habermas (2000: 140): *El modelo normativo para una comunidad que no tiene la posibilidad de exclusión es el universo de personas morales, el “reino de los fines” de Kant. No es casual por lo tanto que en una sociedad cosmopolita sean sólo los “derechos humanos” los que conformen el marco normativo de la misma, es decir, las normas jurídicas con un exclusivo contenido moral.*¹¹

Y unas líneas más tarde enfatizará: *Mientras que la solidaridad de los ciudadanos de un Estado está arraigada en una particular identidad colectiva, la solidaridad colectiva, la solidaridad cosmopolita debe apoyarse exclusivamente en el universalismo moral expresado en los derechos humanos*, lo que hace, entre otras cosas, que dirijamos nuestra atención al tercer artículo definitivo kantiano para la paz perpetua, donde leemos: *El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de la hospitalidad universal.*

La comunidad de los derechos humanos o sociedad cosmopolita regida por una democracia cosmopolita (federación de Estados social y democráticos de Derecho) debe luchar contra toda exclusión, tanto interna como externa. En un mundo globalizado, con muy marcadas diferencias entre países pobres y ricos, un sector más importante de los excluidos lo representan los que se ven obligados a emigrar por razones económicas. Son muchos los pasos que hay que dar aquí a favor de esa sociedad cosmopolita, aunque siempre hay que hacerlo de una manera prudente y equilibrada. Una política de absolutas puertas abiertas es, hoy por hoy, una irresponsabilidad, aunque los países ricos tienen la obligación moral y política de actuar generosamente y no guiarse exclusivamente con criterios económicos y mercantilistas.

Además, como ha escrito Zygmunt Bauman (2006: 72 ss.): *Gracias a los inmigrantes que proceden de lugares remotos, el “choque de civilizaciones” del que habla Samuel Huntington se ha transformado de repente en un encuentro de vecinos (...). Si hay seres humanos que respetan y aprecian a otros seres humanos y se esfuerzan en dialogar con ellos, de pronto las diferencias culturales dejan de ser un casus belli.*

Otras cuestiones que tienen que ver con la solidaridad internacional, en el marco de una comunidad cosmopolita de derechos iguales, es el de las intervenciones y presiones humanitarias y, más concretamente, de las intervenciones de carácter bélico, que han de ser excepcionales, limitadas, controladas por el Derecho internacional, eficaces, de corta duración y teniendo muy en cuenta los daños en la población civil.

Creo que tiene razón Peter Singer (2003: 161) cuando ha defendido que *una ética global no deberá detenerse ante las fronteras nacionales ni otorgar a éstas mayor importancia de la que tienen. La soberanía nacional no tiene un valor moral intrínseco. El valor moral de la soberanía nacional proviene del papel que desempeña un principio internacional que exige respeto por la soberanía nacional, bajo circunstancias normales, en la promoción de unas relaciones pacíficas entre los Estados.*

Y sobre las tantas veces criticada lentitud e ineficacia de las actuaciones de la ONU, dice: *Las Naciones Unidas deberían, dentro de los límites de sus capacidades, autorizar una intervención para detener crímenes contra la humanidad, allí donde es razonable hacerlo sin provocar más daño del que exista. Esto sugiere la existencia no únicamente de un derecho a intervenir, sino, en circunstancias*

¹¹ Ver, también, el posterior trabajo de Habermas (2006: 315 ss.).

apropiadas, de un deber de intervención. Para poder hacer esto, las Naciones Unidas necesitan poder basarse en la suficiente fuerza militar como para hacer posible que la intervención sea efectiva (2003: 157).¹²

Y un último problema dentro de este apartado: la democracia cosmopolita. Los derechos humanos, ética universal y cosmopolita, necesitan ser reconocidos y protegidos no solamente por los gobiernos locales de los Estados nacionales, sino por unas instituciones que englobarían un poder legislativo y ejecutivo cosmopolitas y tribunales internacionales o poder judicial cosmopolita. A todo ese conjunto de poderes, que integrarían un Estado de Derecho en el plano global, podemos denominarlo democracia cosmopolita. El Estado-nación va a seguir ocupando un papel político de primera magnitud y, a veces, más rápido y efectivo. Sin embargo, desde la perspectiva de una democracia cosmopolita, su función es limitada e insuficiente.

El centro del pensamiento democrático se traslada a instituciones jurídicas y políticas internacionales, única manera de respetar y garantizar los derechos humanos en el plano cosmopolita y de luchar por su auténtica vigencia universal.

Hoy existen mecanismos, y falta con frecuencia, voluntad política, para crear una comunidad política cosmopolita. Si la fórmula del Estado mundial es poco realista y no deseable, no ocurre lo mismo con una federación de Estados de Derecho organizados por reglas democráticas. Algunos autores actuales han hablado de que hay que repensar la democracia desde planteamientos cosmopolitas que valgan para el orden internacional. Así, por ejemplo, David Held (1997: 321) ha desarrollado suficientemente ese modelo cosmopolita de democracia, al sostener que *promovería la creación de un poder legislativo y un poder ejecutivo transnacionales, efectivos en el plano regional y en el global, cuyas actividades estarían limitadas y contenidas por el Derecho democrático básico.*¹³

Por lo que parece, no es un problema de falta de medios o recursos para llevarlo a cabo, como de voluntad política de los Estados nacionales que regularmente no quieren perder privilegios ni ver afectados negativamente sus intereses. Pero, sin duda, es una buena prueba si quieren mostrar su fe en los derechos humanos y en la democracia.

Sin embargo, esta idea de democracia cosmopolita parece que debería ser completada, por lo menos, en dos puntos.

En primer lugar, la democracia cosmopolita debe propugnar un nuevo orden internacional basado en una cultura política de mínimos, constituida por los derechos humanos más básicos. En los demás aspectos no tiene por qué existir consenso o coincidencia. Dicho de otra manera: la cultura política de la democracia cosmopolita debe compatibilizarse con el pluralismo cultural. En caso de conflicto entre el reconocimiento y protección de los derechos humanos (que tienen que ver con la integridad física y moral, con las libertades de opinión y expresión, con las libertades políticas necesarias para el funcionamiento de la democracia y con el derecho a la supervivencia económica y con la igualdad moral, legal, política y social) y, de otro lado, el mantenimiento de las identidades culturales, debería darse siempre prioridad a los derechos, que son los que conforman la ética consensuada y de mínimos.

¹² Ver mi trabajo en Fernández (2001b: 62 ss.).

¹³ Ver la tabla 12.1, en pp. 322 y 323. Entre los autores que ven con escepticismo todo esto puede citarse a Zolo (2000).

En palabras de M. Ignatieff (2003: 79): *Un régimen universal para la protección de los derechos humanos debe ser compatible con el pluralismo moral. Es decir, debe ser posible mantener regímenes de protección de los derechos humanos en civilizaciones, culturas y religiones muy diversas, cada una de las cuales discrepa de las otras acerca de lo que debe ser la buena vida. Otra forma de expresarlo es la siguiente: las personas de diferentes culturas pueden seguir estando en desacuerdo sobre lo bueno, pero en cualquier caso están de acuerdo en lo que es insoportable e injustificablemente malo.*

En segundo lugar hay que evitar que las instituciones políticas y jurídicas de la democracia cosmopolita se vean y comporten como algo alejado y distanciado de los ciudadanos. El cosmopolitismo debe ganarse la confianza, la ilusión y la lealtad de los ciudadanos; una confianza y una lealtad que no pretenda sustituir los lazos existentes entre el ciudadano y su patria, sino complementarlos con una unión más abierta y amplia. En un libro de hace unos años señalaba con preocupación este problema, apuntando como solución posible la proclamación de una doble nacionalidad (cosmopolita y nacional) y la defensa de un patriotismo cosmopolita *que desde solidaridades particulares e inmediatas pasa, en un segundo momento, a las más generales y distanciadas.*

También expresaba mi escepticismo ante la creación de instituciones internacionales demasiado superficiales, proclamaba que la diversidad cultural¹⁴ es mejor que cualquier uniformidad forzada (evidentemente se excluye la diversidad que atenta contra los derechos humanos) y añadía: *Me produce gran zozobra que se desee crear un futuro de ciudadanos desarraigados. Los valores cosmopolitas nunca van a sustituir al ideal de pertenencia a comunidades más pequeñas, comunidades con las que nos identificamos y que conforman el contexto de nuestra existencia cotidiana. Unos y otros deben complementarse entre sí, pero no reemplazarse* (Fernández, 2001a: 13 ss.)¹⁵.

30

6. Justicia e injusticia de las fronteras nacionales o territoriales

La idea de ciudadanía cosmopolita, que representa el modelo de ciudadanía que mejor responde a las exigencias -traducidas en derechos- del respeto a la dignidad humana, está llamada a funcionar como un ideal que debe servir para marcar el camino a seguir. Sin embargo, es posible que por largo tiempo tenga que convivir con las formas de ciudadanía derivadas de la pertenencia a territorios específicos y concretos, no producto de la arbitrariedad ni del azar sino resultado de procesos históricos ya irreversibles, aunque no inmutables. Las fronteras son un hecho que puede flexibilizarse -piénsese en las existentes entre los países miembros de la Unión Europea- pero que difícilmente va a desaparecer. Por el momento parece que está fuera de toda duda su necesidad, aunque la aplicación del ideal de ciudadanía cosmopolita nos exige, aquí y ahora, su progresiva permeabilidad. Pero, ¿está justificado moral y políticamente su mantenimiento? Como ha señalado recientemente Will Kymlicka (2006: 35), desde una perspectiva liberal igualitarista -que es la suya, pero también la que aquí se mantiene- *no queda claro si el igualitarismo liberal puede justificar satisfactoriamente la existencia de fronteras territoriales, sobre todo si estas fronteras impiden a los individuos circular libremente, vivir, trabajar y votar en cualquier parte del globo que juzguen conveniente.*

¹⁴ Z. Bauman (2006: 37) habla "del arte de vivir en paz y armonía con la diferencia" beneficiándonos de ella.

¹⁵ Todo esto no es ajeno a los planteamientos entre liberales y comunitaristas. Al respecto puede consultarse el libro de Pérez de la Fuente (2005).

Como también apunta este autor, la lógica de los principios liberal igualitarista, dentro de los cuales ocupa un lugar superior la igualdad moral de las personas, debería conducirnos inexcusablemente a defender la apertura de las fronteras, *aunque los Estados puedan conservar sus límites territoriales, éstos no deben constituir obstáculos para la movilidad, y el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no debe depender del lado de la frontera en que se haya nacido* (Íd.: 37).

Desde la vertiente liberal igualitarista se acumulan además las complicaciones. Ello se debe a que, por un lado, hay que saber sortear la propuesta de una política de fronteras abiertas, cuya radicalidad e ingenuidad están tan alejadas de la práctica de las democracias liberales que no puede tomarse realmente en serio. Por otro lado, hay que tener preparadas las respuestas a las preguntas impertinentes sobre el trazado de las fronteras. Si las fronteras existentes *son en mayoría el producto de injusticias históricas y si la mayoría en cualquier territorio concreto no desea seguir formando parte del Estado al que pertenece - quizá porque desde el principio fueron injustamente incorporados a este Estado-, ¿por qué no puede permitírseles la secesión, o la unión con otro Estado?* (Íd.: 2006: 39). En definitiva, de existir fronteras, ¿es pertinente su redefinición?

Como puede fácilmente advertirse, a pesar de nuestra posible antipatía a la hora de tomar en consideración ambos hechos incómodos no podemos, por coherencia, desembarazarnos de la exigencia de tomarlos en serio. Otra cosa es que deseemos o podamos darles una respuesta adecuada. Una posible respuesta, la realista y pragmática, es la invocación al Derecho internacional existente y a la práctica de las democracias liberales, pero con ser la ya existente, no tiene por qué satisfacernos plenamente desde la lógica de los principios antes invocados. Tanto la propuesta de fronteras abiertas, como la de redefinición de las fronteras existentes, son dos poco amistosas contrariedades que nos van a seguir acompañando durante mucho tiempo.

En un trabajo anterior, dedicado a la idea de patriotismo constitucional, apuntaba que el sentimiento de pertenencia a una sociedad cosmopolita nunca va a poder sustituir satisfactoriamente el sentimiento de pertenencia a comunidades nacionales concretas. Son necesarios ambos sentimientos y ambos conceptos de ciudadanía. Y allí, y en un libro anterior titulado *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, abogué a favor de un patriotismo cosmopolita, que *de solidaridades y lealtades particulares se dirige hacia solidaridades y lealtades cosmopolitas y que se apoyan entre sí para evitar tanto el patriotismo excluyente e inmoderadamente nacionalista, como un cosmopolitismo insulso y sin contenidos* (Fernández, 2004: 328).¹⁶

Esta postura significa mirar desde una perspectiva revisada la cuestión de la justificación y el mantenimiento de las fronteras territoriales. Y coincidir con autores como J. Rawls¹⁷, cuando ha escrito que: *En ausencia de un Estado mundial, debe*

¹⁶ Como ha indicado Javier Muguerza (2007: 542): "De modo que ser cosmopolita es saber levantar el vuelo, pero sin renunciar a las raíces. Y es estar enraizado, pero sin dejarnos por ello recortar las alas."

¹⁷ Para J. Rawls (2001: 52): "Del carácter históricamente arbitrario de las fronteras no se deduce que su función en el derecho de gentes carezca de justificación. Por el contrario, insistir en su arbitrariedad constituye una equivocación. En ausencia de un Estado mundial, debe haber fronteras de alguna clase, que parecen arbitrarias si se las considera de manera aislada y que dependen hasta cierto punto de circunstancias históricas". Unas líneas más abajo, pero en el mismo párrafo, habla del "deber de asistencia que tienen los pueblos razonablemente justos, liberales y decentes con respecto a sociedades afectadas por condiciones desfavorables".



haber fronteras de alguna clase, o con M. Walzer¹⁸ cuando apunta que un pueblo tiene derecho a limitar la inmigración si no quiere poner en peligro su cultura política y constitucional, o con Étienne Balibar¹⁹, quien al mismo tiempo que defiende la democratización de las fronteras, nos advierte de que ello no significa la apertura absoluta o su supresión.

Además, desde la perspectiva liberal igualitarista Will Kymlicka (2006: 45) piensa que se pueden añadir nuevos datos e ideas al debate sobre las fronteras, uno de los más apremiantes e importantes hoy. Como bien señala, las fronteras que hoy definen la demarcación territorial de los Estados-nación democráticos contemporáneos no solo *indican a qué Derecho estamos sometidos y qué personas e instituciones ejercen autoridad sobre el territorio; también definen un cuerpo de ciudadanos -una comunidad política- que se percibe como totalidad de la soberanía, y cuya voluntad e intereses conforman los estándares de la legitimidad política*. Y esto es tan válido para los Estados-nación paradigmáticos (Inglaterra, Francia, Alemania e Italia), como para los Estados multinacionales (cita a Canadá, Suiza, Bélgica y España).²⁰

En definitiva, lo anterior juega en el sentido de que parece lógico que frente a la pregunta: *¿qué deben hacer los Estados cuando los extranjeros quieren cruzar las fronteras y entrar en el territorio nacional?*, la respuesta sea que *la admisión en las democracias liberales se regule de tal manera que se proteja a la comunidad nacional*. El control de las fronteras significa el control en la admisión de los extranjeros y el establecimiento de condiciones *que los alientan a presionar para que se integren en la comunidad nacional*. Sin embargo, es importante recalcar que esta práctica de las democracias liberales, manifiestamente mejorable, se encuentra tan lejos de la utópica de fronteras abiertas como de una política xenófoba *que cierre las fronteras a todos los extranjeros, o que niegue la ciudadanía a los extranjeros que viven en el país (Íd.: 64)*²¹. Dando un paso más que en el que nos ha situado W. Kymlicka, se podría opinar que, tomando como base políticas que hoy ya se van elaborando, hay mucho camino aun por recorrer, en el sentido de una real igualdad de oportunidades en el terreno de la ciudadanía y que es obligación moral y política de los países receptores, por ejemplo en el tema de la inmigración, actuar no solamente con arreglo a la legalidad democrática sino también con suficiente generosidad.

¹⁸ Para M. Walzer (1993: 51): "A cierto nivel de organización política, algo semejante al Estado soberano debe adquirir forma y reclamar la autoridad a fin de elaborar su propia política de admisión, y a fin de controlar y en ocasiones restringir el flujo de inmigrantes. Pero este derecho a controlar la migración no incluye ni lleva implícito el derecho a controlar la emigración."

¹⁹ Étienne Balibar (2003: 94 y 175 ss.) indica: "Yo no lo confundo (se refiere a la democratización de las fronteras) con una apertura absoluta o una supresión de las fronteras, cosa que no serviría más que para la extensión de un capitalismo salvaje en el que los hombres son admitidos o rechazados en los lugares de producción como mercancías, es decir, como simples materias primas útiles o inútiles (...) De lo que aquí se trata es, más bien, de negociar el paso de las fronteras a escala de movimientos de circulación y de emigración planetaria de las poblaciones, de las que Europa es uno de sus polos de atracción, en lugar de hacer de esto el objeto de unas decisiones políticas unilaterales y de un desarrollo de prácticas y de ideologías de seguridad más extremas: lo que llamamos la 'Europa fortaleza'. Se trata también de comenzar a gestionar de esta forma un derecho universal de circulación y de residencia que incluya la reciprocidad de las aportaciones culturales y de los contactos de civilizaciones."

²⁰ También añade, al respecto, que "por supuesto, las fronteras de los Estados rara vez coinciden exactamente con las identidades nacionales de los pueblos" (Kymlicka, 2006: 47).

²¹ La idea de fronteras porosas para los inmigrantes y la de que "la condición de forastero no debería a uno excluir de los derechos fundamentales", defendidas por Seyla Benhabib (2005: 15) parecen muy aceptables.

Debe ser superado un concepto de ciudadanía que se ha convertido en fuente de profundas discriminaciones. Ello es incompatible con el principio de dignidad humana, es decir, con el valor moral igual y la exigencia del mismo respeto para cada uno de los seres humanos. Sin embargo, la idea de ciudadanía abierta, aun con el mantenimiento de las fronteras territoriales, cada vez más permeables, parece que sigue contando con buenas razones a su favor. Caben, por supuesto, otras opciones más radicales (en el sentido de que van más a las raíces del problema), como es la de la desaparición del mismo concepto de ciudadanía. Es la desarrollada, por ejemplo, por Luigi Ferrajoli (2004: 119), quien ha escrito: *La exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales es alcanzar -sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instalado a través de convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías- un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como status privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal.*

Sin embargo, a pesar del interés de las propuestas de L. Ferrajoli, es correcto pensar que la necesaria instauración, en el ámbito mundial, de un Estado de Derecho social y democrático, debe seguir el camino de la confederación de Estados republicanos propuesta por I. Kant en su obra de 1795 *Hacia la paz perpetua*²². Una vez admitida esa vía, para la consecución del objetivo final se hace necesario el mantenimiento del Estado nacional democrático-liberal y de la figura de la idea de ciudadanía según ese modelo, pero ampliándose hacia la inclusión e integración del extranjero.

Una vez más podemos seguir los consejos de I. Kant (1985: 63 ss.), quien en su Tercer artículo definitivo para la paz perpetua, *El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de la hospitalidad universal*, escribió: *Se trata en este artículo, como en los anteriores, de derecho y no de filantropía, y hospitalidad significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro (...) No hay ningún derecho de huésped en el que pueda basarse esta exigencia (para esto sería preciso un contrato especialmente generoso, por el que se le hiciera huésped por cierto tiempo) sino un derecho de visita, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra (...).*²³

7. Conclusiones

De las ideas desarrolladas en el presente trabajo se puede recalcar que el concepto de ciudadanía es clave a la hora de analizar y valorar la calidad de las democracias contemporáneas. La consideración de ciudadano reivindica una situación de dignidad, autonomía, libertad e igualdad, base y fundamento de los derechos humanos básicos. El recuerdo de esa sorprendente y brillante experiencia histórica que nos brinda la democracia ateniense sirve como excusa para ver con claridad la necesidad de conectar la idea de ciudadanía democrática con el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de cada ser humano. Y eso solamente es posible si nos situamos en el marco de una ciudadanía cosmopolita y no excluyente. Pero en este momento aparece un nuevo reto a solucionar: ¿qué papel han de ocupar las fronteras nacionales o territoriales? Su

²² Ver, al respecto, Benhabib (2005: 156). También sobre estos puntos se puede consultar el interesante libro de Llano Alonso (2002: 75 ss. y 153 ss.).

²³ Ver, al respecto, el cap. 1, "Sobre la hospitalidad: una relectura del derecho cosmopolita de Kant", del libro de Benhabib (2005: 29 ss.).



simple desaparición quizá sea una propuesta demasiado rápida e irresponsable. Una vuelta al estado de naturaleza hobbesiano que no nos podemos permitir. No obstante, puede que la justicia se encuentre del lado de la desaparición de sus rasgos y consecuencias más inhumanas.

Bibliografía

- ARBLASTER, A. (1992), *Democracia*, Alianza Editorial, Madrid.
- ARISTÓTELES (1989), *Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BALIBAR, É. (2003), *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Tecnos, Madrid.
- BAUMAN, Z. (2006), *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*, Arcadia, Barcelona.
- BENHABIB, S. (2005), *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona.
- BOBBIO, N. (1984), *Il futuro de la democrazia*, Giulio Einaudi editore, Torino.
- CANFORA, L. (2014), *El mundo de Atenas*, Anagrama, Barcelona.
- CASTORIADIS, C. (2005), *Los dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*, Gedisa, Barcelona.
- CONSTANT, B. (1988), *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Tecnos, Madrid.
- DAHL, R. A. (1992), *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona.
- DE LUCAS, J. (2005), “La integración política como condición del modelo de integración”, en *Documentación Social*, Núm. 139, monográfico “Ciudadanía”, Madrid.
- DE ROMILLY, J. (1974), *Problèmes de la démocratie grecque*, Hermann, París.
- ELORDUY, E. (1972), *El estoicismo*, Gredos, Madrid.
- FARRAR, C. (1988), *The origins of democratic thinking. The invention of politics in classical Athens*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FERNÁNDEZ, E. (2001a), *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas del Instituto de derechos humanos-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ, E. (2001b), “Lealtad cosmopolita e intervenciones bélicas humanitarias”, en *Revista de Occidente*, Núm. 236-237, monográfico “Las Intervenciones humanitarias”, Madrid.
- FERNÁNDEZ, E. (2004), “El patriotismo constitucional”, en PECES-BARBA, G. y RAMIRO AVILÉS, M.A. (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2004), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- FINLEY, M.I. (1980), *Vieja y nueva democracia*, Ariel, Barcelona.
- FINLEY, M.I., WISTON, R.I. y GARNSEY, P. (1989), “Política y Teoría Política”, en FINLEY, M.I. (ed.), *El legado de Grecia. Una nueva valoración*, Crítica, Barcelona.
- GARCÍA GUAL, C. (1990), “La Grecia Antigua”, en VALLESPÍN, F. (ed.), *Historia de la Teoría Política*, Alianza Editorial, Madrid.
- GINER, S. (2005), “Ciudadanía pública y sociedad civil republicana”, en *Documentación Social*, Núm. 139, monográfico “Ciudadanía”, Madrid.
- HABERMAS, J. (2000), *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, J. (2002), “La idea kantiana de la paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años”, en HABERMAS, J., *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, J. (2006), “¿Una Constitución política para una sociedad mundial pluralista?”, en HABERMAS, J., *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona.
- HADOT, P. (2013), *La ciudadela interior. Introducción a las Meditaciones de Marco*

- Aurelio*, Alpha Decay, Barcelona.
- HELD, D. (1991), *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, Madrid.
- HELD, D. (1997), *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona.
- IGNATIEFF, M. (2003), *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona.
- JELLINEK, G. (1973), *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires.
- KANT, I. (1985), *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid.
- KNAUSS, B. (1979), *La polis. Individuo y Estado en la Grecia antigua*, Aguilar, Madrid.
- KYMLICKA, W. (2006), *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Trotta, Madrid.
- LEFORT, C. (2004), *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*, Anthropos, Barcelona.
- LEFORT, C. (2007), *El arte de escribir y lo político*, Herder, Barcelona.
- LONG, A.A. (1977), *La filosofía helenística*, Alianza Editorial, Madrid.
- LÓPEZ ARANGUREN, J.L. (1988), *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid.
- LLANO ALONSO, F.H. (2002), *El humanismo cosmopolita en Kant*, Dykinson, Madrid.
- MARCO AURELIO (1977), *Meditaciones*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid.
- MARSHALL, T.H. (1998), *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid.
- MONDOLFO, R. (1974), *El pensamiento antiguo. Historia de la filosofía greco-romana*, Losada, Buenos Aires.
- MUGUERZA, J. (1996), "Los peldaños del cosmopolitismo", en RODRÍGUEZ ARAMAYO, R. MUGUERZA, J. y ROLDÁN, C. (eds.), *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant*, Tecnos, Madrid.
- MUGUERZA, J. (2007), *La aventura de la moralidad (paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Alianza Editorial, Madrid.
- MUSTI, D. (2000), *Demokratía. Orígenes de una idea*, Alianza Editorial, Madrid.
- NUSSBAUM, M.C. (2003), *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística*, Paidós, Barcelona.
- PASQUINO, G. (2000), *La democracia exigente*, Alianza Editorial, Madrid.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005), *La polémica liberal-comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Dykinson, Madrid.
- PÉREZ-LUÑO, A.E. (2000), "La universalidad de los derechos humanos", en SORIANO DÍAZ, R., ALARCÓN CABRERA, C. y MORA MOLINA, J., *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida.
- PUENTE OJEA, G. (1974), *Ideología e historia. El fenómeno estoico en la sociedad antigua*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- RAWLS, J. (2001), *El derecho de gentes*, Paidós, Barcelona.
- RIST, J.M. (1995), *La filosofía estoica*, Crítica, Barcelona.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, F. (1993), *La democracia ateniense*, Alianza Editorial, Madrid.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, F. (1997), *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, Temas de Hoy, Madrid.
- ROUSSEAU, J.J. (1969), *Contrato Social*, trad. de Fernando de los Ríos, Espasa Calpe, Madrid.
- SARTORI, G. (1988), *Teoría de la democracia. Los problemas clásicos*, Alianza Universidad, Madrid.
- SEVILLA RODRÍGUEZ, M. (1991), *Antología de los primeros estoicos griegos*, Akal, Madrid.
- SEVILLA, S. (2014), Estudio Introductorio a los *Discursos y el Contrato Social* de

- J.J. Rousseau, Gredos, Madrid.
- SINCLAIR, R.K. (1999), *Democracia y participación en Atenas*, Alianza Editorial, Madrid.
- SINGER, P. (2003), *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona.
- TUCÍDIDES (2000), *Historia de la guerra del Peloponeso*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid.
- VERNANT, J.P. (1993), *El hombre griego*, Alianza Editorial, Madrid.
- VIDAL-NAQUET, P. (1992), *La democracia griega, una nueva visión*, Akal, Madrid.
- WALZER, M. (1993), *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ZAGREBELSKY, G. (2010), *Contra la ética de la verdad*, Trotta, Madrid.
- ZOLO, D. (2000), *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona.



¿Qué es (y que no es) gobierno abierto? Una discusión conceptual

César Nicandro Cruz-Rubio

*Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP
Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid
cesar.cruz.rubio@gigapp.org*

Resumen

Este documento tiene por objeto avanzar hacia una definición y clarificación de gobierno abierto como concepto. Se realiza con base en una revisión de los esfuerzos previos existentes, y de una revisión de la literatura sobre cómo comprender este concepto (como modo de actuación del gobierno o como modo o modelo de gobernanza). Este esfuerzo también clarifica qué es gobierno abierto a partir de oponer y contrastar este concepto en relación con conceptos similares o asociados, tales como gobierno electrónico o gobernanza electrónica.

Palabras clave

Gobierno abierto, gobierno electrónico, gobernanza electrónica.

What is (and what is not) open government? A conceptual review

Abstract

This paper aims to move towards a conceptual definition and clarification of “open government”. The paper is based on a review of existing previous efforts and a review of literature, related with how to understand open government as a mode of government action or as a governance model. This effort also clarifies what is open government from what *is not* open government, opposing and contrasting this concept in relation to similar such as e-government or e-governance.

Keywords

Open government, e-government, e-governance.

1. Introducción

El gobierno abierto avanza y se desarrolla como un nuevo enfoque relacional entre los gobernantes, las administraciones y la sociedad (Ramírez-Alujas, 2011b), cuyo alcance tiende a ser global, y en muchos sentidos aglutina a todo un conjunto de prácticas y tendencias de reformas estatales orientadas a transformar de una forma sustantiva (e irreversible tal vez) al sector público, su aparato administrativo, sus productos y las formas de interactuar con la sociedad a la que sirve.

Podría decirse que la emergencia del gobierno abierto se asocia en muchos sentidos con tres distintos procesos de naturaleza interdependiente ocurridos en las décadas recientes, y que han demostrado tener efectos de impacto global:

- a) a los avances tecnológicos, al incremento de la conectividad, el advenimiento de la Web 2.0 y el empoderamiento ciudadano de plataformas tecnológicas de comunicación.
- b) a las presiones ciudadanas por una mayor transparencia y *accountability*, la demanda de mayores y mejores espacios de participación y la emergencia de los nuevos movimientos sociales.
- c) a la consolidación de gobiernos relacionales y de la gobernanza (colaborativa y de redes) entendidas como formas de conducción sociopolítica (Mayntz, 2000) ya no emergente, sino predominante de coordinación y gestión de los asuntos públicos (Aguilar Villanueva, 2006).

En este escenario, las definiciones hasta ahora brindadas del concepto gobierno abierto han sido el resultado mayormente de los primeros dos incisos, sin tomar en cuenta, tal vez, que el enfoque del gobierno abierto, y su materialización, implica en muchos casos una transformación profunda sobre el modo en que ocurre la interacción sociopolítica, y que bien podría distinguirse de los modos de gobernanza hasta ahora conocidos y analizados en la literatura.

Entendemos por tanto necesario avanzar hacia una mejor definición de este concepto. Sabemos por ejemplo, que el concepto de gobierno abierto “sigue siendo demasiado abierto” (Ramírez-Alujas y Dassen, 2014) cuando se operacionaliza en iniciativas y compromisos de actuación. Desde distintas perspectivas y usando distintas metodologías (Longo, 2013; Clarke y Francoli, 2013) otros autores están ya planteando este tema, analizando lo que entienden los gobiernos y otros actores sociales e internacionales como gobierno abierto.

En este documento tomamos una ruta distinta, pues avanzamos hacia una definición y clarificación de gobierno abierto como concepto, identificando en primera instancia los valores o principios que le dan vida, así como clarificando que el gobierno abierto se refiere a fines a alcanzar (valores) pero también se refiere a medios (instrumentos), cuya consecución articularía nuevos (más complejos) modos de gobernanza.

Entendemos necesario este debate en la comunidad académica, si lo que se desea es desarrollar agendas de investigación y dar adecuadamente un *corpus* a este objeto de estudio emergente. Con base en una revisión de algunos de los esfuerzos de definición previos existentes, y de una revisión de la literatura sobre cómo definir este concepto (como modo de actuación del gobierno o como modo o modelo de gobernanza), este trabajo analiza varias definiciones del concepto y

ofrece una propuesta propia de definición. Se define gobierno abierto como *una filosofía político administrativa y como un nuevo paradigma o modelo de interacción sociopolítica*. Un apartado final clarifica qué es gobierno abierto a partir de oponer y contrastar este concepto en relación con conceptos similares o asociados, tales como gobierno electrónico, datos abiertos o gobernanza electrónica.

2. ¿Qué no es gobierno abierto? Clarificando el concepto identificando diferencias con otros similares

El gobierno abierto es un paradigma o modelo relacional que se corresponde con un modelo de democracia más agregativo, que da (busca dar) prioridad a la representatividad y los procesos, y cuya orientación es la de conformar un gobierno (más) accesible, transparente y receptivo.

Comprender qué es el gobierno abierto implica también distinguir el concepto de aquello que, aunque vinculado conceptualmente, *no debe asumirse como sinónimo*. La cuestión de distinguir lo que es de lo que no es gobierno abierto no es baladí, ya que es común caer en errores conceptuales.

A manera de enunciados, identificamos tres cuestiones clave de clarificación:

- El gobierno abierto no es lo mismo que gobierno electrónico.
- El gobierno abierto es algo más que la gobernanza electrónica.
- El gobierno abierto no es lo mismo que datos abiertos.

Además de inducir a error en el desarrollo de la función pública, así como en el diseño de políticas públicas y estrategias de gobierno abierto, los desentendidos conceptuales podrían desvirtuar una adecuada comprensión respecto del cometido y principios de este modelo de organización político administrativo y social emergente, y lo reduciría a asumirlo o equipararlo llanamente como una “tecnología blanda”.

Por ello nos centraremos en este apartado en definir *qué no es gobierno abierto*, distinguiéndolo de conceptos cercanos al mismo. Gobierno abierto tampoco debería reducirse a la identificación de innovaciones de estrategias o políticas públicas en materia de transparencia y/o rendición de cuentas, aunque evidentemente haya estrategias de este tipo que efectivamente puedan ser consideradas dentro de la definición de gobierno abierto.

Términos previamente acuñados y que comparten elementos comunes con la idea de gobierno abierto deben ser aquí definidos previamente a fines de clarificación y distinción conceptual. Cabe destacar que en estos tres términos, el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) aparece como una constante. Vamos al detalle.

El gobierno abierto no es lo mismo que gobierno electrónico

Gobierno abierto no debería entenderse simplemente como una extensión conceptual del *gobierno electrónico* (por ejemplo, véase Campos y Coroján, 2012), aunque el proceso de desarrollo de ambas corrientes converjan en una base común. Como ya se ha destacado anteriormente, el gobierno abierto no es una prolongación ni la extensión mejorada de las estrategias de *eGovernment* llevadas a cabo hasta ahora. Si bien parte del desafío que supone el utilizar las herramientas que se han

ido configurando al alero de las estrategias de *eGovernment* y al uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación, no parece adecuado confundir el qué con el cómo; o dicho de otro modo, los fines con los medios (Tapscott y Williams, 2011).

Con gobierno electrónico (*e-government*) nos referimos al uso y la aplicación de las TICs y sus herramientas en el sector público y para la prestación de servicios públicos. El gobierno electrónico es la aplicación de la tecnología para mejorar las capacidades de comunicación y lograr con ello gobiernos más eficientes. Se basa principalmente "... en la implantación de herramientas como portales, ERPs, que en caso de los gobiernos se conocen como GRPs, CRMs,¹ como redes sociales o comunidades virtuales y muchas otras, buscando una mejora en la eficiencia y eficacia en los procesos estatales internos y en las vinculaciones con la sociedad." (Wikipedia, 2014).

Conceptos relacionados con el gobierno electrónico son "democracia electrónica", entendida como la forma en que se puede utilizar Internet para mejorar nuestros procesos democráticos y proporcionar mejores oportunidades a los individuos y comunidades para interactuar con el gobierno y al gobierno para buscar la participación de la comunidad.

La tendencia es equiparar el concepto "administración electrónica" y "gobierno electrónico", aunque existan autores que marquen diferencia entre ambos conceptos, distinción referida básicamente al ámbito de actuación o de desarrollo en la aplicación de las TICs.

Una cuestión clave es que el uso del concepto de gobierno electrónico no implica un cambio en los valores ni en los principios que rigen el desempeño del sector público, sino que fundamentalmente destaca el uso de las tecnologías con la finalidad de elevar el rendimiento, la eficiencia y eficacia de los procesos gubernamentales y la prestación de los servicios públicos.

El gobierno abierto es algo más que la gobernanza electrónica

Tampoco debería confundirse gobierno abierto como un sinónimo o extensión de la gobernanza electrónica, pues aunque compartan algunos principios y el uso de las TICs, el enfoque y las finalidades son distintos. Puede definirse la *gobernanza electrónica* como "[e]l uso de las tecnologías de la información y la comunicación por parte del sector público con el objetivo de mejorar el suministro de información y el servicio proporcionado. De esta manera, se trata de estimular la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones, haciendo que el gobierno sea más responsable, transparente y eficaz" (UNESCO, 2000).

Existen diferencias de significado entre gobernanza electrónica y gobierno electrónico. La gobernanza es la manera o el proceso de guiar a una sociedad a lograr mejor sus metas e intereses, mientras el gobierno es la institución o el instrumento para realizar ese trabajo. Por ejemplo, organizaciones como el PNUD relacionan el concepto de gobernanza con el de desarrollo humano sostenible (ambos entendidos como procesos). En este sentido, considera que la gobernanza electrónica es

¹ Las siglas ERP significa "Sistema de planificación de recursos empresariales"; mientras GRP, "Sistema de Planificación de recursos del gobierno" y CRM, "Sistema de administración basada en la relación con los clientes".

... un proceso de 'creación de valor público con el empleo de las modernas TIC' (Sarker, 2005). El valor público está definido como una noción 'arraigada en las preferencias de las personas'. La gobernanza electrónica se justifica si amplía la capacidad de la administración pública de aumentar la entrega de valor público - el resultado de una alta calidad de vida (Sarker, 2006).

Por ello, la gobernanza electrónica no tiene que ver simplemente con mejorar la eficiencia y eficacia del gobierno usando las TICs, como sería el caso del gobierno electrónico, sino en el desarrollo (usando las TICs) de *procesos de creación de valor público* aumentando la calidad de vida, estimulando la participación ciudadana en la toma de decisiones y promoviendo la transparencia y eficacia del gobierno en dicho proceso. Por consiguiente, "... los países necesitan encontrar la manera que mejor se ajuste a ellos y deben participar en un proceso de 'diálogo, aprendizaje, creación de capacidades y facilitación' (Heeks, 2001), que es un enfoque de 'aprender haciéndolo'.

Existen tres esferas o dominios de la gobernanza electrónica (Heeks, 2001), que a veces se solapan entre ellas.

- Mejora de los procesos del gobierno (*Government to government - G2G*): administración electrónica (*e-Administration*), entendida como "... la incorporación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas en dos vertientes: desde un punto de vista *intraorganizativo* transformar las oficinas tradicionales, convirtiendo los procesos en papel, en procesos electrónicos, con el fin de crear una oficina sin papeles y desde una perspectiva de la *relaciones externas* habilitar la vía electrónica como un nuevo medio para la relación con el ciudadano y empresas" (Wikipedia, 2014), y en donde las estrategias se basan en reducir costes de procesos, gestionar el rendimiento de los recursos utilizados, establecer conexiones estratégicas y creando empoderamiento (descentralización o deslocalización) en el uso de los recursos (Heeks, 2001). Esta primera esfera o dominio caza bastante bien con el concepto de gobierno electrónico (en su dimensión de relaciones externas).
- Conectar a los ciudadanos (*Government to citizens - G2C*): (*e-Citizens* y *e-Services*). Tales iniciativas se ocupan sobre todo de la relación entre gobierno y ciudadanos: ya sea como votantes / interesados de quienes el sector público obtiene su legitimidad, o como los clientes que consumen los servicios públicos y en donde las estrategias se basan en hablar, escuchar a los ciudadanos y en mejorar los servicios públicos.
- Construyendo interacciones con y al interior de la sociedad civil (*Government to businesses - G2B*): (*e-Society*), tales iniciativas se ocupan sobre todo de la relación entre los organismos públicos y otras instituciones -otros organismos públicos, los proveedores de servicios del sector privado, organizaciones comunitarias sin fines de lucro- y de la relación entre las instituciones de la sociedad civil, en donde las estrategias se basan en trabajar mejor con las empresas, desarrollar comunidades y construir 'partenariados' (Heeks, 2001).

Una cuestión clave a mencionar para distinguir conceptos es que con el gobierno electrónico se establece un protocolo de comunicación de una vía,

mientras que con la gobernanza electrónica se establece una vía y protocolo de comunicación en dos sentidos. A diferencia del gobierno abierto, la gobernanza electrónica se fundamenta en las TICs inexcusablemente, y no necesariamente atiende de forma integrada a todos los principios y valores del gobierno abierto, pues sus finalidades se centran en mejorar la información y los servicios suministrados (se centra pues en la eficacia del sistema antes que en los valores procesales asociados a la transparencia e implicación ciudadana, y que junto con las TICs las asume como medios para el logro de una mayor eficacia y eficiencia en clave interactiva).

El gobierno abierto no es lo mismo que datos abiertos

Puede definirse datos abiertos como una filosofía y práctica que persigue que determinados datos estén disponibles de forma libre a todo el mundo, sin restricciones de copyright, patentes u otros mecanismos de control.

Tiene una ética similar a otros movimientos y comunidades abiertos como el software libre, el código abierto (*open source* en inglés) y el acceso libre (*open access* en inglés) o el conocimiento abierto (*open knowledge* en inglés).

El concepto “gobierno abierto” no debería ser comprendido exclusivamente como aquel que bajo uso del *open data* busca mejorar la transparencia y la gobernanza, en cuyo caso el gobierno abierto sería simplemente una tecnología específica de transparencia para su consecución.

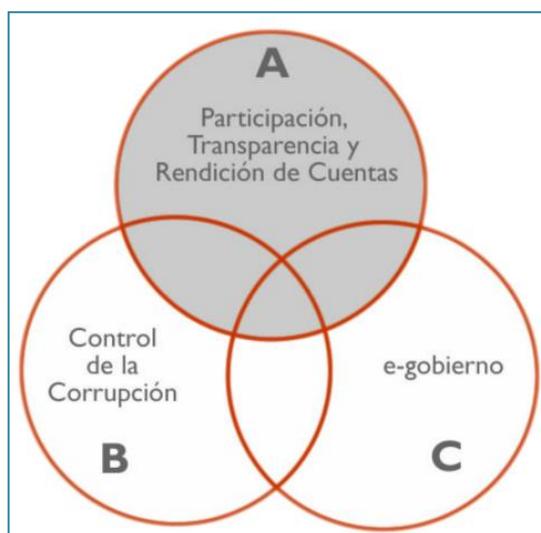
Como puede advertirse, el concepto de datos abiertos aplicado a la acción del gobierno fundamenta su razón de ser como el eje articulador de una mayor transparencia, basada en el acceso irrestricto a información que genera y almacena el gobierno (por considerarla pública y de dominio público) y en formatos que permitan su uso, análisis y transformación.

Estrategias vinculadas: control de la corrupción y gobierno electrónico

Otra clarificación tiene que ver con estrategias similares o vinculadas a la idea de la transparencia, la rendición de cuentas y la mejora en la gestión pública. Un caso específico clave es el *combate a la corrupción*.

Es bien sabido que una estrategia clara y eficaz contra la corrupción es precisamente abrir las ventanas y favorecer la transparencia. Pero no todas las estrategias de control o combate a la corrupción entran dentro del gobierno abierto, si éstas no implican transparencia, participación o mecanismos de rendición de cuentas. Por ejemplo, el uso de mecanismos legales para perseguir y/o sancionar prácticas corruptas no pueden considerarse medidas de transparencia o de gobierno abierto.

Gráfico 1
Gobierno Abierto, Control de la corrupción y gobierno electrónico



Fuente: Open Government Partnership.

Lo mismo puede decirse del *gobierno electrónico*. Si las estrategias de gobierno electrónico no implican los valores arriba referidos (transparencia, participación o mecanismos de rendición de cuentas), no pueden entenderse como estrategias de gobierno abierto.

Bajo esta reflexión, sólo podrían por tanto considerarse estrategias de gobierno abierto aquellas estrategias de control de la corrupción o de *e-government* que en su diseño atendieran a los principios de participación, transparencia y rendición de cuentas. Aquí se detecta claramente que las TICs son un principio o dimensión de carácter instrumental, es decir, se usan como medio para el logro de las finalidades del gobierno abierto.

3. Principios / valores del gobierno abierto

Aunque no existe una definición comúnmente aceptada del concepto gobierno abierto, existe cierto consenso respecto de sus principios y valores clave. Una revisión de las definiciones existentes en la literatura da cuenta de tal convergencia. Aunque muy centrada en la transparencia y valores asociados, para comenzar este apartado retomemos la definición ofrecida por la Wikipedia (2012).

Gobierno abierto es la doctrina política que sostiene que las actividades del gobierno y de la administración pública deben ser y estar abiertas a todos los niveles posibles para el escrutinio y supervisión eficaz de los ciudadanos. En su más amplio sentido, se opone a la razón del Estado de legitimar como secreto (de Estado) cierta información aduciendo a temas de seguridad.

La discusión que abordaremos adelante respecto de los conceptos vinculados al gobierno abierto también da cuenta de que, fundamentado en sus valores, este concepto es distinto del gobierno electrónico, así como algo más que la gobernanza electrónica. Gobierno abierto también es algo más que transparencia y algo más que el uso del *open data* para la transparencia y la rendición de cuentas. A continuación se explican y desarrollan los principios del gobierno abierto

comenzando con las dos tendencias más influyentes y representativas aquí identificadas: la visión seminal del concepto propuesta por la administración del presidente norteamericano Obama, y el enfoque de la *Open Government Partnership* o Alianza para el gobierno abierto, la cual es una de las iniciativas internacionales más importantes para su promoción y avance.

Transparencia, participación y colaboración: la visión (noción) seminal

En el multicitado *Memorandum* del Gobierno de EEUU “*Transparency and Open Government*” (U.S. Government, 2009) se define a un gobierno abierto como “... un sistema de transparencia (divulgación de información para solicitar la opinión pública), de participación del público (aumento de las oportunidades de participar en la formulación de políticas) y de colaboración (el uso de herramientas innovadoras, métodos y sistemas para facilitar la colaboración entre los departamentos del Gobierno, y con organizaciones sin fines de lucro, empresas y particulares en el sector privado).”

De acuerdo con Ramírez-Alujas (2010), para dar coherencia a la propuesta explicativa del concepto gobierno abierto, se identificaron estos tres pilares con el impulso inicial que el presidente Barack Obama ha liderado en EEUU a partir de su política y de la publicación del citado *Memorandum*. Desde entonces estos tres pilares sirven de soporte al concepto seminal de gobierno abierto:

- **Transparencia.** Un gobierno transparente proporciona información sobre lo que está haciendo, sobre sus planes de actuación, sus fuentes de datos y sobre lo que puede ser considerado responsable frente a la sociedad. Ello fomenta y promueve la rendición de cuentas de la administración ante la ciudadanía y un permanente control social;
- **Participación:** Un gobierno participativo promueve el derecho de la ciudadanía a participar activamente en la formulación de políticas públicas y facilitar el camino para que las administraciones públicas se beneficien del conocimiento, ideas y experiencia de los ciudadanos. Promueve la creación de nuevos espacios de encuentro que favorezcan el protagonismo e implicación de los ciudadanos en los asuntos públicos;
- **Colaboración:** Un gobierno colaborativo compromete e implica a los ciudadanos y demás agentes sociales en el esfuerzo por trabajar conjuntamente para resolver los problemas nacionales. Ello supone la cooperación y el trabajo coordinado no sólo con la ciudadanía, sino con las empresas, asociaciones y demás agentes, y permite el esfuerzo conjunto dentro de las propias administraciones, entre ellas y sus funcionarios transversalmente (Ramírez-Alujas, 2010).

Transparencia, participación, rendición de cuentas, tecnología e innovación: la visión del la OGP

Por su parte, La *Open Government Partnership (OGP)* identifica cuatro principios (valores) del gobierno abierto en vez de tres. En tal relación incluye el pilar de la rendición de cuentas y el pilar de tecnología e innovación.

Esta organización internacional destaca que los países miembros deben reflejar en sus compromisos de acción cuatro valores clave del gobierno abierto:

- **Transparencia:** la información sobre las actividades y decisiones gubernamentales debe ser abierta, comprensiva, puntual, disponible libremente al público y de acuerdo con los estándares básicos de datos abiertos (bases de datos legibles por máquina).
- **Participación ciudadana:** los gobiernos deben movilizar a los ciudadanos para que participen en el debate público y contribuyan al desarrollo de una gobernanza más responsable (*accountable*), innovadora y efectiva.
- **Rendición de cuentas:** deben existir reglas, regulaciones y mecanismos para que los actores gubernamentales justifiquen sus acciones, actúen en respuesta a las críticas y acepten las consecuencias de las faltas de cumplimiento con leyes o compromisos.
- **Tecnología e innovación:** los gobiernos aceptan la importancia de proveer a los ciudadanos acceso abierto a la tecnología; del rol de las nuevas tecnologías en el fomento de la innovación, y de aumentar la capacidad de los ciudadanos para usar las tecnologías.

Analizando ambos enfoques, las cuestiones importantes para destacar en relación con estos dos enfoques:

- De los cuatro valores que identifica la OGP respecto del gobierno abierto, el último (tecnología e innovación) se asume más bien como un valor de carácter instrumental, es decir, que se usa *como medio* para el logro de los tres primeros (es decir, se usa más como un cómo que como un qué), para conseguir o promover una mayor transparencia, participación y rendición de cuentas. Como tal, este medio estará presente y permeará de lleno en las herramientas del gobierno abierto.
- De forma implícita, ambas visiones (gobierno abierto según el *Memorandum* de la administración de Obama o según la OGP) asumen e incluyen aquellos principios que (a) parecen como ausentes en cada caso. Por ejemplo, el principio de rendición de cuentas no está ausente en la primera visión seminal, sino que forma parte (o se incluye) dentro del principio de transparencia. Cosa similar ocurre con el principio de colaboración. No es que este principio esté ausente en la segunda visión de la OGP, sino que forma parte del principio de participación y de la innovación y del uso de la tecnología e innovación. Como principio, la tecnología e innovación está presente en la definición seminal, en su apartado de colaboración, siempre identificando tales aspectos como medios para el desarrollo de nuevas formas de interacción en la vida pública.

4. Gobierno abierto y políticas públicas: algunas distinciones conceptuales clave

Vinculado a esta discusión, una distinción de carácter sustantivo tiene que ver con la relación entre fines y medios, pues cualquier iniciativa o política que incluya los valores y principios del gobierno abierto podría caer en cualquiera de estas dos modalidades de actuación:

- Políticas públicas *para* el gobierno abierto.
- Políticas públicas abiertas.

En la primera modalidad, el gobierno abierto es el fin a lograr, en tanto se busca incluir, fortalecer o desarrollar de forma sustantiva alguno o varios de sus valores. Tiene que ver con los instrumentos o políticas públicas que articulan misionalmente los valores del gobierno abierto y que buscan bien crear nuevas instituciones o transformar las instituciones del gobierno o el sector público en su conjunto.

En la segunda modalidad, el gobierno abierto (y sus valores) se constituyen en un medio privilegiado cuyos principios (re)orientan la conformación, desarrollo y/o (re)diseño de las políticas públicas. En esta modalidad son los instrumentos o políticas públicas propiamente los que son (re)articulados (formulados, diseñados, implementados y/o evaluados) usando los principios del gobierno abierto.

Entender esta cuestión es relevante para nuestros propósitos de definición, pues se establece una distinción fundamental entre la misión y el proceso. Al respecto cabe destacar que:

- Fines y medios no son excluyentes: Una política para el gobierno abierto puede (o debería ser) desarrollada efectivamente como una política pública abierta.
- No siempre los medios acompañan a los fines: En contrapartida (paradójicamente tal vez) también es cierto que no todas las políticas para el gobierno abierto se articulan (formulan e implementan) como políticas públicas abiertas. Es decir, aunque busquen atender misionalmente los valores del gobierno abierto, algunas políticas para el gobierno abierto pueden ser (o haber sido) diseñadas sin atender o incluir los valores de participación, transparencia y rendición de cuentas en las fases del ciclo de las políticas.
- Potencialmente, el gobierno abierto como estrategia (medio) para el diseño de políticas públicas es de aplicación general: Es posible “abrir” cualquier política pública y convertir todas las políticas públicas en políticas públicas abiertas, no importando si sus objetivos misionales están o no vinculados con el gobierno abierto. Ello será posible en la medida en que podamos incluir de forma eficaz (en su diseño y en sus elementos constitutivos) las herramientas y los valores del gobierno abierto.

Por tanto, la noción de gobierno abierto está íntimamente vinculada al llamado derecho de acceso a la información. Abrir el gobierno en este sentido es garantizar que este derecho de acceso a la información permite la transparencia y el escrutinio público de la acción de gobierno por parte de los ciudadanos.

Los avances tecnológicos basados en el desarrollo de las TICs han fomentado entre otras cosas la emergencia del movimiento del *open data*, que ha fortalecido la idea de abrir las puertas a la información *que posee* el gobierno (y no sólo aquella *que produce el gobierno*), dada la naturaleza pública de la misma. Es decir, la información que posee, produce gestiona el gobierno es, por definición, un bien público, y por tanto, su propiedad no es gubernamental, y su acceso y uso deben ser (con excepción de algunos casos) de dominio público.

Más allá de la transparencia y el *open data*, el desarrollo del concepto de gobierno abierto ha implicado también al proceso de toma de decisiones públicas y de hechura de políticas públicas. Un gobierno abierto es aquel que permite la participación de la ciudadanía y de los actores políticos afectados o interesados en los asuntos públicos. Se trata en definitiva de abrir la participación para la toma de decisiones y el empoderamiento sobre las políticas públicas. Por ello, este elemento participativo no se centra exclusivamente en decidir sobre las políticas públicas, sino que en esencia cubre en su totalidad el ciclo de las políticas públicas en un amplio espectro de implicación, y en donde participar también significa hacerlo durante las fases de seguimiento, implementación y evaluación.

Finalmente, el concepto de gobierno abierto hace suya la noción de colaboración, como forma de interacción mediante la cual se trabaja conjuntamente en el desarrollo de innovaciones, en la gestión de servicios públicos, en la atención a nuevos problemas, promoviendo la creación de valor público.

5. Definiendo gobierno abierto: ¿Modelo de gobernanza o modo de actuación?

Para definir gobierno abierto, el primer paso es revisar las definiciones existentes, agruparlas y analizarlas. Podemos agrupar las definiciones encontradas en dos grandes apartados. El primero se centraría en los *principios que guían la concepción de gobierno abierto* y que lo definen como *nuevo paradigma relacional-modo de gobernanza* (aquí identificadas como Grupo 1). Por otra parte, el segundo grupo centraría su definición mayormente en el carácter instrumental del concepto - el gobierno abierto como *medio, estrategia o modo de actuar del gobierno* (Grupo 2). Agrupadas según esta orientación, repasemos las definiciones en este documento identificadas.

Tabla 1
Definiciones de gobierno abierto como modelo relacional y paradigma de gobernanza (Grupo 1)

1. "Un tipo emergente de organización" (Lathrop yRuma, 2010)
"... hay un nuevo tipo emergente de organización del sector público: Un gobierno abierto es un gobierno que abre sus puertas al mundo y co-innova con todos, especialmente con los ciudadanos; comparte recursos que anteriormente estaban celosamente guardados, y aprovecha el poder de la colaboración masiva, la transparencia en todas sus operaciones, y no se comporta como un departamento o jurisdicción aislada, sino como una estructura nueva, como una organización verdaderamente integrada y que trabaja en red" (Lathrop y Ruma, 2010).
2. "Un nuevo paradigma y modelo de relación" (Ramírez-Alujas, 2011a)
"El Gobierno Abierto surge como un nuevo paradigma y modelo de relación entre los gobernantes, las administraciones y la sociedad: transparente, multidireccional, colaborativo y orientado a la participación de los ciudadanos tanto en el seguimiento como en la toma de decisiones públicas, a partir de cuya plataforma o espacio de acción es posible catalizar, articular y crear valor público desde y más allá de las fronteras de la burocracias estatales" (Ramírez-Alujas, 2011a).

3. "Cultura de comunicación y modelo organizativo" (Gutiérrez-Rubí, 2011)
"Gobierno Abierto se trata de una nueva cultura de la comunicación, un nuevo modelo organizativo y la liberación del talento creativo dentro y fuera de los perímetros de la función pública. No hablamos solo de tecnología, sino de una tecnología social y relacional que impulsa y estimula una cultura de cambio en la concepción, gestión y prestación del servicio público" (Gutiérrez-Rubí, 2011).
4. "Modo de interacción sociopolítica" (Ramírez-Alujas y Cruz-Rubio, 2012)
"Un modo de interacción sociopolítica, que (basado mayormente en el empoderamiento ciudadano, la transparencia, la democracia participativa, el potencial uso de avances tecnológicos y en la conformación de gobiernos como plataformas) se aplica a políticas públicas y la modernización administrativa en clave colaborativa, poniendo en el centro al ciudadano, ofreciendo así una alternativa a otros modos de interacción" (Ramírez-Alujas y Cruz-Rubio, 2012).
5. "Modo de interacción sociopolítica" (Ortiz de Zárate, 2014)
"Un modo de interacción sociopolítica, basado en la transparencia, la rendición de cuentas, la participación y la colaboración, que instaura una manera de gobernar más dialogante, con mayor equilibrio entre el poder de los gobiernos y de los gobernados, al tiempo que reconoce a la ciudadanía un papel corresponsable. Los fines pretendidos son la mejora en la toma de decisiones y la implicación de los ciudadanos en la gestión de lo público, a través de un aumento del conocimiento y de la puesta en marcha de innovación pública"(Ortiz de Zárate, 2014).

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2
Definiciones de gobierno abierto: paradigma de gobernanza (resumen)

	¿Qué es el OG?	Finalidad	¿Qué hace el gobierno?	¿Cómo lo hace?	Valores
(Lathrop y Ruma, 2010)	Tipo emergente de organización del sector público. Tipo de gobierno	Desarrollo de la innovación colaborativa.	Abre sus puertas al mundo, co-innova con los ciudadanos, comparte recursos de información, aprovecha el poder de la colaboración masiva.	Transparente. Organización en red.	Transparencia. Innovación. Colaboración. Trabajo en red.
(Ramírez-Alujas, 2011a)	Nuevo paradigma y modelo de relación	Articular y crear valor público.	Crea plataformas y espacios de acción colaborativa.		Transparencia. Multidireccionalidad. Colaboración. Participación.
(Gutiérrez-Rubí, 2011)	Nueva cultura de comunicación. Modelo organizativo. Tecnología social y relacional	Estimula una cultura de cambio en la gestión y prestación de servicio público.		Liberación de talento creativo dentro y fuera de los perímetros de la función pública.	Talento creativo.
(Cruz-Rubio y Ramírez-Alujas, 2012)	Modo de interacción sociopolítica	Ofrecer una alternativa a otros modelos de interacción.	Aplica este modo de interacción en las políticas públicas y a procesos de modernización administrativa.	Empoderamiento ciudadano. Transparencia. Democracia participativa. Uso de avances tecnológicos. Conformación de plataformas.	Colaboración. Empoderamiento. Participación. Transparencia.

(Ortiz de Zárate, 2014)	Modo de interacción sociopolítica	Mejorar la toma de decisiones Mejorar la implicación de los ciudadanos en la gestión de lo público.	Instaura una manera de gobernar más dialogante, un mayor equilibrio del poder entre gobernantes y gobernados.	Aumento del conocimiento Innovación pública.	Transparencia, rendición de cuentas, participación y colaboración.
-------------------------	-----------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------

Fuente: Elaboración propia

Tabla 3
Definiciones de gobierno abierto: estrategia de actuación (Grupo 2)

6. "Un modo de actuación" (OCDE, 2006)
"¿Qué significa el término gobierno abierto?*" Tres son las características más relevantes que tiene que presentar una administración para poder calificarla de abierta: - Transparencia: que las acciones y los individuos responsables de las mismas estén bajo el escrutinio público y puedan ser impugnadas. - Accesibilidad: que los servicios públicos y la información sobre los mismos sean fácilmente accesibles por los ciudadanos. - Receptividad: que sea capaz de responder a nuevas demandas, ideas y necesidades" (OCDE, 2006).
7. "Un modo de actuación" (Calderón y Lorenzo, 2010)
"Gobierno abierto, en el actual contexto, es aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta, que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente" (Calderón y Lorenzo, 2010).
8. "Una estrategia innovadora" (Noveck, 2011)
"Open government is an innovative strategy for changing how government works. By using network technology to connect the public to government and to one another informed by open data, an open government asks for help with solving problems. The end result is more effective institutions and more robust democracy" (Noveck, 2011).
9. "Un medio o instrumento" (Ramírez-Alujas, 2011)
"El gobierno abierto se observa como el medio para reformar la sociedad y el Estado, para pasar de los modelos organizativos verticales a las redes de colaboración, para ir de la atención de los asuntos públicos individualizados por sectores a la gestión integral, para crear compromisos transversales y generar valor público en colaboración" (Ramírez-Alujas, 2011a)
10. "Un modo de actuación" (Cabo, 2013)
"un gobierno abierto se sustenta en el compromiso de garantizar que todos los aspectos de la forma en que el gobierno y servicios públicos son administrados y operados estén abiertos al eficaz escrutinio público y a la supervisión de la sociedad (transparencia). Ello debe ir acompañado de la progresiva expansión de espacios de diálogo, participación y deliberación en conjunto con la ciudadanía, y de apertura a la necesaria colaboración que se requiere para encontrar mejores soluciones a problemas públicos cada vez más complejos, aprovechando el potencial y energías disponibles en vastos sectores de la sociedad y, por qué no, en el mercado" (Cabo, 2013).

Fuente: Elaboración propia



Tabla 4
Definiciones de gobierno abierto: estrategia de actuación (resumen)

	¿Qué es el OG?	Finalidad	¿Qué hace el gobierno?	¿Cómo lo hace?	Valores
(OCDE, 2006)	Modo de actuación		Facilita el escrutinio público, la accesibilidad a la información y a los servicios públicos, y aumentar la capacidad de respuesta del gobierno ante nuevas demandas.		Transparencia. Accesibilidad. Receptividad.
(Calderón y Lorenzo, 2010).	Forma o tipo de gobierno	Que el gobierno escuche lo que dicen y solicitan los ciudadanos.	Entabla conversaciones, toma decisiones, facilita la colaboración, comunica decisiones.	De forma transparente, abierta y colaborativa.	Transparencia. Multidireccionalidad. Colaboración. Apertura.
(Noveck, 2011)	Modo de actuar	Garantizar el escrutinio público y la transparencia de la acción de gobierno y los servicios públicos.	Un compromiso por la transparencia aunado a la expansión de espacios de diálogo participación y deliberación.	Aprovechar el potencial y la energía de los sectores de la sociedad.	Transparencia. Diálogo. Participación. Deliberación. Colaboración.
(Ramírez-Alujas, 2011b)	Estrategia innovadora	Cambiar la forma en cómo trabaja el gobierno. Instituciones más eficaces Democracia robusta.	Conecta al público con el gobierno.	Usando tecnología de redes y datos abiertos para conectar al público con el gobierno.	
(Cabo, 2013)	Medio (carácter instrumental)	Reformar el estado y la sociedad y crear valor público.	Transforma modelos administrativos hacia redes de colaboración Gestión integral, compromisos transversales.	Cambio organizacional Gestión holística Gestión pública en colaboración.	Integralidad. Transversalidad. Colaboración.

Fuente: Elaboración propia

6. Una propuesta de definición de gobierno abierto

Como puede observarse, los valores del concepto del gobierno abierto son determinantes para definir el concepto con mayor especificidad. Fundamental es pues definir los “*qués, cómo y quiénes*” que definen el gobierno abierto.

A nuestro juicio, más que como una doctrina política, la forma más clara de integrar tal debate es entendiendo y definiendo el gobierno abierto como una *filosofía político-administrativa*.

Definimos aquí una filosofía administrativa como “... un conjunto de doctrinas con justificaciones relativamente coherentes acerca de quiénes, qué y cómo

administrativos” (Hood y Jackson, 1997), es decir, acerca de qué debe hacerse, y de quiénes y cómo deben hacerlo, a fin de atender a unos valores o principios determinados. Por tanto atendemos a la preeminencia de una concepción normativa del término. A diferencia de las filosofías administrativas como el *New Public Management* y los enfoques de gobernanza, el gobierno abierto es una filosofía administrativa que está *en proceso de construcción*. La determinación de los qué, cómo y quiénes son fundamentales en toda filosofía administrativa.

Respecto del concepto de gobierno abierto, por ejemplo, la discusión (o la ausencia de consolidación conceptual) sobre sus principios y valores ha impedido en muchos sentidos que se cuente actualmente con una definición consensuada del término. Con base en la revisión de las definiciones aquí recogidas, resulta evidente pensar que una definición de gobierno abierto debería considerar el gobierno abierto tanto como un nuevo paradigma relacional-modo de gobernanza (qué) como una nueva estrategia o modo de actuación (cómo).

Así pues, usando como base nuestro ejercicio (véase también Cruz-Rubio, 2014) y tomando en cuenta que se trata de un paradigma en construcción, no podemos sino brindar una propuesta de definición propia de gobierno abierto.

Definimos gobierno abierto como una filosofía político administrativa, un nuevo paradigma o modelo de interacción sociopolítica que -basado firmemente en los valores y principios de transparencia, de la democracia participativa y empoderamiento ciudadano, de la rendición de cuentas, el *open data* y del uso de avances tecnológicos, y en la conformación de gobiernos como plataformas que promueven la colaboración e interacción- se constituye como un modo y/o estrategia para el diseño, implementación, control y evaluación de políticas públicas y para procesos de modernización administrativa, y que ubica al ciudadano en el centro de atención y de prioridad, ofreciendo así una alternativa para la gestión de lo público. Como filosofía político administrativa, es pues diferenciable respecto de otras estrategias o filosofías político-administrativas existentes.

51

7. Conclusiones

El desarrollo y refinamiento conceptual es clave para el avance de la ciencia tanto como para el desarrollo de cualquier campo de estudios. En ciencias sociales, el debate sobre las definiciones deviene de complejos procesos asociados a la identificación de los fines y los valores a defender, así como de la orientación y alcance del objeto de estudio que se va construyendo conceptualmente. Como enfoque, el gobierno abierto se asocia a los avances tecnológicos, al incremento de la conectividad, el advenimiento de la Web 2.0, a las presiones ciudadanas por una mayor transparencia y *accountability*, la demanda de mayores y mejores espacios de participación y la emergencia de los nuevos movimientos sociales, así como a la consolidación de gobiernos relacionales y de la gobernanza colaborativa y de redes como formas predominantes de conducción sociopolítica de los asuntos públicos.

Todos estos procesos han contribuido al desarrollo de este concepto. En este trabajo hemos buscado acercarnos de una forma distinta al concepto del gobierno abierto, mediante la agrupación de otros esfuerzos de definiciones conceptuales previas, a fin de proponer una definición propia. Esta propuesta de definición es coherente y más cercana a la literatura de las ciencias políticas y de la administración, y podría ser usada para insertar adecuadamente este objeto de estudio como parte de un engranaje de conocimiento mayor en el campo de la gestión pública y los procesos de reforma a la administración y modernización administrativa. Como puede advertirse, el gobierno abierto, como enfoque en construcción, tiene un fuerte fundamento de carácter político, pues sus valores y



principios articulan *qués y cómo*s vinculados a la toma de decisiones y a su administración, y cuya aplicación influye decisivamente en la interacción sociopolítica, en la relación entre gobernantes y gobernados. De ahí su gran fuerza e importancia.

Bibliografía

- AGUILAR VILLANUEVA, L.F. (2006), *Gobernanza y Gestión Pública*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- CABO, C. (2013), "Gobierno abierto: de la transparencia a la inteligencia cívica", en HOFFMAN, A. y RAMÍREZ-ALUJAS, A.V. y BOJORQUEZ PEREZNIETO, J.A. (coords.), *La promesa del gobierno abierto*. Disponible en: <http://goo.gl/50KMMa> Revisado el 17 de febrero de 2015.
- CALDERÓN, C. y LORENZO, E. (2010), *Open Government: Gobierno Abierto*, Algón Editores, Jaén.
- CLARKE, A. y FRANCOLI, M. (2013), "What's in a name? A comparison of 'open government' definitions across seven Open Government Partnership members", *Journal of Democracy and Open Government*, Vol. 6, Núm. 1, pp. 248-266.
- CRUZ-RUBIO, C. (2014), *Hacia el gobierno abierto: una caja de herramientas*. Departamento para la Gestión Pública Efectiva. Washington: Organización de los Estados Americanos OEA. Disponible en <http://goo.gl/h417Zz>
- GUTIÉRREZ-RUBÍ, A. (2011), "Open Government" y crisis económica", *Diario Cinco Días*, 25 de enero de 2011.
- HEEKES, R. (2001), Understanding e-Governance for Development. *i-Government Working Paper Series*, 11, Institute for Development Policy and Management, Manchester.
- HOOD, C.C. y JACKSON, M. (1997), *La argumentación administrativa*, Fondo de Cultura Económica, México.
- LATHROP, D. y RUMA, L. (2010), *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*, O'Reilly Media, Sebastopol.
- LONGO, J. (2013), Open Government - Whats in a Name?, Disponible en: <http://goo.gl/0ynOqh>. Revisado el 17 de febrero de 2015.
- MAYNTZ, R. (2000), Nuevos desafíos de la teoría de 'governance', *Instituciones y Desarrollo*, Núm. 7, pp. 35-52.
- NOVECK, B. (2011), "What's in a Name? Open Gov and Good Gov. Disponible en: <http://goo.gl/5uxMjN>. Revisado el 17 de febrero de 2015.
- OCDE (2006), *La modernización del Estado: el camino a seguir*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico e Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- ORTÍZ DE ZÁRATE, A. (2014), Debate ¿Cómo definimos Gobierno abierto?. Disponible en: <http://goo.gl/skIRmC>. Revisado el 17 de febrero de 2015.
- RAMÍREZ-ALUJAS, A.V. (2010), "Innovación en la gestión pública y open government (gobierno abierto): una vieja nueva idea", *Revista Buen Gobierno*, Núm. 9, pp. 94-133.
- RAMÍREZ-ALUJAS, A.V. (2011a), "Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales", *Revista Enfoques*, Vol. IX, Núm. 15, pp. 99-125.
- RAMÍREZ-ALUJAS, A.V. (2011b), *Gobierno Abierto, Servicios Públicos 2.0 y Ciudadanía Digital: Notas para una nueva agenda de modernización de la gestión pública en Iberoamérica*. Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas. Disponible en: <http://goo.gl/CWsn3r>. Revisado el 17 de febrero de 2015.
- RAMÍREZ-ALUJAS, A.V. y CRUZ-RUBIO, C.N. (2012), "Políticas Públicas Abiertas: Hacia la definición y análisis de los diseños políticos bajo los principios del gobierno abierto", *Buen Gobierno*, Núm. 13, pp. 52-76.

- RAMÍREZ-ALUJAS, A.V. y DASSEN, N. (2014), *Vientos de cambio: El avance de las políticas de gobierno abierto en América Latina y el Caribe*. InterAmerican Development Bank. Disponible en: <http://goo.gl/xucHm6>. Revisado el 17 de febrero de 2017.
- SARKER, P.P. (2005), *Gobernanza Electrónica*. Documentos Prometheus Sociedad de la Información política y educación. Disponible en <http://goo.gl/c4sFpF>
- SARKER, P.P. (2006), *Gobernanza en red y gobernanza electrónica*. Disponible en: <http://vecam.org/article526.html>. Revisado el 17 de febrero de 2015.
- TAPSCOTT, D. y WILLIAMS, A.D. (2011), *Macrowikinomics. Nuevas fórmulas para impulsar la economía mundial*, Paidós, Barcelona.
- U.S. GOVERNMENT (2009), *Transparency and Open Government: Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*. Disponible en: <http://goo.gl/ilauWr> Revisado el 17 de febrero de 2015.
- UNESCO (2000), *Gobernabilidad electrónica: Fortalecimiento de capacidades de la gobernabilidad electrónica*. Disponible en: <http://goo.gl/A0tRS6>. Revisado el 17 de febrero de 2015. Revisado el 17 de febrero de 2015.
- WIKIPEDIA (2012-2014), "Gobierno abierto". Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Gobierno_abierto. Revisado el 17 de febrero de 2015.



La intersexualidad en el discurso médico-jurídico

Daniel J. García López

Universidad de Almería y FLACSO (España)

danieljgl@gmail.com

Resumen

El paradigma de racionalidad sexual occidental se basa en las parejas dicotómicas macho-hembra, hombre-mujer, normal-anormal, sano-insano, moral-inmoral, lícito-ilícito. El Occidente democrático y defensor de los derechos humanos ha construido un dispositivo sexual en donde lo anormal debe ser corregido jurídica y quirúrgicamente. El nacimiento de un bebé intersexual supone un caso de urgencia psicosocial neonatal, imponiéndose la consiguiente cirugía de normalización sexual. En el presente trabajo se entiende que nos encontramos ante un supuesto de mutilación genital consentida por la sociedad, el derecho y la medicina que permite inmunizar la dualidad de sexos. Un tipo de violencia impuesta por el dispositivo médico, y garantizada por el aparato jurídico. Aunque no hay datos oficiales, se recoge en la conclusión de este trabajo que en el año 2012 posiblemente fueron mutiladas 22 personas intersexuales en el Estado español.

Palabras clave

Intersexualidad, mutilación genital, heteronormatividad, consentimiento informado, objeción de conciencia

The intersexuality in the medical-legal discourse

Abstract

The paradigm of Western sexual rationality is based on the dichotomies male-female, men-women, normal-abnormal, healthy-unhealthy, moral-immoral, legal-illegal. The democratic West has built a sexual dispositive where the abnormal must be corrected by the surgery and the legal. The birth of an intersexual baby represent a case of neonatal psychosocial emergency, consequently sexual normalization surgery is imposing. In this paper it is understood that we have a case of a genital mutilation consented by society, law and medicine that allows immunize the duality of sexes. A kind of violence imposed by the physician dispositive and guaranteed by the legal apparatus. Although there is no official data, this paper concludes that in 2012 around 22 intersex persons were mutilated in Spain.

Keywords

Intersexuality, genital mutilation, heteronormativity, informed consent, conscientious objection

“Imagine que usted es algo muy otro [...]. Imagine que desde que nace, todo el sistema le dice y le repite que es usted algo raro, anormal, enfermo, que debe arrepentirse de lo que es y que, después de achacarlo a la mala suerte y/o a la justicia divina, debe hacer todo cuanto le sea posible por modificar ese *defecto de fabricación*.”

¿Dónde y cuándo empieza la violencia?

Cuarto comunicado del EZLN, enero de 2013.

1. Heridas y cicatrices

“Me llamo Marta. Tengo 31 años. Tengo síndrome de insensibilidad total a los andrógenos. También tengo muchas cicatrices en mi cuerpo y otras tantas en mi alma. Las cicatrices del cuerpo a veces me producen molestias, otras me avergüenzan, y otras, ni siquiera me acuerdo de que están ahí. Con las cicatrices del alma es más difícil vivir. Aunque ahora puedo estar muy contenta, porque la mayoría sólo son cicatrices. Hubo un tiempo en que eran heridas, heridas que yo no sabía cómo curar, y por eso llegué a pensar muchas veces que no sanarían, y esta forma de pensar sólo hacía que las heridas se hicieran más grandes” (Marta).¹

El síndrome de insensibilidad a los andrógenos o feminización testicular (en sus siglas AIS) se muestra por la ciencia médica como una doble patología: corporal y psicológica. El *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), a cargo de la American Psychiatric Association, lo codifica en el marco de los “trastornos de la identidad sexual no especificado.” Dentro de esta categoría se incorporan las “enfermedades intersexuales (p.ej., síndrome de insensibilidad a los andrógenos o hiperplasia suprarrenal congénita) y disforia sexual acompañante” (DSM, 2003: 642). En la versión V, publicada en mayo de 2013, se ha reconducido la intersexualidad (*Disorders of Sex Development*) hacia los fenómenos de incongruencias de género en el marco de la disforia de género. En el fondo, nada cambia.

Pero Marta no solo es una persona catalogada con un trastorno mental. El cuerpo de Marta es un cuerpo *aberrante*. Cromosómicamente se manifiesta como XY así como sus gónadas poseen las características *propias* del hombre, pero sus genitales, su fenotipo y su sexo asignado pertenecen, en cambio, al polo femenino. La vagina suele ser más pequeña de lo *normal* –entendiendo normal como aquella capaz de albergar a un pene– y están presentes hormonas masculinas, pero un *defecto* en los receptores hace que el cuerpo no las procese total o parcialmente. Por eso Marta ha sido sometida desde su nacimiento a innumerables cirugías. Su cuerpo es un mapa de cicatrices, una cartografía biopolítica que muestra cómo se ejecuta la heterosexualidad dominante, la heteronormatividad.

2. Entre el derecho y la medicina

Si acudimos a los conceptos *normal* y *patológico* (Canguilhem, 1971), el modelo biomédico del cuerpo sería el siguiente. Lo normal (moral, lícito, sano) reside en las situaciones: 1) nacer como hombre (pene, escroto, testículos,

¹ El testimonio de Marta se recoge en la plataforma *Grupo de Apoyo a favor de las personas afectadas por el Síndrome de Insensibilidad a los Andrógenos y condiciones relacionadas*. Disponible en: <http://grapsia.org/content/view/23/>. Revisado el 17 de febrero de 2015.



cromosomas XY) o como mujer (clítoris, labios, vagina, útero, trompas de Falopio, cromosomas XX) biológicamente predeterminados (dimorfismo de género y monosexualidad) y socialmente manifestados (masculinidad y feminidad); y 2) orientar el aspecto afectivo-sexual hacia personas de diferente sexo (coherencia entre sexo, género y deseo, como señalara Butler (2010: 54-56). *Mutatis mutandis*, lo patológico (inmoral, ilegal, insano) que debe ser corregido –y que como excepción confirma la regla– reside en: 1) no nacer como hombre o como mujer biológicamente predeterminados y socialmente manifestados; y 2) orientar el aspecto afectivo-sexual hacia personas del mismo sexo o hacia prácticas no reproductivas. En el marco biopolítico de la modernidad, se trata de contener la amenaza al orden liberal a través de la administración y la contención de los sujetos peligrosos, esto es, aquellos que pudieran poner en riesgo el sistema económico-político. En dos palabras: peligrosidad predelictual.

Los espacios propicios para que este modelo se desarrolle, desde el siglo XX, están siendo el quirófano y el registro civil. El sujeto que lo pone en peligro, y para el cual el modelo binario saca su artillería más pesada, reside en la figura del intersexual. Se trata de un cuerpo *insumiso* que pone en riesgo la supuesta naturalidad de la dualidad sexual (García Dauder *et al.*, 2007: 35). Lo cierto es que a lo largo de la historia se han documentado numerosos casos de sujetos nacidos con ambigüedad genital, con órganos sexuales tanto masculinos como femeninos. Hasta bien entrado el siglo XIX, era el ámbito judicial el que imponía la norma: debía vivirse conforme a uno solo de los dos sexos o bien se condenaba a la muerte. El caso más llamativo fue el de Herculine Barbin, intersexual del siglo XIX que acabó con su vida a la edad de veinticinco años tras una sentencia que lo/a condenaba a vivir acorde a uno de los dos sexos.

Pero conforme la cirugía fue avanzando, la labor judicial dio paso a la labor médica. El derecho, en cierto modo, se desentendió del cuerpo hermafrodita. Será un experto en salud quien decida si se trata de un macho o una hembra², biológica y jurídicamente hablando. De esta forma, el discurso *científico* se apodera del ámbito de lo jurídico, especialmente en sede judicial.³

El espacio del quirófano

El punto de inflexión sobre el que actualmente se apoya la medicina y el derecho para tratar la intersexualidad lo encontramos en John Money. Este psicólogo de la Johns Hopkins University comenzó a tratar la intersexualidad desde principios de los años 50 del siglo pasado (un resumen de sus tesis en Money y Ehrhardt, 1982). Con este autor y sus colaboradores más estrechos se lleva a cabo la era de la cirugía, esa distopía que lanzó Bell medio siglo antes: manifestó que era necesario eliminar las características anómalas a través de un procedimiento quirúrgico. Se trataba de asignar y construir quirúrgicamente un solo y creíble sexo para cada cuerpo ambiguo (Dreger, 1998: 157-166).

El quirófano estaba dispuesto. El dispositivo desplegó sus efectos: la mirada clínica se posó sobre los genitales. Para que las personas, desde la infancia, puedan desarrollar una identidad de género estable se deben conseguir los genitales correctos. Podríamos decir que se trata de una proposición de *virtud*, de vida buena.

² Se utiliza la terminología biomédica.

³ He realizado un repaso a las relaciones históricas entre derecho y medicina en el contexto intersexual en *Aberraciones de la carne* (de próxima publicación por la Editorial Melusina).

Money considerará a los intersexuales como sujetos anormales y defectuosos (Money y Ehrhardt, 1982: 7 y 24). La uróloga española Piró Biosca (2001: 129) también lo señala: “Podemos decir que estamos ante un caso de intersexualidad o ambigüedad sexual frente a un individuo con discordancia entre la morfología de sus genitales externos e internos. Son el resultado de errores en el desarrollo sexual del feto, ya sea a nivel cromosómico, embriológico o por defectos bioquímicos.” Aunque desde una inicial perspectiva construccionista, las tesis de Money terminaban por esencializar la heterosexualidad (Hausman, 1998: 221).

Por resumir brevemente lo que se ha venido a llamar el *Protocolo Money* (*Optimal Gender of Rearing*) –una guía que ha devenido de aplicación universal, aceptada por el mundo científico sin crítica ni resistencia (Nieto, 2008: 365)–, todos los recién nacidos (ya sean intersexuales o no) son psicosexualmente neutrales al nacer y en su primera infancia. Se determinarán por los genitales y la crianza. De ahí que la identidad de género es producto de un proceso de socialización. Por lo que se puede producir el género si se consigue una razonablemente creíble anatomía sexual, es decir, hacer que los genitales se vean estéticamente correctos. Para ello será preciso un tratamiento de normalización quirúrgica y hormonal. Se producen aquí dos dualismos: sexo-género y cuerpo-mente. Las normas del reglamento del género poseen, como veremos, sus propios instrumentos de imposición (Butler, 2010: 67-88).

El discurso biomédico asocia la intersexualidad con un fallo en el proceso normal de desarrollo del feto. De esta suerte, cualquier combinación que no responda a la secuencia entendida como normal en la diferenciación sexual será juzgada patológica (Gracia, 2001: 83; Gregori, 2006: 105). En el nacimiento de un bebé con genitales ambiguos se ha de proceder, en un plazo medio de 72 horas tras el nacimiento (Piró, 2001: 129), al diagnóstico y a la fijación del sexo a producir a través de cirugía normalizadora o correctiva de urgencia. Al concebirse la intersexualidad como una patología, su normalización viene costeadada por la Seguridad Social. En cambio, dicha cobertura no está reconocida, salvo excepciones, para las personas transexuales, pues se entiende que son cirugías estéticas. El protocolo médico para el tratamiento de transexuales marca esta diferencia también con los intersexuales (Coleman *et al.*, 2001: 207-209).

Como señala Fausto-Sterling (2006: 65), “no hay tiempo que perder en reflexiones sosegadas o consultas con los progenitores. No hay tiempo para que los nuevos padres consulten a otros que hayan tenido hijos de sexo mixto antes que ellos o hablen con intersexuales adultos. Antes de veinticuatro horas, el bebé debe abandonar el hospital con un solo sexo, y los progenitores deben estar convencidos de que la decisión ha sido la correcta.” La cirugía, si no se realiza en los primeros días de vida del recién nacido, debe hacerse en los primeros doce meses. Pareciera que es necesario imponer el olvido, que la persona sometida a cirugía no recuerde su cuerpo anterior.

Se entiende que la intersexualidad es incompatible con la salud emocional de los padres y del intersexual debido al rechazo social, así como con el sistema jurídico. De ahí que la literatura médica aconseje que el equipo médico distorsione, oculte y mienta con respecto a la información aportada a los padres (Chase, 2005: 90; Fausto-Sterling, 2006: 85-86). Pero lo paradójico es que el estado intersexual, salvo contadas excepciones (Mason, 2013: 154), no es dañino para la salud (Gregori, 2006: 111).

En ese plazo de tiempo, el equipo médico –formado, en el mejor de los casos, por obstetras, genetistas clínicos, pediatras endocrinólogos, cirujanos

urólogos o ginecólogos y psicólogos— debe decidir y determinar de forma urgente, inequívoca y definitiva qué sexo (natural) asignar (desvelar) y construir quirúrgicamente, para poder informar a los padres y comenzar a formarlo en su género correspondiente (García Dauder *et al.*, 2007: 35).

El problema al que nos enfrentamos en este momento previo a la intervención quirúrgica es el siguiente: ¿en qué ha de basarse el equipo médico para desvelar el sexo natural? Los manuales de medicina (endocrinología pediátrica, ginecología o genética) introducen el tema de la intersexualidad explicando cuál es el proceso normal de diferenciación sexual en los seres humanos y qué ha de entenderse por sexo biológico (Gregori, 2006: 105). ¿Sexo cromosómico (XX, XY), sexo hormonal, sexo morfológico genital (vagina, vulva, pene, próstata), sexo gonadal (ovarios, testículos), sexo fenotípico (caracteres sexuales secundarios), psicosexual, sexo social? Ello se hará en base a un principio general: la progresión sexo-género se invierte a través de la fórmula género-sexo-género (García Dauder *et al.*, 2007: 37). Lo que quiere decir que son las expectativas sociales sobre el género, basadas en la anatomía genital externa, las que determinan la asignación:

Los individuos de genotipo femenino siempre deberían criarse como mujeres, *preservando el potencial reproductivo*, con independencia de su virilización. En cambio, la asignación de género a los individuos de genotipo masculino se basa en su anatomía, principalmente el tamaño del falo (Donahoe, 1991: 527).

La asignación de sexo estará generalmente condicionada por la anatomía de los genitales externos, por las posibilidades de reconstrucción quirúrgica, por la respuesta hormonal en la pubertad y también, en parte, por las preferencias de los padres (Piró, 2001: 130).

Se justifican las dolorosas intervenciones quirúrgicas como un mal menor con respecto al daño psicosocial. Como apunta Cheryl Chase (2000: 124), si se trata de ponderar males, producir un cuerpo vagamente de mujer, infértil, que no menstrua, que quizás carezca de función sexual, sin placer, con dolores genitales, ¿es más doloroso que tener un pene pequeño? Quizás lo que se esconde en el fondo es que el dolor de la mujer se encuentra minusvalorado.

La cirugía únicamente pretende acomodar performativamente los genitales externos del bebé a las expectativas sobre cómo debe desarrollar su género en condiciones de normalidad (Reis, 2013: 138). Todo depende de una simple regla aplicada sobre el tejido eréctil, el irónicamente llamo *Phall-o-meter* o *falómetro* (Fausto-Sterling, 2006: 81-84).⁴

Existen documentos que testimonian sobre el uso de esta medida siglos antes, llegando hasta el siglo I con la amputación de clítoris hipertróficos por el cirujano Leónidas de Alejandría. En el siglo XVII, Henrika Schuria fue condenada a ser quemada como una bruja —aunque finalmente fue rebajada su pena a la de exilio— por poseer un clítoris que igualaba en longitud a la mitad de un dedo (Laqueur, 1994: 239). Un texto de 1757 escrito por Martín Martínez, *Anatomía completa del hombre, con todos los hallazgos, nuevas doctrinas y observaciones raras, y muchas advertencias necesarias para la cirugía*, señalaba lo siguiente:

⁴ Podría pensarse que la forma más idónea es a través de un análisis cromosómico. No obstante, existen varios inconvenientes: hay varios tipos de intersexualidad, por lo que podemos encontrarnos con XXY, XO, etc.; no todos los hospitales poseen presupuesto para ello; el tiempo medio para la obtención de resultados es de 20 días; recordemos que la Ley del Registro Civil (de 1957) establece un plazo para la inscripción del recién nacido (con nombre, apellidos, filiación y sexo) de entre 24 horas y 8 días (artículo 42). Este período se acortará con la nueva ley, de 2011 (con *vacatio legis* de cuatro años), a 24 horas (artículo 46).

“Pemplo vio tan grande el Clítoris en una mujer, que abusaba de esta parte, seduciendo a otras de su sexo. Diemerbroech cuenta haber conocido a otra cuyo Clítoris era tan grande como un Miembro Viril. Finalmente Bartholino refiere entre los casos raros, que el Clítoris en una Veneciana se osificó con la frecuencia del abuso venéreo. En el caso de crecer tan extraordinariamente el Clítoris, para evitar la incomodidad, se suele cortar lo más cerca que se puede de su raíz, impidiendo el flujo de sangre con los astringentes, y conveniente ligadura.” (Salamanca, 2007: 307). Avicena (siglo XI), uno de los principales médicos de la historia, escribía en su *Canon de medicina* que la curación del hermafrodita pasaba por la amputación del miembro menos visible (Crocetti, 2013: 42-43).

¿En qué consiste actualmente el falómetro? Menos de 2,5cm es un pene demasiado pequeño como para orinar de pie o penetrar (Money y Ehrhardt, 1982: 5); más de 1cm es un clítoris demasiado grande y ofensivo como para que la futura pareja –se presume la heterosexualidad coitocéntrica, pues se trata de ser penetrada: la vagina, por tanto, ha de poseer una medida (diámetro y longitud) adecuada para acoger un pene– obtenga relaciones sexuales satisfactorias (García Dauder *et al.*, 2007: 36; Gregori, 2013: 9). Si el equipo médico considera que esa protuberancia puede ser entendida como un pene creíble, o bien creen que pueden hacer de él un pene creíble, será asignado como hombre. De lo contrario, nos encontraremos ante una mujer (Piró, 2001: 131). He aquí la cirugía inicial: *el tamaño importa* en tanto muestra la capacidad funcional de los genitales externos. Por tanto, el diagnóstico se realizará sobre la base de la simple apariencia genital y una creencia: el tamaño del pene y la capacidad para tener relaciones coitales heterosexuales. La presencia o ausencia de pene determina, por tanto, la inclusión en uno de los dos polos posibles a través de una operación de semejanza y diferencia.

59

De hecho, en ocasiones se realizan pruebas para comprobar la futura funcionalidad (hetero)sexual (Rovira, 2003: 34). Se administran hormonas para comprobar si el pene del recién nacido podrá desplegar su capacidad sexual en la pubertad, cuando las hormonas las genere el propio cuerpo. Se trata, en definitiva, de comprobar si podrá ser un pene eréctil que pueda penetrar una vagina.

Asimismo, la construcción de neovaginas, realizadas a partir del colon o de injertos de piel de la propia persona intersexual, implica un mantenimiento de la intervención a través de la dilatación periódica: al menos durante quince minutos, dos veces al día durante años (Kessler, 1998: 49). De lo que se deduce que el equipo médico presupone el momento en que comenzará a tener relaciones sexuales, que esas relaciones serán coitocéntricas y heterosexuales. Pues si no es penetrada periódicamente, el tejido se irá atrofiando. Lo que se pretende es construir una vagina lo suficientemente grande como para albergar a un pene, es decir, una vagina estética y funcionalmente correcta, aunque para ello se precise la eliminación del placer a través de la reducción del clítoris (Gregori, 2006: 110-112).

Se trata de fomentar *cuerpos fá(mé)licos*: se potencia el cuerpo fálico, se destruye el clítoris fálico, se abandona como cuerpo famélico a la suerte de la cirugía y la farmacología. La norma señala la genitalidad correcta y la genitalidad anormal. He aquí los juegos de verdad del régimen heteronormativo: “La determinación univariada, no multivariada, del sexo como masculino o bien femenino posee el status de la verdad eterna” (Money y Ehrhardt, 1982: 6).

Realizada la cirugía se produce la colonización final del cuerpo en base a un doble tratamiento para adaptar al bebé a su nuevo sexo asignado: 1) hormonal (tratamiento farmacológico) encargado de la vigilancia de la verdadera identidad



sexual y 2) psicológico (terapia de modificación de conducta). Se esculpe el cuerpo y se ajusta la identidad de género en base a una serie de expectativas sociales sobre lo masculino o sobre lo femenino a razón de un deseo heterosexual. Sexo, género y deseo se naturalizan.

Tras la cirugía, la normalización social se realizará a través de la familia, principalmente, y la escuela. Se debe adoctrinar en su identidad de género para compensar, en cierta medida, el déficit biológico. Una concepción de la identidad que mantiene tres columnas: estática (no varía a lo largo del tiempo), exclusiva (un sexo, un género) y excluyente (García Dauder *et al.*, 2007: 39). Corporalidad e identidad quedan entrelazadas.

La anormalidad genital que portan las personas intersexuales pone en riesgo la identidad social y jurídica tanto a un nivel sincrónico (en el momento del diagnóstico) como diacrónico (durante toda la vida del sujeto). He aquí, como ha apuntado Mauro Cabral, una paradoja. A partir del siglo XX no es posible ni médica ni jurídicamente el sexo verdadero, pues la asignación de género ya no es constativa sino performativa (al existir una variedad de sexos en la persona: cromosómico, gonadal, genital, hormonal, psicológico), pero al darle una posición central a los genitales a la hora de asignar un género se establece esa vinculación normativa entre identidad y genitalidad: “los genitales *hacen* género, proyectando la identidad sexual como ficción normativa y totalidad ‘congruente’, a la cual los sexos bioanatómicos y psicosociales se subordinan, en cada sujeto, más o menos disciplinadamente” (Cabral, 2006: 54).

De esta triple intervención (quirúrgica, hormonal y psicológica), a la que hay que añadir la intervención jurídica consistente en la inscripción en el Registro Civil del recién nacido de acuerdo al sexo asignado quirúrgicamente, se deduce: 1) que debe haber solo dos sexos; 2) que la heterosexualidad es lo normal –incluso se ha hablado de los peligros de *padecer* conductas homosexuales (Schultz, 1963: 538-559; Piró, 2001: 130)–; y 3) que los roles de género (masculino y femenino) están determinados como esencias y son psicológicamente saludables (Fausto-Sterling, 2006: 63). Se trata de construir el verdadero sexo a través de unos “genitales anatómicos y funcionalmente correctos que le permitan vivir una vida adulta identificada física y psíquicamente con el sexo asignado” (Piró, 2001: 129).

En definitiva, esta tecnología médico-jurídica tiene como fin conformar, lo máximo posible, el cuerpo del bebé al sexo asignado, aquel verdadero que procede del cumplimiento de la norma a través de la mirada del experto. Así se consigue una persona saludable ya no físicamente, sino socialmente. Se encuentra ajustada a la norma en lo que respecta a su apariencia exterior.

De esta forma, cualquier conciudadano puede advertir si los genitales de la persona intersexual sometida a cirugía y hormonas corresponden a la norma de la condición humana, es decir, si su anatomía externa es correcta. A ello hay que sumar una adecuada socialización familiar (roles de género). Porque lo que se busca no es la carencia de enfermedad, sino, siguiendo la propuesta de la Organización Mundial de la Salud de 1997, “un estado completo de bienestar físico, mental y social.” No se trata de salvar la vida o mejorar su calidad. En última instancia lo que se pretende es satisfacer necesidades sociales, preservando la verdad de la dualidad de sexos (García Dauder *et al.*, 2007: 36). Para mantener un orden social heteronormativo se precisa presuponer su coherencia con un orden natural, a través de la demarcación de lo masculino y lo femenino, así como la exclusión/corrección de lo anormal.

¿Por qué se patologiza la diferencia o la transgresión en lugar de socializarla? ¿Por qué seguir manteniendo la política de los dos sexos cuando existen evidencias corporales que la cuestionan? Para el sistema heteronormativo, la persona intersexual es un sujeto *perverso* aunque no haga nada. Lo es en todo momento. Su mera existencia es pura perversión. Lo siniestro ha salido a la luz y, desde su cercanía, nos pone en riesgo.

El deber jurídico (implícito) de mutilar

En palabras de Cheryl Chase (2005: 89), “el nacimiento de un bebé intersexual, hoy en día, se considera una ‘emergencia psicosocial’ que lleva a actuar a un equipo multidisciplinar de especialistas intersexuales. Significativamente son cirujanos y endocrinólogos más que psicólogos, bioéticos, representantes de organizaciones de apoyo a los intersexuales o padres de bebés intersexuales.”

El hecho de que un nacimiento intersexual sea considerado una *urgencia* o *emergencia psicosocial neonatal* (Piró, 2001: 129; Rovira, 2003: 34) nos sitúa ante una problemática jurídica de calado. Si se trata de un caso de urgente, ¿es posible la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que intervienen en la cirugía de asignación de sexo?, ¿cómo ha de ser el consentimiento informado de los progenitores o tutores?, ¿quién tiene derecho a cambiar el sexo y los genitales?, ¿tiene el equipo médico responsabilidad sobre las posibles consecuencias futuras del intersexual sometido a cirugía?, ¿qué consecuencias se derivan para los padres o tutores? Asimismo, cabe plantearse una duda general que venimos ya respondiendo a lo largo de este trabajo: si se trata de una urgencia psicosocial, ¿por qué no se interviene en primer lugar con un tratamiento psicológico?, ¿no será que lo urgente es la cirugía para adaptar un cuerpo a los requisitos de normalidad y lo psicosocial es un segundo paso consistente en la vigilancia del género?

61

Esta serie de preguntas nos sitúa en un marco jurídico oscuro, complejo y con lagunas a resolver. A continuación se analizará la problemática que suscita las intervenciones quirúrgicas a personas intersexuales y cómo el sistema jurídico avala, en un marco interfóbico, lo que podríamos considerar, sin riesgo a equivocarnos, una *mutilación genital* (Kessler, 1998: 39-40) practicada en los hospitales del llamado *Occidente democrático y defensor de los derechos humanos*: la variabilidad sexual es traducida en ambigüedad genital a causa de errores de desarrollo corregibles; a través de intervenciones quirúrgicas y hormonales el cuerpo es ajustado a la norma. Mostraremos la existencia de un deber jurídico implícito de mutilar (es decir, un aval jurídico para quien practica la mutilación) a través de las instituciones del consentimiento informado y de la objeción de conciencia.

Consentimiento informado

La destrucción de genitales intactos y la castración están institucionalizadas y legitimadas por el discurso médico-científico como correcciones de genitales –y el elenco de adjetivos es propio de la literatura médica– deformes, anormales, ofensivos, embarazosos o viciados en su desarrollo. Lo que para la medicina es *deformidad* en el ámbito pre-quirúrgico, *creación* a través de la intervención y *genitales corregidos* en el momento posterior a la cirugía, para la persona intersexual son *genitales intactos* en el ámbito pre-quirúrgico, *destrucción* a través de la intervención y *genitales mutilados* y *artificiales* en el momento posterior a la cirugía (Kessler, 1998: 40). A través de esta corrección se desvela el verdadero sexo. La mutilación es vestida de *habilitación*. Todo ello amparado por un sistema jurídico que obliga a los sujetos a vivir conforme a uno de los dos únicos sexos. Son



solo estos dos sexos los privilegiados que pueden gozar de los derechos fundamentales.

¿Es imaginable este mismo tratamiento quirúrgico para personas que se hallen en otra variabilidad? Pensemos en personas con capacidades intelectuales diversas a la media, ¿aceptaríamos un tratamiento quirúrgico para reconducirlas a la norma?, ¿extraeríamos una parte del cerebro de una persona con altas capacidades para evitar así su anormalidad y el riesgo de inadaptación social?, ¿y por qué sí se acepta esta forma de *eugenesia* para quien se aparta de la normalidad sexual?

Tanto es así que el principio de no discriminación por razón de sexo, consagrado en el artículo 14 de la Constitución de 1978, y que ha permitido la eliminación, al menos en términos jurídicos, de las desigualdades entre hombres y mujeres –no en el plano socio-económico–, no se aplica a las personas intersexuales. ¿Por qué sí se permite su discriminación por razón de sexo? ¿Por qué se permiten los tratos crueles y degradantes en las personas intersexuales? A estas cuestiones, que aún no han sido planteadas en la jurisprudencia española, se tratará de dar forma a continuación.

Por no extender más estas cuestiones generales, en el tema que nos ocupa se producen dos hechos que dificultan la aplicación del deber de respetar la autonomía del paciente. En el caso de nacimiento de bebés intersexuales o con ambigüedad genital, en primer lugar nos encontramos con menores de edad que se encuentran bajo tutela legal. Deben ser los tutores quienes tomen la decisión última sobre el recién nacido, es decir, la firma que debe aparecer consintiendo o rechazando la cirugía de asignación de sexo debe ser la de los tutores del menor de edad. No obstante, el interés del menor –que no los derechos del menor⁵– se encuentra por encima de los deseos de los progenitores. Tanto es así que en caso de conflicto entre el interés del menor y el interés de los progenitores, debe ser una autoridad independiente quien haga prevalecer el principio del interés superior del menor. Dicha autoridad ha de ser un juez o tribunal, la autoridad administrativa o el Ministerio Fiscal (Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000). Sin embargo, al no existir regulación sobre la intersexualidad (laguna jurídica), el interés del intersexual será determinado en exclusiva por el equipo médico. No hay intervención de esa autoridad independiente. No la hay porque se entiende que no existe conflicto de intereses: el menor intersexual ha de ser corregido.

Pero la cuestión se agrava notablemente en la praxis médica. Como se señaló, nos encontramos ante una *urgencia psicosocial*. Se entiende que si no se realiza la intervención quirúrgica, el menor sufrirá una serie de problemas en su desarrollo y en su relación con la sociedad. No se explicita que la intersexualidad pueda provocar graves problemas de salud, sino de adaptabilidad social. La cuestión va más allá de las posibles polaridades opuestas: no se trata de elegir entre modificar el cuerpo a través de la cirugía o esperar a que decida la persona intersexual. No se produce tal polaridad (Murray, 2009: 266). El argumento del tipo *la cirugía es mejor ahora* ignora las necesidades del paciente, su voz y su autonomía (Chase, 1998: 155). Recurriendo a la jurisprudencia española –aunque no ha habido pronunciamientos sobre intersexualidad–, se ha entendido que el deber de consentimiento informado se suspende.

⁵ Como mera curiosidad se puede señalar que no se habla de derechos sino de interés: no se trata de proteger un status jurídico sino una utilidad.

Por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2003⁶, señala textualmente que “la información deviene en secundaria y accidental en términos de la sentencia impugnada ya que *per se* la enfermedad debía ser tratada y superada mediante el adecuado tratamiento médico-quirúrgico, y el riesgo de la propia patología era tan grave y fatal que determina el de la intervención más allá de la propia información” (Fundamento Jurídico 1).

Diversas sentencias del Tribunal Supremo (Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de 9 de noviembre de 2005, Sentencia de la Sala de lo Civil de 10 de mayo de 2006, entre otras) establecen la obligatoriedad del consentimiento informado incluso en situaciones de necesidad de la intervención. Sin embargo, en caso de encontrarnos no ante una necesidad sino una urgencia, la jurisprudencia cambia radicalmente. En estos supuestos el Tribunal Supremo ha optado por la innecesidad del consentimiento informado en aplicación del artículo 9.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, que permite la ausencia de consentimiento “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.” Así ha sido declarado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de 16 de mayo de 2005. Señala el alto tribunal que se exceptúa la obligatoriedad del consentimiento en aquellos casos urgentes que ni permitan demoras, bien por la posibilidad de ocasionar lesiones irreversibles, bien por existir peligro de fallecimiento. Asimismo, en un estado de necesidad terapéutica, como establece el párrafo cuarto del artículo 5 de la Ley de Autonomía del Paciente, el profesional sanitario puede actuar sin informar al paciente previamente.

Al entenderse que la intersexualidad provoca un grave riesgo, la práctica médica emplea el término *urgencia o emergencia psicosocial* para legitimar la cirugía del neonato excluyendo la obligación del consentimiento informado. Aunque es cierto que tras diversos escándalos la práctica está cambiando, los equipos médicos no informan a los progenitores o tutores (amparados por lo que la jurisprudencia ha venido a llamar *información excesiva*: el Tribunal Supremo ha entendido en diversas resoluciones que mantienen una zona de exclusión de la información. No hay que olvidar que la Ley de Autonomía del Paciente no habla de *información completa* sino de *información adecuada*. Ello implica que es el equipo médico el que determina qué es lo adecuado (Pelayo, 2009: 98-100), no mencionan palabras tales como hermafrodita o intersexual sino que las sustituyen por *anomalía de los cromosomas sexuales, anomalía gonadal o anomalía de los órganos externos*, les mienten no indicando que se trata de un estado intersexual que no afecta a la salud del bebé sino que se trata de una malformación o una patología que, dada la pericia médica a la hora de descubrir el verdadero sexo, debe ser restituida a través de cirugía (Kessler, 1999: 22-24; Fausto-Sterling, 2006: 71), llegando incluso a sedarlos para firmar el consentimiento (Dreger, 1998: 192-197; Chase, 2005: 90 y Fausto-Sterling, 2006: 85-86).

Un estudio reciente compara la decisión de los progenitores dependiendo de la información que reciben del equipo médico. Ante una información enfocada en la medicalización, el 65,9% de los progenitores optaron por la cirugía mientras que un 34,1% la rechazó. Por el contrario, la información que centra su atención en la desmedicalización provocó que los porcentajes se invirtieran: el 77,1% rechazó la cirugía y el 22,9% la acogió (Streuli *et al.*, 2013: 1953-1960).

⁶ Se trata de un caso de peritonitis fecaloidea como daño colateral de una operación quirúrgica de una endometriosis pélvica y síndrome adherencial al resultar perjudicada por una escalera del láser a consecuencia del uso de la vídeo-laparoscopia.

Otras veces la palabra *cáncer* es pronunciada de tal forma que realmente no hay una elección (Karkazis, 2008: 92). Es significativo en este sentido que la guía para padres que publicó en el año 2012 la Johns Hopkins Press insista en esta palabra tan temida (Wisniewski *et al.*, 2012: 62-71),⁷ a pesar de que el riesgo de padecer cáncer no se ha probado, salvo en caso de disgenesia gonadal (Crocetti, 2013: 140; Lee *et al.*, 2006).⁸ La capacidad de discernimiento, que se le exige al tutor para explicitar su consentimiento, queda de esta forma menoscabada.

Lo paradójico, como resalta Nuria Gregori Flor (2006: 116), es que gracias a la perspectiva biologicista sobre la identidad sexual durante el período intrauterino que asume el aparato médico, este puede eludir cualquier posible responsabilidad en el hipotético caso de ser denunciado por error médico en la asignación de sexo: “lo que no es demostrable no es denunciabile, y en este caso, los límites de la ciencia aparecen como justificación ante posibles errores.”

A ello hay que añadir lo establecido en el Código Civil español, en el marco de una tradición jurídica extrapolable a otras latitudes. Señala el artículo 29 que el nacimiento determina la personalidad. Hasta la reforma de 2011, el artículo 30 señalaba que “para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.” Es decir, para ser persona en términos jurídicos debían producirse tres hechos: 1) nacer, 2) vivir durante veinticuatro horas y 3) poseer forma humana. Este último requisito excluye de la personalidad a aquellos seres que no encajan en el marco normativo de la condición humana. Podríamos pensar que la cirugía intersexual viene impuesta por este artículo 30 del Código Civil en lo que respecta al sexo que puede poseer la figura humana, pues, además, el recién nacido debe ser inscrito inmediatamente en el Registro Civil, aquel archivo de la verdad que goza de presunción de exactitud como reza el artículo 16 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. No obstante, el artículo 166 del Reglamento del Registro Civil permite un plazo de treinta días para la inscripción siempre que se acredite justa causa, esto es, de forma excepcional. Cabe la duda de quién establece qué se entiende por justa causa. Asimismo, el artículo 46 de este cuerpo legal obliga a la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios a comunicar el nacimiento a la Oficina del Registro Civil en el plazo de veinticuatro horas. Es en este momento cuando surge la identidad jurídica. La inscripción del nacimiento es un título declarativo del estado civil de la persona, esto es, declara la verdad oficial de los hechos y circunstancias.

En Francia, el artículo 57 del *Code Civil* establece que en la inscripción de nacimiento debe aparecer, entre otros factores, el sexo del inscrito. La jurisprudencia gala al respecto ha señalado que todos los individuos, aunque presenten anomalías orgánicas, tienen la obligación de ser inscritos en uno de los dos sexos, masculino o femenino (Borrillo, 2009: 54-55). De hecho, esta fue la interpretación que se hizo durante un largo período de tiempo: la cirugía vendría

⁷ En el capítulo dedicado al tratamiento para asignar uno de los dos únicos géneros posibles, pues la guía no se cuestiona la artificialidad del sexo-género, los autores de la guía sitúan la cirugía como el único remedio para *prevenir cáncer*. Si bien es cierto que el riesgo de desarrollar en el futuro un cáncer existe, no es tan alto como para justificar *en todo caso* la cirugía.

⁸ En el *Consensus* de 2006 se establece una tabla con las posibilidades de sufrir tumoración (que no es lo mismo que cáncer): el riesgo más alto se encuentra en PAIS con gónada intra-abdominales, disgenesia gonadal (entre el 35 y 50%); en cambio, en el resto no llega el 10% (en CAIS o Turner es del 2 y 1% respectivamente). Lo que no se recoge es el índice de mortalidad. La *Organisation Intersex International Australia* lanzó una campaña en la red social facebook en 2014 con un mensaje significativo: “Doctors remove the gonads of all intersex females with A.I.S-Androgen Insensitivity Syndrome because 9% might later develop cancer. Doctors do not remove the breasts of all females because 12,7% might later develop breast cancer.”

impuesta por el imperativo del sexo civil (Vázquez García y Cleminson, 2012: 216). El calificativo de urgencia respondería únicamente a los plazos para la inscripción registral del neonato. Del mismo modo, la vigente Ley española del Registro Civil establece en sus artículos 44.2 y 49 que en la inscripción de un nacimiento debe contenerse la siguiente información: nombre y apellidos, fecha, hora y lugar de nacimiento, identidad, sexo y filiación. En lo referente al sexo, de acuerdo al artículo 170 del Reglamento del Registro Civil, en la inscripción constará “si el nacido es varón o mujer y el nombre impuesto.” Dicha inscripción, como apunta el apartado tercero del artículo, se realiza acompañándose del “parte facultativo”.⁹ Así, lo dicho por el experto (médico) queda reflejado en la verdad de los archivos.

De esta forma, la autonomía de la persona intersexual queda violada a causa de la decisión tomada por médicos y, en ocasiones, progenitores por la que se construyen unos genitales que aparenten normalidad exterior. No se trata de proteger la salud del neonato, sino de inmunizar la dualidad de sexos. El riesgo no consiste en nacer intersexual, sino hacerlo en contra del dimorfismo establecido jurídicamente.

Objeción de conciencia

La protección de la dualidad de sexos no solo se realiza con la violación de la autonomía y del consentimiento informado, sino también con respecto a la objeción de conciencia del profesional sanitario. Se puede entender esta como “aquel incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones” (Gascón, 1990: 85); es decir, un mecanismo que posee el profesional para no realizar un tratamiento porque este viola su conciencia.

Paulatinamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ampliado el ámbito material de la objeción de conciencia más allá del servicio militar. El caso más paradigmático, por los enfrentamientos constantes, es la objeción de conciencia al aborto, reconocido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985.

No obstante, se ha entendido que la objeción de conciencia encuentra en su desarrollo dos límites a su realización, a saber: directos e indirectos. No se trata de límites propios de la objeción sino de los derechos en general. Así lo estableció, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, en el marco del derecho de huelga, al señalar que los derechos se encuentran limitados directamente por lo que la propia Constitución establezca e indirectamente por las normas derivadas de la Constitución con el objetivo de preservar tanto otros derechos como bienes constitucionalmente protegidos.

De esta forma, el artículo 16.1 CE establece que el límite directo a la libertad ideológica, religiosa y de culto se halla en el “mantenimiento del orden público protegido por la ley.” El problema aquí radica en definir qué se entiende por *orden público*. En la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, se

⁹ La rectificación del asiento en caso de intersexualidad se realiza sin necesidad de un proceso judicial, sino a través de un expediente gubernativo de rectificación de error en lo referido al sexo en el caso de discordancia originaria, de acuerdo a lo que un nuevo informe médico señale. Al respecto, Resolución de 6 de mayo de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Fundamentos Jurídicos III y IV) o Resolución de 5 de marzo de 2001 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así se establecía en el artículo 93 de la derogada Ley del Registro Civil de 1957.



limita éste a la existencia de un peligro para la seguridad, la salud o la moralidad públicas (FJ11).

De nuevo nos encontramos con un problema de definición. Ya sabemos qué es el orden público, ¿pero quién define esos límites?, ¿qué debemos entender por salud, seguridad y moralidad pública? Este último límite, ¿se trata de un conjunto de convicciones sociales hegemónicas en una sociedad concreta?, ¿puede ser la heterosexualidad un límite de orden público en tanto convicción social –moralidad pública– arraigada socialmente?, ¿puede entenderse como un principio jurídico el dimorfismo sexual, actuando así como límite a la objeción de conciencia?

Sin responder aún a estas cuestiones planteadas nos quedan por definir los límites indirectos a la objeción de conciencia. Estos radican en un juicio de ponderación entre derechos. *Prima facie*, el Tribunal Constitucional ha reconocido que determinados fines sociales, que constituyan valores constitucionalmente protegidos, han de ser entendidos de rango superior a algunos derechos individuales (STC 22/1984). Volvemos sobre las preguntas planteadas en el párrafo anterior: ¿son la heteronormatividad y el dimorfismo sexual fines sociales constitucionalmente protegidos? Si bien es cierto que el artículo 14 CE establece la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de sexo, el artículo 32 CE únicamente reconoce, a efectos del derecho a contraer matrimonio, la existencia de dos sexos: el hombre y la mujer.

En el marco de los límites indirectos –íntimamente unidos al orden público–, la jurisprudencia entiende que, al no existir un derecho a la objeción de conciencia general¹⁰, en caso de urgencia vital (peligro para la vida y salud) no es posible apelar a conflictos de conciencia, quedando la persona obligada a actuar en todo caso. Este se encuentra obligado a actuar aunque pueda entender que vulnera su conciencia. Más aún si se encuentra en una relación jerárquica dentro de la Administración, como es el caso de los profesionales del servicio público sanitario. La desobediencia a participar en la cirugía de asignación de sexo a personas intersexuales podría considerarse una falta muy grave, con las consiguientes consecuencias laborales para el profesional.¹¹

Por ejemplo, en un caso de aborto la vida de la gestante se considera un bien protegido constitucionalmente de mayor rango que el *nasciturus*, derivando en la imposibilidad de apelar a la objeción de conciencia por parte del profesional sanitario. De hecho, la muerte de la mujer en caso de objeción del profesional podría constituir un delito de homicidio por omisión¹² y de omisión del deber de socorro en atención al artículo 196 del Código Penal de 1995.¹³

¹⁰ Las sentencias del Tribunal Constitucional 160/1987 y 161/1987 entienden la objeción de conciencia como un derecho autónomo, no fundamental y excepcional.

¹¹ Así se establece, por ejemplo, en el Auto del Tribunal Constitucional 135/2000, de 8 de junio, sobre la negativa de una ATS de instituciones penitenciarias a suministrar metadona a los reclusos por orden de su superior. Véase especialmente el Fundamento Jurídico 2.

¹² En el Código Penal de 1973 se establecía en el artículo 417 bis los casos de aborto. La urgencia vital se entendía un caso de aborto legal, incluso podía ser practicado sin consentimiento expreso de la gestante.

¹³ “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.” Las penas que establece el artículo 195 son: multa de tres a doce meses, prisión de seis a dieciocho meses o cuatro años.

En lo que nos atañe, hay dos elementos que ponen en cuestión la posibilidad de que el profesional sanitario pueda objetar en la cirugía intersexual. La calificación de *urgencia psicosocial* y la no lesión de un *bien social*. No existen casos en los que se haya reconocido el derecho a objetar a profesionales sanitarios que intervienen en cirugía de normalización sexual. La Declaración de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial Española de 1997 restringe este derecho en los casos de urgencia. En atención a esos dos elementos, parece hipotéticamente factible que la cirugía intersexual sea también impuesta al profesional sanitario. Este no podría objetar a la cirugía en tanto que los conocimientos científicos y sociales no entran en el marco de la objeción de conciencia, a no ser que pudiéramos entenderlos como razones morales. Esto último se plantea como una razón en principio difícil de aceptar por quien, a posteriori, deba juzgar la oportunidad o no de la objeción del profesional a la cirugía de asignación de sexo (mutilación genital).

3. Epílogo

Los cuerpos intersexuales son cuerpos violentos, cuerpos que transgreden las normas del sexo/género. Por eso la violencia de la medicina y del derecho se ensaña sobre sus cuerpos. Nos encontramos ante una violencia consentida por el derecho, por la medicina y por la sociedad.

La literatura médica no alcanza a consensuar un porcentaje de población intersexual. La media es difícil de calcular entre otras razones por el oscurantismo del tema y por la falta de consenso médico a la hora de *clasificar* los distintos tipos de intersexualidad. Existen datos que oscilan entre 1/60.000, 1/20.000 o 1/12.500 en el caso de hiperplasia suprarrenal congénita (Dreger, 1998: 40), mientras que hay quien reduce la proporción a 2 casos por cada 1000 nacimientos (Overzier, 1963: IX y 560). Otros, en cambio, estiman que 1,7% de los nacimientos poseen ambigüedad genital o genitales notablemente atípicos, mientras que los recién nacidos sometidos a cirugía oscila entre uno y dos por cada mil nacimientos (Blackless *et al.*, 2000: 161). Sharon E. Preves señala que de aproximadamente cuatro millones de bebés nacidos anualmente en Estados Unidos, de dos a cuatro mil poseen una anatomía difícil de caracterizar de forma clara en los polos masculino o femenino (Preves, 2003: 3). En el Estado español, de la que se desconocen los datos, podemos calcular que en el año 2012 nacieron aproximadamente 227 personas intersexuales, siguiendo la estadística de la ISNA (1 de cada 2000 nacimientos)¹⁴ y atendiendo al número de nacimientos que en ese año fue de 453.637 personas¹⁵. Cuántas de entre las 227 personas fueron sometidas a cirugía es un dato difícil de conocer. En el año 2012, última estadística oficial, nacieron en Estados Unidos 3.952.841 personas¹⁶ con lo que 1976 podrían ser intersexuales. Kipnis y Diamond estimaron el número de intervenciones en Estados Unidos en unas 200 anuales (1999: 178) – incluso se ha hablado de cinco intervenciones diarias (David Elisco, 2009) o de 3.500 anuales en Estados Unidos (Sytsma, 2006: XVII). Con lo cual el 10% de los casos, utilizando un porcentaje conservador, es sometido a cirugía neonatal. Si fueran extrapolables estos datos al Estado español, estaríamos hablando de 22 personas sometidas a mutilación genital en el año 2012.

¹⁴ Véase *Frequently Asked Questions* de Intersex Society of North America. Disponible en: <http://www.isna.org/faq/frequency>. Revisado el 17 de febrero de 2015.

¹⁵ La última estadística publicada hasta hoy puede verse en: <http://www.ine.es/prensa/np784.pdf>. Revisado el 17 de febrero de 2015.

¹⁶ Véase las estadísticas de Centers of Disease Control and Prevention. Disponible en: <http://www.cdc.gov/nchs/births.htm>. Revisado el 17 de febrero de 2015.



A pesar del panorama descrito, se han producido una serie de hechos que ponen en cuestión la mutilación genital consentida. Sin detenernos en ellos por carecer de espacio y dejándolo para otra ocasión, al menos podemos enumerar los siguientes.

En primer lugar, en 1999 la Corte Constitucional de Colombia dicta la sentencia de unificación SU-337/99 (previamente la sentencia T 477 de 1995, a la que siguieron las sentencias T 551 de 1999, T 692 de 1999, T1390 de 2000 y T 1025 de 2002) en la que realiza duras críticas a la cirugía de normalización al entenderla contraria a los derechos del menor, señalado que debe ser la propia persona intersexual la que decida.

En segundo lugar, en 2006 se firma el *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders* (Lee *et al.*, 2006), que supuso un cambio real en la forma de percibir la intersexualidad. Aunque no se cuestiona la cirugía, sí se previene de sus contraindicaciones a tan temprana edad, proponiendo una moratoria. En este nuevo marco, los especialistas han abrazado el consentimiento informado. La toma de decisiones compartida poco a poco se está asentando, aunque, ciertamente, no parece estar acompañada de una reducción considerable de la cirugía de normalización (Feder, 2014: 88).

El tercer lugar, si en 2009 la Organisation Intersex International Australia recriminó a Naciones Unidas, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que se refiere al artículo 37 (los Estados deben velar por evitar la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, privación de libertad, etc.), sus silencios con respecto a los tratos crueles y degradantes a los que se ven sometidos los bebés intersexuales¹⁷, en 2013 por fin la ONU recogió el llamamiento de los colectivos intersex y consideró la cirugía de normalización intersexual como una práctica de tortura infantil en su informe *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*.

Ese mismo año, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió la Resolución 1952 (2013) *Children's right to physical integrity* en la que instaba a la protección de las personas intersexuales, así como a la eliminación de los tratamientos médicos innecesarios. Finalmente, el 9 de mayo de 2014 el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks, solicitaba a los Estados el reconocimiento legal de las personas intersexuales, así como criticaba la cirugía intersexual por entender que viola el derecho a la autodeterminación y la integridad física. Tomemos estos acontecimientos como una guía de mínimos para la acción.¹⁸

Bibliografía

- ALBALADEJO, M. (2009), *Derecho civil I*. Edisofer, Madrid.
 BLACKLESS, M., CHARUVASTRA, A., DERRYCK, A., FAUSTO-STERLING, A., LAUZANNE, K. y LEE, E. (2000), "How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis", *American Journal of Human Biology*, Núm. 12, pp. 151-166.
 BORRILLO, D. (2009), *Le droit des sexualités*, PUF, París.
 BUTLER, J. (2006), *El género en disputa*, Paidós, Madrid.

¹⁷ Véase la información de Organisation Intesex International Australia. Disponible en: <https://oii.org.au>. Revisado el 19 de febrero de 2015.

¹⁸ Siguiendo esta línea, en García López (2014) he planteado la posibilidad de encuadrar la cirugía de normalización intersexual en el ámbito de los crímenes contra la humanidad.

- CABRAL, M. (2006), "El cuerpo en el cuerpo. Una introducción a las biopolíticas de la intersexualidad", *Orientaciones: revista de homosexualidades*, Núm. 11, pp. 47-68.
- CANGUILHEM, G. (1971), *Lo normal y lo patológico*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- CHASE, C. (1998), "Surgical Progress is Not the Answer to Intersexuality", en DREGER, A., *Intersex in the Age of Ethics*, Rittenhouse, Hagerstown.
- CHASE, C. y HEGARTY, P. (2000), "Intersex Activism, Feminism, and Psychology: Opening a Dialogue on Theory, Research, and Clinical Practice", *Feminism & Psychology*, Núm. 10, pp. 117-132.
- CHASE, C. (2005), "Hermafroditas con actitud: cartografiando la emergencia del activismo político intersexual", en VV.AA., *El eje del mal es heterosexual. Figuraciones, movimientos y prácticas*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- COLEMAN, E. (2011), "Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People", *International Journal of Transgenderism*, Núm. 13, pp. 165-232.
- CROCKETT, D. (2013), *L'invisible intersex. Storie di corpi medicalizzati*, ETS, Pisa.
- CROUCH, R. (1999), "Betwixt and Between: The Past and Future of Intersexuality", en DREGER, A., *Intersex in the Age of Ethics*, Rittenhouse, Hagerstown.
- DONAHOE, P. (1991), "Clinical management of Intersex Abnormalities", *Current Problems in Surgery*, Núm. 28, pp. 513-579.
- DREGER, A. (1998), *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Harvard University Press, Cambridge.
- ELISCO, D. (2009), *Sex, Lies and Gender*, documental.
- FAUSTO-STERLING, A. (2006), *Cuerpos sexuados*, Melusina, Barcelona.
- FEDER, E. (2014), *Making sense of Intersex. Changing Ethical Perspectives in Biomedicine*, Indiana University Press.
- GARCÍA BOUTHELIER, R. (2001), "Anomalías de la diferencia sexual", en *Estados intersexuales e hipogonadismo*, Sociedad Española de Endocrinología Pediátrica. Bilbao.
- GARCÍA DAUDER, S., ROMERO BACHILLER, C. y ORTEGA, E. (2007), "Cossos insubmissos i mutilació genital", en ARMENGOL, J.M., *Masculinitats per al segle XXI*, CEDIC, Barcelona.
- GARCÍA LÓPEZ, D.J. (2014), *Cirugía de normalización intersexual como crimen contra la humanidad*. Disponible en: http://www.eldiario.es/contrapoder/Dia_Solidaridad_Intersexual_6_321677856.html. Revisado el 17 de febrero de 2015.
- GARCÍA LÓPEZ, D.J. (2015), *Aberraciones de la carne*, Melusina, Tenerife.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1990), *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GREGORI FLOR, N. (2006), "Los cuerpos ficticios de la biomedicina. El proceso de construcción del género en los protocolos médicos de asignación de sexo en bebés intersexuales", *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, Núm. 1, pp. 103-124.
- GREGORI FLOR, N. (2013), "Utopías dicotómicas sobre los cuerpos sexuados", *Arbor*, Vol. 189, Núm. 763: a071.
- HAUSMAN, B. (1998), "En busca de la subjetividad: transexualidad, medicina y tecnologías de género", en NIETO, J.A., *Transexualidad, transgenerismo y cultura*, Talasa, Madrid.
- KARKAZIS, K. (2008), *Fixing Sex*, Duke University Press, Londres.
- KESSLER, S. (1998), *Lessons from the Intersexed*, Rutgers University Press, New Brunswick.
- KIPNIS, K. y DIAMOND, M. (1999), "Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex", en DREGER, A., *Intersex in the Age of Ethics*, Rittenhouse, Hagerstown.
- LAQUEUR, T. (1994), *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, Madrid.



- LEE, P., HOUK, C.P, HUGHES, I.A. y AHMED, S.F. (2006), "Consensus Statement on Management of Intersex Disorders", *Pediatrics. Official Journal of the American Academy of Pediatrics*, Núm. 118, pp. 488-500.
- MASON, P. (2013), "Intersex Genital Autonomy: A Rights-Based Framework for Medical Intervention with Intersex Infants", en DENNISTON, G., HODGES, F. y FAYRE MILOS, M., *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, Springer, Nueva York.
- MONEY, J. y EHRHARDT, A. (1982), *Desarrollo de la sexualidad humana (Diferenciación y dimorfismo de la identidad de género)*, Morata, Madrid.
- MURRAY, S. (2009), "Within or Beyond the Binary/Boundary? Intersex and Parental Decisions", *Australia Feminist Studies*, Núm. 24, pp. 265-274.
- NIETO PIÑEROBA, J.A. (2008), *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Bellaterra, Barcelona.
- OVERZIER, C. (1963), *La intersexualidad*, Científico-Médica, Madrid.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Á. (2009), *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada.
- PIRÓ BIOSCA, C. (2001), "Estados intersexuales. Tratamiento quirúrgico", en *Estados intersexuales e hipogonadismo*, Sociedad Española de Endocrinología Pediátrica, Bilbao.
- REIS, E. (2013), "Intersex Surgeries, Circumcision, and the Making of *Normal*", en DENNISTON, G., HODGES, F. y FAYRE MILOS, M. (eds.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, Springer, Nueva York.
- ROVIRA LOSCOS, A. (2003), "Los estados intersexuales", en BECERRA-FERNÁNDEZ, A., *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, Díaz de Santos, Madrid.
- SÁEZ, J. (2004), *Teoría queer y psicoanálisis*, Síntesis, Madrid.
- SALAMANCA BALLESTEROS, A. (2007), *Monstruos, ostentos y hermafroditas*, Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada.
- SCHULTZ, J.H. (1963). "Intersexualidad y transvestismo", en OVERZIER, C., *La intersexualidad*, Científico-Médica, Madrid.
- STREULI, J.C., VAYENA, E., CAVICCHIA-BALMER, Y. y HUBER, J. (2013), "Shaping parents: Impact of contrasting professional counseling on parents' decision making for children with disorders of sex development", *The Journal of Sexual Medicine*, Vol. 10, pp. 1953-1960.
- SYTSMA, S. (2006), *Ethics and Intersex*, Springer, Nueva York.
- VÁZQUEZ GARCÍA, F. y CLEMINSON, R. (2012), *Los hermafroditas. Medicina e identidad sexual en España (1850-1960)*, Comares, Granada.
- WISNIEWSKI, A., CHERNAUSEK, S. y KROPP, B. (2012), *Disorders of Sex Development. A Guide for Parents and Physicians*, Johns Hopkins Press, Baltimore.



A PROPÓSITO DE LA ACCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA EN EL ÁMBITO DEL DEPORTE: ANÁLISIS DEL CONVENIO EUROPEO SOBRE LA MANIPULACIÓN DE COMPETICIONES DEPORTIVAS

Carmen Pérez González
Universidad Carlos III de Madrid
carmen.perez@uc3m.es

Resumen

Este trabajo analiza las medidas internacionales adoptadas para combatir la corrupción en el deporte y, en particular, el Convenio europeo sobre la manipulación de competiciones deportivas, recientemente adoptado en el marco del Consejo de Europa. Este Convenio viene a sumarse a un conjunto de instrumentos que, como el Convenio europeo contra el dopaje (1989), el Convenio europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas, y especialmente partidos de fútbol (1985) y un nutrido grupo de resoluciones del Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria, son prueba de la importancia de la labor del Consejo de Europa en este ámbito. Una labor que ha contribuido decididamente a la configuración de un Derecho Internacional del Deporte de cuya existencia no cabe hoy dudar.

Palabras clave

Derecho internacional del deporte, Consejo de Europa, lucha contra la corrupción en el deporte, manipulación de resultados deportivos, cooperación con las autoridades deportivas.

ON COUNCIL OF EUROPE ACTION IN THE FIELD OF SPORTS: ANALYSIS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON THE MANIPULATION OF SPORTS COMPETITIONS

Abstract

This work aims to analyze the international measures adopted to fight against corruption in sports and, in particular, the European Convention on the manipulation of sports competitions, recently adopted by the member States of the Council of Europe. It is well known that this international organization has developed an important activity in the realm of sport. The adoption of the European Convention against doping (1989), the European Convention on spectator violence and misbehavior at sports events and in particular at football matches (1985) and an important number of resolutions of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly have to be mentioned in this sense. By doing so, the Council of Europe has decisively contributed to the emergence of International Sports Law, which can be identified as a new area of International Law.

Keywords

International Sports Law, Council of Europe, fight against sports corruption, manipulation of sports competitions, cooperation with sports bodies.

1. Cuestiones introductorias: Acerca del Derecho internacional y la lucha contra el fraude en el deporte

El pasado 18 de septiembre de 2014 se aprobó, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio sobre la manipulación de competiciones deportivas (en adelante, el Convenio)¹. Su entrada en vigor, que tal y como se establece en el artículo 32.4 requiere de la ratificación de cinco Estados, tres de ellos miembros del Consejo de Europa, no se ha producido en el momento en el que se escriben estas líneas y debe adelantarse que, al menos en relación con los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) –algunos de los cuales ya lo han firmado–, está en entredicho hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) emita su Dictamen 1/14 en el que deberá pronunciarse, a petición de Malta, sobre la compatibilidad de algunas disposiciones del Convenio con determinadas reglas del mercado único.

Con todo, el análisis del Convenio es de interés. La exigencia de que se adopten medidas que resulten útiles y eficaces para combatir las distintas formas de corrupción o fraude en el deporte² se ha generalizado en los últimos tiempos. Lo que ha traído consigo, a pesar de la resistencia de las autoridades deportivas a cualquier injerencia que provenga de las autoridades públicas, internas o internacionales, que los Estados se hayan decidido a regular diferentes aspectos directa o indirectamente relacionados con la práctica del deporte³. La evidente necesidad de cooperar internacionalmente para combatir prácticas crecientemente transnacionales, ha traído consigo la proliferación de instrumentos multilaterales que buscan imponer a los Estados la adopción de medidas eficaces contra aquellas⁴.

En lo que hace a la corrupción o el fraude en el deporte, deben citarse aquellos instrumentos internacionales adoptados para combatir, en general, cualquier forma de corrupción. ¿Sirven de base para imponer a los Estados la obligación de combatir el fraude deportivo?

En el ámbito universal, dos Convenciones de Naciones Unidas (en adelante, NNUU) sirven de referencia en relación con las medidas que podrían adoptar los

¹ El texto del Convenio está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=215&CM=8&DF=14/12/2014&CL=ENG>. Todos los documentos electrónicos que se citan a lo largo del trabajo han sido consultados el 2 de febrero de 2015.

² Ambos términos se utilizarán aquí como sinónimos. Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos recientes de Álvarez Vizcaya. (2013, pp- 216-224), Malem. (2014).

³ Es clásico el trabajo de Cazorla Prieto (1979). Véase también Palomar Olmeda (2014)

⁴ Un “Derecho internacional público del deporte” empieza así a abrirse camino y a conformarse como un sector propio del Derecho internacional. Sobre la cuestión puede verse Borrás (1993, pp. 111-129); Karaquillo (2004); Latty (2007); Nafziger (1992); Pérez González (2014)

Estados para combatir cualquier forma de corrupción en del deporte. Entre ellas, la manipulación de las competiciones deportivas. De un lado, la Convención contra la corrupción⁵, cuyo artículo 21 no pasa de invitar a los Estados parte a considerar la posibilidad de castigar penalmente la corrupción entre particulares. De otro, la Convención contra la delincuencia transnacional organizada⁶, que únicamente obliga a las Partes a castigar penalmente la corrupción pública, dejando en sus manos la decisión de incorporar otras formas de corrupción como delitos. Como tenderemos ocasión de comprobar, el Convenio europeo contra la manipulación de las competiciones deportivas trata de colmar estas lagunas imponiendo como obligación lo que ambas Convenciones establecen como potestativo⁷.

Ya que en el siguiente epígrafe de este trabajo analizaremos la labor desarrollada por el Consejo de Europa en el ámbito del deporte, únicamente reseñaré ahora que esta Organización ha adoptado diversos instrumentos normativos (convenios, resoluciones, recomendaciones) cuyo objetivo es fortalecer la lucha contra diversas formas de corrupción. Destaca entre todos ellos, el Convenio penal europeo contra la corrupción⁸, que obliga a los Estados parte a sancionar penalmente la corrupción privada únicamente cuando tiene lugar en el marco de la actividad comercial, lo que, en relación con nuestro ámbito de estudio, dejaría fuera la manipulación de competiciones en el caso del deporte no profesional. Además, en 1999 el Consejo de Europa instituyó el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), cuya labor se centra en la monitorización del cumplimiento por parte de los Estados miembros con los estándares de la organización en este ámbito⁹.

También la UE se ha ocupado de la cuestión de la lucha contra la corrupción en el deporte. Diversas instituciones de la Organización (el Parlamento Europeo y el Consejo entre ellas) han expresado repetidamente su preocupación por el fenómeno. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que aunque hasta la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), la UE no contaba con una base jurídica específica en materia de deporte, la labor de

⁵ Adoptada mediante la Resolución 58/4 de la Asamblea General de NNUU, de 31 de octubre de 2003 y disponible en la siguiente dirección electrónica:

http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf.

⁶ Adoptada mediante la Resolución 55/25 de la Asamblea General de NNUU, de 15 de noviembre de 2000 y disponible en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

⁷ Véase, *infra*, apartado 3.2.C.

⁸ Adoptado el 27 de enero de 1999 y disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=173&CM=8&DF=14/01/2015&CL=ENG>.

⁹ Los resultados de su labor están disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/about_en.asp.

esta Organización Internacional no ha sido totalmente ajena a las cuestiones deportivas. A pesar de que un análisis de la relación entre el deporte y el Derecho de la UE excede de los propósitos de este trabajo, debe destacarse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, desde prácticamente los orígenes del proceso de integración, consideró que la actividad deportiva, en cuanto actividad económica, caía bajo el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Esta doctrina ha dado lugar a sentencias muy relevantes. Tal y como ya se ha indicado, la entrada en vigor del TFUE supuso la incorporación de una base jurídica específica en materia de deporte (Barani, 2007; García y Weatherill, 2012; Gardiner, Parrish y Siekmann, 2009 y Pérez González, 2002)¹⁰. La misma, sin embargo, limita la acción de la Organización en este ámbito al excluir la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros¹¹. La competencia de la UE en materia de deporte es una competencia de apoyo, coordinación y complemento¹².

En relación con nuestro tema de estudio debe citarse en primer lugar la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado¹³, que podría abarcar las conductas constitutivas de manipulación de competiciones deportivas. De nuevo, sin embargo, quedaría fuera el deporte *amateur*. Y ello porque la obligación de criminalización impuesta a los Estados miembros se limita a los actos de corrupción que se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales¹⁴. Deben tenerse en cuenta también la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada¹⁵, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo¹⁶ y las medidas anunciadas por la Comisión Europea en sus Comunicaciones de 18 de enero de 2011 sobre el “Desarrollo de la

¹⁰ El artículo 165.1 de este tratado establece que “(l)a Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa”. Y el párrafo segundo de este mismo artículo añade que, en este ámbito, la acción de la UE se dirigirá “a desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura en las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente la de los más jóvenes”.

¹¹ Cfr. el apartado 4 del artículo 165 del TFUE.

¹² Cfr. el artículo 6.e) del Tratado de la UE.

¹³ Diario Oficial, Serie L, núm. 192, de 31 de julio de 2003. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=ES>

¹⁴ Cfr. el artículo 2.1 de la Decisión Marco.

¹⁵ Diario Oficial, Serie L, núm. 300, de 11 de noviembre de 2008. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>

¹⁶ Diario Oficial, Serie L, núm. 309, de 25 de noviembre de 2005. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=ES>

dimensión europea del deporte”¹⁷ y de 6 de junio de 2011 denominada “La lucha contra la corrupción en la Unión Europea”¹⁸.

También han adoptado medidas tendentes a combatir la corrupción de las que podría beneficiarse la lucha contra el fraude en el deporte la OCDE¹⁹ y la OSCE²⁰.

El Convenio cuyo análisis es objeto de este trabajo supone un paso más en esa dirección y es especialmente relevante porque se centra en una cuestión, la manipulación de las competiciones deportivas, que requiere para ser eficazmente erradicada de una efectiva cooperación entre todas las partes implicadas. Algunos escándalos recientes demuestran que no es esta una tarea sencilla. El asunto *Calcio Scommese*, que sacudió la liga italiana de fútbol la temporada 2011-2012 puso sobre la mesa dos de las principales dificultades en este sentido: la transnacionalización de la actividad delictiva y el aprovechamiento de las posibilidades de las apuestas online²¹.

En este contexto, el propósito de este trabajo es el examen del Convenio europeo sobre la manipulación de competiciones deportivas. Dicho examen comenzará con una referencia a la labor del Consejo de Europa en relación con la cooperación en el ámbito del deporte (sección 2). En la sección 3 se detalla el contenido del Convenio y en la 4 se da cuenta de las consecuencias que podría tener un eventual pronunciamiento negativo del TJUE sobre la compatibilidad del Convenio con determinadas disposiciones del TFUE. Por último, en la sección 5 se esbozarán algunas conclusiones.

2. La labor del Consejo de Europa en el ámbito deportivo

¹⁷ Comunicación de la Comisión (2011a). Se anuncia en la misma que “(l)a Comisión cooperará con el Consejo de Europa en el análisis de los factores que podrían contribuir a tratar más eficazmente el problema del amaño de partidos a nivel nacional, europeo e internacional. La integridad en el deporte es también una de las cuestiones que se tratarán en la próxima consulta de la Comisión sobre los servicios de juegos de azar en la UE”.

¹⁸ Comunicación de la Comisión (2011b). Afirma la Comisión que “(l)a corrupción en el deporte es un problema cada vez más visible y de dimensiones transfronterizas, vinculado principalmente a la opacidad de las transferencias y a las competiciones amañadas” y que “analizará las posibles soluciones más efectivas para acabar con las competiciones amañadas procediendo, en primer lugar, a analizar la forma en que las legislaciones nacionales abordan la corrupción en el deporte. Partiendo de esta base podría considerar acciones concretas, como el establecimiento de normas mínimas para la definición de las infracciones penales en este ámbito”.

¹⁹ Se pueden consultar en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oecd.org/corruption/>.

²⁰ Se pueden consultar en la siguiente dirección electrónica: <http://www.osce.org/what/good-governance>.

²¹ Tal y como recuerda Serby (2014), en este asunto la financiación provenía de Singapur, los jugadores que aceptaron sobornos actuaron en Italia, las apuestas se realizaron en diversos puntos del continente asiático y el dinero que obtenía la organización se blanqueaba en Panamá.



2.1 Aspectos generales e institucionales

Es bien sabido que el Consejo de Europa es una organización de fines generales. Su instrumento fundacional, el Convenio de Londres de 5 de mayo de 1949²², establecía que la organización se creaba con el propósito de promocionar la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho en el continente y que ello se lograría a través de la adopción de acuerdos y el desarrollo de acciones comunes en los ámbitos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo²³. Aunque el deporte no se mencionaba de modo explícito en su articulado, la Organización identificó tempranamente el deporte como una actividad capaz de fortalecer la cohesión social, la cultura y la educación en el continente. Así, desde 1975 comienza a celebrarse, en principio cada tres años, una Conferencia de ministros europeos responsables del deporte. Y en 1976 se creó en el seno de la organización el Comité para el desarrollo del deporte, cuyo cometido es promover de modo activo los valores del Consejo de Europa en el deporte y a través del deporte y que apoya los trabajos de la Conferencia. Esta última formula propuestas y recomendaciones al Comité de Ministros. También la comisión de cultura y educación de la Asamblea Parlamentaria cuenta con una subcomisión de juventud y deporte que examina los proyectos de recomendaciones sobre cuestiones deportivas. Y la Secretaría General del Consejo de Europa dispone de un servicio especializado: la Dirección General de juventud y deporte (Miège y Lapouble, 2004).

Mucho más recientemente, la Organización decidió fomentar la cooperación en el ámbito deportivo a partir de la creación de un foro específicamente dirigido a la consecución de ese propósito. El 11 de mayo de 2007, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó su resolución 2007 (8), que instauraba el Acuerdo Parcial Ampliado sobre Deporte (EPAS, en sus siglas en inglés), del que son parte en este momento 36 Estados²⁴.

Debe señalarse para terminar este epígrafe que, hasta el momento, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativos a cuestiones deportivas han sido prácticamente inexistentes²⁵. Hay que tener en

²² El texto del tratado está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm>.

²³ Cfr. su artículo 1 b.

²⁴ Toda la información sobre EPAS puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/DG4/EPAS/default_en.asp.

²⁵ Así, por ejemplo, el 10 de abril de 2007 (*Association de défense des intérêts du sport c. France*, recurso número 36178/03), el TEDH declaró inadmisibile una demanda presentada contra Francia por una asociación de defensa de los intereses del deporte. En lo que aquí interesa, la demandante consideraba contraria a la libertad de asociación garantizada por el artículo 11 del CEDH la normativa francesa que condicionaba la obtención de determinadas ayudas de Estado por parte de las

FORO Y AGORA

cuenta, en este sentido, que una de las características del ordenamiento jurídico deportivo es la preferencia por el sometimiento de las controversias que surgen en torno a la interpretación y aplicación de sus normas a un sistema privado de comités o tribunales arbitrales nacionales e internacionales del que el Tribunal Administrativo del Deporte (TAS) es el último escalón (Colomer Hernández, 2009; Nafziger, 1998; Simma, 1988). Sin embargo, las cada vez más frecuentes dudas que suscitan algunas reglamentaciones deportivas respecto de su compatibilidad con los estándares internacionales de protección de derechos humanos pueden ahondar en la ruptura de esta tendencia. En el momento en el que se escriben estas líneas han sido interpuestas cuatro demandas ante el TEDH²⁶ en las que se cuestiona la compatibilidad de algunas normas deportivas con distintos artículos del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (CEDH)²⁷.

En los asuntos *Federation Nationale des Syndicats Sportifs (FNASS) c. Francia*²⁸ y *Longo y Ciprelli c. Francia*²⁹ los demandantes cuestionan la compatibilidad con el artículo 8 del CEDH, que protege la vida privada y familiar, y con el artículo 2 del Protocolo número 4.1 al CEDH³⁰, que garantiza el derecho a la libre circulación, de determinadas reglas antidopaje relativas a la localización de los deportistas que deben ser sometidos a controles fuera de competición. Las dudas sobre la compatibilidad con el CEDH de reglamentaciones antidopaje también están en el origen del asunto *Mutu c. Suiza*³¹. Por último, en el asunto *Petchstein c. Suiza*³², lo que se cuestiona es si el procedimiento seguido ante el TAS cumple con los estándares derivados por el TEDH del artículo 6 del CEDH, que garantiza el derecho a un proceso equitativo.

2.2. Aspectos sustantivos

asociaciones deportivas al hecho de que estuviesen federadas. La decisión del TEDH está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>).

²⁶ Ninguna de ellas ha sido todavía admitida a trámite. Los casos están comunicados a las partes.

²⁷ Firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=13/01/2015&CL=ENG>. Se puede acceder a la información disponible sobre estos asuntos en la siguiente dirección electrónica: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>. Sobre la cuestión de la compatibilidad de la normativa antidopaje con los estándares internacionales de derechos humanos véase: Halt (2009); Lukomski (2013); Macgregor (2013) y Pérez González (2014).

²⁸ Demanda núm. 48151/11. El asunto fue comunicado a las partes el 26 de junio de 2013.

²⁹ Demanda núm. 77769/13. El asunto fue comunicado a las partes el 18 de junio de 2014.

³⁰ Firmado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 y disponible en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=046&CM=8&DF=13/01/2015&CL=ENG>.

³¹ Demanda núm. 40575/10. El asunto fue comunicado a las partes el 12 de febrero de 2013.

³² Demanda núm. 67474/10. El asunto fue comunicado a las partes el 12 de febrero de 2013.



La creación de un “marco europeo y global para el desarrollo del deporte, basado en las nociones de democracia pluralista, Estado de Derecho, derechos humanos y ética deportiva” es uno de los objetivos del Consejo de Europa³³. Puede afirmarse, siguiendo a Miége y Lapouble (2004, p. 62) que, desde un punto de vista sustantivo, la labor del Consejo de Europa en relación con el deporte se ha centrado, de un lado, en tratar de esbozar un marco normativo que sirviese a la promoción del “deporte para todos”. De otro lado, la Organización ha tratado de fomentar la búsqueda de soluciones a algunos de los fenómenos que cabe identificar como “lacras del deporte”. Vamos a referirnos brevemente a ambos aspectos a continuación.

A. La promoción del “deporte para todos”

Adoptada en 1975³⁴ y sin valor jurídico vinculante, la Carta Europea del Deporte para Todos³⁵ es el primer eslabón de una cadena de decisiones sobre las que el Consejo de Europa asienta su acción en este ámbito. La Carta declara que todos los individuos tienen derecho a participar en actividades deportivas e identifica al deporte como un elemento de desarrollo socio-cultural. Por ello, anima a los Estados parte del Consejo de Europa a sostener con fondos públicos su práctica.

La Carta Europea del Deporte para Todos fue el prelude de la aprobación, en 1992, de la Carta Europea del Deporte³⁶. Su propósito, en virtud de lo establecido en su artículo primero, es doble. Se insta en la misma a los Gobiernos, de un lado, a adoptar todas las medidas necesarias para dar a todos los individuos la posibilidad de que practiquen deporte. En este sentido, deberá prestarse una atención fundamental a garantizar a todos los jóvenes la posibilidad de beneficiarse de programas de educación física que desarrollen sus aptitudes deportivas de base, a asegurar a todos la posibilidad de que practiquen deporte, y de que participen en

³³ Así se menciona en el Plan de Acción aprobado en el marco de la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización. Dicho Plan recomienda la continuación de las actividades del Consejo de Europa en este ámbito, que sirven como referencia en el campo del deporte. El Plan de Acción está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_plan_action_en.asp.

³⁴ Aunque se adoptó formalmente un año más tarde, en la Resolución 76 (41) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 24 de septiembre de 1976, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/texts/Res%2876%2941_en.pdf.

³⁵ La Carta fue aprobada por la Conferencia de Ministros responsables del deporte. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya se había ocupado de la cuestión (Véanse en este sentido, por ejemplo, sus Recomendaciones 588 (1970), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta70/EREC588.htm> y 682 (1972), disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta72/EREC682.htm#1>). El texto de la Carta está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dg4/sport/resources/texts/spchart2_en.asp.

³⁶ Recomendación núm. R (92) 13 Rev, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 24 de septiembre de 1992 y disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/charter_en.asp.

actividades físicas recreativas, en un medio ambiente seguro y sano y, por último, a conseguir que todos, siempre que manifiesten el deseo de hacerlo y posean las competencias necesarias para ello, puedan mejorar su nivel de capacidad y realizar su potencial de desarrollo personal, alcanzado incluso niveles de excelencia públicamente reconocidos. De otro lado, la Carta Europea del Deporte pretende proteger y salvaguardar las bases morales y éticas del deporte, la dignidad humana y la seguridad de los que participan en actividades deportivas. Se menciona en particular la protección del deporte y los deportistas frente a cualquier forma de explotación con fines políticos, comerciales y financieros, así como frente a prácticas abusivas y envilecedoras, incluido el abuso de drogas.

La Carta Europea del Deporte fue revisada el 16 de mayo de 2001 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

B. La lucha contra las “lacras del deporte”

Hasta que fue adoptado el Convenio que es objeto de estudio aquí, se habían aprobado dos tratados internacionales cuyo objetivo era fortalecer la lucha contra dos de los fenómenos que se consideran particularmente perniciosos para el deporte: la violencia asociada a los grandes espectáculos deportivos y el dopaje. La manipulación de las competiciones deportivas viene a completar la triada de preocupaciones que la Organización ha trasladado a tratados internacionales³⁷.

El 19 de agosto de 1985 se adoptaba el Convenio europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas, y especialmente partidos de fútbol. El Convenio está en vigor desde el 11 de noviembre de 1985 y son parte en el mismo 42 Estados³⁸. Con su aprobación, las Partes se comprometen a adoptar, con la finalidad de prevenir y sofocar la violencia y las invasiones de campo por espectadores con motivo de partidos de fútbol³⁹, y

³⁷ Aunque nos centraremos en este epígrafe a la referencia a los Convenios, es fácil imaginar que la Organización ha adoptado también otros instrumentos jurídicos, no vinculantes, con estos mismos propósitos. Con todo, estas tres preocupaciones no son las únicas. Véase, en este sentido, la Recomendación (2012) 10, de 19 de septiembre de 2012, del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la protección de los niños y jóvenes atletas de los peligros asociados a la migración. La Recomendación está disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/texts/Rec%20CM-Rec\(2012\)10E.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/texts/Rec%20CM-Rec(2012)10E.pdf).

³⁸ Sólo uno de ellos, Marruecos, no es miembro del Consejo de Europa. El texto del Convenio y la lista de Estados parte en el mismo están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=120&CM=8&DF=03/01/2015&CL=ENG>.

³⁹ Además, las Partes aplicarán lo dispuesto en el Convenio a otros deportes y manifestaciones del género en las que puedan temerse violencias o invasiones, teniendo en cuenta para ello sus exigencias específicas.

dentro de los límites de sus disposiciones constitucionales respectivas, las medidas necesarias para aplicar lo dispuesto en el mismo⁴⁰.

Unos años más tarde, el 16 de noviembre de 1989, se aprobó en Convenio europeo contra el dopaje. Se trata del primer tratado internacional cuyo objetivo es imponer obligaciones a los Estados parte en relación con la prevención, el control y la sanción del dopaje en el deporte⁴¹. Está en vigor desde el 1 de marzo de 1990 y son parte en el mismo 52 Estados⁴². El objetivo del Convenio Europeo contra el dopaje es, en virtud de su artículo primero, la reducción progresiva, con vistas a su eliminación, del dopaje en el deporte. Con ese fin, el Convenio establece una serie de medidas que las partes se comprometen a implementar dentro de los límites de sus disposiciones constitucionales respectivas.

La cooperación entre las partes en el Convenio europeo contra el dopaje se vio reforzada con la adopción, el 12 de septiembre de 2002, de un Protocolo Adicional al mismo⁴³. La finalidad para la cual se adoptó el Protocolo es doble. De una parte, asegurar el reconocimiento mutuo de los controles antidopaje y, de otra, reforzar la aplicación de la Convención. El Protocolo se firmó en Varsovia el 12 de septiembre de 2002 y entró en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 5, el 1 de abril de 2004⁴⁴. El mecanismo de reconocimiento mutuo previsto en el Protocolo pretende salvar la laguna existente en otros tratados bilaterales o multilaterales en la materia, a los cuales, sin embargo, complementa y no sustituye. Con este fin, el artículo 1 del Protocolo obliga a los Estados parte en el mismo al reconocimiento mutuo de la competencia de las organizaciones deportivas o antidopaje para realizar controles antidopaje en su territorio. Además, el Protocolo es el primer instrumento de Derecho Internacional Público que reconoce la competencia de la Agencia Mundial Antidopaje para llevar a cabo controles fuera de

⁴⁰ Cfr. el artículo 1 del Convenio europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas, y especialmente partidos de fútbol.

⁴¹ Desde el 1 de febrero de 2007 está en vigor un tratado que busca la consecución de los mismos objetivos en el ámbito universal. Me refiero a la Convención internacional de la UNESCO contra el dopaje en el deporte, adoptada en París el 19 de octubre de 2005. El texto de esta Convención está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁴² Cinco de ellos no miembros del Consejo de Europa. El texto y la lista de Estados parte en el Convenio europeo contra el dopaje están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=135&CM=8&DF=03/01/2015&CL=ENG>.

⁴³ Cuyo texto puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=188&CM=8&DF=07/01/2015&CL=ENG>.

⁴⁴ Son parte en el Protocolo 26 Estados. El estado de las ratificaciones puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=188&CM=8&DF=07/01/2015&CL=ENG>.

competición. En este sentido, el artículo 1.3 dispone que los Estados parte reconocerán la competencia, tanto de la propia Agencia, como de las organizaciones que operen bajo su autoridad, para llevar a cabo dichos controles a sus deportistas, tanto en su territorio como fuera de él.

En esta misma línea, tal y como ya se ha dicho, se inscribe el Convenio europeo contra la manipulación de las competiciones deportivas, de cuyo examen pormenorizado nos ocupamos en el siguiente epígrafe de este trabajo. El Consejo de Europa ya había adoptado algunos actos, no vinculantes, centrados en la lucha contra la manipulación de las competiciones deportivas. Debe citarse, en este sentido, la reciente Recomendación del Consejo de Ministros (2011) 10, de 28 de septiembre, sobre la promoción de la integridad del deporte contra la manipulación de resultados, en particular el amaño de partidos.

3. Análisis del Convenio europeo sobre la manipulación de las competiciones deportivas

El Convenio tiene 9 capítulos y 41 artículos. El capítulo I (artículos 1 a 3) incluye los propósitos del mismo, los principios rectores y las definiciones. El capítulo II (artículos 4 a 11) se centra en las obligaciones de prevención y cooperación que deberán poner en marcha los Estados para dar cumplimiento a los objetivos del Convenio. El capítulo III (artículos 12 a 14) contiene las obligaciones que incumben a los Estados parte en relación con el intercambio de información. El capítulo IV (artículos 15 a 18) regula cuestiones de Derecho penal sustantivo y el capítulo V (artículos 19 a 21) las relativas a jurisdicción, enjuiciamiento criminal y medidas de ejecución. El capítulo VI (artículos 22 a 25) contiene disposiciones que persiguen la armonización de las sanciones que deberán imponerse cuando estemos ante una conducta que se traduzca en la manipulación de resultados deportivos. El capítulo VII (artículos 26 a 28) detalla medidas que buscan fortalecer la cooperación internacional en materia judicial y otras materias. El capítulo VIII (artículos 29 a 31) incorpora mecanismos de seguimiento del grado de cumplimiento que los Estados parte dan al Convenio. Por último, el capítulo IX (artículos 32 a 41) contiene las disposiciones finales (Andrés Álvarez, 2014).

3.1. El propósito y los objetivos del Convenio

Tal y como se establece en su artículo primero, con el fin de proteger la integridad del deporte, el propósito del Convenio (que se deduce fácilmente de su título) es combatir la manipulación de las competiciones deportivas⁴⁵.

Con ese fin, los Estados parte adoptarán, de un lado, una serie de medidas tendentes a la prevención, detección y sanción de la manipulación nacional y transnacional de competiciones deportivas nacionales e internacionales y, de otro, promoverán la cooperación nacional e internacional contra la manipulación de las competiciones deportivas entre autoridades públicas y las organizaciones deportivas y de apuestas.

En cualquier caso, y tal y como señala el artículo 2, todas las acciones desarrolladas para implementar el Convenio deberán respetar los derechos fundamentales y, entre otros, los principios de legalidad, proporcionalidad y protección de la vida privada y los datos personales.

3.2. Las obligaciones impuestas a las Partes

A. Obligaciones de cooperación y prevención

El Convenio identifica la coordinación entre todos los agentes implicados, públicos y privados, como una de las claves del éxito en la lucha contra la manipulación de las competiciones deportivas. El Estado deberá, por una parte, coordinar las políticas y acciones de las autoridades públicas y, de otra, fomentar que los organizadores de eventos deportivos y los operadores de apuestas cooperen entre sí y, cuando sea apropiado, se encarguen de implementar las disposiciones del Convenio. Desde luego, y debido al grado de autonomía que mantienen y defienden las organizaciones deportivas respecto de la reglamentación y organización de las diferentes disciplinas, buena parte de las medidas deberán ser adoptadas por ellas mismas, sin que sea posible que el Estado haga otra cosa que “fomentar o animar a” su adopción⁴⁶.

Por lo demás, a las autoridades públicas se les encomienda identificar, analizar y evaluar los riesgos asociados a la manipulación de las competiciones deportivas⁴⁷, adoptar medidas que mejoren la concienciación, la educación, la

⁴⁵ En el marco del Convenio, se entenderá por “manipulación de las competiciones deportivas (...) un acuerdo, acto u omisión internacional dirigida a conseguir la alteración impropia del resultado o el transcurso de una competición deportiva con el fin de eliminar en todo o en parte la naturaleza impredecible de la misma”. Y todo ello, “para obtener una ventaja indebida para uno mismo o para otros” (Cfr. el artículo 3.4 del Convenio).

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, los artículos 5.2 y 7 del Convenio.

⁴⁷ Cfr. el artículo 5.1 del Convenio.

formación y la investigación sobre el fenómeno⁴⁸, adoptar aquellas medidas legislativas o de otra clase que resulten necesarias para asegurar la transparencia de la financiación pública de las organizaciones deportivas y, en su caso, retirar dicha financiación a aquellos que hayan sido sancionados por la manipulación de competiciones deportivas o, incluso, que, pudiendo hacerlo, no hayan aplicado medidas efectivas para combatirla⁴⁹.

Los artículos 9, 10 y 11 del Convenio se ocupan de las obligaciones que incumben a las autoridades encargadas de la regulación de las apuestas deportivas y a los operadores de apuestas. La lucha contra las apuestas ilegales es, claro está, un elemento esencial en el ámbito de la manipulación de las competiciones deportivas. De ahí la importancia de la atención prestada en este punto por el Convenio. Tal y como tendremos ocasión de analizar más adelante, es esta cuestión la que ha provocado que Malta eleve una petición de Dictamen al TJUE sobre la compatibilidad del Convenio con el TFUE⁵⁰.

B. Obligaciones relativas al intercambio de información

El Convenio concibe el intercambio de información entre los actores implicados en la lucha contra la manipulación de las competiciones deportivas como una de las claves de la correcta consecución de sus objetivos.

Entre las obligaciones impuestas a las partes en este ámbito, destaca la de designar una plataforma nacional cuyas tareas están previstas en el artículo 13.1 del Convenio. Dicha plataforma nacional servirá como centro de información y recogerá y diseminará aquella información que resulte relevante para la lucha contra la manipulación de las competiciones deportivas; coordinará la lucha contra este fenómeno; centralizará y analizará la información sobre lugares de apuestas sospechosos o irregulares y, en su caso, alertará sobre sus actividades; transmitirá a todos los actores implicados información sobre posibles infracciones de leyes o reglamentaciones deportivas y cooperará con todas las organizaciones y autoridades nacionales e internacionales interesadas, incluidas las plataformas nacionales de otros Estados. Todo ello con la debida protección de los datos personales⁵¹.

C. Obligaciones en el ámbito de la criminalización de la manipulación de las competiciones deportivas

⁴⁸ Cfr. el artículo 6 del Convenio.

⁴⁹ Cfr. el artículo 8 del Convenio.

⁵⁰ Vid., *infra*, epígrafe 4.

⁵¹ Cfr. el artículo 14 del Convenio.

Uno de los aspectos más destacables del Convenio es el relativo a la obligación que impone a los Estados partes de incorporar a sus Códigos penales la manipulación de los resultados deportivos cuando la misma se realice mediante coacción, corrupción o fraude⁵². Ya se ha dicho aquí que en este punto otros tratados internacionales resultaban insuficientes, bien por circunscribirse a la corrupción pública, bien por limitar la corrupción entre particulares a las conductas producidas en el ámbito de las actividades comerciales.

Además, el artículo 16 del Convenio, relativo al blanqueo del producto de los delitos relativos a la manipulación de las competiciones deportivas, obliga a los Estados parte a criminalizar, si no lo han hecho aún, las conductas recogidas en los apartados primero y segundo del artículo 9 del Convenio europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo⁵³, el artículo 6.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada y en el artículo 23.1 de la Convención de NNUU contra la corrupción.

D. Obligaciones procesales y de ejecución

El artículo 19.1 del Convenio, en una formulación que resulta ya clásica, impone el ejercicio de la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de los delitos previstos en los ya mencionados artículos 15 a 17 cuando los mismos sean cometidos en el territorio de un Estado parte, a bordo de un buque que enarbole su pabellón, a bordo de una aeronave registrada de acuerdo con las normas de su Derecho interno y cuando sea cometido por uno de sus nacionales o por un individuo que reside habitualmente en su territorio⁵⁴.

⁵² Cfr. el artículo 15 del Convenio. En España, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE número 152, de 23 de junio de 2010) introdujo un nuevo artículo, el 286 bis, que penaliza la corrupción entre particulares. El apartado cuarto de ese artículo indica que lo dispuesto en el mismo “será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”. Véase, al respecto de esta disposición: Castro Moreno (2010) y Muñoz Ruiz (2010). En marzo de 2012 la Comisión Europea hizo público un estudio que comparaba el tratamiento penal que se da al amaño de partidos en los, entonces, 27 Estados miembros de la UE. El estudio está disponible en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/sport/library/studies/study-sports-fraud-final-version_en.pdf.

⁵³ Adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005 y disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=198&CM=8&DF=13/01/2015&CL=ENG>.

⁵⁴ El apartado 2 del artículo permite a los Estados parte y a UE, cuando firmen o depositen el instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, dirigir al Secretario General del Consejo de Europa una declaración mediante la que se reserven el derecho a no aplicar, o a aplicar únicamente en determinadas condiciones, las reglas sobre jurisdicción establecidas en el apartado 1.

El apartado 3 del artículo 19 impone a los Estados parte la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*) a los responsables de la comisión de alguno de los delitos recogidos en los artículos 15 a 17 que estén presentes en su territorio y no puedan ser extraditados a otro Estado parte sobre la base de su nacionalidad. Finalmente, el apartado 5 no excluye que la jurisdicción del Estado pueda ser adicionalmente ejercida en otros supuestos si así lo prevé su Derecho interno⁵⁵.

Por lo demás, el artículo 20 del Convenio establece de qué manera los Estados deberán asegurar las pruebas electrónicas que puedan servir para probar la existencia del delito y el artículo 21 anima a los Estados a adoptar medidas de protección específicas para ciertas personas que, como los testigos, pueden aportar pruebas en los procedimientos abiertos contra los presuntos responsables de la comisión de los mencionados delitos.

E. Obligaciones en materia de sanciones

Además de lograr cierta armonización de los tipos penales cuya comisión supone la manipulación de competiciones deportivas, el Convenio pretende asegurar la eficacia, proporcionalidad y efecto disuasorio de las sanciones impuestas a sus autores. A ello se dedican los artículos 22 (relativo a las sanciones penales impuestas a personas físicas), 23 (relativo a las sanciones impuestas a personas jurídicas), 24 (sobre las sanciones administrativas) y 25 (relativo al embargo y la confiscación).

F. Obligaciones en el ámbito de la cooperación internacional en materia judicial y otras materias

El Capítulo VII del Convenio recoge una serie de disposiciones cuyo objetivo es fomentar la cooperación internacional en aras de la efectividad de la lucha contra la manipulación de las competiciones deportivas.

⁵⁵ En caso de que más de un Estado reclame ser competente para el enjuiciamiento de un delito, se aplicará lo establecido en el apartado 4 del artículo 19. En el caso de España, debe tenerse en cuenta que el artículo 23.4.n) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción que le dio la reciente Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (BOE núm. 63, de 14 de marzo), establece que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

Así, el artículo 26 enumera una serie de medidas cuya implementación podría fortalecer la cooperación internacional en materia criminal; el artículo 27 añade a las ya incorporadas en el Capítulo II del Convenio algunas medidas en materia de prevención; y el artículo 28 se centra en la cooperación con las organizaciones deportivas internacionales.

3.3. El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados: el Comité de Seguimiento del Convenio

Tal y como se ha indicado en la introducción de este epígrafe, el capítulo VIII del Convenio (artículos 29 a 31) se centra en determinar de qué modo se dará seguimiento al cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones que se asumen tras su ratificación.

En primer lugar, el artículo 29 establece que con ese fin, todos los Estados parte deberán remitir al Secretario General del Consejo de Europa toda la información relevante respecto de las medidas legislativas o de otro tipo que se hayan adoptado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio.

En segundo lugar, el artículo 30 crea un Comité de seguimiento del Convenio, en el que podrán estar representados todos los Estados parte y cuyos trabajos estarán asistidos por la Secretaría del Consejo de Europa. Además de los representantes de los Estados parte, formarán parte del Comité representantes de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y de otros Comités intergubernamentales de la Organización cuyo trabajo resulte relevante. El propio Comité, por unanimidad y si lo considera necesario, podrá invitar a formar parte como observadores en sus reuniones a representantes de Estados que no sean parte en el Convenio y de organizaciones y organismos internacionales y deportivos. La idea, expresada en el apartado tercero del artículo 30 del Convenio, es que el Comité cuente con una representación multisectorial y multidisciplinar. Sin embargo, sólo los representantes de los Estados miembros tendrán derecho de voto en el seno del Comité⁵⁶.

El artículo 31 del Convenio regula el funcionamiento del Comité de Seguimiento. Su tarea fundamental es monitorizar de qué modo los Estados parte dan cumplimiento al Convenio. Para ello podrá hacer recomendaciones a las Partes en relación con las medidas que deben ser adoptadas por ellas, en particular para mejorar la cooperación internacional entre autoridades públicas y entre estas y las

⁵⁶ El Comité de Seguimiento se reunirá por primera vez tan pronto como sea posible y, en todo caso, en el plazo de un año desde la entrada en vigor del Convenio. Después, se reunirá siempre que lo requiera al menos un tercio de los Estados parte o el Secretario General del Consejo de Europa.

organizaciones deportivas y los operadores de apuestas. Además, el Comité mantendrá a las organizaciones internacionales competentes y al público en general informados sobre las actividades adoptadas en el marco del Convenio y dará su opinión al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las solicitudes de los Estados no miembros de la organización que requieran ser parte en el mismo⁵⁷.

4. La solicitud de Dictamen 1/14 al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Ya se ha avanzado en la introducción de este trabajo que la entrada en vigor del Convenio europeo contra la manipulación de las competiciones deportivas cuenta con un obstáculo no menor⁵⁸.

Días antes de que fuese adoptado, Malta solicitó al TJUE un Dictamen sobre la compatibilidad del entonces proyecto de Convenio con determinadas disposiciones del TFUE⁵⁹. En particular, con sus artículos 18⁶⁰, 49⁶¹ y 56⁶². Esto es, con algunas de las reglas fundamentales del mercado único. Las dudas de Malta se circunscriben al concepto de “apuesta deportiva ilegal” tal y como está definido en el artículo 3.5.a) del Convenio⁶³, en relación con las obligaciones impuestas en los artículos 9 y 11 relativos a las apuestas deportivas ilegales así definidas.

Aunque no es este el lugar para analizar a fondo la cuestión, no puede dejar de mencionarse aquí que en su respuesta, el TJUE no podrá obviar lo ya decidido en un ya nutrido grupo de sentencias en relación con la libertad, ciertamente no ilimitada, que tienen los Estados miembros de la UE para regular y/o limitar los juegos de azar⁶⁴.

⁵⁷ Entre sus potestades están además la convocatoria de reuniones de expertos y la realización de visitas a los Estados parte.

⁵⁸ EPAS y el Gobierno noruego han convocado una Conferencia internacional para la promoción e implementación del Convenio que se celebrará en Oslo el próximo mes de marzo. La información sobre la Conferencia está disponible en la página web de EPAS.

⁵⁹ El artículo 218.11 del TFUE dispone que “(u)n Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”.

⁶⁰ Que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad entre nacionales de los Estados miembros de la UE.

⁶¹ Que prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

⁶² Que prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

⁶³ Este artículo establece que se entenderá por tal “toda apuesta deportiva cuyo tipo u operador no esté autorizado conforme al Derecho aplicable en la demarcación territorial en la que se encuentra el consumidor”.

⁶⁴ Así, por ejemplo, en su sentencia de 30 de abril de 2014 dictada en el asunto *Pfleger* (C-390/12) el TJUE afirmó que el artículo 56 del TFUE “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, cuando dicha normativa no persiga realmente el objetivo de proteger a los jugadores o de luchar contra la criminalidad y no responda

5. Algunas conclusiones

No cabe duda de que cabe considerar al Consejo de Europa una organización internacional pionera en lo que hace al fortalecimiento de la cooperación entre Estados en el ámbito deportivo. La adopción del Convenio europeo contra la manipulación de las competiciones deportivas es (nueva) prueba de ello. Este instrumento viene a colmar algunos de los principales obstáculos que impedían la aplicación de los tratados internacionales adoptados hasta la fecha en el ámbito de lucha contra la corrupción a los casos de corrupción en el deporte. Es además un texto omnicomprensivo, puesto que no se centra únicamente en medidas de carácter sancionatorio. Presta así, especial atención a la prevención y la educación en este ámbito. Parece, por tanto, que su adopción es necesaria y oportuna. Es de esperar que su entrada en vigor sirva para dar un decisivo paso adelante en la lucha contra la corrupción en el deporte.

En relación con esta última cuestión, la de su entrada en vigor, está llamado a jugar un papel decisivo el futuro Dictamen 1/14 del TJUE. Algunos estados miembros de la UE (Alemania, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Francia⁶⁵, Grecia, Lituania y Países Bajos) han firmado, aunque no ratificado, el Convenio en el momento en el que se escriben estas líneas. Es más, la posibilidad de aprobar un Convenio de estas características había sido favorablemente valorada en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de la UE relativas al establecimiento de una estrategia para combatir la manipulación de los resultados deportivos⁶⁶. El Convenio cuenta también con el apoyo de algunas organizaciones deportivas y organizadores de apuestas y juegos de azar. Así, por ejemplo, la UEFA ha descrito su aprobación “como un logro importante en la intensa campaña de lucha contra el amaño de partidos, y ha enfatizado el total compromiso de la familia del fútbol europeo para acabar con este “fenómeno global y peligroso”⁶⁷.

El TJUE deberá valorar, por tanto, si las eventuales restricciones a las reglas del mercado único impuestas por el Convenio podrían estar en este caso justificadas por la consecución de un interés mayor, que también debería serlo de la UE y sus Estados miembros: la lucha contra el fraude en el deporte. De no ser así, ni la UE ni

verdaderamente al afán de reducir las oportunidades de juego o de luchar contra la criminalidad vinculada a estos juegos de forma coherente y sistemática”.

⁶⁵ En la reunión del Consejo de Ministros de Educación, Juventud, Cultura y Deporte de la UE celebrado el pasado 25 de noviembre de 2014, Francia animó a los Estados que no lo habían hecho aún a ratificar el Convenio: Véanse las Conclusiones de la reunión, disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://es.uefa.org/protecting-the-game/integrity/news/newsid=2152575.html>.

⁶⁶ Adoptadas el 17 de diciembre de 2012 y disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17049-2012-INIT/es/pdf>.

⁶⁷ Puede accederse a la información completa sobre la opinión de la UEFA en la siguiente dirección electrónica: <http://es.uefa.org/protecting-the-game/integrity/news/newsid=2152575.html>.

los Estados miembros podrían ratificarlo, lo que comprometería seriamente su eficacia.

6. Bibliografía

Libros y Artículos

- ALVÁREZ VIZCAYA, M. (2013), "Fraude en el deporte", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, pp. 216-224.
- ANDRÉS ALVEZ, R. (2014), "Análisis del Convenio del Consejo de Europa sobre la manipulación de las competiciones deportivas", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 44, pp. 99-122.
- BARANI, L. (2007), "The Role of the European Court of Justice as a Political Actor in the Integration Process: The Case of Sport Regulation after the Bosman Ruling", *Journal of Contemporary European Research*, núm. 1, pp. 42-58.
- BORRÁS, A. (1993): "Existe-t-il un Droit International du Sport?". En: VV.AA., *Nouveaux itineraries en Droit. Hommage à François Rigaux, Bruylant, Bruselas*, pp. 111-129.
- CASTRO MORENO, A. (2010), "El nuevo delito de corrupción en el deporte" *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 28, pp. 17-36.
- CAZORLA PRIETO, L.M. (1979), *Deporte y Estado, Labor, Barcelona*.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2009), "Deportes y medios de solución de conflictos". En: PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) y TEROL GÓMEZ, R. (Coord.), *El deporte profesional, Bosch, Barcelona*, pp. 739-772.
- GARCÍA, B. y WEATHERILL, S. (2012), "Engaging with the EU in order to Minimize Its Impact: Sport and the Negotiation of the Treaty of Lisbon", *Journal of European Public Policy*, núm. 19, pp. 238-256.
- GARDINER, S., PARRISH, R. y SIEKMANN, R. C. R. (2009), *EU, Sport, Law and Policy: Regulation, Re-regulation, and Representation, T.M.C. Asser, La Haya*.
- HALT, J. (2009), "Where is the Privacy in WADA's "Whereabouts" Rule?", *Marquette Sports Law Review*, Vol. 20, núm. 1, pp. 267-289.
- KARAQUILLO, J.-P. (2004), "Droit International du Sport", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 309.
- LATTY, F. (2007), *La Lex Sportive. Recherche sur le Droit Transnational*, Martinus Nijhoff, La Haya.
- LUKOMSKI, J., (2013), "Arbitration Clauses in Sport Governing Bodies' Statutes: Consent or Constraint?", *International Sports Law Journal*, Vol. 13, núm. 1-2., pp. 60-70.
- MACGREGOR, O. et al. (2013), "Anti-Doping Purported Rights to Privacy and WADA's Whereabouts Requirements: A Legal Analysis", *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Vol. 1, núm. 2, 38 pp.
- MALEM, J. (2014), "La corrupción en el deporte", *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Vol. 2, núm. 2, 18 pp.
- MIÈGE, C. y LAPOUBLE, J.-C. (2004), *Sport & Organizations Internationales*, París, Economica.
- MUÑOZ RUIZ, J. (2010), "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *Revista Andaluza de Derecho del deporte*, núm. 9, pp. 31-40.
- NAFZIGER, J.A.R. (1992), "International Sports Law: A reply of characteristics and trends", *AJIL*, Vol. 86, núm. 3, pp. 489-518.
- NAFZIGER, J.A. R. (1998), "International Sports Law as a Process for Resolving Disputes", *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 45, pp. 130-149.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2014), *Las transformaciones del deporte y su repercusión en su ordenamiento jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor.



- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2002), "El deporte en el ámbito de la Unión Europea: de la falta de título competencial expreso a la especificidad regulativa". En: PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *El modelo europeo del deporte*, Bosch, Barcelona, pp. 77-109.
- PÉREZ GONZÁLEZ C., (2014), "International Sports Law". En: CARTY, T. (Ed.), *Oxford Bibliographies in International Law*, OUP, Nueva York.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2014), "International Sports Law and the Fight against Doping: An Analysis from an International Human Rights Law Perspective", *European Society of International Law Conference Paper Series*, Conference Paper núm. 5/2014, 16 pp.
- SERBY, T. (2014), "Is the new Council of Europe treaty on match-fixing compatible with EU internal market law", *EU Law Analysis*, 26 de septiembre de 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/09/is-new-council-of-europe-treaty-on.html>.
- SIMMA, B. (1988), "The Court of Arbitration for Sport". En: BÖCKSTIEGEL, K.-H., FOLZ, H.-E., MÖSSNER, J. M. y ZEMANEK, K. (Eds.), *Völkerrecht. Recht der Internationalen Organisationen. Weltwirtschaftsrecht. Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Colonia, Heymann, pp. 573-585.

Documentos de organizaciones internacionales

- CARTA EUROPEA DEL DEPORTE PARA TODOS (1975):
http://www.coe.int/t/dg4/sport/resources/texts/spchart2_en.asp
- CARTA EUROPEA DEL DEPORTE (1992):
http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/charter_en.asp
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN (2008), COM (2011) 308 final, de 6 de junio, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativa a la lucha contra la corrupción en la Unión Europea:
http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/lf0004_es.htm.
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN (2011a), COM (2011) 12 final, de 18 de enero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones relativa al desarrollo de la dimensión europea del deporte:
<http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/info-inst/comunicacion-dimension-europea-deporte-1812011.pdf>.
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN (2011b), COM (2011) 308 final, de 6 de junio, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativa a la lucha contra la corrupción en la Unión Europea:
http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/lf0004_es.htm
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (2003), de 31 de octubre:
http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf.
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS (2000), de 15 de noviembre:
<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE (2005), de 19 de octubre:
http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- CONVENIO EUROPEO CONTRA EL DOPAJE (1989), de 16 de noviembre:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=135&CM=8&DF=03/01/2015&CL=ENG>

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS (1950), de 4 de noviembre:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=13/01/2015&CL=ENG>

CONVENIO EUROPEO RELATIVO AL BLANQUEO, SEGUIMIENTO, EMBARGO Y COMISO DE LOS PRODUCTOS DEL DELITO Y A LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO (2005), de 16 de mayo:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=198&CM=8&DF=13/01/2015&CL=ENG>

CONVENIO EUROPEO SOBRE LA VIOLENCIA E IRRUPCIONES DE ESPECTADORES CON MOTIVO DE MANIFESTACIONES DEPORTIVAS Y ESPECIALMENTE PARTIDOS DE FÚTBOL (1985), de 19 de agosto:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=120&CM=8&DF=03/01/2015&CL=ENG>

CONVENIO PENAL EUROPEO CONTRA LA CORRUPCIÓN (1999), de 27 de enero:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=173&CM=8&DF=14/01/2015&CL=ENG>

CONVENIO SOBRE LA MANIPULACIÓN DE COMPETICIONES DEPORTIVAS (2014), de 18 de septiembre:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=215&CM=8&DF=14/12/2014&CL=ENG>

DECISIÓN MARCO (2003), 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=ES>

DECISIÓN MARCO (2008), 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>

DIRECTIVA (2005), 2005/60/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=ES>

ESTATUTO DEL CONSEJO DE EUROPA (1949):

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm>

PROTOCOLO ADICIONAL (2002) al Convenio Europeo contra el Dopaje, de 12 de septiembre:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=188&CM=8&DF=07/01/2015&CL=ENG>

PROTOCOLO N° 4 (1963) al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, de 16 de septiembre:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=046&CM=8&DF=13/01/2015&CL=ENG>

RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA (2011), CM/Rec (2011) 10, sobre la promoción de la integridad del deporte contra la manipulación de resultados, en particular el amaño de partidos:

http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/texts/CM_Rec_2011_10_en.pdf

RECOMENDACIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA (2012), CM/Rec (2012)10, de 19 de septiembre, relativa a la protección de los niños y jóvenes atletas de los peligros asociados a la migración:

[http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/texts/Rec%20CM-Rec\(2012\)10E.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/texts/Rec%20CM-Rec(2012)10E.pdf)



RESOLUCIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA (1976),
CM/Res(76) 41, de 24 de septiembre, sobre los principios de una política
deportiva para todos:

http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/texts/Res%2876%2941_en.pdf

RESOLUCIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA (2007),
CM/Res(2007)8, de 11 de mayo, que insta el Acuerdo Parcial Ampliado
sobre el Deporte:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1133415&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>



EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE TRANSPARENCIA: UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL

Gabriel Moreno González

Universidad de Valencia

gabriel_morenogonzalez@hotmail.com

Resumen

Este artículo pretende abordar la dimensión constitucional del régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública tal y como ha sido regulado en la reciente Ley de Transparencia, analizando su naturaleza, titularidad, contenido y adecuación constitucional de los límites al mismo, deteniéndonos especialmente en esta última cuestión.

Palabras clave

Transparencia, gobierno abierto, Constitución, información pública, derecho de acceso.

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION. A CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE SPANISH LAW

Abstract

This paper analyzes the constitutional dimension of the right to access public information and especially, how it has been regulated in de recent Spanish Ley de Transparencia. Furthermore, it also answers the following questions regarding the right to access public information: a) who can invoke it?; b) what is its content?; c) does the law respect constitutional limits.

Keywords

Transparency, open government, Constitution, public information, access to public information.

La luz del Sol es el mejor de los desinfectantes

Louis Brandeis

Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1913)¹

¹ Cit. En Warren y Brandeis (1995, p.61)

1. Introducción

Este artículo tiene el propósito de analizar la dimensión constitucional de la configuración actual del derecho de acceso a la información pública tras la reciente entrada en vigor de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*.

La Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico que ella misma funda, proyecta y condiciona sobre toda la obra del legislador los mandatos, derechos, principios y valores que contiene, aumentando exponencialmente el campo de estudio del Derecho Constitucional. La complejidad que éste reviste ha de venir acompañada, en cualquier estudio que desde la perspectiva constitucional pretenda realizarse, de una necesaria delimitación entre lo que entraña, propiamente, repercusiones de naturaleza constitucional, y aquello que, aun apoyándose indirectamente en la Carta Magna, se aleja de ella para adentrarse en otras ramas del Derecho. En el presente caso, y más dada la predominancia del Derecho Administrativo en el análisis del objeto de estudio, se intentarán diferenciar sendos ámbitos con la máxima nitidez posible.

Partiendo de unas consideraciones generales sobre la importancia que la transparencia y el derecho de acceso revisten en la actualidad, analizaremos en primer lugar la naturaleza del mismo a la luz de la regulación contenida en la ley, y de las posibilidades, descartadas por el legislador, que los recursos hermenéuticos de la interpretación constitucional nos proporcionan. A continuación, llevaremos a cabo un análisis de las imbricaciones constitucionales del régimen jurídico del derecho de acceso, abordando la adecuación a la previsión constitucional tanto de la titularidad y el contenido del derecho, como de los límites a su ejercicio. Cuestión ésta, la de los límites, en la que nos detendremos con especial intensidad, dada la relevancia de sus implicaciones jurídico-constitucionales.

Naturaleza, régimen jurídico del derecho y los límites que en él operan, a la luz del prisma de la Constitución, centran, por tanto, el objeto de estudio del presente trabajo.

2. LA TRANSPARENCIA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA

Si por algo se caracteriza la democracia representativa es por su función heurística y dinámica.² Frente al carácter estático de la representación, que puede tender a la siempre temida concentración de poder (Criado de Diego, 2007, pp. 24 y ss.), se encuentra la capacidad individual y colectiva de los ciudadanos y de la sociedad para la crítica y el control (Michels, 1979). Esta facultad, que venía siendo canalizada por el Parlamento y las instituciones intermedias de representación en la teoría liberal clásica, se ve ahora desbordada por la complejidad de las relaciones políticas y sociales, así como el vertiginoso crecimiento de la actividad del Estado y la Administración. Por ello, a la tradicional legitimidad de origen, producto de cualquier sistema democrático, le ha de acompañar una legitimidad permanente de ejercicio como base de la sociedad democrática avanzada que nuestra Constitución pretende establecer (Tajadura Tejada, 1998, pp. 27-52). Legitimidad de ejercicio que se sustenta en una renovación de la relación entre Estado y sociedad, de tal manera que, siguiendo a Keane, ambos se “conviertan en condición de democratización recíproca” (Keane, 1992, p. 32). Y es en esta relación renovada donde la transparencia y su principal aportación, el derecho de acceso a la información pública, cobran especial relevancia. Si el Estado y la Administración quieren modernizarse, ganar en eficacia y cercanía al ciudadano, y éste precisa, por su parte, de un mayor conocimiento de las actividades de aquéllos, el debate ha de girar, necesariamente, por una regulación integral que garantice de manera eficaz la transparencia administrativa (Condeso, 2011, p. 54).

Conscientes de ello, a partir de los años setenta los gobiernos de buena parte de occidente, liderados por Estados Unidos³ y los países escandinavos,⁴ comenzaron a regular cauces a través de los cuales los ciudadanos podían conocer con amplitud la información en manos de sus respectivas administraciones. El objetivo: mejorar la eficacia de la gestión pública y ganar legitimidad en sus actuaciones. Así, a finales del siglo pasado, y durante la primera década del

² Kelsen llegará a decir que “es uno de los conceptos de los que más se ha abusado,” en KELSEN (2006, p.33).

³ La cultura de transparencia en EEUU se ha consolidado en los últimos años, sobre todo con el impulso dado por el Presidente Barack Obama en lo que se ha llamado el nuevo paradigma de la Administración, programa basado en tres ejes centrales: la rendición de cuentas, la participación de los ciudadanos, y la colaboración entre administraciones y entre éstas y la sociedad. El Memorandum que ha servido de apoyo para la nueva agenda del Presidente en dicha materia se puede consultar en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment. La primera ley de transparencia en EEUU fue la *Ley de Libertad de Acceso a la Información*, de 1966, que se sometió a una profunda reforma tras el escándalo del Watergate, en 1974. Sobre la cultura de transparencia en EEUU, puede verse Frost (2003, pp. 87-104). Sobre el impulso dado por el Presidente Obama, véase Lichtblau (2010, pp. 975-990).

⁴ La transparencia administrativa en Suecia se remonta al siglo XVIII, concretamente al año 1766, cuando se aprobó la *Freedom of the press act*.



presente, las leyes de transparencia y acceso a la información pública se han generalizado en Europa, Latinoamérica y Oceanía, con tímidos intentos y resultados en África y el mundo árabe.⁵

En este sentido, España era la gran excepción hasta 2013. Si bien es cierto que el art. 37 de la *Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (LRJ-PAC, en adelante) reconocía el derecho de acceso a archivos y registros públicos, de acuerdo con la previsión constitucional del artículo 105 b),⁶ esta regulación, como destaca la doctrina,⁷ fue introducida sin autonomía y con graves deficiencias en una norma legal de carácter sectorial, impidiendo que pudiéramos hablar hasta ahora no ya de una verdadera cultura de la transparencia en España, sino tan siquiera de una eficiente regulación normativa.⁸ Por ello, no es de extrañar que las voces para dotar a nuestro país de una regulación integral de la transparencia, desde el mundo académico y la sociedad civil,⁹ se hayan venido sucediendo con especial intensidad; intensidad recobrada y potenciada en los últimos años por la crisis de confianza en las instituciones de representación política, motivada en buena parte por los constantes escándalos de corrupción y dispendio.¹⁰ De suerte tal que se ha llegado a producir en España lo que Guichot denomina “la tormenta perfecta de la transparencia,” aunándose en un mismo vértice tanto las demandas crecientes de la ciudadanía como las necesidades, no menos perentorias, de nuestros representantes políticos (Guichot, 2012. P. 30).

⁵ Sobre la eclosión del derecho de acceso a la información en el panorama internacional, puede verse Fernández Ramos y Pérez Monguio (2014, pp. 19-25). Eclosión que no se ha limitado a los Estados, sino también a procesos de integración como la Unión Europea, Capdevilla Martínez (2005) o Guichot (2010).

⁶ Junto a la Ley 30/1992, hay que mencionar dos leyes aún más sectoriales, la *Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la Justicia en materia de medio ambiente*, y la *Ley 37/2007, de 26 de noviembre, de reutilización de la información del sector público*. Ambas responden a la transposición de sendas directivas de la Unión Europea.

⁷ Véase Fernández Ramos (1997). “La Ley 4/1999, que modifica la LRJ-PAC, sólo se limita a incorporar una mención para que la Administración actúe de conformidad con los principios de transparencia y participación (art. 3.5).”

⁸ La misma exposición de motivos de la LT se refiere a la regulación anterior del art. 37 LRJ-PAC de la siguiente manera: “esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica.”

⁹ De especial importancia han sido las aportaciones de la Coalición Pro Acceso, plataforma de la sociedad civil que ha venido exigiendo con intensidad la adopción de una ley que reconozca el derecho de acceso a la información pública para acabar con la opacidad de la Administración.

¹⁰ El último barómetro del CIS, de marzo de 2014, muestra cómo los ciudadanos consideran la corrupción y a los políticos, como una de los tres problemas principales que existen actualmente en España. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (2014), Estudio 3017: Barómetro de Marzo.

Es en este contexto cuando se aprobó en diciembre de 2013, la *Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* (LT, en adelante) que pretende, según su Exposición de Motivos, “una mejor fiscalización de la actividad pública y una contribución a la necesaria regeneración democrática.” La ausencia en nuestro país, por tanto, de una regulación integral de la transparencia y el acceso a la información, parece verse así colmada. Ahora bien, con la aprobación de la ley el debate no queda zanjado. Tanto las aportaciones durante la tramitación parlamentaria como los estudios doctrinales que rápidamente se han venido publicando, apuntan ya a posibles deficiencias de una ley que está llamada a ocupar un sitio más que relevante en el ordenamiento jurídico español. Y entre tales deficiencias, o mejoras, destaca con intensidad la discusión en torno al anclaje constitucional del propio derecho de acceso, como veremos a continuación.

3.-La naturaleza constitucional del derecho de acceso a la información pública

Uno de los temas más controvertidos del debate parlamentario y extraparlamentario alrededor de la LT vino dado por la determinación de la propia naturaleza del derecho de acceso a la información pública que se pretendía configurar en la ley. La cuestión giraba en torno a si debía considerarse como derecho fundamental, o simplemente como un derecho público subjetivo de creación legal no recurrible en amparo. Avancemos ya que la opción del legislador, así como la del Gobierno desde el inicio en el Anteproyecto, fue la de descartar de raíz que el derecho de acceso pudiera catalogarse como fundamental, evitando también con ello, al tiempo, la tramitación de la ley como orgánica. La clave de bóveda sobre la que pivotaba el debate jurídico era, y sigue siendo ahora en la doctrina, el posible anclaje constitucional en el que sustentar dicha naturaleza.

3.1. El soporte constitucional elegido: art. 105 b)

La ley, en su artículo 12 (*Derecho de acceso a la información pública*), aborda la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho ya desde el inicio de su regulación: “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos *previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española*, desarrollados por esta Ley.”¹¹ Por tanto, queda así claro, y más dada la posición

¹¹ A diferencia del Proyecto de Ley, que establecía una doble fuente de la regulación al introducir una conjunción copulativa: “en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española y en



preeminente que el legislador otorga a la referencia al situarla en timbre de honor de la ley, que el anclaje constitucional del derecho de acceso reside en la previsión del artículo 105 b), situado dentro del Título IV de la Carta Magna (*Del Gobierno y la Administración*). Previsión que reconoce “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.” Esta disposición crea, en consecuencia, un derecho constitucional fuera del catálogo de derechos constitucionales (Título I).¹²

Habida cuenta de que la doctrina aún no es del todo pacífica a la hora de concretar con exactitud cuáles de los derechos recogidos en la Constitución hemos de entender como fundamentales (Díez Picazo, 2013, pp.51 y ss.; Pérez Luño, 1993, pp. 21 y ss.), lo que sí parece fuera de duda es que el art. 105 b) *per se*, y sin conexión con alguno de los derechos del Título I, no está dentro de ellos. Así lo entienden Soto Lotal (2011, p.42), Embid Irujo (1993, pp. 732 y ss.), o Blasco Díaz (2010, pp. 143 y ss.), quienes fundamentan su postura o bien en la propia posición “geográfica” y sistemática en el texto constitucional, o bien en su misma naturaleza autónoma, diferente de otros derechos, como la libertad de información.

El Tribunal Constitucional (1988), ha sentado doctrina en este sentido, negando su naturaleza de fundamental e impidiendo que se pueda fundamentar en él una petición de amparo.¹³ Por su parte, el Tribunal Supremo (1999a) ha seguido en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), aunque matizando que si bien no puede considerarse el 105 b) un derecho fundamental, sí pueden encontrarse vinculaciones de éste con derechos fundamentales, y concretamente, con el de libertad de información (art. 20), con el de participación política (art. 23), y hasta con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24). Por su especial trascendencia, volveremos más adelante a analizar con mayor detenimiento los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal, que han sido recalcados en sentencias posteriores (Tribunal Supremo, 2000 y 2011).

esta Ley.” El Proyecto puede consultarse en *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BOCG, en adelante), Congreso, Serie A, nº 19-1, 7 de septiembre de 2012.

¹² Sobre el art. 105 b) véase por todos el detallado análisis del precepto que se realiza en Mestre Delgado (1993).

¹³ Dice el Tribunal en su FJ 4: “las reglas y principios contenidos en el artículo 105 b) (*inter alia*) de la Constitución son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución.” En un sentido parecido, aunque de manera mucho más tangencial, véase Tribunal Constitucional (1989).

Alejándonos del prurito academicista, la cuestión sustantiva viene solucionada por el artículo 53, donde no se hace referencia, en ningún caso, a la previsión del art. 105. Sólo configura el régimen de protección y la naturaleza de los derechos reconocidos en el Título I, lo cual no implica, eso sí, que fuera de este Título existan otros derechos constitucionales (no fundamentales). De este modo, lo que hay que determinar es cuál debe ser el régimen de garantías del derecho de acceso a la información pública ex art. 105 b). Al no estar amparado, como decimos, en el *prius* de garantías que ofrece el art. 53, el art. 105 b) opera en virtud de la misma naturaleza que el resto del texto constitucional a la luz del art. 9.1: como criterio de validez de las leyes y con pleno sometimiento de los poderes públicos a su tenor. En consecuencia, la previsión del art. 105 b) no goza *ab initio* del procedimiento preferente y sumario del que sí disfrutaban los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29, ni de la tutela extraordinaria del amparo constitucional (que se amplía al 30.2). Pero, en tanto norma constitucional que vincula a todos los poderes públicos, ha de ser respetada por la ley, a la que somete y mandata.

A tal efecto, el legislador, reconociendo tácitamente las críticas de quienes se oponían a dotar de naturaleza fundamental al derecho de acceso a la información, ha decidido en la Ley de Transparencia seguir acogándose al artículo 105 b), como había venido haciendo hasta ahora en las diversas regulaciones sectoriales. Los argumentos en este sentido pivotan en torno a la suficiencia del art. 105 b) para dar apoyo constitucional a la ley y al derecho de acceso a la información pública, considerando que su posible extracción del catálogo de derechos fundamentales sería una extralimitación del legislador, por cuanto el artículo 20 (derecho a recibir información) sobre el que se sustentaría tal pretensión, es sólo una libertad negativa, como derecho de abstención de los poderes públicos.¹⁴

3.2. Una posibilidad descartada: derecho fundamental ex art. 20.1

Como hemos visto, el hecho de que se eligiera como anclaje constitucional del derecho de acceso el art. 105 b), sin vinculación siquiera a algún derecho fundamental, implica que aquel no pueda ser considerado con el mismo valor y rango jurídico de estos últimos. Y ello a pesar de las críticas de la doctrina (que iremos viendo) y de las aportaciones durante el debate parlamentario que abogaban

¹⁴ Una muestra de tales argumentos podemos encontrarla en las intervenciones de los profesores T. R. Fernández y B. Pendás (Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), en la Comisión Constitucional que se encargó de analizar la LT. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (2013).



en su mayoría por dotar del más alto grado de protección jurídica a un derecho clave en el devenir actual de la democracia. De hecho, el Informe del Ministerio de la Presidencia que daba cuenta de las peticiones ciudadanas realizadas en la web durante el trámite del Anteproyecto de Ley recalca que uno de los puntos más demandados por los ciudadanos era la consideración de la ley como orgánica y del derecho, como fundamental.¹⁵ Asimismo, todas las enmiendas a la totalidad que se presentaron contra el Proyecto de Ley iban en el mismo sentido.¹⁶ Sin embargo, ¿había soporte constitucional para apoyar esta pretensión?

3.2.1. La evolución del derecho internacional de los DDHH en materia de acceso

Para responder a la cuestión planteada, hemos de acudir en primer lugar al derecho internacional en materia de derechos humanos, pues el posible anclaje del derecho de acceso en el catálogo de derechos fundamentales ha de partir, como veremos, del artículo 10.2 CE, que incorpora el derecho internacional como criterio de interpretación aquéllos.

Aunque en no pocos Estados el derecho de acceso no está reconocido como fundamental,¹⁷ en el derecho internacional y supranacional se ha venido desarrollando en los últimos años una tendencia cada vez más consolidada que le otorga el máximo valor y rango jurídico. Hasta tal punto que, en torno a aquél, y siguiendo a Mendel (2003b, pp. 41-74), existe un verdadero consenso sobre su naturaleza fundamental. En este sentido, su tratamiento como fundamental se ha realizado a través, principalmente, de dos opciones: como derecho *ex novo* de naturaleza autónoma, o como interpretación expansiva vía pretoriana de textos ya asentados. La inclusión en el artículo 42 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* del derecho de acceso a la información pública respecto a

¹⁵ El Anteproyecto fue sometido a consulta pública, algo novedoso en nuestro país, entre el 26 de marzo y el 10 de abril. Sin embargo, las aportaciones ciudadanas no tuvieron publicidad directa alguna, sino que se compendiaron en el referido Informe, que puede consultarse en <http://www.access-info.org/documents/105482716-Informe-del-Ministerio-de-Presidencia.pdf>. Dice al respecto dicho informe (p. 2): “un significativo número de observaciones señalan la necesidad de configurar el derecho de acceso como un derecho fundamental regulado, por tanto, por una norma de rango orgánico. Para apoyar su argumentación se basan en la configuración como fundamental que tiene el derecho de acceso a la información a nivel internacional (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta Europea de Derechos Fundamentales).”

¹⁶ Las enmiendas pueden verse en BOCG, Congreso, Serie A, nº 19-3, de 2 de julio de 2013.

¹⁷ Un ejemplo es Alemania, que lo considera derecho de mera configuración legal, y que solo determinados casos podría lesionar derechos fundamentales, véase Martínez Soria (2010, pp. 182-188). Por el contrario, en Portugal, el derecho de acceso es reconocido como fundamental en la Constitución, véase Fernández Ramos (2004, p. 432).

determinadas instituciones comunitarias, es el paradigma de la primera concepción, al reconocerse de manera independiente el derecho de acceso como fundamental en un catálogo de derechos de nuevo cuño. Por su parte, la segunda vía a la que apuntamos tiene acogida en los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, adelante), en aplicación del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas* (CEDH, en adelante), y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, respecto del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP, en adelante).

Si bien de cara al ámbito académico y doctrinal es importante como referente la acogida del derecho de acceso en la Carta comunitaria, sus repercusiones jurídicas se circunscriben al ámbito de aplicación de ésta, o lo que es lo mismo, al campo del derecho de la Unión en sus múltiples manifestaciones. La proyección jurídica de su artículo 42 se reduce, sólo, a determinadas instituciones de la Unión (el triángulo decisorio del Consejo, el Parlamento y la Comisión), y no produce repercusiones en la libre voluntad del legislador nacional, excepto, claro está, cuando éste se vea compelido y acotado por el cumplimiento del derecho comunitario. Pero para la determinación de la naturaleza, fundamental o no, del derecho de acceso a la información pública en una ley ordinaria (orgánica, en su caso) nacional, ideada respecto de instituciones estatales, la novedad del artículo 42 de la Carta se reduce al ámbito de las instituciones de la Unión que se ven afectadas por la previsión.¹⁸

Cuestión distinta es la evolución jurisprudencial y doctrinal que se presenta en los últimos tiempos en algunos textos internacionales de protección de derechos fundamentales. Distingo que ha de realizarse por cuanto tales tratados se imbrican en el seno del catálogo constitucional de derechos a través de la previsión del artículo 10.2 de la Carta Magna,¹⁹ que consagra una cláusula de apertura interpretativa que puede ser, y de hecho así ha sido hasta el momento, favorable a

¹⁸ El artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo la rúbrica *Derecho de acceso a los documentos*, establece: “todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.” Para un estudio detallado, Pérez Carrillo (2004, pp. 117-148). Más reciente, García Ureta (2014, pp. 733-748).

¹⁹ El art. 10.2 CE establece: “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.” Sobre el alcance de la cláusula del 10.2, puede verse Carreras Serra (2000, pp. 321-342) y Sáiz Arnaiz (1999).



la expansión vía pretoriana de las concepciones clásicas, y a veces demasiado restringidas, de determinados derechos fundamentales.²⁰

Aunque la referencia a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* es directa en la previsión constitucional, la apertura explícita del final de su tenor fue ideada por el constituyente como una vía para dotar de una relativa fuerza constitucional *sui generis* a los grandes tratados en materia de Derechos Humanos sobre los que España estaba avocada a ratificar, a saber, el CEDH y el PIDCP, fundamentalmente. Respecto del primero, el artículo 10 del Convenio reconoce, dentro de la libertad de expresión, el derecho de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin injerencia de las autoridades públicas.²¹ Ello se había venido interpretando hasta ahora en su formulación clásica de derecho (negativo) de mera abstención de los poderes públicos, en una jurisprudencia reiterada y muy consolidada por parte del TEDH.²² Sin embargo, en 2004, en el asunto *Loiseau c. Francia* (Sentencia TEDH, 2004), Estrasburgo inicia una tendencia hacia la expansión interpretativa del art. 10 que terminará en el giro completo que lleva a cabo con la Sentencia TEDH (2006), donde ya se reconoce que el art. 10 se proyecta también sobre el derecho a la información pública, contenido implícitamente en el Convenio. Con las Sentencias TEDH (2009a y 2009b) el Tribunal asume plenamente su nueva construcción jurisprudencial,²³ y otorga al derecho de acceso la categoría de derecho fundamental amparado en el Convenio.²⁴

²⁰ Así ha ocurrido, por ejemplo, con el sistema de recursos en materia penal, al exigir el PIDCP una doble instancia, exigencia no contemplada en el tenor del art. 24 CE. CALDERÓN CUADRADO (2005).

²¹ Dice expresamente: “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.” Un análisis detallado del art. 10 del Convenio puede encontrarse en BONET I PÉREZ (1994).

²² Así, por ejemplo, la Sentencia TEDH (1987), apartado 74: “The Court observes that the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him. Article 10 does not, in circumstances such as those of the present case, confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual.”

²³ A este giro del Tribunal, podemos añadir, en tanto *soft law*, recomendaciones emitidas por el Consejo de Europa, como la *Recomendación del Comité de Ministros* de 21 de febrero de 2002, sobre acceso a la información oficial.

²⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), en el caso *Claude Reyes c. Chile*, de 19 de septiembre de 2006, llega a la misma conclusión, respecto del art. 13 del Pacto de San José. En su párrafo 77, declara: “en lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.”

Caso similar es lo que ha ocurrido con la interpretación de la libertad de expresión que reconoce el art. 19 del PIDCP a la luz de la doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011), que consideró que el derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos se desprende del artículo 19 del Pacto.²⁵

Por tanto, en el campo del derecho internacional de los derechos humanos se ha admitido, en una tendencia que parece ya consolidada, que el derecho de acceso se desprende del derecho a recibir información y que, como éste, goza de la consideración de derecho fundamental. Ello implica, en consecuencia, efectos directos sobre el sistema constitucional español.

3.2.2. El artículo 20.1 d) como anclaje del derecho fundamental de acceso

Teniendo en cuenta estos antecedentes, si en la Constitución existe un derecho fundamental en el que poder entroncar el derecho de acceso a la información pública, y éste ha sido interpretado extensivamente como fundamental en el ámbito supranacional e internacional, el artículo 10.2 puede operar como cláusula de interpretación que proyecte tales avances jurisprudenciales sobre el catálogo patrio de derechos fundamentales. Pero, ¿existe un derecho fundamental en el que puede tener virtualidad esta previsión?

Para intentar acercarnos a los argumentos esgrimidos por quienes defienden esta postura, hemos de atenernos a la propia naturaleza dinámica de los derechos fundamentales. El catálogo de derechos fundamentales que la Constitución recoge no es una lista absolutamente cerrada e incólume al paso del tiempo. La Constitución, como norma abierta (*lebende Verfassung*), no sólo permite que el juego político-democrático de lo disponible se dé en el ámbito inferior a ella, sino también en su propio seno. Los derechos fundamentales están afectos al pluralismo político (Zagrebelky, 1995, pp. 13 y ss.) que, resultado del principio democrático, puede modularlos siempre y cuando se respete un *mínimum* o contenido esencial (Tribunal Constitucional, 1981, F.J. 8). Contenido éste que opera como barrera constitucional indecible para el legislador y garantía de unos derechos que, no

²⁵ También el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas declaró que el derecho de acceso a la información está protegido en base al artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además apuntó que «el derecho de buscar información o de tener acceso a la información es uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión». Así se apunta en la enmienda 74 presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Plural, en Boletín Oficial de las Cortes Generales (2013a, pp. 24 y ss.).



olvidemos, “son fundamento del orden público y la paz social” (art. 10.1 CE) en tanto expresiones de los valores constitucionales derivados del consenso constituyente.²⁶ Esta apertura no solo se deriva del principio democrático que inspira todo el texto constitucional, sino también de las propias previsiones de la Carta Magna. El art. 10.2, como hemos visto, obliga a que los derechos fundamentales sean interpretados de acuerdo con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y los tratados internacionales que en dicha materia sean firmados por el Estado. Esta última cláusula incorpora, con ello, un plus de dinamismo a los derechos fundamentales que se vertebra a través de la jurisprudencia y del abanico de opciones, ahora más extenso y abierto, que se le abre al legislador (orgánico). Sin embargo, ello no habilita a que éste pueda inventarse o crear *ex nihilo* derechos fundamentales. La Constitución es, ante todo, la norma suprema del ordenamiento, y no ha lugar a una modificación de sus disposiciones a través de mecanismos diferentes de los que ella misma recoge.

Por tanto, huelga decir que cualquier interpretación extensiva que quiera hacerse de un derecho fundamental tiene que partir, claro está, de un derecho fundamental así reconocido y positivizado por la Constitución. De este modo ocurrió, por ejemplo, con el derecho de protección de datos personales no automatizados, ausente en el catálogo constitucional, cuando fue reconocido mediante ley orgánica como fundamental, al desprenderse de la previsión constitucional del art. 18.4 respecto a la intimidad y el uso de la informática.²⁷ Debe haber, por tanto, un nexo lo suficientemente sólido y lo necesariamente idóneo sobre el que poder asentar una interpretación extensiva que dote de fundamental a un derecho que, a priori, parece autónomo y de mera configuración legal. Y en el presente caso, sobre el derecho de acceso a la información pública, ese nexo pudiera encontrarse en el artículo 20.1 d) de la Carta Magna que consagra el derecho a la información, al reconocer el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.” Claro que, éste ha venido siendo entendido por parte de la jurisprudencia constitucional, como un derecho de mera abstención, de no interferencia por parte de los poderes públicos, una libertad negativa propia de los derechos civiles del primer liberalismo político (Martínez de Pisón Cervero, 2004, pp. 412 y ss.). En este sentido, el TC ha declarado que “los derechos que consagra el aludido precepto no

²⁶ Sobre la noción de Constitución abierta y sus consecuencias, puede verse el interesante estudio del profesor Lucas Verdú (1993, pp. 41 y ss.).

²⁷ El art. 18.4 es del siguiente tenor: “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.” El apartado 5 (*infra*) volveremos con detalle sobre esta cuestión.

son de prestación, sino de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación.” (Tribunal Constitucional, 1982, F.J. 3) El Tribunal Supremo (2003), por su parte, ha afirmado que “no debe confundirse el derecho constitucional de información con el derecho de los ciudadanos a tener acceso a los archivos y registros administrativos, aun reconociendo la trascendencia de dicho derecho en un sistema democrático y la conexión del artículo 20.1 d) con el artículo 105 b).” Y así lo ha reafirmado la doctrina, como trasunto de la libertad de transmitir información frente a posibles acciones de la Administración, es decir, un deber de abstención dirigido al Estado (Álvarez Rico, 1979, pp. 103-133 y Pomed Sánchez, 1993).

No obstante, en los últimos tiempos, y al socaire de la entrada del derecho de acceso a la información en la categoría de derechos fundamentales en el panorama internacional y supranacional, algunos autores han venido admitiendo que el derecho de acceso puede entroncarse con el art. 20.1 d) CE ya citado.²⁸ La conexión con el principio democrático que subyace detrás de toda la Constitución, así como la aplicación de la cláusula interpretativa del 10.2 en virtud de la nueva tendencia en el ámbito internacional y supranacional analizada, son los principales elementos aducidos por los autores que defienden esta postura (Villaverde Menéndez, 1995, p. 118 y Fernández Ramos, 1997, pp. 350-358). Guichot, en la Comisión Constitucional que examinó el Proyecto de Ley, dijo al respecto: “me parece difícil cuestionar a día de hoy que el acceso a la información sobre la gestión pública, que solo está en poder de la Administración y que contribuye de forma esencial a la formación de una opinión pública informada, no esté dentro del derecho fundamental de la libertad de información” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2013b y Guichot, 2014). Villaverde Menéndez (1995, p. 119), por su parte, sostiene: “el derecho a recibir información tiene por objeto no sólo el deber del Estado de no interferir la recepción de información por el receptor pasivo, sino también un derecho a la información debida por el Estado, que tendría la obligación de ponerla a disposición de cualquier interesado, pues se presume que todo lo que posee el Estado es un asunto público.” Y acto seguido, declara: “parece evidente a esta altura que la información contenida en los archivos y registros administrativos [art. 105 b)] no tiene una naturaleza diversa a la información que es objeto del derecho a recibirla del art. 20.1 d).”

²⁸Para un resumen de la evolución doctrinal apuntada, Cendejas Jáuregui (2010, pp. 57-84).

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia que el derecho a la información del 20.1 tiene para una sociedad democrática que precisa de una opinión pública formada, fundada y plural (Tribunal Constitucional, 1986 y 1997). Es más, en un tímido antecedente que suele pasar desapercibido, el TC abrió, consciente o inconscientemente, la puerta a la consideración de fundamental del derecho de acceso a través del 20.1 d). En la sentencia 178/1993 (Tribunal Constitucional, 1993), reconoció que constituía una manifestación del derecho a recibir información veraz el conocimiento de una comunicación escrita de las autoridades de seguridad pública, pues el art. 20.1 d), “en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública [...], contribuye a la formación de la opinión pública.” Siguiendo esta doctrina del TC, y a Blanes Climent (2014, pp. 216 y ss.), ¿qué nos impediría considerar el conocimiento de cualquier información pública como manifestación del derecho a recibir información?

A la luz de lo analizado hasta aquí, y habida cuenta de la virtualidad que la cláusula del 10.2 proyecta sobre una interpretación extensiva del art. 20.1 d), creemos más que plausible la posibilidad de que el legislador hubiera encontrado en el citado precepto, de manera autónoma, un anclaje constitucional suficiente sobre el que sustentar la consideración de fundamental del derecho de acceso a la información en la LT. Como demuestra la experiencia respecto a derechos fundamentales de nuevo cuño, como el de protección de datos, que es extraído aún con menos soporte constitucional del art. 18.4, parece hartamente probable que el Tribunal Constitucional no pudiera pronunciarse en contra de un hipotético derecho fundamental de acceso recogido en una Ley Orgánica (Guichot, 2014, p. 46).

3.2.3. La relación instrumental del art. 23 CE

Durante el debate parlamentario, todas las enmiendas a la totalidad que se presentaron por parte de los Grupos abogaban por considerar el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y, en consecuencia, por la tramitación de la ley como orgánica. La enmienda a la totalidad 74 de Izquierda Plural (Boletín Oficial de las Cortes Generales, 2013a, pp. 24 y ss.) y 34 de Unión Progreso y Democracia (Boletín Oficial de las Cortes Generales, 2013a, p. 17) son las que, en este ámbito, utilizan argumentos más prolíficos y fundamentados,

resumiendo todo lo dicho hasta ahora. No obstante, ambos Grupos Parlamentarios apuntan en sus enmiendas a que no sólo encontraría anclaje constitucional el derecho de acceso en el derecho a la información (art. 20.1 d), sino también en el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23).²⁹

En cuanto a esta vinculación, hemos de ser más escépticos. Los autores que defienden esta postura la fundamentan tanto en el propio contenido del art. 23, como en las vinculaciones ya existentes entre su garantía y el derecho a la información del 20.1 d) (Blanes Climent, 2014, pp. 208-210). Efectivamente, en determinados casos, la jurisprudencia ha reconocido como vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos, la denegación a concejales o cargos electos del acceso a información pública vía 20.1 d) (Tribunal Supremo, 1997). No obstante, esta vinculación es instrumental respecto del citado art. 20.1 d), por lo que para la determinación de la naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información no es, *per se*, concluyente.³⁰ El carácter instrumental, como decimos, operaría en el juego de los derechos fundamentales cuando ya hubiéramos reconocido como tal derecho fundamental el de acceso, con base a un anclaje constitucional preciso; que, recordemos, lo encontramos en el art. 20.1 d) interpretado expansivamente en virtud de la apertura del 10.2, pero no en el 23 CE, operación extensiva que no se proyecta sobre el 23 de acuerdo a la evolución del derecho internacional aplicable ya comentada.³¹

Además, si intentáramos sustentar la naturaleza fundamental del derecho de acceso en la relación de instrumentalidad apuntada, nos encontraríamos con un nuevo derecho fundamental con una titularidad excesivamente restringida. Y es que, aunque el tenor del artículo se refiera expresamente a “los ciudadanos”, el Tribunal Constitucional ha entendido que la vinculación con el derecho de participación política del derecho a recibir información sólo opera para los representantes

²⁹ Del siguiente tenor: “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.”

³⁰ La sentencia del Tribunal Supremo (1999b) en su FJ 3, dice: “Este precepto constitucional (art. 105 b), remite expresamente a la configuración legal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado *con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva*. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de Derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa”.

³¹ Sobre dicha naturaleza de instrumental, puede verse Jiménez Plaza (2006, pp. 93 y ss.).



políticos, por cuanto el acceso a la información pública “pertenece al núcleo de la función representativa” (Tribunal Constitucional, 2009 y 2011). Pero es que, si incluso el TC reconociera tal vinculación al conjunto de la ciudadanía (lo que dista de ser probable o posible), de nuevo tendríamos una limitación de la titularidad a los que no gozan de la condición de ciudadanos, algo que no ocurriría si se fundamentara el derecho de acceso ex 10.2 en el 20.1 d), precepto éste que no incorpora delimitación alguna de los sujetos titulares.

Una vez aclarada la disposición constitucional (art. 105 b) que da cobertura a la nueva regulación, podemos analizar ésta a la luz de aquella, e intentar encontrar posibles incongruencias o incoherencias, pues es en ellas donde el estudioso del Derecho ha de encontrar siempre la materia con la que moldear sus críticas y aportaciones.

4. Titularidad y contenido: incongruencias constitucionales

4.1. Titularidad: de los ciudadanos a la universalidad

La dimensión constitucional de la titularidad del derecho de acceso provoca que se nos plantee una incongruencia entre el precepto de la Constitución en el que la LT dice apoyarse, y lo que ésta instituye en materia de acceso. El artículo 12 LT, recordemos, establece *ab initio* que “*todas las personas* tienen derecho a acceder a la información pública [...]”, por lo que se está reconociendo en sede legal el derecho tanto a los ciudadanos como a los no ciudadanos del Estado, lo cual no se adecúa al tenor del artículo 105 b) CE, que restringe el ámbito subjetivo del derecho constitucional solo a la categoría de *ciudadanos*. La ley pretende así adaptarse al *Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos* (en adelante, CEADP), en cuyo artículo 2.1 se declara que “cada Estado parte garantizará el derecho de *toda persona*, sin discriminación de ningún tipo.”

La extensión de la titularidad que recoge la ley sigue el criterio de otras leyes orgánicas reguladoras de derechos fundamentales. Por ejemplo, la *Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición*, amplía lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Constitución, que sólo reconoce tal derecho a los ciudadanos españoles, a toda persona, sea física o jurídica, española o de otra nacionalidad (Alenza García, 2001, pp. 13-32).

Sin embargo, lo que se suele hacer en sede de ley orgánica, en tanto desarrollo de naturaleza cualificada de lo dispuesto constitucionalmente en materia de derechos fundamentales, es realizado ahora en una ley ordinaria para con un derecho constitucional no fundamental. No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia ya había venido reconociendo expresamente la titularidad del derecho de acceso a los extranjeros³² y a las personas jurídicas, haciendo uso de la extensión del concepto de “cualquier ciudadano” del que habla el art. 53.2 CE operada por el Tribunal Constitucional (1983), no sin cierto recelo por parte de algunos autores (Rams Ramos, 2009, p. 349). A pesar de que la tramitación de la ley como orgánica (opción aquí defendida) hubiera despejado y aclarado cualquier debate, la LT reconoce de acuerdo al tenor del artículo 12, el derecho de acceso a toda persona, sea jurídica o física, nacional o no.³³ Siguiendo a Fernández Ramos y Pérez Monguió se trata, “en definitiva, de un derecho informativo de titularidad universal” (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2014, p. 150).

Ahora bien, dicha operación expansiva *ex lege* no incurre en inconstitucionalidad alguna, por cuanto engloba en su seno las previsiones constitucionales, que sí quedan garantizadas. El mínimo constitucional se ve así reflejado en la ley que lo desarrolla; lo único que hace ésta es, al mismo tiempo, reconocer *motu proprio* nuevos ámbitos que quedan afectos a su articulado, y que, aunque vayan más allá de lo estipulado constitucionalmente, no atentan contra el *mínimum* previsto en la Carta Magna. Operación ésta que, como hemos apuntado, es más natural de las Leyes Orgánicas que desarrollan derechos fundamentales, por lo que la incongruencia constitucional, siquiera desde el prurito técnico-académico, permanece.

4.2. Contenido del derecho: la información pública

Como se ha visto anteriormente, la Constitución se refiere, en el art. 105 b), al acceso a “archivos y registros administrativos,” criterio éste seguido en la regulación sectorial anterior.³⁴ La LT, sin embargo, amplía el marco constitucionalmente reconocido en el art. 105 no sólo a los archivos y registros

³² La Audiencia Nacional (1999) reconoce a un investigador alemán la posibilidad de acceder a los archivos del Ministerio de Asuntos Exteriores. La noticia fue incluso comentada en el diario *El País* del 11 de julio de 1999.

³³ La ley 27/2006 también reconocía ya el derecho de “todos”, sin excepción alguna, a acceder a la información ambiental. De hecho, era aún más concreta, al hacer alusión, específicamente, a “cualquier nacionalidad, domicilio o sede” (art. 3.1 a).

³⁴ Los artículos 35 h) y 37 así venían rubricados, y se limitaban solo a reconocer tenuemente el derecho de acceso a documentos puramente administrativos.



administrativos, sino al concepto, más genérico y amplio, de información pública en el que aquellos se encuentran. Reconoce, en el art. 12, el derecho de acceso a la *información pública* al tiempo que dice sustentarse, en el mismo artículo, en la más restrictiva y limitada previsión constitucional. El art. 13 LT concreta, a tales efectos, qué ha de entenderse por información pública: “se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.”

El objeto del derecho es, por tanto, la información pública, lo cual implica una importante novedad respecto de la regulación anterior y a lo establecido constitucionalmente, circunscrito, como decíamos, a los archivos y registros administrativos.³⁵ Novedad, incluso, que se traslada al ámbito internacional, por cuanto la mayoría de textos internacionales en la materia,³⁶ y de reconocimientos en el derecho comparado, se refieren a los documentos públicos u otras fórmulas más acotadas, pero no a un concepto tan genérico como el de información pública (Fernández Ramos y Pérez Monguio, 2014, pp. 154 y ss.). Lo cierto es, sin embargo, que tanto la obra del legislador como la concreción jurisprudencial, habían venido creando en los últimos tiempos un concepto muy amplio y genérico de “documento administrativo” que se asemeja a la definición de información contenida en la LT. De tal suerte que ésta no haría sino recoger y positivizar lo que en otras ramas del ordenamiento y en la vía pretoriana,³⁷ ya había comenzado a consolidarse. De este modo, la necesidad de que los documentos solicitados en ejercicio del derecho de acceso formen parte de un expediente administrativo, obren en archivos y correspondan a procedimientos ya concluidos, es descartada por el legislador, que ha incorporado en artículo 13 una de las previsiones más laudables de la Ley.³⁸

³⁵ El art. 37.1 de la LRJ-PAC establecía: “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de solicitud.”

³⁶ De hecho, el Convenio Europeo de Acceso a Documentos Públicos, como su nombre indica, se refiere únicamente a éstos.

³⁷ El artículo 26 del Código Penal considera documento todo aquello que constituya “un soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.” Como se aclara en Fernández Ramos (2009, pp. 70-100), la normativa anterior en materia de información ambiental ya utilizaba ese concepto de “información pública”, aunque sin llegar a concretarlo ni definirlo como hace el art. 13 LT.

³⁸ A diferencia de la regulación anterior del art. 37.1 LRJ-PAC, que exigía tales requisitos, restringiendo en grado sumo el derecho de acceso.

Como vemos, comparada con la regulación de la LRJ-PAC, esta vez la fidelidad al tenor de la Constitución es cuanto menos discutible académicamente en lo que a contenido y titularidad del derecho se refiere.

5. Los límites al derecho de acceso

5.1. Marco general

Como pone de manifiesto Guichot (2014, p. 99), uno de los temas de mayor complejidad, y que más polémica suscita en cualquier debate sobre la regulación de la transparencia, es el referido a los límites del derecho de acceso a la información. En nuestro sistema de valores constitucionales, como es de sobra conocido, ningún derecho es absoluto, y queda siempre limitado por la interacción con otros derechos o por la prevalencia de intereses constitucionalmente protegidos. Esta interacción es especialmente intensa en el derecho de acceso, por su propia naturaleza y por cuanto la obtención de información en manos de los poderes públicos puede comprometer directamente bienes que el resto del ordenamiento pretende preservar.

La experiencia en el resto de países, y en el derecho tanto internacional como supranacional, es clara al respecto. Todos los ordenamientos contemplan esferas en las que el libre acceso de los ciudadanos a la información se ve restringido en múltiples facetas, cuando no abiertamente prohibido (Zeigler, 2012, pp. 3 y ss. Y Blanes Climent, 2014, pp. 304 y ss.). Sería descabellado, llevando un ejemplo *ad absurdum*, que un ladrón pudiera solicitar, y ser correspondido, información relativa al oro del Banco de España, o que una organización terrorista fuera ayudada por la Administración para conocer los detalles de instalaciones sensibles para la seguridad nacional.

Ahora bien, la posible expansión de estos límites, nunca definidos con la precisión y concreción deseable, puede llegar a coartar y desviar el sentido inicial y el espíritu del derecho que se quiere reconocer y garantizar. La indeterminación de los conceptos, jurídicos o no, que operan en los límites, unida a la siempre temible actuación discrecional de la Administración, es susceptible de vaciar de contenido y desfigurar el derecho de acceso a la información. Por ello, las excepciones a la regla general (la de permitir el acceso), deben ser siempre interpretadas restrictivamente y de forma estricta (Rams Ramos, 2008, p. 49).

En la mayor parte del derecho comparado, como en el CEADP, se establece un sistema de límites en lista cerrada que busca proteger intereses tanto públicos como privados, asentados en última instancia en bienes o valores constitucionales. Salvo excepciones, la regla general que impera es la del establecimiento de límites relativos, donde se tenga que realizar caso por caso un ejercicio de ponderación entre los intereses en conflicto, comprobando si se dan las circunstancias precisas que puedan dañar los bienes protegidos por los límites. Resulta palmario que las restricciones absolutas por bloques o materias casan mal con el propio derecho de acceso a la información y con el objetivo último de garantizar la transparencia buscada (Esteve Blasco, 2012, pp. 283-287). Si España quiere adherirse al CEADP, como así parece ser la intención que subyace tras la LT,³⁹ ésta debe respetar el listado que el art. 3 del citado convenio establece. “Los límites –dice en el art. 3- deberán estar previstos por una ley y ser necesarios en una sociedad democrática,” utilizando los mismos términos y conceptos que el art. 10 del Convenio de Derechos Humanos. Y, como éste, establece una lista cerrada (aunque más amplia) de límites, potestativos para los Estados parte, los cuales, sin embargo, no podrán imponer aquéllos que no figuren en el CEADP, y que son los que siguen: “la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales; la seguridad pública; la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales; las investigaciones disciplinarias; la inspección, control y supervisión por autoridades públicas; la intimidad y otros intereses privados legítimos; los intereses económicos y comerciales; las políticas estatales de cambio de moneda, monetarias y económicas; la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia; el medio ambiente; o las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto.” En total, 11 límites.

Ahora bien, estos límites no son absolutos, sino relativos. Como acto seguido aclara el CEADP (3.2), el acceso *puede* ser rechazado (es decir, es una potestad de la Administración), siempre que sea susceptible de dañar los intereses arriba mencionados (test de perjuicio) y a menos que no prevalezca, a pesar de esa

³⁹ En la Exposición de motivos, aunque no se hace directa referencia al CEADP, se deja entrever cuando el legislador considera la ley como “un paso fundamental y necesario que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia”, en clara alusión al CEADP.

posibilidad de daño, un interés público superior.⁴⁰ Pues bien, si la LT pretende ser la llave de entrada de España al CEADP, debe respetar lo contenido en él en cuanto a los límites, aunque como a continuación veremos, la situación de la regulación de éstos en nuestro país respecto al derecho de acceso, no es muy diferente a la que se da en el ámbito comparado e internacional.⁴¹

5.2. Los límites en la LT

La LT regula los límites en los artículos 15 (protección de datos personales), 17 (causas de inadmisión), 19.4 (tramitación de las solicitudes) y, sobre todo, en el 14, que lleva precisamente por título “límites al derecho de acceso.” Éste es el que se encarga de recoger todo el listado cerrado de excepciones⁴² con el objeto de proteger otros bienes y valores susceptibles de protección. Su regulación está directamente inspirada en el CEADP, imitando todas las características ya apuntadas.⁴³

Se trata de límites relativos, no absolutos (“el derecho de acceso *podrá* ser limitado⁴⁴ cuando acceder a la información suponga un perjuicio para...”),⁴⁵ por lo que ningún campo queda vedado por completo y *ad limine* al conocimiento de la ciudadanía.⁴⁶ Los intereses que constituyen tales límites relativos son los siguientes: “la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o

⁴⁰ Muy interesantes al respecto son las reflexiones formuladas en Mendel (2003a, pp 28 y ss.).

⁴¹ Para un análisis comparado de cómo han asumido estos límites diferentes Estados europeos, puede verse Blanes Climent (2014, pp. 306-308).

⁴² Como dicen Fernández Ramos y Pérez Monguió (2014, p. 163) es más correcto hablar de excepciones que de límites, como de hecho, ya venía haciendo la jurisprudencia.

⁴³ La anterior regulación, en el art. 37.4 LRJ-PAC, contenía una cláusula genérica de denegación de acceso, al establecer que se podrá denegar éste “cuando prevalezcan razones de interés público por intereses de terceros más dignos de protección.” La Administración se arrogaba así, con base legal, una potestad discrecional abusiva, incompatible con el catálogo cerrado que establece el CEADP.

⁴⁴ La incorporación en el Senado de la enmienda 250 del Grupo Parlamentario Popular sustituyó la palabra “restringido”, por la actual de “limitado”. Boletín Oficial de las Cortes Generales (2013b).

⁴⁵ A diferencia del art. 37.5, que imponía una exclusión general en determinadas materias.

⁴⁶ Salvo la procelosa regulación de los secretos oficiales en España, en buena parte preconstitucional. Así, la controvertida *Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales*, o el más reciente *Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre*. La enmienda 468 del Grupo Parlamentario Socialista pedía la remisión específica en la LT a la ley de secretos oficiales, como un límite más, lo cual no se aceptó incorporar, aunque parece derivarse su reconocimiento de la DA 1ª. Sobre esta ley, puede verse García Herrera (1982, p. 162).



el secreto requerido en procesos de toma de decisión; la protección del medio ambiente.” En total, 12.⁴⁷

Como se puede comprobar, son excepciones prácticamente idénticas a las recogidas en el art. 3.1 CEADP, si bien pueden existir determinadas incompatibilidades cuyo análisis detallado, por no ser este el objeto de nuestro estudio y alejarse de la dimensión constitucional, no llevaremos a cabo en esta sede. Lo que sí se corresponde en este sentido es el estudio de la adecuación a la Carta Magna de los límites establecidos en la LT, como abordamos a continuación.

5.3. Adecuación a las excepciones del art. 105 b)

Si la opción elegida hubiera sido la de dotar de naturaleza fundamental al derecho de acceso, los límites de éste podrían haberse regulado perfectamente en una Ley Orgánica, como cualquier otro derecho fundamental. Por el contrario, al optar por el art. 105 b) como base constitucional en la que desarrollar legalmente el derecho de acceso a la información pública, nos encontramos con una serie de dificultades en torno a la configuración de los límites que hemos de aclarar.

La previsión constitucional del art. 105 b) recoge, *in fine*, que el derecho queda reconocido “salvo *en lo que afecte* a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.” La Constitución es clara al respecto: estos tres grupos de materias no son un límite absoluto, sino relativo, pues de lo contrario no hubiera utilizando la expresión “en lo que afecte.” Por tanto, el legislador tenía la puerta vedada (y aún la tiene) a la hora de reconocer por bloques materias sobre las que, de ninguna forma, pudiera ejercerse el derecho de acceso.⁴⁸ Es más, la utilización específica por el constituyente del verbo “afectar” implica para el legislador y para la Administración una obligación de llevar a cabo una operación de comprobación, caso por caso, de tal afectación, lo que conlleva una proyección constitucional de la garantía del test de perjuicio y la ponderación, que analizaremos más adelante.

Salvada esta exigencia constitucional, queda aún por resolver la más que aparente contradicción entre los taxativos y poco numerosos límites

⁴⁷ Para un estudio exhaustivo de cada uno de los límites, desde el prisma administrativista, puede verse Fernández Ramos y Pérez Monguió (2014, pp- 169-179).

⁴⁸ Con base a este argumento, la anterior regulación del art. 37.5, que recogía límites absolutos, era inconstitucional. Véase Fernández Ramos y Pérez Monguió (2014, p. 164).

constitucionales, y las amplias (aunque en lista cerrada) y, quizá excesivas, excepciones legales ex art. 14 LT. La cuestión, obviada por algunos autores (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2014, pp. 168 y ss.),⁴⁹ es abiertamente abordada en otros.

Villaverde Menéndez (1995), en una posición minoritaria, considera que “el legislador no podrá contemplar límites distintos a los que expresamente y de manera tasada establece la propia CE en el artículo 105 b)”. No obstante, acto seguido aclara que la ley podrá concretar, dada la amplitud y ambigüedad de los términos constitucionales, lo dispuesto en ellos, aunque sin extralimitarse ni dejar al albur de los poderes públicos tal concreción, pues “la Administración no puede decidir sobre la vigencia de las normas constitucionales.”

Blanes Climent (2014, p. 308) y Guichot (2014, pp. 108-112) apuntan, por el contrario, a que lo que Constitución quiere en el 105 b) es concretar un núcleo de determinadas materias en las que el derecho de acceso ha de estar especialmente limitado, pudiendo el legislador ampliar los límites en el desarrollo legal. Pero, ¿tiene libertad plena a la hora de regularlos? La respuesta ha de ser, necesariamente, negativa. Las excepciones que la ley amplíe deben estar fundamentadas en la protección de otros bienes o valores constitucionales diferentes de los inicialmente previstos en el art.105 b), siempre, además, que tal protección no lleve a restringir de tal manera el derecho que se vuelva irreconocible, o dificultado excesivamente su ejercicio. Al respecto, dice Guichot (2014, p. 109) que “en un sistema de valores como es el constitucional, ha de procederse a una interpretación integradora que resiste a constreñir los posibles bienes en conflicto a los límites acogidos en el artículo 105 b) CE, que no agotan con mucho las posibles colisiones (como no lo hacen tampoco en el derecho supranacional y comparado).”

Esta postura es la que creemos más acorde con el sentir del texto constitucional, y la más adecuada a la realidad actual, una vez elegido el art. 105 b) como anclaje en el que sustentar el derecho de acceso.

⁴⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., op. Cit., p. 168 y ss.



5.4. La amplitud de los límites

Como apuntábamos, los límites que se establezcan en el catálogo legal no han de desvirtuar la esencia del derecho de acceso, no sólo por la pertinencia de lo exigible, sino también por el hecho de que, no se nos olvide, la ley no deja de desarrollar un derecho constitucional, el del 105 b), que no puede ver menoscabado su contenido esencial.

Tanto el Informe del Ministerio de Presidencia sobre el Anteproyecto como el dictamen del Consejo de Estado fueron, en este sentido, especialmente críticos con lo vago e indeterminado de algunos límites, que podría poner en peligro la salvaguarda del núcleo esencial del derecho.⁵⁰

Aunque la ley, en el apartado 2 del art. 14, establece expresamente que “la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y atenderá a las circunstancias del caso concreto [...],” el legislador no ha recogido cláusula alguna en la que se imponga un deber expreso a la Administración, y a quienes están llamados a aplicar la ley, de interpretar restrictivamente los límites contemplados.

Sirva un ejemplo para ilustrar la peligrosidad que se deriva de tan amplios e indefinidos límites. Uno de ellos viene constituido por “la protección del medio ambiente” (art. 14.1 I), campo ya de por sí amplio y sobre el que el derecho a la información debiera proyectarse especialmente, por la relevancia para la sociedad civil y los ciudadanos de dicho conocimiento. La crítica que se hizo durante el debate parlamentario a este límite fue contestada por parte del Gobierno como una necesidad imperiosa, dadas las posibilidades de que personas que quieran atentar contra el medio tengan acceso a información pública sobre el mismo.⁵¹ Sin embargo, tales acciones están debidamente castigadas en el Código Penal, o sancionadas en leyes administrativas o sectoriales, por lo que aquí operarían al tiempo los límites referidos a la seguridad pública (d), y/o la prevención de los ilícitos penales o administrativos (e).

⁵⁰ El dictamen es claro al respecto: “ha de insistirse en la necesidad de concretar adecuadamente el sentido y alcance de los distintos límites mencionados en el precepto.” Consejo de Estado (2012).

⁵¹ En la intervención de la Vicepresidenta del Gobierno se hace referencia expresa, por ejemplo, a la protección del lince ibérico. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (2013a, p. 40). Siguiendo el argumento esgrimido por el Gobierno, ¿por qué no se contempla también, por ejemplo, la protección del patrimonio cultural en contra del tan asiduo expolio?

Hubiera sido más recomendable la supresión de algunos límites, por innecesarios y alentadores de indeseadas discrecionalidades administrativas, y, al mismo tiempo, la inclusión de una cláusula de interpretación restrictiva. De este modo, los objetivos que la Ley pretende conseguir, y el propio derecho constitucional en el que se sustenta, quedarían aún más salvaguardados y potenciados. No obstante, siempre quedaría, como último recurso, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, amén de agotar las posibilidades administrativas, para perfilar, de manera gradual y permanente, el contenido y alcance de cada límite.

5.5. Requisitos constitucionales: test de perjuicio y ponderación

La exigencia constitucional dimanante de la expresión “salvo en lo que afecte a” del art. 105 b) deriva en la obligación, para la Administración, de llevar a cabo el denominado “test de perjuicio” para comprobar si afecta, en qué medida afecta y hasta qué punto afecta, caso por caso, el ejercicio del derecho de acceso a los bienes constitucionalmente protegidos. Dicho test puede ser definido como la apreciación por parte de la Administración a la que se dirige el ejercicio del derecho, acerca de la producción de un daño o perjuicio de tal ejercicio sobre alguno de los bienes, valores e intereses protegidos y amparados en los límites previstos; juicio de apreciación que se hará siempre de manera argumentada y motivada. Definición, asimismo, que hemos de incardinar en el primer apartado del art. 14.1 LT, donde se establece que “el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para” los bienes protegidos al efecto.

A la Administración no le basta, por tanto, invocar alguno de los límites del 14.1, sino que debe examinar *ad casum* aquellos supuestos en que tales límites pueden verse perjudicados como resultado de la obtención y divulgación de información. Ello entronca con la obligación de motivar las resoluciones que denieguen el acceso (art. 20.2 LT), por cuanto el solicitante titular del derecho debe conocer por qué se le ha denegado su ejercicio, y si en tal denegación se ha realizado un suficiente juicio de apreciación. Obligación que es, a su vez, trasunto de la previsión constitucional del art. 9. 3 *in fine*, que garantiza “la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (Granado Hijelmo, 1996, pp. 123-190).



Test de perjuicio y motivación que al mismo tiempo sirven de base para el reconocimiento de la posibilidad de acceso parcial. Y es que la solicitud de acceso puede versar sobre una totalidad de información que contenga en su seno elementos que no provocan un perjuicio a ningún bien, y que, por ende, deben quedar al margen de la denegación. El artículo 16 LT es claro al respecto: “en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.”

Por su parte, la ponderación, en tanto operación de equilibrio y adecuación entre dos bienes a proteger, sirve de criterio en la aplicación de los límites, impidiendo que éstos sean utilizados de manera totalmente discrecional por parte de la Administración. Aunque no aparece directamente formulada en la ley, parece evidente que no se otorgue libertad plena a quien tiene que conceder el derecho de acceso cuando éste afecte a algunos de los límites referidos, conectados con derechos fundamentales u otros bienes a proteger. Del último inciso del art. 14.2 parece desprenderse tal suposición, al quedar establecido que se atenderá, especialmente, “a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.” Es decir, aun cuando el acceso afecte a uno de los bienes protegidos en los límites, si concurre un interés público o privado, deberá llevarse a cabo un juicio ponderativo, que podrá ser favorable, o no, al acceso. Siempre, claro está, motivándolo en la resolución.⁵²

De este modo el legislador reconoce la importancia que tiene para una sociedad democrática el conocimiento de la información pública, hasta el punto de permitir su acceso aun cuando se vean lesionados o perjudicados otros bienes que la misma sociedad quiere preservar, pero sobre los que se superponen intereses superiores. Dicha importancia redonda, de nuevo, en lo necesario de la consideración del derecho de acceso como fundamental, pues este mecanismo “pro derecho” no deja de ser un mecanismo propio y característico de todo derecho fundamental (Garcimartín Alférez (1996, pp. 419-427).

⁵² Sobre la ponderación, puede verse Ortega López y de la Sierra Morón (2000).

Sin embargo, ni aun en la regulación realizada en la LT en tal sentido ha querido mostrarse siquiera mínimamente favorable el legislador. El tenor del artículo alude tanto a un interés público como *privado*, el del solicitante de la información, y ello aleja al derecho de acceso de su conexión directa y autónoma como derecho, respecto a la transparencia y a los valores superiores que una democracia pretende preservar con su reconocimiento y garantía. Siguiendo de nuevo a Guichot (2014, p. 118), esta previsión “supone un grave desconocimiento del fundamento del derecho de acceso, que no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante.” Motivación que, además, y por eso mismo, no es exigible en la ley, de acuerdo con el artículo 17.3, que establece que “el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información.”

El juicio abstracto de la ponderación queda de tal suerte desvirtuado, al incorporarse un parámetro de referencia vago e indeterminado, como es el interés privado del solicitante, de un solicitante que no está obligado a motivar su petición. De hecho, esta previsión es extraña en el derecho comparado, internacional y supranacional, donde el interés particular del titular del derecho queda relegado a un segundo plano al otorgarse un valor preeminente al interés general de la sociedad a la que, en teoría, debería servir el derecho de acceso.⁵³

No obstante, y salvo este último punto que consideramos un error, parece quedar lo suficientemente garantizada, a través de los instrumentos que acabamos de analizar (test de perjuicio, ponderación, acceso parcial...), la previsión de excepcionalidad que la Constitución establece en el art.105 b) (“salvo en lo que afecte”) y que sirve de base constitucional a la Ley de Transparencia.

6. Conclusión

El Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, decía a finales del siglo XIX que el “mayor problema que se plantea a la Administración es el de

⁵³ Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha descartado cualquier relevancia del interés particular del solicitante a la hora de la ponderación con otros bienes o intereses en conflicto. *U.S Department of Justice vs. Reporters Committee*, 489, U.S. 759, 1989.



governar en la transparencia, en la equidad, con celeridad y sin conflictos” (Wilson (1887)⁵⁴ Más de un siglo después de tal aserto, lo afirmado por el Presidente norteamericano reviste completa actualidad. El reconocimiento de mayores cuotas de participación ciudadana y una Administración abierta, cercana a los administrados, transparente y eficaz, se presentan como dos de los mayores objetivos que han de perseguir las democracias actuales si quieren reforzar, cuando no ampliar, la legitimidad en la que se sustentan. El derecho de acceso a la información pública, como condición *sine qua non* de este nuevo paradigma, ha de reconocerse de manera integral y lo suficientemente efectiva en todo ordenamiento jurídico que pretenda alcanzar tales objetivos, pues no es posible un mayor control ciudadano de los actos públicos, ni una mejora en el funcionamiento de la Administración que los lleva a cabo, si previamente los mismos ciudadanos no tienen la posibilidad de conocer, de primera mano, la información relativa a dichos actos. Necesidad ésta que se ve en la actualidad potenciada por la crisis de confianza en la política y en sus mecanismos de representación, como consecuencia de una no menor crisis económica que afecta a todo el entramado social.

La ausencia en España, hasta ahora, de una Ley de Transparencia que acabara con la opacidad que seguía dándose en la Administración, era simplemente inaceptable desde el prisma democrático. La reciente regulación de mecanismos de transparencia, buen gobierno, publicidad activa y, sobre todo, el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, viene a suplir el vacío existente en la materia, vacío que apenas se colmaba con una débil, defectuosa e incompleta regulación sectorial. En este sentido, la Ley 29/2013 supone un importante y laudable avance, acercando a nuestro país al resto de democracias del globo que, en su mayoría, ya contemplaban un reconocimiento integral.

Sin embargo, y como creemos haber demostrado a lo largo de las páginas que preceden, la regulación que ha llevado a cabo la Ley de Transparencia, si bien comporta una significativa mejora respecto de la situación anterior, adolece de múltiples imperfecciones, tanto en su base jurídico-teórica como, probablemente, en su posterior materialización práctica.

⁵⁴ WILSON, W., (1887): “The study of Administration”, en *Political Science Quarterly*,; vuelto a publicar en STILLMAN (ed.), (1992): *Public Administration*.

La decisión del legislador de no elevar a rango de derecho fundamental el derecho de acceso, ni de tramitar la ley como orgánica, se erige en el centro de tales imperfecciones y deseables mejoras. El argumento utilizado para el rechazo de esta postura, de no encontrar suficiente acomodo en el texto constitucional, no se sostiene. La evolución en la interpretación del derecho internacional en materia de derechos humanos, que viene contemplando desde hace tiempo el de acceso como derecho fundamental y parte integrante del derecho a recibir información, se proyecta en nuestra Carta Magna gracias a la cláusula de dinamismo interpretativo de su artículo 10.2. Operando ésta, el artículo 20.1 d), que reconoce y garantiza el derecho a recibir libremente información, puede verse ampliado legalmente, y consagrado jurisprudencialmente, al derecho de acceso a la información pública. Por el contrario, se ha decidido elegir como soporte constitucional el art. 105 b) CE, fuera del catálogo de derechos fundamentales, cuando ello conlleva no pocas incongruencias de índole constitucional entre una ley amplia y novedosa, y un precepto restringido y circunscrito al campo administrativo. La ampliación que la ley realiza de la titularidad del derecho de acceso, de su contenido y de sus límites, hubiera encontrado fácil acomodo si se hubiera considerado, desde el inicio, la naturaleza de derecho fundamental al derecho de acceso.

Por su parte, la amplitud e indeterminación de los límites establecidos en la ley son objeto de crítica por su potencial desvirtuador, no sólo del derecho legalmente configurado, sino incluso del derecho constitucionalmente proclamado en el que aquél se apoya. La proyección constitucional sobre tales límites se ve amparada, no obstante, en la garantía de dos mecanismos de equilibrio, el test de perjuicio y la ponderación, supeditados al principio general de admisión del acceso.

Con todo, la ley supone la llegada a nuestro país del inicio de una verdadera cultura de la transparencia, otorgando los medios precisos a los ciudadanos para que la refuercen, enriquezcan y construyan día a día en favor de la consecución plena de esa sociedad democrática avanzada que nuestra Constitución proclama.

7. Bibliografía

Libros y Artículos

- ALENZA GARCÍA, J. F. (2001): “Los extranjeros como titulares del derecho fundamental de petición”, en *Anales de Derecho: colección Huarte de San Juan*, n1 2.
- ÁLVAREZ RICO, M. (1979): “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, en *Documentación Administrativa*, nº 183, 1979, pp-103-133.



- BLANES CLIMENT, M. A. (2014): La transparencia informativa de las administraciones públicas: el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- BLASCO DÍAZ, J. L. (2010): “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa”, en GARCÍA MACHO, R. (ed.), Derecho administrativo de la información y administración transparente, Marcial Pons, Madrid.
- BONET I PÉREZ, J. (1994): El derecho a la información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Promociones y Publicaciones Universitarias.
- CALDERÓN CUADRADO, M. (2005): La segunda instancia penal, Aranzadi.
- CAPDEVILLA MARTÍNEZ, C. (2005): “La transparencia en la Unión Europea”, en Cuadernos de derecho público, nº 26.
- CARRERAS SERRA, F. (2000): “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, en Revista española de Derecho Constitucional, año nº 20, nº 60.
- CENDEJAS JÁUREGUI, M. (2010): “Evolución histórica de derecho a la información”, en Derecho Comparado de la Información, nº 10.
- CONDESSO, F. (2011): Derecho a la información: crisis del sistema político y transparencia de los poderes públicos, Dykinson, Madrid.
- CRIADO DE DIEGO, M. (2007): Representación, Estado y democracia, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. (2013): Sistema de derechos fundamentales, Thomson Civitas, Madrid.
- EMBED IRUJO, A. (1993): “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de sus consagraciones legislativas”, en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Civitas, T. I, Madrid.
- ESTEVE BLASCO, A., (Coord.) (2012): El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (1997): El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, Madrid.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2004): “La transparencia administrativa en Portugal”, en Revista de Administración Pública, nº 163, enero-abril.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2009): El derecho de acceso a la información ambiental, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): “El acceso a la información en el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, en Revista Aragonesa de Administración Pública.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIO, J. M. (2014): Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- FROST, A. (2003): “Restoring faith in government: transparency reform in the United States and the European Union”, en European Public Law, Kluwer Law International, The Hague, nº 1.
- GARCÍA HERRERA, M. A. (1982): “Estado democrático y libertad de expresión”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 65.
- GARCIA URETA, A. M. (2014): “Derecho de acceso a los documentos”, en LAGASABASTER, I., (Coord.), La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español, Aranzadi, Pamplona.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (1996): “La interpretación más favorable al derecho fundamental”, en Derecho y Constitución, nº8.
- GRANADO HIJELMO, I. (1996): “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E., y GONZÁLEZ-DELEITO, N., (Coords.), Discrecionalidad administrativa y control judicial, Sevilla.

- GUICHOT, E. (2010): *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*, Global Law Press, Sevilla.
- GUICHOT, E. (2012): “El anteproyecto de ley de transparencia”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 30.
- GUICHOT, E., (Coord.) (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid.
- JIMÉNEZ PLAZA, M. I. (2006): *El derecho de acceso a la información municipal*, Editorial Lustel, Madrid.
- KEANE, J. (1992): *Democracia y sociedad civil*, Alianza Universidad, Madrid.
- KELSEN, H. (2006): *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, K.R.K. Ediciones.
- LICHTBLAU, E. (2010): “The Obama Administration’s Commitment to Transparency: A Progress Report”, en *Social research: An international quarterly of the social sciences*, nº 3.
- LUCAS VERDÚ, P. (1993): *La Constitución abierta y sus enemigos*, Beramar, Madrid.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M. (2004) “Las generaciones de derechos”, en *VVAA, Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid.
- MARTÍNEZ SORIA, J. (2010): “El acceso a la información pública según la ley alemana sobre la libertad de información (informationsfreiheitsgesetz)”, en GARCÍA MARCHO, R. (ed), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid.
- MENDEL, T. (2003a): *Freedom of information: a comparative legal survey*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation, Unesco.
- MENDEL, T. (2003b): “La libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente”, en *Derecho Comparado de la Información*, n.º 1.
- MESTRE DELGADO, J. F. (1993): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105 b) de la Constitución*, Civitas, Madrid.
- MICHELS, R. (1979): *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Amorrortu Editores, Buenos Aires.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., y DE LA SIERRA MORÓN, S. (dirs.) (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- PÉREZ CARRILLO, E. (2004): “El derecho de acceso a los documentos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en RUIZ MIGUEL, C., (Coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidade Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- PÉREZ LUÑO, A. (1993): *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1993.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., (1993) *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid.
- RAMS RAMOS, L. (2009): *Derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Editorial Reus, Madrid.
- SÁIZ ARNAIZ, A. (1999): *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- SOTO LOSTAL, S (2011): *El derecho de acceso a la información, el Estado social y el buen gobierno*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- TAJADURA TEJADA, J. (1998): “La noción de sociedad democrática avanzada en la Constitución de 1978”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, nº 147.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1995): *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (1997): *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.



- WARREN, S., y BRANDEIS, L. (1995): El derecho a la, Cívitas, Madrid.
- WILSON, W. (1887): "The study of Administration", en Political Science Quarterly, 1887; vuelto a publicar en STILLMAN (ed.) (1992), Public Administration.
- ZAGREBELSKY, G. (1995): El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, Trotta, Consejería de Educación y Cultura, Madrid.
- ZIEGLER, E. H. (2012): "Compliance with open meeting lawas", en Rathkopf's The Law of Zoning and Planning, Thomson Reuters.

Otros documentos

- AUDIENCIA NACIONAL (1999), sentencia 709/1999, Sala de los Contencioso-Administrativo, sección cuarta, de 10 de febrero:
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2909195&links=&optimize=20031212&publicinterface=true>
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES (2012), Congreso, Serie A, nº 19-1, 7 de septiembre:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-19-1.PDF
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES (2013a), Congreso de los Diputados, Seria A, nº 19-3, de 2 de julio:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-19-3.PDF
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES (2013b), Senado, nº 248, de 11 de octubre:
<http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG T 10 248.PDF>
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS (2014), Estudio 3017: Barómetro de Marzo:
http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3000_3019/3017/es3017mar.pdf
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), Observación General nº 34, 102º período de sesiones, Ginebra, 11 a 29 de julio:
<http://www.palermo.edu/cele/pdf/G1145334.pdf>
- CONSEJO DE ESTADO (2012), Dictamen 707/2012, de 19 de julio:
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), caso Claude Reyes c. Chile, de 19 de septiembre:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2013a), nº 117, sesión plenaria 111, de 30 de mayo:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-117.PDF
- DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2013b), nº 254, sesión nº 10, celebrada el 12 de febrero de 2013:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-254.PDF
- SENTENCIA TEDH (1987), asunto Leander c. Suencia, de 26 de marzo:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["leander"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-57519"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- SENTENCIA TEDH (2004), asunto Loiseau c. Francia, de 28 de septiembre:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Loiseau"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-66717"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

SENTENCIA TEDH (2006), asunto Sdruzeni Jihoceské Matky c. Czech Republic de 10 de julio:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"appno":\["19101/03"\],"itemid":\["001-76707"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)

SENTENCIA TEDH (2009a), asunto Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría, de 14 de abril:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{'fulltext':\['Sdruzeni JihoceskéMatky'\],'languageisocode':\['ENG'\],'documentcollectionid2':\['JUDGMENTS'\],'itemid':\['001-92171'\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{'fulltext':['Sdruzeni JihoceskéMatky'],'languageisocode':['ENG'],'documentcollectionid2':['JUDGMENTS'],'itemid':['001-92171']})

SENTENCIA TEDH (2009b), asunto Kennedy c. Hungría, de 16 de agosto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1981), sentencia 11/1981, de 8 de abril:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1981-9433.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1982), sentencia 74/1982, de 7 de diciembre:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1983-1574.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1983, sentencia 19/1983, de 14 de marzo:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1983-9902.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1986), sentencia 159/1986, de 12 de diciembre:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1986-33941.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1988), sentencia 161/1988, de 20 septiembre:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1988-23795.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1989), sentencia 39/1989, de 16 de febrero:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1989-4937.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1993), sentencia 178/1993, de 31 de mayo:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1993-17378.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1997), sentencia 204/1997, de 25 de noviembre:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1997-27974.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009), sentencia 169/2009, de 9 de julio:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2009-13322.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011), sentencia 20/2011, de 14 de marzo:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2011-6535.pdf>

TRIBUNAL SUPREMO (1997), sentencia 2765/1997, de 21 de abril:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3156403&links=&optimize=20030912&publicinterface=true>

TRIBUNAL SUPREMO (1999a), sentencia 1942/1999, de 20 de marzo:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3165545&links=&optimize=20030906&publicinterface=true>

TRIBUNAL SUPREMO (1999b), sentencia 2206/1999, de 30 de marzo:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3166527&links=&optimize=20030906&publicinterface=true>

TRIBUNAL SUPREMO (2000), sentencia 8241/2000, de 14 de noviembre:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3048122&links=&optimize=20031030&publicinterface=true>

TRIBUNAL SUPREMO (2003), sentencia 3359/2003, de 19 de mayo:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3094337&links=&optimize=20031018&publicinterface=true>

TRIBUNAL SUPREMO (2011), sentencia 3726/2011, de 3 de junio:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6027029&links=&optimize=20110630&publicinterface=true>





EL DERECHO A LA SALUD Y LA REFORMA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Magda Yadira Robles Garza

Universidad de Monterrey

magda.robles@udem.edu

Resumen

La investigación que aquí se presenta tiene como objetivo analizar el desarrollo constitucional del derecho a la salud en México a partir del constitucionalismo social de 1917. A partir de este desarrollo legislativo se observará el tratamiento jurisprudencial otorgado por los tribunales federales con la finalidad de demostrar que el proceso de configuración ha marcado los límites y alcances del derecho. Esto nos llevará a examinar el impacto que la reforma constitucional de 2011 puede tener en la protección judicial de este derecho a raíz de la aplicación del nuevo criterio de justicia constitucional que dicha reforma trajo consigo.

Palabras clave

Salud, constitución, derechos humanos, protección, tribunales.

THE RIGHT TO HEALTH AND THE HUMAN RIGHTS REFORM IN MEXICO

Abstract

The research presented here aims to analyze the constitutional development of the right to health in Mexico from the social constitutionalism of 1917. The jurisprudential treatment given by the federal courts in order to demonstrate that the configuration process has set the limits and scope of the right will be observed from this legislative development. This will take us to examine the impact that the constitutional reform of 2011 may have on the judicial protection of that right as a result of the application of the new criteria of constitutional justice which this reform brought with it.

Keywords

Health, human rights, constitution, protection, law court.

1. Introducción

El grupo de los llamados derechos sociales forma hoy en día un conjunto de derechos humanos que presenta desafíos en la justicia constitucional atendiendo a la función social que se les ha encomendado. Uno de los derechos sociales que durante los últimos años ha cobrado importancia es el derecho a la protección de la salud por la necesidad de contar con las estrategias y los mecanismos para hacer llegar las condiciones mínimas de salud a los grupos vulnerables, los menores, las personas adultas mayores y, en general, a la sociedad.

Sabemos que las primeras luces normativas sobre el derecho a la salud surgen a finales del siglo XIX. Hasta este momento, es la Iglesia quien está a cargo de esta tarea organizando hospitales y asilos. Posteriormente la sociedad civil y el Estado asumen tareas de ayuda a los enfermos y mendigos, a través de las asociaciones de beneficencia pública. Así, encontraremos ya en el siglo XIX y comienzos del siglo XX las primeras referencias legislativas en materia de protección de la salud como parte de las responsabilidades del Estado, sobre todo, en lo relativo a labores de saneamiento, regulación de condiciones de trabajo y atención especial a los grupos más vulnerables como los trabajadores, las mujeres, los niños, los ancianos, los campesinos y los discapacitados, entre otros.¹

Sin duda, es el proceso de industrialización lo que provoca el surgimiento de las primeras leyes que contienen disposiciones relativas a la salud, entre las que destacan la Ley sobre la salud moral de los aprendices (Inglaterra, 1802) y la Ley de Salud Pública (Inglaterra 1848).

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el tema de la salud se vincula a otros conceptos como la dignidad humana y un nivel de vida adecuado, tal como quedó establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos² y, posteriormente, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) -en 1951- otorga a la protección de la salud la categoría de derecho fundamental para todo ser

¹ El desarrollo de las grandes empresas y fábricas de la época generó nuevas condiciones de vida para toda la población, lo que dio lugar a la intervención del Estado, asociada a la lucha contra la proliferación de los indigentes, mendigos y vagabundos, surgidos en ese momento de las masas de trabajadores del campo que no tuvieron oportunidad de ingresar al sistema.

² El artículo 55 de la Carta alienta a los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) a promover estándares de vida más elevados para todas las personas, el progreso económico y social, la cooperación internacional en asuntos sociales incluyendo la salud y la educación, y el respeto universal por los derechos humanos independientemente de la procedencia y las características de cada uno. Y, por su parte, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que: "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."



humano.³ Su desarrollo internacional queda sentado en el seno de las Naciones Unidas en 1966 mediante su inserción como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴

La aparición de este derecho fundamental vinculado a las labores industriales y de los trabajadores y posteriormente su inclusión en el catálogo de derechos humanos de Naciones Unidas, nos da la pauta para analizar el desarrollo de este derecho en nuestro país y, sobre todo, analizar el impacto que la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos trajo consigo para el derecho a la salud.

De ahí que las líneas que siguen tienen como propósito analizar, por un lado, la especial gestación de los derechos sociales en el constitucionalismo mexicano y, por otro, la aparición del derecho a la protección de la salud. Posteriormente, analizar el desarrollo de este derecho desde la perspectiva de su configuración jurisprudencial, con la finalidad de exponer el proceso que el derecho a la salud ha tenido desde 1917 y el impacto que tendrá con la aplicación del nuevo criterio de justicia constitucional instaurado a partir de 2011.

2. Los derechos sociales en el constitucionalismo mexicano

Iniciemos ahora con una breve exposición de las circunstancias constitucionales que precedieron a la plasmación constitucional de los derechos sociales en el texto fundamental mexicano de 1917.

Su predecesora, la Constitución de 1857, ha sido considerada como una verdadera expresión de la voluntad popular, se distingue por el reconocimiento de los derechos individuales en los cuales estuvieron presentes las ideas de igualdad y

³ La [Organización Mundial de la Salud](#) (OMS), el organismo de las Naciones Unidas especializado en salud, se creó el 7 de abril de 1948. Establece que su objetivo es que todos los pueblos puedan gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr.

⁴ Este tratado reitera el derecho de todas las personas a la seguridad social. Adicionalmente, todas las personas tienen derecho a un estándar de vida adecuado, lo que incluye alimentación, vestido y vivienda. El Convenio garantiza también a todas las personas el derecho a la mejora continua de las condiciones de vida. El desarrollo legislativo en el ámbito internacional del derecho a la salud no es propio, sino que aparece en los documentos internacionales relativos a derechos humanos, así podemos mencionar por ejemplo: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981), la Convención sobre los Derechos de los Niños (1990), el Convenio 197 de la OIT, Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes, la Convención internacional para eliminar todas las formas de discriminación racial (1969), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Carta Europea Social (1961), la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#) (2000), la [Declaración de los Derechos Humanos de El Cairo](#) (1990), la [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre](#) (1948), la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#) (1969), el [Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los derechos humanos \(Protocolo de San Salvador\)](#) (1988), la Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo (1994), la Cuarta conferencia Mundial sobre la mujer de las Naciones Unidas (1995): se afirma el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención sanitaria durante el embarazo y el parto. El Comité de Derechos ESC (2003) observa la necesidad de adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, servicios sexuales y genésicos, entre otros.

libertad. El documento establecía en el artículo 1° que "el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales".

Sin embargo, esta Carta constitucional no logró la estabilidad deseada. En 1910 se inicia la Revolución Mexicana, resultado de las lamentables condiciones económicas, sociales y políticas en el país. Los postulados de 1857 cedieron a las presiones revolucionarias de México. Así, puede entenderse que la filosofía liberal-individualista que albergara la Constitución de 1857 habría de ser cambiada por el espíritu social-liberal en consonancia con las urgentes necesidades de la época.⁵ Las modificaciones esenciales a la Constitución que los revolucionarios exigían al gobierno de Carranza implicaba convocar un nuevo constituyente encargado de realizar las modificaciones necesarias al texto de 1857, entre las que se encontraban principalmente los reclamos de la clase obrera y de los campesinos, esto es, prestaciones sociales derivadas del derecho a la seguridad social y el reparto de la tierra.⁶

Al igual que en el texto de 1857, en 1916 fue el capítulo de los derechos del hombre el que suscitó los debates más acalorados. El texto de 1917 ya no habla del reconocimiento de los derechos, sino del otorgamiento de "garantías individuales", frase que a la postre marcó la diferenciación del concepto de derechos de la persona en México.

En efecto, el marco constitucional de los derechos humanos previsto en el texto de 1917 mostraba un acentuado positivismo en virtud de que el artículo primero de la Constitución señalaba que: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

En los hechos, esta prescripción constitucional marcó la pauta para que cualquier disputa ante los tribunales federales estuviera constreñida al catálogo de derechos previstos en la Constitución, en virtud de que los derechos en ella contenidos los "otorgaba" el propio texto. Sin posibilidad para las personas de defender derechos humanos previstos en tratados internacionales, si no estaban señalados en la Constitución.

⁵ Me parece que señalar la ideología que fundamentaba la Constitución de 17 como "socialista" sería una postura radical que no reflejaría las reales condiciones del debate constituyente. La Asamblea de Querétaro habría que ubicarla en su justo medio ya que una de las características de fue precisamente tratar de conciliar la ideología liberal con los reclamos de la revolución mexicana. Creo que estas condiciones permiten hablar de una ideología mixta o social-liberal como se aprecia más adelante.

⁶ No deja de ser interesante el hecho de que el decreto que convocaba al Constituyente señalara explícitamente que dicha Asamblea se ocuparía únicamente en la discusión del Proyecto de Reformas a la Constitución de 1857. Se insiste tanto en esto que en todos los enunciados se habla a cada paso de la "Constitución reformada".



Este texto constitucional ha experimentado desde 1917 hasta la fecha múltiples modificaciones a fin de responder a los cambios políticos y sociales del país. Pero sin duda, las reformas a los preceptos sobre derechos individuales de 2001, 2008, 2010, así como la más reciente reforma de 2011 en materia de amparo y derechos humanos, presentan un nuevo giro en la conformación del marco normativo de protección de los derechos fundamentales en el país.

3. El derecho a la salud en el escenario constitucional

Desde el inicio de su vigencia, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 significó una importante contribución al derecho constitucional conocido hasta entonces, ya que amplió el ámbito de protección de los derechos individuales a través de la incorporación de los derechos sociales en el panorama constitucional mexicano.

La cuestión laboral merece especial atención. Sobre todo porque, tras las iniciales divergencias que se presentaron en torno al tratamiento de esta cuestión, se buscó la oportunidad para que los revolucionarios manifestaran los reclamos sociales que dieron origen al movimiento de 1910 y dar así cabida a un nuevo título nuevo en la Constitución en materia de trabajo.

Así, se empezó a desarrollar lo que habría de ser el artículo 123 de la Constitución. El texto se denominó “Del Trabajo y la Previsión Social”. Sin duda, los diputados dieron muestra de una clara conciencia social, ya que por vez primera en el ámbito constitucional aparecía un artículo referido específicamente a la protección del trabajador y las condiciones del trabajo.⁷

En materia de salud resalta lo relativo al trabajo de las mujeres durante el embarazo; el establecimiento de los mercados públicos; responsabilidad de los empresarios por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; cumplimiento de las reglas sanitarias mínimas⁸.

Estas obligaciones a cargo del sector patronal o empresarial trajeron consigo el desarrollo de clínicas y hospitales privados, los cuales brindaron a los obreros que pertenecían a esas fábricas atención médica, familiar, ayuda para parto, accidentes

⁷ Debemos notar que en su origen, el precepto aprobado fundamentalmente se refería a la duración de las jornadas de trabajo; disposiciones que protegían el salario, los derechos de huelga y paro así como los consejos para dirimir los conflictos entre el capital y el trabajo; coligación profesional tanto de obreros como de empresarios.

⁸ Además de otros temas relativos a la terminación del contrato de trabajo y pago de indemnización por el patrono que no sujetare las diferencias a los consejos o que no acatare los laudos; el no despido por pertenecer a un sindicato; preferencia de salarios e indemnizaciones por sobre cualesquiera otros créditos; no trascendencia de las deudas de los trabajadores a sus descendientes; bolsas de trabajo; condiciones inaceptables en el contrato de trabajo; causas de seguros populares y las sociedades cooperativas.

por enfermedad, incapacidades temporales o permanentes, entre otras. Así, veremos en Monterrey, el primer lugar en el país donde se desarrolló una rama de servicios sanitarios y de salud con la creación, en 1851, del Consejo de Salubridad del Estado de Nuevo León (Flores, 2009, p.306).

Más tarde, durante 1933-1935 se establecieron las bases de la coordinación de las labores sanitarias entre la federación y Nuevo León, lo que dio origen a las llamadas jurisdicciones sanitarias. Paralelo a esto, surgieron en las entidades del país delegaciones de salubridad que brindaron a la población este servicio.

Teniendo como base el texto constitucional de 1917 se dio la creación en 1940 del Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante, IMSS). Organismo descentralizado que otorga los servicios de salud más extenso e importante de México. En esta primera etapa, el servicio se otorgó a los empleados y sus familiares. Además de prestaciones sociales como jubilación, pensión por vejez o cesantía, incapacidades temporales o permanentes, entre otras. Posteriormente, en 1973 se reformó la ley del IMSS ampliando los servicios de salud a grupos no contribuyentes mediante mecanismos de seguridad social lo cual permitió ampliar la cobertura al medio rural y urbano marginado.

El derecho a la protección de la salud tuvo su aparición tardíamente en México. No fue sino hasta 1983, por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de enero, cuando se plasmó en el artículo 4, penúltimo párrafo, el reconocimiento de que:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

La inclusión de este derecho fundamental constituye sin duda un deber para el Estado y una potestad de exigencia para el particular. Sin embargo, el texto constitucional nos remite, para el acceso a los servicios de salud, a la ley reglamentaria (Ley General de Salud), la cual define las bases y modalidades de ese acceso.

Este año, 1983, fue un año de reformas constitucionales importantes en materia de derechos sociales y económicos en México. Por ejemplo, se estableció el



derecho a la vivienda y se señalaron las áreas estratégicas que estarían a cargo del Estado.⁹

En materia de seguridad social y protección a la salud destaca (en 1974) la reforma al artículo 123 que dispuso que las mujeres durante el embarazo no pudieran realizar trabajos que implicaran un peligro para la gestación y para su salud. Asimismo, se estableció que gozarían de un descanso previo al parto de seis semanas, aumentando con ello, las seis semanas a las que ya tenían derecho con posterioridad al parto. En este mismo rubro, se introdujo el sistema de guardería como un servicio más del Seguro Social.¹⁰

4. Las dificultades en la determinación del contenido

En general el problema de la protección del derecho a la salud tiene que ver con las dificultades que presenta este derecho en cuanto a la diversidad de su contenido, a la imprecisión que asume el concepto de salud y, sobre todo, a la especial configuración constitucional que asume.

En tal sentido, cabe preguntarse: ¿cuál es la situación de los titulares individuales o colectivos del derecho a la salud?, ¿frente a quién resultan ejercitables tales derechos?, ¿quién es el sujeto obligado? Estas preguntas y otras más resultan de interés para el tratamiento del derecho a la protección de la salud como derecho social.

Sin embargo, es relevante hacer notar aquellas voces que se han alzado para impugnar la naturaleza jurídica de tal derecho, negándole con ello, el carácter de verdadero derecho constitucional. Veamos esto con mayor detenimiento. Tanto en México como en otras latitudes, resulta ingenuo pensar que el problema de los derechos sociales es un problema exclusivamente jurídico, ya que cuando se hace referencia a estos derechos hablamos de bienes y pretensiones (justicia, igualdad, salud, educación, etcétera) que conllevan grandes dificultades para una protección efectiva.

Tal como pudo apreciarse en el recorrido histórico que se presentó líneas antes, las conquistas sociales de la revolución que se plasmaron en el texto de 1917

⁹ El texto señalaba que: "No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y demás hidrocarburos; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad, y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia."

¹⁰ El servicio de guardería fue adicionado al artículo 123 por reforma de 31 de diciembre 1974, mientras que los demás puntos que se comentan fueron adicionados por reforma del 8 de octubre de 1974.

no consistieron en deberes del Estado, salvo el derecho a la educación, sino fundamentalmente en la regulación de las relaciones entre particulares, principalmente, en materia agraria y laboral.

Esta regulación constitucional da cuenta de que los constituyentes se preocuparon por establecer las exigencias de esa época, es decir, por un lado, imponer limitaciones a los patrones, a los grandes latifundistas y a la Iglesia; y, por otro lado, constituir derechos a favor de los grupos más débiles como los trabajadores y los campesinos principalmente. Pero, sin imponer obligaciones directas de carácter patrimonial al Estado ni disponer los mecanismos necesarios de defensa para el caso de incumplimiento (Cossío, 1998, p.296).

Ahora bien, las complejidades que se presentan en México para la vigencia del derecho a la salud, como de otros derechos sociales, no obstan para desvirtuar el carácter fundamental y normativo de tales derechos. Como se ha visto, la doctrina dominante arguye que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”. Así, se ha entendido que cualquier intento de control jurisdiccional comportaría no sólo una intromisión inaceptable en las competencias presupuestarias del legislador, sino además, un vano intento de gestionar lo imposible.

La historia de los litigios ante los tribunales federales mediante el amparo nos da cuenta de la no enjuiciabilidad del derecho a la protección a la salud en nuestro país de 1917 a 2011. Por de pronto es preciso constatar que el derecho a la salud tiene una historia de protección a través de la jurisprudencia establecida por nuestros tribunales, y más concretamente, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Estas líneas pretenden dar cuenta de ella.

En efecto, el análisis que se propone a continuación es la revisión de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de salud. A partir de este análisis sería posible ver que el máximo Tribunal ha elaborado un ámbito de protección del derecho en un desarrollo histórico que tendrá implicaciones por demás relevantes a raíz de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos.

5. Relación jurisprudencial del derecho a la protección de la salud

Veamos en este apartado los principales elementos que los tribunales del país han distinguido en la configuración del derecho a la salud. Así, refiero en primer lugar, una etapa pre-constitucional (1917-1982), conformada por la jurisprudencia de la Suprema Corte bajo el concepto de salubridad general. La cual se vincula al Poder Legislativo Federal como la instancia autorizada para legislar en la materia.



En este sentido, la interpretación del Pleno del máximo tribunal se centró en definir los alcances legislativos de salubridad general de la república y fijar su alcance. Al respecto resulta interesante observar algunas tesis aisladas de 1931 y 1932 en las cuales el pleno de la Suprema Corte interpreta el sentido del artículo 73 de la Constitución al decir que “el Constituyente quiso ampliar, en cuanto fuere posible, la acción sanitaria del Poder Federal, y así estatuyó que las disposiciones del Consejo de Salubridad, serán obligatorias para todo el país; que la autoridad será ejecutiva...” y además de observancia obligatoria para todas las autoridades administrativas, especialmente “las destinadas a combatir el alcoholismo y tráfico de sustancias que enervan al individuo y degeneran la raza” (Competencia en Materia Penal, 1931).

En segundo lugar, se encuentra la etapa constitucional, es decir, el periodo a partir de 1983. Interesantes resultan las primeras tesis dictadas luego de la incorporación constitucional del derecho. Veamos.

En octubre de 1984, con motivo de la suspensión de un tratamiento médico, se señaló que “es cierto que conforme al vigente artículo 4º de la Constitución General de la República, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y al acceso a los servicios de salud, pero ello no se traduce en un derecho subjetivo a recibir en especial el tratamiento exclusivamente por el método que le fue suspendido...” (Amparo en Revisión, 1984).

Otro grupo de interesantes tesis se nos presenta entre los años 1990 y 2000. En este periodo podemos referir a aquellas relacionadas con a) el derecho a la salud en sí mismo considerado; b) la seguridad social; y c) la asistencia social.

Durante 1991 y 1992 se dictaron varias sentencias en amparo directo relativas al derecho a la salud tanto de procesados como de sentenciados. En opinión del tribunal federal se transgredió el artículo de la Constitución porque la autoridad señalada como responsable omitió en la sentencia dejar al sentenciado a disposición de la autoridad para su tratamiento. (Amparo Directo, 1992)

Lo mismo en 1995 para el caso de un procesado al cual la responsable no le proporciona atención médica necesaria y niega su traslado, se considera vulnerada su garantía. (Amparo en Revisión, 1995)

La relación entre el derecho a la salud y la seguridad social prevista en el artículo 123 de la Constitución tiene sus primeras manifestaciones en esta etapa al señalar casos relativos tanto al IMSS como al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (en adelante, ISSSTE). Del mismo modo, las primeras resoluciones en materia de igualdad del hombre y la mujer en cuanto a las prestaciones de la seguridad social las encontramos en 1989 y los años

posteriores. Resulta esclarecedora la relación entre la igualdad del hombre y la mujer ante la ley (derivada del artículo 4 de la Constitución) y el artículo 123 que dispone que los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas. Señala el Pleno de la Suprema Corte que “este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto que se impugna, no tiene fundamento constitucional, máxime que el párrafo tercero del artículo 4º de la propia Constitución establece que ‘toda persona tiene derecho a la protección de la salud.’” (Amparo en Revisión, 1989)

Finalmente, el tema de la asistencia social sigue presente asociado con la salubridad general y la responsabilidad del Estado de proporcionar asistencia social, incluida la médica, para los menos favorecidos. En esta tesis concluye diciendo que “la asistencia social es materia de la salubridad general que, esencialmente, consiste en el conjunto de acciones tendentes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva...”. (Acción de Inconstitucionalidad, 1999)

Un tercer momento, lo encontramos del periodo 2001 a 2011 caracterizado por la conceptualización de la salud como un estado de máximo bienestar integral. Así, en abril de 2003 el pleno de la Corte decidió un controvertido caso en materia de donación de órganos. En consideración de la quejosa, la Ley General de Salud priva a la población de un medio para prolongar la vida o mejorar la calidad de la misma al establecer como requisito para la donación de órganos entre vivos, que el donante tenga parentesco por consanguinidad, afinidad o civil o bien, sea cónyuge, concubina o concubinario del receptor.¹¹ La interpretación del Tribunal en Pleno determinó la inconstitucionalidad del precepto impugnado basándose en que cualquier persona que se sujete a los estrictos controles que establece la Ley General de Salud podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto que se cita.” (Amparo en Revisión, 2003)

Cuando la nueva ley del Seguro Social entró en vigor, la Corte tuvo la oportunidad de interpretar dicha legislación al controvertir su constitucionalidad

¹¹ La razón de tal vinculación, según establece la sentencia, radica “en que el legislador estableció el requisito impugnado con la única finalidad de evitar el comercio de órganos, presumiendo...” que la relación requerida implica... “un ánimo altruista o a la solidaridad humana, pues se presume que el donante no tiene ánimo de lucro.” Sin embargo, sostiene, “el requisito impugnado no constituye la única medida tendiente a evitar el comercio de órganos...” “ya que la Ley General de Salud establece todo un sistema que tiene como objetivo un control de trasplantes de órganos que se efectúan en el país... el concreto requisito contenido en la norma impugnada... no es indispensable para evitar el comercio de órganos”.



basándose en un cambio de un sistema de solidaridad y reparto a otro que descansaba básicamente en aspectos financieros y de ahorro por parte del trabajador. En este sentido, el máximo intérprete fue claro al sostener que:

“las instituciones de seguridad social constituyen un mecanismo a través del cual se puede hacer efectivo el derecho a la protección de la salud; sin embargo, ello no implica que dichas instituciones no están obligadas a prestar los servicios de salud a cualquier persona que lo solicite, pues para ello es menester satisfacer los requisitos legales....” (Amparo en Revisión, 2008a)¹²

Por último, en 2008 la Corte reitera el criterio interpretativo basado en la igualdad entre el hombre y la mujer al sostener la inconstitucionalidad del artículo 130 párrafo segundo de la Ley del Seguro Social al condicionar el otorgamiento de dicha pensión a que el viudo o concubinario acredite su dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, sin otra razón que la diferencia por cuestión de género y las económicas. Lo cual violenta las garantías de salud y de previsión social previstas en los dispositivos constitucionales señalados. (Amparo en Revisión, 2008b)

El mismo criterio siguió al analizar el artículo 152 de la ley relativa –la vigente hasta 30 de junio de 1997-, pero ahora se consideró contrario a la norma constitucional argumentando la garantía de igualdad así como la protección a la familia. Esto es así, porque la norma trasgrede el principio de protección a la familia, al no darle el mismo tratamiento legal a ambos cónyuges: “lo cual redundaría en la seguridad de evitarles soportar un perjuicio desigual e injustificado y no privarlos de un beneficio, en este caso, disfrutar sin distinción de género de los seguros a los que tienen derecho.” (Amparo en Revisión 2009b)¹³

En el ámbito de la seguridad social de los trabajadores del Estado, la cuestión es interesante también. Me referiré en primer lugar el caso de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado de Sonora, la cual impuso a los trabajadores de

¹² Esta sentencia también puede consultarse en la obra: Lucía, Beltrán y Puga y Cano López (2010, p 1392). En el mismo tema, el Pleno estableció jurisprudencia precisando el concepto de “solidaridad” como “el esfuerzo conjunto de los trabajadores y el Estado para garantizar el cumplimiento de las prestaciones constitucionales mínimas respectivas y proteger a quienes menos tienen, mediante una distribución equitativa de las cargas económicas.”... En este sentido, precisó que la ley del ISSSTE vigente a partir de 2007 atiende “... al referido principio de solidaridad social en la medida en que el sistema diseñado por el legislador ordinario garantiza el otorgamiento de prestaciones a que constitucionalmente tiene derecho todos los trabajadores para asegurar su bienestar y el de su familia, en especial, de los que obtienen menos ingresos, mediante una distribución equitativa de los recursos económicos necesarios para ello”.

¹³ Véase también: Amparo en Revisión (2007a).

nuevo ingreso o reingreso el requisito, para gozar de los derechos de la seguridad social, de acreditar que gozan de buena salud (Amparo en Revisión, 2009d)¹⁴. Aquí la Corte señaló que el precepto cuestionado vulnera el derecho a la protección de la salud en tanto que condiciona el acceso a los servicios médicos a que tienen derecho los trabajadores al servicio del Estado.

Durante los años 2007 y 2008 se observa una gran producción interpretativa desde diferentes aspectos pero todos ellos encaminados, me parece, a establecer los límites y alcances del derecho en cuestión. Así en 2007 el pleno de la Suprema Corte determinó que el artículo 226 de dicha ley que prevé la causa legal de retiro por inutilidad basada en la seropositividad a los anticuerpos contra el Virus de la Inmunodeficiencia Adquirida (en adelante, VIH) vulnera el artículo primero de la Constitución en virtud de que el precepto impugnado es inadecuado (Amparo en Revisión, 2007b)¹⁵, es desproporcional¹⁶ y carece de razonabilidad jurídica.¹⁷

En este sentido, el tribunal constitucional sostuvo que la idea de inutilidad derivada de la citada enfermedad permitiría múltiples casos en los que la merma en la salud justifique la separación inmediata del trabajo y la sustracción a los servicios de salud respectivos. En otras palabras, si se aplica este criterio, sin analizar previamente si los efectos de dicho mal le permiten o no desplegar la actividad necesaria para llevar a cabo la actividad para la cual fue contratado, nombrado o reclutado, llevaría a medidas discriminatorias y desproporcionadas.

También el 2008 vio tesis relacionadas con otros derechos fundamentales, como fueron los controvertidos casos de los derechos de los no fumadores a propósito de la Ley en la materia que emitiera la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. En ellos se objetó que la norma violentaba el artículo 5 de la Constitución en relación a la libertad de comercio, a lo que el Colegiado correspondiente apuntó

¹⁴ Para acreditar la buena salud los trabajadores se habrán de someter a un examen médico según un formato proporcionado por el propio Instituto, llenado por un médico de éste o afiliado al mismo, anexando diversos exámenes de laboratorio. Ver Amparo en Revisión (2009d).

¹⁵ Señala la tesis de jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte que la norma impugnada carece de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, por lo que es inadecuada para alcanzar la finalidad mencionada, porque la ciencia médica, reflejada en distintas directrices nacionales e internacionales, ha demostrado la inexactitud de que quienes porten dichos virus sean –per se– agentes de contagio directo y en consecuencia, individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del Ejército. Amparo en Revisión (2007b).

¹⁶ Señala la tesis: “... es desproporcional, porque el legislador, para alcanzar el mencionado objetivo, tenía a su disposición alternativas menos gravosas para el militar implicado, considerando que la legislación castrense hace posible su traslado a un área distinta, acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, como sucede con diversas enfermedades incurables.

¹⁷ “.. en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), pues bajo esa concepción habría múltiples casos en los que la merma en la salud permitiría justificar la separación inmediata del trabajo y la sustracción a los servicios de salud respectivos, sin analizar previamente si los efectos del mal le permiten o no desplegar con solvencia la actividad para la cual hubiera sido contratado, nombrado o reclutado.”



que no se quebranta la libertad de comercio en tanto que se regula el ejercicio del comercio en función de otro derecho fundamental como es la salud pública que consagra el 4 de la Constitución. (Amparo en Revisión, 2008c)

Sin duda, me parece que una de las decisiones más paradigmáticas y que define un estándar o guía para la interpretación del derecho a la salud la constituye la sentencia dictada en razón del Amparo en Revisión 173/2008 de 30 de abril de 2008 referida a la complementariedad de los tratados internacionales materia de derechos humanos con el artículo 4 de la Constitución (Amparo en Revisión, 2009c). En efecto, la tesis hace referencia a varios instrumentos internacionales entre los que se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como “Protocolo de San José”.

De estos ordenamientos se deriva, dice la tesis, que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. En congruencia con lo anterior, deduce la Primera Sala que:

“el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. [...] De ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”(Amparo en Revisión 2009a)

Aún más, en 2009 el Pleno del Tribunal Constitucional derivó del derecho a la salud un derecho fundamental a un estado integral de bienestar. Sin duda, esto es significativo porque señala límites más amplios de los hasta ahora fijados. Apunta el máximo tribunal que el derecho a la salud no se refiere únicamente al aspecto físico del individuo sino que “atento a la propia naturaleza humana, va más allá, en tanto comprende aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo.” De ahí que la garantía del goce del derecho se traduce en “obtener un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental,

emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.” (Amparo en Revisión 2009a)

En este año, 2009, la interpretación de este derecho por el tribunal constitucional mexicano marcó la pauta para resolver otros casos, por ejemplo, tratándose de la reasignación del sexo de una persona transexual se extiende el disfrute y goce del derecho a la protección de la salud en la necesidad de que se le expidan nuevos documentos de identidad para lograr el estado de bienestar general que implica el disfrute de la garantía en cuestión. El argumento es el siguiente: “sin el pleno reconocimiento de la persona que realmente es, generando una situación tortuosa en su vida cotidiana, lo que indudablemente afecta determinadamente su estado emocional o mental y, de ahí, su derecho a una salud integral.” (Amparo Directo 2008a)

También en este año se publicaron otras tesis que suponen una interpretación a este derecho desde diferentes aspectos. Por un lado, estableció que los derechos del consumidor incluyen el reclamo de daños causados a la salud por productos defectuosos. (Amparo Directo 2008b)

Por otra parte, el Pleno de la máxima instancia judicial en jurisprudencia firme de 2008 señaló que el derecho a la salud es una responsabilidad social, en cuanto que se traduce en una responsabilidad del Estado de establecer mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud. Sin embargo, el financiamiento de dichos servicios no corre a cargo del Estado exclusivamente, se trata de “una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.” (Amparo en Revisión 2008d)

También encontraremos en esta labor jurisprudencial un grupo de casos que guardan relación con la libertad de trabajo. Me refiero a las impugnaciones que se vertieron sobre el segundo párrafo del artículo 127 de la Ley General de Salud el cual establece la necesidad de que los profesionales de la salud, en este caso, los médicos, cuenten con una autorización para realizar cirugías estéticas. La Corte mexicana señaló que constituye un instrumento para asegurar y proteger a quienes reciben servicios de salud en materia de cirugías estéticas y cosméticas.” (Amparo en Revisión 2009c)¹⁸

¹⁸ En este caso, la Primera Sala dictó jurisprudencia al señalar que “el establecimiento de este requisito es una forma de garantizar el derecho a la salud, al establecer regulaciones o controles destinados a que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias para su capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en



6. La reforma constitucional de 2011 y su impacto en la protección al derecho a la salud: el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como es conocido, México vivió una de las más trascendentales y esperadas reformas constitucionales de los últimos tiempos. Me refiero a la ocurrida en junio de 2011 que trajo consigo cambios significativos en el régimen de los derechos humanos y su protección. Veamos estos cambios y su impacto en la protección a la salud en México.

En primer término, se hace referencia ahora a “Derechos Humanos y sus Garantías”. El cambio es doblemente significativo. Por un lado, porque rompe con un marcado error de técnica jurídica señalado por muchos años. Al referirse a “garantías” se alude a los mecanismos de protección, confundiendo el objeto con el instrumento de defensa. Por otro lado, la terminología es internacionalmente aceptada y de uso común para las personas.

En segundo lugar, señalemos que la reforma en su artículo primero cambia el término “otorga” por “reconoce”. Pareciera menor el cambio. Pero no lo es. Se reconocerán a todas las personas los derechos humanos reconocidos en la Constitución así como aquellos que lo estén en los tratados internacionales en los que el país sea parte.

Para los efectos del derecho a la salud esto supone una medida importante ya que los operadores jurídicos del país, principalmente, las autoridades, deberán proteger la salud en todos los aspectos a los que se refieran los tratados internacionales que México haya suscrito. El impacto que esto tendrá en la protección del derecho a la salud adquiere nuevas dimensiones que suponen un debate por demás interesante. Veamos algunos ejemplos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), aplicando la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sostenido que el derecho a la salud debe interpretarse como el máximo bienestar posible para la persona. En el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (Sentencia, 2012), dictó sentencia en 2012 señalando que el Estado había violentado el derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la vida y a la salud, debido a que Costa Rica eliminó un decreto que ayudaba a las parejas infértiles a tener procedimientos de fertilización in vitro. En pleno procedimiento médico, el decreto

donde se utilicen los medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y buen estado, tal como lo dispone el legislado ordinario en el artículo 271 de la Ley General de Salud.”

fue considerado inconstitucional y las parejas tuvieron que suspenderlo y aquellas que contaban con recursos económicos lo continuaron en otro país.

La Corte sostuvo la responsabilidad del Estado de Costa Rica basándose en la vulneración de estos derechos. En primer término, sostiene que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Por otro lado, la CIDH ha resaltado que el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido, la maternidad la entiende como parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la decisión de ser o no madre o padre incluye, en el caso que comentamos, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

En segundo término, la CIDH interpreta el derecho a la libertad en forma amplia al señalar que constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.

Es interesante como la CIDH vincula estos derechos con otro más, el derecho a fundar una familia, el cual se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Adicionalmente, recordemos otro tratado internacional firmado por México que es vinculante, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. La CIDH resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud.



Para el análisis que nos ocupa en esta investigación es relevante apuntar algunos de los impactos que esta decisión representa. En efecto, por un lado, la sentencia de la CIDH señala que los estados partes, como México, son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La misma responsabilidad será para el Estado en el caso de las omisiones en la prestación del derecho a la protección de la salud y que se traduzcan en una vulneración a este derecho.

Por otro lado, se incorporan elementos a la conceptualización del derecho a la salud, generando un concepto más amplio del que analizamos hasta hoy en día. Esto es, la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

En tercer término, la reforma constitucional mexicana introduce el principio de interpretación *pro homine*, que no es otra cosa, que el entender que las personas en nuestro país gozan de la máxima protección posible, no solo por la legalidad vigente en el país. En otras palabras, no sólo porque nuestras leyes lo señalen, sino porque este principio obliga a los juzgadores a acudir a la norma (nacional o internacional) más protectora y hacer la interpretación de mayor alcance para reconocer el derecho fundamental, o bien, aplicar la norma más restringida al hacer limitaciones a los derechos humanos.

Este cambio nos obliga como país, como autoridades, juzgadores, abogados y, en general, a todos los aplicadores jurídicos, a entender “siempre a favor del hombre” y aplicar conceptos como el de la dignidad humana. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, ha señalado que el derecho a la salud ha ampliado su ámbito al proteger a la persona que hace una operación de cambio de sexo, la cual tendrá derecho a la expedición de sus nuevos documentos de identidad, como lo son el acta de nacimiento, el pasaporte o la credencial de elector. Esto no significa otra cosa más que el Estado debe velar porque la persona goce del máximo bienestar físico, mental, emocional, para una vida plena y el libre desarrollo de la personalidad, todo ello a partir del principio de dignidad humana.

Un cuarto aspecto a considerar lo constituye, el establecimiento del control de convencionalidad que deberán realizar todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Sin duda, el tema no es sencillo, ni el reto que enfrentamos lo es menos. Especialistas en el tema coinciden en que no se trata de hacer nuevos derechos humanos, sino que estamos frente a un futuro que nos solicita una re-significación de esos derechos. Todo ello gracias a los cambios tecnológicos, a la globalización, a los avances de la ciencia y, en general, ante la comunidad nacional e internacional.

Recordemos que la dimensión histórico-cultural de los derechos humanos, cuya base es la dignidad humana, fue exaltada en el pasado, frente de batallas en luchas contra la opresión, el absolutismo y la tiranía. Hoy, en la segunda década del siglo XXI es ahora también bandera de reivindicaciones sociales, económicas y culturales. Por eso, la reforma constitucional no nos dio nuevos derechos humanos, son los mismos, pero con una plataforma constitucional e internacional que nos debe impulsar, -y lo hará-, a generar una progresiva ampliación de sus significados, acorde con los tiempos. Con los presentes y los futuros, sean cuales sean los significados que se le den.

7. Consideraciones finales

1. Se puede observar la presencia de factores que confluyen en la configuración y alcance de la protección judicial del derecho a la salud. Así, la reforma constitucional permitirá la protección de derechos colectivos, unido al reconocimiento de la figura de omisión de las autoridades, serán, sin duda, medidas importantes para la protección del derecho a la salud.
2. Puede observarse que durante décadas la fórmula de “deferencia al legislador democrático” ha predominado a través del respeto irrestricto a la división de poderes. En tal sentido, me gustaría precisar la fuerza vinculante de los derechos humanos por medio de la interpretación del derecho a la salud vinculado con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, la familia, el derecho al trabajo, entre otros.
3. Esta situación, desde luego, no ofrece una esperanza mejor a la situación que hoy en día guarda el derecho a la salud en México ya que la satisfacción del derecho supone decisiones en otros ámbitos como políticas públicas, legislativas, ejecutivas y, desde luego, jurisdiccionales.
4. Advertidas las debilidades, sin embargo, la idea es avanzar en las posibilidades de fortalecer o crear, en su caso, las técnicas para proteger la salud en México. La tarea se extiende a toda la población, sobre todo, los grupos vulnerables, personas mayores, indígenas y las diferencias marcadas por género y pobreza.



Esta tarea, desde la perspectiva de esta investigación, sería el reto que tiene hoy la cultura jurídica del país respecto al derecho a la salud.

8. Bibliografía

Libros y Artículos

- COSSÍO DÍAZ, J.R. (1998), “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en Rabasa, Emilio (Coordinador), Ochenta años de vida constitucional en México, UNAM-Cámara de Diputados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
- FLORES, O., (2009), Monterrey, origen y destino, Municipio de Monterrey, tomo V, vol. I, México.
- LUCIA S., T.N.J, BELTRÁN Y PUGA, A.L., CANO LÓPEZ, L. M. (Compiladores) (2010), Los derechos humanos en la actividad jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, tomo II, pp. 1453-1455.

Sentencias judiciales

- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1999) 1/99. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 02 de septiembre de 1999. Fuente: Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, septiembre 1999, tesis P./J. 83/99, p. 614. Registro IUS: 193373.
- AMPARO DIRECTO (1992) 1468/92. Verónica González Alcantara. 14 de agosto de 1992. Fuente: octava época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tesis de jurisprudencia I.2.P./J/44, p. 43. Registro IUS 218404.
- AMPARO DIRECTO (2008a) 6/2008. 06 de enero de 2008. Fuente: Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, diciembre 2009, tesis P.LXXX/2009, p. 6. Registro IUS: 165825.
- AMPARO DIRECTO (2008b) 671/2008. Fernando Spinola Contreras. 11 de diciembre de 2008. Fuente: Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, febrero 2009, tesis I.7º.C.55K, p. 1850. Registro IUS: 167938.
- AMPARO EN REVISIÓN (1989) 666/89. María Auxilio Solórzano de Huerta. 14 de junio de 1989. Fuente: octava época, Semanario Judicial de la Federación, tomo III, primera parte, enero a junio de 1989, tesis LIII/89 p. 201. Registro IUS: 205982.
- AMPARO EN REVISIÓN (1995) 56/96. Teresa Juárez Hernández, como representante de su hijo Pedro Solís Juárez. 15 de noviembre de 1995. Fuente: Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, diciembre de 1995, Tesis VI.2º.37P, p. 547. Registro IUS: 203666.
- AMPARO EN REVISIÓN (2003) 115/2003. José Roberto Lamas Arellano. 08 de abril de 2003. Fuente: novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVIII, agosto de 2003, tesis P.IX/2003, p. 54. Registro IUS: 183374.
- AMPARO EN REVISIÓN (2007a) 395/2007. Miguel Aguilar Cardona. 04 de julio de 2007. Fuente: novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, enero de 2008, tesis 1ª. CCLVI/2007, p. 426. Registro IUS: 170443.

- AMPARO EN REVISIÓN (2007b) 307/2007. 24 de septiembre de 2007. Fuente: novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 131/2007, p. 12. Registro IUS: 170590.
- AMPARO EN REVISIÓN (2008a) 229/2008. Rosa Carmina Barrera Salinas y co agraviados. 19 de junio de 2008. Fuente: novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, octubre 2008, tesis P./J. 109/2008, p. 8. Registro IUS: 168658.
- AMPARO EN REVISIÓN (2008b) 664/2008. Abraham Carranco Sánchez. 17 de septiembre de 2008. Fuente: Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, febrero de 2009, tesis 2ª.VI/2009, p. 470. Registro IUS: 167886.
- AMPARO EN REVISIÓN (2008c) 361/2008. WINSA, S. A. el 08 de octubre de 2008. Fuente: novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, mayo de 2009, tesis I.150.A.132A p. 1093. Registro IUS: 167212.
- AMPARO EN REVISIÓN (2008d) 229/2008. Rosa Carmina Salinas y co-agraviados. Fuente: Novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, octubre 2008, tesis P./J.136/2008, p. 61. Registro IUS: 168549.
- AMPARO EN REVISIÓN (2009a) 6/2008. 06 de enero de 2009. Fuente: novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 6. También se puede consultar en el IUS con el registro 165826.
- AMPARO EN REVISIÓN (2009b) 1147/2008. Antonio Jacobo Morín. 28 de enero de 2009. Fuente: novena época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, septiembre de 2009, tesis 1ª.CXXV/2009, p. 462. Registro IUS: 166276.
- AMPARO EN REVISIÓN (2009c) 173/2008. 30 de abril de 2009. Fuente: Novena época, Semanario Judicial de la Federación, tomo XXIX, abril de 2009, tesis 1ª./J: 44/2009. Registro IUS: 167367
- AMPARO EN REVISIÓN (2009d) 44/2009. 18 de marzo de 2009. Fuente: novena, época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, mayo de 2009, p. 95. Registro IUS: 167172.
- COMPETENCIA EN MATERIA PENAL (1931) 20/31. Entre los jueces Segundo de Distrito de Chihuahua y de Primera Instancia de lo Penal del Distrito de Bravos. 25 de mayo de 1931. Unanimidad de once votos. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XXXII, mayo 1931. Registro de la tesis en IUS: 279393.
- SENTENCIA (2012), de 28 de noviembre, Caso Artavia Murillo y otros(Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf





La justificación de la pena

Leo Zaibert
Union College, New York
zaibertl@union.edu

Resumen

La aproximación tradicional al problema de la justificación de la pena adolece de una exagerada estrechez axiológica. La preocupación central ha siempre girado en torno a si la pena en esta o aquella ocasión es permitida o no. No hay duda de que este es un problema importante, pero no es el único problema. Penas que es permisible imponer pueden ser indecentes o repugnantes – y el análisis de estas importantes características es imposible dentro de la estrecha aproximación tradicional.

Palabras clave

Pena, retribucionismo, consecuencialismo, axiología, normatividad, ética.

Justification of punishment

Abstract

The traditional approach to the problem of the justification of punishment suffers from an exaggerated axiological narrowness. The central concern has always surrounded the question as to whether or not a certain punishment is permissible. There is no doubt that this is an important problem, although it is not the only problem. Punishments that we may be permitted in inflicting can also be indecent or repugnant – and the analysis of these important characteristics is impossible from the perspective afforded by the overly narrow traditional approach.

Keywords

Punishment, Retributivism, Consequentialism, Axiology, Normativity, Ethics.

1. La pena y sus justificaciones tradicionales

La pena, por definición, supone algún malestar, algún dolor, alguna privación, algún pesar –supone, en fin, algún tipo de sufrimiento, en sentido lato– para el penado. Por supuesto, puede ocurrir que la prisión, por ejemplo, no represente ningún tipo de sufrimiento para algún penado; pero en la gran mayoría de los casos las penas no sólo suponen, en teoría, este sufrimiento, sino que lo acarrea efectivamente en la práctica. (Qué hacer en aquellos casos en los que la “pena” no resulta en lo absoluto desagradable para el condenado constituye un problema esencialmente político: calibrar las penas muy específicamente puede resultar engorroso en virtud de las implicaciones iliberales –de hecho, Orwellianas– de tal proyecto.)

Independientemente de las vicisitudes relativas a si el sufrimiento que la pena supone en teoría se materializa en la práctica, resulta obvio que la tarea justificativa con respecto a la pena es en cualquier caso ardua. No es sencillo explicar porqué puede el Estado estar justificado para causar sufrimiento a persona alguna. No hay duda de que el hecho de que el penado ha cometido un crimen facilita dicha justificación, pero tampoco hay duda que esta facilitación es meramente parcial. Es por ello que el problema de la justificación de la pena –después de siglos de debate– continua siendo activamente debatido.

En esencia, históricamente el debate ha enfrentado a dos corrientes de pensamiento. Por un lado encontramos a los “consecuencialistas”, quienes consideran que la pena se encuentra justificada cuando la misma supone la reducción de sufrimiento aguas abajo. Es decir, si bien el sufrimiento que la pena acarrea, como tal, es evidentemente algo lamentable, hacer sufrir al penado a cambio de evitar mucho sufrimiento, del penado mismo pero mucho más potencialmente de cualquier inocente miembro de la comunidad, dicho contrapeso inclina la balanza, y en efecto justifica la pena. Ejemplos tradicionales de las consecuencias que la pena potencialmente acarrea incluyen la prevención, y ésta es a su vez el resultado de la disuasión (es de suponer que tanto el penado mismo, como la población en general, temen la pena, y no querrían actuar de manera tal que se hiciesen merecedores de la misma); de la incapacitación (el penado, en virtud de la pena, se encuentra por un tiempo inhabilitado para cometer delitos –excepto con respecto a sus compañeros de prisión); de la educación (en el sentido de que la pena en sí misma constituye una enseñanza, tanto para el penado como para la población en general: el estado, a través de la pena, comunica mensajes pertinentes con respecto a los valores de la sociedad). Por el otro lado encontramos a los retribucionistas, quienes consideran que la pena está justificada en cuanto es merecida. El penado ha hecho algo que lo hace merecedor de la pena, y esto es, en algunas versiones de esta teoría, suficiente para la justa aplicación de la pena. El retribucionista no está en lo absoluto opuesto a las consideraciones preventivas que preocupan a los consecuencialistas, es sólo que no considera que ellas sean cruciales a la hora de justificar la pena. Si la pena que se inflige por merecida además resulta que contribuye a la prevención del delito, pues mejor aún; pero si la pena es merecida, ha de aplicarse incluso si no previene delitos futuros.

En virtud de los aspectos atractivos en ambas corrientes de pensamiento, no ha de sorprender que considerable energía haya sido puesta al servicio de buscar alguna manera de combinar coherentemente ambas corrientes. Sin embargo, esta búsqueda ha sido infructuosa. Las teorías eclécticas han resultado un fracaso: algunos resultados satisfacen a los consecuencialistas pero no a los retribucionistas, mientras que otros satisfacen a los retribucionistas, pero no a los



consecuencialistas¹. Aunque este fracaso ha sido a veces estruendoso, no debería de sorprender a nadie. En cierto sentido ésta no es más que una manifestación del mismo tipo de fracaso común a nivel de las teorías éticas generales, en donde resulta sumamente difícil combinar los aspectos atractivos del utilitarismo con los aspectos atractivos de la deontología. Es decir, a pesar de que sintamos atracción por aspectos pertenecientes a cada una de estas teorías generales, combinar coherentemente estos aspectos es sumamente difícil. Más aún, así como al nivel de teorías éticas generales ha habido un cierto renacer de las éticas de la virtud –como modo de superar el binario debate entre el utilitarismo y la deontología–, también en el ámbito de la justificación de la pena ha habido un “giro aretaico”, aún cuando los proponentes de este giro en materia penal han hecho énfasis en aspectos relativos a la culpabilidad (por ejemplo: sugiriendo que debemos atender a estados mentales de los defendidos no tradicionales), y no tanto con respecto a la materia relativa a la justificación de la pena en particular.

2. Complicaciones (y reformulación) del debate tradicional

Es conveniente aclarar algo acerca de la relación entre los debates éticos en general y los debates particulares sobre la justificación de la pena. Tradicionalmente se ha sugerido que el retribucionismo es, en cuanto a la justificación de la pena, la posición obligada para adherentes de la deontología como posición ética general, y que el consecuencialismo, a su vez, no es más que la posición que, en cuanto a la justificación de la pena, los utilitaristas se ven obligados a adoptar. Sin negar que estas correlaciones en efecto recogen atinadamente ciertas tendencias y semejanzas, es importante acotar que se puede ser utilitarista a nivel general y retribucionista en cuanto a la justificación de la pena, y se puede ser también deontológico a nivel general y consecuencialista en cuanto a la justificación de la pena.

Una vez hecha esta acotación, de inmediato surge un problema adicional: se ha tornado cada vez más difícil establecer cuál es la diferencia entre el retribucionismo y el consecuencialismo. Por supuesto, el germen de la distinción es claramente discernible en lo ya dicho: al retribucionista le interesa determinar si el penado merece la pena, mientras que al consecuencialista le interesa determinar las posibles consecuencias positivas de ejecutar la pena. Pero ya que puede haber retribucionistas a quienes les interese elementos diferentes al merecimiento, y también “consecuencialistas” a quienes les interese el merecimiento, la distinción a veces puede tornarse turbia. Pero el mero hecho de que haya expresado cierto escepticismo acerca de la posibilidad de que el “consecuencialista” reconozca al merecimiento como un elemento a tomar en cuenta a los efectos de la justificación de la pena apunta hacia una manera relativamente clara de establecer la distinción que nos ocupa.

El camino que nos lleva hacia una distinción clara entre retribucionismo y consecuencialismo pasa por advertir acerca de los embrujos de una de las variantes espurias de eclecticismo. La variante en cuestión fue hecha famosa, de manera más o menos simultánea, por Anthony Quinton y por John Rawls², y fue luego en esencia repetida por muchos otros autores. La versión de Quinton es quizás la más clara, y será la que usaré como ejemplo. Quinton sugirió que en realidad nunca ha habido una oposición entre el consecuencialismo y el retribucionismo, pues, en rigor, el retribucionismo jamás ha debido entenderse como una posición ética (o normativa). Para Quinton, el retribucionismo no es más que la insistencia en que la pena sólo

¹ Véanse las referencias en Leo Zaibert (2006), especialmente pp. 10-15.

² Véase Rawls (2001) y Quinton (1954).

puede considerarse para el culpable: es una tesis semántica o lógica. Por ello, en su opinión, el retribucionismo puede –o más bien deb– coexistir con consideraciones consecuencialistas: cuando deliberamos acerca de si alguna pena ha de ser ejecutada, en primera instancia la pregunta invita a una respuesta retributiva (¿es la persona efectivamente culpable?) pero en segunda instancia, la pregunta invita a una respuesta esencialmente consecuencialista (¿cuáles son las consecuencias positivas de castigar a una persona?). Obviamente, dudo que exista un retribucionista que se sienta reflejado en semejante caricaturesca descripción de su posición: insistiría, por supuesto, en que su posición es normativa, y no meramente semántica o lógica.

Aún dejando de lado esta errónea estrategia, resulta sin embargo claro que existe una asimetría entre el ecumenismo del retribucionismo y lo restrictivo del consecuencialismo. En esto, más que en ninguna otra consideración, radica la diferencia esencial entre ambas aproximaciones. El retribucionista reconoce que muchas cosas pueden ser importantes a los efectos de justificar la pena; no cabe duda de que el retribucionista presta especial atención al merecimiento, pero éste no es más que un elemento entre (potencialmente) muchos otros. En contraste, el consecuencialista, sorprendentemente, se niega a aceptar que el merecimiento posee importancia alguna. Al consecuencialista lo motiva una sola consideración: la reducción del sufrimiento en el mundo: en tanto la pena supone sufrimiento, la única manera en la que el consecuencialista puede tolerarla es si la misma tiende a reducir más sufrimiento del que ella misma acarrea. En otras palabras, la incesante preocupación por disminuir el sufrimiento le impide al consecuencialista reconocer el valor de cualquier otra consideración.

Aunque el diagnóstico relativo a la estrechez axiológica del consecuencialismo ofrece una valiosa contribución –esto es, permitirnos distinguir de manera clara las dos justificaciones tradicionales– sus implicaciones van todavía más allá. Aún cuando evidentemente menos que el consecuencialismo, el retribucionismo también se muestra algo deficiente en cuanto a la importancia de un análisis verdaderamente rico en términos axiológicos. Ciertamente, como hemos visto, el retribucionismo admite al menos un elemento que el consecuencialismo rechaza: el merecimiento. Pero esto no es suficientemente; desde otro punto de vista, desde un punto de vista metodológico, el retribucionismo es casi tan culpable como el consecuencialismo de una suerte de miopía axiológica. En otras palabras: es la aproximación jurídico-filosófica tradicional al difícilísimo problema de la justificación de la pena –bien sea retribucionista, consecuencialista, o ecléctica– la que manifiesta esta miopía.

La miopía consiste en asumir que el problema estriba simplemente en establecer en qué casos la pena está justificada –y en asumir que la justificación es un asunto relativamente unidimensional (y, por ende, relativamente sencillo)–. En esencia, decir que tal o cual conducta se encuentra justificada, significa decir que tal conducta es permitida; y decir que tal o cual conducta es injustificada, significa decir que la misma está prohibida. Con respecto a la pena, entonces, los debates tradicionales versan sobre cuándo (y por qué) es o no permisible imponer la pena.

3. La necesidad de una expansión axiológica

No hay duda de que la elucidación de cuándo y por qué la pena es permisible es un importantísimo asunto. Tanto así que podría entonces el lector quizás albergar cierto escepticismo acerca de mis motivos para referirme al enfoque tradicional como “miope”. Pero no hace falta escudriñar demasiado para entender mis razones. El hecho de que la preocupación tradicional sea –como en efecto es– importante, no



menoscaba la existencia de otros valores que también son importantes. Y es en virtud de su indiferencia con respecto a estos otros valores, en virtud de su obsesivo énfasis en la binaria distinción entre lo permitido y lo no permitido, que sugiero que la aproximación jurídico-filosófica tradicional es miope.

Resulta útil comparar esta miopía con lo que sucede en otras áreas más generales de investigación normativa. Por ejemplo, en materia de filosofía política, aun Rawls –cuyo interés por el problema de la justicia es innegable– reconoce abiertamente que la justicia es la “virtud *primera* de las instituciones sociales”: dejando en claro que obviamente existen otras virtudes. De hecho, inmediatamente después de afirmar la primacía de la justicia, Rawls establece una analogía con respecto al rol de la “verdad en los sistemas de pensamiento” (Rawls, 1999: 3). Pues así como en la evaluación de sistemas de pensamiento, la elegancia, la belleza y la profundidad (por mencionar algunos otros) son valores que coexisten con el de la verdad –e incluso que pueden en algún caso u otro ser aún más importante que ésta– valores diferentes al de la justicia coexisten en el análisis completo de las instituciones políticas. Más aún, como bien apunta Adam Swift, “la cosa se pone interesante” precisamente cuando el valor de la justicia y alguno de estos otros valores entran en conflicto (Swift, 2006: 19). Swift nos recuerda la escena final de la versión cinematográfica de *El tercer hombre* de Graham Greene, en la que Orson Welles compara a Suiza y a la Florencia de los Borgia: mientras que Florencia era salvaje y violenta, sin mayor justicia social, sin embargo nos legó el renacimiento. Suiza, en contraste, era pacífica y fundamentalmente justa, y lo que nos legó fue el Reloj Cucú. No es necesario adoptar posiciones románticas estridentes y sugerir que la justicia es un valor menor; quizás es, como afirma Rawls, el más importante de los valores, lo único que hace falta es reconocer que no es el *único* valor.

En el campo de la filosofía moral, el pluralismo axiológico es aún más evidente. Muy pocos piensan que la ética ha de modelarse siguiendo las líneas de una lógica deóntica, en la que fáciles dicotomías modales solucionan (o evaporan) los problemas: evidentemente, si algo está prohibido, quiere decir que no está permitido, si algo no está prohibido, quiere decir que está permitido, etc. La ética es mucho más compleja, y nos obliga a confrontar problemas de sumamente difícil resolución, problemas que van al meollo mismo del sentido de la vida. De nuevo: no es que las relaciones lógicas entre lo permitido y lo prohibido no tengan importancia, es sólo que no son lo único que importa. Aún quienes se niegan a reconocer mucha variedad en el ámbito de los valores éticos propiamente dichos, no suelen negar que los valores éticos pueden entrar en conflicto con otros valores, como los valores estéticos, por ejemplo, y que no está en lo absoluto claro que los valores éticos deban siempre imponerse en estos conflictos.

En notorio contraste, las aproximaciones tradicionales a la justificación de la pena se han asemejado, en lo que respecta a su pobreza axiológica, a la lógica deóntica: si esto o aquello ocurre (si la pena es merecida, o si promete ser preventiva, o si transmite tal o cual mensaje, etc.) entonces la pena debe ser impuesta, si esto o aquello no ocurre, pues entonces no debe ser impuesta. Quizás la mas extrema manifestación de esta pobreza axiológica viene dada por la importación del sumamente popular modelo de los “trolley problems” (los problemas del mal menor) a la discusión de la justificación de la pena. Pues así como hay casos en los que lo éticamente correcto es matar a una persona inocente para salvar a 5 (o a 50, o a 500, etc.), a veces debemos imponer penas, a los efectos de salvar a personas inocentes. Este gambito en efecto combina la pobreza axiológica que he ya diagnosticado con algunos de los bien estudiados excesos tradicionales del utilitarismo: en efecto convirtiendo al problema de la justificación de la pena en

una ocasión para desplegar una particularmente miope versión del consecuencialismo.

Allen Wood comenta sobre la reacción que una galardonada novelista (sin credenciales filosóficas) tuvo al momento de enterarse de la existencia de estos “trolley problems”. Exageradamente, sin duda, pero también con más justificación de la que podría pensarse de buenas a primeras, Dorothy Allison expresó su opinión con respecto a que el mero hecho de contestar las preguntas generadas por este tipo de ejercicio intelectual es, en sí mismo, inmoral (Wood, 2013: 66 y ss.). La “inmoralidad” estriba, en su opinión, en aceptar entablar conversaciones éticas en contextos tan problemáticamente escuetos; la vida real es sumamente compleja –y compleja en maneras que este tipo de escenarios son incapaces de capturar-.

Dos tipos de complejidad, en particular, merecen ser mencionados. Por una parte tenemos la complejidad concerniente a la inmensa cantidad de detalles acerca de los participantes en este tipo de situaciones. A los efectos de asegurarnos que el caso es útil como ejercicio intelectual, debemos abstraer todo tipo de detalles (pues todos son “irrelevantes”) respecto a las cosas que han hecho o dejado de hacer los participantes en estas historias –y esta abstracción cubre tanto a las víctimas (potenciales y actuales) como a los perpetradores-. El valor de las vidas humanas no es cuantificable de manera sencilla (si es que acaso de manera alguna). Pero por otra parte este tipo de aproximación es demasiado limitada en el sentido de que evita la investigación en cuanto a cómo los participantes –especialmente los perpetradores– han de sentirse *después* de haber hecho lo que suponen hacer. Es de evidente importancia normativa conocer cómo se siente alguien después de sacrificar a una persona a los fines de salvar a otras; cómo se siente ese alguien, esto es, aún si está justificado en haber hecho lo que hizo. Este tipo de consideraciones nos permiten hacer juicios acerca de la catadura moral de las personas, de su consistencia, de su decencia, y de su “integridad”, para usar el concepto que en este contexto hizo famoso Bernard Williams³.

Lo mismo es cierto en el caso de la pena: demasiadas aproximaciones al tema son, normativamente hablando, terriblemente restrictivas. Ciertas penas pueden ser simultáneamente justificadas y repugnantes. Un gobierno que inflige ciertas penas –aún si las mismas están justificadas– puede ser un gobierno con pobre catadura moral, con poca consistencia, decencia e integridad. Estas características no son meras irrelevancias que podemos echar a un lado (y la única manera de tomarlas en serio es encarar el difícil problema de la justificación de la pena con un horizonte axiológico más amplio). Es probable, además, que tomar estas consideraciones más en serio de lo que hemos solido, facilite avances considerables en nuestros esfuerzos por esbozar una teoría acerca de la justificación de la pena que no adolezca de las fallas habituales.

Bibliografía

- QUINTON, A. (1954), “On Punishment”, *Analysis*, 14, pp. 133-142.
 RAWLS, J. (1999), *A Theory of Justice* (revised edition), Harvard University Press, Cambridge, MA..
 RAWLS, J. (2001), “Two Concepts of Rules”. En: FREEMAN, S. (ed.), *John Rawls: Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., pp. 20-46.
 SWIFT, A. (2006), *Political Philosophy: A Beginners' Guide for Students and Politicians*, Polity Press, Cambridge.

³ Véase Williams (1973), 108 ff., y *passim*.



- WILLIAMS, B. (1973), "Integrity". En: SMART, J.J.C and WILLIAMS, B., *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 108-118.
- WOOD, A. (2013), "Humanity as and End in Itself". En: PARFIT, D., *On What Matters*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, pp. 58-82.
- ZAIBERT, L. (2006), *Punishment and Retribution*, Aldershot: Ashgate.



Antecedentes penales¹

Elena Larrauri

Universitat Pompeu Fabra

elena.larrauri@upf.edu

Resumen

A pesar de los pocos estudios existentes en la academia española acerca de los antecedentes penales, existe la creencia generalizada de que poseer antecedentes puede comportar importantes consecuencias para el futuro laboral de la persona y para el ejercicio de sus derechos. Esta voz se ocupa de los efectos que tienen los antecedentes penales en las posibilidades de reinserción de las personas, teniendo en cuenta quiénes pueden solicitarlos, la publicidad de los mismos y su cancelación.

Palabras clave

Antecedentes penales, intimidad, discriminación, reinserción.

Criminal Records

Abstract

Though the lack of specific studies it is a widespread assumption in Spain that having a criminal record may entail lowering the opportunities of employment and eventually affect other human rights. This article focuses on the effects that criminal background checks have for the right to privacy and social reintegration. It contrasts the North American view with the European on publicity, erasure of criminal records, and criminal background checks by employers.

Keywords

Criminal Background Checks, privacy, discrimination, rehabilitation.

¹ Este estudio se ha desarrollado fundamentalmente con el profesor James B. Jacobs, Warren E. Burger Professor of Law de la New York University - School of Law. La investigación forma parte del proyecto *Supervisión en la comunidad: intervención en la fase de ejecución de las sentencias. Especial énfasis en la violencia de género*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO, DER2012-32150), y *La regulación de los antecedentes penales: su efecto en el acceso al mercado laboral de los jóvenes* (RecerCaixa 2013).

Introducción

El tema de los antecedentes penales no ha sido objeto de excesiva atención en la doctrina penal española². Sin embargo, existe una presunción generalizada de que el hecho de poseer antecedentes puede comportar importantes consecuencias para el futuro laboral de la persona y para el ejercicio de sus derechos cívicos o familiares, constituyendo una “pena invisible” que debe sumarse a la pena impuesta (Mauer y Chesney-Lind, 2002). El impacto que puedan tener los antecedentes penales para la futura reinserción de la persona depende de diversas variables: ¿Son públicos? ¿En cuántas ocupaciones o empresas se piden los antecedentes? ¿Se cancelan?

1. Publicidad de los Antecedentes Penales

Una de las variables que previsiblemente afecta a la importancia que los antecedentes penales tienen para la reinserción de las personas es la publicidad que se realiza de los mismos. Para una persona el estigma perpetuo de “delincuente” y tolerar la publicidad de su condena, como una marca, disminuyen considerablemente sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad. No obstante, mantener la condena en secreto quizás reduce la eficacia de la prevención de la pena y pone en peligro a las personas y a las organizaciones, que podrían eventualmente convertirse en víctimas de individuos que han demostrado tener una cierta propensión a la criminalidad.

La discusión y decisión acerca de si la información sobre los antecedentes penales debería ser accesible requiere ponderar los límites de la libertad de expresión, la transparencia judicial y la prevención de la pena, con la protección de la intimidad y la rehabilitación. Además de la ponderación de estos derechos y principios deberá considerarse que en la actualidad, el avance de las tecnologías dificulta el control de la difusión de la información sobre las condenas.

Los dos modelos más alejados son probablemente el modelo vigente en Estados Unidos y el existente en España (Jacobs y Larrauri, 2012). La mayoría de los estadounidenses asume por ejemplo que un banco debe ser capaz de averiguar si un aspirante a trabajar en el mismo ha sido previamente condenado por malversación de fondos o robo. Asimismo, consideran una irresponsabilidad que los encargados de una escuela no supieran si el aspirante a ser el conductor del autobús ha sido previamente condenado por conducir ebrio o por conducción temeraria, y, del mismo modo, los estadounidenses reconocen el derecho de los padres a saber si una posible futura niñera ha sido condenada por un delito sexual contra niños o cualquier otra infracción penal que pudiera ser relevante para su decisión de dejar a sus hijos con esa persona. Las “leyes Megan” son un claro ejemplo a nivel estatal de esta decisión de publicar los antecedentes penales. Estas leyes exigen que los funcionarios del gobierno publiquen en una web los nombres, las fotos y las condenas penales de todas las personas que hayan cometido delitos sexuales.

Por el contrario, España, al igual que otros países de la Europa continental, reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor, que protegen al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares. La Constitución española (art.120) y el Tribunal Constitucional reconocen el derecho a un juicio

² Con la notable excepción de dos excelentes libros Grosso Galván (1983) y Bueno Arús (2006).

público pero no derivan de ello el acceso de los particulares a las sentencias ni la publicidad íntegra de todas las sentencias. Es más, a los juristas españoles les parece absolutamente criticable la idea de que la prevención y disuasión del delito pueda alcanzarse por medio de la vergüenza y la deshonra pública. En consecuencia, el Registro Central de Penados (RCP) sólo puede comunicar información sobre los antecedentes penales de una persona a los jueces, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y al particular interesado. Por otra parte, los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública. Incluso las sentencias publicadas de los Tribunales protegen la privacidad del acusado encubriendo su nombre real, y cambiándolo por otro ficticio.

A ello debe finalmente sumarse las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, en las que se ha negado que las sentencias judiciales sean datos públicos. Así por ejemplo puede observarse en la STS, 3^a, 26.6.2008, en la que el Director de la Policía presentó una queja ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) porque la Asociación Contra la Tortura publica en su página web una lista de los nombres de guardias civiles, policías y políticos que han sido procesados o condenados por torturas. La lista incluye además del nombre, su situación en relación con la denuncia, el lugar de los hechos, la fecha y la identificación del caso. La AEPD consideró que con la publicación de esta lista, la Asociación infringe la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). La AEPD afirma que (i) la información publicada en la página web constituye un archivo con datos personales, (ii) la totalidad de los datos no proceden de fuentes accesibles al público, (iii) las sentencias penales no son públicas, y (iv) los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas solo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, multó a la Asociación y ordenó retirar tal información de la página web.

2. Discriminación laboral y Antecedentes Penales.

De acuerdo a investigaciones realizadas se sabe que en los Estados Unidos entre un 50% y un 80% de los empresarios revisa los antecedentes penales de los aspirantes a un puesto de trabajo (Blumstein y Nakamura, 2009). Esta comprobación ("*criminal background checks*") se realiza en ocasiones porque lo exige la ley y en otras de forma voluntaria, pues para muchos empresarios es una forma de valorar la aptitud laboral de las personas y en especial de minimizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse por los daños y delitos realizados por los empleados ("*negligent hiring*").

A lo largo de su historia, los norteamericanos han estado profundamente preocupados con la discriminación racial, religiosa o de género, pero en cambio han tratado la discriminación que se produce con base en los antecedentes penales como una discriminación perfectamente lícita. Sólo se ha cuestionado la discriminación basada en los antecedentes penales cuando se ha creído que ella constituye un pretexto para esconder la discriminación racial. Debido a que los afro-americanos tienen más probabilidades de ser detenidos y condenados, una política que permita no contratar a los ex-ofensores produce un impacto mucho mayor en este colectivo. Por esto, muchos Tribunales exigen que los empresarios justifiquen que hay una "necesidad laboral" ("*business necessity*") para que puedan negarse a contratar a una persona con antecedentes penales. Sin embargo, los Tribunales han admitido frecuentemente que, en efecto, existe una "necesidad laboral".

En los Estados Unidos la discriminación laboral con base en antecedentes penales se contempla como una opción racional y normal. Las condenas son vistas como el reflejo de un determinado carácter y como el pronóstico de un



comportamiento futuro. Los empresarios creen que una condena previa -y especialmente varias condenas previas- son un indicador de un posible mal comportamiento futuro. Aunque cada Estado de EEUU tiene su propia regulación y por tanto hay una gran diversidad de leyes, en general los empresarios de ese país tienden a discriminar de forma habitual a las personas con antecedentes penales o incluso policiales. Ellos creen que esa es una decisión no sólo racional sino además perfectamente legítima debido a que las personas que han sido condenadas o detenidas son menos fiables, menos honestas y eventualmente más peligrosas.

En general entonces los empresarios pueden negarse a contratar, o pueden despedir, a los solicitantes o trabajadores con antecedentes penales. Pero además cada Estado tiene leyes que exigen específicamente esta discriminación, que prohíben que personas con antecedentes penales trabajen en cientos de posiciones del sector público o privado: policía, seguridad privada, hospitales, educación, cuidado de niños, barberías, funerarias, etc. Si bien algunas de estas leyes reflejan el temor de que los ex ofensores puedan delinquir contra la empresa o el público, otras fueron aprobadas como resultado de presiones que realizó el lobby de una determinada profesión y que pretendía en realidad evitar una posible competencia laboral. En Estados Unidos está criminológicamente demostrado que el hecho de *tener antecedentes penales aumenta por sí mismo la dificultad de acceder al mercado laboral*. Como afirma Pager (2003) los Antecedentes Penales son una nueva forma de estratificación social y constituyen un estigma certificado por el propio Estado. La investigación que realiza Pager con pares idénticos de personas (*matched*) ofrece resultados como estos: de los pares compuestos por personas blancas, el sujeto que no tenía AP (antecedentes penales) recibió 34 llamadas para incorporarse a un trabajo y el que sí tenía, 17. Así pues, *los AP disminuyen en un 50% las oportunidades laborales*. En el caso de los pares compuestos por personas negras, al que no tenía AP lo llamaron 14 veces, y 5 veces a los que tenían AP. Es evidente que los antecedentes penales multiplican su efecto discriminador cuando se suman a la raza (y no deja de ser sorprendente que las personas negras sin antecedentes fueran llamadas menos veces que las personas blancas con antecedentes).

En comparación con esa perspectiva norteamericana, España no parece estar excesivamente preocupada por el tema del impacto de los antecedentes penales en la reinserción laboral. Como quizás es conocido, una persona que tiene antecedentes penales no puede optar -por lo menos mientras aquéllos no sean cancelados-, a determinados empleos. En consecuencia, aun cuando la persona ha cumplido ya la condena, su reintegración plena a la sociedad no se produce en numerosos casos por imperativo legal. Debemos recordar que el Registro Central de Penados no es un registro público, no obstante determinados organismos estatales tienen acceso al mismo y el particular puede también solicitar un certificado de antecedentes penales.

En términos genéricos en España se exige carecer de antecedentes penales para acceder a un puesto de *funcionario público*³ relacionado con la seguridad, como por ejemplo el ejército, la Guardia Civil, la Policía nacional, autonómica o local, y los funcionarios de prisiones. También se aplica el Estatuto Básico del Empleado Público⁴ a jueces, profesores de Universidad, médicos de hospitales públicos o maestros. Además se exige carecer de antecedentes penales para trabajar, aun cuando sea sometido al régimen laboral en algunas *instituciones Públicas* (como por

³ Este requisito no se aplica con carácter general a los que la Administración contrata laboralmente. Léase con detalle en Larrauri y Jacobs (2013).

⁴ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 56.

ejemplo, Banco de España), o *profesiones reguladas* (como controlador de acceso a actividades recreativas, conductor de vehículos de transporte, y personal en áreas de seguridad del aeropuerto).

Asimismo hay una serie de actividades, responsabilidad del sector público, que se realizan en régimen de *concesión administrativa*. Un ejemplo de ello sería el servicio de taxis municipal (que p.ej. en Madrid se solicita expresamente no tener antecedentes penales). También deben mencionarse las *corporaciones* o instituciones semipúblicas. El ejemplo son los colegios profesionales (abogados y notarios) que exigen carecer de antecedentes penales para poder colegiarse. Por último están los supuestos que requieren una *autorización administrativa*, cuya concesión se supedita a la ausencia de antecedentes penales. Este es el caso de quien quiera crear una escuela privada, un establecimiento de juego, una agencia de adopción, o una guardería. En estos casos sería de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público que requiere no tener antecedentes penales para contratar con la Administración.

Además de la amplitud del listado en el sector público, también en el sector privado se puede solicitar al trabajador que aporte un certificado de antecedentes penales, si bien es cierto que la ley no exige que éste se requiera, tampoco parece haber ninguna prohibición expresa que impida que el empleador lo demande.

¿En qué ocasiones debería pues exigirse un certificado de antecedentes penales en el mercado laboral? Ello requiere en primer lugar reflexionar sobre cuál es el *fundamento* para admitir prácticamente sin discusión que el acceso a la Administración Pública requiera carecer de antecedentes penales. Es curioso que, en tanto hay un posicionamiento generalmente crítico frente al hecho de que los empresarios particulares exijan el Certificado de Antecedentes Penales, se admita acríticamente que esto se realice de forma generalizada por la Administración. Se podría cuestionar si acaso no es precisamente la Administración la que debiera dar ejemplo de no discriminación por antecedentes penales (Henry y Jacobs, 2007). En segundo lugar, debe recordarse que es *incoherente* pedir el certificado de antecedentes penales para algunos puestos de trabajo y no para otros (Grosso, 1983; Bueno Arús, 2006). Así, por ejemplo, no parece muy lógico que los antecedentes penales impidan trabajar de ujier (portero) en el Parlamento o en un bingo, pero nada se exija a un monitor deportivo. Por último sería deseable clarificar el *alcance de los requisitos exigidos*. Así por ejemplo, el Estatuto Básico del Empleado Público no exige carecer de antecedentes penales sino literalmente no “hallarse inhabilitado por resolución judicial”, lo cual debiera interpretarse como no haber sido condenado a la pena de inhabilitación. Si ello es así, no toda pena inhabilita para optar a un concurso y trabajar en la Administración Pública (como también parece deducirse de la STS, sala de lo contencioso-administrativo, sección 7, de 18 de septiembre de 2006, RJ\2006\7419). No obstante esto, hay variedad en los requisitos que se mencionan, y algunas reglamentaciones exigen no haber sido condenado por delito doloso, otras incluyen un listado de delitos e incluso otras exigen carecer de antecedentes policiales o no haber sido sancionado. En suma, hay una gran variedad que dificulta conocer cuáles son exactamente los efectos que va a producir una condena penal.

¿Cuántas personas se ven obligadas a presentar un certificado de antecedentes penales por motivos laborales? No es fácil responder a esta pregunta, pues el RCP no suministra información pública. A pesar de ello, gracias a la amabilidad de su personal disponemos de unos pocos datos y sabemos que en el año 2010 se han realizado 1.512.166 *solicitudes* al RCP (que no incluyen las que



realizan los jueces por vía telemática). De estas, 176.332 fueron realizadas directamente por los particulares y el resto por medio de algún organismo público.

Gráfico 1: Distribución de peticiones de Antecedentes Penales realizadas por Instituciones Públicas al RCP (2010)

Peticiones de Instituciones al RCP (2010)		
Permiso Residencia/Trabajo	966.249	72,4%
Policía	139.487	10,2%
Ejercito	44.056	3,2%
Permiso Armas	66.792	5%
Nacionalidad	119.250	9,2%
Total	1.335.834	100%

Esta cifra, 1,3 millones, se pide directamente por organismos administrativos, por lo que podemos deducir que pertenecen al apartado en el que se 'exige' un Certificado de Antecedentes Penales para acceder a un empleo. El grupo más numeroso de solicitudes es cursado por personas que requieren el Certificado de Antecedentes Penales para obtener un permiso de trabajo y residencia. Por ahora, lo único que podemos asegurar es que el área en la cual los antecedentes penales constituyen el mayor obstáculo para la reintegración social se centra en la *solicitud de permiso de trabajo y residencia de los ciudadanos no españoles*. El impacto de los antecedentes penales como obstáculo para la reintegración es, por tanto, significativamente mayor en el caso de inmigrantes, pues 966.249 peticiones al RCP (un 72,4%) lo fueron a efectos de conseguir este permiso.

3. Antecedentes penales y cancelación.

En algunos países (como por ejemplo Estados Unidos o Inglaterra) determinados antecedentes penales no caducan nunca. Por el contrario, en el resto de países de la Europa continental los antecedentes penales se cancelan pasado un determinado periodo de tiempo. En general, cuanto más largo es el tiempo de espera para cancelar los antecedentes penales, mayor es la presunción de que constituyen un obstáculo para la reintegración. Esta reintegración no solo afecta las oportunidades laborales sino que además incide en otros derechos cívicos y políticos (por ejemplo, el derecho de sufragio pasivo o conseguir el estatus de residente en un determinado país).

En España existe la convicción de que los antecedentes penales se cancelan "de oficio", como mucho cinco años después del cumplimiento de la pena (art.136.2, 2º del Código Penal). Por un lado, este es un periodo más dilatado de lo que parece, no sólo porque las penas tardan bastante tiempo en empezar a ejecutarse, sino además porque el plazo de cancelación es el de la pena *principal* más grave. Por otro, la creencia en la cancelación de oficio quizás obedece a una confusión entre cancelación judicial (el juez no toma en cuenta los antecedentes si son cancelables) y cancelación administrativa (la Administración sí los toma en cuenta si no están *realmente* cancelados). En general, debe distinguirse entre que los jueces no tomen en consideración los antecedentes penales a efectos de reincidencia ("cancelable"), de que el antecedente penal esté realmente cancelado en el Registro Central de Penados y no aparezca por tanto cuando se solicite un certificado de antecedentes penales. Baste por el momento con anticipar un dato: en el año 2010 se han llevado a cabo 9.357 cancelaciones de oficio. Si pensamos que aproximadamente se producen unas 600.000 inscripciones cada año, nos daremos cuenta de la enorme proporción de cancelación de oficio que ello representa.

4. Reflexiones finales

El tema de la publicidad de los antecedentes penales así como las consecuencias asociados a ellos (como por ejemplo la inscripción en registros especiales de delincuentes sexuales, las restricciones en la posibilidad de viajar, las dificultades para acceder a permisos de residencia) ha empezado a ser objeto de atención por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Este Tribunal ha dictado algunas sentencias en las que reafirma el derecho a la intimidad y critica en general la publicidad indefinida e indiscriminada de los mismos (Larrauri, 2014b; 2014c). Es también tarea de los académicos el construir, en base a los principios generales dictados por el TEDH, un sistema general de antecedentes penales que permitan reducir el riesgo de una forma razonable al tiempo que no excluyan la integración de personas que ya han cumplido su condena (Larrauri, 2014a).

Es necesario por último recordar que la construcción de la ciudadanía europea conlleva la instauración de un sistema de intercambio de antecedentes penales entre todos los países pertenecientes a la UE. Ello también conlleva la conveniencia de armonizar los efectos de los antecedentes penales en los distintos países europeos.

Bibliografía

- BLUMSTEIN, A. y NAKAMURA, K. (2009), "Redemption in the Presence of Widespread Criminal Background Checks", *Criminology*, vol. 47. Nº 2, pp. 327-359.
- BUENO ARÚS, F. (2006), *La Cancelación de Antecedentes Penales*, Thomson/Civitas, Madrid,
- GROSSO, M. (1983), *Los Antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social*, Bosch, Barcelona,
- HENRY, J. y JACOBS, J. (2007), "Ban the Box to Promote Ex-Offender Employment", *Criminology and Public Policy*, vol.6, Nº. 4, pp. 755-762.
- JACOBS, J.B. y LARRAURI, E. (2012), "Are criminal convictions a public matter? The US and Spain", *Punishment & Society*, 14 (1), January, pp. 3-18
- LARRAURI, E. (2014a), "Legal Protections Against Criminal Background Checks in Europe", *Punishment & Society*, vol. 16, Nº 1, pp. 50-73.
- LARRAURI, E. (2014b), "Criminal Record Disclosure and the Right to Privacy", *Criminal Law Review*, vol. 10, pp. 723-737.
- LARRAURI, E. (2014c), "Are Police Records Criminal Records? Disclosure of Criminal Information and the Presumption of Innocence", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, Nº 4, pp. 377 - 395.
- LARRAURI, E. y JACOBS, J.B. (2013), "A Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record". En: DAEMS, T., VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S. (Eds.), *European penology?*, Hart Publishing, Oxford, pp. 293-310.
- MAUER, M. y CHESNEY-LIND, M. (eds) (2002), *The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, New York.
- PAGER, D. (2003), "The mark of a criminal record", *The American Journal of Sociology*, vol.108, Nº.5, pp. 937-975.





Desaparición forzada

Pietro Sferrazza Taibi
Universidad Carlos III de Madrid
pietrosferrazza@yahoo.es

Resumen

El presente trabajo ofrece una aproximación al marco normativo internacional de la desaparición forzada y a su conceptualización como un hecho internacionalmente ilícito. Para tal efecto, se da cuenta de los principales instrumentos internacionales dedicados a la regulación específica de la desaparición forzada y se explican cuáles son sus elementos definitorios esenciales.

Palabras clave

Desaparición forzada, derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, libertad personal, garantías de las personas privadas de libertad, agentes no estatales.

Enforced disappearance

Abstract

This paper gives a brief overview of the enforced disappearance in the international legal framework and its definition as an international wrongful act. To this end, the study will focus on describing the main international legal instruments regulating the enforced disappearance. Moreover, the essential conceptual elements of this crime will be explained.

Keywords

Enforced disappearance, international Law, human rights, crimes against humanity, personal liberty, guarantees of persons deprived of liberty, non-state actors.

Introducción

Hace algunas décadas, Julio Cortázar escribió que “es imposible enfrentar el hecho de las desapariciones sin que algo en nosotros sienta la presencia de un elemento infrahumano, de una fuerza que parece venir de las profundidades, de esos abismos donde inevitablemente la imaginación termina por situar a todos aquellos que han desaparecido. Si las cosas parecen relativamente explicables en la superficie –los propósitos, los métodos y las consecuencias de las desapariciones–, queda sin embargo un trasfondo irreductible a toda razón, a toda justificación humana” (Cortázar, 1982: 21).

Con la conciencia de que la desaparición forzada es una grave violación a los derechos humanos que pisotea irracionalmente el sentido intrínseco de la dignidad, este trabajo pretende exponer algunas aproximaciones generales sobre este crimen. Así, la primera parte de este ensayo pretende trazar el marco normativo internacional de la desaparición forzada, haciendo alusión a los instrumentos internacionales dedicados específicamente a su regulación. En cambio, la segunda parte ofrecerá una aproximación conceptual de este crimen, identificando sus elementos definitorios esenciales y describiendo el contenido de cada uno de ellos en términos generales¹.

1. El marco normativo internacional de la desaparición forzada

Ante la proliferación de la desaparición forzada como una práctica represiva en el contexto de las dictaduras latinoamericanas, los familiares de las víctimas y algunas ONGs comenzaron a organizarse a fin de exigir a la comunidad internacional una reacción institucional que pusiera fin a esta barbarie y que proveyera justicia, verdad y reparación a las víctimas. Estas organizaciones, no sólo lograron poner en marcha una actividad de presión y lobby a nivel nacional e internacional, sino que además, con una actitud propositiva y constructiva, organizaron una serie de reuniones, coloquios y seminarios internacionales a fin de discutir un proyecto de instrumento internacional sobre desapariciones forzadas (Tayler, 2001: 65-66). Estos primeros esfuerzos impulsaron el proceso codificador internacional en los sistemas interamericano y universal de protección de los derechos humanos (Tappata de Valdés, 1987; Broody y González, 1997: 369-371, n. 22).

El contexto latinoamericano, asimismo, sirvió de amargo aliciente para la adopción de las primeras medidas internacionales de alcance universal destinadas a combatir este crimen. En el marco de las Naciones Unidas se creó en 1975 un Grupo de Expertos para que estudiara la situación de los derechos humanos en Chile, país que desde el 11 de septiembre de 1973 estaba asolado por la cruenta dictadura de Augusto Pinochet (Domínguez Redondo, 2005: 58-59, n. 63). Basándose en el informe elaborado por este Grupo, la Asamblea General (AG) emitió en 1978 la resolución 33/173, una resolución pionera que solicitó directa y explícitamente a la Comisión de Derechos Humanos (CDH) examinar la cuestión de las desapariciones forzadas (Rodley y Pollard, 2009: 337-338).

A pesar de la presión diplomática ejercida por el gobierno militar argentino, que en ese entonces estaba sometido al procedimiento confidencial 1503 a causa de la práctica sistemática de la desaparición durante la dictadura, la CDH procedió a crear el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (GTDFI)

¹ Ambos puntos representan una versión muy resumida de algunas cuestiones tratadas en mi tesis doctoral sobre la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas (Sferrazza, 2014: 56-132).



para investigar las desapariciones en todo el mundo (Domínguez Redondo, 2005: 70-71, n. 91). Aunque la constitución de este Grupo fue concebida sólo por un año, su mandato se ha ido renovando periódicamente hasta nuestros días. El carácter de este Grupo es esencialmente humanitario, ya que su finalidad principal consiste en ayudar a los familiares de las personas desaparecidas en la actividad de búsqueda de información (Andreu-Guzmán, 2002: 803-818).

Sin embargo, el primer instrumento internacional sobre desapariciones forzadas fue la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (DPPDF), aprobada el 18 de diciembre de 1992 mediante la resolución 47/133 de la AG (Broody y González, 1997: 372-374, n. 31; Rodley y Pollard, 2009: 339-340). Este instrumento ha tenido y sigue teniendo una importancia fundamental, porque consagró una primera definición de la desaparición y reguló un conjunto de estándares generales para la prevención, sanción y reparación de este crimen. Pese a no tener el carácter de tratado, la Declaración cuenta con un órgano de supervisión, tarea que le fue encomendada al GTDFI. Incluso, una parte de la doctrina atribuye fuerza jurídica vinculante a este instrumento, argumentando que la prohibición de la desaparición forzada es una regla de *ius cogens* (Pérez Solla, 2006: 20-21).

Resulta ser bastante paradójico que la aprobación de un instrumento internacional universal haya sido anterior a una convención aplicable al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, siendo que el contexto histórico que dio origen a estas reacciones internacionales había sido la práctica masiva de desapariciones en Latinoamérica. Debido a las presiones ejercidas por algunos Estados, el proceso de gestación de un instrumento interamericano contra las desapariciones, iniciado a mediados de los ochenta, fue muy accidentado e incluso estuvo a punto de fracasar debido a la falta de acuerdo sobre ciertos puntos considerados fundamentales. Entre las cuestiones más debatidas cabe mencionar la consagración de la desaparición como un crimen de lesa humanidad, la prohibición de las amnistías, la proscripción de la obediencia debida como causa de justificación y la improcedencia del asilo político para los autores (González Morales, 2013: 236).

Afortunadamente el debate logró destrabarse gracias a la intervención de un grupo de ONGs que, obteniendo la autorización para participar en la discusión, lograron elaborar un informe individualizando de los principales puntos débiles de los proyectos y sugirieron la incorporación de los estándares de protección contenidos en la Declaración, que en ese entonces ya había sido aprobada. Esta activa intervención de las ONGs constituyó un impulso de fundamental importancia para que la tramitación prosiguiera con fluidez hasta la aprobación definitiva de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), ocurrida el 9 de junio de 1994 (González Morales, 2013: 236-237).

Siempre en marco del sistema interamericano, la primera sentencia de fondo pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras supuso un hito trascendental, por haber tratado apropiadamente varias cuestiones vinculadas con la desaparición forzada antes de que se aprobara la CIDFP y también por haber elaborado una serie de premisas esenciales para la aplicación de la CADH. Así, esta sentencia ha representado una suerte de faro jurisprudencial que ha orientado la jurisprudencia posterior de la CorteIDH (González Morales, 2013: 49).

Ahora bien, pese a la vigencia de los instrumentos internacionales anteriores era necesario un tratado de carácter universal que colmara la laguna jurídica existente en el Derecho internacional imponiendo a los Estados el cumplimiento de

ciertas obligaciones internacionales destinadas a la lucha contra la desaparición. La tramitación de una convención internacional comenzó en el seno de Naciones Unidas en 1996, con la confección de un primer proyecto elaborado por Luis Joinet. Tras diez años de trabajosa discusión, la AG aprobó la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF) el 26 de diciembre de 2006 a través de la resolución 61/177, produciéndose su entrada en vigor el 20 de diciembre de 2010.

Este tratado presenta muchas novedades de cara a la prevención, sanción y reparación de las desapariciones. Consagra por primera vez el derecho de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada, un derecho absoluto e inderogable que debe servir como un criterio guía para la interpretación *pro homine* del tratado. También prohíbe absolutamente la detención secreta y plasma otros derechos que no habían gozado de una positivación internacional a nivel convencional; a saber: el derecho a la verdad y el derecho a la búsqueda y restitución de los restos mortales de las personas desaparecidas (Pérez González, 2013: 55-76). La Convención dedica una parte considerable de sus disposiciones a la regulación de un abanico de medidas destinadas a concretar la obligación de prevención de las desapariciones forzadas. Como último ejemplo, la noción de víctima viene concebida en términos amplios, englobando la persona desaparecida y toda otra persona que sufra un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición (Chinchón Álvarez, 2008: 19 y ss.). La supervisión del cumplimiento del tratado ha sido confiada al Comité sobre Desapariciones Forzadas (CED), que ha sido recientemente constituido y que ya ha comenzado a revisar los primeros informes periódicos de los Estados (Citroni y Bianchi, 2012: 127 y ss.).

Ahora bien, en cuanto al sistema europeo de protección a los derechos humanos no existe un tratado internacional que se refiera a la desaparición forzada de personas. Pese a lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido que resolver numerosos casos de desapariciones, la mayoría de ellos asociados a los contextos de violencia en Turquía, debido al conflicto con las agrupaciones separatistas kurdas, y en Rusia, en relación con el conflicto checheno. La jurisprudencia de este Tribunal sobre las desapariciones puede ser dividida en dos etapas. En una primera etapa, el TEDH consideraba que la desaparición forzada era una grave violación del derecho a la libertad personal, tesis sostenida en la primera sentencia sobre la materia, Kurt vs. Turquía (TEDH, 1998: párrs. 128-129). Sin embargo, el Tribunal Europeo modificó parcialmente esta posición a partir de la sentencia Timurtaş vs. Turquía (TEDH, 2000: párr. 81-90), concluyendo que la desaparición forzada, además de infringir el derecho a la libertad personal, configura una violación del derecho a la vida, no sólo en su faceta sustantiva, sino también procedimental (Chinchón Álvarez, 2014).

Un par de apuntes más sobre el marco normativo de la desaparición forzada pueden formularse a propósito del Derecho internacional humanitario y el Derecho penal internacional. Los Convenios de Ginebra no se refieren expresamente a la desaparición, aunque el Derecho internacional humanitario consuetudinario prohíbe esta práctica en cualquier clase de conflicto armado (Henckaerts y Doswald-Beck, 2009a: 340-343). Por otro lado, la desaparición forzada ha sido tipificada como una modalidad de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER) (Ambos, 2014: 108-114; Schabas, 2010: 180-182).

2. La conceptualización internacional de la desaparición forzada

Los instrumentos internacionales que se dedican a la regulación de la desaparición forzada contienen una conceptualización de este crimen como un



hecho internacionalmente ilícito. La definición más reciente de la desaparición forzada ha sido consagrada en el artículo 2 de la CIPPDF, que la define como “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”. De este modo, los elementos definitorios de la desaparición forzada son: 1) la privación de libertad; 2) la denegación de información; y 3) el sujeto activo. Como se explicará más adelante, la doctrina discute si la sustracción a la protección de la ley es un elemento definitorio.

2.1. La privación de libertad

La privación de libertad es la primera de las dos conductas constitutivas de la desaparición forzada de personas. Consiste en el acto por medio del cual se restringe o impide el ejercicio del derecho a la libertad personal de un ser humano. La privación de libertad no sólo se refiere al acto aislado en cuya virtud se priva de libertad a una persona, sino también al período de tiempo durante el cual permanece privada de libertad. Esta conducta puede llevarse a cabo de cualquier manera, sin que sea necesaria una modalidad específica de comisión (CorteIDH, 2005: párr. 105; Ott, 2011: 17, 21; Scovazzi y Citroni, 2007: 272).

Es importante destacar que la privación de libertad puede ser legal *ab initio*. Esto significa que el acto por medio del cual se despoja a la víctima de su libertad puede ser legal, siempre que cumpla con los requisitos formales y sustantivos plasmados en el ordenamiento jurídico. Pese a lo anterior, la configuración de la desaparición forzada requiere que la privación de libertad se torne ilegal en un momento posterior, específicamente, cuando se deniega la información sobre el destino y paradero de la víctima (GTDFI, 2008: párr. 7; Modolell González, 2010: 188).

2.2. La denegación de información

La denegación de información es la conducta “esencial” de la desaparición forzada (CorteIDH, 2005b: párr. 103; Robinson, 1999: 264). Consiste en la negativa u ocultamiento de la privación de libertad o de la información sobre la suerte y el paradero de la víctima. En la práctica, la denegación de información puede ser cometida mediante un comportamiento activo, cuando deliberadamente se oculta o destruye la información o cuando se deniega ante un requerimiento formulado por un legítimo interesado. También es posible que esta conducta sea cometida de una manera omisiva, cuando la autoridad no cumple con su deber de comunicar a los legítimos interesados que una persona se encuentra detenida (Pérez Solla, 2006: 19; Werle, 2011: 530).

La denegación de información sólo puede evitarse si la autoridad comunica la privación de libertad de una persona, especifica su paradero, esto es, la ubicación exacta del lugar en que se encuentra e informa si la persona está viva o muerta (Association for the Prevention of Torture, 2006: 10). Si la víctima ha muerto, debe informarse la localización de sus restos mortales (Vermeulen, 2012: 177). La doctrina mayoritaria asume que no es necesario ningún tipo de requerimiento o emplazamiento previo a la conducta denegatoria de información, con lo cual no es necesario que un legítimo interesado se dirija ante la autoridad solicitando información sobre la persona desaparecida (Ambos y Böhm, 2010: 233-234; Meini, 2009: 122).

La naturaleza de la denegación de información hace que la desaparición forzada tenga el carácter de un hecho internacionalmente ilícito permanente, esto es, un hecho que consiste en la violación continua de una obligación internacional mediante la comisión de una acción u omisión que se prolonga en el tiempo (Comisión de Derecho Internacional, 2001, art. 14(1)). El carácter permanente de la desaparición forzada ha sido reconocido por todos los instrumentos internacionales que tratan específicamente este crimen (DPPDF, art. 17(1); CIDFP, art. III; CIPPDF, arts. 8(1)(b), 24(3) y 24(6)), por la jurisprudencia de la CorteIDH (v.gr., CorteIDH, 2010, párrs. 15-19, 101-103 y 110-111) y del TEDH (v. gr. TEDH, 2009, párrs. 130-150) y por la práctica del GTDFI, especialmente, por dos comentarios generales destinados al tratamiento del carácter continuado de la desaparición (GTDFI, 2000, párrs. 27, 28, 32; GTDFI, 2011, párrs. 1-5). Este aspecto, además de ser relevante para la conceptualización de la desaparición, genera implicaciones enormes en múltiples dimensiones, siendo la más relevante, la atribución de competencia *ratione temporis* a tribunales y órganos de supervisión internacionales, respecto de desapariciones que comenzaron con anterioridad a la fecha de ratificación del tratado o de aceptación de la competencia y se prolongaron con posterioridad.

2.3. El sujeto activo

El tema del sujeto activo es muy polémico en el debate actual sobre la desaparición forzada. Si bien este crimen ha sido considerado tradicionalmente como un delito de Estado (Courtney, 2010: 682, 686; Parayre, 1999: 30), un sector de la doctrina contemporánea ha planteado que en la realidad los agentes no estatales también pueden cometer –y de hecho cometen– este crimen (Scovazzi y Citroni, 2007: 279; Vermeulen, 2011: 154).

Los instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada se remiten a los agentes estatales y a los agentes no estatales que actúan en conexión con el Estado. Lo anterior es un fiel reflejo de la concepción tradicional de la desaparición forzada como delito de Estado. Sin embargo, el artículo 3 de la CIPPDF también alude a los agentes no estatales que actúan desvinculados del Estado, prescribiendo que “[l]os Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”. Aunque se trata de un precepto ambiguo cuyo sentido debe ser aclarado mediante la práctica de los Estados y del CED, es posible inferir al menos dos cuestiones. Primero, los agentes no estatales desvinculados del Estado pueden cometer desapariciones. Segundo, ante tales supuestos los Estados pueden ser internacionalmente responsables si no cumplen, al menos, con los deberes de investigar esos crímenes y procesar a los responsables.

2.4. La sustracción a la protección de la ley

La sustracción a la protección de la ley consiste en el efecto de suspender el disfrute de todos los derechos de la persona desaparecida y de colocar a la víctima en una situación de completa indefensión (Andreu-Guzman, 2001: 75). En efecto, la denegación de información sobre la situación de la víctima torna ineficaz cualquier tipo de recurso judicial y de garantía procesal. La persona desaparecida no puede hacer valer sus derechos debido a su situación; y los recursos planteados por otros interesados resultan ineficaces por el desconocimiento de la situación y del paradero de la víctima (Ott, 2011: 27).



La doctrina no es unánime sobre la naturaleza de la sustracción a la protección de la ley, ya que mientras algunos consideran que es un elemento definitorio (Stevens, 2010: 377.), otros concluyen que se trata de una consecuencia que surge con la configuración de los elementos conceptuales anteriores (Pérez Solla, 2006: 11, 16, 19; Rodley y Pollard, 2009: 336-337).

La cuestión no deja de ser problemática, ya que habiéndose incluido la sustracción a la protección de la ley en las definiciones internacionales es necesario interpretar cuál es su sentido. De hecho, durante los trabajos preparatorios de la Convención Internacional este problema fue objeto de un arduo debate que quedó irresuelto, ya que la sustracción fue incorporada en la definición, pero como una “ambigüedad constructiva”, otorgándose a los Estados Partes cierta libertad interpretativa a la hora de incorporar el tratado al Derecho interno (CDH, 2005: párr. 23; CDH, 2006: párr. 23). Esta conclusión merece una crítica severa, porque un asunto tan relevante como la determinación de los elementos conceptuales de la desaparición no debería haberse dejado en manos de la discrecionalidad de los Estados.

El problema se acentúa en el marco del ER, ya que la sustracción ha sido incluida en la definición como un requisito subjetivo, exigiéndose incluso que se prolongue un período prolongado de tiempo. Los penalistas están divididos en lo que se refiere a la interpretación de esta cuestión. Algunos creen que se trata de un elemento subjetivo del injusto (Modolell González, 2010: 204) o de una exigencia de dolo específico (Ambos, 2005: 427-428; Ambos y Böhm, 2010: 250; Werle, 2011: 531), pero otros concluyen que la intención de sustraer a la víctima de la protección de la ley es una cuestión subjetiva intrínseca en la voluntad de denegar la información, de modo que la sustracción debe ser interpretada en términos objetivos (Hall, 2008: 269-270, 272-273, n. 587).

El debate que se ha generado sobre este elemento no es meramente académico, ya que repercute directamente en la actividad probatoria que debe desarrollarse en el marco de un proceso sobre la responsabilidad penal individual o la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, si la sustracción se interpreta en términos subjetivos, deberá acreditarse la concurrencia de ese elemento, cuestión esencialmente compleja. En cambio, una interpretación objetiva implica que sólo debería probarse la concurrencia de los otros elementos conceptuales, que tienen una naturaleza objetiva.

3. Valoración final

La desaparición forzada es un hecho internacionalmente ilícito que se caracteriza por su complejidad. Se trata de un crimen internacional y de una modalidad específica de los crímenes de lesa humanidad. Asimismo, está asentado que su comisión requiere la concurrencia de dos conductas copulativas: la privación de libertad y la denegación de información. Sin embargo, la noción de la desaparición forzada está integrada por elementos conceptuales que han generado algunas polémicas a la hora de identificar su sentido y contenido.

La vigencia del fenómeno, su adaptación a nuevos contextos de violencia y su expansión a lo largo y ancho del globo, son antecedentes que obligan a la doctrina a seguir reflexionando sobre los matices jurídicos de la noción de desaparición forzada y a elaborar propuestas de interpretación que intenten ser favorables a la protección de los derechos de las víctimas.

Bibliografía

- AMBOS, K. (2005). *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*. E. Malarino (trad.). Ducker & Humboldt/Konrad-Adenauer-Stiftung/Temis, Bogotá.
- AMBOS, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford.
- AMBOS, K. y BÖHM, M. L. (2009). “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparado internacional y propuesta legislativa”. En: AMBOS, K. y CORREA, J. (coords.), *Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, pp. 195-255.
- ANDREU-GUZMAN, F. (2002). “Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies”, *International Red Cross Review*, vol. 84, n° 848, pp. 803-818.
- ANDREU-GUZMÁN, F. (2001). “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, *The Review (International Commission of Jurists)*, n° 62-63, pp. 73-106.
- ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE (2006), *Incommunicado, Unacknowledged and Secret Detention under International Law*. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ap.t.ch/content/files_res/secret_detention_ap1-1.pdf. (fecha de consulta: 3 de noviembre de 2014).
- BRODY, R. y GONZÁLEZ, F. (1997). “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»”, *Human Rights Quarterly*, vol. 19, pp. 365-405.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2008). “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: nunca es tarde si la dicha es ¿buena?: examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la ‘Ley de Memoria Histórica’”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 7, pp. 13-55.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2014). “Las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J. J. *Desaparición forzada de niños. El Convenio contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas y la utilización de las bases de datos para la búsqueda de personas desaparecidas*. Edicions i Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.
- CITRONI, G. y BIANCHI, M. G. “The Committee on Enforced Disappearances: Challenges ahead”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, fascicolo 1, 2012, pp. 127-168.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. “Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado”. En: COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), A/56/10, pp. 21-405.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. E/CN.4/2005/66 (10 de marzo de 2005).
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. E/CN.4/2006/57 (2 de febrero de 2006).



- CORTÁZAR, J. (1982). “Negación del olvido”, *Araucaria Chile*, nº 14, pp. 21-23.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005b), *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988), *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- COURTNEY, J. (2010) “Enforced Disappearances in Colombia: A Plea for Synergy between the Courts”, *International Criminal Law Review*, vol. 10, nº 5, pp. 679-711.
- DOMÍNGUEZ REDONDO, E. (2005). *Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ MORALES, F. (2013). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS (2000), “Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración”. En: COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. E/CN.4/2001/68 (18 de diciembre de 2000), pp. 8-10.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS (2008), “Comentario general sobre la definición de desaparición forzada”. En: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), pp. 12-14.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS (2011) “Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado”. En CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), pp. 10-18.
- HALL, C. K. (2008). “Article 7. Crimes against humanity. Para. 2(i). Enforced Disappearance of Persons”. En: TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*. 2ª ed. C. H. Beck-Hart-Nomos, München-Oxford-Baden, pp. 266-273.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L. (2005). *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, Cambridge University Press/International Committee for the Red Cross, Cambridge.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L. (2005). *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, Cambridge University Press/International Committee for the Red Cross, Cambridge.
- MEINI, I. (2009). “Perú”. En AMBOS, K. y CORREA, J. (coords.). *Desapariciones forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, pp. 106-131.
- MODOLELL GONZÁLEZ, J. L. (2010). “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

- Humanos”. En: AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G. (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, pp. 193-209.
- OTT, L. (2011). *Enforced Disappearances in International Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland.
- PARAYRE, S. (1999). “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, pp. 25-67.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2013). “Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la guerra civil y el franquismo: una perspectiva desde el Derecho internacional”. En: ESCUDERO ALDAY, R. PÉREZ GONZÁLEZ, C. (eds.). *Desapariciones Forzadas, Represión Política y Crímenes del Franquismo*. Trotta, Madrid, pp. 55-76.
- PÉREZ SOLLA, M. F. (2006). *Enforced Disappearances in International Human Rights*, McFarland & Company, Jefferson.
- ROBINSON, D. (1999). “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, *American Journal of International Law*, vol. 93, n° 1, pp. 43-57.
- RODLEY, N. y POLLARD, M. (2009). *The Treatment of Prisoners under International Law* (3ª ed.), Oxford University Press, Oxford.
- SCHABAS, W. (2010). *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford.
- SCOVAZZI, T. y CITRONI, G. (2007). *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nation Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston.
- SFERRAZZA, P. (2014) *La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y atribución*. Tesis Doctoral. Directores: F. MARIÑO MENÉNDEZ Y F. GÓMEZ ISA. Universidad Carlos III, Madrid.
- STEVENS, P. (2010). “The International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances-A Welcoming Response to a Worldwide Phenomenon with Limited Relief”, *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg. Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, vol. 73(3), pp. 368-383.
- TAPPATA DE VALDEZ, P. (ed.) (1987). *La Desaparición. Crimen contra la Humanidad*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires.
- TAYLER, W. (2001). “Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of all Persons for Enforced Disappearances”, *International Commission of Jurists. The Review*, n° 62-63, pp. 63-72.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1998), *Kurt vs. Turkey*, judgment, (15/1997/799/1002), 25 de mayo de 1998.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2000), *Timurtaş vs. Turkey*, application no. 23531/94, judgment, 13 de junio de 2000.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Varnava and others vs. Turkey*, applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, judgment, 18 September 2009.
- VERMEULEN, M. L. (2011). “The Duty to Take Preventive operational Measures. An Adequate Legal Tool to Hold States Responsible in Enforced Disappearance Cases?”. En: BUYSE, A. *Margins of Conflict. The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict*. Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, pp. 153-174.
- VERMEULEN, M. L. (2012). *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland.



WERLE, G. (2011) *Tratado de Derecho Penal Internacional* (2ª ed.), Traducción de C. Cárdenas Aravena, J. Couso Salas y M. Gutiérrez Rodríguez, coordinados por M. Gutiérrez Rodríguez. Tirant lo Blanch, Valencia.



Aut dedere aut judicare

Marta Sosa Navarro

Universidad Carlos III de Madrid

martasosanavarro@gmail.com

Resumen

Este trabajo aborda el concepto, origen, función y naturaleza jurídica de una herramienta procesal que ha adquirido un importante protagonismo en los últimos tiempos a la luz de su gran potencial para luchar contra la impunidad en el ámbito de los más graves crímenes internacionales: la obligación de extraditar o juzgar.

Palabras clave

Obligación de extraditar o juzgar, impunidad, derechos procesales, graves crímenes internacionales, jurisdicción, principio de complementariedad, Corte Penal Internacional.

Aut dedere aut judicare

Abstract

This work addresses the concept, origin, role and legal nature of a procedural tool that has progressively gained relevance in the light of its potential to fight impunity in respect of the most serious international crimes: the obligation to extradite or prosecute.

Keywords

Obligation to extradite or prosecute, impunity, procedural rights, serious international crimes, jurisdiction, complementarity principle, International Criminal Court.

1. ¿Qué es y de dónde viene la obligación de extraditar o juzgar?

La obligación de extraditar o juzgar es una cláusula procesal en virtud de la cual el Estado que halla en su territorio a un presunto delincuente, tiene la obligación de elegir entre una de las siguientes opciones: o lo extradita a un Estado que, habiéndolo reclamado, tenga jurisdicción para conocer del delito de que se trate o abre un procedimiento para que sus tribunales investiguen y enjuicien directamente los hechos. Pero, ¿cuál es el contenido exacto de esta aparente obligación alternativa y cuándo podemos ubicar su nacimiento?

Sin perjuicio del reconocimiento del importante papel que, en el desarrollo y construcción de este principio, desempeñaron algunos religiosos españoles testigos de las atrocidades cometidas por la Corona española en América en el siglo XVI (Abad Castelos, 2012: 70), la mayor parte de la doctrina coincide en otorgar al jurista holandés Hugo Grocio el mérito de haber sentado los cimientos de lo que más tarde se consolidaría como el moderno *aut dedere aut judicare*. En su célebre tratado sobre el derecho de la guerra y de la paz de 1625, Grocio nos presenta la primera versión de esta cláusula, el *aut dedere aut punire*, en los siguientes términos: “Mas, no soliendo permitir las ciudades que otra ciudad armada penetre en su territorio a título de exigir una pena, ni convenga esto, síguese que la ciudad en la cual mora el que es convicto de culpa debe hacer una de las dos cosas, o castigar, requerida ella, al delincuente, según su mérito, o permitir que se le castigue al arbitrio del interpelante; esto último es entregar, lo cual frecuentísimamente ocurre en las historias” (Grocio, 1925 [1625]: 160). Si bien es cierto que se trata de una versión embrionaria que tras la Revolución Francesa tuvo que ser adaptada para incorporar la presunción de inocencia a su enunciado (sustituyendo la obligación de castigar por la obligación de juzgar), el *aut dedere aut punire* grociano, concebido como el derecho del Estado dañado, nace ya circunscrito al ámbito de los crímenes internacionales: “(...) este derecho (...) se ejerce en las más partes de Europa acerca de aquellos crímenes que tocan el estado público o que tienen consigo una gran atrocidad” (Grocio, 1925 [1625]: 169).

172

A pesar de la antigüedad de su primera formulación, la cláusula no volvió a adquirir protagonismo hasta que, tras la segunda guerra mundial, fue incluida en numerosos tratados como herramienta de lucha contra la impunidad en relación a aquellos crímenes internacionales de especial gravedad (Convenios de Ginebra de 1949, Convenio sobre el Tráfico de Personas, 1950, Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, entre otros). Cada uno de estos instrumentos introduce distintos y relevantes matices en la configuración de la referida obligación, lo cual nos conduce, entre otras cosas, a hacernos la siguiente pregunta: ¿es la obligación de extraditar o juzgar una obligación puramente alternativa? Es decir, ¿puede el Estado en el que se halla el presunto delincuente optar libremente entre la extradición o el enjuiciamiento del mismo? Lo cierto es que si bien algunos autores sostienen que la discrecionalidad es total a la hora de elegir entre una u otra posibilidad (Scharf, 2011: párr.1), el análisis de la evolución convencional del *aut dedere aut judicare*, ha permitido constatar que no existe un único modelo de interacción entre ambas figuras que ofrezca una directrices claras sobre los principios que deben guiar las relaciones entre las dos opciones. En este sentido, en un estudio realizado en el 2010, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), que, a través del nombramiento de un Relator Especial y la creación de un Grupo de Trabajo para investigar este tema, ha trabajado entre el año 2005 y 2014 para intentar ofrecer respuestas acerca del fundamento, contenido, alcance y naturaleza jurídica de esta obligación, clasifica las posibles relaciones entre la extradición y el enjuiciamiento en dos grupos: a) cláusulas que imponen la obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto delincuente se halle en el

territorio del Estado, de la que puede liberarse concediendo la extradición; y b) cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar solamente es aplicable cuando se deniega la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición (CDI, 2010: 66). Si bien es cierto que esta división se traslada también al ámbito doctrinal (véase, como representantes del primer grupo, Van Steenberghe, 2011: 1089 y como defensores del segundo, Remiro Brotóns, 2007: 1255), el gran número de variables que en cada caso hacen que resulte más adecuado optar por una u otra alternativa y la inexistencia de un consenso internacional acerca de la jerarquía entre ambas opciones, nos lleva a concluir que, al menos en lo que respecta a los más graves crímenes internacionales, la posición más lógica para enfrentar esta cuestión es la esbozada por Michael Plachta, que invita a tomar la decisión sobre si extraditar o juzgar en función del caso concreto (Plachta, 1999: 133).

Con todo, a pesar del carácter abierto y flexible de la moderna configuración del *aut dedere aut judicare*, es preciso subrayar la existencia de un elemento invariable e inherente a su definición: la presencia del sospechoso en el territorio del Estado sobre el que recae la obligación como *conditio sine qua non* para su activación.

2. ¿Para qué sirve?

La efectiva aplicación de la obligación de extraditar o juzgar en el ámbito de los más graves crímenes internacionales se presenta así como una herramienta procesal capaz de contribuir a la realización de dos objetivos fundamentales para la consolidación de un derecho internacional cimentado sobre los valores de seguridad y justicia: el respeto y protección de las garantías procesales y la erradicación de la impunidad para las más graves violaciones de derechos humanos.

Vayamos por partes. No cabe duda de que el respeto a los derechos del sospechoso sólo puede asegurarse encauzando cualquier indicio de delito hacia un proceso penal ante un tribunal vinculado por el carácter universal e irrenunciable de los derechos humanos. En este sentido, y sin perjuicio del reconocimiento de variaciones en los estándares de protección de algunos derechos de seguridad jurídica en los distintos sistemas domésticos, regionales e internacionales de protección de los derechos humanos (García Falconi, 2010: 344; Clapham, 2006: 347; Albanese, 1992: 142), es menester subrayar aquí que la efectiva implementación del *aut dedere aut judicare* por parte de un Estado garantizaría que tanto el enjuiciamiento como la extradición del sospechoso se llevaran a cabo en el marco de un procedimiento regulado respetando el contenido mínimo de los referidos derechos, contribuyendo, al mismo tiempo, a su armonización. Yendo un paso más allá, se puede inferir que si se consolidara como un principio universal que rigiera las relaciones de cooperación penal entre los Estados, esta cláusula, al definir el alcance y contenido de las dos alternativas que la componen, desempeñaría un importante papel en la armonización del contenido de los derechos de seguridad jurídica de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, tanto en el ámbito del proceso como en el marco de la extradición.

Llegados a este punto, es preciso abordar, aunque sea brevemente, los cuatro riesgos fundamentales que se derivan de la exposición a procedimientos de entrega no oficiales y que, como se ha avanzado, se verían superados mediante la aplicación generalizada de la referida cláusula procesal. En primer lugar, cabe destacar el secuestro como alternativa antijurídica a la que recurren algunos Estados para obtener el mismo resultado que se obtendría a través de la extradición



pero evitando aplicar el procedimiento reglado y por ende, evitando observar los requisitos y normas inherentes al mismo (O'Higgins, 1960: 279). El secuestro responde a la aplicación de la máxima *mala captus, bene detentus* (la captura ilegal no precluye el ejercicio de la jurisdicción), en virtud de la cual los Estados reivindican la jurisdicción *in personam* del sospechoso, sin entrar a valorar por qué medios se ha garantizado la presencia del mismo en el territorio, y por ende, ante los tribunales del Estado. El caso Eichmann, en el que uno de los principales arquitectos del Holocausto nazi fue secuestrado por agentes israelíes en Argentina para ser trasladado a este país, donde fue juzgado y ejecutado por un Estado israelí que desoyó las condenas de Naciones Unidas por su actuación, representa el asunto de referencia en este ámbito.

Otro de los métodos a los que recurren los Estados para evitar la aplicación de las garantías inherentes a la extradición es la llamada extradición encubierta. En ocasiones, ésta toma forma de expulsión o deportación (Gilbert, 1998: 337), mientras que en otros casos, se efectúa directamente a través del engaño, como el reciente caso del pirata somalí detenido en Bélgica después de ser trasladado a este país bajo el falso pretexto de que se iba a grabar un documental en este Estado sobre su vida, con él como protagonista o el más antiguo caso Soblen, ciudadano norteamericano que, en plena guerra fría, fue deportado a su país por el Reino Unido tras haber sido condenado por espiar para la USSR (O'Higgins, 1964: 521).

La entrega extraordinaria, institucionalizada como alternativa a la extradición tras los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos, en el marco de la guerra contra el terror, es otra de las prácticas que ha sido extensamente denunciada y analizada por parte de la doctrina y las organizaciones de derechos humanos. La misma, que ha vuelto a estar de actualidad en estos días tras la publicación del Informe del Comité de Inteligencia del Senado de EEUU sobre las torturas de la CIA (3 de Diciembre 2014), consiste en la detención ilegal de presuntos terroristas a los que no se le imputa ningún delito y a los que, previo traslado a los llamados "agujeros negros" de la CIA (Sadat, 2006: 309), se somete a torturas y tratos inhumanos o degradantes. La colaboración o aquiescencia de otros Estados, entre los cuales hallamos muchos europeos, ha sido clave a la hora que esta práctica cristalizase (Satherwaite, 2008: 37).

Por último, es posible hallar el asesinato selectivo como último paso en la involución de la cooperación penal internacional en la lucha contra la impunidad, y como alternativa antijurídica al procedimiento rogado. Es una figura que viene siendo utilizada desde hace tiempo por Estados como Israel pero que está ahora en auge a raíz de la nueva tendencia al recurso a los aviones no tripulados por parte de los EEUU para asesinar a supuestos terroristas en Estados como Yemen o Paquistán (Rodríguez-Villasante y Prieto, 2013: 349).

El segundo vacío que pretende colmar esta cláusula procesal es el de la impunidad para las más graves violaciones de derechos humanos. La propia naturaleza de los crímenes internacionales hace que con frecuencia los responsables de los mismos formen parte de la clase política del Estado, utilizando, en muchas ocasiones, el poder que ello les confiere para escapar a la justicia. Si bien es cierto que por un lado existe un marco jurídico convencional que prohíbe la impunidad, identificado sobre todo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1970, en los últimos tiempos ha experimentado un auge en el seno de Naciones Unidas con iniciativas como la aprobación de los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de 2005 o el nombramiento de un Relator Especial para la Promoción de

la verdad, justicia, reparación y garantías, que comenzó a funcionar en 2012. Sin embargo, a pesar de esta tendencia, entre los obstáculos que encuentra el derecho penal a la hora de investigar y enjuiciar los más graves crímenes internacionales figuran las leyes de amnistía y la inmunidad de jurisdicción.

En relación a las leyes de amnistía, debe subrayarse que solo en los últimos 30 años se han promulgado más de 20 leyes de amnistía en todo el mundo. En lo que se refiere, sin embargo, al impedimento que representa la figura de la inmunidad de jurisdicción, debe traerse a colación el célebre precedente sentado por el caso del entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo al que, en 2001, acusado de crímenes de lesa humanidad, el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) reconoció la inmunidad de jurisdicción basándose en el derecho internacional consuetudinario. Desde entonces, la propia jurisprudencia de este tribunal ha reconocido unos límites temporales a esta figura.

En cualquier caso, es un tema sobre el que no existe un consenso universal y así lo demuestra el hecho de que, a diferencia del TIJ, los tribunales penales internacionales como la Corte Penal Internacional o los tribunales ad hoc no se sienten vinculados por esta inmunidad de jurisdicción. También entre la doctrina y entre los propios jueces internacionales, hay opiniones que sostienen que la inmunidad *rationae materiae* (por razón de funciones oficiales) no debe aplicarse a los crímenes internacionales.

A todo esto hay que sumarle el hecho de que no existe en la actualidad una red internacional de cooperación penal entre los Estados que permita erradicar los paraísos de impunidad en los que se refugian los autores de las atrocidades citadas. En este contexto, el *aut dedere aut judicare* se presenta como la herramienta procesal idónea para forjar esta necesaria “red de cooperación penal”, en virtud de la cual todos los Estados estarían vinculados por el compromiso de garantizar el enjuiciamiento del presunto autor de un delito ya sea a través de sus propios tribunales o a través de la extradición a un Estado con jurisdicción sobre el asunto.

El cuadro completo de la realidad jurídica en la que se inserta la obligación de extraditar o juzgar como herramienta de lucha contra la impunidad requiere prestar especial atención al rol de la Corte Penal Internacional (CPI). Para ello, es preciso exponer, en primer lugar, las razones por las que la jurisdicción de los tribunales nacionales es preferible a la de la Corte. Este tribunal tiene cuatro limitaciones fundamentales:

1. En primer lugar, la naturaleza convencional del Estatuto de Roma, que condiciona la jurisdicción de la Corte para conocer de un determinado delito a que el Estado en el que se ha cometido haya firmado el Estatuto. Ello implica que casos como el del genocidio del Tíbet, que en estos momentos cuenta con un procedimiento abierto en la Audiencia Nacional española, deban ser investigados y enjuiciados necesariamente por tribunales domésticos, por quedar, a la luz de lo expuesto, fuera de la jurisdicción de la CPI.
2. En segundo lugar, el poder que tiene el Consejo de Seguridad para iniciar y suspender procesos ante la Corte (artículos 13.b y 16 del Estatuto), condiciona la independencia de este órgano (Gutiérrez Espada, 2002: 3; Escobar Hernández, 2000: 201), frente a la objetividad del elemento activador de la competencia en el caso del *aut dedere aut judicare*, que es la presencia del presunto autor en el territorio de un Estado.



3. En tercer lugar, las dificultades probatorias inherentes a un tribunal que se encuentra normalmente a miles de kilómetros del lugar de los hechos, añadido a las limitaciones económicas evidencian también la incapacidad material para conocer de todos los casos de crímenes internacionales que tienen lugar en el mundo (Burke-White, 2008: 68). De hecho, a día de hoy y tras más de diez años de funcionamiento, los únicos procesos concluidos ante la CPI han sido el de Thomas Lubanga, condenado a 14 años de prisión por el crimen de guerra consistente en el reclutamiento de niños soldados para que participaran en las hostilidades que tuvieron lugar entre 2002-2003 en la República Democrática del Congo (CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga, sentencia de 14 de marzo de 2012); y el de Uhuru Kenyatta, Presidente de Kenia acusado de crímenes contra la humanidad acaecidos tras las elecciones presidenciales de 2007 y que el pasado 5 de diciembre fue sobreesido tras la decisión de la Fiscal del CPI de retirar los cargos contra el acusado.
4. Por último, es importante recordar que la Corte solo puede ejercer su jurisdicción sobre los delitos cometidos después del 2002, lo cual representa una limitación temporal importante que generaría importantes vacíos jurídicos que perpetuarían la impunidad si los tribunales domésticos no pudieran ejercer su jurisdicción sobre los más graves crímenes internacionales.

Pero aún en el caso de que ninguna de estas limitaciones afectara a la Corte Penal Internacional, lo cierto es que la jurisdicción de este tribunal está basada en el principio de complementariedad, que se infiere de los artículos 17.1, 18 y 20.3 del Estatuto, en virtud del cual la CPI solo ejercerá su jurisdicción sobre un caso cuando los tribunales nacionales competentes no puedan o no quieran conocer del asunto (Olásolo, 2003: 48; Kleffner, 2008: 100). De ahí, que la mayor parte de la doctrina coincida en ver la jurisdicción de la CPI como una solución *ultima ratio*, y que haya sido incluso calificada por autores como Remiro Brotóns como una jurisdicción basada en la subsidiariedad crítica (Remiro Brotóns, 2007: 1245; Gómez Benítez, 2006: 38).

Este estado de las cosas es precisamente lo que justifica la importancia de determinar la naturaleza jurídica y por ende, el alcance, de una herramienta procesal con el potencial de empoderar a los tribunales nacionales permitiéndoles ejercer el papel protagonista que les corresponde en la represión de los crímenes internacionales.

3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare*?

La capacidad del *aut dedere aut judicare* para cumplir con los ambiciosos objetivos que se propone depende, en última instancia, de su eficacia y de su ámbito de aplicación. Esto se encuentra inevitablemente ligado al número de Estados a los que obliga y a la naturaleza misma de esta obligación. Por este motivo, resulta fundamental determinar si estamos ante una cláusula que recoge un compromiso convencional vinculante solo para los Estados firmantes o si, por el contrario, esta obligación alternativa, al menos con respecto a determinados crímenes internacionales, ha cristalizado ya como costumbre internacional obligando, por consiguiente, a todos los Estados a observar su cumplimiento, independientemente de que hayan manifestado o no su acuerdo a través de los citados convenios o tratados.

Sin ánimo de exhaustividad, es preciso subrayar que son numerosos los instrumentos convencionales que incorporan, en relación con los más graves crímenes internacionales, la obligación de extraditar o juzgar como mecanismo de lucha contra la impunidad. Así, a nivel internacional, cabe citar, a modo de ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949 reguladores de los crímenes de guerra y su Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, la Convención contra la Tortura de 1984 o la Convención para la Protección contras Desapariciones Forzadas del 2006. A escala regional, destacan, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Extradición de 1957, Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 o el Convenio para la Represión del Terrorismo de este mismo año. En América Latina, la obligación alternativa ha sido incluida tanto en la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981, como en la serie de tratados reguladores de subtipos de crímenes internacionales que le siguen (entre ellos, la Convención Interamericana para prevenir la tortura de 1985 o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994). En los ámbitos regionales africanos y del mundo árabe también es posible hallar ejemplos de instrumentos convencionales reconocedores de esta cláusula procesal: entre ellos, el Convenio de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo de 1999 o el Acuerdo Árabe de Riad para la Cooperación Judicial de 1983.

Sin embargo, tal y como se ha adelantado, las limitaciones inherentes a la naturaleza de una obligación convencional exigen, si se quiere otorgar a la misma la efectividad y la vinculatoriedad que le corresponden de acuerdo con el derecho internacional, dilucidar si se trata de una obligación que ha cristalizado ya como costumbre internacional, y que afecta, por ende, a todos los Estados.

Las primeras aproximaciones monográficas al estudio de esta cuestión han abordado el tema desde un punto de vista bien demasiado prescriptivo (Bassiouni, Wise, 1995) bien demasiado general (Mitchell, 2009) para poder ofrecer respuestas definitivas y concretas a la pregunta aquí planteada. En este sentido, el trabajo más extenso publicado sobre esta cuestión es la monografía de la investigadora Claire Mitchell, que se centra en abordar las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes internacionales en sentido amplio. Es de justicia reconocer que a través de esta investigación, Mitchell sienta las bases metodológicas sobre las que debe asentarse un estudio detallado e individual de la naturaleza jurídica de la obligación con respecto a cada uno de los crímenes internacionales. La misma autora reconoce que de los resultados de su investigación solo puede desprenderse que hay indicios de la existencia o emergencia de obligaciones consuetudinarias con respecto a estos delitos (Mitchell, 2009: 68). A día de hoy, tras la decisión de la CDI de no pronunciarse acerca de la naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare*, rechazando incluso incluir en el borrador de artículos presentado como parte del producto final de su investigación un artículo que reconocía la costumbre internacional como fuente de la obligación alternativa (CDI, 2014: 17), la que escribe estas palabras sostiene que, a día de hoy, solo se ha respondido a la pregunta de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, de manera exhaustiva, con respecto a un concreto crimen internacional: el crimen de lesa humanidad.

Así, a modo de cierre pero también como una invitación a que se desarrolle esta línea de investigación con respecto a otros crímenes internacionales se presentarán, a continuación, de manera muy resumida, las conclusiones de la tesis doctoral que ha intentado determinar si el *aut dedere aut judicare* ha cristalizado o no como costumbre internacional con respecto al crimen de lesa humanidad (Sosa



Navarro, 2013). Las fuentes estudiadas para responder a la pregunta han sido las siguientes: las resoluciones de la Asamblea General, la evolución de la jurisprudencia del TIJ, las manifestaciones de los Estados en contextos internacionales, la legislación doméstica y la jurisprudencia nacional. En cuanto a las resoluciones, en este trabajo se han identificado al menos cinco ejemplos pertinentes de cara a la cristalización del *aut dedere aut judicare* como costumbre internacional.

En lo que respecta la evolución de la jurisprudencia del TIJ, el caso que ha tenido un mayor impacto en la cristalización de esta figura como derecho consuetudinario ha sido el caso de Hissène Habré, ex dictador de Chad acusado de torturas y crímenes de lesa humanidad. Tras refugiarse en Senegal, algunas de sus víctimas interponen denuncias contra él ante los Tribunales belgas que, tras emitir órdenes de detención y solicitar reiteradamente y sin éxito la colaboración del país africano decide denunciar esta situación ante el TIJ al entender que Senegal estaba incumpliendo la Convención contra la Tortura, que incorporaba la obligación de extraditar o juzgar. El TIJ dicta su sentencia el 20 de julio de 2012. Se trata esta de una sentencia que aunque hace importantes aportaciones a la definición de la cláusula, como el situar el momento de activación de la obligación en el momento en el que se constata la presencia del acusado en el territorio, o el corroborar la tendencia hacia la limitación de la operatividad de la inmunidad de jurisdicción esbozada en el caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000, también resulta decepcionante ya que por ejemplo, el tribunal se niega a aplicar el artículo 7.1 de la Convención a las torturas perpetradas con anterioridad a la entrada en vigor del instrumento internacional para Senegal.

Sin embargo, y aunque se ha de reconocer que el Tribunal ha dejado pasar la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad, a pesar de la invitación de Bélgica a hacerlo, esta sentencia ha supuesto un impulso sin precedentes de los organismos regionales africanos y ha dado lugar a una importante reforma estructural del sistema penal en Senegal, que pasa así a formar parte del grupo de Estados que han adecuado su normativa interna al derecho internacional.

En cuanto a la tercera fuente, sin perjuicio de que son numerosos los escenarios internacionales en los que un Estado puede manifestar su voluntad, se hará alusión exclusivamente a las respuestas dadas por parte de los Estados a las preguntas acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula formuladas por la CDI. De los 29 Estados que han respondido, 12 otorgan a la cláusula naturaleza convencional mientras que sólo Bélgica le reconoce carácter de costumbre internacional con respecto a los crímenes de guerra. Se desprende de este análisis que las comunicaciones enviadas a la CDI por parte de los gobiernos son una muestra insuficiente que no constituye una fuente concluyente en el marco de esta investigación.

En cuarto y penúltimo lugar, llegamos a la legislación doméstica como fuente para determinar la cristalización de una costumbre internacional. La incorporación de la cláusula alternativa, con respecto a los crímenes de lesa humanidad a leyes aprobadas internamente representa sin duda una de las manifestaciones más directas de la práctica de los Estados con respecto a este tema. Del análisis de la legislación penal y procesal de 180 Estados se ha podido concluir que: 19 Estados han incorporado la obligación de extraditar o juzgar a su legislación interna en sentido puro, 19 Estados lo han hecho mediante remisión a instrumentos convencionales mientras que 11 la incorporan bien en sentido puro bien mediante remisión al derecho convencional. Por otro lado, 65 países se limitan a reconocer el

alcance extraterritorial de la jurisdicción de sus tribunales mientras que en 66 Estados la obligación de extraditar o juzgar sencillamente no se reconoce.

Sin embargo, la aprobación de legislación no es la única manera de manifestar la práctica de los Estados. Por último y a modo de conclusión de este apartado, hallamos el rol fundamental de los tribunales en la generación de práctica estatal y por ende, en la cristalización de un determinado principio como costumbre internacional. Se han identificado más de una docena de casos en países de los 5 continentes en los que los tribunales domésticos han aplicado la obligación de extraditar o juzgar en relación a crímenes de lesa humanidad.

De entre todos, por su actualidad y conexión con España, se ha escogido a modo de ejemplo para ilustrar esta tendencia el procedimiento abierto por los tribunales argentinos para investigar las torturas cometidas durante el franquismo. Sirva para corroborar lo expuesto el reconocimiento que la jueza que se ocupa del caso hace de la vigencia la obligación de extraditar o juzgar, específicamente en relación a los crímenes de lesa humanidad, en el razonamiento jurídico de la orden de detención que dicta contra estos presuntos torturadores y que formula en los siguientes términos:

“(…) como sostiene Relva en su artículo, los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *ius cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut judicare*)”.

4. Conclusión y reflexión final

Llegados a este punto y tras haber presentado los resultados del que representa el único análisis específico de la naturaleza jurídica de la cláusula objeto de estudio, es preciso traer a colación dos cuestiones fundamentales para el ulterior desarrollo de este tema. Por un lado, es esencial subrayar la existencia de una Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad redactada en el seno del Instituto de Derecho de la Universidad de Washington en el 2011, bajo la dirección de Leila Sadat, que incorpora, como mecanismo procesal de lucha contra la impunidad el *aut dedere aut judicare*. A la luz de lo expuesto, puede concluirse que, de ser aprobada, tras su entrada en vigor, la misma tendría un efecto declarativo del derecho consuetudinario existente, lo cual confirmaría la emergente naturaleza de costumbre internacional de esta obligación alternativa con respecto a uno de los más graves crímenes internacionales existentes: el crimen de lesa humanidad.

Se evidencia una vez más la necesidad de llevar a cabo un análisis exhaustivo de las fuentes de la costumbre internacional aquí desglosadas con el fin de extender las respuestas acerca de la naturaleza jurídica de esta cláusula a otros crímenes internacionales.

Por último, es esencial poner de manifiesto que la constatación de las lagunas existentes en el estudio de esta figura responde precisamente al gran potencial de esta herramienta procesal para lograr los ambiciosos objetivos presentados al inicio de este artículo. En este sentido, en un período histórico en el que el derecho internacional es constantemente objeto de críticas por su falta de efectividad y el carácter político de sus decisiones, el fracaso del ejercicio efectivo de la jurisdicción extraterritorial para crímenes internacionales (Langer, 2011) requiere un diagnóstico realista y una solución, que si bien transitoria, resulte constructiva y permita consolidar un derecho penal y procesal internacional sólido.



Todo lo cual nos lleva a hacernos la siguiente pregunta, no con el objetivo de dar una respuesta cerrada o tajante pero sí de invitar a la reflexión: a la luz de las características de la obligación de extraditar o juzgar, entre las que resalta el carácter objetivo y habilitador de su elemento activador (la presencia del acusado en el territorio de un Estado), ¿podemos coincidir con autores que, como Gómez Benítez, afirman que “el Derecho internacional desarrolló el principio *aut dedere aut judicare* como expresión razonable de la jurisdicción universal?” (Gómez Benítez, 2006: 41).

Es posible que así sea, pero el problema es que para que sea eficaz, la obligación de extraditar o juzgar requiere una implementación universal. A menos que todos los Estados incorporen y apliquen este principio, es imposible erradicar los paraísos de impunidad a través del mismo. En este contexto y a modo de cierre, conviene traer a colación la evolución de la regulación de esta cuestión en España. Como es bien sabido, hasta el año 2009, en España se reconocía el principio de jurisdicción universal en su versión más absoluta. Cuando la competencia de los tribunales españoles para investigar crímenes internacionales comenzó a resultar incómoda en el marco de las relaciones con Estados como Israel, China y EEUU, esta se limitó, pasándose a exigir la concurrencia de algunos de los siguientes requisitos: que las víctimas sean españoles (principio de la personalidad pasiva), que el presunto autor se encuentre en el territorio o (y aquí está la clave) que el caso tuviera alguna conexión o vínculo relevante con España, siempre y cuando no se hubiese ya abierto la investigación en otro Estado competente. Estas limitaciones resultaron no ser suficientes para evitarle a España conflictos diplomáticos, lo cual dio lugar a una nueva reforma en el 2014 que, con el fin de impedir una interpretación amplia del vínculo de conexión relevante con España, condicionó la apertura del caso (para estos crímenes internacionales) a que el acusado estuviera presente en el territorio.

Lo que viene a reconocer esta última reforma no es otra cosa que la obligación de extraditar o juzgar para estos crímenes internacionales. Si bien es cierto que no se trata de un reconocimiento negativo *per se*, ya que como se ha visto, se trata de una herramienta procesal con un gran potencial para luchar contra la impunidad, el problema es que, en el caso español, este reconocimiento es una regresión, un retroceso. El destino último que debemos perseguir como comunidad internacional es el de erradicar la impunidad mediante un reconocimiento y aplicación apolítica del principio de jurisdicción universal, pasando quizás, primero y temporalmente, por la obligación de extraditar o juzgar. Realizar este recorrido a la inversa necesariamente pone en duda el alcance del compromiso de un Estado con los derechos humanos.

Bibliografía

- ABAD CASTELOS, M., (2012), “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, pp. 65-90.
- ALBANESE, S., (1992), *Algunas comparaciones entre los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos. Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Rocca, Buenos Aires.
- BASSIOUNI, M.C., y WISE, E.M., (1995), *Aut dedere aut judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, Boston.

- BURKE-WHITE, W.W., (2008), "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice", *Harvard International Law Journal*, vol. 49, pp. 53-108.
- CLAPHAM, A., (2006), "Regional Human Rights Bodies". En: *Human Rights Obligations of Non-State Actors, Academy of European Law*, Oxford University Press, Oxford.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)"*, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Informe Final del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar ("aut dedere aut judicare")*, 66º período de sesiones, 5 de junio 2014, Doc. A/CN.4/L.844,
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., (2000) "Reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional", *Revista española de derecho militar*, núm. 75, pp. 171-205.
- GARCÍA FALCONI, R., (2010), "Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER, G. (eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung e.v., Montevideo, pp. 341-357.
- GILBERT, G., (1998), *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and other mechanisms, International Studies in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (2006), "Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales Nacionales", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, núm. 82, pp. 35-62.
- GROCIO, H., (1925 [1625]), *Del derecho de la guerra y de la paz* (trad. Jaime Torrubiano Ripoll), Editorial Reus, Madrid.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., (2002), "La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas: la discutida posición del Consejo de Seguridad", *Anuario de Derecho Internacional*, 18, pp. 3-31.
- KLEFFNER, (2008), *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, New York.
- LANGER, M., (2011), "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", *American Journal of International Law*, Vol. 105, núm. 1, pp. 1-49.
- MITCHELL, C., (2009), *Aut Dedere aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://books.openedition.org/iheid/249> (fecha de consulta: 30 de enero de 2015).
- O'HIGGINS, P., (1960), "Unlawful seizure and irregular extradition", *British Yearbook of International Law*, vol.36, --. 279-320.
- O'HIGGINS, P., (1964), "Disguised Extradition: The Soblen Case", *Modern Law Review*, vol. 27, pp. 521-539.
- OLÁSULO, H., (2003), "Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, pp. 47-76.
- PLACHTA, M., (1999), "(Non)-Extradition of Nationals: A Neverending Story?", *Emory International Law Review*, vol. 13, pp. 77-160.
- REMIRO BROTONS, A. et al., (2007), *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., (2013), "'Targeted killing': de los ataques letales selectivos a los asesinatos selectivos y a las ejecuciones extrajudiciales". En: DÍAZ BARRADO, C.M. et al., *Derecho internacional*



- humanitario y derechos humanos: reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Civitas, Madrid, pp. 349-350.
- SADAT, L., (2006), "Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, pp. 309-342.
- SATHERWAITE, M., (2008), *The US Program of extraordinary rendition and secret detention under international human rights law, CIA "extraordinary rendition" flights, torture and accountability—a European approach*, European Center for Constitutional and Human Rights, Alemania.
- SCHARF, M., (2011), "Aut dedere aut judicare", *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.mpepil.com> (fecha de consulta: 30 de enero de 2015).
- SOSA NAVARRO, M., (2013), *Aut dedere aut judicare, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional*, Tesis Doctoral, Dtores: Ana Manero Salvador, Carlos Fernández Liesa, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, diciembre 2013.
- VAN STEENBERGHR, R., (2011), "The obligation to extradite or prosecute. Clarifying its nature", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, pp. 1089-1116.



Dopaje

José Luis Pérez Triviño

Universidad Pompeu Fabra

jose.perez@upf.edu

Resumen

En este trabajo se pretende ofrecer una visión panorámica de dos aspectos del dopaje. En primer lugar, una crónica de la evolución del dopaje, y de la persecución del dopaje hasta llegar al momento actual donde organismos como la AMA han desarrollado una lucha sin cuartel contra aquél. En la segunda parte del trabajo abordo cuáles son los principales argumentos en los que se basa tal persecución, para a continuación señalar algunas críticas a dichos argumentos, con el resultado final de cuestionar la intensidad y extensión actual de la lucha antidopaje.

Palabras clave

Dopaje, evolución del dopaje, persecución del dopaje, deporte, paternalismo.

Doping

Abstract

This paper aims to provide an overview of two aspects of doping. Firstly, I provide a short chronicle of the evolution of doping and on the other hand an overview of the fight against doping up to the present time where organizations like the AMA have developed a relentless struggle against it. In the second part of the work I focus the attention into the main arguments that such persecution is based. Finally I point out some criticisms of such arguments, so I question the current intensity and extent of the fight against doping.

Keywords

Doping, evolution of doping, fight against doping, sport, paternalism.

Introducción

Pocos temas del ámbito del deporte han tenido tanta repercusión social y se ha debatido tanto como el dopaje. Aunque no es un fenómeno en absoluto novedoso, en los últimos veinte años ha adquirido una inusitada atención debido, principalmente, a que ídolos deportivos de masas se han visto salpicados por la sospecha (o certeza) de haber tomado sustancias ilegales que mejoraban su rendimiento deportivo. Sin embargo, el dopaje, entendido como el consumo de sustancias o uso de tratamientos con la finalidad de conseguir un aumento artificial del rendimiento deportivo, ha estado presente a lo largo de toda la historia. Lo característico de nuestra época, frente a otras, es que en la actualidad aquél es visto como una cuestión que reviste la categoría de interés general por las repercusiones de distinta índole, -éticas, políticas, sociales-, y en especial, por aquellas que afectan a la salud. La intensa actividad desplegada a nivel mundial con el fin de intentar poner límites a este acuciante problema, y el indiscutible interés interdisciplinar que despierta, son el fiel reflejo de una preocupación que se prevé en progresivo aumento.

Otro aspecto del dopaje digno de ser destacado es que si bien éste ha sido históricamente condenado por la mayor parte de los deportistas, autoridades deportivas y por la sociedad en general, se puede observar que en el último decenio han ido apareciendo voces que cuestionan críticamente la política antidopaje de los organismos internacionales y nacionales. Las mismas voces también señalan que desde el punto de vista moral las razones para estigmatizar el dopaje necesitan ser revisadas meticulosamente ya que quizá no haya motivos para condenar tan severamente la posibilidad de que, en ciertas condiciones, los atletas puedan tomar sustancias o someterse a tratamientos mejoradores. De hecho, la simple operación lingüística de hablar de “mejoras deportivas” en lugar de “dopaje” contribuye a ver el mismo asunto con una perspectiva menos negativa. Así pues, en el presente trabajo habrá dos secciones bien diferenciadas. En la primera se analizará la evolución histórica del dopaje y de la lucha antidopaje, mientras que en la segunda se analizarán los principales argumentos en los que se sustenta la lucha antidopaje y cómo éstos, están siendo puestos en cuestionamiento por algunos teóricos que defienden un cambio en la actual política antidopaje.

1. La evolución del dopaje y del antidopaje

1.1. La evolución del dopaje

Suelen destacarse dos épocas doradas en la historia de la práctica deportiva: la Grecia clásica y la Inglaterra victoriana. Sin embargo, recientes estudios historiográficos han mostrado que tales épocas doradas no existieron y que, de hecho, allá donde el deporte se ha dado, sus protagonistas siempre han tratado de hacer uso de todos los medios posibles con el fin de ganar cierta ventaja competitiva con respecto a sus rivales. La idea de un deporte puro y practicado por sí mismo como medio para alcanzar la excelencia física, por lo tanto, no es más que una ficción. El grado de sofisticación y la naturaleza de los medios de dopaje empleados sí ha variado y, con ello, sus consecuencias más o menos nocivas. Así, se es factible distinguir las siguientes cuatro fases en la historia del dopaje: a) dopaje natural o naturista; b) dopaje químico; c) dopaje biotecnológico.

En el origen del deporte que se sitúa en la Grecia clásica la búsqueda de la mejora competitiva se llevaba a cabo a través del entrenamiento y la dieta, pero también mediante el consumo de productos que se hallaban en la naturaleza: ciertos órganos vitales, líquidos y plantas. En esta época se poseían conocimientos

empíricos respecto al uso anabólico y androgénico de los testículos a través del estudio de los efectos de la castración de los animales domésticos. Haciendo uso de estos conocimientos, tanto los antiguos como los medievales llevaron a cabo prácticas de “organoterapia”. Así, por ejemplo, los atletas griegos pensaron que algo relacionado con el rendimiento físico debía radicar en los testículos, fuesen de cordero o de toro.

Con el avance de la ciencia moderna, sobre todo, de la medicina, el dopaje entró en la etapa del dopaje químico, en la que se pueden distinguir dos fases. La primera se caracteriza por la simpleza de los tratamientos dopantes, que eran llevados a cabo a través de productos químicos puros como la cocaína, la heroína, la cafeína, y el alcohol. Como éstos poseían efectos inmediatos a corto plazo en el rendimiento deportivo, debían ser ingeridos en momentos clave de la competición como, por ejemplo, el final de una carrera. En esta época era frecuente el uso de hojas de coca y otros alcaloides, cuyo principal efecto era eliminar la sensación de fatiga y cansancio. Fue, precisamente, en el siglo XIX, la época del amateurismo, cuando apareció el término “doping”. Éste proviene de un dialecto sudafricano: el kafir, en el que “dop” era una bebida alcohólica, elaborada a través de la piel de la uva, usada en rituales religiosos. Este término se extendió al holandés, como “doop/doopen”, donde se decía que los nadadores de las carreras practicadas en los canales tomaban doop.

Respecto a la segunda etapa del dopaje químico, los productos y tratamientos químicos poseen una naturaleza más compleja, sus efectos se producen más a largo plazo y son más peligrosos. Por ello, su empleo no podía realizarse de modo individual, sino sistemático, es decir, controlado y realizado por médicos y especialistas. Con ello, entramos en la época del “dopaje químico sistematizado”. Entre los nuevos productos y tratamientos que hacen surgir esta segunda etapa se encuentran las anfetaminas, los anabolizantes, y el dopaje sanguíneo, los cuales emergieron como consecuencia de la espiral de innovaciones tecnológicas (Dimeo, 2007: 134).

A partir de los años 60 se empieza a ser consciente del masivo uso de sustancias anabolizantes por parte de los deportistas, y en especial, de sus desastrosos efectos para la salud cuando eran ingeridos masivamente. Con la caída del Muro, se descubrió que varios países del Este de Europa habían llevado a cabo un dopaje sistemático de Estado, cuyos efectos para la salud fueron devastadores: suicidios, cambios de sexo, lesiones y enfermedades, en aras de mostrar al mundo la superioridad del régimen comunista. Pero también en países occidentales se llevó a cabo este tipo de dopaje. Grandes figuras como Ben Johnson, Marion Jones, Lance Armstrong, y sus equipos han protagonizado los principales escándalos de dopaje de nuestro tiempo al recurrir a laboratorios que les han diseñado los sistemas -y sustancias químicas- de dopaje más evolucionados de su momento (Véase Møller, 2010).

Hoy en día, debido al avance de la ciencia, de nuevo, comenzamos a vislumbrar una nueva etapa del dopaje: la biotecnológica. Principalmente, como consecuencia de los resultados del proyecto de desciframiento del genoma humano ha surgido la idea de mejorar nuestras capacidades naturales por medio de la intervención biotecnológica de nuestra naturaleza. La ciencia genética no sólo nos asegura que podemos conocer el código en el que está escrita la naturaleza humana, sino que también nos promete que seremos capaces de mejorarla y modificarla a nuestro antojo.



No obstante, los desarrollos científicos y biotecnológicos que tendrán un impacto ineludible en el deporte no acaban con la ingeniería genética. Además del dopaje genético también habrá que estar atento a las mejoras fisiológicas que aportan las prótesis e implantes corporales que pueden conducir a la creación de ciborgdeportistas (piénsese en el caso de Óscar Pistorius), así como la creación de híbridos y quimeras. Y ello sin contar con las mejoras que podrán darse en otros aspectos del rendimiento deportivo como el aspecto cognitivo y emocional, ámbitos en los que la neurociencia y la farmacología están avanzando a pasos agigantados (Véase Pérez Triviño, 2011: 187-209; 2014a; 2014b).

1.2. Etapas de la lucha anti-dopaje

Durante la etapa del dopaje naturista, así como de la primera fase de dopaje químico no existió una conciencia pública claramente formada en contra de las intervenciones con el fin de mejorar el rendimiento físico de los atletas. No fue hasta 1928 que la Asociación Internacional de Federaciones Atléticas prohibió por primera vez el dopaje. Pero el surgimiento de una conciencia anti-dopaje consistente no surgió hasta la segunda etapa del dopaje químico, sobre todo, debido a los graves efectos secundarios que iban ligados al consumo de anfetaminas y esteroides. Así, en 1968 se comenzaron a practicar los primeros controles de orina para detectar sustancias dopantes durante los Juegos Olímpicos de México. Sin embargo, razones técnicas y políticas hicieron fracasar esta primera fase de la campaña anti-dopaje. Este escenario cambió tras los diversos escándalos relacionados con el dopaje acontecidos en los diez años que van desde 1988 hasta 1998: el positivo por anabolizantes de Ben Johnson en los Juegos Olímpicos de Seúl; la salida a la luz, tras la caída del Muro, de las técnicas de dopaje sistemático llevadas a cabo por el régimen soviético; y, por último, el caso Festina ocurrido en el Tour de Francia de 1998. Dichos sucesos pusieron en alerta roja a las autoridades a cargo del deporte, pues revelaron que una importante cantidad de grandes atletas habían logrado sus hazañas gracias al uso de técnicas de mejora del rendimiento prohibidas. La coordinación entre estados, federaciones nacionales, ligas profesionales y, por supuesto, el COI sería la piedra angular de este ambicioso proyecto, lo cual propició el nacimiento de la Agencia Mundial Anti-Dopaje (AMA) en 1999 con el objetivo de promover y coordinar la lucha contra el dopaje en el deporte en la esfera internacional y se integró de forma paritaria por representantes de organizaciones deportivas, gubernamentales e intergubernamentales. Es especialmente notable que la AMA fuese constituida como una fundación de Derecho privado sometida al derecho suizo¹.

Llegados a este punto, no podemos obviar la mención de algunos problemas técnico-jurídicos surgidos de la complejidad y singularidad del sistema internacional del dopaje que se iba gestando de la mano de la AMA y su Código. En primer lugar, es necesario señalar que la AMA nace como fundación privada sometida al derecho suizo y como único elemento de coerción el previsto en el artículo 4.1 de los Estatutos de la misma atinente al necesario compromiso moral y político de los países integrantes de seguir sus recomendaciones. De esta forma, la apelación al compromiso político no podía considerarse suficiente, especialmente porque algunas de las obligaciones que se intentaban poner en funcionamiento desde la AMA entraban en claro conflicto con preceptos constitucionales de algunos de los países, que consideraban que ésta no constituía justificación suficiente para la reforma de sus constituciones. Esta crisis de lo privado como fórmula de gestión y

¹ Sobre la persecución internacional del dopaje, puede consultarse Pérez González, 2013. Véase también para un examen de la evolución de la lucha antidopaje en España: Atienza Macías, 2014.

solución de los problemas de dopaje, se fue poniendo de relieve y si bien no se optó por la modificación de la personalidad jurídica de la AMA, las dificultades encontradas para vincular a los Estados a través de un instrumento de Derecho (Internacional) Privado como el Código Mundial Antidopaje, llevaron a la búsqueda de un instrumento de Derecho Internacional Público que diera cobertura y una mayor vinculación, al compromiso político adquirido por los Gobiernos. En aras de superar este problema, un paso trascendental tuvo lugar en 2005 cuando se creó la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, que hizo posible la armonización normativa y la efectiva obligatoriedad del Código Mundial Antidopaje en el ámbito territorial de los signatarios. Esta Convención buscaba, por tanto, integrar el Código en el Derecho Internacional Público, imponiendo a los Estados la obligación de adaptar sus legislaciones a los principios contenidos en este Código.

Sin embargo, no deja de existir un problema relativo al grado de vinculación jurídica motivado por el instrumento normativo del que se ha dotado la AMA para este fin a lo que se suma que se trata de un código de corte anglosajón y, por tanto, ajeno a la tradición jurídica de algunos países (entre ellos, España) y que impone en el marco de las relaciones privadas una serie de obligaciones que los Estados no pueden imponer ni siquiera en el marco de relaciones de Derecho Público ya que se pueden producir vulneraciones del esquema nacional e internacional de derechos fundamentales, en especial respecto del derecho a la intimidad.

En cualquier caso, en 2015 entrará en vigor una versión revisada del Código Mundial Antidopaje con el objetivo de continuar mejorando los programas de lucha contra el dopaje en todo el mundo. Entre sus principales novedades destaca el aumento de las sanciones (el dopaje intencional será doblemente sancionado, incrementando el periodo estándar de suspensión a 4 años), así como castigará la introducción de nuevas infracciones, como la complicidad y la asociación prohibida y se amplía el plazo a diez años para poder sancionar.

Y por último, habría que señalar que la lucha antidopaje no solo involucra a organismos deportivos, sino que su dimensión se extiende a los códigos penales de varios países en los que se recoge explícitamente el delito de dopaje entendido como consumo de sustancias mejoradoras del rendimiento deportivo, como se contempla en la ley alemana que castigará al deportista con tres años de prisión o como en el caso español que sin penalizar el consumo, sí sanciona a los que prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten sustancias o grupos farmacológicos prohibidos. Tanto en uno como en otro caso, se ha debatido la necesidad de penalizar unas conductas que no parecen tener tanta gravedad más allá de la afectación a la pureza de las competiciones deportivas.

2. Los argumentos de la prohibición del dopaje

La política contra el dopaje está en la actualidad muy extendida gracias principalmente al impulso de los principales organismos deportivos internacionales y nacionales. El Comité Olímpico Internacional menciona un conjunto de razones contrarias al dopaje: el juego limpio (la equidad y la evitación del engaño), la protección de la salud de los deportistas (evitación del daño) y la integridad y unidad del deporte (los valores internos de la práctica deportiva).

Sin embargo, los puntos de vista sostenidos en general por el COI y la WADA han sido ampliamente discutidos por algunos expertos, que ponen en cuestión estos tres argumentos, además de señalar otros problemas de la actual política prohibicionista, en especial, la falta de criterios claros en la lista de sustancias prohibidas, y los efectos contraproducentes que tiene la propia política



persecutoria (la analogía con la "ley seca" y el fomento de la clandestinidad). Así pues, a continuación expondré los argumentos de la prohibición del dopaje y sus problemas, y en un apartado posterior analizaré las objeciones mencionadas.

2.1. El argumento del daño y el paternalismo justificado

Los autores que se muestran contrarios al dopaje en general, han señalado que estas prácticas suponen algún tipo de daño, ya sea al propio deportista o a otros deportistas.

2.1.1. El daño a sí mismo

Uno de los argumentos más frecuentes contra el dopaje es que los deportistas necesitan estar protegidos frente a amenazas que puedan provocar un daño a su salud (o que incluso pongan en riesgo su vida). En este sentido, la apelación tradicional es que las sustancias o prácticas dopantes pueden afectar negativamente a su salud, ya sea porque su ingesta sea incontrolada, pues no está supervisada médicamente, o porque no se tienen suficientes conocimientos en la actualidad acerca de sus eventuales efectos sobre el organismo. En otras versiones de este argumento se señala que los deportistas no se hallan en la mejor situación para decidir autónoma y racionalmente pues en ciertos casos no están suficientemente informados de los efectos de las sustancias y técnicas dopantes, y en otros, pueden haberse dopados por influencia o incluso coacción ejercida por entrenadores, mánager, autoridades deportivas o por la misma presión ambiental.

2.1.2. El daño a otros

Para algunos prohibicionistas, el dopaje no sólo daña al propio deportista sino que también produce un daño a otros. Este enunciado se puede concretar en diversas afecciones posibles. En primer lugar, con el dopaje el deportista está dañando a sus compañeros y rivales que practican el mismo deporte y con los que puede entrar en competición. En efecto, el atleta que se dopa estaría coaccionando a sus compañeros a que también se doparan. En segundo lugar, puede dañar a la sociedad de dos maneras distintas, afectando a los jóvenes y promoviendo el dopaje entre otras categorías de deportes y practicantes más allá de los profesionales, esto es, los amateurs y los atletas juniors.

2.1.3. El dopaje y la afección a los principios del deporte

Una objeción muy extendida contra el uso por parte de los deportistas de sustancias mejoradoras del rendimiento es que va en contra de la naturaleza de las competiciones deportivas. La idea subyacente es que el dopaje debe ser prohibido porque es, de alguna manera, antitético con la verdadera naturaleza del deporte. En el marco de esta apelación genérica a la "naturaleza del deporte", hay en realidad varias objeciones distintas. Como señala Tamburrini: 1) El dopaje eliminará del deporte su componente de incertidumbre y emoción; 2) Con el dopaje, no sería necesario que los deportistas realizaran esfuerzos o sacrificios para lograr buenos resultados deportivos; 3) La pérdida del espíritu de la práctica deportiva; 4) La pérdida de popularidad del deporte; 5) El dopaje eliminaría o reduciría el elemento humano del deporte; 6) el dopaje supondría una pérdida de los valores humanos del deporte, como ha expuesto Sandel (2007).

3. Los problemas morales de la persecución del dopaje

Los distintos argumentos contra el dopaje expuestos en el apartado anterior han sido puestos en duda por distintos autores que abogan, según los casos por una desaparición de la persecución del dopaje o por un relajamiento de sus prohibiciones y sanciones, y ello, porque los argumentos expuestos en el apartado anterior no parecen tan sólidos.

Con relación a la supuesta incidencia en la igualdad entre deportistas que supondría el dopaje, parece claro que si estuviera permitido, todos podrían ejercer en igualdad de condiciones el derecho a usar o no los tratamientos mejoradores. Por otro lado, el deporte ya es de por sí desigual, pues no todos los deportistas nacen con los mismos talentos o capacidades para el deporte. Y ello, sin mencionar la desigualdad que produce el distinto nivel de riquezas existente entre los distintos países. De hecho, otros autores, como Savulescu, le han dado la vuelta a la objeción, al señalar que el dopaje precisamente podría igualar relativamente a los deportistas y de esta forma superar las desigualdades arbitrarias de la lotería genética.

Frente a la objeción de que el dopaje afecta a la salud, se puede señalar que no deja de ser un argumento paternalista injustificado, pues se estaría interfiriendo en la voluntad y capacidad de decisión de un ser adulto y racional. El argumento antipaternalista clásico establece que la única razón legítima que tiene el Estado para interferir coactivamente en la capacidad de decisión autónoma de los individuos es evitar un daño a terceras personas. Aplicado este argumento a los deportistas, éstos no deberían ver limitada su libertad para decidir tomar sustancias dopantes, aun cuando ello pueda suponerles ciertos riesgos para la salud. Toda prohibición de tomar sustancias dopantes sobre la base de que éstas puedan afectar negativamente a la salud sería una medida paternalista injustificada.

En lo que concierne a la afectación a los valores intrínsecos del deporte, las réplicas han sido varias: 1) La crítica basada en la pérdida de emoción no se puede extender a todas las prácticas deportivas, es decir, que el aumento del factor técnico a través del uso de sustancias farmacológicas mejoradoras del rendimiento reduciría la incertidumbre en algunos deportes, pero no en todos; 2) respecto a la innecesariedad de esfuerzos por parte del deportista, cabe decir que su pretensión es más bien una caricatura acerca de lo que sería el impacto de las tecnologías dopantes en la práctica deportiva, pues si fuera así, cualquier ciclista dopado hubiera podido ganar etapas o incluso una gran vuelta; 3) por otro lado, no necesariamente la fluidez, la habilidad, el desafío, la emoción o el drama se verían afectados por el uso de sustancias mejoradas, más bien, podría suceder lo contrario. Y por último, respecto a la supuesta pérdida del factor humano del deporte se podría replicar que la decisión de tomar una sustancia mejoradora es también una decisión humana y que por otro lado, son ya muchos los avances tecnológicos los que se han aceptado en el deporte contemporáneo sin que se cuestione si aquél ha perdido o no su carácter propiamente humano.

Dado el juego de los argumentos en contra del dopaje y aquellos que los objetan, quizá sería oportuno un replanteamiento global de la persecución del dopaje modulando las prohibiciones en función de los diversos efectos de las sustancias y tratamientos sobre la salud, la propia percepción de los deportistas acerca de lo que debería estar permitido, un mayor respeto a la autonomía personal de los atletas y una reforma de las políticas sancionatorias (para no estigmatizar al deportista) que vaya acompañada de una más comprehensiva campaña educativa de los efectos de algunas sustancias mejoradoras a largo plazo.



Junto a estas contraobjeciones también podrían mencionarse los problemas técnicos de la lucha contra el dopaje, como la arbitrariedad de la lista de sustancias prohibidas, o que la propia persecución genera la creación de un mercado negro del dopaje que puede suponer efectos más graves de los que se tratan de prevenir.

En todo caso, la conclusión a la que se puede llegar es que a pesar de lo mencionado al comienzo del trabajo, el dopaje es un fenómeno mucho más poliédrico de lo que se suele pensar y mucho más debatible, siendo razonable pensar que la actual forma de persecución es cuanto menos discutible.

Conclusiones

A la luz de los argumentos expuestos, el dopaje debería ser analizado desde una doble perspectiva: la legal, según la cual, cualquier deportista que tome una sustancia de la lista prohibida estaría llevando a cabo un fraude, pues al infringir la norma está engañando al resto de rivales colocándolos en una posición desaventajada y con ello, aumentando ilícitamente la posibilidad de obtener beneficios económicos. Sin embargo, si se observa el fenómeno desde el punto de vista no de *lege lata* sino de *lege ferenda* (o desde una perspectiva moral), la conclusión acerca del estatus normativo del dopaje variaría considerablemente, pues en el caso de que se permitiera (con una serie de límites), entonces ya no habría fraude pues todo deportista tendría la opción de acceder a dichos tratamientos mejoradores.

El otro argumento al que se suele apelar para prohibir es el de la protección a la salud. Tras concluir que bajo ese esquema se está tratando paternalistamente a los deportistas, mi conclusión sería que parecería razonable levantar la prohibición de doparse y simultáneamente establecer un esquema regulador donde el consumo de las sustancias mejoradoras del rendimiento estuviera controlado médicamente (evitando así solo los riesgos más severos para la salud del deportista) y disponible en condiciones de igualdad para todos los participantes. De esta manera, se alcanzaría mejor el objetivo principal que precisamente tiene la lucha contra el dopaje, la salud de los deportistas. Los consumos estarían dentro de lo permitido para no dañar seriamente la salud y, a la vez se evitarían los efectos negativos del dopaje clandestino.

Por otro lado, he tratado de mostrar que los otros dos argumentos que sustentan la lucha contra el dopaje no están justificados: la afectación de la igualdad entre deportistas no es mayor con el dopaje que con otros aspectos del deporte y tampoco se viola el "espíritu del deporte" ni se deshumaniza. Tomar sustancias es una decisión del deportistas como cualquier otra estrategia, dieta o sistemas de entrenamiento destinados a mejorar sus resultados. Todas estas elecciones sería fruto de la capacidad del deportista de elegir los mejores medios para superarse a sí mismo. Y con ello, las prácticas deportivas no tienen por qué perder emoción ni popularidad.

Bibliografía

- ATIENZA MACÍAS, E. (2014). "Doping and health protection: a review of the current situation in the Spanish legislation", *The International Sports Law Journal*, 14, no. 1-2 (2014): 138-142.
- DIMEO, P. A (2007), *History of Drug Use in Sport 1876-1976*, Routledge, New York.
- LÓPEZ FRIAS, F.J. (2014), *Mejora humana y dopaje*, Ed. Reus, Madrid.
- MØLLER, V. (2010), *The Ethics of doping and anti-doping*, Routledge, London and New York.

- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (2013), "La lucha internacional contra el dopaje en el deporte". En: VV.AA, *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Dykinson, Madrid.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2011), *Ética y deporte*, Desclee de Brower, Bilbao.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2014). "Sport Enhancement: from Natural Doping to Brain Stimulation", *International Journal of Technoethics*, vol. 5, 2, pp. 82-93.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2014b), "Mood Enhancement and Doping", *Performance Enhancement and Health*, vol. 3, no 1, pp. 26-30.
- SANDEL, M. (2007), *Contra la perfección*, Marbot ed., Barcelona.
- SAVULESCU, JULIAN-FODDY, B.-CLAYTON, M. (2004,), "Why we should allow performance enhancing drugs in sport", *British Journal of Sports and Medicine*, 38, pp. 666-674.
- SCHNEIDER, A., BUTCHER, R. (2000), "A philosophical overview of the argument on banning doping in sport". En: TAMBURRINI C. and TÄNNSJÖ T. (eds.), *Values in Sport: Elitism, Nationalism, Gender Equality and the Scientific Manufacturing of Winners*, E&FN Spon, New York, pp.185-199.
- TAMBURRINI, C.M. (2000). "What's wrong with doping?". En: TAMBURRINI C. and TÄNNSJÖ T. (eds.), *Values in Sport: Elitism, Nationalism, Gender Equality and the Scientific Manufacturing of Winners*, E&FN Spon, New York, pp. 200-216.





Justicia Transicional*

Javier Dorado Porras

Universidad Carlos III de Madrid

javier.dorado@uc3m.es

Resumen

El texto analiza el surgimiento del concepto de justicia transicional y su evolución, centrándose en algunos de los principales instrumentos que han conformado este campo de estudio, como son los juicios penales, las comisiones de la verdad y las medidas de reparación, y algunos de los debates planteados en torno a los mismos.

Palabras clave

Justicia transicional, violaciones de derechos humanos, justicia penal, comisiones de la verdad, amnistías, reparaciones, reconciliación, paz, conflictos armados.

Transitional Justice

Abstract

The article analyzes the emergence of the concept of transitional justice and its evolution, focusing on some of the main instruments that have shaped this field, as criminal prosecutions, truth commissions and reparations, and several debates about them.

Keywords

Transitional justice, human rights violations, criminal justice, truth commissions, amnesties, reparations, reconciliation, peace, armed conflicts.

* El presente trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación “Los derechos humanos en el siglo XXI: retos y desafíos del estado de derecho global” del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Código del Proyecto: 2012/00077/001; Investigador Principal: Francisco Javier Ansuátegui Roig)

Introducción

Si bien los mecanismos de justicia transicional han existido históricamente con carácter previo a la aparición del propio término *justicia transicional* o *justicia de transición* (Elster, 2006), la forma, dimensión e importancia que han adquirido durante las últimas décadas ha hecho que su estudio e implementación haya pasado a convertirse en un campo específico de la investigación, activismo y trabajo dentro del terreno de los derechos humanos.

La aparición de las prácticas de justicia transicional, tal y como las entendemos hoy en día, debe localizarse con propiedad dentro de los procesos de transición que han tenido lugar durante la *tercera ola* del proceso de democratización (Huntington, 1998), con el intento de rendir cuentas con un pasado de violaciones de derechos humanos y, a la vez, generar dinámicas que permitieran asegurar, de cara al futuro, la democracia y el respeto a los derechos humanos. Se trata de un movimiento que inicialmente se alimentó de las experiencias de América Latina y Europa del Este y que ha ido conociendo nuevos desarrollos e incorporando la consideración y tratamiento de conflictos más profundos y complejos como serían los de Ruanda, la antigua Yugoslavia, Timor del Este, Sierra Leona, la República Democrática del Congo, Colombia, etc. Así, durante los últimos años, la realidad y los retos que deben enfrentar los procesos de justicia transicional han ido cambiando, introduciendo situaciones más complejas que relacionan a los mecanismos de justicia transicional directamente con las prácticas de paz y resolución de conflictos y la necesidad de promover el desarrollo social y económico, la buena gobernanza o las formas de incluir a los grupos afectados en el proceso de reconstrucción.

Durante los pocos años de existencia de la disciplina ha ido tomando forma una suerte de paradigma sobre la comprensión de las prácticas de justicia transicional que no sólo goza de cierto consenso dentro del contexto académico, sino que, además, cuenta con el respaldo de la comunidad internacional.

Así, en el ámbito académico, son muchos los investigadores que, desde diversas disciplinas académicas, han contribuido a ir dando forma a un *corpus* de estudios sobre justicia transicional amplio y muy diverso (Chinchón, 2011). Desde la aparición por primera vez del término justicia transicional (Kritz, 1995), el número trabajos sobre esta temática no ha parado de crecer. En esta línea, habría que destacar la fundación en 2006 de la *African Transitional Justice Research Network*, una red de profesionales dedicada a fomentar los estudios y prácticas de justicia transicional en el continente africano, o la creación en 2007 de la *International Journal For Transitional Justice* -publicada por *Oxford Journals*- que se ha convertido ya en una referente en la difusión de este tipo de estudios. En estos años, además, el análisis del modelo de justicia transicional ha empezado a introducirse de manera cada vez más patente en los programas académicos de diversas universidades de todo el mundo.

Por otro lado, la recurrencia de contextos transicionales ha ido captando la atención no solo de organizaciones como *Amnistía Internacional* o *Human Rights Watch*, sino que también ha estado detrás del surgimiento de otras entidades dedicadas exclusivamente al asesoramiento para la implementación de los diversos mecanismos de justicia transicional como sería, significativamente, el caso del *International Centre for Transitional Justice*. Igualmente, estos trabajos han acabado introduciéndose en la agenda de la política exterior de la mayoría de los países democráticos y, sobre todo, en la de las Naciones Unidas.



Merece destacarse, en este sentido, el primer informe –del año 2004– del Secretario General de Naciones Unidas sobre *El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*¹, que influirá decisivamente en el lanzamiento –a partir del año 2006– por el Alto Comisionado de Derechos Humanos, de diferentes documentos denominados *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. Se trata de un conjunto de documentos para afrontar las transiciones en situaciones de post-conflicto, y que pretenden ser unas guías prácticas para el personal de Naciones Unidas en sus misiones, a través de una serie de “mejores prácticas” que, aunque no son vinculantes, han tenido una gran influencia en este campo².

Igualmente, debe destacarse la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Resolución 60/147³, de 2005, de *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, que junto con la Resolución 40/34⁴, de 1985, de *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, están llamadas a conformar el estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales, especialmente aplicable al ámbito de la justicia transicional.

El presente trabajo tiene la intención de hacer un repaso de esta disciplina a partir del análisis de tres de los principales mecanismos que componen el campo de la justicia transicional: Juicios penales, comisiones de la verdad y reparaciones. Teniendo en mente que, dada la ingente bibliografía sobre el tema y el continuo crecimiento de esta disciplina, presentar un panorama exhaustivo sería algo absolutamente imposible dada la limitada extensión del trabajo, y dada la consideración del papel central que las víctimas deben ocupar en los procesos transicionales, parece poder afirmarse que estos mecanismos son los que mejor reflejan la común y ya conocida demanda de las víctimas de satisfacción de sus derechos a la justicia, la verdad y la reparación. Por supuesto, la selección de los aspectos tratados en el trabajo se corresponde con los intereses investigativos del autor y la voluntad de reflejar aquéllos elementos del tema que, según el mismo, pueden resultar más relevantes o atractivos.

1. Justicia penal

La justicia penal es uno de los mecanismos centrales para rendir cuentas con un pasado de violaciones de derechos humanos, especialmente cuando se trata de graves violaciones de los derechos humanos y crímenes internacionales. En todo caso, y a pesar de que las persecuciones penales han aumentado

¹ UN Doc S/2004/616, de 23 de Agosto de 2004, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2015)

² Estos documentos han trabajado diferentes mecanismos y políticas de justicia transicional entre los que se encuentran: 1) las Comisiones de la verdad; 2) la cartografía del sector de la justicia; 3) la supervisión del sistema de justicia; 4) las iniciativas de enjuiciamiento; 5) los procesos de depuración o *vetting*; 6) los programas de reparación; 7) el aprovechamiento del legado de los tribunales híbridos o mixtos; 8) las amnistías; y 9) las consultas nacionales sobre la justicia de transición. Todos estos documentos están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/MethodologicalMaterials3.aspx> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2015)

³ UN Doc A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2015)

⁴ UN Doc A/RES/40/34, de 29 de noviembre de 1985, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf (Fecha de consulta: 28 de enero de 2015)

considerablemente en los últimos años, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, lo cierto es que la impunidad sigue siendo hoy más la regla que la excepción y la práctica de la impunidad ha resultado ser el precio político a pagar para conseguir el fin de la violencia o el cambio de sistemas autoritarios o totalitarios a regímenes democráticos (Bassiouni, 1996a; Bonet y Alija, 2009).

1.1. Persecución Penal vs. Amnistías

Uno de los aspectos más debatidos de la literatura sobre justicia transicional es el referido a la tensión entre justicia –entendida como castigo penal- y paz –entendida como perdón e impunidad-, que se manifiesta especialmente en el conflicto entre persecución penal y amnistías. Las diferentes posiciones se encuadran como más o menos cercanas a algunos de los dos polos extremos y teóricos del debate, el polo “legalista” y el polo “pragmático” (Chinchón, 2009; Forcada, 2011).

Por un lado, el polo “legalista”, desde una posición *principalista*, vendría a defender en todo caso la persecución penal y criticar la impunidad básicamente sobre los siguientes argumentos (Bassiouni, 1996b; Borneman, 1997; Orentlicher, 1991; Roth-Arriaza, 1995): 1) La persecución penal pondría al Estado en el buen camino de la democracia, al no hacer excepciones a la aplicación del Derecho y contribuir así al restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en el imperio de la ley; 2) La aplicación del imperio de la ley en el ámbito penal supondría el cumplimiento de ciertos fines que son valiosos en sí mismos, y que pueden ser definidos de forma genérica como los fines de la pena (retribución, prevención –general y especial- y reinserción); 3) Sólo a través de dicha persecución puede satisfacerse plenamente la legalidad internacional y las normas desarrolladas dentro de este marco en la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

Independientemente de la mayor o menor relevancia que se le otorgue a estos argumentos a favor de la persecución penal, desde el polo “pragmático”, más preocupado por algunas consideraciones de *realpolitik*, se ha puesto de relieve que hay muchos contextos transicionales en los que la aplicación de la justicia penal puede poner en peligro valores como la paz y la estabilidad social y/o la continuación o consolidación del régimen democrático. Se hace así hincapié en los casos en los que el planteamiento de la persecución penal pueda, en el caso de una transición de un régimen autoritario o dictatorial a una democracia, ocasionar la vuelta al primero; o en el caso de la transición de un conflicto armado a una situación de paz, la vuelta al conflicto o la pérdida de interés en su finalización por parte de los actores del mismo.

No obstante, incluso en este caso, cuya problemática se ha planteado de forma especialmente relevante, aunque no exclusiva, en el plano de las negociaciones de paz para salir de conflictos armados, el polo “legalista” –que aparecería representado por el posicionamiento de Naciones Unidas, las ONG de derechos humanos, ciertos sectores de la judicatura y parte de la academia-, sigue fiel a su posición, defendiendo una política de *tolerancia cero* al menos con respecto a las amnistías para graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario desde la consideración de que justicia y paz deben, en todo caso, ir de la mano y no admiten canje.

Por su parte, desde el polo “pragmático”, se defiende la conveniencia de las mismas, en algunos casos incluso para este tipo de violaciones e infracciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional



Humanitario, desde diferentes argumentos (Freeman, 2009; Freeman y Van Ert, 2004; Mallinder, 2008; Pensky, 2008; Scharf, 1999; Seibert-Forh, 2004; Stahn, 2005; Trumbull, 2007; Uprimny y Lasso, 2004; Young, 2002): 1) Las amnistías siguen siendo una herramienta básica en las negociaciones de paz y, por tanto, aunque no todas las experiencias al respecto confirmen este dato, prescindir de las mismas puede truncar la paz y generar la repetición de las graves violaciones; 2) Cuando estas amnistías reflejan un claro sentimiento público en la comunidad doméstica, la posición de *tolerancia cero* puede verse como una interferencia de la comunidad internacional a los ojos de la población local y tener un efecto negativo en la legitimidad de quienes defienden esta política, especialmente si se tiene en cuenta que el derecho internacional es mucho menos público y participativo que el derecho doméstico y que muchos de los Estados occidentales que marcan la agenda de la comunidad internacional han utilizado las amnistías en el pasado. Así, la posición de Naciones Unidas puede ser vista como una doble moral o rasero que se utiliza, ahora, para condenar a muchos Estados que se sitúan en *los márgenes* de la comunidad internacional -especialmente si se trata de Estados *débiles* o *fallidos*- a una espiral de violencia y conflicto de difícil solución; 3) Las amnistías son compatibles con la legalidad internacional, siempre que no se trate de *blanket amnesties*, es decir, de amnistías generales e incondicionadas cuya finalidad única es la impunidad, y se someta la concesión de la amnistía -individualizada- al cumplimiento de una serie de condiciones que, en general, tienen que ver con la entrega de armas, la desmovilización, la promoción de la reconciliación y la satisfacción de los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

2. Comisiones de la verdad

Desde la propia comprensión de la justicia transicional, no basta con que quienes hayan perpetrado violaciones a los derechos humanos sean castigados, sino que -desde la consideración de la necesaria re-dignificación de las víctimas y la importancia de que dichas violaciones no vuelvan a repetirse- se hace necesaria, además, la articulación de mecanismos de esclarecimiento de la verdad y reconstrucción de la memoria histórica.

2.1. De la verdad judicial a las comisiones de la verdad.

Es cierto que los juicios son una primera forma de satisfacer esta demanda de verdad. Sin embargo, desde quienes han trabajado en el campo de la justicia transicional, se pone de relieve el carácter insuficiente de esta verdad judicial desde los siguientes argumentos (Chouliaras, 2010; Chuter, 2003; Drumbl, 2007; Fletcher y Weinstein, 2002; Findlay, 2008; Jaspers, 2000; Koskeniemi, 2002; Mertus, 2000; Osial, 2005; Teitel, 1999; Uprimny y Saffon, 2006): 1) El proceso judicial suele manejar una visión instrumentalista de la verdad, con un proceso inherentemente contra-narrativo y poco sensible con los derechos e intereses de las víctimas. Éstas sólo van a poder contar aquéllos hechos que tienen que ver con determinadas acciones susceptibles de calificación penal y, más concretamente, aquéllos sobre los que existen pruebas suficientes para poder conseguir la condena, y además, el sometimiento de las víctimas, como testigos, a las preguntas de la defensa (*cross-examination*), puede incluso provocar una re-victimización; 2) Los juicios aportan una verdad parcial y pragmática, algo que queda todavía más patente en el caso de los crímenes en masa, al tratarse de crímenes que, desde el punto de vista fenomenológico, tienen una clara diferencia con los crímenes ordinarios: el elemento colectivo, o de grupo. Por la propia naturaleza del proceso judicial centrado siempre en la responsabilidad individual, el Estado (o la organización a la que pertenezcan los agresores o la mera colectividad) no figuran claramente como un agente responsable sino, implícitamente, como un actor en la sombra, y ello aunque los

mismos puedan ser claramente culpables de lo ocurrido, no desde un punto de vista *jurídico*, pero sí *moral* o *metafísico*. De esta forma, los juicios no nos ofrecen un panorama completo de lo ocurrido, y se limitan a la participación criminal de los agresores, excluyendo el papel de otros actores y contribuyendo así al mito de la inocencia colectiva. 3) Además, los juicios relativos a graves violaciones de derechos humanos, por el contexto en que éstas se producen, suelen encontrarse con grandes problemas que dificultan enormemente el establecimiento y la configuración de la verdad judicial, y que tienen que ver con la pérdida de pruebas documentales, pérdida de memoria ante los nervios generados por las preguntas de la defensa, barreras lingüísticas y cuestiones culturales.

Todo lo anterior explica que se defiendan formas complementarias de conocimiento de lo acontecido que vayan más allá de los instrumentos estrictamente jurídico-legales (McEvoy, 2007). De entre todos ellos, aunque evidentemente no el único (Aguilar, 2008; Druliolle, 2014), sobresalen las comisiones de la verdad, que no solamente ha contado con el apoyo claro del mundo del activismo de los derechos humanos, sino también de Naciones Unidas, que ha defendido su conveniencia en los procesos de paz en los que ha participado e incluso se ha preocupado de establecer un marco de *mejores prácticas* con respecto a las mismas⁵.

Así, se han convertido, en pocos años, en uno de los elementos centrales en este campo (Hayner, 2011). El primer caso paradigmático fue el de la CONADEP (Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas) establecida por el gobierno argentino en 1983, aunque el término “comisión de la verdad” no ganó fuerza hasta unos años después, con la creación de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación en Chile (1990) y la Comisión de la Verdad de El Salvador (1992). Posteriormente, la creación de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica (1995) para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante el régimen del *apartheid*, y con una gran repercusión nacional e internacional, supuso el despegue definitivo de este mecanismo de justicia transicional, replicándose por todas las partes de nuestro planeta hasta el punto de que hoy es difícil encontrar un ejemplo de una transición política o de post-conflicto en la que la idea del establecimiento de una comisión de la verdad no se haya tenido en cuenta.

2.2. Funciones de las comisiones de la verdad

La principal función de las comisiones de la verdad, evidentemente, es el esclarecimiento de la verdad a través de la construcción de una verdad más amplia que la judicial, que satisface mejor los derechos e intereses de las víctimas y de la sociedad en su conjunto incorporando elementos más propios de la *justicia restaurativa* (Villa-Vicencio, 2007).

El cumplimiento de este primer fin de búsqueda y narración de la verdad (*truth-seeking* y *truth-telling*) suele ser generalmente reconocido por la mayoría de los autores que trabajan en el campo de la justicia transicional, centrándose el debate en otras funciones cuyo cumplimiento resulta mucho más dudoso, y entre los que merecen destacarse, especialmente, la curación (*healing*) de las víctimas y la reconciliación.

⁵ Véase, en este sentido, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, citado.



En el caso concreto de la curación (*healing*) de las víctimas, los estudios psicológicos parecen haber mostrado que el testimonio es el componente más importante de la terapia de supervivientes de abusos traumáticos de derechos humanos, su *pieza central* (Cienfuegos y Monelli, 1983; Mollica, 1998). Así, el testimonio desarrollado en el ámbito de las comisiones de la verdad, al darles la oportunidad a las víctimas de desarrollarlo en el seno de una comisión oficial, respetuosa, no-confrontacional (como los juicios), y genuinamente interesada en sus historias (Hayner, 2011), podría contribuir a contrarrestar los efectos de lo que se ha denominado *la conspiración del silencio*, y que acaba produciendo en las víctimas un profundo sentimiento de aislamiento, soledad y desconfianza en el conjunto de la sociedad (Danielli, 1998; 2007). En todo caso, debe tenerse en cuenta que esa curación (*healing*) de las víctimas de violencia suele producirse en procesos continuados de terapia y que, por tanto, sus efectos en las comisiones de la verdad, donde las víctimas cuentan su historia una sola vez y ante un público extraño, no debe ser sobrevalorado, al no existir datos suficientes que confirmen esa hipótesis (Hayner, 2011; Wiebelhaus-Brahm, 2010).

En cuanto a la reconciliación, y más allá del caso concreto sudafricano - primero en incorporar esta dimensión en el nombre de este tipo de comisiones- , lo cierto es que la idea de que las comisiones de la verdad puedan contribuir a la reconciliación ha planteado grandes dudas y debates. Gran parte de la literatura es escéptica, haciendo ver que es problemático considerar a las sociedades como psiques unitarias que pueden verse afectadas por macro-procesos específicos (Hamber y Wilson, 2002). Dicho objetivo parece más factible si entendemos la reconciliación en un sentido débil, es decir, si se maneja una concepción minimalista de reconciliación como mera coexistencia pacífica (Afzali y Colleton, 2003). En un sentido fuerte o maximalista, parece evidente que la reconciliación es un proceso mucho más a largo plazo que el que puede generarse a través de una comisión de la verdad (Halpern y Weinstein, 2004; Huyse, 2003; Wiebelhaus-Brahm, 2010).

3. Reparaciones

Otro de los mecanismos centrales de la justicia transicional es la reparación, hasta el punto de que muchas de las comisiones de la verdad han incluido, entre sus recomendaciones, la activación de este mecanismo -a través de programas administrativos masivos de reparación- como pieza clave del éxito de los procesos transicionales. Además de estos programas nacionales de reparación, las reparaciones también han sido un elemento presente en los fallos de algunos tribunales nacionales, de los tribunales de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, y de la propia justicia penal internacional⁶.

En cuanto a los tipos, dicha reparación puede ser tanto *material* como *moral* o *simbólica*.

Dentro de la reparación *material*, que tiene una dimensión individual, directamente relacionada con la víctima, pueden distinguirse tres tipos de reparación.

⁶ Merece destacarse aquí el Estatuto de Roma, de creación de la Corte Penal Internacional, que reconoció un derecho de reparación muy amplio a las víctimas, haciéndose eco de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y que refleja un concepto más protector del individuo considerado como víctima, incorporando una preocupación central por la reparación y creando un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas (Vid. Arts. 75 y 79 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

La *restitución*, que, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. Se trata, por tanto, de devolver a la persona, en la medida de lo posible, al *statu quo* anterior a la violación, y comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

La *indemnización* por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Se trata, aquí, de reparar a través de la cuantificación económica de las siguientes situaciones: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales.

La *rehabilitación*, que supone asistir a la víctima en su recuperación por un daño físico o psicológico serio. Esta clase de reparación incluye todos los tratamientos médicos y clínicos futuros tendentes al cuidado de esos daños, y se extiende también a los servicios legales y sociales necesarios para la víctima.

Por lo que respecta a la reparación moral o simbólica, también denominada *satisfacción*, ésta tiene una dimensión individual claramente restaurativa para las víctimas, y también una dimensión colectiva, vinculada con la no-repetición de las violaciones, e incluye medidas tan distintas como la cesación de las violaciones, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, las disculpas oficiales, la realización de conmemoraciones y homenajes a las víctimas, fallos judiciales que establezcan la dignidad y reputación de las víctimas, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los victimarios, así como la reforma institucional, legal y social.

3.1. Reparación judicial vs. programas administrativos de reparación

En relación a la alternativa entre reparación judicial o programas administrativos masivos de reparación, la literatura específica sobre reparaciones en los contextos transicionales ha resaltado ciertos problemas que tienen que ver con la que podría denominarse la *inadecuación del poder judicial* para hacer frente a las reparaciones en estos contextos, destacando entre ellos (De Greiff, 2006; Hayner, 2011; Malamud-Goti, 2006): 1) la gran cantidad de casos que puede colapsar el sistema judicial, cuando se trata de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos; 2) La afección del poder judicial al régimen anterior; 3) la posibilidad de que la estructura judicial, en casos de conflicto armado, sea inexistente o esté tan deteriorada como para que no se puedan llevar a cabo los juicios con las garantías suficientes; 4) La situación de pobreza de muchas de las víctimas, que supone un desigual acceso a la justicia que rompe con la unidad de las víctimas; 5) La propia estructura del proceso judicial, y especialmente el principio de contradicción, que puede situar a la víctima y sus seres queridos en una percepción relativamente escéptica con respecto al Estado; 6) El carácter central de las consideraciones económicas en la reparación judicial, que tienden a producir cierta frustración entre sus beneficiarios, quienes se quejan de que estos procesos se mueven solamente en consideraciones económicas, mientras que lo que ellos quieren es hablar de sus experiencias de victimización, 7) La imposibilidad -al



menos en contextos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos- de afrontar el coste de las indemnizaciones bajo los parámetros y conforme a la jurisprudencia de las reparaciones judiciales en países pobres o en vías de desarrollo.

Además, se alega que los programas masivos de reparación tienen ciertas ventajas teóricas frente a la reparación judicial (De Greiff, 2006): 1) Se trata de procedimientos administrativos que no presentan algunas de las dificultades y costes asociados a la litigación judicial, como los retrasos a la hora de dictar sentencia, los altos costes de la litigación, la necesidad de presentar pruebas que superen el test judicial de admisibilidad (lo que en algunos casos puede llegar a ser imposible), las cuestiones psicológicas asociadas al enfrentamiento con el victimario y a la revelación pública de los hechos, o el riesgo real de una decisión contraria que puede resultar devastadora para la víctima. Los programas de reparación pueden distribuir indemnizaciones más pequeñas en términos absolutos, pero comparativamente más importantes que las garantizadas por los tribunales si se tienen en cuenta estos factores; 2) Los programas masivos de reparación, tienen una consideración de la justicia más amplia, y que casa mejor con la justicia transicional, en la que la misma se desarrolla desde el individuo, pero considerado como ciudadano, y por tanto, insertado en la comunidad política y mirando no sólo al pasado sino al futuro. Desde esta consideración, la reparación se desarrolla desde tres objetivos: el *reconocimiento* de las víctimas como ciudadanos iguales en derechos, el restablecimiento de la *confianza cívica* entre los ciudadanos y la *solidaridad* para con las víctimas.

No obstante, los programas administrativos de reparación, han planteado también algunos problemas relacionados tanto con el diseño de los mismos como con su implementación y entre los que pueden citarse, entre otros (Beristáin, 2009; Chinchón, 2007; Correa, 2014; Díaz, 2008; 2014; Díaz, Sánchez y Uprimny, 2009; Rubio, 2013; Rubio-Marín, 2006; 2009): 1) la definición del *universo de víctimas* que van a beneficiarse de las reparaciones, que ha planteado, de forma especial, el problema de la exclusión de determinadas categorías de víctimas –en algunos casos incluso de aquéllas que pertenecen a grupos especialmente vulnerables- para no llegar a un número demasiado amplio de beneficiarios de indemnizaciones o la priorización de los excombatientes frente a las víctimas en general; 2) la determinación de los estándares de reparación, donde son especialmente relevantes las cuestiones de los tipos de reparación en los que se tiene que centrar el programa y la elección de medidas más orientadas a la reparación *material* o a la *simbólica*, así como la cuestión del papel del principio de proporcionalidad con respecto al daño sufrido por la víctima y el problema del intercambio de reparación por verdad y/o justicia dando lugar a la impunidad de los agresores; 3) la dilación y el incumplimiento más o menos parcial de los programas en su implementación.

Bibliografía

- AFZALI, A., y COLLETON, L. (2003), “Constructing Coexistence: A survey of Coexistence Projects in Areas of Ethnic Conflict”. En: CHAYES, A., y MINOW, M., *Imagine Coexistence: Restoring Humanity after Violent Ethnic Conflict*, Pon Books-Jossey-Bass, San Francisco, pp. 3 y ss.
- AGUILAR, P. (2008), *Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid.
- BASSIOUNI, M. C. (1996a), “Searching for peace and achieving justice: the need for accountability”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 59-4, pp. 9 y ss.
- BASSIOUNI, M. C. (1996b) “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 59-4, pp. 63 y ss.

- BERISTÁIN, C. (2009), *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito.
- BONET, J., y ALIJA, R. A. (2009), *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- BORNEMAN, J. (1997), *Settling Accounts: Violence, Justice and Accountability in Postsocialist Europe*, Princeton University Press, Princeton.
- CHOULIARAS, A. (2010), "Discourses on International Criminality". En: SMEULERS, A. *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 65 y ss.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2007), *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2009), "Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar crímenes pasados. En: ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C., *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 343 y ss.
- CHINCHÓN ALVAREZ, J. (2011), "Justicia Transicional". En: ESCUDERO ALDAY, R., *Diccionario de Memoria Histórica. Conceptos contra el olvido*, Catarata, Madrid, pp. 101 y ss.
- CHUTER, D. (2003), *War Crimes. Confronting Atrocity in the Modern World*, Lynne Rienner, London-Boulder (Colorado).
- CIENFUEGOS, A. J., y MONELLI, C. (1983), "The Testimony of Political Repression as a therapeutic Instrument", *American Journal of Orthopsychiatry*, núm. 53, pp. 43 y ss.
- CORREA, C. (2010), "Experiencias internacionales de reparaciones económicas". En: CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, *¿Cómo cuantificar el dolor? Aportes para reparaciones económicas individuales para las víctimas del conflicto armado interno*, Lima, pp. 24 y ss.
- CORREA, C., (2014), "Verdad, justicia y reparación. Los grupos vulnerables y la justicia transicional". En: DORADO, J., *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, Dykinson, Madrid, pp. 129 y ss.
- DANIELI, Y. (1998), *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma*, Plenum Press, New York.
- DANIELI, Y. (2007), "Essential Elements of Healing after Massive Trauma. Complex need voiced by victims/Survivors". En: SULLIVAN, D., y TIFT, L. *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, New York, pp. 343 y ss.
- DE GREIFF, P. (2006), "Justice and Reparations". En: DE GREIFF, P., *Handbook of Reparations*, ICTJ-Oxford University Press, New York.
- DÍAZ, C. (2008), *Reparaciones para las víctimas de violencia política. Estudios de caso y análisis comparado*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá.
- DÍAZ, C. (2014), "La reparación de las mujeres víctimas. Una oportunidad de transformación". En: DORADO, J., *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, Dykinson, Madrid, pp. 129 y ss.
- DÍAZ, C., SÁNCHEZ, C. N., y UPRIMNY, R. (2009), *Reparar en Colombia. Los dilemas en contexto de conflicto, pobreza y exclusión*, Centro Internacional para la Justicia Transicional y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá.
- DRULIOLLE, V. (2014), "Políticas de la memoria", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, pp. 198 y ss.
- DRUMBL, M. A. (2007), *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge.



- ELSTER, J. (2006), *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires.
- FINDLAY, M. (2008), *Governing Through Globalised Crime. Futures for the International Criminal Justice*, Willam Publishing, Cullompton (Reino Unido)-Portland (Oregon).
- FLETCHER, L. E., y WEINSTEIN, H. M. (2002), "Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation", *Human Rights Quarterly*, núm. 24, pp. 573 y ss.
- FORCADA, I. (2011), *Derecho Internacional y Justicia Transicional*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra.
- FREEMAN, M. (2009), *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FREEMAN, M., y VAN ERT, G. (2004), *International Human Rights Law*, Irwin Law, Toronto.
- HALPERN, J., y WEINSTEIN, H. (2004), "Rehumanizing the Other: Empathy and Reconciliation", *Human Rights Quarterly*, núm. 26, pp. 561 y ss.
- HAMBER, B., y WILSON, R. (2002), "Symbolic Closure Through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies", *Journal of Human Rights*, I, I, pp. 35 y ss.
- HAYNER, P. B. (2011), *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truths Commissions* (second edition), Routledge, New York.
- HUNTINGTON, S. P (1998), *La Tercera Ola: La Democratización a Finales del Siglo XX*, Paidós, Barcelona
- HUYSE, L (2003), "The Process of Reconciliation". En: BLOOMFIELD, D., BARNES, T., y HUYSE, L., *Reconciliation after Violent Conflict: A Handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Estocolmo.
- JASPERS, K. (2000), *The Question of German Guilt*, Fordham University Press, New York.
- KRITZ, N. (1995), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995 (4 vols.)
- KOSKENNIEMI, M. (2002), "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, núm. 6, pp. 1 y ss.
- MALAMUD-GOTI, J. E., y GROSSMAN, L. S. (2006), "Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies". En: DE GREIFF, P., *Handbook of Reparations*, ICTJ-Oxford University Press, New York, pp. 539 y ss.
- MALLINDER, L. (2008), *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, Hart Publishing, Oxford & Portland (Oregon).
- McEVOY, K. (2007), "Beyond legalism: Towards a thicker Understanding of Transitional Justice", *Journal of Law and Society*, núm. 34, pp. 411 y ss.
- MERTUS, J. (2000), "Truth in a box: the limits of justice through judicial mechanisms". En: AMADIUME, I., y AN-NAÍM, A., *The Politics of Memory. Truth, Healing and Social Justice*, Zed Books, London-New York.
- MOLLICA, R. (1998), "The Trauma Story: The Psychiatric Care of Refugee Survivors of Violence and Torture". En: OCHBERG, F. M. *Post-Traumatic Therapy and Victims of Violence*, Bruner-Mazel, New York.
- ORENTLICHER, D. F. (1991), "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, núm. 100, pp. 2537 y ss.
- ONU. Asamblea General (1985), *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Resolución 40/34, UN Doc A/RES/40/34, de 29 de noviembre de 1985, disponible en la siguiente dirección electrónica:

- http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf (Fecha de consulta: 28 de enero de 2015)
- ONU. Secretario General (2004), *El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, UN doc S/2004/616, de 23 de Agosto de 2004, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2015)
- ONU. Asamblea General (2006), *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, UN Doc A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> (Fecha de consulta: 28 de enero de 2015)
- ONU. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de los Derechos Humanos (2006-2009), *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, New York-Geneve, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/MethodologicalMaterials3.aspx> (Fecha de Consulta: 28 de enero de 2015)
- OSIEL, M. (2005), "The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass Atrocity", *Columbia Law Review*, núm. 105, pp. 1751 y ss.
- PENSKY, M. (2008), "Amnesty on Trial: Impunity, Accountability and the Norms of International Law", *Ethics and Global Politics*, núm. 1, pp. 1 y ss.
- ROTH-ARRIZA, N. (1995), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford.
- RUBIO ESCOLAR, S. (2013), "Los programas de reparaciones como respuesta a la necesidad de resarcir violaciones graves de los derechos humanos", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 18, pp. 96 y ss.
- RUBIO-MARÍN, R. (2006), *What happened to the women? Gender and reparations for human rights violations*, Social Science Research Council, New York.
- RUBIO-MARÍN, R. (2009), *The gender of reparations. Unsettling sexual hierarchies while redressing human rights violations*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SCHARF, M. (1999), "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, núm. 32, pp. 507 y ss.
- SEIBERT-FORH, A. (2004), "The Relevance of the Rome Statute of the International Court for Amnesties and Truth Commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, núm. 7, pp. 553 y ss.
- STAHN, C. (2005), "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, núm. 3, pp. 695 y ss.
- TEITEL, R. G. (1999) "The Universal and the Particular in International Criminal Justice", *Columbia Human Rights Law Review*, núm. 30, pp. 285 y ss.
- TRUMBULL, C. (2007), "Giving Amnesty a Second Chance", *Berkeley Journal of International Law*, núm. 25, pp. 283 y ss.
- VILLA-VICENCIO, C. (2007) "Transitional Justice, Restoration and Prosecution". En: SULLIVAN, D., y TIFT, L. *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, New York, pp. 387 y ss.
- UPRIMNY, R., y LASSO, L. M. (2004), "Verdad, reparación y justicia en Colombia". En: BORDA, E. (et. al), *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Fundación Social-Fundación Ebert-Embajada de Alemania, Bogotá.



- UPRIMNY, R., y SAFFON, M. P. (2006), "Derecho a la verdad. Alcances y límites de la verdad judicial". En: UPRIMNY, R. (et. al), *¿Justicia Transicional sin transición?. Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, pp. 139 y ss.
- WIEBELHAUS-BRAHM, E. (2010), "Truth Commissions and Other Investigative Bodies". En: BASSIOUNI, M. C. *The Pursuit of International Criminal Justice: A world Study on Conflicts, Victimization and Post-Conflict Justice*, Intersentia, Atwerp-Oxford-Portland.
- YOUNG, G. (2002), "Amnesty and Accountability", *U. C. Davis Law Review*, núm. 35, pp. 427 y ss.



Interlegalidad*

Rainer Nickel

Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main

nickel@jur.uni-frankfurt.de

Resumen

La voz analiza el surgimiento y evolución del concepto de interlegalidad, exponiendo de manera general los principales elementos que integran tanto este concepto como el de pluralismo jurídico. De igual manera se estudian los problemas y límites que dichos conceptos presentan, así como los debates que en torno a ellos se han planteado.

Palabras clave

Interlegalidad, pluralismo jurídico, jerarquía jurídica, derecho, entrelazamiento de órdenes jurídicos

Interlegality

Abstract

This article analyzes the emergence and evolution of the concept of interlegality, delineating the main elements of this concept, as well as the concept of legal pluralism. Likewise, the article studies the difficulties and limits of the analyzed concepts and the debates their use has generated.

Keywords

Interlegality, legal pluralism, legal hierarchy, law, intertwinement of legal orders.

* Traducción del inglés de Julián Gaviria Mira.

La idea de que la pluralidad de fuentes legales en nuestro mundo globalizado lleva a un diálogo entre estas legalidades (en otras palabras, a la interlegalidad) es un concepto relativamente reciente. El término llegó a la teoría del derecho y a la sociología en un momento histórico en que disciplinas vecinas (en especial la antropología y la teoría literaria postmoderna) cuestionaron el modelo de aproximación hacia sus objetos de estudio en el último cuarto del siglo XX. En la teoría literaria, la antigua fijación en el contexto político o en el contenido de los textos literarios -o en el autor y sus intenciones-, fue dando paso a la idea según la cual el sentido de los textos está determinado por otros textos. Esto puede deberse al uso y a la transformación que un autor haga de un texto anterior o a causa de las referencias que el lector encuentra en un texto al momento de leer otro (para una fundamentación del concepto de intertextualidad, ver Kristeva, 1980). La intertextualidad presenta como imposible una lectura “verdadera”, única y auténtica de un texto. Éstos están en constante movimiento y esta fluidez excluye cualquier concepto de una interpretación auténtica y única. El concepto abstracto de un flujo interminable de diálogos intertextuales pudo encontrar su forma (y metáfora) adecuada sólo una década después, cuando el internet conquistó el mundo. En este nuevo mundo discursivo los textos no son entes aislados; éstos se encuentran conectados a través de hipervínculos, como innumerables elementos de una interminable cadena de entrelazamientos y comunicación secuencial.

En los años 70 y 80, la teorías posestructuralistas se unieron a este escepticismo hacia los conceptos de verdad y razón. Basados en auto-reflexiones críticas acerca de la perspectiva contaminada del observador al observar “otras culturas” (Levi-Strauss 1973 [1955]), y en un intento de liberar los estudios culturales de las pesadas sombras del colonialismo y la hegemonía, los posestructuralistas añadieron su propia visión escéptica sobre el concepto “occidental” de modernidad¹ y contribuyeron al surgimiento de un *mainstream* intelectual que puso en contraste a un monolítico concepto de modernidad única y racional, las ideas de diversidad y pluralidad. *La condition postmoderne* (1979) de Jean-Francois Lyotard se convirtió en la piedra de toque y punto de referencia para los ataques en contra de una forma de “racionalidad occidental” monolítica que fue acusada de excluir la diferencia y oprimir la diversidad en nombre de la verdad y la razón.

En este clima intelectual el sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos acuñó el término “interlegalidad” y le dio una fundamentación posmoderna. El siguiente extracto contiene el núcleo de este enfoque (son los pasajes usualmente citados, tomados de su artículo seminal *Law: a map of misreading* de 1987):

El pluralismo jurídico es el concepto clave en una visión posmoderna del derecho. No el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, en el cual diferentes órdenes jurídicos son concebidos como entes separados que coexisten en el mismo espacio político, sino más bien la concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados, tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones, ya sea en momentos de transformación cualitativa o fuertes crisis en nuestras trayectorias de vida, o en la insulsa rutina de una cotidianidad sin incidentes. Vivimos en tiempos de una porosidad legal o legalidad porosa, de una multiplicidad de redes de órdenes jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones. Nuestra vida jurídica está constituida por una intersección de diferentes órdenes legales, esto es, por la interlegalidad. La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y es por esto que es el segundo concepto clave de una concepción posmoderna del derecho. La interlegalidad en un proceso altamente dinámico, debido a que los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos y por esto tiene como resultado una mezcla irregular e inestable de códigos jurídicos (De Sousa Santos, 1987: 297-298).

¹ Ver en especial Barthes (1967) para una perspectiva deconstructiva de los metalenguajes.

El primer y principal aspecto de esta definición es el particular papel del “espacio”: Mientras tradicionalmente se define “derecho” como “derecho de un país”, un orden legal único establecido en una bien definida entidad geográfica, en nuestros tiempos “derecho” se convierte en un blanco móvil, objeto de una “porosidad legal” y su espacio no es más un espacio geográfico, sino una multitud de espacios y procesos entrelazados. Los órdenes jurídicos no se encuentran de manera silenciosa “como ovejas que se cruzan en medio de la noche”²; éstos interactúan y se cruzan y están sometidos a constantes transiciones y transgresiones.

Segundo, la interlegalidad influencia y da nueva forma a los individuos y a los grupos sociales en una sociedad, así como sus actitudes hacia el derecho: esto denota “el impacto del pluralismo jurídico en las experiencias, percepción y consciencia jurídicas de los individuos y de los grupos sociales que viven bajo las condiciones del pluralismo jurídico, sobre todo por el hecho de que en su vida diaria está cruzada o interpenetrada por diferentes -y con frecuencia contrastantes- culturas y órdenes jurídicos” (De Sousa Santos, 2002: 97). Esta perspectiva subraya el efecto emancipador de la interlegalidad: debido a que individuos y grupos (en especial las ONG) pueden usar diferentes concepciones y fuentes en sus luchas contra el sistema monolítico de globalización (neo-)liberal, basada en el mercado y orientada a la competencia, estos pueden por sí mismos definir sus intereses y derechos en sus propios términos jurídicos. La ley se hace fluida y sus fuentes se diversifican: los Estados pierden el monopolio de la producción normativa y los sistemas normativos sociales, culturales, grupales o tradicionales, así como la regulación supra y transnacional, son potenciales competidores de la ley nacional. Fuentes del derecho altamente diversificadas entran en juego e influyen el potencial de grupos e individuos para re-definir el contenido del derecho, llegando así a reemplazar la monocultura centrada en el Estado y su concepto del derecho monolítico.

Tercero, la interlegalidad reta fundamentalmente la idea de unidad del sistema jurídico y jerarquía lógica de las normas. El criticismo implícito de los conceptos uniformes del derecho moderno se puede basar en observaciones sociológicas (Ehrlich, 2002 [1913]) y en la antropología jurídica, un área de estudio que ha sido por largo tiempo guiada por la presunción de que la unidad del sistema jurídico es un mito cultivado por los juristas (Moore, 1978: 2). Los resultados de la investigación antropológica parecen dar respaldo a esta sospecha, hasta el punto de que para algunos autores no tiene ningún sentido diferenciar entre el derecho y otros órdenes normativos (Pospisil, 1972). Como Klaus Günther acertadamente indica, “[d]e acuerdo con una descripción antropológica, el derecho estatal resulta ser muy heterogéneo, incoherente, algo así como un bricolaje de diferentes normas sociales con efectos colaterales inintencionados cuando se compara con las intenciones originales del legislador central” (Günther, 2008: 13).

La interlegalidad, en cuarto lugar, no sólo subraya la diversidad de las normas jurídicas en el nivel infranacional, sino también en el aspecto transnacional del pluralismo jurídico. El resurgimiento del derecho internacional después de la caída de la Cortina de Hierro y la nueva calidad que éste ganó al final del siglo XX como una especie de ley constitucional de la humanidad o como una “ley global interior” con una nueva “constelación postnacional” (Habermas, 2001 [1996]; 2006 [2004]), permite a los individuos y grupos sociales usar el derecho internacional en

² Estas líneas son tomadas del famoso poema de Wadsworth Longfellow: “Ships that pass in the night, and speak each other in passing, only a signal shown, and a distant voice in the darkness; So on the ocean of life, we pass and speak one another, only a look and a voice, then darkness again and a silence” (Wadsworth, 1863).



contextos nacionales y en contra del legislador nacional. Este nuevo potencial puede llegar a tener un efecto subversivo:

Mientras algunos casos, ciertamente los más significativos, de la transnacionalización del derecho pueden remontarse de manera directa a la interconexión del localismo globalizado y del globalismo localizado que van junto a la transformación de la acumulación del capital y el imperialismo cultural de occidente de escala global, otros casos, aunque conectados con estas transformaciones –si bien por ninguna otra razón que para resistir en contra de ellas– dan origen a consideraciones políticas y culturales autónomas, como aquellas que descansan sobre las agendas cosmopolitas y del patrimonio común de la humanidad (De Sousa Santos, 1995: 269).

Los hermanos gemelos del pluralismo jurídico y la interlegalidad, abren una perspectiva nueva y fresca acerca de las luchas sobre el contenido del derecho. Muchos proponentes del pluralismo jurídico han abrazado este concepto teniendo en cuenta su potencial para dar voz a los grupos e individuos menos favorecidos. Gunter Teubner subraya que “el pluralismo jurídico redescubre el poder subversivo de los discursos suprimidos” (Teubner, 1998: 120). Pueblos indígenas, con su peculiar concepto de propiedad colectiva, así como grupos tradicionalmente desaventajados o colectivos socialmente desfavorecidos, todos estos actores sociales pueden usar argumentos jurídicos transnacionales en contra de “cualquier visión unidireccional, vertical de la ideología como si funcionara simplemente para justificar la jerarquía o para enmascarar su realidad a los desaventajados” (Roberts, 1998: 97).

Más allá de este –ampliamente compartido– enfoque sobre los anti-jerárquicos y subversivos potenciales del pluralismo jurídico, es preciso decir que el valor epistémico, así como la capacidad operativa del concepto de interlegalidad, es ampliamente debatido. Por ejemplo, Gunter Teubner ha criticado el término interlegalidad desde una perspectiva de sistemas. Considera el pluralismo jurídico postmoderno de Sousa Santos cautivante, pero considera que le falta precisión analítica: “La pregunta crucial de cómo reconstruir, en arquitectura postmoderna, las conexiones entre lo social y lo legal encuentra una respuesta bastante vaga: interpenetración, entrelazamiento, integral, superpuesto, mutuamente constitutivo, dialectal... Nos dejan confusión y ambigüedad” (Teubner, 1998: 120). No es sorprendente que Teubner sugiera reemplazar esta ambigüedad con la aparentemente inequívoca distinción entre legal/ilegal como código binario del sistema jurídico: autopoiesis, la técnica auto-reproductiva del sistema jurídico, con sus dos características de “cierre operacional” y “acoplamiento estructural”, es presentada como la respuesta a la “de alguna manera pregunta soberana: ¿qué hay después de la deconstrucción?” (Teubner, 1998: 120-124). El sistema jurídico absorbe las voces subversivas levantadas por el discurso de la interlegalidad, pero sólo en su propio lenguaje. Desde el punto de vista del sistema (si existe) estas voces son “ruido”; irritan al sistema y deben ser primero traducidas al lenguaje del sistema jurídico y esto sólo puede ser hecho por el sistema mismo.

Se puede ser escéptico acerca de si esta operación elimina la “ambigüedad y confusión” que nos deja el concepto de interlegalidad: ¿cómo distinguir entre normas sociales y normas legales si la simple “invocación de un código jurídico” (Teubner, 1998: 128) es el único aspecto decisivo?, ¿es en verdad suficiente con que los actores sociales invoquen el código jurídico para que su discurso y sus acciones sean tenidas como partes del sistema jurídico? Teubner enfáticamente sugiere esto cuando debate el ejemplo de las “normas impositivas” de una mafia local que asegura su protección a los comerciantes locales a cambio de pagos regulares: esta práctica mafiosa bien puede ser ilegal a los ojos de las instituciones

estatales pero: “Aun así, las reglas de la mafia son una parte integral del pluralismo jurídico en nuestro semiautónomo campo social mientras utilicen el código binario de la comunicación jurídica” (Teubner, 1998: 128).

A la luz de esta amplia definición del pluralismo jurídico, el valor epistémico de la interlegalidad se hace más cuestionable. Si las costumbres locales, las normas morales de los diversos grupos e incluso las creencias o convicciones personales pueden contar como discursos jurídicos si son traducidos en exigencias jurídicas, entonces el tiquete de entrada a la interlegalidad es fácil de obtener. Incluso asesinatos en masa como el perpetrador del ataque terrorista en Oslo en el 2011 o la banda de asesinos racistas que aterrorizaron y asesinaron inmigrantes en Alemania en la primera década de este siglo pueden ser contados como parte del discurso de la interlegalidad, pues éstos reclaman un derecho a resistir ante las leyes y políticas multiculturales. Como consecuencia, no hay diferencias fundamentales y calculables entre (in)moralidades privadas, normas sociales de grupos sociales y normas legales: toda pretensión normativa puede, en potencia, llegar a ser parte del discurso y depende sólo de la estrategia discursiva de los actores y no en algún otro factor, sea que actúen en el ámbito de la interlegalidad o en el de la inter-normatividad.

Su indeterminación no hace inútil el concepto de interlegalidad. La ambigüedad del término puede reducir su valor epistémico, pero la interlegalidad se mantiene como una valiosa herramienta descriptiva. Es particularmente útil cuando pensamos acerca del concepto de derecho en nuestra constelación postnacional: acerca de las nuevas complejidades y realidades discursivas de la gobernanza supra y transnacional, acerca de los retos de los derechos humanos universales y el derecho penal universal, acerca de la forma y contenido del *ius cogens* y acerca de las condiciones necesarias para la intervención humanitaria. Todos estos nuevos campos de la legalidad global retan los tradicionales modelos de derecho, sean éstos una versión monista de la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho nacional o una versión dualista de la primacía del derecho infranacional sobre el internacional. Ninguno de estos modelos capta la complejidad de la constelación postnacional; son *unterkomplex*, si no obsoletos.

El pluralismo jurídico y la interlegalidad reflejan la amorfa complejidad de la “localidad global” y de la “globalidad local”. Los intentos por activar el concepto de interlegalidad más allá de su poder descriptivo han sido hasta el momento, sin embargo, fallidos. En su análisis del reto que significa el pluralismo jurídico global para la elección de ley aplicable (en el clásico derecho internacional privado) Ralf Michaels encuentra que la interlegalidad es “difícil de poner en práctica” incluso en un campo (elección de ley aplicable) que se ocupa de conflictos entre órdenes normativos (Michaels, 2005: 1211). De hecho, solo unos pocos intentos han sido emprendidos para concretar los procesos interlegales y explicar las normas, criterios o reglas básicas para constelaciones concretas de choques interlegales. Parece que muchos autores pierden el ánimo ante la ambigüedad del término o por el riesgo que corren si tratan de detener la fluidez y porosidad de un proceso siempre cambiante. Muchos eligen, como Teubner con acierto crítica, “simplemente llevarnos a la misteriosa oscuridad de la ‘interlegalidad’” sin ofrecernos soluciones (Teubner, 2011: 193).

Amstutz (2005) opta por una aproximación diferente. Acoge la interlegalidad como un concepto teórico adecuado para el análisis de la evolución del derecho privado europeo. Amstutz sugiere que la creación de un “mundo intermedio” (*Zwischenwelt*) entre la completa armonización del derecho privado europeo, por un lado, y un enfoque caso por caso más bien irregular, por el otro, es la solución más



adecuada para este problema regulatorio. Toma la decisión *Marleasing* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (acerca del requerimiento de interpretación del derecho doméstico de conformidad con las directivas) como un punto de arranque para su tesis de que cualquier aproximación a la interlegalidad necesita establecer reglas adecuadas de razonamiento legal más que otra capa de derecho sustantivo, y concluye: “La pregunta sobre cómo lidiar con la ‘porosidad jurídica’ se convierte entonces en el problema de *constitucionalizar la interlegalidad*” (Amstutz, 2005: 767). Su respuesta a esta tarea hercúlea deja bastantes dudas: asegura que la interlegalidad “sólo puede ser constitucionalizada por sí misma”. Cómo el fantasma en la máquina o el *perpetuum mobile*, la constitucionalización de la interlegalidad funciona de alguna manera automáticamente, es decir, “por procesos que se organizan ellos mismos ‘a través de ensayo y error [...] inaccesible tanto para los individuos como para el Estado” (Amstutz, 2005: 768, con cita a Ladeur, 2000: 82). Amstutz expresamente rechaza la idea de que la creación de un derecho privado europeo necesite por lo menos algún grado de legitimidad democrática y debate público. Por el contrario, sugiere que el juez nacional necesita el coraje para realizar la tarea de ponerse a sí mismo por encima del legislador y crear el derecho privado europeo desde su posición de juez, *ex officio* (Amstutz, 2005: 768 y 784). En otras palabras, los jueces-reyes y reinas, y sólo ellos, están llamados a escribir el guion del derecho privado europeo.

Es obvio que esta entronización de la “teoría evolutiva del derecho”, con el juez-rey/reina al mando, no es de ninguna manera la única alternativa como sugiere Amstutz y es igualmente obvio que su idea de constitucionalización de la interlegalidad choca de manera fundamental con las intenciones subversivas de Sousa Santos, cuya mayor preocupación era empoderar a los sin poder (y no aislar aun más al juez estatal de la crítica social y de los desafíos jurídicos públicos). La creación normativa judicial, apenas velada como “teoría evolutiva del derecho” (Amstutz, 2005: 768), no es una respuesta adecuada para la amenaza de imperio y dominación. Esta posición defiende la idea de una única respuesta correcta (la decisión judicial) para conceptos esencialmente controvertidos y luchas interlegales de reconocimiento. En otras palabras, representa todo lo que el concepto de interlegalidad busca superar: la autoridad absoluta, la jerarquía y el monólogo.

El código universal de la legalidad contiene premisas que van más allá de la mera administración de la interlegalidad por parte del juez-rey/reina, esté éste en el nivel europeo o en los contextos transnacionales como la OMC. Comprende las ideas de igualdad, justicia y de un orden jurídico legítimo, aunque sólo como ideales regulativos, y en un estado de indeterminación (cf. Günther, 2008: 19). A pesar de que el actual código jurídico global carece del respaldo institucional de los procedimientos democráticos y a pesar de que es difícil crear equivalentes funcionales a la participación democrática en el plano transnacional (Nickel, 2006), es una consecuencia de la interlegalidad y del código universal de la legalidad combinados, que los debates públicos –y luchas- acerca de la *constitucionalidad* de la interlegalidad necesitan adecuarse al foro público y a los procedimientos que son potencialmente accesibles para todos.

Bibliografía

- AMSTUTZ, M. (2005), “In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning”, *European Law Journal*, 11, pp. 766-784.
- BARTHES, R. (1967 [1964]), *Elements of Semiology*, Hill and Wang, New York.
- EHRlich, E. (2002 [1913]), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Transaction, New Brunswick, New Jersey.

- GÜNTHER, K. (2008), "Legal pluralism or uniform concept of law? Globalization as a problem of legal theory", *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 5, pp. 5-21.
- HABERMAS, J. (2006 [2004]), "Does the Constitutionalization of International Law still have a Chance?". En: *The Divided West*, Polity Press, Cambridge, pp. 115-193.
- HABERMAS, J. (2001 [1996]), *The Post-National Constellation*, MIT Press, Cambridge/Mass..
- KRISTEWA, J. (1980), *Desire in Language: A Semiotic Approach to Literature and Art*, Blackwell, Oxford.
- LADEUR, K. (2000), "Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 64, pp. 60-103.
- LEVI-STRAUSS, C. (1973 [1955]), *Tristes Tropiques* (english translation by John and Doreen Weightman), Atheneum, New York.
- LYOTARD, J. (1979), *La condition postmoderne*, Éditions Minuit, Paris.
- MICHAELS, R. (2005), "The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism", *The Wayne Law Review*, 51, pp. 1209-1259.
- MOORE, S. F. (1978), *Law as Process. An Anthropological Approach*, Routledge, London.
- NICKEL, R. (2006), "Participatory Transnational Governance". En: JOERGES, C. and PETERSMANN E. (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance, and Social Regulation*, Hart Publishing, Oxford, pp. 209-250.
- POSPISIL, L. (1972), *Anthropology of Law. A Comparative Theory*. Harper & Row, New York.
- ROBERTS, S. (1998), "Against Legal Pluralism – Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain", *Journal of Legal Pluralism*, 42, pp.95-106.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1987), "Law. A map of misreading: Toward a post-modern conception of law". *Journal of Law and Society*, 14, pp. 279-302.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1995), *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge, New York and London.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2002), *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation* (2nd edition), Butterworths, London.
- TEUBNER, G. (2011), "Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?", *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, (40) 3, pp. 191-215.
- TEUBNER, G. (1998), "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". En: TUORI, K., BANKOWSKI, Z. and UUSITALO, J. (eds.), *Law and Power: Critical and Socio-Legal Essays*, Deborah Charles, Liverpool, pp. 119-140, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43828327/Faces_Janus.pdf (fecha de consulta: 29 de enero de 2015).
- WADSWORTH LONGFELLOW, H. (1863), *Tales of a Wayside Inn* (Part iii. The Theologian's Tale: Elizabeth, part IV). Ticknor and Fields, Boston.





Conflicto

Rafaela Sayas Contreras

Universidad de Cartagena

rafaelaester@gmail.com

Resumen

El término conflicto expresa confrontación, lucha, divergencia. Explorar la naturaleza de los conflictos busca ofrecer soluciones para trascenderlos, analizando la función de los mismos en contextos organizacionales o sociales. Este campo de estudios se nutre con los aportes de diferentes disciplinas, para las cuales es lugar común entender el conflicto como situación relacional connatural a la historia de la humanidad por una parte, y por la otra, que más allá de la naturaleza de los mismos, las partes involucradas tienen motivaciones que permiten el análisis del conflicto en pos de su manejo, a través de mecanismos institucionalizados o no, y de formas que buscan su superación en un continuo de acciones violentas como en los conflictos armados, o soluciones cooperativas de los actores en el marco de figuras como la mediación.

Palabras clave

Conflicto, teoría del conflicto, conflicto social, conflicto jurídico, conflicto armado.

Conflict

Abstract

The term "conflict" expresses confrontation, fight, and divergence. To explore the nature of the conflicts seeks to offer solutions to go beyond it analysing their functions in social contexts. This field of studies is nourished by contributions of different disciplines in which the conflict is commonly understood, on one hand, as a connatural situation to the history of humanity, and on the other hand, as a relationship in which each part have their own motivations. These motivations allow the analysis of the conflict in a way that pursuit his managing through institutionalized or non-institutionalized mechanisms and forms searching to overcome the continuous violent actions (like in the armed conflicts) or cooperative solutions of actors (like in the frame of figures such as the mediation).

Keywords

Conflict, conflict theory, social conflict, legal conflict, armed conflict.

1. Aproximaciones conceptuales

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE), etimológicamente, conflicto viene de *conflictus* que significa choque, confrontación. Los significados del conflicto se tejen alrededor del combate, la lucha o pelea. Entre sus múltiples significados encontramos la de enfrentamiento armado o conflicto armado, o se precisa como problema, cuestión o materia de discusión. Definiciones más especializadas correspondientes a campos disciplinares parten de la idea lata de confrontación de intereses. Por ejemplo en el Manifiesto del Partido Comunista el conflicto se expresa como lucha de clases entre burgueses y proletarios. Plantea Marx que “la historia de toda las sociedades que han existido hasta nuestros días es la historia de la lucha de clases”; para otras perspectivas, el conflicto es un fracaso, una disfunción social; otros lo consideran como fundamental e inherente al proceso social. Para los primeros, el conflicto es un incidente pasajero que cabe suprimir. Para los segundos, “el conflicto es ineluctable y necesario para el funcionamiento de la sociedad...” (Touzard, 1981: 37).

Esta voz expresa una situación relacional de oposición o disconformidad entre partes que persiguen los mismos intereses o cuyos intereses son irreconciliables. El mismo puede aflorar en diversos ámbitos, afectar diversidad de actores y recaer sobre intereses variados, aspectos que determinaran la clasificación del conflicto en social, interpersonal, económico, cultural, jurídico, político, armado, comunitario, organizacional y familiar.

A continuación algunas definiciones de conflicto:

Desde una vertiente psicológica, para Julien Freund (1983), citado por Entelman en su texto Teoría de Conflictos (2002: 45), el conflicto consiste “[...] en un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro...”.

El vocablo *conflicto* designa, pues, una situación compleja que se define primero por una determinada estructura de las relaciones sociales. El conflicto puede enfrentar a individuos (conflicto interpersonal), a grupos (conflicto intergrupar), a organizaciones sociales (conflicto social) o a naciones (conflicto internacional) (Touzard, 1981: 47).

Desde una perspectiva jurídica, para Entelman (2002) la visión del “ordenamiento jurídico” se concibe como “un método institucionalizado de administración de los conflictos en sentido amplio (prevención y resolución)”. Los conflictos guardan relación con derechos reconocidos normativamente, que son desconocidos o vulnerados al sujeto titular, cuyo manejo está reservado al poder jurisdiccional o a mecanismos institucionalizados de mediación o conciliación en el marco de la administración de justicia.

En el mismo orden de ideas a partir de definiciones de diversos autores, el conflicto es una marcada divergencia de interés, es una realidad socialmente creada y manejada comunicacionalmente que surge en el seno de un contexto socio histórico que afecta el significado y la conducta, y a su vez es afectado por esa realidad (Folger y Jones, 1997: 14).



Para determinar las dimensiones que puede manifestar la voz conflicto, en primer lugar se tocarán algunos aspectos generales sobre los mismos desde la teoría del conflicto, luego se sentarán unos lineamientos de clasificación, tomando como referente la clasificación esbozada por Johan Galtung, la cual expresa una perspectiva holística de los conflictos en las diferentes escalas en que se manifiestan las interacciones sociales: micro, meso, macro y mega, las cuales representan diversos niveles de actuación del hombre en su complejidad, se agregará como criterio de clasificación, los canales institucionalizados para resolver los conflictos (conflictos jurídicos) y un análisis breve sobre el conflicto violento, el conflicto armado.

2. Conflicto y teoría del conflicto

La teoría del conflicto es un campo disciplinar que recibe aportes de muchas áreas del conocimiento dedicadas al estudio de las causas y matices del conflicto, la misma ofrece insumos para trascender el conflicto entre las partes mediante estrategias variadas de manejo que van en un continuo desde la evitación y las acciones violentas, hasta la solución cooperativa por parte de los actores conflictuales. No es conflicto el interno al individuo, el mismo es relacional, por lo cual debe hacerse perceptible, acompañado o no por actos de agresión.

Muchos autores han contribuido con sus investigaciones a nutrir este campo de estudios, reinterpretando la noción clásica de conflicto como fenómeno disfuncional promovida por el funcionalismo, en virtud del cual las sociedades tienden al equilibrio y el conflicto es anómalo y marginal. Son marcadas las contribuciones que aportan a esta visión, de la mano de autores como Georg Simmel o Lewis A. Coser.

Simmel hace volver la mirada sobre el estudio de los conflictos como una interacción social. Desde su perspectiva el conflicto (la lucha) no es más que una de ellas, caracterizado por ser una importante fuerza socializadora de cohesión de los grupos sociales. “Es fácil identificar relaciones que oscilan de complejidad en un continuo con grandes matices, que abarcan las relaciones interpersonales, intragrupalas, intergrupales y supragrupales. Todos aquellos grandes sistemas y organizaciones supraindividuales en los que se suele pensar en relación con el concepto sociedad no son otra cosa que las consolidaciones (en marcos duraderos y configuraciones independientes) de interacciones inmediatas que se producen hora tras hora y a lo largo de la vida de los individuos” (Simmel, 2003: 33).

Es natural que en todos los tipos de interacciones surjan antagonismos, justamente este tipo de socialización pone a prueba la naturaleza y durabilidad de las relaciones e indirectamente la unidad grupal. La energía socializadora que acompaña al conflicto determina la formación de identidades individuales y grupales, por una parte, y por la otra genera cohesión en el grupo, por ejemplo, si hipotéticamente dos grupos sociales entran en confrontación, la exteriorización radicalizada del conflicto produce que los grupos independientemente se alineen o aglutinen en torno de un propósito común, logrando priorizar los asuntos que constituyen amenaza para el grupo, más allá de los conflictos de las facciones internas al mismo. Las interacciones al interior de los grupos constituidas como focos de corrientes antagónicas, pueden trascenderse atendiendo a que deben hacer causa común frente a los retos o amenazas que le plantean desde afuera. Desde el punto de vista de los individuos que componen un colectivo, en determinadas circunstancias de confrontación o lucha exterior, dejan de importar las razones particularizadas o intersubjetivas diluyéndose antagonismos intragrupalas, en presencia de la lucha.

Coser da continuidad a los planteamientos de Simmel, reafirmando algunas premisas planteadas por este y ampliando otras, a través del análisis de *“Las funciones del conflicto social”*, texto publicado en 1961, a través del cual explora la funcionalidad del conflicto en el mantenimiento de la unidad y equilibrio grupal.

Este autor profundiza aspectos anteriormente planteados por Simmel en relación con la función de los conflictos en los grupos, manifiesta que el conflicto puede potencialmente canalizar tensiones fungiendo como válvula estabilizadora de los grupos. Igualmente manifiesta, como en su momento lo hizo Simmel, que son integradores de las relaciones y de los grupos. Sin embargo, plantea una limitación que no adujo Simmel, referida a que no todos los conflictos son iguales y solo conseguirán ese fin aquellos que aluden a valores o intereses que no comprometen los supuestos básicos de existencia del grupo, es decir, deja en evidencia la relación que hay entre los conflictos y la estructura del grupo.

“En los grupos que participan en una lucha contra el enemigo exterior, la centralización y el despotismo depende del sistema de valores compartido y la estructura del grupo antes del conflicto. Los sistemas que carecen de solidaridad es posible que se desintegren, aunque algunos la unidad se puede hacer cumplir despóticamente” (Coser, 2003: 92).

Pone en evidencia los matices del conflicto en relación con el tamaño de los grupos y participación en conflictos externos, considerando inclusive la expulsión de la disidencia para reforzar cohesión interna. “[L]os grupos en pugna con grupos externos suelen ser intolerantes, para ello refuerzan las estructuras desde adentro y en caso de que hay alguna disidencia reafirman la unidad de grupo contra este y la única solución es la retirada voluntaria o forzada de éste” (Coser, 2003: 100).

El conflicto tiende a dar lugar a reglamentos y normas que rigen la conducta de los contendientes. Retomando a Simmel, Coser afirma que el conflicto se libra en un marco de reglas comunes establecidas, por ejemplo, una disputa por la tierra supone que se establezca la regla o principio de los derechos de propiedad, quiere decir que las leyes formuladas para dirimir el conflicto constituirían un vínculo común entre los contendientes. En el curso de los conflictos se formulan reglas nuevas y se modifican las antiguas, con lo cual el conflicto actúa como un estímulo para el establecimiento de reglas.

Así, en lugar de las relaciones sociales “institucionalizadas” que reposan totalmente en normas, como en la obra de Parsons, parte de la institucionalización misma puede consistir en permitir que ciertos problemas se decidan sobre la base de un resultado de un conflicto entre las dos partes. Según palabras de Coser, la emergencia de las normas puede depender de la relación de equilibrio de poder alcanzado (Rex, 1968: 145).

Compartimos el planteamiento de Ana de Miguel, referida a los diversos análisis planteados desde las grandes teorías: “Las limitaciones de las grandes teorías que pretenden dar cuenta de ‘toda’ la conflictividad social o de la ‘única’ conflictividad social sustantiva ha dejado paso a teorías más modestas centradas en un solo nivel de análisis o un solo tipo de conflictos” (De Miguel, 2004: 10).

Así las cosas, autores más recientes como Felstiner, Abel y Sarat (1980) plantean que los conflictos no surgen por generación espontánea, es necesario examinar con detalle las etapas tempranas del conflicto, que son: reconocimiento, acusación y reclamación. Éstas son sucesivas y que pueden ir mutando hasta convertirse en conflicto o sencillamente se tornan difusas y no evolucionan a una



escala superior, cuyo punto de inicio es la percepción de experiencia de daño. Si el sujeto o grupo no experimenta esta percepción, ha podido estar expuesto a esta experiencia pero si no ha sido consciente de ello, el orden cotidiano para estos no sufre ninguna alteración. En caso contrario, para los sujetos afectados cobra significado (reconocimiento) y atribuyen el daño sufrido a la acción u omisión de otro sujeto determinado frente al cual plantean su reclamación, y en caso de no ser atendida oportunamente, marcará el derrotero para el surgimiento social del conflicto.

Los conflictos poseen una estructura que se manifiesta en tres dimensiones: simbólica (mitos y ritos), ideológica (creencias y valores) y conductual (normas, pautas y acciones), elementos que juegan un papel preponderante en el análisis del conflicto y median en los posicionamientos de las partes (Redorta, 1997: 90). En el orden anunciado pasemos a esbozar los lineamientos de clasificación.

3. Clasificación de los conflictos

Elaborar una clasificación de los conflictos es compleja teniendo en cuenta que disímiles autores plantean variadas perspectivas, sin embargo, para efectos de organizar la voz se tomará una perspectiva holística la de Galtung -como antes se planteó-, teniendo en cuenta que la misma permite mostrar las manifestaciones de los conflictos a partir de escalas o niveles de interacción en la realidad como modelos tipo, pero considerando que en ocasiones esos niveles pueden no siempre resultar puros¹. En esa misma línea plantea Calderón (2008):

Las personas son sistemas complejos [...]. Estas personas interactúan formando grupos que a su vez interactúan entre ellos constituyendo las sociedades que al mismo tiempo interactúan como estados y naciones que a su vez pueden ser parte de civilizaciones y regiones que interactúan constituyendo, no mundos, sino un mundo que interactúa y constituye un sistema planetario [...]. Según Galtung una teoría de conflictos deberá abordar todas estas realidades que constituyen la condición multinivel de la especie humana. Para hablar de una teoría de conflictos como un campo científico interdisciplinar, la primera prueba que se tiene que superar [...] es la unidisciplinaria. (Calderón, 2008: 68).

Por ello es interesante el planteamiento de Galtung que relaciona los conflictos y los niveles de interacciones sociales (más allá del contenido del conflicto), en aras de reconstruir una realidad compleja, aspecto que a continuación será tomado en consideración.

3.1. Los Micro Conflictos

Estos suceden en una escala de persona a persona. Los conflictos personales generan choque u oposición entre individuos, no grupos, teniendo en cuenta motivaciones personales que no generan modificación ni incidencia en las estructuras sociales. En este tipo de conflictos hay “choque de personalidades” por competencia, antipatía, autoritarismo, desconfianza. Para Redorta (2004: 287) el conflicto de relaciones personales se fundamenta en la relación de constancia o predictibilidad de ciertas conductas que a la otra parte le resultan inadmisibles.

Los conflictos o choques en las relaciones se suscitan en todos los ámbitos de desarrollo del individuo, frente a otros individuos que desestimamos o con los

¹ Un conflicto interpersonal, puede mutar y convertirse en grupal, las tensiones pueden hacer escalar el conflicto y tomar connotaciones de violencia. Quiere decir ello que la interacción llamada conflicto no es estática y que se reconfigura dependiendo del contexto.

cuales no tenemos sentimientos de empatía, siendo movidos por emociones negativas que subyacen a las situaciones.

Aunque la psicología de las diferencias individuales, que recoge toda la línea de trabajo de la psicología de las diferencias, es de interés para el conflicto de relaciones personales, no debe olvidarse que la esencia de este conflicto se refiere no tanto a las diferencias como a la “incompatibilidad personal” que surge de las mismas a través de la conducta (Redorta, 2004: 287).

En esta dimensión podemos ubicar, por ejemplo, los conflictos interpersonales, familiares o vecinales.

3.2. Los Meso Conflictos

En esta escala los conflictos suceden entre grupos, expresan tensiones o contraposiciones surgidas en la sociedad, su existencia es reconocida por las teorías sociológicas como parte de la realidad social. Sin embargo, la definición de conflicto social cobra fuerza dependiendo de la concepción de sociedad, así las cosas, el conflicto puede ser visto como una anomalía o como una interacción social. Según la primera perspectiva, es una patología que afecta el buen funcionamiento social, luego es un acontecimiento anormal (funcionalismo), según la segunda, un generador de cambio social inherente a la dinámica social en su entramado complejo que expresa la oposición e insatisfacción de intereses nutridos por la división del trabajo, los intereses de clases o como lo planteaba Simmel (2010) en su “*Sociología del Antagonismo*”: “Los movimientos convergentes de la unidad social están inseparablemente entrelazados con los divergentes. Un grupo exclusivamente centrípeto y armónico, una pura y sencilla ‘reunión’, no sólo no existe en los hechos sino que no encarnaría ningún auténtico proceso vital”.

Perspectivas sociológicas enmarcadas en el estructural funcionalismo, como por ejemplo en Talcott Parsons, con fuerte inspiración en la teoría de sistemas, plantean una concepción de sociedad ordenada. El esfuerzo teórico de Parsons radica en la elaboración de un modelo sociológico que representa el sistema social a partir de subsistemas: social, cultural y de la personalidad, los cuales “funcionan” con autonomía, pero a la vez con interdependencia encaminada a cumplir funciones específicas (integración, latencia, capacidad para alcanzar metas y adaptación). La característica de interdependencia posibilita la correspondencia entre los subsistemas, cuando la misma falla, se presentarían tensiones con respecto a los otros sistemas. Los patrones culturales deben -en el sentir de Parsons- tener “*consistencia*”, esto significa que obedecen a una tendencia específica identificable con claridad en el sistema social, orientadora de la acción individual. Cuando no existe consistencia de un patrón de valor, nos encontramos ante un problema de integración con los otros sistemas, los cuales son calificados como desvíos de la acción. Estos son acontecimientos marginales y anómalos de tal suerte que, según la concepción parsoniana, los sistemas tienden al equilibrio, así las cosas, un sistema equilibrado e integrado no da cabida al conflicto.

Desde otras perspectivas surgen las corrientes conflictualistas, que tiene en Marx uno de sus precursores, para quien el conflicto se plantea desde la lucha de clases en torno a la propiedad de los medios de producción. En la misma línea encontramos a Simmel y Coser – ya mencionados en el texto- quienes no solo afirman la existencia permanente de conflicto en la sociedad, sino que exploraron la funcionalidad y la fuerza de cohesión grupal de los mismos.



El conflicto social fue leído y analizado por teóricos en el marco de la sociedad industrial, por ejemplo para Dahrendorf (1962) el conflicto social va de la mano con la existencia de clases sociales surgidas con la revolución industrial, cuya lucha produce modificaciones en las estructuras sociales, es decir, relleva la funcionalidad del conflicto. De hecho ofrece una definición, en el sentido que debe entenderse por tal toda relación de oposición producida, según comprobación posible, de manera sistemática (esto es, que no se produzca de manera caprichosa, como las motivadas, por ejemplo, por razones psicológico-individuales”) (Dahrendorf, 1962: 260)

Hasta aquí una visión que plantea el conflicto clásico, el de clase; una perspectiva actual engloba nuevas formas de conflictividad mediadas por la globalización, que ponen en evidencia conflictos interculturales, conflictos de las ciudades, como por ejemplo de “tribus urbanas”, de género, razas, ambientalistas, migrantes, e inclusive los asociados a los deportes que enfrenta a los aficionados pertenecientes a “barras bravas”.

3.3. Los macro y mega conflictos

El carácter distintivo de esta clasificación, es que pone en relación a la sociedad o grupos sociales y al Estado, adquiere una dimensión de mega conflicto cuando alcanza un matiz supranacional, abarcativa de una región, bloque de naciones o civilizaciones.

En la dinámica social, los grupos siempre reivindicaran pretensiones frente al aparato estatal desencadenando una lógica de acción colectiva con el propósito de incidir normativamente en la toma de decisiones públicas. Estos macro conflictos tienen diversas manifestaciones como protestas pacíficas, marchas, plantones o mecanismos más radicales como paros, toma de instituciones y otros, conflictos que pueden radicalizarse frente a la respuesta estatal, bien de canalización del conflicto o de represión.

Los megaconflictos ocurren en escalas de interacción ampliadas las cuales trascienden los límites de los Estados nacionales, operando a través de redes globales las cuales plantean reivindicaciones frente a gobiernos, organismos de derecho internacional o bloques económicos regionales. Estas redes articulan organizaciones de la sociedad civil, estudiantes, trabajadores y ciudadanos, constituyendo frentes comunes de lucha local, en un marco de interdependencia global, por ejemplo, los movimientos en favor de la paz mundial, del uso adecuado de los recursos naturales y el respeto por los derechos humanos.

3.4. Conflictos armados

El término conflicto armado supone una confrontación entre actores armados organizados, el cual ejemplifica la violencia a ultranza. Se caracteriza por la especialización de los actores del conflicto y el uso de la violencia a través de las armas, acepción que según Estrada (2006) ha sustituido el concepto de guerra por ser inclusivo de los nuevos enfrentamientos bélicos y actores beligerantes, por ejemplo, los actores que participan en los conflictos de liberación nacional.

Según el derecho internacional, específicamente el Derecho Internacional Humanitario (DIH), se distinguen dos tipos de conflictos armados: el internacional y el no internacional (interno a los Estados), la diferencia entre los dos conceptos estriba en la naturaleza de los sujetos conflictuales. Mientras en la primera situación se enfrentan dos o más Estados, en la segunda el enfrentamiento o confrontación

ocurre en el territorio de un Estado, entre las fuerzas armadas y grupos armados locales, o solamente entre grupos armados sin desbordar los hitos fronterizos.

Hoy en el mundo los conflictos armados internos se han incrementado con respecto a la cifra de los conflictos armados internacionales, sufriendo las consecuencias negativas de la guerra la población civil. Las causas son muy variadas, por ejemplo, confrontaciones políticas, culturales, étnicas y religiosas.

3.5. Los Conflictos Jurídicos.

Esta dimensión de los conflictos encaja en soluciones institucionalizadas para la canalización de las disputas. Los sistemas jurídicos establecen reglas para solución de controversias en aras de regular la convivencia en la sociedad.

El conflicto es jurídico cuando la oposición o tensión entre los sujetos en conflicto guarda relación con un derecho reconocido por el sistema normativo. El sistema jurídico está constituido por una selección de normas que determinan un derecho subjetivo para su titular y un correlativo deber para un sujeto obligado. En caso de desconocimiento del derecho, entra el conflicto jurídico a ser resuelto por el Estado, decidiendo el cumplimiento/incumplimiento de la obligación, en un abanico de posibilidades limitado a las conductas señaladas en el supuesto de hecho de la norma.

Para determinar la existencia de un conflicto “las ciencias jurídicas pueden hacer un inventario de obligaciones y derechos. Les basta con revisar el contenido de las normas que señalan la conducta amenazada con sanciones. El inventario de las prohibiciones define en qué condiciones los titulares de metas ‘legítimas’ tienen ‘derecho’ a que el juez asista a sus pretensiones con el auxilio de la fuerza” (Entelman, 2002: 65).

Los conflictos que en el campo jurídico se pueden presentar son variantes de un género macro del conflicto y por lo tanto éste no se agota sólo en los aspectos de tipo jurídico, ni debe entenderse de manera descontextualizada; en consecuencia le son aplicables las mismas reglas generales para la prevención, gestión y resolución de controversias. Así las cosas, los Estados nacionales han habilitado mecanismos de acceso para la resolución de controversias diferentes de los jueces, lo que ha venido constituyendo el movimiento de los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas (*alternative dispute resolution*) o por su nombre en castellano, Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias (MASC). Instancias institucionalizadas que se dedican al manejo de los conflictos en diferentes formas, por ejemplo, mediación, conciliación en derecho y en equidad, justicia comunitaria, enmarcadas en ambientes diferentes a los judiciales, que permiten analizar las variantes del conflicto desde las expectativas de los actores u opositores con la ayuda de personal especializado en su manejo.

Existen dos grandes líneas en el tratamiento y resolución de los conflictos: la heterocomposición y la autocomposición. La primera tendencia de solucionar conflictos implica que un tercero es quien toma la decisión de cómo resolver un conflicto, circunstancia que presupone que el tercero tiene capacidad de decisión y de ejecutar lo decidido. La segunda tendencia alude a que son las partes las que arreglan entre sí sus diferencias, si interviene un tercero, éste no tiene capacidad decisoria, sino capacidad de influencia limitada e interviene en el conflicto para avenir a las partes conflictuales hacia un acuerdo, como es el caso de la mediación (Redorta, 2007: 38).



El conflicto jurídico es siempre un conflicto normativo. Siempre existirá una norma violada en algún sentido y en la percepción de alguna de las partes. Pero la norma contiene valores que, al propio tiempo, son puestos en discusión por el incumplimiento (Redorta, 2004: 212).

A manera de conclusión, existen elementos que permiten una caracterización de los conflictos en cualquiera de sus ámbitos e independientemente de sus actores, que son recogidas en estudios de Fisher y Ertel (1998), Ury (1993), Redorta (2007), Folger (1997), Entelman (2002), Simmel (2010):

- Los conflictos son construcciones sociales cuyas fuentes son múltiples.
- Los intereses de las partes en conflicto son variados, los mismos no siempre son divergentes.
- Puede existir el conflicto, sin que necesariamente sea violento.
- Trascender el conflicto ha implicado un continuo histórico desde la evitación, la eliminación del contrario, la opinión de terceros autorizados o la autocomposición de los interesados.
- Se pueden abordar dentro de un contexto de respeto y reconocimiento del “otro”.
- Existen conflictos cuya solución escapa al ámbito del derecho, es decir, no todos los conflictos son solucionados por el orden jurídico positivo.

Bibliografía

- COSER LEWIS, A. (1961), *Las funciones del conflicto social*, Fondo de Cultura Económica, México.
- DAHRENDORF, R. (1962), *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Ediciones RIALP, Madrid.
- DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2004), “Nuevos conflictos sociales, nuevas identidades sociales: la lucha por el reconocimiento”, *Tabanque: Revista pedagógica*, no 18, pp. 11-30.
- ENTELMAN, R. (2002), *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Editorial Gedisa, Barcelona.
- ESTRADA, M. de los A. (2006), *El derecho de Ginebra frente a los conflictos armados sin carácter internacional*, Universidad Autónoma de México, México.
- FELSTINER, W, ABEL, R. Y SARAT, A. (1980), “Origen y transformación de los conflictos. Reconocimiento, acusación, reclamación...”. En: GARCIA VILLEGAS, M. *Sociología jurídica: Teoría y Sociología del Derecho en Estados Unidos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 39-67.
- FOLGER, J. Y JONES, T. (1997), *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Editorial Paidós, Argentina.
- FREUND, J. (1983), *Sociologie du conflicto*, Presses Universitaires de France, París.
- REDORTA, J. (2004), *Cómo analizar los conflictos: La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Editorial Paidós, Barcelona.
- SIMMEL, G. (2010), *Sociología del Antagonismo*, Editorial Sequitur, Madrid.
- SIMMEL, G. (2003), *Cuestiones fundamentales de sociología*, Editorial Gedisa, Barcelona.

- SUARES, M. (2002), *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Editorial Paidós, Buenos Aires.
- PARSONS, T. (1961), *La estructura de la acción social*, Ediciones Guadarrama, Madrid.
- URY, W. (1993), *¡Supere el no! Como negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*, Grupo Editorial Norma, Bogotá.
- TOUZARD, H. (1981), *La Mediación y la Solución de los conflictos*, Editorial Herder, Barcelona.





Razonabilidad (Principio de)*

Natalina Stamile

Universidad "Magna Graecia" de Catanzaro (Italy)

natalinastamile@unicz.it

Resumen

El objetivo de este estudio es subrayar los diferentes usos de la razonabilidad en el derecho. Aunque el concepto de razonabilidad tiene contornos vagos y no bien definidos, parece tener "dos almas", una deriva de la jurisprudencia, mientras que la otra tiene una naturaleza más teórico-filosófica. Se presta especial atención a determinar no sólo la naturaleza y los orígenes de la razonabilidad, sino también y sobre todo explicar la dualidad inherente a este concepto. El análisis empieza con un enfoque sobre la razonabilidad en la argumentación jurídica en relación con la teoría formulada por Robert Alexy, que define la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general. Por otra parte, con el fin de apoyar y contribuir a la reciente afirmación de la independencia y autonomía de la razonabilidad con respecto a, por ejemplo, el principio de igualdad en el derecho público, dentro de la doctrina y la jurisprudencia, se analizan algunas "nuevas" conexiones, tales como las que existen entre la razonabilidad y el ámbito privado. Por último, se intenta demostrar que, a través de su desarrollo en ámbitos diferentes de lo público, la razonabilidad es omnipresente en el derecho.

Palabras clave

Racionalidad, lógica de los valores, teoría de la argumentación jurídica, peculiar técnica de decisión, criterio de evaluación, código civil holandés, abuso del derecho.

Reasonableness (the principle of)

Abstract

The aim of this study is to highlight the different uses of the reasonableness in law. Even if the concept of reasonableness has vague and ill-defined contours, it seems to have "two souls", one deriving from case law while the other is more theoretical-philosophical nature. Particular attention is given to determining not only the nature and origins of the reasonableness but also and especially to explaining the duality inherent in this concept. The analysis begins with a focus on reasonableness within Legal Reasoning with reference to the theory formulated by Robert Alexy, who defines the legal question as a special case in the general practical discourse. Moreover, in order to support and contribute to the recent affirmation of the independence and autonomy of reasonableness with regards to, for example, the principle of equality in public law, within legal doctrine and the case law, we analyze some "new" connections, such as those between reasonableness and the private field. Finally, we attempt to show that, through its development in fields of law outside the public one, reasonableness is omnipresent in law.

Keywords

Reasonableness, the logic of values, legal reasoning, individual decision-making technics, evaluation criterion, Dutch Civil Code, abuse of right.

* El presente trabajo se inserta dentro del proyecto POR Calabria FSE 2007/2013, financiado por la Comisión Europea, el Fondo Social Europeo y la Región de Calabria (Italia).

1.

La combinación de factores variables y la abundancia en la elaboración de doctrina y jurisprudencia implican la imposibilidad de *reductio ad unitatem* (Barile, 1994) del concepto de razonabilidad y la falta de cualquier tentativa de racionalización del mismo. Por lo tanto, se pueden encontrar varias definiciones, pero no “la definición”. La razonabilidad ha sido definida de manera muy eficaz como “lógica de los valores”, que rechaza cualquier tipo de descripción normativa, formalista, abstracta, rígida y, por eso, cierta y de aplicación controlable; fundamentalmente caracterizada por flexibilidad y ductilidad; impredecible en sus especificaciones; e intrínsecamente proclive a todo lo que concierne a la facticidad y los intereses (Baldassarre, 1991). Esta tesis ha sido universalmente compartida y aceptada por parte de la doctrina. Otros autores además han fijado el principio de razonabilidad como “elemento arquitectónico del entero sistema jurídico” (D’Andrea, 2005) o “principio general implícito” del ordenamiento jurídico (Morrone, 2001, 2002, 2009); otros, incluso lo han acercado a una definición “convencional y mínima” (Bin, 2002).

La creación de ese principio no es un ejercicio meramente arbitrario, sino la consecuencia de entender y percibir el Derecho y la producción legislativa de una determinada manera. Del aspecto puramente literal ya sobresalen las incertidumbres por lo que afecta a su contenido, así que emerge de inmediato su carácter polifacético y su polisémica naturaleza. No siempre en la praxis se ha hecho ni se hace uso de la misma significación, del puntual término “razonabilidad” o de su adjetivo “razonable”, sino que se recurre a palabras que implican conceptos semejantes o enlazados, solo en apariencia parecidos. Por eso se adoptan locuciones como logicidad, coherencia lógica o simplemente coherencia, razonable, racionalidad, equidad, lógica contradictoria, lo adecuado y lo proporcional, o no arbitrariedad en las leyes. Hay también referencia por medio de lýtotes o el empleo de la técnica de las hendíadis. Eso permite hacer remisión a procedimientos argumentativos no siempre distintos y, a veces, incluso fungibles. Así, la racionalidad se convierte en un parámetro de juicio dúctil y heterogéneo, dotado de una fuerte eficacia.

2.

Se atribuye a Apuleio la utilización, por primera vez, de la categoría conceptual de la razonabilidad en cuanto expresa términos como *rationabilis*, *rationabiliter*, *irrationabilis* (Apuleio, 2014). Pero se conoce que el filósofo romano solía acuñar palabras nuevas para ofrecer variantes lingüísticas que tenían la misma raíz, así que el significado que se le atribuye por Apuleio, según la doctrina mayoritaria, sería tan solo de mero carácter retórico. Por eso, las palabras *rationabilis*, *rationabilites* o *irrationabilis* serían, en realidad “*parole di scuole*”. Por esa razón, antes que subrayar su propio significado, sería más oportuno dirigir la atención a la dimensión semántica de los tecnicismos jurídicos que esas palabras evocan (Scaccia, 2000; Fassò, 2001: 86 y ss.). A la raíz semántica del término razonabilidad no se le puede atribuir el mismo significado. Por ejemplo, según algunos autores, las expresiones latinas *rationabilitas* o *rationabilis* derivarían del término *ratio*. En consecuencia, del verbo *reor*, en el sentido de pensar en contraposición al verbo *computo*, cuya acepción propiamente más técnica sería computar/contar. De acuerdo con otra reconstrucción etimológica se establece que el término latino *ratio* sería más adecuado para indicar tanto el objeto como la facultad de aprendizaje (Ricci, 2007). Además, en el ámbito jurídico la palabra *rationabilis* adquiere una especie de autonomía, de relativa emancipación de la raíz *ratio*, es decir, adquiere un significado orientado hacia “lo razonable” antes que “lo



racional” (Scaccia, 2000). En la siguiente evolución del término y de sus sinónimos, se encuentran ambos sentidos: la naturaleza pragmática y la naturaleza abstracta. De tal manera, el término razonabilidad, hoy en día, evocaría, al mismo tiempo, los procedimientos de la argumentación racional (y los resultados de los mismos) y la experiencia práctica. Según algunos históricos del derecho, las raíces históricas de un análisis jurídico de la razonabilidad se encuentran en el mundo romano en el clásico binomio entre *aequitas* y *ius naturale*. (Mazzarella, 2003; Frosini, 1966; Calasso, 1966; Guarino, 1960; Cortese, 1962 ; Calasso, 1954).

3.

La razonabilidad está en el centro del debate jurídico, tanto en el mundo académico como en la práctica, porque siempre se representa como un criterio guía en las decisiones en circunstancias controvertidas. En ella conviven “dos almas” que al mismo tiempo recíprocamente la condicionan: una dogmático-jurídica y la otra filosófico-teórica. Eso confirma su complejidad intrínseca. A pesar de la objetiva dificultad en su definición, la razonabilidad siempre está presente en las distintas disciplinas jurídicas. Por ello cabe hacer referencia al papel relevante que la misma tiene en la justicia constitucional, Derecho administrativo, Derecho civil, Derecho europeo y en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, así como en la jurisprudencia, sin por eso dejar el ámbito del Derecho privado internacional -por ejemplo en los principios UNIDROIT y en la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías - CNUCCIM (Convention on International Sale Goods)-. Sin embargo, esto no significa que la razonabilidad no esté presente también en otros sectores como por ejemplo en el Derecho laboral, Derecho penal y procesal penal, Derecho procesal civil e, incluso, en el Derecho canónico (Saraceni, 2004). Eso demuestra con firmeza que la razonabilidad es un principio, una categoría conceptual que pertenece a todos los ámbitos y, sobre todo, que es propia de todos los seres humanos, sean éstos juristas o jueces, llamados a decidir y a solucionar “razonablemente” las más espinosas y controvertidas cuestiones jurídicas. Así, la indeterminación de algunos conceptos jurídicos -y, en este sentido, la razonabilidad- no representa una excepción, no conlleva un elemento negativo, sino que muchas veces es sinónimo de riqueza del sistema jurídico o del ordenamiento jurídico en cuanto capaz de adaptarse al cambio de la sociedad, a la variabilidad de la exigencia y a las instancias que derivan de una fuerte heterogeneidad de la realidad (Zagrebelsky, 1997: XIII).

4.

La razonabilidad en el ámbito de la filosofía del derecho hace referencia sobre todo a la estructura de la argumentación jurídica. De hecho, las teorías del discurso jurídico ejercen una peculiar influencia sobre algunos conceptos fundamentales de teoría general como la misma noción de Derecho, Estado de Derecho, democracia y, además, de la problemática relación entre Derecho y moral. Por ejemplo, la teoría de la argumentación jurídica formulada por Robert Alexy se centra de manera especial en la cuestión sobre qué puede ser considerado un argumento jurídicamente válido y racional, y que las decisiones jurídicas elevan una pretensión de corrección. Alexy, de hecho, elabora la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación/motivación jurídica y ponderación entre principios. Él cree que la ponderación entre principios es una actividad que puede basarse y ser justificada racionalmente. La tesis de Alexy es que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general y se prefija el objetivo de contribuir a la fundación de una teoría de la argumentación jurídica racional (Alexy, 1983). Para llegar a ese resultado, comienza desde la definición ofrecida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Resolución de 14 de febrero de 1973),

según la cual las decisiones de los jueces deben “basarse en argumentaciones racionales” (*BVerfGE* 34, 269 (287), sentencia conocida como *Rechtsfortbildungsbeschluss*). Afirmar que el juez debe basarse en una “argumentación racional” significa extender esta exigencia a todos los casos en los que los juristas argumentan. Por tanto, el problema de ofrecer una argumentación jurídica racional deja de ser una exigencia exclusiva del filósofo del derecho o del teórico del derecho e implica a todos los operadores jurídicos. De modo que la primera cuestión a solucionar para intentar definir el concepto de argumentación jurídica racional es establecer cuál es la relación entre la racionalidad y la argumentación racional. A pesar de que la teoría de la argumentación jurídica (de Alexy) parece ser una perspectiva válida, ello no supone que esté libre de aspectos problemáticos y críticos (Habermas, 2005; Atienza, 1990, 2005, 1990). En este sentido, es oportuno observar que el estudio trazado por Alexy no es el único. De hecho se presentan en el mismo ámbito otras contribuciones eminentes por parte de autores de la talla de Aulis Aarnio, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, quienes analizan el razonamiento jurídico y elaboran reflexiones trascendentales sobre racionalidad y razonamiento (Bertera, 2002; Atienza, 2006; 1998; 1990).

Según Alexy, tanto las teorías que rechazan de manera categórica la perspectiva lógica, como aquéllas que, por el contrario, la ponen como su elemento básico, son áridas e incompletas porque revelan su parcialidad y, en consecuencia, cierta inadecuación respecto a las teorías del discurso que se basan en actividades de interpretación y argumentación.

El papel desempeñado por la lógica deductiva en el ámbito de la argumentación jurídica es evidenciado por Alexy cuando especifica cuáles son los fundamentos de una teoría de la argumentación jurídica. Por lo tanto, en un discurso jurídico emerge la exigencia de motivación o de justificación del caso particular o de una proposición normativa. En este contexto se distinguen dos aspectos de la justificación/motivación: la justificación interna (*internal justification*) y la justificación externa (*external justification*). Con la justificación interna se indica que el juicio se sigue de premisas adoptadas para la motivación, mientras la justificación externa tiene que ver con la corrección de estas premisas (Alexy, 1983).

Entonces, el presupuesto de los teóricos de la argumentación jurídica es una reflexión general en torno al concepto de Derecho. Ellos no se limitan a observar y analizar contenidos, funciones y estructuras utilizadas por los juristas en general, y los jueces en particular, sino que, empezando por un estudio analítico y normativo, intentan elaborar una concepción general del Derecho. De manera que los estudiosos de la teoría de la argumentación *-in primis* Alexy- realizan un atento examen del fenómeno jurídico en general, empezando por el análisis del razonamiento práctico.

5.

Es conveniente efectuar una breve consideración respecto de la razonabilidad en el Derecho privado, debido a que esta área presenta connotaciones distintas. Previamente es importante destacar que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en el Derecho constitucional la razonabilidad es “una peculiar técnica de decisión”, porque los jueces del Tribunal Constitucional deben realizar una ponderación entre principios e intereses que se encuentran en un mismo nivel, pero que en determinadas circunstancias prevalece uno de ellos (Nivarra, 2002). En el Derecho público, en general se encuentran usos teóricos diferentes tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Se identifican dos macro-áreas temáticas: la primera considera la razonabilidad como un juicio dotado de estructura ternaria en el que un



papel fundamental es desempeñado por el principio de igualdad; la segunda se ubica en la idea de que existe una relación entre la razonabilidad y la tabla de valores constitucionales, de modo que el principio de la razonabilidad no depende más del principio de igualdad (Barile, 1994; Zagrebelsky, 1994). En este último caso se habla de “juicios de razonabilidad en sentido estricto” (D’Andrea, 2005; Scaccia, 2000). Otra parte de la doctrina vincula el principio de razonabilidad al análisis de la jurisprudencia más relevante (Scaccia, 2000). Se señala y se distingue que la racionalidad es vista tanto como “argumento de racionalidad sistemática (coherencia)”, así como “argumento de eficacia instrumental (congruencia, pertinencia, impericia, proporcionalidad y ponderación)” y “argumento de justicia-equidad” (Scaccia, 2000: 106 y ss.). De modo que consiste también en un instrumento directo que se usa en la resolución de problemas teóricos y prácticos (racionalidad intrínseca y racionalidad extrínseca de las leyes). Por último, se señala la tesis que niega la existencia del principio de razonabilidad. Según esta interpretación, el Tribunal Constitucional recurre, aunque de manera contradictoria, al principio de razonabilidad cada vez que los parámetros que se utilizan en la resolución de cada caso no se encuentran en las disposiciones escritas de la Carta Constitucional (Paladin, 1994). En esta perspectiva la razonabilidad implica una genérica exigencia de justicia de las leyes (Paladin, 1994). Finalmente, existe otra doctrina que afirma que la razonabilidad es un mero artificio y por eso coloca las cuestiones sobre la igualdad entre los problemas de interpretación y no de razonabilidad (Corasaniti, 1994).

En el ámbito del Derecho privado, por el contrario, la razonabilidad es entendida como “un criterio de evaluación de una conducta” en la que el juez califica comportamientos y no valores. No obstante en este ámbito -no ocurre muy a menudo- podría presentarse también como una técnica de decisión judicial, en virtud de la cual el juez efectúa una ponderación entre determinados principios en conflicto, haciendo prevalecer uno u otro según las circunstancias del caso concreto (Nivarra, 2002).

Así, algunos autores enfatizan esas diferencias y creen que este concepto es extraño al contexto privado porque se trataría de “una nueva palabra vacía” (Troiano, 2005). Sin embargo, la razonabilidad en la legislación civil se coloca en un contexto más general que tiende a redescubrir nociones flexibles que se utilizan como instrumentos de regulación de relaciones entre privados. Por lo tanto, el papel de la razonabilidad se sitúa como nuevo concepto normativo indeterminado del derecho privado (Zorzetto, 2010, 2008; Giorgini, 2010). Una de las razones del incremento del uso del criterio de la razonabilidad radica en las influencias que ejercen las fuentes supranacionales; en particular en materia de contrato. De hecho, a la razonabilidad se le atribuye la función de instrumento de unificación y armonización de las diferentes legislaciones a nivel supranacional. En el ámbito de las Convenciones en materia de contratos mercantiles internacionales, el recurso a la razonabilidad deja de ser frecuente y deviene un uso “sistemático”, como uno de los pilares de toda la materia convencional. Por ejemplo, en la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías - CNUCCIM (Convention on International Sale Goods)- en vigor en más de 50 países, son muchas las referencias al término racionalidad o sus sinónimos, así que se habla de “omnipresencia” de la misma racionalidad.

La naturaleza y la función de la razonabilidad en el derecho de los contratos son más complejas en los ordenamientos anglosajones. La razonabilidad en el *common law* es un criterio habitual, tanto que se afirma que “*common law is right reason*” (Troiano, 2005). La máxima expresión del término inglés *reasonableness* se encuentra en el modelo del *reasonable man*; instrumento para la realización de las

expectativas razonables de las partes fundadas sobre criterios sociales de normalidad y de lo adecuado a las circunstancias. (Troiano, 2005; Criscioli, 1984).

La razonabilidad hunde sus raíces en el derecho natural. Dicho de otra manera, en *law of reason*, es decir, en la razón pragmática basada sobre la experiencia, la única que puede formular axiomas del razonamiento jurídico (Troiano, 2005). Además, la razonabilidad en el *common law* tiene un papel fundamental también en vinculación con la técnica conocida como “*distinguishing*”, mediante la cual los jueces aportan modificaciones a la regla rígida del *stare decisis* solo cuando las distinciones sean “*reasonable*” (Troiano, 2005). Así que la razonabilidad es definida como “motor propulsor” del *common law*. (Troiano, 2005)

Por último, se evidencia la opción elegida por el legislador holandés, único y aislado en todo el panorama jurídico continental en relación a la razonabilidad. De hecho, en el nuevo Código Civil holandés, *Burgerlijk Wetboek –BW*, de 1992-, la norma es contenida en el artículo 3:12, se expresa una endiádis con la que se acercan la razonabilidad y la equidad. Hablar de “razonabilidad y equidad”, en este contexto, permite a la racionalidad dejar un papel subsidiario y llegar a ser uno de los pilares del sistema jurídico privado. Finalmente, para ofrecer una perspectiva más completa en materia de razonabilidad, hace falta mencionar su relación con la categoría jurídica del abuso del derecho, entendido como repudio de los excesos (La Torre, 2000: 160 y ss.; Rescigno, 1965: 205 y ss.). A este respecto la referencia es la teoría formulada por Josserand que especifica cuatro categorías de abuso del derecho: intencional, técnica, económica y funcional (Josserand, 1927). A éstas se puede añadir una quinta, según la cual el abuso del derecho se convierte en argumentativo, basándose en la noción de razonabilidad como universalización. Así que en este último sentido la racionalidad conectada con el abuso del derecho se inserta en la reflexión sobre la teoría de la argumentación jurídica.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2007), *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- APULEIO, (2014), *De Platone et eius dogmate*, CreateSpace Independent Publishing Platform, Seattle.
- BALDASSARRE, A. (1991), “Fonti normative, legalità e legittimità: l’unità della ragionevolezza”, *Queste Istituzioni*, núm. 87/88, pp. 60–64.
- BARILE, P. (1994), “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”. En: AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatici, Atti del Seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, pp. 21–42.
- BIN, R. (2002), *Ragionevolezza e divisione dei poteri*. En: LA TORRE, S. y SPADARO, A., *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, pp. 159–184.
- CALASSO, F. (1954), *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Giuffrè, Milano.
- CALASSO, F. (1966), *Equità (storia)*. En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XV, Milano, Giuffrè, pp. 65–69.
- CORASANITI, A. (1994), “Introduzione ai lavori, Le considerazioni conclusive”. En: AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatici, Atti del Seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, pp. 1–20; pp. 265–276.



- CORTESE, E. (1962), *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, Giuffrè, Milano.
- CRISCUOLI, G. (1984), “Buona fede e Ragionevolezza”, *Rivista di Diritto Civile*, I, pp. 709-754
- D’ANDREA, L. (2005), *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano.
- FASSÒ, G. (2001), *Storia della filosofia del diritto*, Vol. 1, *Antichità e Medioevo*, Manuali Laterza, Roma-Bari.
- FROSINI, V. (1966), *Equità (nozione)*. En: *Enciclopedia del diritto*, Vol. XV, Milano, Giuffrè, pp. 69–83.
- GIORGINI, E. (2010), *La ragionevolezza e autonomia negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- GUARINO, A. (1960), *Equità*. En: *Novissimo digesto italiano*, Vol. VI, Torino, pp. 619–624.
- LA TORRE, M. (2000), *Tolleranza*. En: LA TORRE, M. y ZANETTI, G., *Seminari di filosofia del diritto. Categorie dal dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- MAZZARELLA, F. (2003), “Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza”. En: *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. LXXVI, y también en: S. Pajno e G. Verde (2004), *Alla ricerca del diritto ragionevole, esperienze giuridiche a confronto, Atti del seminario di Palermo 11 febbraio 2002*, Giappichelli, Torino. pp. 93 – 133; pp. 109–167.
- MORRONE, A. (2001), *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano.
- MORRONE, A. (2002) “Principio di ragionevolezza e definizione di “diritto””. En: LA TORRE, S. y SPADARO, A., *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, pp. 285–300.
- MORRONE, A. (2009), *Corte Costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, Il Mulino, Bologna.
- NIVARRA, L. (2002), “La ragionevolezza e il diritto privato”, *Ars interpretandi*, núm. 7, pp. 375–386.
- PALADIN, L. (1994), “Esiste un ‘principio di ragionevolezza’ nella giurisprudenza costituzionale?” En: AA. VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatici, Atti del Seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano, pp. 163–168.
- RESCIGNO, P. (1965), “L’abuso del diritto”, *Rivista di diritto civile*, pp. 205–290.
- RICCI, A. (2007), *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, CEDAM, Padova.
- SARACENI, G. E. (2004), *L’autorità ragionevole, premesse per un studio del diritto canonico amministrativo secondo il principio di ragionevolezza*, Giuffrè, Milano.
- SCACCIA, G. (2000), *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- TROIANO, S. (2005), *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, CEDAM, Padova.
- ZAGREBELSKY, G. (1997), “Introduzione”. En R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* (trad. it. de F. Fiore), Einaudi, Torino, pp. I–XXX.
- ZAGREBELSKY, G., (1994), “Su tre aspetti della ragionevolezza”. En: AA. VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatici, Atti del Seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, pp. 179–192.
- ZORZETTO, S. (2008), *La ragionevolezza dei privati saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano.
- ZORZETTO, S. (2010), “Ragionevolezza, politica del diritto e semiotica giuridica. considerazioni in margine al libro Ragionevolezza e autonomia negoziale”, *D&Q*, núm. 10, pp. 601–621.



Estado Democrático de Derecho

Gilmer Alarcón Requejo

Universidad Jaime Bausate y Meza, Lima

g.alarcon@bausate.edu.pe

Resumen

Esta voz sobre el Estado Democrático de Derecho reivindica las ideas fundamentales de Elías Díaz en torno a la estructura analítica y normativa de un núcleo básico sobre dicho concepto. Se trata de responder a la cuestión ¿qué teoría sobre el Estado democrático de Derecho resuelve de mejor modo la tensión entre soberanía popular, derechos humanos e imperio de la ley? Una respuesta adecuada a este problema demanda un conjunto de razones tanto explicativas como justificativas, en el marco de las exigencias de una cultura de la legalidad que no deja de lado la reflexión sobre las relaciones entre Derecho y poder. Se analizan los diversos argumentos formulados por Francisco Laporta, Manuel Atienza y Liborio Hierro, a partir del debate generado por Elías Díaz en su legendario libro Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Se enmarca en la filosofía del derecho de la España contemporánea.

Palabras clave

Estado de Derecho, Estado democrático de Derecho, Estado constitucional, Derecho, poder, soberanía popular, derechos humanos, seguridad jurídica, imperio de la ley.

Democratic state of Law

Abstract

This article concerning the democratic state of law defends the main ideas of Elias Díaz who has developed an analytical and normative structure for framing this concept. Its aim is to answer this question: which is the most adequate theory of the democratic state of law that helps to solve the tension between popular sovereignty, human rights and rule of law? The answer demands to take into account some explicative and justificative reasons related to the effectiveness of a culture of lawfulness which is aware of power and law relationships. The critical comments on Elías Díaz' famous work "Estado de Derecho y sociedad democrática" published by Francisco Laporta, Manuel Atienza and Liborio Hierro are also analyzed. This article is centered on the recent developments of the Spanish philosophy of law.

Keywords

State of Law, democratic state of law, constitutional state, Law, Power, popular sovereignty, human rights, legal security, rule of law.

1. Vigencia de las premisas del estado democrático de derecho: Siguiendo a Elías Díaz

¿Por qué interesa tanto a Elías Díaz establecer que la seguridad jurídica es condición necesaria pero no suficiente para la obligatoriedad de las normas establecidas en el marco del Estado de Derecho? ¿En qué medida influye en esta idea la experiencia de la dictadura franquista? ¿En qué sentido su realismo jurídico y su renovado positivismo jurídico han contribuido a la teoría del Estado de Derecho? Dos hipótesis teóricas fundamentales transitan por el concepto de Estado democrático de Derecho en Elías Díaz.

Primera.- No todo Estado es Estado de Derecho

“No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho” (Díaz, 1966: 7).

Segunda.- El imperio de la ley como expresión de la soberanía popular.

Elías Díaz (1966: 18) identifica como características generales que corresponden como exigencias imprescindibles a todo auténtico Estado de Derecho las siguientes: “(a) imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; (b) separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; (c) legalidad de la Administración: regulación por la ley y control judicial; (d) derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material.”

230

El contexto histórico en el que surgen estos enunciados teóricos es el de prácticas sistemáticas ajenas a un orden jurídico político democrático. No hubo experiencia más clara y directa para Elías Díaz que sus vivencias, “el estar ahí” frente a la dictadura franquista, cuando iusnaturalismo y seguridad jurídica fueron instrumentalizados tanto que como conceptos quedaron maltrechos. Esta es una explicación sociológica del porqué Elías Díaz habla más de definir la idea de Estado de Derecho a través de los principios del proceso democrático y los derechos humanos, antes que por la vía de la seguridad jurídica o de la moral interna del Derecho¹.

Las leyes franquistas se someten en su nacimiento, vigencia y extinción a principios de seguridad, y toda norma política -parafraseando a Elías de Tejada- cuando contiene elementos éticos es norma jurídica; es decir, el derecho natural a la seguridad jurídica está encuadrado en los derechos naturales derivados de la sociabilidad humana, y si hay opiniones críticas que dicen que la libertad está demasiado supeditada a la seguridad, ella acepta que estas opiniones sólo pueden referirse a casos muy puntuales y concretos, mas no al sistema en general, ya que los “principios de seguridad jurídica del Estado español, en cuanto tales, son correctos” (Rovira Flórez de Quiñónez, 1970; 1971: 89).

¹ Al respecto véase Escudero (2003: 316-317) cuando advierte el olvido de la teoría de Fuller en la doctrina española. Uno de los últimos trabajos sobre el imperio de la ley bajo la senda de Fuller es el de Mariano Melero (2013: 57-75). Para profundizar sobre el contexto socio-histórico en el que surgen las tesis centrales sobre el Estado de Derecho en Elías Díaz, se puede ver: Alarcón (2007: 31-101); Bañuls (2004: 9-50).

Las razones explicativas nos llevan a comprender su orientación desde el positivismo y el realismo jurídico crítico: las notas distintivas del imperio de la ley tienen que estar sólidamente vinculadas al principio del proceso democrático de construcción del poder y al mismo tiempo, deviene la estela normativa de la Revolución francesa: la voluntad general² como presupuesto normativo que alumbra un núcleo básico de su teoría sobre el Estado democrático de Derecho.

No resulta tarea fácil precisar las relaciones entre imperio de la ley y proceso democrático para definir el Estado de Derecho postradicional, confrontando el problema de separar o vincular dos esferas: la libertad negativa, propia de la sociedad civil y la esfera de la libertad pública “positiva”, expresión de la sociedad política (Laporta, 1994: 138).

2. El imperio de la ley como expresión de la soberanía popular en clave de construcción del poder

Ausente en el Antiguo Régimen la idea de seguridad jurídica, solo cabía el gobierno absoluto de ciertos hombres. De la discusión sobre el imperio de la ley y las pasiones humanas resultaba la preocupación de raíz aristotélica por la racionalización del Derecho como límite a los abusos del poder. Del contraste entre las pasiones de los hombres y el desapasionamiento de las leyes deriva la identificación de la ley con la voz de la razón que es el principio y el fin de la teoría del derecho natural de la antigüedad hasta nuestros días (Bobbio y Bovero, 1985: 31).

Elías Díaz, un autor que pretende una concepción del Estado de Derecho que se sustente en una legalidad democrática, va a reconocer que es posible que se produzcan dilemas conceptuales en el afán por limitar el poder soberano (Díaz, 1990: 32 y ss.). Por un lado, es probable que exista un Estado sometido a una insuficiente limitación jurídica, que poco se diferenciaría del absolutismo de los príncipes y, de otro lado, un Estado controlado por límites excesivos, que podría significar la negación e inexistencia efectiva del mismo. En este sentido sus ideas, en torno a una probable compatibilidad entre derechos humanos y una legalidad democrática le deben mucho a Rousseau y a Kant, uno inspirador de la Revolución francesa y el otro inquieto profundamente por tal acontecimiento.

No faltarían autores que ven el Estado de Derecho como la única innovación constitucional del ochocientos, innovación que atañería sólo a los países continentales (Matteucci, 1998: 285)³. Elías Díaz, a pesar de hablar de una triple tradición modernista en la formación histórica del Estado de Derecho, no ha escatimado en argumentos para resaltar la influencia en éste de la Revolución francesa⁴, proceso en el que la tensión democracia/derechos humanos aparece con claridad. ¿Acaso nuestro autor toma en cuenta este ejemplo histórico, dada su vocación al realismo crítico? ¿En qué medida esta vocación no entra en conflicto con el concepto de imperio de la ley como seguridad jurídica, cuya potencialidad sólo alcanza a reducir la injusticia con su limitación negativa?

² Usaremos aquí indistintamente voluntad general como soberanía popular, evitando la discusión sobre su carga epistémica y pragmática de la que se hace cargo la filosofía política en el análisis de Rousseau.

³ Debemos a Fioravanti (1998: 25), desde la perspectiva del derecho constitucional, la reconstrucción analítica de tres fundamentaciones teóricas de las libertades: el modelo historicista, el modelo individualista y el modelo estatalista.

⁴ Para Elías Díaz (1998: 15), el advenimiento democratizador del Estado de Derecho se remonta al siguiente proceso: 1) el *Bill of rights* inglés de 1689, 2) la *Declaration of Rights* del Estado de Virginia en 1776, y 3) la Revolución francesa, que se concreta en la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 26 de agosto de 1789.



Elías Díaz encuentra una directa relación literal del Estado de Derecho con el vocablo germánico *Rechtsstaat*⁵. Sin ruptura con el *Rechtsstaat* ni con la anglosajona *Rule of Law*, a su juicio, es en el contexto de la Revolución francesa y en el texto de la Declaración de derechos de 1789 donde se cristalizan los requisitos y elementos básicos del Estado de Derecho de mejor modo. Sin embargo, si se pretende resaltar los grandes procesos modernos de cambio, la crítica a las insuficiencias y problemas del proceso revolucionario francés implica dar el paso de una explicación histórica a las razones justificativas: la democracia y los derechos humanos como núcleo universalista de la constitución del Estado de Derecho moderno, en variantes distintas. Pero este núcleo no puede ser atributo exclusivo de la Revolución francesa, es también una exigencia de la Revolución americana (Habermas, 1998: 592)⁶.

Ve, además, que el concepto de ley y el concepto de libertad prepolítica se articulan como un elemento eje en esta Declaración: *Artículo 4*, “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismo derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”. Elías Díaz es consciente que ésta es una de las proposiciones de mayor calado y dificultad para la filosofía del Derecho, ¿cómo es posible que el mismo poder estatal para cuyo límite surgen los derechos fundamentales prepolíticos sea, después de todo, el único que puede proteger eficazmente tanto la libertad civil como la libertad prepolítica?

No pocos pensadores han tratado de dar respuestas a esta paradoja, planteando más que soluciones, más preguntas. Habermas, por ejemplo, profundizaría la cuestión: ¿cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? Fioravanti (1998: 58), por su parte, ha comentado que la afirmación de los derechos naturales individuales y de la soberanía nacional en la Declaración de derechos – ambas – se toman como hijas del *mismo proceso histórico* que, al mismo tiempo que libera al individuo de las antiguas ligaduras del señor-juez o del señor-recaudador, libera también al ejercicio del poder público en nombre de la nación de las nefastas influencias en sentido disgregante y particularista de los poderes feudales y señoriales. Esta es una *alianza entre las razones del individualismo y las razones del estatalismo*.

Aquí quiero dejar constancia del gran interés de Elías Díaz por la Revolución francesa y la Declaración. Tal vez se deba a aquello que los intelectuales de izquierdas, ligados al realismo jurídico, identifican en la Revolución americana el *resultado* de los acontecimientos, en tanto la Revolución francesa la hicieron sus protagonistas con plena conciencia de *estar haciendo* una revolución (Habermas, 1998: 592).

⁵ Elías Díaz atribuye el uso pionero de la expresión *Estado de Derecho* al alemán Robert Von Mohl. Alessandro Pace (1998) coincide con esta afirmación. El creador de la expresión Estado de Derecho, según Pace, era un jurista liberal de Prusia que consideraba la naturaleza superior de las normas constitucionales frente a las leyes ordinarias. En su época (1799-1875), este autor es la excepción: en el siglo XIX la regla estaba fijada por ideas *estatalistas no individualistas*. Primaba una ideología autoritaria del Estado en el II Reich, regido por una multiplicidad de derechos territoriales y personales. Un fuerte régimen estamental de la organización social. Esto marcó el carácter autoritario de la doctrina alemana del Estado de Derecho, al respecto puede verse Von Mohl (1987: 139 y ss.).

⁶ Esta idea no sólo está en Habermas (1998:363 y ss) y la encontramos también en Elster y Slagstad (1999: 40).

3. El Estado democrático de derecho en clave de Estado constitucional

De la Revolución francesa Elías Díaz destaca su relevancia no sólo como dato histórico de la conexión entre Derecho y poder, sino también toma en cuenta las proposiciones normativas que derivan de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de la Asamblea Nacional francesa de 1789⁷. Entre éstas, la noción de seguridad jurídica en relación con los límites del poder y el ejercicio de los derechos en el Estado constitucional. *Artículo 16*: “Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución.” Justamente, la propuesta normativa de este Artículo es la que inspira a Elías Díaz (1966: 15) para su afirmación de que no todo Estado es Estado de Derecho, que lo traduce ya contemporáneamente, como Estado constitucional: “No todo Estado es entonces Estado constitucional o, como hemos comenzado diciendo aquí, no todo Estado es Estado de Derecho.”

Frente a una supuesta crisis de la ley como causa de las transformaciones del Estado de Derecho hacia un Estado constitucional, Elías Díaz ha insistido en centrar el debate no sólo en las dimensiones ético-políticas de legitimidad y justicia, sino también en las relaciones entre Derecho y poder. Es verdad, dice, que frente a reducciones e insuficiencias constatadas históricamente el entendimiento actual de la Constitución como norma jurídica le parece una conquista a todas luces muy positiva y por completo coherente con el mejor Estado de Derecho. Sin embargo, hace un llamado a dejar de lado aquella postura maniquea que quiere establecer radicales oposiciones entre “un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho”; para él, Estado de Derecho es Estado constitucional legislativo y judicial de Derecho:

Mis cautelas, lo reitero de modo expreso, y mis advertencias críticas ante el mimético y simplista entusiasmo actual por la muy respetable fórmula del Estado constitucional de Derecho únicamente derivan y aumentan en la medida -como digo- en que éste, por un lado, implique y favorezca una real infravaloración de algunas de las principales instituciones democráticas, especialmente del Parlamento, órgano político y órgano legislador, y, por otro, derivado de ahí, en cuanto que la interpretación y aplicación de los superiores principios y valores constitucionales pretendan atribuirse y reducirse de manera muy preferente y privilegiada a las meras instancias y criterios de los aparatos jurisdiccionales [...] En tal situación todos los conflictos sociales y todas las luchas políticas se trasladarían entonces (aún más) al interior del poder judicial [...] Pero el Estado de Derecho no es sólo cosa de jurista, única y exclusivamente una cuestión jurídica (Díaz, 2002: 187).

El Estado de Derecho, caracterizado principalmente por el imperio de la ley como expresión de la soberanía popular, tiene que dar cuenta de un núcleo ético-político básico constituido por los derechos fundamentales y la democracia. Mientras que los derechos fundamentales son la razón de ser del Estado de Derecho (criterio de legitimidad objetiva), la democracia es el procedimiento para convertir en legalidad tales exigencias de legitimidad (legitimidad procedimental). La mejor defensa de la legalidad y la legitimidad “exige actuar siempre en el marco de la Constitución y del Estado de Derecho: no sólo esto es más justo, y más legal, sino que incluso -ésta es mi convicción- tanto a corto como a medio y largo plazo, preocupándose por contar con adhesiones sociales más fundadas e ilustradas, con una mayor y mejor legitimación, será además mucho más eficaz para todo el sistema político social” (Díaz, 1966: 84).

⁷ Las ideas principales de nuestro autor sobre la Revolución francesa aparecen en Díaz (1978: 69-88). Los presupuestos realistas de construcción del poder han sido reiterados en su último libro, véase Díaz (2013: 21-39).



4. Los diálogos críticos

4.1. El imperio de la ley de Francisco J. Laporta

En este apartado se verán los argumentos de los que se sirve Francisco Laporta para afirmar que en la idea de Estado de Derecho de Elías Díaz hay una determinada perspectiva conceptual en la que se incluyen aspectos y exigencias ético-políticas muy amplias⁸. Hechas estas advertencias dejará traslucir sus coincidencias teóricas y prácticas, que son de larga data⁹. De Elías Díaz destaca dos aspectos: en primer lugar, el contexto sociológico en el que surge su pensamiento; y en segundo lugar, las nociones de teoría política y de filosofía del Derecho que están de por medio.

Sostiene este autor que es preciso señalar el sistema político arbitrario e intolerante de la España de los sesenta, la década en la que cuaja la personalidad intelectual de Elías Díaz. Una España desarticulada por un sistema político autoritario, ignorante de las garantías individuales y en la que el poder sólo muy parcial y fragmentariamente estaba sometido al Derecho.

Por eso no tiene nada de extraño que uno de los primeros estímulos que hirieran una sensibilidad tan viva como la suya fuera precisamente el de esa inmediata incertidumbre en que se vivía, y, en consecuencia, una de sus inquietudes más originarias fuera la relativa al aspecto más directamente garantista y protector que ofrece la visión moderna del derecho. Este repito, me parece uno de los más importantes puntos de partida de su pensamiento (Laporta, 1994: 133)¹⁰.

Este contexto, habría ocasionado que Elías Díaz, en su concepto de Estado de Derecho, preste especial atención a su justificación en nociones de teoría política (la soberanía popular) y en nociones de filosofía jurídica (seguridad y garantía de los derechos humanos básicos), en desmedro de una atención, también necesaria y no menos importante, del concepto de imperio de la ley que por sentido último tendría precisamente la protección de la autonomía del individuo frente al poder político.

Según Laporta (1994: 138), el Estado de Derecho comprende tres ideales.

Estos ideales son: 1) El *Imperio de la ley*, 2) Los *derechos del hombre* y 3) El *principio democrático*. Son creo, los tres ideales que Elías Díaz ha pretendido englobar en uno solo mediante su noción amplia y ambiciosa de “Estado democrático de Derecho”: imperio de la ley, pero ley entendida como expresión de la voluntad general, es decir, principio democrático, y ley que posibilite el reconocimiento formal y la realización efectiva de los derechos del hombre. Yo, por el contrario, prefiero proceder a aislar el primero de esos ideales, asumiendo que puede tener vida propia al margen de los otros y reflexionar únicamente sobre él.

Trata de evitar un concepto “insaciable” de Estado de Derecho. Su preocupación llega a extenderse a otros contextos y su crítica presta atención a una corriente de pensamiento que comparte como una seña de identidad. Una concepción, dice, muy consolidada tanto en España, a través de Elías Díaz, como

⁸ Dice Laporta, que Elías Díaz incluye en su concepto de Estado de Derecho aspectos y exigencias ético-políticas muy amplias. Pero eso no es una deficiencia conceptual, sino una opción que, por lo demás, me parece aceptable. *Carta personal*, 21 de noviembre de 2005. En parecidos términos, Raz (1982: 264) criticaba las conclusiones del Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi en 1959.

⁹ Uno de los artículos de Francisco Laporta en los que reitera sus apreciaciones sobre las ideas de Elías Díaz, en relación con el concepto de Estado de Derecho, véase (2009: 181-193).

¹⁰ Laporta hace mención, explícitamente, a dos escritos iniciales y fundamentales de Elías Díaz (1966: 7; 1971: 42).

en otros países -Böckenforde (Alemania) o Ferrajoli (Italia)- que ve el Estado de Derecho como un ideal articulado y coherente de instituciones y valores ético-políticos diversos que han ido sedimentándose en la cultura constitucional y en los ordenamientos jurídicos a lo largo de más de dos siglos.

Se detiene, entonces, en aquello que falta y se dispone a analizar sólo uno de esos principios ético-políticos, acaso -dice- el primario desde un punto de vista lógico: aquél que se viene llamando comúnmente, a partir quizás de una tradición anglosajona, *Rule of Law*, “imperio de la ley”. Así, Estado de Derecho es sobre todo un Estado o sociedad política en el que la ley como fuente de normas jurídicas tiene una posición dominante.

4.2. El Estado democrático de Derecho a partir de un núcleo conceptual: Aportación de Manuel Atienza

Según Atienza, las premisas centradas en que el Estado de Derecho es, por un lado, una realidad de carácter procesal, perfectible y abierta en el tiempo y, por otro, la explicitación de una serie de necesarios caracteres generales, llenan de denotación y connotación al concepto propuesto por Elías Díaz. Por lo tanto, a un concepto así le es inherente cierta vaguedad no inmune a disputas, habida cuenta de la carga emotiva de signo positivo que trae consigo la expresión *Estado de Derecho*, y que la hace especialmente apta para ser usada en definiciones persuasivas para identificar en la realidad casos dudosos de organizaciones estatales, puestos frente al test de las características básicas. Sin embargo, los problemas de vaguedad y emotividad tienen límites, ya que la expresión *Estado de Derecho* designa siempre un cierto tipo de organización política. Dicho de otra manera: “el concepto de ‘Estado de Derecho’ puede que sea impreciso, pero al menos es unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas” (Atienza, 1998: 466).

Atienza, ya en la búsqueda de argumentos que den cuenta de las relaciones entre imperio de la ley democrática y derechos fundamentales, haciendo un análisis de esta tensión, ve reflejarse estas cuestiones en los trabajos de Francisco Laporta y Liborio Hierro, al hilo de sus trabajos sobre el Estado de Derecho en Elías Díaz. En el trabajo de Francisco Laporta encuentra que éste “otorga a la nota del ‘imperio de la ley’ un carácter de predominio dentro de la caracterización del Estado de Derecho, lo que lleva, lógicamente, a subrayar el elemento autoritativo de la interpretación de las normas. Laporta no lo dice explícitamente, pero me parece que ello está de alguna forma sugerido en su ‘tesis fuerte’ de que ‘el principio del imperio de la ley exige que el núcleo de esa argumentación (la que lleva a cabo el juez al aplicar el Derecho) sea un razonamiento deductivo’”. Ese predominio del elemento de autoridad aparece, sin embargo, compensado por el hecho de que al “núcleo duro” del *rule of law* le atribuye la interdicción de la arbitrariedad y estaría reforzado también por el principio de división de poderes. Dice, además, que Laporta entiende imperio de la ley como un ideal ético-político, sustentado nada menos que en el valor de autonomía (Atienza, 1998: 481-482).

El otro trabajo es el de Liborio Hierro. En este trabajo, dice Atienza (Atienza, 1998: 482), se privilegia también el elemento del imperio de la ley, pero, en cambio, se distingue en el mismo en cuanto exigencia ética dos interpretaciones; la interpretación débil (que Hierro atribuye a Laporta), por prescindir del origen de la ley, y porque las exigencias del imperio de la ley se limitan a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas y la interpretación fuerte (sería la de Elías Díaz, compartida por Hierro), introduce en la



noción misma de “imperio de la ley” el “elemento democrático”, que le resulta favorable para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley. Esta breve clasificación, destacada por Atienza, sin duda, permite avanzar en el análisis¹¹. Por tal motivo, a continuación, se analiza la taxonomía formulada por Hierro, no sin antes dejar establecido que la principal preocupación de Atienza son las exigencias argumentativas del Estado constitucional, antes que las relaciones entre Derecho y poder, preocupación central en Elías Díaz.

Para Atienza, definitivamente, en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido. “El Estado de Derecho ofrece, así, mayores oportunidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización del poder. En este sentido puede decirse que la idea regulativa del Estado de Derecho es el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder” (Atienza, 2004: 256)¹².

4.3. Interpretación débil del Estado de Derecho guiados por Liborio Hierro

Liborio Hierro parte de la idea de ley como norma que expresa la voluntad general, versión ética clásica que vincula la autonomía de las personas -como fuente última de normatividad- a la obediencia del Derecho, recibida de la formulación de Locke, Rousseau y Kant y que alcanzó su primera realización en el modelo liberal de Estado. Constata el dato contemporáneo de la llamada “crisis actual de la ley” ante la cual algunas respuestas tanto teóricas como prácticas han pretendido salidas socavando justamente el ideario clásico. Ante esta situación, se hacen necesarias otro tipo de respuestas. Aun compartiendo el ideal ético del imperio de la ley, éstas no son uniformes; de modo que en la idea del “imperio de la ley” como exigencia ética, caben dos interpretaciones, una débil y otra fuerte, según sean las exigencias de legitimidad del Estado de Derecho.

La interpretación débil, prescinde de cuál sea el origen de la ley, limitando las exigencias del “imperio de la ley” a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas. “Esta es -me parece- la tesis que, entre otros, ha mantenido recientemente Francisco Laporta al calificar la posición de Elías Díaz como ‘amplia y ambiciosa’ y proponer, en su lugar, una distinción entre el ‘imperio de la ley’ y el ‘principio democrático’, reduciendo el imperio de la ley a la existencia de un conjunto de normas que cancelen el ámbito de las decisiones arbitrarias, lo que requiere una cierta estructura de esas normas (competencia, generalidad, no retroactividad y publicidad) y un cierto procedimiento institucional de aplicación de ellas (el ‘due process of law’)” (Hierro, 1998: 19-20)¹³. Sin negar en absoluto la dimensión ética que esta tesis más débil implica; supone, sin embargo, mayores dificultades para justificar la obediencia a la autoridad de las normas del Derecho.

Es cierto que en sus escritos de la década de 1960 Elías Díaz no formuló de manera clara el “núcleo” del que hoy habla, por eso, en parte tiene razón Laporta al criticar cierto exceso en la formulación de la dimensión democrática del concepto mismo de Estado de Derecho. Laporta (1994: 135) se pregunta: “¿De dónde extrae

¹¹ Dice Liborio Hierro (1998: 40) que su propósito es mostrar el concepto de *imperio de la ley*, en su formulación clásica que en 1966 recogió Elías Díaz y que luego, ha sido recogida por el preámbulo de nuestra Constitución.

¹² Véase también, de este mismo autor, Atienza (2006).

¹³ Surgido en el contexto de América Latina, uno de los últimos trabajos que también contiene una taxonomía sobre el Estado de Derecho es Uprimny (2013).

una noción tan aparentemente cercana al mundo de lo jurídico como la de imperio de la ley esa su condición esencialmente moral? Pues a mi juicio –dice- del principio ético de la autonomía de la persona”. El fundamento último del *imperio de la ley* se encuentra, entonces, en el principio de la autonomía de la persona. Creo que aquí es pertinente la crítica de Eusebio Fernández (1999: 117), a quien le parecen muy interesantes las referencias que hace Laporta al ideal de la persona humana como ser autónomo, respaldo de su dignidad y acicate de su libertad y responsabilidad; pero cree que el objetivo prioritario del imperio de la ley no es la autonomía individual sino la seguridad: “Precisamente es el prioritario porque *es la seguridad la que favorece la autonomía individual y no al revés*”. Laporta, en otros escritos ha tratado de dar una respuesta adecuada a este tipo de críticas, cuando dice por ejemplo, que el *imperio de la ley* en tanto seguridad jurídica, es condición necesaria pero no suficiente de la sociedad justa¹⁴.

En general, hay un cierto consenso en el argumento de que el *imperio de la ley* posibilita un conocimiento previo y cierto de la acción del Estado (contemplado legalmente) para brindar al ciudadano un campo de certeza y seguridad como protección de su autonomía frente al poder político.

4.4. Interpretación fuerte del Estado de Derecho: guiados por Liborio Hierro

Las ventajas que, según Hierro, tiene la *interpretación fuerte* sobre la *débil* las resume así. En primer lugar, el imperativo ético de la autonomía es el que ha sido satisfecho en la institucionalización contemporánea del poder legislativo como un poder democrático¹⁵. En segundo lugar, para la *interpretación fuerte* históricamente hoy el *imperio de la ley* ya no trata de justificarse frente al “despotismo”, más bien se enfrenta a los problemas que todavía están sobre la mesa como la universalización de la democracia. Sin embargo, aclara, que si bien ambas posiciones son diferentes no se contradicen. Lógicamente, la concepción fuerte asume el “universo ético” de la concepción débil (Hierro, 1998; 41-42).

Esta *interpretación fuerte* se encarga de dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley: “La ley puede así, y sólo así, ser concebida como norma suprema en cuanto expresión de la potestad normativa última (la soberanía) que reside en el pueblo y puede entonces esgrimir un fundamento moral a su pretensión de obediencia” (Hierro, 1998: 20). El autor, bajo este supuesto normativo, formula también lo que es una concepción formal¹⁶. La coincidencia con Elías Díaz rebasa el marco formal para centrar en la construcción democrática del poder¹⁷. Su pensamiento también discurre con más naturalidad por los procesos

¹⁴ “Ni la libertad ni la igualdad pueden ser satisfechas en un grado razonable en una comunidad política que no esté gobernada con los principios y mecanismos del imperio de la ley en el marco de una teoría de la justicia. Pertenece a Rawls la idea de *imperio de la ley* en el sentido de constricciones formales del concepto de lo justo, sin embargo, pareciera que Rawls (1997: 222) está más cerca de Elías Díaz que de Laporta. Según Wellmer (1991: 129), el primer principio de justicia, el primer principio de igual libertad, conduce directamente a un principio de igualdad de derechos de participación política”.

¹⁵ Se debe notar la diferencia entre “la interpretación fuerte de la noción ética del imperio de la ley” en Liborio Hierro y el “sentido fuerte del imperio de la ley” en Laporta. El sentido fuerte para Laporta significa *prevenir* qué sucederá en caso de conflicto de intereses entre los miembros del grupo y qué *agencia centralizada* tendrá que intervenir y *hacer uso de la fuerza* para ejecutar su decisión.

¹⁶ Hierro (1998: 22), en resumen, señala que la ley es la fuente única, originaria, suprema y omnipotente de creación del Derecho.

¹⁷ Afirma Hierro (1998: 43): “Lo que nos importa es que las leyes sean expresión de la voluntad general y, por ello, que en cada escalón de las constituciones o desenvolvimiento de las comunidades políticas, las decisiones normativas estén originariamente legitimadas democráticamente. Una soberanía escalonada sigue siendo un ejercicio colectivo de la libertad negativa mediante técnicas de instrumentación de la libertad positiva”.



contemporáneos, incluso su realismo al tratar de orientar el problema del concepto del Estado de Derecho hacia los problemas de la obediencia y la eficacia del Derecho.

Si el imperio de la ley como expresión de la soberanía popular es una cuestión formal y material de identificación y seguimiento de las pautas que rigen una práctica, vinculado al reconocimiento y garantía de los derechos humanos como una cuestión de límites materiales y de mejora del ejercicio de esta práctica, la perspectiva procedimental interna del *imperio de la ley* de Laporta no consigue aislar totalmente el elemento democrático. Es evidente que tanto a Laporta como a Elías Díaz les interesa dar una respuesta a concepciones alarmistas respecto de la “crisis de la ley”, a propósito del Estado social de Derecho, “pérdida del carácter general y abstracto de las leyes” o si “han dejado de ser racionales las leyes” para dar paso a la soberanía del mercado.

Con la dosis necesaria de cierto pragmatismo democrático trascendental de Elías Díaz, unido al naturalismo débil de Laporta, se hace necesaria una concepción epistemológica realista del Estado de Derecho y del imperio de la ley como expresión de la soberanía popular¹⁸. Esta es la lección que sacamos del diálogo siguiendo los aportes tanto de Manuel Atienza como de Liborio Hierro.

5. Conclusiones

Se puede sostener que la teoría del Estado democrático de Derecho de Elías Díaz se basa en una concepción tanto formal como material en la que el imperio de la ley, la seguridad jurídica, encuentra su fundamento en dos principios ético-políticos: el principio de los derechos individuales básicos y el principio de la soberanía popular; es decir en la autonomía, tanto pública como privada, y se afirma que la crítica de Francisco Laporta es parcial, ya que, metodológicamente, le interesa resaltar la problemática de la llamada “moral intrínseca del Derecho”, aunque en una versión menos robusta que la sostenida por Fuller¹⁹.

Se han explicado los motivos que llevaron a Elías Díaz a no interesarse por la teoría de la “moral interna del Derecho” de Fuller. Acaso, también se pueda señalar la escasa atención que, en general, han prestado los juristas españoles al

¹⁸ La crítica de Pérez Luño (1987: 54) tanto a Laporta como a Elías Díaz la realiza desde premisas iusnaturalistas. Ha visto en el pensamiento de Laporta la emergencia de no pocas premisas iusnaturalistas, con las que coincide. Sin embargo, dice que no comparte su poca atención a la historia. Y que una postura iusnaturalista, o moralista como gusta definirse Laporta, no tiene por qué ser contraria a una visión contextualizada e histórica del Estado de Derecho y los derechos. Respecto de Elías Díaz, dice que la cuestión de la soberanía popular, en el marco del Estado de Derecho, está penetrantemente sugerida en sus estudios, pero que quedan muchas preguntas sin respuesta, precisamente porque prescinde de la aportación que para ello cabe desprender de la función histórico-crítica del derecho natural. Agrega, “el reconocer que determinadas posturas iusnaturalistas han podido servir de apoyatura teórica para defender posiciones políticas autoritarias o antidemocráticas (aunque habría que analizar, en cada caso, si la apelación de las mismas al iusnaturalismo no era sino un recurso retórico ajeno a la función histórica del derecho natural) no creo que deba ser motivo suficiente para aislar la noción de la soberanía popular del *humus* histórico en el que se gestó, que no es otro que el de la tradición iusnaturalista”. (Pérez Luño, 2003: 72). La crítica de Pérez Luño, en tanto iusnaturalista y defensor del *principio de soberanía popular*, resulta interesante, dado que otras críticas no positivistas parten por debilitar al mínimo este principio, incluso dicen que la fase del Estado dominada por el *principio de soberanía popular* ha concluido, esto se puede ver en Zagrebelsky (1997: 21-40) o Fioravanti (2004: 43).

¹⁹ Laporta exige no ser identificado plenamente con la postura de Fuller, defensor de la llamada *moral interna del Derecho*: “Cuando yo pienso en el imperio de la ley no pretendo pronunciarme sobre la relación entre derecho y moral, sino afirmar que las exigencias del imperio de la ley son exigencias éticas, pero puede haber muchos derechos que no las satisfagan. Eso me distancia de Fuller”. Carta personal, 21 de noviembre de 2005.

rule of law.²⁰ Sin duda, el concepto de Estado de Derecho de Elías Díaz se inscribe en la tradición continental del *Rechtsstaat*, pero sobre todo del “reino de la ley” de la Revolución francesa. Laporta, cuando del análisis del imperio de la ley se trata, ha hecho acopio de sus mejores argumentos en la tradición del *Rule of Law*, en tanto que los otros elementos del Estado de Derecho los remonta a los aportes de la Revolución francesa y la Declaración de 1789. Es decir, la *tesis débil* de Laporta sigue manteniéndose más cerca de la idea clásica del *Rule of Law*, tal como fue formulada por Dicey.

La crítica de Elías Díaz frente al neoconstitucionalismo desmitifica la reconstrucción de una historia lineal que pretende convertir el Estado constitucional en la “negación” del Estado democrático de Derecho. En este sentido, Laporta (2004: 29) también contribuye a desmitificar una supuesta “superación”, cuando dice que el “moderno Estado de Derecho no es sino una inicial respuesta a la exigencia ética de dignidad humana que alienta en nuestra cultura jurídica desde el Renacimiento y se va desarrollando paulatinamente a través de la Ilustración hasta alcanzar su manifestación política en el Estado constitucional y legislativo”. Sería un grave error suponer que los ideales del “imperio de la ley” se reducen a la idea de Estado constitucional e interpretación creadora del Derecho por los nuevos “señores de la ley”, los jueces, descuidando las relaciones entre Derecho y poder. Atienza, aun cuando no centre su atención en las relaciones entre Derecho y poder, sí tiene una propuesta moderada y pragmatista del Derecho como argumentación en el Estado constitucional.

Finalmente, este trabajo no puede sino concluir como empezó. Para un filósofo del derecho como Elías Díaz que hizo frente al poder de la dictadura franquista, el Estado de Derecho contiene un devenir, pero éste sólo será capaz de alumbrar estructuras en tanto proyecto normativo. Para una visión realista y crítica del Derecho también es relevante el hecho contextual de una sociedad burguesa, según la cual la libertad negativa del individuo es una esfera de derecho especial que no está a disposición de ninguna voluntad común²¹. Esta sociedad de “libertad negativa” exige condiciones políticas formales. Es un deber del Estado soberano proteger en cuanto sea posible a cada miembro de la sociedad contra la injusticia y la opresión de otro miembro, individuo o grupo corporativo y establecer una administración de justicia que dé solución a los conflictos y ejerza hegemoníamente la acción coactiva bajo la autoridad del Derecho.

La sociedad civil y la economía de mercado confían en un individuo egoísta, aunque prudente. Y para esto resulta relevante la predicción de la acción individual y colectiva a partir de datos que pueda proporcionar la normatividad jurídica. Si bien el poder del Estado es legítimo cuando está sometido al Derecho, hay poderes no jurídicos que tratan de someter al Estado y a los ciudadanos, tal es el caso de las grandes corporaciones privadas que abusando de su poder económico terminan afectando la libertad y participación de los ciudadanos como de los consumidores y rebasan el poder del propio Estado. Esta especie de Leviatán corporativo se hace más determinante en las crisis económicas actuales, y amenaza con hacer del imperio de la ley, ley como expresión de la soberanía del poder económico. He aquí la importancia del realismo jurídico y de las garantías jurídicas de un Estado

²⁰ Los juristas españoles, en los últimos tiempos, vienen agendando, entre sus investigaciones, aspectos relacionados con el *Rule of Law* y el imperio de la ley; Gema Marcilla, por ejemplo, en el marco del debate sobre el imperio de la ley y el desarrollo histórico del Estado constitucional (véase Marcilla, 2013).

²¹ Para un análisis actual de los poderes fácticos, “verdaderos legisladores”, desde pautas comunes al realismo crítico del Derecho, véase: Díaz (2013), Escudero (2013), Vitale (2012), Ferrajoli (2014) o Greppi (2012).



democrático de Derecho. Esto implica reflexionar desde la cultura de la legalidad sobre el imperio de la ley como expresión de la soberanía popular, profundizando en las relaciones entre Derecho y poder.

Bibliografía

- ALARCÓN REQUEJO, G. (2007), *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Dykinson, Madrid.
- ARCOS RAMÍREZ, F. (2000), *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid.
- ATIENZA, M. (1998) "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XIV, pp. 466-472.
- ATIENZA, M. (2004), *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel, (2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- BAÑULS SOTO, F. (2004), Fernando, *La reconstrucción de la razón. Elías Díaz, entre la ética y la política*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante.
- BOBBIO, N. y BOVERO, M. (1985), *Origen y fundamentos del poder político*, Grijalbo, México.
- BÖCKENFORDE, W.E. (2000), *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.
- DÍAZ, E. (1966), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid.
- DÍAZ, E. (1971), *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid.
- DÍAZ, E. (1984), *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid.
- DÍAZ, E. (1990), *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, CEC, Madrid.
- DÍAZ, E. (1998), *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- DÍAZ, E. (2003), *Un itinerario intelectual de filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- DÍAZ, E. (2013), *El Derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*. Dykinson, Madrid.
- DICEY, V.A. (1982), *Introduction to the study of the Law on the Constitution*, Liberty Fund, Londres.
- ESCUADERO ALDAY, R. (2000), *Positivismo y moral interna del Derecho*, CEPC, Madrid.
- ESCUADERO ALDAY, R. (2013), *Modelos de democracia en España 1931-1978*, Península, Barcelona.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (1997), "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", *Sistema*, Núm. 138, pp. 102-113.
- FERRAJOLI, L. (2014), *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, M. (1998), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, M. (2004), "Estado y constitución". En: FIORAVANTI, M. (ed.), *El Estado moderno en Europa*, Trotta, Madrid.
- FULLER, L.L. (1967), *La moral interna del Derecho*, Trillas, México.
- GREPPI, A. (2012), *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- HIERRO, L. (1998), *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México.
- HIERRO, L. (2002), *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LAPORTA, F. (1986), "Elías Díaz: pensamiento jurídico y compromiso democrático", *Anthropos*, Núm. 62, 40-44.
- LAPORTA, F. (1994), "Imperio de la ley-Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", *Doxa*, Núm. 15-16, pp. 138-145.

- LAPORTA, F. (2003) (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, CEPC, Madrid.
- LAPORTA, F. (2009), “Elías Díaz y la teoría del derecho en España”, *RJUAM*, Núm. 19, pp. 181-193.
- LOCKE, J. (1998), *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid.
- MARCILLA, G. (2013), “Imperio de la ley”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 5, septiembre 2013 - febrero 2014, pp. 177-185.
- MATTEUCCI, N. (1998), *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid.
- MELERO, M. (2013), “El imperio de la ley como ideal político independiente”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 5, pp. 57-75.
- PACE, A. (1998), “La heterogénea estructura de los derechos constitucionales”, *Revista Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 3, INAP, pp. 9-30.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (1987), “Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, en *Doxa*, Núm. 4, pp. 54-65.
- RAZ, J. (1982), *La autoridad del Derecho*, UNAM, México.
- UPRIMNY, R. (2013), “Estado de Derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 5, pp. 168-176.
- VITALE, E. (2012), *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Trotta, Madrid.
- VON MOHL, R. (1987), “Concepto de Policía y Estado de Derecho”. En: VV.AA., *Liberalismo Alemán en el siglo XIX (1815-1848)*, CEC, Madrid.
- ZAGREBELSKY, G. (1995), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.



A.R.J. Turgot: Carta al Doctor Richard Price sobre las Constituciones americanas (22 de marzo de 1778)

Turgot sobre América: entre el escepticismo y la esperanza

Paloma de la Nuez
Universidad Rey Juan Carlos
paloma.delanuez@urjc.es

Anne Robert Jacques Turgot dejó de ser Controlador General de Finanzas del Reino de Francia el 12 de mayo de 1776 por deseo expreso de Luis XVI, aunque apenas había estado dos años en el Gobierno. Sin embargo, en ese corto período de tiempo había intentado llevar a cabo una serie de reformas que consideraba absolutamente indispensables para salvar al país y a la Corona. Así se lo hizo saber al Rey cuando éste lo eligió para formar parte de su Gobierno en el verano de 1774, y durante un tiempo contó con su apoyo incondicional, incluso en momentos tan difíciles como los de la “guerra de las harinas”¹. Pero “la liga por los abusos” -como la denominaría el propio Turgot- fue mucho más fuerte que él, y acabó convenciendo al joven Rey de que debía despedir a su Ministro de Finanzas. Todos los poderosos, muchos de los que gozaban de los numerosos y variados privilegios en que se apoyaba el Antiguo Régimen, se aliaron contra él: la Corte (de cuyas intrigas y manejos poco sabía y poco comprendía como le asegura en esta carta al Dr. Price), el clero (que lo consideraba uno más de la peligrosa secta de los filósofos y desconfiaba de sus ideas sobre la educación pública y la tolerancia religiosa), los grandes financieros y los gremios amenazados por sus Edictos de reforma económico-fiscal y, sobre todo, los Parlamentos (fundamentalmente el poderoso Parlamento de París) en los que se atrincheraba la nobleza de toga que temía las consecuencias de los cambios que el Controlador General quería introducir en los impuestos.

Todos ellos, olvidando incluso las diferencias irreconciliables que los habían enfrentado en el pasado, se aliaron ahora contra él utilizando todos los medios que tenían a su alcance, incluyendo las intrigas, la mentira y la difamación. Luis XVI, inexperto e inseguro, y presionado por la Reina, abandonó a su Ministro a quien ni siquiera fue capaz de dar una explicación personalmente o por escrito (algo que a Turgot le dolió profundamente).

Es muy probable, como escribieron algunos de sus contemporáneos, que nuestro economista cometiera también algunos errores; se mostraba orgulloso y distante, convencido de tener siempre razón y desdeñoso con los que criticaban sus proyectos. No hizo ningún intento por ganarse a sus compañeros de Gobierno, sobre todo a Maurepas, a quien en última instancia debía su nombramiento. Parece

¹ La llamada “guerra de las harinas” consistió en una serie de tumultos que se produjeron sobre todo en París para protestar por el aumento del precio del trigo tras la liberalización (con matices) del comercio de grano restablecida por Turgot al acceder al Ministerio en 1774.

ser, además, que se entrometía en los asuntos que debían manejar sus compañeros de gabinete, y solía despachar directamente con el Rey a quien se había confiado por completo, pero a quien también pretendía dirigir y educar políticamente, provocando así los celos y la desconfianza del resto de sus colegas.

PEREYENDO

Pero la verdadera razón de su desgracia fue su proyecto de reforma de la Monarquía francesa. Turgot que -además de haber sido magistrado e Intendente durante muchos años en una de las zonas más atrasadas de Francia-, era filósofo y economista, tenía muy claro lo que tenía que hacer, y aseguraba conocer los principios de los que debían derivarse las medidas que había que tomar para llevar a cabo la necesaria transformación del Estado. Había que reformar la Administración, dotar a Francia de unas leyes e instituciones razonables y adecuadas, cambiar la política económica, comercial y fiscal, reformar la educación y recortar el poder de la Iglesia. Había que acabar con los privilegios y otorgar cierta representación a los propietarios fomentando el espíritu cívico y el gusto por la libertad. Si no se acometían estas reformas, Francia estaba abocada a la revolución y el Rey a perder el trono (incluso como escribió proféticamente, la cabeza)².

Precisamente, entre las amenazas que percibió para el Gobierno de Francia estaba su participación en la lucha por la independencia de las colonias americanas. Turgot se había mostrado ya desde joven, en sus años como seminarista, contrario a la existencia de las colonias. Se oponía al gobierno de un país sobre otro y al monopolio comercial, y estaba convencido (como le escribió a J. Tucker en 1770) de que tarde o temprano todas las colonias se independizan de sus metrópolis y que lo mismo ocurrirá con las colonias inglesas en América. Por lo tanto, era absurdo oponerse a algo que era inevitable³.

Además, no sólo rechazaba el colonialismo, “la tiranía de un pueblo sobre otro”, sino también todo tipo de despotismo: político y legal. Los hombres libres no necesitan ni amos ni tutores y el fin de todo gobierno es asegurar la libertad. El despotismo es propio de pueblos bárbaros, de gentes que no han alcanzado aún el estadio superior de la civilización, como lo es también la esclavitud aunque, curiosamente, el pueblo americano, llamado a ser uno de los pueblos más civilizados de la tierra, asilo de los perseguidos, refugio de la libertad, conserva en su seno esta institución que, según nuestro autor, llena de ignominia y vergüenza al género humano.

La esclavitud y la discriminación de las mujeres son dos elementos que no suelen faltar en los pueblos bárbaros, contribuyendo al envilecimiento general de la sociedad. Por ejemplo, escribe Turgot, los turcos tienen esclavos y eunucos, y son ignorantes, perezosos y crueles. Y en sus Reflexiones sobre la formación y distribución de las riquezas (1766), escribe que no sólo la esclavitud viola “todos los derechos de la humanidad”, sino que, además, el trabajo del esclavo es poco útil y caro. Pero desgraciadamente, esta “abominable costumbre”, “este bandidaje y este

² Turgot estaba muy preocupado por lo que veía: un Monarca débil, un gobierno frágil y dividido, el Parlamento casi en rebeldía, la opinión pública agitada, déficit y problemas financieros... y en una de las cartas que le envió al Rey siendo todavía Ministro, y en la que se lamenta de la falta de apoyo para llevar a cabo sus reformas, le recuerda al soberano que la ejecución del rey inglés, Carlos I, fue debida a su debilidad de carácter.

³ En la carta que Turgot le escribió a J. Tucker el 12 de septiembre de 1770, escribe: “veo con alegría y como ciudadano del mundo, acercarse un suceso que disipará mejor que todos los libros de filosofía los fantasmas de la envidia comercial. Me refiero a la separación de vuestras colonias respecto a la metrópoli que será bien pronto seguida de la de toda América respecto a Europa” (Turgot, 1923a: 422). Nuestro autor no sólo no defendió nunca el colonialismo, sino que también denunció la violencia, la tiranía y el bandidaje (sic) de la Compañía de las Indias.



comercio reinan aún en todo su horror en las costas de Guinea, donde los europeos lo fomentan comprando negros que luego destinan a cultivar las colonias de América” (Turgot, 2009a: 52). Por eso, leemos en la carta que escribe a R. Price que la esclavitud es incompatible con la constitución de una auténtica República.

Pero aparte de estas reflexiones, lo que a nuestro ministro más le preocupaba (y así se lo hizo saber al Ministro de Asuntos Exteriores, Vergenes), era que la intervención francesa en el conflicto entre la metrópoli y sus colonias, con una Marina y un Ejército mal equipado y poco preparado, sería enormemente costosa y acabaría aumentando el déficit y la deuda del Gobierno francés, impidiendo llevar a cabo las imprescindibles reformas que había que acometer. Turgot advirtió de todo ello por escrito a los Ministros, pero resultó en vano; para entonces ya estaba aislado y condenado.

Así pues, una vez retirado de la política, triste y decepcionado, se dedicó a lo que era otra de sus actividades más queridas: leer, escribir y reunirse con sus amigos en su residencia de París o en la de su íntima amiga, la duquesa d' Enville, en la *Roche-Guyon*. No en vano era también un *homme des lettres* y como tal buscó refugio en el estudio de las artes, las ciencias, la física y la química. Hacía poemas y traducciones, acudía a las sesiones de la Academie des Inscriptions et Belles Lettres, de la que sería nombrado presidente, pero nunca más volvió a escribir sobre asuntos del Gobierno y de la Administración, ni siquiera para comentar las alusiones de Necker en su *Compte rendu* de 1781.

Asimismo, recibía la visita de personas célebres e importantes que acudían a visitarlo y se carteaba con personajes de la talla de D. Hume, B. Franklin (a quien dedicó unos versos elogiosos por su defensa de la libertad) o R. Price, pues no en vano seguía con mucho interés los sucesos de América. Precisamente, T. Jefferson, futuro presidente de los Estados Unidos, mandó colocar un busto del pensador francés en su villa de Monticello, aunque J. Adams, sin embargo, no estuvo nunca de acuerdo con las críticas que el ministro había vertido contra la nueva organización de las ex colonias inglesas (Adams, 1778). Esas críticas que se vierten en la carta a R. Price, y a las que el citado J. Adams quiso responder en su opúsculo de 1794, son interesantes porque, entre otras cosas, revelan algunas de las ideas políticas del economista francés que no siempre expresó con confianza y claridad cuáles eran sus verdaderas intenciones políticas, más allá de servir lealmente al Rey que le había nombrado. Por ejemplo, él mismo se declara “demasiado amigo de la libertad”, y es cierto (como advirtiera A. de Tocqueville) que había en Turgot una vena radical y utópica que sale a la luz en determinadas ocasiones⁴. No en vano, nuestro Ministro admiraba profundamente a Rousseau. No sólo por sus ideas morales, religiosas y pedagógicas sino -aunque pueda resultar sorprendente- por algunas de sus tesis políticas. En otra carta que dirigió a su amigo escocés D. Hume en 1767, comentaba la obra del ginebrino, *Del contrato social*, y destacaba su precisa distinción entre soberano y gobierno, además de añadir que presentaba “una verdad bien luminosa” que le parecía fijar para siempre sus ideas sobre la inalienabilidad de la soberanía del pueblo bajo cualquier gobierno que exista (Turgot, 1923b: 660).

⁴ Tocqueville se sorprende de que el Controlador General no fuera consciente de la subversión del orden que sus reformas promovían y de que usara en ocasiones, sobre todo cuando denunciaba la opresión y la miseria del campo, un lenguaje muy radical, “como si el pueblo no oyera ni comprendiera nada”. Su preocupación por los pobres, su sensibilidad hacia el campesinado y su explotación, se expresa en un lenguaje que el normando considera de una imprudencia inaudita (Tocqueville, 1982: 237-291).

Por eso, no es extraño encontrar en esta carta de Turgot a R. Price, la crítica de la división de poderes, de los cuerpos intermedios y de las facciones que cree que los americanos están copiando de la Constitución inglesa. Él prefiere una sola asamblea soberana, un cuerpo político único y homogéneo porque, para él, la división de poderes y los llamados cuerpos intermedios no son más que la encarnación del espíritu de partido; instrumentos al servicio de los intereses de una minoría contra la mayoría. Eso era lo que él había aprendido y experimentado en su Francia natal. Turgot no tenía la visión de un Montesquieu sobre los Parlamentos franceses como los necesarios cuerpos intermedios entre el pueblo y la Corona, sino que los consideraba los representantes de una casta privilegiada que se aferraba a sus privilegios a costa del bien común. Por eso coincide plenamente con Rousseau. Los cuerpos intermedios separan y generan intereses particulares impermeables a la razón, por eso los americanos deben evitar a toda costa que los intereses particulares se impongan al pueblo provocando la miseria, los abusos y la injusticia que nuestro inquieto administrador había contemplado con sus propios ojos durante sus trece años de Intendente⁵.

Pero, por otro lado, confiaba en que no habiendo Monarquía ni una Iglesia única y poderosa en las colonias, se podría fundar allí una República basada en la libertad y la tolerancia (de ahí también sus críticas a la exclusión del clero que contemplaban algunas de las nuevas Constituciones americanas). Turgot defendió siempre la tolerancia religiosa y la separación tajante de la Iglesia y el Estado. Siendo magistrado escribió unas cartas defendiendo estas ideas, y siendo Ministro le dirigió una Memoria al Rey en la que trataba de convencerlo de que debía renunciar a perseguir a los disidentes amparando y protegiendo, por el contrario, la libertad religiosa: “Vuestra Majestad debe, como buen cristiano y hombre justo, dejar que cada uno de sus súbditos sea libre de seguir y profesar la religión que, según su conciencia, crea que es la verdadera” (Turgot, 1923c: 557).

Los americanos tenían una oportunidad única en la historia de crear un Estado basado en la libertad, que sirviera de asilo para los perseguidos y de modelo al resto del mundo. Por eso tenía Turgot tanto interés en que no cometieran los mismos errores que se habían cometido en la vieja Europa, también en lo que a la libertad comercial y económica se refiere.

Turgot que, aunque compartía muchas de las ideas de sus amigos los fisiócratas, no se consideraba uno de ellos (sobre todo porque odiaba su espíritu sectario y el despotismo que los economistas justificaban), defendió siempre la propiedad privada, la libertad económica (la libertad general de comprar y de vender) y la legitimidad de perseguir el propio interés individual. El individuo tiene derechos; derechos inalienables fundados en su naturaleza (incluido el derecho al trabajo) que no pueden ni deben sacrificarse ni a la nación ni al Estado, y si éste no se entromete en lo que no son sus asuntos y deja (*laissez faire*) que cada uno persiga su propio interés bajo unas instituciones razonables y unas leyes iguales para todos, el resultado será mucho mejor que cualquiera que hubiese podido conseguir una Administración venal y sus ineficaces y a menudo corruptos, agentes. Como escribiera en su Elogio de Gournay (1759), el Estado nunca podrá acumular toda la información necesaria para organizar la actividad económica de la nación; más le vale dejar que cada uno de sus ciudadanos use sus propios conocimientos para perseguir sus propios fines, puesto que nadie es mejor juez de sus propios

⁵ Como Intendente, Turgot fue un administrador filántropo y pedagogo al que escandalizaba la miseria en la que vivía la gente del campo en su Generalidad (una de las más pobres de Francia). De ahí que, en varias ocasiones, se exprese por escrito con rotundidad contra el egoísmo y la falta de sensibilidad de los privilegiados a quienes, por cierto, él tampoco gustaba nada.



intereses que uno mismo: “cada particular es el único juez de este empleo más ventajoso de su tierra y de sus brazos” (Turgot, 2009b: 120).

De ahí que recomiende a los americanos descargar al Gobierno de aquellas tareas que no le corresponden y que no le permiten ocuparse de las que sí son las suyas propias. Por eso había pergeñado toda una reforma de la Administración francesa para, entre otras cosas, descargar al Gobierno de aquellas funciones que podrían hacer mejor las Administraciones locales y provinciales. En su *Mémoire sur les Municipalités*, redactada para él por su amigo Dupont de Nemours en 1775, describe cómo se distribuirían esas funciones entre diferentes asambleas en las que habría, por cierto, una cierta representación de los propietarios. Esa es la razón por la que se lamenta de que los americanos no hayan dejado claro en sus nuevas Constituciones cuáles son las funciones de cada instancia de poder, sin distinguir entre las políticas y las meramente administrativas, que era lo que él precisamente había recomendado hacer en Francia.

Por otra parte, como buen liberal, creía Turgot que la libertad de comercio promovía la paz entre las naciones mientras que el proteccionismo y el espíritu de monopolio las hacía enemigas unas de otras. Compartía la extendida creencia ilustrada en el carácter civilizador del comercio y de la superioridad de las sociedades comerciales sobre todas las demás. En realidad, en su teoría de los tres estadios por los que necesariamente pasan todos los pueblos de la tierra (aunque no todos simultáneamente) en su camino hacia la perfección y el progreso, el estadio final, el estadio superior, es el que corresponde a una sociedad en la que atisba ya el modo de producción capitalista apoyado en la existencia de dos grandes clases sociales: empresarios y asalariados. El Ministro de Luis XVI fue uno de los primeros en advertir del nacimiento de un “tipo especial de hombre”, el empresario capitalista, motor fundamental de la nueva economía.

Por último, llama la atención la defensa de los Ejércitos permanentes que hace nuestro economista en la carta a Price. Turgot, como la mayoría de sus contemporáneos, había sido educado con los ejemplos de la Antigüedad en la admiración por sus virtudes, su patriotismo y espíritu cívico, de cuya ausencia en Francia se lamentaba profundamente. Pues bien, la creación de un ejército permanente que hiciese recordar a cada ciudadano que debía servir a su patria incluso con las armas, sería muy positiva para alimentar esa preocupación por el bien común prácticamente inexistente entre los franceses. Los americanos no deben temer la institución de un ejército permanente, lo que hay que temer son los ejércitos de mercenarios. Una República libre sólo sobrevivirá si se sustenta sobre una ciudadanía virtuosa, consciente de sus obligaciones para con la patria y el interés público.

En definitiva, Turgot se muestra en este escrito más audaz y más radical de lo que pudiera esperarse de un ex Ministro del Antiguo Régimen, aunque como ya dijimos, en algunas cartas personales y en otros textos (como las circulares que enviaba a sus subordinados siendo Intendente en el Lemosín o en los Preámbulos de sus Edictos), hallamos párrafos y reflexiones que sorprenden tanto por el tono como por el contenido⁶. En este caso, al ser una carta personal en la que, además, se trata de discutir sobre la organización política de un país joven que no es el suyo y que, en cierta medida, empieza desde cero, se permite menos cautela y más libertad. En su país natal, sus reformas tenían que haberse llevado a cabo en un

⁶ Las ideas políticas de Turgot encajan mejor en la tradición del liberalismo francés, más racionalista y centralista, que en la del liberalismo británico (como se aprecia en esta carta que comentamos), pero sin embargo, sus ideas económicas son las propias del liberalismo económico anglosajón.

contexto social que era el resultado de siglos de historia y del que nuestro Ministro pensó que podría reformarse con decisión por un lado, y con prudencia y moderación, por otro, lo que a la larga resultó ser una tarea del todo imposible. Muy probablemente Turgot albergase otros deseos y anhelara cambios políticos aún más profundos, pero como dejó claro en más de una ocasión, su deber y la lealtad que había jurado al Rey, le obligaban a esforzarse por salvar la Corona. No vivió lo suficiente para ver que, de todos modos, sus bienintencionados esfuerzos habrían sido en vano.

Bibliografía

- ADAMS, J. (1778), *A Defense of the Constitution of Government of United States of America, against the attack of M. Turgot in his Letter to Dr. Price, dated the twenty-second day of March, 1778*, Bud and Bartram, Filadelfia.
- TOCQUEVILLE, A. De (1982), "Notas sobre Turgot". En: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Vol. II, Alianza Editorial, Madrid.
- TURGOT, A.R.J. (2009a), *Reflexiones sobre la formación y la distribución de las riquezas*, Unión Editorial, Madrid.
- TURGOT, A.R.J. (2009b), "Elogio de Gournay". En: *Reflexiones sobre la formación y la distribución de las riquezas*, Unión Editorial, Madrid, pp. 107-139.
- TURGOT, A.R.J. (1923a), "Lettre au docteur Tucker". En: SCHELLE, G. (ed.), *Oeuvres de Turgot et documents le concernant, (Vol. III)*, Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten in Taunus, pp. 614 y ss.
- TURGOT, A.R.J. (1923b), "Lettre à Hume". En: SCHELLE, G. (ed.), *Oeuvres de Turgot et documents le concernant, (Vol. III)*, Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten in Taunus, pp. 658 y ss.
- TURGOT, A.R.J. (1923c), "Projet de Mémoire au Roi". En: SCHELLE, G. (ed.), *Oeuvres de Turgot et documents le concernant, (Vol. III)*, Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten in Taunus, pp. 557 y ss.
- TURGOT, A.R.J. (1923d), "Lettre au Docteur Price sur les constitutions américaines". En: SCHELLE, G. (ed.), *Oeuvres de Turgot et documents le concernant, (Vol. III)*, Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten in Taunus, pp. 532-540.



Carta al Doctor Richard Price sobre las Constituciones americanas (22 de marzo de 1778)¹

A.R.J. Turgot

El Sr. Franklin me ha hecho llegar de su parte la nueva edición de sus Observaciones sobre la libertad civil, por lo que le estoy doblemente agradecido. En primer lugar, por su obra, cuya valía conozco desde hace tiempo y que leí con avidez, a pesar de las múltiples ocupaciones que entonces me asediaban, cuando apareció por primera vez; y en segundo lugar, por la honestidad de la que ha hecho gala al retirar la imputación de torpeza que me reprochaba en sus Observaciones adicionales a pesar de las bondades que, por lo demás, decía de mí.

Tal vez mereciera el reproche si solamente me achacara usted la torpeza de no haber sabido desenmarañar las intrigas desatadas contra mí por personas mucho más diestras en ese arte de lo que yo lo soy, de lo que nunca seré y de lo que no deseo llegar a ser. Pero me ha parecido que me imputaba el desacierto de haber ofendido groseramente la opinión general de mi país y, en ese sentido, creo que no ha sido justo ni conmigo ni con mi nación, donde residen más hombres sabios de lo que en su país tienden a creer y en la que posiblemente resulte más fácil dirigir al público hacia ideas razonables que en la suya.

Así lo creo por la infatuación de su país en ese proyecto absurdo de sojuzgar a América que ha durado hasta que la aventura de Burgoyne ha comenzado a abrirles los ojos; por el sistema de monopolio y exclusión que reina entre sus escritores políticos (a excepción del Sr. Adam Smith y del Decano Tucker) cuando escriben sobre comercio (sistema aquel que constituye el verdadero motivo del distanciamiento respecto a sus colonias), así como por los escritos polémicos aparecidos en su país sobre las cuestiones que les perturban desde hace una veintena de años y entre los cuales, hasta que apareció el suyo, no recuerdo prácticamente haber leído ninguno en el que se hubiese comprendido la verdadera cuestión.

No concibo cómo una nación que ha cultivado con tanto éxito todas las ramas de las ciencias naturales ha podido quedarse tan atrás en lo que respecta a la ciencia más interesante de todas: la del bienestar público, más teniendo en cuenta que la libertad de prensa, de la que solo disfruta su país, debiera haberles conferido una ventaja prodigiosa sobre el resto de las naciones europeas. ¿Acaso es el orgullo nacional lo que les ha impedido aprovechar dicha ventaja? ¿Acaso porque veían que no estaban tan mal como los demás han dirigido todas sus reflexiones a convencerse de que estaban bien? ¿Es el espíritu de partido y el deseo de conseguir el apoyo de la opinión popular lo que ha retardado su progreso, haciendo que vuestros políticos traten de vana metafísica todas aquellas especulaciones que tienden a establecer principios fijos sobre los derechos y los verdaderos intereses de los individuos y de las naciones?

¿Cómo es que es usted prácticamente el primero entre los hombres de letras de su país que habiendo ofrecido nociones justas sobre la libertad, ha hecho notar

¹ Traducción de Paloma de la Nuez. El texto original en francés puede consultarse en Turgot (1923d).

la falsedad de aquella concepción, rebatida por casi todos los escritores republicanos, de que la libertad consiste en no estar sometido más que a las leyes, como si un hombre oprimido por una ley injusta fuera libre? Lo que no sería cierto ni aun suponiendo que todas las leyes fueran obra de la nación reunida en asamblea porque, en definitiva, el individuo también tiene sus derechos de los que la nación no puede despojarlo salvo mediante la violencia y el uso ilegítimo de la fuerza general. Aunque usted haya considerado esta verdad y la haya explicado, tal vez merecería que la desarrollase más extensamente dada la escasa atención que le han prestado incluso los más ardientes partisanos de la libertad. Además, es algo extraño que en Inglaterra no resulte una obviedad decir que una nación jamás puede tener derecho a gobernar a otra nación y que semejante gobierno no pueda tener otro fundamento que el de la fuerza que es asimismo el fundamento del bandidaje y de la tiranía; que la tiranía de un pueblo es la más cruel y la más intolerable de todas las tiranías, esa que deja casi sin recursos al oprimido. Porque, a fin de cuentas, a un déspota le frena su propio interés; le frena el remordimiento o la opinión pública, pero una multitud no calcula, jamás siente remordimientos y se confiere la gloria cuando lo que merece es el mayor de los oprobios.

Los acontecimientos son para la nación inglesa un terrible comentario de vuestro libro. Desde hace algunos meses, estos se precipitan con una rapidez vertiginosa y, en lo que a América se refiere, el desenlace final ya ha llegado. Ahí la tiene, independiente, sin vuelta atrás. ¿Será libre y feliz? Este nuevo pueblo, tan ventajosamente colocado para dar al mundo ejemplo de una constitución donde el hombre goce de todos sus derechos, ejerza libremente todas sus facultades y no esté gobernado más que por la naturaleza, la razón y la justicia, ¿sabrán concebir semejante constitución? ¿Sabrán consolidarla sobre sus fundamentos eternos, previniendo cualquier causa de división y corrupción que pueda socavarla poco a poco y destruirla?

No estoy nada contento, lo confieso, con las constituciones que los diferentes estados americanos han redactado hasta ahora. Usted reprocha, con razón, a la de Pensilvania, el juramento religioso que impone para acceder a la Cámara de representantes, pero es peor en las otras: hay varias que exigen bajo juramento creer en ciertos dogmas. Veo, en la mayoría de ellas, la imitación sin objeto de los usos ingleses. En lugar de reunir todas las autoridades en una sola, la de la nación, han establecido cuerpos diferentes: una Cámara de representantes, un Consejo y un Gobernador porque Inglaterra cuenta con la Cámara de los comunes, una Cámara alta y un Rey. Se dedican a buscar el equilibrio entre estos diferentes poderes como si ese equilibrio de fuerzas (que han podido creer necesario para compensar la enorme preponderancia de la realeza) pudiera servir de algo en repúblicas fundadas sobre la igualdad de todos los ciudadanos, ¡como si todo lo que establece cuerpos diferentes no fuera una fuente de división! Deseando prevenir peligros quiméricos han hecho nacer peligros reales; quieren no tener nada que temer del clero y lo reúnen bajo el estandarte de una proscripción común. Al excluirle del derecho a ser elegidos, hacen de él un cuerpo; un cuerpo ajeno al Estado. ¿Por qué le impiden a un ciudadano que tiene el mismo interés que los otros en la defensa común de su libertad y de sus bienes, contribuir a ella con sus virtudes, por el hecho de pertenecer a una profesión que exige talentos y conocimientos?

El clero solo es peligroso cuando existe como cuerpo dentro del Estado y cuando se cree que dicho cuerpo tiene derechos e intereses particulares; cuando se ha imaginado tener una religión establecida por ley, como si los hombres pudieran tener derecho o interés en regular la conciencia de los unos sobre los otros; como si



el individuo pudiera sacrificar a las ventajas de la sociedad civil las opiniones a las que cree ligadas su salvación eterna; ¡como si uno se salvara o condenara en grupo! Allí donde se establece la tolerancia, es decir, la total ausencia de competencia del gobierno sobre la conciencia de los individuos, el sacerdote, si se le admite, no es más que un ciudadano en medio de la asamblea nacional; si se le excluye, vuelve a ser un sacerdote.

No veo que se hayan ocupado suficientemente de reducir al mínimo el tipo de asuntos de los que se encargará el gobierno de cada Estado, ni de separar los asuntos objeto de legislación de aquellos de la administración general o de la administración particular y local; ni de constituir asambleas locales subalternas que, al ocuparse de casi todas las funciones pormenorizadas del gobierno, eximan a las asambleas generales de tener que ocuparse de ellas y despojen a los miembros de estas de todos los medios y, quizás de todo deseo, de abusar de una autoridad que solo puede aplicarse a asuntos generales, y así las hacen extrañas a las pequeñas pasiones que agitan a los hombres.

No veo que se haya prestado atención a la gran distinción (la única fundada en la naturaleza) entre dos clases de hombres: la de los propietarios de la tierra y la de los no propietarios; a sus intereses y, por lo tanto, a sus diferentes derechos respecto a la legislación, a la administración de justicia y de la policía, a la contribución al gasto público y a su empleo.

Ningún principio fijo se ha establecido sobre los impuestos. Se supone que cada provincia puede fijar impuestos a su antojo, establecer impuestos personales, impuestos sobre el consumo o sobre las importaciones. Es decir, asumir un interés contrario al interés de las provincias.

Por todas partes se asume el derecho a regular el comercio. Incluso se autoriza a los cuerpos exclusivos o a los gobernadores a prohibir la exportación de determinados artículos en determinadas circunstancias, tan lejos se hallan de haber comprendido que la libertad completa de todo comercio es un corolario del derecho de propiedad, ¡tan inmersos se encuentran todavía en la niebla de las ilusiones europeas!

En la unión general de las provincias entre ellas no veo una coalición, una fusión de todas las partes que no constituya más que un único cuerpo homogéneo. No es más que una agregación de partes que siguen estando demasiado separadas y que siguen conservando una tendencia a dividirse por la diversidad de sus leyes, de sus costumbres, de sus opiniones; por la desigualdad de sus progresos ulteriores. No es más que una copia de la república holandesa si bien esta ni siquiera debe temer, como la república americana, la posible expansión de algunas de sus provincias. Todo este edificio se ha apoyado hasta ahora sobre los falsos fundamentos de una política muy antigua y muy vulgar, sobre el prejuicio de que las naciones, las provincias – en tanto que provincias y naciones – pueden tener intereses distintos a los que tienen las personas de ser libres y defender sus propiedades contra los ladrones y los invasores. El supuesto interés de comerciar más que los demás, de no comprar mercancías en el extranjero, de obligar al extranjero a consumir sus productos y el trabajo de sus manufacturas; el supuesto interés de tener un territorio más vasto, de adquirir tal o cual provincia, tal o cual isla, tal o cual pueblo; interés de infundir temor a otras naciones; interés de dominarlas mediante la gloria de las armas, de las artes y las ciencias.

Algunos de dichos prejuicios se fomentan en Europa porque la vieja rivalidad entre las naciones y la ambición de los príncipes exigen a todos los Estados mantenerse armados para defenderse de sus vecinos armados y a considerar la fuerza militar como asunto primordial de gobierno. América tiene la suerte de que en mucho tiempo no tendrá un enemigo exterior al que temer, a no ser que ella misma se divida. Por ello, puede y debe apreciar en su justo valor estos supuestos intereses, esos objetos de discordia que por sí solos hacen temer por su libertad. Con el principio sagrado de la libertad de comercio, considerado como una consecuencia del derecho de la propiedad, todos los supuestos intereses del comercio desaparecen. Los intereses de poseer más o menos territorio se desvanecen bajo el principio de que el territorio deja de pertenecer a las naciones para pertenecer a los individuos propietarios de las tierras; la cuestión sobre si tal cantón o tal pueblo debe pertenecer a tal provincia o a tal Estado no debe decidirse por el pretendido interés de dicha provincia o dicho Estado, sino por el de los habitantes de tal cantón o tal pueblo de reunirse para sus asuntos en el lugar al que les sea más cómodo acudir; que ese interés, al quedar medido por la distancia más corta o más larga que un hombre debe recorrer desde su domicilio para tratar los asuntos más importantes sin afectar demasiado a sus tareas cotidianas, se convierta en una medida natural y física de la extensión de las jurisdicciones y los Estados y establezca entre todos un equilibrio de superficie y de fuerzas que elimine cualquier peligro de desigualdad y cualquier pretensión de superioridad. El interés de ser temido desaparece cuando no se requiere nada de nadie y cuando uno se encuentra en una posición en la que no puede verse atacado por fuerzas considerables que alberguen alguna esperanza de éxito.

Me imagino que los americanos aún no han percibido estas verdades como es necesario que lo hagan para asegurar la felicidad de su posteridad. No culpo a sus dirigentes. Fue necesario responder a las necesidades del momento para alcanzar semejante unión contra un enemigo presente y formidable; no había tiempo para pensar en corregir los defectos de las constituciones y de la composición de los diferentes Estados. Pero deberían evitar que estos se eternizaran y ocuparse del modo de aglutinar los intereses y opiniones y de restablecer unos principios uniformes en todas sus provincias. Por lo que a esto respecta, son grandes los obstáculos a vencer: En Canadá, la constitución del clero romano y la existencia del cuerpo de la nobleza. En Nueva Inglaterra, el espíritu que todavía subsiste del puritanismo rígido sigue siendo, según dicen, un tanto intolerante. En Pensilvania, un gran número de ciudadanos ha aceptado como principio religioso que la profesión militar es ilícita y por consiguiente se niega a las disposiciones necesarias para que el fundamento de la fuerza militar del Estado sea la cualidad de ciudadano y la de hombre de guerra y recluta, lo que obliga a hacer de la profesión de la guerra un oficio de mercenario. En las colonias meridionales, la enorme desigualdad de fortunas y sobre todo el gran número de esclavos negros cuya esclavitud es incompatible con una buena constitución política y que, incluso aun dándoles la libertad, continuará siendo un obstáculo al formar dos naciones en un mismo Estado. En todas, los prejuicios, el apego a las formas establecidas y la cotidianeidad de ciertos impuestos; el temor de aquellos que hará falta sustituir; la vanidad de las colonias que se han creído las más poderosas y un desafortunado inicio de orgullo de nación.

Creo que los americanos están obligados a expandirse, no por medio de la guerra sino de la cultura. Si abandonasen los desiertos inmensos que se extienden hasta el mar del oeste, se establecería allí una mezcla de proscritos, malvados que habrían escapado al rigor de las leyes y salvajes. Se formarían tribus de bandidos que causarían estragos en América, como los bárbaros del norte devastaron el Imperio romano, y de ahí surgiría otro peligro, el de la necesidad de mantener los



ejércitos en las fronteras, de permanecer en un estado de guerra continuo. Las colonias vecinas de la frontera estarían, consecuentemente, más curtidas que las otras y esta desigualdad en términos militares no dejaría de picar su ambición. El remedio a esta desigualdad estaría en mantener una fuerza militar subsistente a la que todas las provincias contribuyeran en virtud de su población. Pero los americanos, que todavía albergan todos los temores que deben tener los ingleses, temen más que nada un ejército permanente. Se equivocan. No hay nada más sencillo que vincular la creación de un ejército permanente a la milicia, de forma que la milicia mejore y se afiance la libertad. Pero resulta difícil calmar sus miedos al respecto.

He aquí muchas dificultades y, tal vez, los intereses secretos de poderosos particulares se suman a los prejuicios de la multitud para detener los esfuerzos de los verdaderos sabios y de los verdaderos ciudadanos. Es imposible no hacer votos para que este pueblo alcance toda la prosperidad de la que es susceptible. Son la esperanza del género humano. Pueden convertirse en su modelo. Deben probar al mundo con hechos que los hombres pueden ser libres y estar tranquilos, que pueden prescindir de las cadenas de todo tipo que los tiranos y los charlatanes de toda condición han pretendido imponerles bajo el pretexto del bien público. Deben dar ejemplo de libertad política, religiosa, comercial e industrial. El asilo que ofrece a todos los oprimidos de todas las naciones debe consolar la tierra. La facilidad para aprovecharse de estas circunstancias y para zafarse a continuación de un mal gobierno, obligará a los gobiernos europeos a ser justos e ilustrados. El resto del mundo abrirá poco a poco los ojos ante la nadería de las ilusiones en cuyos brazos los políticos se han arrullado. Pero para eso hace falta que América sea garante de ello y no vuelva a convertirse - como tantas veces lo han repetido los escritores gubernamentales en su país - en una imagen de nuestra Europa, en un montón de potencias divididas que se disputan los territorios o los beneficios del comercio, cimentando continuamente la esclavitud de los pueblos sobre su propia sangre.

En este momento, todos los hombres sabios, todos los amigos de la humanidad deberían poner en común su conocimiento y sumar sus reflexiones a las de los americanos ilustrados para concurrir a la gran obra de su legislación. Eso sería digno de usted. Desearía poder avivar su fervor. Y si en esta carta me he entregado más de lo que, tal vez, hubiera debido a la difusión de mis propias ideas, ese deseo ha sido mi único motivo y confío en que sabrá perdonarme el fastidio que pueda haberle causado. Desearía que la sangre que se ha derramado y que aún continuará derramándose en esta contienda no haya sido en vano y contribuya a la felicidad del género humano. Nuestras dos naciones van a hacerse mucho daño recíprocamente, probablemente sin que ninguna de ellas obtenga un beneficio real.

Probablemente el único resultado de ello sea el incremento de las deudas y los gastos y la ruina de un gran número de ciudadanos. Creo que Inglaterra está aún más cerca de ello que Francia. Si en lugar de esta guerra, hubieran accedido a sus demandas desde el primer momento; si se hubiera permitido que la política hubiera hecho de antemano lo que, inevitablemente, estará obligada a hacer más tarde; si la opinión nacional hubiera podido permitir a su gobierno prever los acontecimientos y, suponiendo que los hubiera previsto, si hubiera podido aceptar desde el principio la independencia de América sin declarar la guerra a nadie, creo firmemente que su nación no habría perdido nada con el cambio. Inglaterra perderá hoy lo que ha gastado, lo que todavía va a gastar. Durante algún tiempo verá como disminuye el comercio y si se ve abocada a la bancarrota se producirán disturbios internos. Y pase lo que pase, verá como su influencia en el exterior decae enormemente. Pero esto último es de poca importancia para la felicidad real de un pueblo y no comparto

en absoluto la opinión del abbé Raynal incluida en vuestro epígrafe. No creo que esto les lleve a convertirse en una nación despreciable y les aboque a la esclavitud.

Sus desgracias actuales, su felicidad futura serán, quizás, el resultado de una amputación necesaria. Tal vez fuera el único medio de salvarles de la gangrena del lujo y la corrupción. Si, en medio de su agitación, pudieran corregir su Constitución convocando elecciones anualmente, repartiendo el derecho de representación de una manera más igual y proporcional a los intereses de los representados, tal vez ganarían tanto como los americanos con esta revolución, ya que retendrían su libertad y sus otras pérdidas se repararían bien rápido con ella y por ella.

Debe usted juzgar, M., por la franqueza con la que me confío a usted sobre estas cuestiones tan delicadas, el aprecio que me inspira y la satisfacción que siento al pensar que existe alguna similitud en nuestra manera de ver las cosas. Sepa que estas confidencias son sólo para usted, por eso le ruego no me responda en detalle por correo porque infaliblemente su respuesta se abriría en nuestras oficinas y me encontrarán demasiado amigo de la libertad para ser ministro... ¡incluso para ser un ministro caído en desgracia!



Debatiendo:

La sucesión a la Corona

Bartolomé Clavero
Universidad de Sevilla
clavero@us.es

Como buen constitucionalista crítico, Marc Carrillo advierte problemas y muestra implicaciones en la forma como se ha producido la sucesión en la Jefatura del Estado del Reino de España en la familia Borbón entre padre, Juan Carlos I, e hijo, Felipe VI, sexto éste en realidad para los antiguos territorios de la Corona de Castilla, pues para Navarra es octavo; para Aragón, Cataluña, Valencia y Baleares, quinto, y para España, en rigor, primero, lo que no me parece un asunto nimio en relación a una Monarquía que fuera instaurada por una dictadura y que abriga la pretensión de recuperar título histórico predicándolo por encima de la propia historia en lo que afecta a algo tan sensible como la diversidad territorial; y esto de la secuencia dinástica, junto con otros protocolos monárquicos, encierra algún que otro problema más para el sistema constitucional, como me dispongo a hacer que veamos. No nos anticipemos. Vayamos por orden. Agradezco ante todo a la dirección de *Eunomia* su invitación a participar en este debate.

No voy a detenerme de entrada en la crónica ni en la diagnosis del profesor Carrillo puesto que, salvo en un par de puntos que no dejaré de señalar y otro par de conclusiones que intentaré matizar, estoy conforme. Ahorro así espacio para lo que quiero exponer pues no parece que resulte muy apropiado extenderse más que el texto sometido a comentario. Aprovechando la crítica de Carrillo como buena base de partida, lo que me propongo es que mi intervención sirva para ampliar la problemática del preocupante desajuste constitucional puesto de relieve por la sucesión habida el jueves 19 de junio de 2014 con la entrada en vigor de *Ley Orgánica por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón*, una ley bien singular, y con la proclamación ese mismo día del nuevo Monarca ante las Cortes Generales, el parlamento español. Tanto lo uno como lo otro ya encierran a mi entender problemas. Procedamos.

1. Pasividad de las Cortes Generales

Que su papel ha sido sumamente desabrido lo explica bien Carrillo. Empiezo por ellas porque, en un juego sucesorio que se ha limitado a Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno y las mismas Cortes, éstas son las que indudablemente, representen mejor o peor una soberanía popular, se sitúan más cerca de la ciudadanía, de una ciudadanía a la que se le ha dejado literalmente fuera de juego respecto a un momento tan importante como el de la primera sucesión en una Monarquía cuya instauración se ha pretendido restauración y no ha pasado por plebiscito o similar. El referéndum de la Constitución no suple esa carencia. Acudamos entonces a la posición de las Cortes en este lance.

Carrillo resalta cómo el Monarca remitió indebidamente a las Presidencias de las Cámaras, Congreso y Senado, y a la del Gobierno la comunicación de su abdicación. Lo de indebido se refiere a que lo hizo de forma directa y sin refrendo alguno, lo que hubiera correspondido al Presidente del Gobierno, aparte de que además se produjera en una situación de vacío normativo sin que se instase su resolución previa, lo que hubiera igualmente correspondido a dicho mismo Presidente, nunca al Monarca. La difícil posición en la que con todo esto se pone a las Cortes creo que va un tanto más allá de lo que Carrillo acusa. Considera éste suficiente la sumaria motivación ofrecida por el comunicado: corresponde *al Rey motivarla (la abdicación) como creyese más oportuno, aportando y argumentando las razones de su decisión, cosa que ciertamente hizo*. Sin embargo, la misma no contiene razón alguna de urgencia para que se efectuase la sucesión en tales circunstancias de deficiencia normativa, como pudiera ser la de incapacidad sobrevinida del Monarca. En estas circunstancias, ¿no han podido las Cortes hacer otra cosa que admitir la comunicación y actuar conforme a la misma?

¿Qué impedía que las Cortes hubieran pasado a deliberar sobre la procedencia del procedimiento no sólo para hacer que se enmendase la forma de la comunicación, sino también y más sustancialmente para tomarse el tiempo de salvar el vacío normativo elaborando, debatiendo y aprobando la ley requerida por la Constitución, una ley orgánica general sobre *las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona* (art. 57.5)? Llamémosle ley de abdicación y demás. De habérsela planteado, las Cortes habrían afrontado los problemas eludidos con la ley improvisada de sucesión singular con la que ha intentado sortearse el vacío normativo, la susodicha *Ley Orgánica por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón*.

En relación a ésta, a la ley *ad casum* como le dice justamente Carrillo, se produce una de mis discrepancias con las conclusiones que va desgranando. ¿No hay duda, como asegura, de que con ella *las Cortes sólo se pronunciaban sobre la abdicación y no sobre la sucesión a la Corona*? No estoy tan seguro. Pongamos el caso, ya sé que improbable aunque haya visos, de que prospere judicialmente una demanda de paternidad frente al Rey hoy emérito por parte de un varón de edad mayor a la del actual Monarca. Con la Constitución en la mano, que habla discriminatoriamente de la preferencia del *varón a la mujer*, pero no de hijo de matrimonio al extramatrimonial, habría de ser el sucesor, lo que sólo podría evitarse, en términos que no sean de hechos consumados, con la razón de que la sucesión ha pasado por el voto de las Cortes, esto es, de que el respaldo parlamentario a la sucesión dinástica en la Jefatura del Estado mediante la ley singular tiene un valor constitutivo y no sólo meramente declarativo en relación a un orden sucesorio fijado por la Constitución. Es además el entendimiento más democrático dentro de la dificultad de ajustar monarquía a democracia.

Esto último no sólo representa un problema general para toda monarquía que se quiera constitucional, sino también, y más agudamente, muy particular de la actual Monarquía española. Una cosa es una monarquía histórica que ha venido a adaptarse a un régimen constitucional de base democrática y otra bastante distinta es una monarquía instaurada por una dictadura con alguna posibilidad de tracto sucesorio respecto a la misma como la de su posición militar por encima del Gobierno y de las Cortes, a lo que me referiré enseguida. El problema de lo espinoso que resulta el cumplimiento del mandato constitucional de la ley general sobre abdicación y demás no proviene tan sólo, como subraya Carrillo, de la coyuntura de caída en picado de la imagen de la Monarquía en los últimos tiempos del reinado Juan Carlos I, sino también y sobre todo de problemas de fondo sobre la

legitimidad y la operatividad de monarquía heredada, no de la historia como la misma Constitución pretende, sino de una dictadura.

La situación se prolonga por el incumplimiento clamoroso de un mandato constitucional por parte de las Cortes, el de la ley de abdicación y demás, sobre cuyas posibilidades trataré luego. También, cuando me vaya acercando al apartado de la ciudadanía, habré de regresar al extremo de la responsabilidad de las Cortes Generales y de sus principales partidos en toda esta historia de la primera sucesión de una Monarquía de reciente instauración.

2. Sobreactuación de la Jefatura del Estado

Carrillo mira a la sucesión documental, pero también la ha habido ceremonial. La misma mañana de la sesión parlamentaria de proclamación del nuevo Monarca y con carácter previo a la misma, se celebró en sede palaciega la transmisión de mando militar entre padre e hijo en cumplimiento presunto de la Constitución: *Corresponde al Rey... El mando supremo de las Fuerzas Armadas* (art. 62.h), tal y como si esto fuera un bien patrimonial de la familia Borbón que pudiera así entregarse sin comparecencia ante las Cortes y sin refrendo alguno. Por lo oído en retrasmisiones televisivas, hubo consigna de que se hablase de *ceremonia entrañablemente familiar de carácter simbólico*.

Si fuera en verdad algo entrañable, familiar y simbólico, la Constitución sobra. Un maestro de ceremonias, militar por supuesto, el general jefe de la Casa Militar del Rey, hizo en el acto referencia a dicho pasaje de la Constitución sobre *el mando supremo* militar sin añadir nada sobre el artículo 64 (*Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes...*) ni sobre el artículo 97 (*El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado...*). Padre e hijo vestían uniforme militar de capitán general. El primero le pasó al segundo el fajín rojo de mando. No estuvo presente el Presidente del Gobierno, como tampoco el Ministro de Justicia como notario que pudiera levantar acta, pero sí asistía toda la plana mayor de los Ejércitos y de la Guardia Civil. Presente estaba el Ministro de Defensa, pero sin prestar un refrendo que en todo caso no le hubiera correspondido, sino al Presidente del Gobierno. De guisa militar, con su uniforme de gala y fajín de mando de capitán general, se presentó Felipe de Borbón en las Cortes. El Rey abdicante no compareció ante ellas. Lo mismo que el lenguaje, sobre todo en el mundo del derecho, hay ceremonias, gestos y objetos de alcance performativo, esto es, generador de realidad.

¿Por qué tiene que singularizarse de ese modo en el momento de la sucesión la posición militar respecto a otras atribuciones de la Monarquía? Que hay un designio en la transmisión del mando se reitera por la forma siempre dudosamente constitucional como el nuevo Monarca preside la llamada Pascua Militar a la llegada de 2015, otra ceremonia performativa entre otras que encabeza la Jefatura del Estado. ¿Más ejemplos no menos dudosamente constitucionales? Su papel en las Cumbres Ibero-Americanas aparte alguna insólita actuación de Juan Carlos I en ellas que rememora Carrillo (*algún que otro despropósito de estilo borbónico en cumbres iberoamericanas*). No son anécdotas. Es categoría. Revelan la idea que esta Monarquía tiene de sí misma. Se mantiene la práctica de viajes oficiales del Monarca con laxo control por parte del obligado acompañamiento gubernamental. No acude el mismo a la toma de posesión de una presidenta republicana, la de Brasil, y lo hace a una sucesión en un trono, el de Arabia Saudí. ¿No existe un designio de ampliación de espacios para la Monarquía y para los intereses que representa y promueve, algo en lo que también había quedado en

evidencia el Rey abdicante? Aparte vida privada e imagen personal, no parece que haya voluntad de rectificación respecto a las peores prácticas de Juan Carlos I.

A lo que ahora estamos, ¿no se ha aprovechado el vacío normativo de la ley general sobre abdicación y demás para escenificar un procedimiento a fin de mantener al hijo en la posición militar que el padre había heredado de una dictadura más que recibido de la Constitución? Obsérvese que en este escenario el documento de comunicación a las Cortes de la abdicación por parte del Monarca hoy emérito cobra perfiles más oscuros. No es inocente que el Rey se comunique directamente ignorando el trámite de refrendo por el Presidente del Gobierno. Esto responde a un entendimiento inconstitucional de la propia posición de igual modo como ocurre con la transmisión del mando militar. Y lo peor es que con todo ello lo que se quiere escenificar es la transmisión de dicha misma posición en el seno de la familia entre padre e hijo. La sombra del origen dictatorial de la actual Monarquía se alarga todavía.

Aun con todo, hay algo positivo en la ceremonia parlamentaria. Por fin se ha dado cumplimiento al artículo 61.1 de la Constitución: *El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución...* Felipe VIII-VI-V-I ha jurado ante las Cortes. Juan Carlos I nunca lo ha hecho de ningún modo, mientras que juró en más de una ocasión las llamadas Leyes Fundamentales de la dictadura. En su momento promulgó además la Constitución situándose por encima de ella (BOE de 29 de diciembre de 1978, nº 311.1), como si no fuera en su virtud como pasase a ser Jefe de Estado a partir de entonces, lo que también guarda relación con la forma como se ha planteado la sucesión. En fin, si se han hecho las cosas mal, inconstitucionalmente, no ha sido por falta de competencia, sino por voluntad de mantener una posición de la Monarquía no subordinada por entero a Constitución. No creo que haya sido cuestión de torpeza en la improvisación, sino de deliberación en la operación. Carrillo ofrece la impresión de que el desacierto constitucional no sería tan grave.

Permítaseme un apunte sobre la posición en la que ha quedado el Rey emérito. Carrillo señala justamente hasta qué punto el procedimiento a través del cual se le ha prorrogado vitaliciamente la condición de inmunidad es todo un *despropósito*. Es un asunto que difícilmente puede solventarse si no es a través de la ley orgánica general de abdicación y demás que sigue faltando. En todo caso, con la manera en singular como la Constitución se refiere a dicha condición (art. 56.3: *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad...*), ¿hay seguridad de que la inmunidad es extensible a alguien más que no sea el Monarca en ejercicio? ¿Puede corresponder también a clases pasivas? En rigor, tras la abdicación, sólo podría mantenerse para Juan Carlos I respecto a actuaciones públicas debidamente refrendadas durante el tiempo en el que hubiera estado en activo y, en su caso peculiar, en relación a posibles responsabilidades contraídas como sucesor del dictador en vida.

Criticando la forma como se ha extendido la inmunidad al Rey emérito mediante una ley no específica aprovechando, para incluirla, una de reforma administrativa, Carrillo considera que, a los efectos sustantivos, tanto da mientras que se trate de ley orgánica. Habla de *la irrelevancia jurídica de la diferencia de regular el aforamiento del Rey por esta vía o por otra específica destinada exclusivamente para el titular de la Corona*. Por lo que luego todavía diré, creo en cambio que resulta de lo más relevante que la regulación se haga en la ley general de abdicación y demás, no en ninguna otra. Añádase que por mero decreto es como se había previamente dispuesto que *Don Juan Carlos de Borbón, padre del Rey Don*

Felipe VI, continuará vitaliciamente en el uso con carácter honorífico del título de Rey, con tratamiento de Majestad.

Se ha visto enseguida que la prórroga vitalicia es más que honorífica. Con todo este baile de disposiciones y de ceremonias, hay que conceder la razón a Carrillo cuando concluye que, dado como la operación *se ha llevado a cabo de forma improvisada y sin regulación previamente establecida, es obvio que ello va en demérito de la institución monárquica*. Si a los documentos se añaden las ceremonias que también puede que resulten, si así quiere decirse, fuentes del derecho, esto es, performativas de ordenamiento, la impresión todavía empeora. Pero advertimos que, si cabe extraer una conclusión última, debiera ir en sentido contrario. A la Monarquía se le ha rendido un servicio, sólo que dificultoso y tortuoso dentro del orden constitucional.

3. Figuración del Presidente del Gobierno

Hay poco que decir pues se desprende de lo dicho. La Presidencia del Gobierno ha hecho dejación absoluta de sus funciones constitucionales. Ha permitido la exención de refrendo en actos que debiera haber refrendado así como la transmisión de una atribución de la Jefatura del Estado con independencia y antes de que se proclamase al nuevo Monarca por las Cortes. Así ha contribuido el Presidente del Gobierno a la operación más bien inconstitucional de mantener a la Monarquía en posición no enteramente subordinada a la Constitución. La falta de refrendo resulta particularmente grave cuando se trata de actos de objeto militar. No es tampoco que sea leve de incidir sobre relaciones entre la Jefatura del Estado y otros órganos constitucionales. Toda esta dejadez contrasta con el empeño del Presidente del Gobierno por figurar en la proclamación del nuevo Monarca en una ubicación más destacada de la que le corresponde protocolariamente. Prefirió la foto a las formas, imagen a Constitución.

Sería injusto hacer recaer la responsabilidad de la dejación sobre unas solas espaldas. Las comparte con el Gobierno y, por su papel de avalista en un *contrato de adhesión* como dice Carrillo, con las Cortes. Votando la ley singular de sucesión y proclamando con todos los parabienes al monarca que previamente se había investido del mando militar, las Cortes se han hecho partícipes de irresponsabilidad y contraído así responsabilidad. Ha habido una dejación de funciones constitucionales en cadena. Si se ha incurrido en una quiebra constitucional, todos los jugadores convocados resultan responsables. Especial responsabilidad recae sobre el principal partido de oposición sin cuyos votos no habría podido aprobarse la ley singular de sucesión que cohonestaba todo el proceso. En último término, bien mirado, la actuación más constitucional en el juego de la sucesión entre Jefatura del Estado, Gobierno y Cortes ha sido la de los contados parlamentarios y parlamentarias que votaron en contra, se inhibieron o se ausentaron.

4. Posibilidades de la ciudadanía

Habría menos todavía qué decir al respecto, pues a la ciudadanía se le ha asignado el papel de público encargado del aplauso ante el espectáculo. Sin embargo, el problema de fondo que se nos está revelando tiene mucho o incluso todo que ver con ella, con la ciudadanía. Si la Monarquía estuviera establecida por una determinación ciudadana que además se tradujera en un orden constitucional que reflejara esa misma base democrática en su propio régimen como Jefatura del Estado, los problemas vistos no se hubieran presentado. Si, una vez que las cosas no están así, el juego de la sucesión se hubiese producido de forma menos

capciosa, tampoco los hubiéramos tenido o al menos se hubieran manifestado con una menor intensidad y resultarían bastante menos preocupantes.

Recordemos, pues conviene. En 1969, una ley de dictadura provee sobre la sucesión del dictador: *Al producirse la vacante en la Jefatura del Estado, se instaurará la Corona en la persona del Príncipe Don Juan Carlos de Borbón y Borbón, que la transmitirá según el orden regular de sucesión establecido por Leyes Fundamentales de la propia dictadura.* En 1978, la Constitución procede: *La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden establecido acto seguido por la propia Constitución, no por la historia. La Constitución no instituye lo que ya está instituido. No entroniza al Monarca porque ya está entronizado. Lo que hace es ignorar la instauración de hecho, la de dictadura, sustituyéndola por una de derecho, la de presunta legitimidad de una dinastía histórica, presunta frente a la evidencia de que lo que entonces resulta el paréntesis dictatorial había interrumpido un tracto constitucional republicano, no monárquico. En la operación de restaurar lo que se instaura, de novar como restauración lo que ha sido instauración, aquello que falta y se precisa es la legitimidad ciudadana no mediatizada.*

Como ya he indicado, la primera sucesión en esta Monarquía de nuevo cuño, entre otras cosas por la base ahora democrática de la Constitución, brindaba una ocasión preciosa. Ya que ha tenido la iniciativa, el Rey hoy emérito podía haber sugerido al Presidente del Gobierno y a las Cortes la convocatoria de un referéndum sobre la abdicación por su *especial transcendencia* en el referido contexto (arts. 62.c y 92 constitucionales). Ya se sabe que la Constitución confiere un valor tan sólo consultivo al referéndum, pero también consta cómo funcionan estas cosas. Tal convocatoria generaría la dinámica de un debate ciudadano no sólo además sobre monarquía y sucesión, sino, más sustanciosamente, sobre república y democracia, esto es, sobre las cuestiones constitucionales que se hurtaron a la ciudadanía en 1978. Siendo materia que requiere ley orgánica, la Constitución no permite que una dinámica de dicho género se active formalmente por iniciativa ciudadana (art. 87.3). Tampoco está contemplado por ella un recurso constitucional de omisión, y menos por impulso ciudadano, que pudiera obligar a cumplir mandatos constitucionales como el de la ley general de abdicación y demás a cuyas posibilidades en este orden, no valoradas por Carrillo, ahora me refiero.

Cabe en efecto que se presente otra buena ocasión. Si las Cortes atendiesen por fin el mandato constitucional de confección de la ley orgánica sobre abdicación y demás, podrían plantearse, de una parte, convertirla en una ley general sobre la institución de la Monarquía que reajuste su posición en relación a toda la Constitución y no sólo al título particular de la Corona, lo que entre otras cosas impediría operaciones como la de transmisión directa del *mando supremo* militar; de otra parte, podrían también plantearse autorizar al Presidente del Gobierno para que propusiera al Monarca la convocatoria de un referéndum sobre la aprobación de tal ley (art. 92.2 constitucional). Sería una Ley Orgánica de la Monarquía, ley que, cuando se ha requerido, suele hacerse con el propósito contrario, para brindarla de cara a la democracia más todavía de lo que ya lo intenta la Constitución.

Con la ley general de abdicación y demás o, a más razón, con una Ley Orgánica de la Monarquía, ¿no estaríamos, por sí y por el contexto, ante una decisión de *especial transcendencia* justificativa de la convocatoria de referéndum? Consultivo y todo, pues la Constitución no permite otra cosa, este sufragio generaría la dinámica referida que puede conducir, si la ciudadanía la presta, a la legitimación democrática, algo más que constitucional, de la Monarquía. En otro caso,

ateniéndonos siempre a la Constitución, habría de activarse el procedimiento de su *revisión total*, caso en el que el sufragio ciudadano sería aún más decisivo (art. 168.1).

Por el problema de legitimación que se arrastra, una eventual Ley Orgánica de la Monarquía habría de esforzarse por lograr el referendo ciudadano en una línea de maximización de democracia dentro de lo que cabe con una institución constitutivamente no democrática. Por ejemplo, sería el momento de establecer que todo acto de sucesión en la Jefatura del Estado, cualquiera que fuere su causa, habría de pasar por votación parlamentaria de mayoría cualificada. Así se aprovecharía el precedente sentado por la ocurrencia de la ley orgánica singular o *ad casum* en la sucesión causada por Juan Carlos I y así se le imprimiría sentido más democrático a la previsión constitucional de que el sucesor sea *proclamado ante las Cortes Generales* (art. 61.1).

Así también se neutralizaría debidamente el intento de la Constitución por hacer automática la sucesión no requiriendo intervención parlamentaria para el reconocimiento del futuro sucesor (art. 57.2: *El Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias*, con su lenguaje, sólo el lenguaje, discriminatorio de género). Son unos cuantos los flecos de la Constitución que han de acoplarse. En este último caso, bastaría con desligar esa *dignidad* con la condición de sucesor o sucesora, requiriéndose para acumularla votación cualificada de las Cortes, aunque para este tipo de modulaciones siempre es mejor reformar la Constitución a fin de no forzarla.

Lo de la condición de Príncipe o Princesa de Asturias como *heredero*, en estos términos además domésticos o de orden familiar, es cosa además de derecho histórico que, Constitución siempre mediante, no debiera ser derecho actual. A esto voy ahora y con esto cierro, no sin reiterar mis disculpas por estar ya alcanzando prácticamente la misma extensión que el texto comentado.

5. Disfunción de la historia

En la ley singular improvisada para la sucesión causada por Juan Carlos I, a fin de disimularse el vacío normativo de la ley orgánica de abdicación y demás, se recurre a la historia. Ya se sabe que este del derecho histórico es un recurso socorrido que no siempre resulta inocente. En el caso, aunque sólo fuera por el disimulo, no lo es. Carrillo lo detecta: *El Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2014 invoca los precedentes del constitucionalismo español de los textos de 1845, 1869 y 1876 para fundamentar y justificar la votación parlamentaria de la abdicación*. Y esto tiene sus implicaciones. ¿No se cuela así la historia como si fuera derecho cuando no debiera serlo? ¿No se sustrae así a las Cortes la competencia sustancial de decisión sobre el asunto, la principal entre los órganos constitucionales a salvo siempre la ciudadanía, creándose con ello la impresión contraria de que se produce la debida participación parlamentaria?

Recapacitemos. La Monarquía ha sido instaurada, no restaurada, aunque otra imagen quiera darse desde la propia Constitución. En la instauración franquista no se daba cabida alguna a la historia. Su marco normativo explícito era el de las llamadas Leyes Fundamentales de la dictadura. En la instauración constitucional a la historia se le da juego, pero no en términos normativos. En lo que toca a la Monarquía, no hay un derecho de tracto histórico por encima del derecho constitucional ni tampoco junto al mismo. La Constitución ciertamente la instituye con título histórico (*legítimo heredero de la dinastía histórica*), intentando saltar así

sobre el franquismo, pero sin implicar que se rija por historia. Cierto es también que el orden sucesorio que le aplica es el que puede considerarse tradicional castellano, discriminación de género inclusive, pero es la propia Constitución la que lo determina. Si se diera el caso referido de reconocimiento judicial de paternidad de un hijo mayor de Juan Carlos I habido fuera del matrimonio, no podría excluirse de la sucesión con el argumento de que el orden histórico lo hace.

Lo expresa bien Carrillo al señalar que en 1978 se normativizó *todo lo que debía concernir a la regulación constitucional de la monarquía* sin dejar resquicios que pudieran permitir a su respecto *áreas autónomas a la Constitución* y esto por la sencilla razón de que *fuera de ésta, la Corona carec(e) de razón de ser en un sistema democrático*. Dice más que interesa al recurso a la historia por la ley singular de sucesión: *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 en 1978 se tuvo muy presente precisamente para rechazarlo*. Lo indica respecto al *borboneo* o actuación campechana al margen de la Constitución en asuntos no privados, pero la conclusión merece generalizarse. La historia, cuando menos, resulta que sobra.

¿A qué viene entonces recuperar la historia con motivo de la sucesión? Creo que ya tenemos la respuesta sobre éste y otros aspectos de la operación sucesoria. Empecé señalando que el número de serie del Monarca actual, Felipe VI, es históricamente el castellano y no el aragonés o, aún menos, uno que pudiera considerarse español. Si ha habido instauración en los términos no históricos de Rey de España y ahora viene la primera sucesión en esta nueva Corona, ¿por qué no se le titula Felipe I? Precisamente porque la Monarquía y cierta interpretación de la Constitución, pero no tan claramente ella misma, pretenden que lo que ha habido es restauración. Toda alegación de historia a efectos no necesariamente normativos, pues concurren los ceremoniales, se sitúa en la dirección vista de situarla por encima de la Constitución, a lo que ya respondía, como he recordado, la forma como Juan Carlos I la promulgó. Todo esto pudo parecer soportable en el ambiente de la transición, con el alivio de la salida progresiva de una dictadura que no pereció con el dictador, pero la prolongación hasta hoy, con la primera sucesión incluida, magnifica sus implicaciones, unas implicaciones de signo antidemocrático.

Repito que estamos con el caso de una Monarquía instaurada por una dictadura y no con el supuesto de una continuidad en el tiempo que pudiera explicar, lo que tampoco es justificar a efectos democráticos, cierta concurrencia entre derecho histórico y derecho constitucional. En nuestras circunstancias, la Monarquía se instaura históricamente por dictadura y jurídicamente por Constitución. En su caso no hay cabida para ningún derecho que proceda de orden histórico y no de norma constitucional. No debe haberla ni siquiera en términos de precedente como el que alega la ley singular de sucesión. Nunca ha habido en la historia española una monarquía situada en un sistema constitucional de base democrática. Toda alegación de historia es en el caso peor que impertinente. Todo precedente histórico está contaminado de deficiencia de democracia. Como está dicho, todo ello podría remediarlo una Ley Orgánica de la Monarquía de inspiración democrática, en lo que cabe, o una *revisión total* y a fondo, en la misma dirección, de la Constitución, hablando siempre dentro del marco establecido por ella.

Cuando se procede a la exposición de evidencias no muy halagüeñas para la institución monárquica, suelen introducirse, como hace el propio Carrillo, salvedades de historia reciente a favor de la misma, encareciéndose los servicios prestados por Juan Carlos I a la recuperación de la democracia en España. Hay quien llega al extremo de considerar que la posición militar de la Monarquía, su *mando supremo*,

fue providencial para reconducir el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. El Monarca, y no la ciudadanía, sería el guardián de la Constitución en situaciones de excepción. Para las ordinarias se tiene al Tribunal Constitucional, un tribunal que ha venido igualmente a situarse en una posición superior a la contemplada por la Constitución. Es historia posconstitucional que también la pervierte.

He ahí a mi entender en todo ello más historia impertinente, una historia cercana que, con secuelas como la del golpe de Estado de 1981, convierte la necesidad en virtud afectando a la línea de flotación de un sistema constitucional de base democrática. Historia posconstitucional que muta Constitución, no hace falta que se pretenda que es derecho para que lo sea. En suma, concluyendo, no pongamos historia ni dejemos que se ponga donde lo que debe ponerse es Constitución. No convirtamos ni dejemos que se conviertan las ocurrencias históricas de la primera sucesión de la nueva Monarquía en otro precedente normativo de dirección no exactamente constitucional.



Debatiendo:

La sucesión a la Corona

M^a Asunción García Martínez
Universidad Complutense de Madrid
garciam@ucm.es

1. La abdicación como objeto del debate

El profesor Marc Carrillo ha publicado en Eunomia un artículo con el título “La sucesión a la Corona”, con el que se abre un debate, al que me sumo. Entiendo que la finalidad de un debate consiste en exponer otros puntos de vista sobre la cuestión planteada, abriendo así perspectivas diversas en las que lo más interesante no es si se está o no de acuerdo con lo expuesto sino las sugerencias que suscitan y que nos llevan a reflexionar sobre aspectos posiblemente no valorados inicialmente.

El artículo de Carrillo es, como todos los suyos, interesante, sugerente e inteligentemente argumentado, y nos lleva, a partir del hecho y acto concreto de la abdicación del Rey don Juan Carlos I, a la consideración de la monarquía parlamentaria y sus resortes funcionales. Y dicho el contenido, empiezo discrepando del título, “La sucesión a la Corona”, porque entiendo que el objeto directo que aborda Carrillo no es la sucesión a la Corona sino la abdicación del Rey. Por supuesto, la sucesión es la consecuencia ineludible de la abdicación desde el momento en que las previsiones sucesorias a la Corona se abren y surten efecto a partir de la vacancia del titular de la misma, lo que puede tener lugar tanto por muerte como por abdicación; en consecuencia, la sucesión en la Corona de Felipe VI como consecuencia de la abdicación de Juan Carlos I no es más que la aplicación estricta del artículo 57.1 de la Constitución, es decir es una consecuencia a una situación concreta prevista constitucionalmente, lo que excluye su propio cuestionamiento.

Por eso pienso que el título del artículo hubiera sido más expresivo del objeto del debate con la referencia directa a la abdicación. El derecho del Rey a abdicar queda fuera de toda duda constitucional desde el momento en que está previsto en el artículo 57.5 CE, aparte de ser un derecho inherente a la Corona en todo tiempo y lugar; lo que se analiza es el procedimiento concreto que se ha seguido para articular la abdicación del Rey Juan Carlos I y el significado jurídico de dicho procedimiento en una monarquía parlamentaria.

2. El juego de las diferencias

En el corto plazo de un año y medio tres reyes de sendas monarquías parlamentarias europeas han abdicado, abriendo en consecuencia la sucesión en las respectivas jefaturas del estado.

Holanda ha sido el primero; un país en el que las abdicaciones de los titulares de la Corona no son excepcionales tiene sin duda predeterminado un protocolo concreto, no especificado en la Constitución cuyo artículo 27 no hace referencia más que a la consecuencia de la abdicación, que es la sucesión hereditaria, sin hacer ninguna referencia a la forma de hacerla efectiva.

El 28 de enero de 2013 la Reina Beatriz anunció públicamente, en una alocución televisada, su decisión de abdicar el día 30 de abril de ese año. En esta fecha la abdicación anunciada se hizo efectiva en un acto en el que, ante los miembros del Gobierno y un importante número de representantes políticos, la reina firmó su abdicación, acto que concluyó con la intervención del Presidente del Gobierno.

Ese mismo año, el 3 de julio, el Rey de los Belgas Alberto II anunció, en un discurso televisado, su decisión de abdicar el día 21 del mismo mes, día en el que el rey firmó el acta de abdicación, ante el Gobierno y numerosos representantes políticos, rubricada por el Presidente del Gobierno, el Ministro de Justicia y otros representantes políticos. Tampoco la Constitución belga explicita ninguna fórmula referida a la abdicación.

El día 2 de junio de 2014 el Rey Juan Carlos I anunció, en una alocución televisiva, su decisión de abdicar, sin plantear fecha concreta para su efectividad, y desde luego no podía determinar la fecha desde el momento en que el artículo 57.5 de la Constitución española hace una referencia explícita a una Ley Orgánica, y en consecuencia habría que esperar a la tramitación y aprobación la susodicha norma por las Cortes Generales.

El día 18 de junio tuvo lugar el acto *ad solemnitatem* por el que se hizo efectiva la abdicación del Rey, acto que consistió en la sanción real de la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, en presencia del Presidente y miembros del Gobierno, así como de los representantes de los poderes del Estado y de diferentes representantes políticos.

3. Monarquía parlamentaria, abdicación y refrendo

Coincido plenamente con el análisis que hace el profesor Carrillo en relación con la constitucionalización de la Corona a partir de su inserción en la Monarquía parlamentaria que consagra el artículo 1.3 CE. La Monarquía parlamentaria supone la legitimación constitucional de la Jefatura de Estado monárquica en cuanto que queda justificada y sometida a las reglas de juego de la forma de gobierno parlamentaria, única en la que es admisible la monarquía en un estado democrático. En consecuencia, la regulación de la Corona no puede reconocer áreas autónomas a la Constitución, incluida la abdicación del rey.

Holanda y Bélgica son, como la española, monarquías parlamentarias en las que las reglas de relación entre el jefe del estado y los demás poderes son similares. Naturalmente, ni la Reina Beatriz ni el Rey Alberto, ni por supuesto el Rey Juan Carlos, tomaron la decisión a abdicar sin consultar al Gobierno, que tuvo que valorar la conveniencia de la abdicación ya que se trata de una competencia constitucional que se traduce en un acto de evidente transcendencia política sometido necesariamente a refrendo. La diferencia está en que en las dos primeras abdicaciones el refrendo fue el del acta en la que el rey formalizaba su abdicación mientras que en España lo que refrendó el Presidente del Gobierno fue la sanción real de una norma jurídica aprobada por las Cortes Generales con rango de ley orgánica. Esta diferencia es la que me lleva al interrogante sobre el significado de

esta ley orgánica y qué es lo que añade a la abdicación del Rey en comparación con las fórmulas utilizadas en las otras dos abdicaciones que la han precedido.

4. ¿Era necesaria la LO 3/2014?

Rotundamente, sí por imposición del art. 57.5 de la Constitución cuya redacción no dejaba otra opción y coincido con la denuncia que hace Carrillo respecto de la improvisación de la LO 3/2014 como fórmula para resolver la abdicación concreta de don Juan Carlos por medio de la ley orgánica *ad cassum*; cuestiones distintas son la responsabilidad de aquella improvisación y que la opción constitucional sea, a mi juicio, la adecuada. Posteriormente volveré sobre estas cuestiones; en este momento me voy a centrar en la tramitación de la ley orgánica.

Discrepo abiertamente en relación con la denuncia que hace el articulista respecto del procedimiento legislativo utilizado en la tramitación de la LO 3/2014, de urgencia y en lectura única, procedimiento que, a juicio de Carrillo, impide de facto el debate parlamentario. Explico las razones de mi discrepancia.

El procedimiento de urgencia supone, en el Congreso y de forma más acentuada en el Senado, acortar los plazos de tramitación, lo que en principio no incide ni en el tipo de enmiendas que se pueden presentar ni en los tiempos de deliberación en el pleno. Por el contrario, el procedimiento de lectura única (arts. 150 RC, que remite al 112, y 129 RS) incide directamente, primero, en el tiempo que hubiera podido dedicarse al debate en comisión, ya que se suprime esta fase, aunque no en el de los debates plenarios; segundo, en la limitación del derecho de enmienda al no permitir la presentación más que de enmiendas a la totalidad; y tercero, en la votación que tiene que versar sobre el conjunto del texto. Dado que la incidencia más significativa radica en el procedimiento de lectura única, centro mi análisis en la valoración de la decisión de tramitar la citada Ley Orgánica por este procedimiento.

El uso de este procedimiento especial se justifica por el objeto de la norma a tramitar. Fijémonos en el articulado de la LO 3/2014; un único artículo cuyo contenido es la afirmación de la abdicación del Rey y el momento de su eficacia. La norma es de una trascendencia política incuestionable, pero su formulación es de una simplicidad tal que difícilmente permite más que una valoración positiva o negativa, sin matices, ya que el pronunciamiento de los diputados se reducía a la abdicación concreta del Rey Juan Carlos, sin incluir ningún pronunciamiento sobre la sucesión a la Corona, predeterminada por la Constitución y no dependiente de una Ley Orgánica. Desde mi punto de vista se acomoda perfectamente a los términos del art. 150.1 RC.

Por otra parte, la simplicidad del texto difícilmente permitía más que una votación a favor o en contra del artículo único, además de la abstención. Se pregunta Carrillo qué es lo que votaban los parlamentarios, y da la única respuesta posible: se votaba la abdicación concreta del Rey. Yo añado algo más: esto es lo que se votaba porque este era el contenido de la norma tramitada, y ello al margen de que el voto negativo y la abstención no eran evidentemente a la abdicación concreta del Rey sino que posiblemente tenían el significado político de rechazo a la monarquía. Si nos planteamos, en coherencia con la literalidad del único artículo de la Ley Orgánica, el efecto formal que hubiera podido tener la victoria del voto negativo, llegaríamos a la conclusión abracadabrante de que hubiera supuesto la no aprobación de la norma con el resultado de que las Cámaras hubieran rechazado la abdicación del Rey Juan Carlos, que hubiese tenido que continuar como Jefe del Estado. ¿Era esto lo que querían los votos negativos? Evidentemente, no.

El meollo de la cuestión no estaba, pues, ni en el objeto concreto del proyecto de Ley Orgánica ni en la votación, necesariamente coherente con el contenido de aquella norma, sino en las enmiendas presentadas, sobre las que se plantearía el debate plenario, que no venían referidas al texto del proyecto de Ley Orgánica, es decir a la abdicación, sino a la forma de gobierno consagrada en la Constitución, y más específicamente a la Jefatura del Estado monárquica. Defiende Marc Carrillo la utilización del debate de la LO 3/2014 sobre la abdicación del Rey don Juan Carlos como “un momento procesal oportuno” para plantear la cuestión de la forma de gobierno y la necesidad de un referéndum en el futuro. Coincido y creo que, efectivamente, “en términos políticos” era sin duda el momento oportuno, y por ello discrepo cuando considera que el procedimiento legislativo aplicado no era el adecuado y que con ello se restringió el debate parlamentario. Las únicas enmiendas que podían tener el significado global de rechazo a la jefatura de estado monárquica eran las de totalidad, incluso aunque se hubiera tramitado la ley orgánica por un procedimiento distinto al de lectura única.

Las enmiendas de totalidad tienen un significado netamente político de oposición global a la propuesta de la iniciativa ya que por medio de ellas los grupos parlamentarios ponen en evidencia un enfrentamiento radical desde posturas que pueden ser ideológicamente incompatibles. Las enmiendas que se presentaron al proyecto de ley orgánica que comentamos no versaban sobre su objeto, la abdicación, sino que abrían el debate al cuestionamiento de base sobre la monarquía, cosa que hubiera sido difícilmente aceptable si las enmiendas hubiesen sido al articulado, respecto de las que se suele exigir una cierta conexión de sentido con el objeto concreto del proyecto legislativo.

Por medio de las enmiendas de totalidad los grupos enmendantes posibilitaron un debate plenario público de puro contenido político en el que expusieron a la ciudadanía sus alternativas, no a la iniciativa gubernamental sino a la opción constitucional. Por ello concluyo con la estimación de que el procedimiento legislativo aplicado no coartó el debate político sobre la monarquía parlamentaria que quisieron plantear determinados grupos parlamentarios porque ese debate sólo era procedimentalmente posible a partir de la presentación de enmiendas de totalidad; por supuesto que las mismas enmiendas se hubieran podido presentar si la norma se hubiera tramitado por el procedimiento normal de ley orgánica, pero ello no hubiera añadido nada al utilizado de lectura única porque las enmiendas al articulado que se hubiesen podido presentar muy difícilmente hubiera dado el juego político que se consiguió con de las de totalidad.

5. La abdicación, de *lege data* a *lege ferenda*

El art. 57.5 CE no dejaba otra opción que “resolver” la abdicación del Rey por medio de una ley orgánica. En estos términos cabe preguntarse qué es lo que resuelve la ley orgánica, es decir, qué significado tiene la intervención de las Cortes en la abdicación del Rey. Afirma Carrillo que la exigencia de una ley orgánica supone que la abdicación no produce efecto jurídico hasta que las Cortes den su conformidad a la misma, aprobando la norma, y personalmente no creo que quepa otra opción; se trata de un acto legislativo de las Cortes y la naturaleza jurídica de la norma la configura como un acto constitutivo en el que las Cortes aprueban, lo que quiere decir que autorizan, la abdicación del Rey. En consecuencia entiendo con Carrillo que no se trata, como afirma Rey Martínez, de un simple acto formal en el que las Cortes se dan por enteradas de la voluntad de abdicar del Rey ya que ello contradice el mismo significado de la función legislativa de las Cortes.

Dicho esto, discrepo radicalmente con la exigencia que impone el art. 57.5 CE en el supuesto de abdicación. Este precepto, de, a mi juicio, deficiente redacción, remite a una ley orgánica dos cuestiones netamente diferentes: abdicaciones y renunciaciones y “cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona”. Nada que objetar al segundo supuesto; se trata de una duda concreta sobre alguna situación específica que no es posible resolver aplicando las previsiones sucesorias del art. 57 y que en consecuencia se remite a las Cortes la resolución de tal eventualidad por medio de una ley orgánica singular.

Cuestión distinta es la de las abdicaciones y renunciaciones, de las que sólo voy a plantear las primeras, que son el objeto del debate. La abdicación del rey es una facultad personalísima del titular de la Corona reconocida constitucionalmente en el art. 57.5 CE, cuyo efecto es abrir la sucesión a la Corona. ¿Se plantea alguna duda sobre la abdicación y su efecto que necesite ser aclarada por una ley orgánica? Considero que la resolución de la abdicación por una ley orgánica es un exceso manifiesto porque no hay ninguna duda constitucional que deba ser resuelta. El planteamiento de que las Cortes pueden así valorar la oportunidad de la abdicación, y negarla en su caso, creo que está fuera de lugar; es difícilmente imaginable el conflicto que podría suponer que las Cámaras se negasen a autorizar la abdicación, evidentemente consultada por el Rey con el Gobierno.

Pienso, y no creo equivocarme, que las tres abdicaciones que han tenido lugar sucesivamente reflejan una nueva forma de entender la sucesión a la Corona. La forma tradicional de que esta se abra sólo a la muerte del rey (“el rey ha muerto, viva el rey”) parece que emprende un camino de racionalización; el hecho de que se trate de una magistratura vitalicia no se contradice con la renuncia a la misma por parte de su titular cuando las condiciones vitales o políticas lo aconsejen, sin que ello, como lo ha demostrado la práctica, suponga ninguna quiebra del sistema. ¿Es lógico que cada vez que un rey abdique se tenga que recurrir a la tramitación de una ley orgánica para que se pueda abrir un debate sobre la monarquía?

Entiendo que en España este debate se haya podido plantear en este momento concreto, y denuncio, con Carrillo, que la aprobación de una ley orgánica *ad cassum* ha sido la consecuencia necesaria de la desidia de los gobiernos, cualquiera que haya sido su signo político, que en treinta y seis años no han abordado en su integridad el mandato del artículo 57.5 CE, cuya lógica habría sido el haber elaborado una ley orgánica que hubiese articulado el procedimiento a seguir en caso de abdicación del titular de la Corona, y por supuesto de las renunciaciones.

Y, concluyo, en mi opinión el protocolo de la abdicación debería limitarse a un acto *ad solemnitatem* en el que se formalizase la abdicación con el refrendo del Presidente del Gobierno y en presencia de los representantes de los poderes del Estado. Con ello se haría evidente la normalidad en el desarrollo constitucional sin mayores dramatismos, a los que, al parecer, somos tan aficionados. ¿Podría desarrollarse este acto en las Cortes? Podría ser, de la misma manera y con el mismo significado que está presente en el acto de proclamación del Rey (art. 61.1 CE) o del juramento del Príncipe heredero (art. 61.2 CE), es decir, como testigos cualificados que dan fe del importante acto de abdicación del Rey, pero no en función legislativa que creo fuera de lugar porque las garantías de la racionalidad del proceso de abdicación se encuentran en la misma estructura constitucional de la monarquía parlamentaria.



Bibliografía

- 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.
- DE ESTEBAN ALONSO, J. (2012), “Ya no hay reyes con derechos absolutos”, *El Mundo*, 30/10/2012. También puede verse en: <http://www.caffereggio.net/2012/10/30/ya-no-hay-reyes-con-derechos-absolutos-de-jorge-de-esteban-en-el-mundo/>. Revisado el 29/1/2015
- GARCÍA CANALES, M. (1995), “Las Monarquías parlamentarias europeas”, en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.), *Estudios sobre la Monarquía*. UNED, Madrid.
- JIMÉNEZ DE PARGA, M. (1983), “El Estatuto del Rey en España y en las Monarquías europeas”, en LUCAS VERDÚ, P. (dir.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Sección de Publicaciones de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1995), “Las funciones del Rey y la institución del refrendo”, en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.), *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid.
- LÓPEZ VILAS, R. (1983), “La sucesión en la Corona”, en LUCAS VERDÚ, P. (dir.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Sección de Publicaciones de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, 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*, 4/7/2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/06/03/opinion/1401814529_700642.html. Revisado el 29/1/2015



Debatiendo:

Abdicación del Rey en la Constitución de 1978: acto personal del monarca pero con la imprescindible concurrencia de nuestros representantes

Enrique Belda

Universidad de Castilla- La Mancha
enriquebelda@hotmail.com

Me solicitan desde la dirección de *Eunomía* un comentario sobre la abdicación del Rey D. Juan Carlos, al hilo del interesante trabajo publicado en el número 7 de esta revista por el Catedrático Marc Carrillo. Partiendo de lo aventurado de escribir tras la estela de un gran jurista al que conozco y admiro, voy a realizar las siguientes consideraciones sobre el tema, coincidiendo en líneas generales con él, aunque planteando también alguna precisión de detalle (siempre desde un menor conocimiento y formación que la del profesor Carrillo).

La abdicación prevista en la Constitución española es un acto que tiene su origen en la voluntad del titular de esa magistratura unipersonal que es “La Corona”. Ni el derecho ni el pueblo soberano, directamente o a través de sus representantes, pueden obligar a una persona a desempeñar una labor pública. Ahora bien, de inmediato hay que constatar, en línea con lo expuesto por el Dr. Carrillo, que la decisión de que tal acto personal genere efectos reside en las Cortes Generales, que no se limitan a darse por enteradas de la decisión regia. El orden constitucional de sucesión tiene como única finalidad determinar quién es el llamado pero sobre el mismo orden no cabe una capacidad de alteración por parte de las personas que son mencionadas en el art. 57 CE, más allá de su propia voluntad de asumir, llegado el caso, la Corona o el Principado de Asturias.

Por tanto, lo relevante del proceso de abdicación es que nuestros representantes en las Cortes Generales permiten que haya un relevo en la Jefatura del Estado. De las múltiples intervenciones en esta línea, desde el pasado mes de junio de 2014, pocas se han detenido a resaltar la contradicción entre esta pacífica conclusión, y un supuesto de laboratorio en el que el Príncipe de Asturias no quisiera asumir la Corona, o que las Cortes Generales, por ese hecho o por cualquier otro motivo, no considerasen oportuno que la Abdicación se completara. Esa hipótesis, por fortuna de laboratorio en la España de 2014, es la que hubiera demandado una Ley Orgánica relativa a la Sucesión, pues no se puede obligar al Rey abdicante a la permanencia más allá del tiempo prudencial para completar el proceso sucesorio.

Por lo demás, y a salvo de imprevistos que el texto constitucional permite resolver por Ley Orgánica, la práctica ha puesto de manifiesto que el Título II CE ha sido suficiente para resolver esta circunstancia histórica sin el más mínimo daño a la

estabilidad de la Jefatura del Estado, precisamente en el peor momento de aceptación popular del Rey, desde 1978. La articulación del acto concreto a través de la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio deja clara la voluntad última del pueblo español a través de sus representantes, en pronunciarse sobre el cambio de esta magistratura simbólica. Ciertamente es (como se pone de manifiesto en la aportación del profesor Carrillo, y en esta realidad que vivimos en la que el monarca está, como exige una organización democrática, completamente desvestido de atribuciones efectivas) que formalmente el texto aprobado por las Cortes Generales y la sucesión de hechos presentada a la opinión pública, podría haber sido más atinada, resaltando lo que es una realidad: la aparición de la voluntad regia pero en los tiempos, condiciones y protagonismo que marca el Parlamento y el Presidente del Gobierno (que tiene la confianza del Congreso). En este caso, mi modesta opinión, discrepante con el Dr. Carrillo, es que el proceso no ha sido tan improvisado, siendo tan solo criticable en el mismo que la redacción de la norma que lo concreta haya subrayado el protagonismo del Rey abdicante más que el de las Cámaras. Vuelvo a coincidir, no obstante, en cuanto a la regulación precipitada del estatuto jurídico procesal de D. Juan Carlos: nos encontramos con un problema que demanda una reforma constitucional de más calado, que espero exponerles a ustedes en una publicación que verá la luz este año 2015.

Finalmente quisiera dejar constancia de la necesidad de entender La Corona simple y únicamente como forma de la Jefatura del Estado, en línea con lo que viene afirmando la mayor parte de la doctrina, interpretando el impreciso comienzo del art. 1.3 de nuestra Constitución: la forma política del Estado español no es la "forma de Gobierno". En el proceso constituyente se decidió sobre esta figura, reduciéndola a lo único que puede ser en un Estado Democrático: símbolo y ejecutor de actos debidos al servicio de los demás poderes y órganos.

Ante cualquier reforma que se promueva sobre esta magistratura constitucional, y durante su necesario debate social previo, el ciudadano (a fin de evitar malentendidos y falsas expectativas) debería tener presente que las diferencias de nuestra "república" con un Jefe de Estado denominado "Rey", y otras Repúblicas no presidencialistas, son de carácter formal, y no alteran (ni afectan, ni dificultan) la relación entre el pueblo y sus representantes. El debate sobre un cambio de la forma del Jefe del Estado, es a mi juicio irrelevante más allá de que unos prefieran un tipo de símbolos (Rey o Presidente, bandera e himno) y otros el contrario. Una u otra decisión nada va a influir en el gasto público, la garantía de nuestros derechos o la salida de las crisis cíclicas.

Bibliografía

- ARAGÓN REYES, M. (1990), *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Civitas, Madrid.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. (2003), *El Poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona* Senado, Madrid.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. (2014), *Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DE CARRERAS SERRA, F. (2003), "Tres notas sobre la monarquía parlamentaria", en ARAGÓN REYES, M. (Coord.), *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, vol. 2, pp. 875-896, Madrid.

- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J. (1998), *El refrendo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ROLLNERT LIERN, G. (2002), *La Jefatura del Estado: símbolo e integración política en la constitución vigente*, Minim Edicions, Valencia.
- TORRES DEL MORAL, A. (1991), *La Monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid.
- DE VEGA GARCÍA, P. (2002), “El poder moderador”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 7, pp. 215-238.
- VV.AA (2001), *La Monarquía Parlamentaria VII Jornadas de Derecho Parlamentario*, Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Núms.1 y 2, Congreso de los Diputados, Madrid.



Crítica de libro

En defensa de la República: Lecciones de Teoría Política Republicana,
Sergio Ortiz Leroux,
(2014), Ediciones Coyoacán, México, 208 pp.

Andrés de Francisco

Universidad Complutense de Madrid
adefrancisco@cps.ucm.es

El universo bibliográfico está lleno de libros inútiles, de libros prescindibles, olvidables. *En defensa de la República*, de Sergio Ortiz Leroux, no es ninguna de esas cosas. No lo es, en primer lugar, porque es un libro vivo, que plantea temas fundamentales, que intenta afrontarlos con afán constructivo, mirando de cara a los graves y reales problemas –numerosos problemas– del mundo contemporáneo. El profesor Ortiz Leroux –director de la revista *Andamios* de febrero de 2010 a febrero de 2013– no es un académico que se conforma con trabajar un tema para salvar el expediente con publicaciones eruditas. En su libro hay mucha lectura, mucha erudición, pero Sergio Ortiz es un intelectual comprometido y no se queda en eso. Por ello, su libro es crítico y a la vez propositivo. Palpita en cada una de sus páginas una profunda insatisfacción con las desigualdades y las injusticias sociales, con la desafección política, con la corrupción, con la mala calidad de nuestras democracias. Pero en ese palpito surgido del compromiso hay también siempre una propuesta que hacer, una orientación práctica. El libro es, además, reflexivo y –debo añadir– muy honesto. Aunque su defensa de la tradición republicana es firme y explícita, Ortiz mantiene en todo momento un diálogo con la tradición liberal, buscando la síntesis o cuando menos confiando en que una convergencia de las dos grandes tradiciones de pensamiento es siempre mejor que una combativa hostilidad entre ambas. Mejor que entablen diálogo, nutriéndose de sus respectivas fortalezas, antes que darse la espalda para reforzar sus respectivas debilidades. En ese diálogo está Sergio Ortiz. El libro tiene otra virtud adicional, tiene muchas, pero ésta no es menor: es breve. Ya saben: lo bueno, si breve... Y está además muy bien escrito. Es pues un placer, y una obligación, recomendarlo a todo el que se acerque a esta reseña.

Aunque *En defensa de la República* se nutre de escritos anteriores ya publicados, su “arquitectónica” es muy sólida y eficaz: Estado, sociedad civil, ciudadanía y democracia conforman el objeto de estudio de sus capítulos centrales. Esas son las patas de la mesa de operaciones sobre la que Sergio Ortiz disecciona –bisturí analítico en mano– los fundamentos de la tradición republicana, siempre en diálogo, como decía, con la liberal. Son cuatro conceptos centrales del pensamiento político. No hay manera de pensar la buena sociedad y el buen gobierno sin una teoría que los integre en su núcleo. Pero cada uno de esos conceptos designa

también un espacio en crisis de la realidad social y política contemporánea. El *Estado* está en crisis, porque ha sido colonizado por espurios intereses particulares, en especial los *moneyed interests*, tan concentrados en tan pocas manos en este capitalismo globalizado; la *sociedad civil* está en crisis, porque la *ciudadanía* se quiebra y fragmenta transida como está por asimetrías de poder, por exclusiones y desigualdades, en fin, por injusticias de todo color e índole; la *democracia*, para concluir, está en crisis, porque a la desafección política sigue la corrupción de las élites y la sub-representación de las capas más vulnerables de la población. Urge hacerse con un pensamiento renovado, y Ortiz se embarca en esa empresa fascinante de arquitectura intelectual. Urge un pensamiento renovado porque es preciso entrar en acción con un horizonte ético y político claro; es preciso que la sociedad civil despierte y exija, que conteste y dispute, que participe y alce la voz, para –ladrillo a ladrillo, derecho a derecho– levantar el edificio de una ciudadanía robusta donde se verifique el ideal republicano-democrático de la *aequa libertas* para todos los miembros del cuerpo social, sin exclusiones. Un edificio que hoy por hoy está en ruina, o amenaza ruina. Es preciso pues reconstruirlo. Y Ortiz, como otros muchos pensadores neorepublicanos contemporáneos, arrima el hombro con esta interesante aportación.

Pero los conceptos de Estado, sociedad civil, ciudadanía y democracia no sólo expresan referentes de crisis. Son además conceptos que no se pueden pensar al margen de los otros. No se puede pensar el Estado sin pensar la ciudadanía y la sociedad civil. No se puede pensar la democracia sin convocar al Estado a la reflexión. Y una democracia de calidad, fuerte –una *strong democracy*, por citar el libro ya clásico de Benjamin Barber (1984) – necesita de un Estado a la altura de esa demanda, musculado y socialmente orientado, así como de una sociedad civil activa y una robusta ciudadanía competente, informada y autoconsciente. No es casual que la democracia mínima liberal pida también un Estado mínimo y una sociedad civil de “diablos inteligentes” que maximizan haciendo uso de sus derechos de libertad negativamente protegida. El republicanismo democrático es bastante más exigente, como muy bien aclara el profesor Ortiz, a veces –también lo recuerda–, demasiado exigente.

Ahora bien –y ésta es mi primera observación crítica al libro de Ortiz–, a este cuarteto de conceptos centrales le falta un elemento no menos fundamental: la economía. Es verdad que Ortiz es politólogo y no economista; prueba de ello es el libro que coeditó en 2012, *Los vértigos de la política*, o su activa participación durante los años noventa en las revistas *La Brecha*, *Metapolítica* (de la que es fundador) o *Coyuntura*. Pero seguro que estará de acuerdo conmigo en que resulta perentorio pensar el tipo de sistema económico que encaje con los *desiderata* de la utopía republicana. Entre otras muchas razones, por ésta tan sencilla, a saber: la economía capitalista entra en permanente contradicción con el ideal republicano de buena sociedad y buen gobierno. El capitalismo, en efecto, socava todos y cada uno de los pilares sobre los que cabría sostener dicho modelo. Socava la democracia, porque genera oligarquías industrial-financieras con un poder tan desproporcionado y gigantesco como para doblegar a las mayorías ciudadanas y liquidar la soberanía de los pueblos; socava la economía emocional de la virtud y la cooperación, sustituyéndola por la patología de la competencia, la codicia y el consumismo vano; socava la igualdad cívica porque genera desigualdad de oportunidades y recursos, y aun polarización social; socava las bases materiales de la independencia personal, porque genera vulnerabilidad y precariedad en las clases trabajadoras. En fin, socava la ciudadanía, porque la quiebra, la divide, la segmenta. Como dice Guy Standing (2014), el capitalismo globalizado está generando una segunda *gran transformación*: la transformación de los ciudadanos –*citizens*– en meros residentes –*denizens*– sin apenas derechos. Tengo para mí que es imposible que una



democracia republicana –con un Estado y una sociedad civil reforzándose mutuamente– jamás será viable si no somos capaces de encontrar alternativas factibles al capitalismo, con mecanismos político-institucionales *desmercantilizadores*, diseñados para limitar la acumulabilidad y la enajenabilidad privadas de la riqueza y la propiedad, como propone el constitucionalista norteamericano, W.H. Simon (1991), y construir así sistemas social-republicanos de propiedad y modelos de desarrollo y crecimiento respetuosos con los derechos ciudadanos y humanos, que sean además compatibles con la preservación de la biodiversidad. Un reto enorme, sin duda.

Hay también un par de observaciones puntuales que quisiera hacer antes de concluir este comentario. La primera se refiere a la lectura que hace el profesor Ortiz de los *padres fundadores*, en concreto, de los federalistas americanos. Por decirlo rápidamente, los federalistas –al menos, a mi entender- no son liberales *avant la lettre*. Hamilton, más que Madison, representa el ala derecha del republicanismo ilustrado americano y desconfía, como el Madison de los *Federalist Papers*, de la democracia, porque para ellos democracia es gobierno de la chusma y sinónimo de anarquía. Su modelo de gobierno representativo es pues netamente oligárquico y elitista, pensado para el gobierno efectivo de los *selected few*. Pero, cuidado, eso no les compromete ni con una filosofía política protoliberal, ni mucho menos con el abandono de los principios clásicos de libertad política y virtud cívica, como afirma Sergio Ortiz (p.50). La virtud clásica es central en el pensamiento de estos grandes políticos, como lo es para el tronco principal –oligárquico y aristocratizante- del republicanismo clásico. Incluso posteriormente, en 1790-91, cuando Hamilton –ya distanciado de Madison- es secretario de Estado y escribe sus célebres informes al Congreso, sigue reivindicando la virtud como algo central en su manera de entender el buen gobierno. Hay que tener en cuenta que todos ellos –desde Madison a Adams, desde Hamilton a Jefferson– se socializaron en el canon clásico, como ya probó Carl J. Richard en su célebre y delicioso, *The Founders and the Classics* (1994). Son contramayoritarios y elitistas, pero firmes defensores de la libertad política y de la virtud cívica. Lo que ocurre es que algunos de ellos –Hamilton, muy especialmente- pretenden negársela o restringírsela al pueblo llano, al que consideran una masa fácil de manipular y presa de sus pasiones irracionales. Por eso, me extraña también que el profesor Ortiz –pp. 146 y 147- diga que el modelo republicano de democracia es un modelo, entre otras cosas, *mayoritario*. La verdad es que entre republicanismo y democracia ha habido siempre una fuerte tensión y la ha habido, precisamente, porque detrás de la regla de mayorías el tronco principal del republicanismo siempre vio –y con razón- un peligro de tiranía, de *tiranía de mayorías*, como luego diría Alexis de Tocqueville. Por eso el republicanismo, desde Aristóteles, buscó alguna forma de síntesis entre oligarquía y democracia, para evitar el faccionalismo tanto de la minoría rica como de la mayoría pobre. Y cualquier modelo de republicanismo democrático que se precie tiene que tomarse en serio esa reserva contramayoritaria de la propia tradición republicana. Pettit, por ejemplo, se la toma en serio y propone restricciones contramayoritarias para las cámaras deliberativas. Podemos estar o no de acuerdo con Pettit, pero lo que es difícil poner en duda es que entre la *calidad* de la deliberación y la *cantidad* de la participación hay una relación de proporcionalidad inversa: cuanto más gente participa en una asamblea menor es la calidad de la deliberación. El pensamiento democrático republicano –que favorece tanto la participación como la deliberación– tiene que asumir estos hechos y partir de ellos.

El libro se cierra con un capítulo excelente en el que, desde Maquiavelo, el profesor Ortiz analiza la crisis política del Estado mexicano. Un magnífico broche al libro que demuestra no sólo la enorme productividad hermenéutica que brinda la lectura de los clásicos, sobre todo si es una lectura inteligente como la de Sergio

Ortiz. Demuestra también, una vez más, que la erudición que practica el profesor Ortiz Leroux no es estéril, sino creativa, y que puede servir para construir fértiles marcos de análisis e interpretación de la realidad contemporánea. Aunque sea para demostrar lo muy alejada que está esa realidad –la mexicana, pero no sólo la mexicana- de los ideales y principios básicos de la justicia social republicana. Hoy por hoy, vivimos en un mundo dominado –ya casi hasta el absurdo- por los *grandi*. Si Maquiavelo levantara la cabeza..., ¡y también Marx!

Bibliografía

- BARBER, B. (1984), *Strong democracy*, University of California Press, Berkeley.
- ORTIZ, S., SERMEÑO, A. y MARCONE, J. (eds.) (2012), *Los vértigos de la política: una revisión desde la modernidad*, Ediciones Coyoacán, México.
- RICHARD, C. J. (1994), *The Founders and the Classics: Greece, Rome and the American Enlightenment*, Harvard University Press, Cambridge.
- SIMON, W. H. (1991), "Social-Republican Property", *University of California Law Review*, Núm. 38 (6), pp. 1335-1413.
- STANDING, G. (2014), *Precariado: una carta de derecho*, trad. Andrés De Francisco, Capitán Swing, Madrid.





Crítica de libro

En defensa de la República. Lecciones de Teoría Política Republicana,

Sergio Ortiz Leroux,
(2014), Ediciones Coyoacán, México, 208 pp.

Del ciudadano virtuoso al liberal salvaje: un viaje de vuelta*

Alejandro Sahuí

Universidad Autónoma de Campeche
alesahui@uacam.mx

En el mes de febrero de 2011 la Revista Nexos en México dio a conocer los resultados de un estudio denominado "*Sueños y aspiraciones de I@s mexican@s*". El título del artículo fue rotundo y claro: "El mexicano ahorita: Retrato de un liberal salvaje". En la publicación se daba cuenta de que el carácter del mexicano es profundamente individualista y de que no se tiene más apego o sentimiento de pertenencia que por la familia, fundamentalmente por la familia nuclear: "No existe más, si alguna vez existió, algo parecido a un sueño o aspiración común, un sueño mayoritario que comparta siquiera la mitad más uno de los mexicanos. Se diría que la unidad nacional ha volado en pedazos". De acuerdo con las conclusiones del estudio los mexicanos no reconocen "otro ethos que el del bienestar personal y familiar, ni otro derecho que el de resolver su vida con los medios a su alcance, perjudiquen éstos o no a su comunidad y a su nación". El estudio era relacionado por la Revista con el bicentenario de la independencia, y pretendía dar a conocer lo que habría ocurrido con el proyecto nacional en todos estos años después de su fundación.

No tengo mayores dudas de la seriedad del estudio mencionado, ni de sus conclusiones dramáticas. Mi percepción como mexicano tiende a coincidir con ellas. La sociedad está profundamente estratificada y las personas, sobre todo las nuevas generaciones asumen que no existen condiciones para lograr una movilidad social ascendente. Es decir, suelen dar por sentado que vivirán apenas igual, sino es que peor que sus padres. El repliegue hacia la vida privada y el entorno doméstico parece ser una consecuencia más o menos esperable de un espacio público excluyente y sin oportunidades. En contextos semejantes suelen ser las redes familiares e íntimas las que posibilitan la supervivencia de la gente pobre (Adler, 1993).

* El presente texto es resultado del Proyecto "Igualdad y calidad de la democracia: de las capacidades a los derechos" (CB 166870), financiado por el CONACYT a través del Fondo de Ciencia Básica, bajo la responsabilidad del autor.

El problema con ello, sin embargo, que ha sido alertado por el *Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe: Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad* (PNUD, 2010) es que la "ventana de aspiraciones" de la gente, lo que puedan pretender y demandar en cuanto a bienestar y derechos depende más del hogar que de la escuela o de otros contextos públicos, y por eso, expresamente el informe exhorta a pasar "del hogar a la *polis*". Por tanto, se requiere una democracia de ciudadanas y ciudadanos (PNUD, 2004). Sin embargo, el desencanto por la democracia que se puede constatar está asociado con la desigualdad y con la incapacidad que aquella ha demostrado para resolver los problemas que más aquejan a las personas, así como con la captura del Estado por parte de las élites económicas (Oxfam, 2014).

Además, la brecha social en México y América Latina, que es la región más desigual en el mundo, aunque no la más pobre, genera un fenómeno asociado con la pobreza y la marginalidad, pero que no es exactamente su equivalente en sus perniciosos efectos. Me refiero al tema de la exclusión, que es un tipo particular de pobreza que descalifica a las personas para merecer algún tipo de reciprocidad y apoyo social. En palabras de Larissa Adler: "Ni siquiera el parentesco cercano es capaz de sobreponerse a los obstáculos de un desnivel económico" (Adler, 1993: 221). O sea, la incapacidad de las personas más pobres de cooperar o reciprocitar en lo más mínimo provoca su aislamiento social, resultando en que los mecanismos endógenos de ayuda sean poco significativos. La pobreza de la que aquí se habla no es únicamente de bienes e ingreso sino sobre todo de las relaciones sociales (Escobar Latapí, 2005) (González de la Rocha, 2005).

Que cada quien, entonces, procure por cualquier medio llevar adelante sus vidas y las de sus familias parece una respuesta en lo inmediato bastante razonable. Aunque en el mediano y largo plazo resulte una pésima solución social, y esto se pueda verificar con relativa sencillez, difícilmente podrá ser corregido apelando de modo directo al carácter y virtudes de los individuos.

Estas circunstancias conceden una enorme actualidad al magnífico texto de Sergio Ortiz Leroux, *En defensa de la República. Lecciones de teoría política republicana* (2014). Creo al igual que Ortiz que propiciar la construcción y el fortalecimiento de un espacio público incluyente, donde haya de continuo diálogo y deliberación en torno a temas comunes –la *res publica* o cosa pública– es fundamental para realizar una democracia de calidad: libre –sin dominación– y efectiva –con bienestar–. Le concedo razón en que la situación actual, en México y en el mundo, muestra un retroceso de la vida pública y un abandono de la política, y que ello ha contribuido al crecimiento de poderes desbocados distintos al Estado. Luigi Ferrajoli, por ejemplo, los ha llamado "salvajes" –de nuevo el adjetivo– y ha propuesto un constitucionalismo de derecho privado bajo la égida de los derechos (Ferrajoli, 2011).

En lo que sigue quiero plantear, no obstante, unas pocas dudas e inquietudes en torno al libro. Estas dudas provienen, debo confesarlo, de mi posición doctrinal más cercana al liberalismo. Si se me permite además caracterizarlo, diría que al liberalismo político, no económico; y de tipo igualitario-progresista –de acuerdo con los términos empleados por Ortiz– cercano a John Rawls y Ronald Dworkin.

La primera cuestión que quisiera problematizar es la siguiente: en línea similar al artículo de Nexos, una de las intuiciones de *En defensa de la República* es que el liberalismo es hasta cierto punto responsable del presente estado de cosas. Un liberal puede ser más o menos "salvaje" según se adhiera a principios



neoliberales, liberistas o libertarios; incluso igualitaristas, pero parece haber, de acuerdo con el libro, defectos estructurales en esta corriente filosófico-política que se deben de manera principal a su carácter individualista:

“El liberalismo, no lo olvidemos, es una doctrina individualista tanto metodológica como axiológicamente. Desde esta perspectiva, es el hombre el que antecede a la sociedad y no la sociedad la que antecede al hombre. Su naturaleza, por tanto, no es política –como presupone Aristóteles con la imagen del *zoon politikon*– sino prepolítica, metapolítica o, en su caso, apolítica. Aquí las partes siempre anteceden y son cualitativamente superiores al todo (...) La actitud de ese ciudadano concreto frente a la esfera de la política en tanto que titular de derechos y de autonomía moral, es más bien negativa y defensiva” (Ortiz Leroux, 2014: 123).

No comparto que el individualismo metodológico o el axiológico autoricen a inferir que el hombre antecede a la sociedad; que su naturaleza sea de un específico y determinado modo en relación con la política –*pre*, *meta* o *a*–; ni tampoco que las "partes" antecedan o sean superiores al "todo". Todas estas afirmaciones son de carácter metafísico. En el lado liberal Rawls ha tratado de refutarlas mediante argumentos filosófico-prácticos, políticos stricto sensu. Sin que quepa desarrollarla en este lugar, baste decir que su propuesta se construye sobre el presupuesto de la pluralidad irreducible de valores de las sociedades modernas. Dado que en este tipo de sociedades no se puede presumir ni dar por sentado un acuerdo primario ni definitivo en torno a unos valores históricos concretos, se asume que la política debe dar cabida al mayor número posible de ellos. Consecuencia lógica de lo anterior es que se deba visibilizar "metodológica" y "axiológicamente" a los individuos, así en plural, como los últimos y elementales lugares de expresión de dichos valores.

Aquí conviene ser enfático: no se afirma que los individuos sean *per se* la fuente originaria de los valores, sino más bien que éstos solamente pueden ser tenidos por buenos *tras* la deliberación de todos y cada uno de los miembros del colectivo a quienes se pretenden imponer. Porque eventualmente el juicio de cualquiera puede ser determinante para echar por tierra algún valor compartido que no resulte suficientemente justificado. La negativa a esta posibilidad es por definición lo que convertiría a un régimen político en no-liberal y autoritario¹.

Creo que Ortiz estaría de acuerdo en que todas las personas han de tener la libertad o el derecho de oponerse a los valores promovidos por el régimen político que habitan sin ser criminalizadas o públicamente descalificadas, siendo suficiente que crean que están siendo dominadas u oprimidas. Asimismo, en que no es el mero hecho de disentir y no compartir los valores colectivos lo que convierte a las personas en apáticas, egoístas o cínicas. En la medida en que estos adjetivos sólo pueden ser derivados de la calidad de las razones que se aporten durante el debate público, es una condición que dichas razones deban al menos ser escuchadas sin pre-juicios ideológicos². De hecho, lo que sostengo es que la resonancia del mayor

¹ A este respecto me sirve la referencia a Lorenzo Meyer (1995), quien observa en *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, lo siguiente: "Suponer, como sugiere el título de este texto, que puede haber un *liberalismo autoritario* es simplemente un juego de palabras que busca subrayar una de las muchas paradojas con que se topa el observador de la realidad política en cualquier lugar y tiempo, pues el liberalismo nació precisamente como reacción contra el absolutismo, contra el autoritarismo de los monarcas europeos" (p. 15). Poco más adelante añade: "Pero hay más. El liberalismo moderno, además de ser democrático, también exige límites a la concentración del poder económico en manos privadas, pues la experiencia ha mostrado que este poder puede ser tan dañino para la libertad individual y el pluralismo como el autoritarismo gubernamental" (pp. 18-19).

² Creo que lleva razón Luis Villoro cuando califica como ideológicas a las creencias o valores no tanto en razón de su contenido de verdad o justicia, sino más bien en atención a la función social que cumplen; así como a la disposición de sus mantenedores de justificarlas o no. En cuanto a tal función social, las ideologías pueden ser reiterativas, cuando desempeñan la tarea de mantener las prácticas,

número de razones, de las más diversas y plurales, y no su contrario, lo que sería síntoma de una mayor vitalidad y fuerza de la *res publica*. Imagino que a esto se refiere la noción de "disputabilidad" asociada a la democracia: las minorías gobernantes –pero tampoco las mayorías hegemónicas, agregaría– han de poder hablar a nombre del pueblo. Debe haber "la permanente posibilidad de *disputar* las decisiones del gobierno" (Ortiz Leroux, 2014: 155).

Cuando el espacio público recibe las voces y pretensiones más disímiles como Ortiz propone no se puede iniciar el diálogo pre-juzgando las razones que aportan quienes no comparten nuestros ideales de *res publica*. Es cierto que concurren en la vida política un sinnúmero de intereses particulares y facciosos, de comportamientos inciviles, de gente sin ningún interés cooperativo de reciprocidad o solidaridad, pero desgraciadamente todo esto tiene que ser discernido durante la conversación pública; no antes. La buena política pierde cuando atribuimos a priori intereses mezquinos a nuestros interlocutores, mientras que damos por descontada la corrección y bondad de los propios. El asunto es bastante complejo en realidad.

Ortiz sostiene con toda razón que una democracia sin ciudadanía sería todo menos una democracia. Llama a activar y legitimar a múltiples grupos sociales e identidades: obreros, campesinos, colonos, comerciantes, pescadores, consumidores, ecologistas, pacifistas, feministas, toxicómanos, objetores de conciencia, homosexuales, bisexuales, transexuales, transgéneros, etc. (p. 139). Sin embargo, a poco que se mire, se podría constatar que no siempre hay unidad en las demandas de estos grupos. De hecho, es bien fácil anticipar conflictos entre campesinos, pescadores y ecologistas, por ejemplo³. Al interior del colectivo LGBTI, habiendo sido visibilizadas sus demandas aparecen fracturas y se manifiestan también mecanismos de exclusión en dichas identidades que hasta hace poco se presumían homogéneas⁴. No existe tampoco plena coherencia en el movimiento feminista⁵. Los casos se pueden multiplicar y, fijémonos bien, habiendo sólo mencionado a grupos "de los buenos". Si agregamos –como es debido– a los empresarios pequeños, medianos y grandes; burócratas; asociaciones religiosas de cualquier denominación; pueblos y comunidades indígenas; organizaciones pro-vida o por la decencia pública; anarquistas y rebeldes radicales; entre tantos otros, surge

relaciones y estructuras de poder actuales; o pueden ser disruptivas, cuando buscan por el contrario su subversión, cambio o transformación. En relación a la cuestión de la justificación, son ideológicas las creencias, con independencia de su grado de verdad, cuando desde un punto de vista epistémico su justificación es pobre e insuficiente. Dice: "Este concepto de ideología es una síntesis de un concepto sociológico (creencias que cumplen una función social) y un concepto gnoseológico (creencias insuficientemente justificadas). Gracias a esa síntesis, tiene un valor teórico irremplazable por otros conceptos: permite explicar una forma de creencias erróneas, por la función social que de hecho cumplen. (...) El concepto estricto de ideología permite así cernir una forma especial de falsedad, ligada a la estructura de dominación" (VILLORO, 1997: 186). Esta idea está presente ya en Villoro (1985).

³ Basta echar un vistazo al formidable trabajo de la premio nobel en economía Elinor Ostrom (2011) para percatarse de las dificultades de lograr acuerdos cooperativos sustentables, incluso al interior de grupos que en apariencia debían tener intereses idénticos.

⁴ En diciembre de 2013, en el marco del I Congreso Internacional "Masculinidades: perspectivas teóricas e implicaciones normativas" celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, tuve la oportunidad de escuchar una denuncia por discriminación realizada por el colectivo homosexual conocido como los "osos", contra el colectivo aparentemente genérico de los homosexuales: los "gais". Los "osos" son homosexuales de cuerpo fornido y abundante vello facial o corporal, cuya apariencia por tanto no corresponde a la del estereotipo del homosexual afeminado. Se expresaron denuncias de las lesbianas también en contra de los gais. Más tarde he podido conocer de la discriminación de algunos homosexuales contra personas travestis, transexuales, transgénero o comunidad queer, calificadas como "locas".

⁵ Existen interpretaciones multi o transculturales del feminismo; verbigracia, las realizadas por las comunidades indígenas y pueblos islámicos, que tienden a ser descalificados por ciertos feminismos radicales de occidente.



otra vez el problema de diseñar mecanismos para tomar decisiones vinculantes y legítimas en medio de tanta pluralidad.

Algunos ejemplos del libro pueden ilustrar estas dificultades. El tema de los impuestos, no cabe duda, es uno de los más sensibles en la elaboración del debate público. No sé en las discusiones reales quiénes se opongan a su existencia y propongan su abolición total, como habría propuesto Robert Nozick (1988). La discusión más bien tiende a centrarse en el establecimiento de sus límites. Por supuesto, dónde y cómo se argumente que hayan de ser fijados dichos límites define el talante de los ciudadanos. Pero si se mira de cerca, no es solamente el monto de los impuestos que se está dispuesto a pagar lo que convierte a uno en conservador o progresista, sino que cuenta también la clase o tipo de impuestos que deban pagarse; si éstos gravan renta, riqueza o consumo; las áreas económicas que incentivan y las que resultan más afectadas; o el destino y administración eficiente de los mismos⁶.

Otro ejemplo es el servicio militar: "Para un republicano de diferente naturaleza, el servicio militar debe ser obligatorio. Todo ciudadano en pleno uso de sus facultades físicas y psíquicas debe realizarlo. No hay pretexto. (...) incluso sacrificando su propia vida (...) no tienen opción de elegir". Defender la república, no es exclusivamente una obligación sino "una gesta honorable" y tal vez sea "el más alto honor al que puede aspirar un ciudadano" (Ortiz Leroux, 2014: 132). Un liberal en cambio "no está cruzado por lealtades absolutas sino relativas"; y creería que el servicio militar no puede ser obligatorio sino voluntario (p. 133). Como en el caso de los impuestos, las posiciones actuales sobre el tema no son tan adversas, pero tampoco son así de maniqueas. Se puede tener lealtades absolutas hacia la república, y creer que servirla es obligatorio, pero rechazar que sean las armas el mejor modo de defenderla. No hay contradicción alguna en ello. En algunos países que admiten la objeción de conciencia en relación con el servicio militar, sustituyen éste por otro deber social. Es difícil sostener que sea el ejército el lugar de mayor virtud cívica. Además, hay evidencia en muchos países de que los ejércitos son empleados para combatir la protesta social; no necesariamente para "gestas heroicas". Un republicano auténtico debería poder juzgar todos estos asuntos.

O la libertad de expresión cuando se ejerce por grupos de interés o de presión, como las televisoras y radiodifusoras. Se dice que los liberales la afirman como si fuera ilimitada y "sagrada", pero esos grupos "recurren a la mentira, el doble sentido, la diatriba o el insulto personal". Esto suele generar confrontación, linchamiento público, afirmación de intereses facciosos y conflictos (p.131). Contra el espacio público deteriorado, se manifiesta en el libro que ha surgido por fortuna un activismo cibernético en las redes sociales de internet que llenan los vacíos generados por las grandes corporaciones mediáticas y monopólicas⁷ (p. 161). Pero otra vez el diagnóstico y las soluciones resultan paradójicas. Cass Sunstein, por ejemplo, no deja de reconocer las ventajas de las redes, pero demuestra la polarización, fragmentación y privatización del espacio público virtual (Sunstein,

⁶ En México, tal vez el "liberalismo salvaje" mencionado al inicio del artículo se explique bien por la desconfianza que suscita la corrupción e ineficiencia del aparato estatal. Sobre el tema merece la pena ver el reporte denominado *Gobernabilidad democrática en México: más allá de la captura del Estado y la polarización social* (BANCO MUNDIAL, 2007). Asimismo, el *Informe sobre Desarrollo Humano México 2011. Equidad del gasto público: derechos sociales universales con subsidios focalizados* (PNUD, 2011).

⁷ La cuestión de los monopolios no tiene que ver directamente con la libertad de expresión, y es criticada por cualquier liberal, incluso por el liberalismo económico -en su variante doctrinal, por supuesto. La razón es fácil de deducir, por definición un monopolio no permite el ejercicio de las libertades económicas. Que sean un poder de facto, salvaje, que tendríamos que domesticar, no me queda la menor duda.

2003). Cómo ha de determinarse el alcance del derecho a la libertad de expresión no es algo que se pueda deducir automáticamente del hecho de ser una empresa televisora grande o, por el contrario, un activista cibernético entusiasmado⁸. La "salud" de la república requiere información objetiva, intercambio de ideas, deliberación incluyente, responsabilidad, etc. A raíz del 11S, en todo caso, quizás la mayor amenaza en contra de las redes sociales y el internet provenga del Estado y el discurso relativo a la seguridad nacional. No siempre está claro si esta idea equivale a la seguridad de la "república", ya que bajo el mismo paraguas se pretende incluir el resguardo contra las amenazas del terrorismo, pero también esconder información públicamente relevante, o ciertas acciones ilegítimas de los Estados como las expuestas por WikiLeaks.

Por último se podría mencionar el caso del voto, que para el republicanismo no es sólo un derecho sino además una obligación. Tal vez quien no vota no sea únicamente aquél que "prefiera quedarse en casa viendo caricaturas o telenovelas en la televisión, en vez de asistir a cuidar la casilla electoral o votar en la casilla de la esquina de su domicilio" (Ortiz Leroux, 2014: 135). Existen modalidades de participación política distintas al voto⁹. Se puede o no estar de acuerdo en el abstencionismo como una forma de posicionamiento político frente a un sistema de partidos corrupto, pero no se puede afirmar que aquélla equivalga a quedarse en casa viendo la televisión. Desde otra perspectiva, si se piensa en pueblos y comunidades indígenas, verbigracia, éstos han alegado y la Constitución ha reconocido su derecho a elegir a sus autoridades con base en sus propias normas y costumbres, bajo formas diferentes al voto secreto.

No quiero ser malentendido al traer a cuento estos ejemplos, ni mucho menos simplificar los sólidos argumentos de Ortiz. Expresamente el libro recurre a ellos con el propósito de señalar las tensiones entre derechos y participación como serios dilemas de la ciudadanía moderna. Es decir, se está plenamente consciente de todas estas dificultades y se pretende hallar el punto de equilibrio entre los derechos del individuo liberal y los deberes cívicos del ciudadano republicano: "Ni la república puede ser sacrificada en el altar de los intereses del individuo privatista; ni los derechos del individuo pueden ser sacrificados en el altar de la república libre" (p. 105). Pero quiero ganar puntos para el liberalismo enfatizándolas, y tratando de mostrar por qué merece la pena garantizar primero la expresión del disenso, principalmente el de los grupos en desventaja social; pero también el de cualquiera, aunque nos choquen a priori sus puntos de vista.

Con esto regreso al tema de la disputabilidad de la democracia. Para Ortiz la idea de participación es el elemento distintivo de la ciudadanía en clave republicana. Pero la razón de ello es porque, en principio, la participación se asocia a la noción de libertad entendida como no dominación y soberanía de las leyes. Se insiste en que uno es libre *por, gracias o a través* de las leyes y no *a su pesar* (p. 126).

⁸ Sería ingenuo pensar que los grandes poderes no están ocurriendo ya a las redes sociales para el direccionamiento de la opinión pública, como también creer que las respuestas institucionales inmediatas a ciertos escándalos o tópicos de las redes están transformando profundamente las estructuras del poder reales.

⁹ Albert O. Hirschman por ejemplo, ha observado que el sufragio universal, al mismo tiempo que ha abierto el espectro de participación a todos los individuos, al establecer el voto como "la" forma de expresión de los intereses y de la opinión pública "*priva de legitimidad* a otras formas de acción política más directas, intensas y 'expresivas', las que son a la vez más eficaces y satisfactorias". Agrega que históricamente, en el debate acerca de la implementación o no de dicho sufragio, muchos grupos conservadores la apoyaron, pero tuvo el rechazo de varios personajes progresistas (HIRSCHMAN, 1986: 124-133).



No obstante, la participación vista como derecho constitutivo de la ciudadanía puede ser concebida en términos institucionales de manera diversa. Por ejemplo, Jeremy Waldron (2005) prioriza también la participación y soberanía de las leyes, argumentando que el principio de mayorías mediante el que se crean dichas leyes maximiza la participación que se pueda esperar en una sociedad. La participación es "el derecho de los derechos". En su planteamiento Waldron dirige sus baterías contra el control judicial de las leyes a partir de un catálogo fijo de derechos humanos, porque esto iría en contra de la soberanía popular. Dicho de manera simple, privilegia el papel del parlamento por encima de los tribunales en cuanto a la determinación del alcance de los derechos humanos. El enfoque no resulta, para nada, contraintuitivo. Parece que es razonable entender la participación democrática en su sentido más coloquial, como la intervención directa o inmediata que uno pueda tener en el proceso colectivo de toma de decisiones y elaboración de las leyes. Éstas, a su vez, han de ser decididas con base en el criterio de mayorías. Waldron cree que no sería coherente defender una concepción fuerte de libertad y dignidad de los individuos, para después reemplazar a éstos por un cuerpo de expertos que tomen las decisiones.

Confía en que cualquier persona que manifieste un desacuerdo sobre algún derecho en la esfera pública, ejercitando su libertad de participación, podría conjuntar en su favor las opiniones de sus conciudadanos y modificar sus creencias. No obstante, aunque ésta es una posibilidad que no debe descartarse, cabe anticipar dificultades para que los grupos desaventajados y discriminados sean capaces de atraerse la voluntad mayoritaria.

En cambio, con presupuestos semejantes a Waldron en cuanto a la importancia del ideal de la participación, pero desde una óptica más liberal de derechos, quienes como Ronald Dworkin defienden el control judicial de las leyes, supondrían tal vez que la participación efectiva de una persona como ciudadano pueda ser apuntalada en sede judicial. Es decir, la participación no tendría por qué considerarse limitada a lo que se pueda obtener en el escenario de la competencia por votos. Es éste el sentido propio de la expresión de que los derechos humanos son *triumfos políticos* en manos de los individuos:

“Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no se justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o perjuicio” (Dworkin, 2002, p. 37).

Del mismo lado de los defensores de los tribunales y del control judicial de las leyes, Robert Alexy ha expresado ciertas ventajas que darían los tribunales en comparación con el proceso político:

“Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal–, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual” (Alexy, 2009: 36).

Algunos autores han calificado estas instancias de diálogo entre los poderes públicos como formas de democracia *deliberativa*¹⁰. Desde mi punto de vista, a ella resuena la idea de democracia *disputable* o *contestataria* defendida en el texto siguiendo a Philip Pettit. En ninguna sociedad la gente estará deliberando y decidiendo todo y a todas horas. Sin embargo, lo que siempre han de tener a su

¹⁰ Sobre el particular puede verse Leonardo García Jaramillo (coord.), *La democracia deliberativa a debate*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011.

alcance es la oportunidad procesal de disputar cualquier norma o decisión pública vinculante en un medio apto y propicio para el intercambio libre de las razones –que no tiene que ser forzosamente el poder judicial, pero sí mediante un procedimiento que no se limite a contar manos levantadas. O bien, frente a la democracia representativa predominante, considerar la inclusión de formas alternas de participación y control popular (Ortiz Leroux, 2014: 165).

Ortiz reconoce que el republicanismo reivindica ciertas instituciones contramayoritarias como las "cartas de derechos" –que Waldron objeta–; ciertas restricciones constitucionales a las leyes; o la división bicameral del Parlamento.

Estas cuestiones me llevan a una última reflexión sobre el texto. Me refiero a la noción de "gobierno mixto" que aparece como categoría central del republicanismo. Dicha noción me causa cierta perplejidad como aparece descrita. De manera recurrente Ortiz critica a las sociedades liberales porque los intereses que se manifiestan en el espacio público son privados, egoístas y facciosos; las acciones de las personas con las que guían su trato hacia los demás son estratégicas y pretenden la maximización de la propia utilidad. Frente a este tipo de sociedades, el modelo de la sociedad civil republicana está marcado por un sentido de identidad, lealtad y solidaridad, más allá de lo individualista, pero también de lo orgánico (dado comúnmente por la etnia, raza, clase, nación)¹¹, ya que sus lazos serían estrictamente políticos.

Sin embargo, la forma mixta de gobierno asume en realidad como presupuesto de fondo un modelo de sociedad bien distinta a la republicana así caracterizada. Esto significa que en lugar de tomar como imagen de sociedad civil una que esté organizada alrededor del consenso sobre la identidad, lealtad y solidaridad; parte de que existe un conflicto de intereses apreciado como insalvable entre los pocos y los muchos; entre ricos y pobres. Esta idea es defendida desde Aristóteles al hablar de la constitución de Esparta que logra la estabilidad y equilibrio entre monarquía, oligarquía y democracia (p. 33). Está presente también en la interpretación que se hace de Maquiavelo, que muestra los conflictos entre los nobles y la plebe, y considera que tales conflictos son un factor de integración política antes que de desintegración: "el conflicto entre las clases sociales (es) el fundamento clave de la libertad política". La razón de ello es que siempre habrán dos tipos de intereses antagónicos: el de los "grandes" de oprimir y dominar, y el de los "pequeños" o el pueblo de no ser oprimido ni dominado (p. 37).

Si esto es así, entonces no son las virtudes ni los intereses comunes los que aseguran la libertad política, sino algo mucho más prosaico: el miedo a los otros. Mientras que la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial se apoya en un criterio funcional relativo a las distintas atribuciones del Estado, la noción de gobierno mixto trata de la contención y equilibrio entre los intereses sociales en pugna, en el fondo irreconciliables (p. 75). En cualquier caso esta solución no resulta del todo congruente con la crítica lanzada contra *Los Federalistas*, por centrar sus energías en la "ingeniería constitucional" y por poner las leyes y las instituciones "y no las cualidades cívicas de los ciudadanos" como los medios de asegurar la existencia y durabilidad de las repúblicas¹².

¹¹ Esto lo distingue del comunitarismo. No ahondaré en este punto porque el "enemigo" primario del texto parece ser el modelo liberal.

¹² Dice Ortiz: "El problema, en todo caso, consiste en evaluar si las reformas llevadas a cabo por el republicanismo de Hamilton, Madison y Jay significan o no una ruptura profunda con la tradición histórica de la república y si, por tanto, después de esa evaluación podemos seguir considerando a los autores *federalistas* como integrantes con plenos derechos de la familia republicana". En contra de estos autores menciona el caso de otros que no tomaron distancia de los principios básicos del



Creo, por supuesto, que es sumamente útil pensar la organización de las instituciones del Estado identificando a los poderes reales de una sociedad, y denunciando sus intereses facciosos y excluyentes. Es cierto también que el liberalismo comúnmente no habla con estos tonos, dando la impresión falsa de que no hay diferenciales de poder ni medios de opresión sociales entre personas y grupos, distintos del poder público. Pero, otra vez, la identificación de los enemigos de la república no resulta sencilla y se simplifica demasiado la realidad, con poco provecho práctico, cuando se clasifica a priori a los grandes como pocos y malos, y a los pequeños como muchos y buenos. No resulta muy útil tampoco asimilar cualquier interés particular de un grupo con un interés egoísta o excluyente. Eso depende de si al pretender su realización, por ese solo hecho, priva a los demás de lograr la satisfacción de un interés semejante o de otro interés particular válido. La experiencia de las luchas políticas de las minorías, pero también de las mayorías excluidas, enseña lo anterior.

Estoy convencido que la república aguanta las "extravagancias" cuando no se acometen a expensas de los demás. Sostengo que, en cierta forma, ser liberal demanda invertir las cargas de la argumentación y promover que sean los órganos que son sede del poder político quienes estén obligados a justificar el rechazo a las más plurales pretensiones de las personas, incluidas las más estafalarias e inverosímiles.

Bibliografía

- ADLER DE LOMNITZ, L. (1993), *Cómo sobreviven los marginados*, Siglo XXI, México.
- ALEXY, R. (2009), "Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 31-47.
- BANCO MUNDIAL (2007), *Gobernabilidad democrática en México: más allá de la captura del Estado y la polarización social*, México.
- DWORKIN, R. (2002), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- ESCOBAR LATAPÍ, A. (2005), "El valor de la comunidad" en SZÉKELY, M. (coord.), *Desmitificación y nuevos mitos sobre la pobreza*, Miguel Ángel Porrúa, México, pp. 253-287.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.) (2011), *La democracia deliberativa a debate*, Universidad EAFIT, Medellín.
- GONZÁLEZ DE LA ROCHA, M. (2005), "Nuevas facetas del aislamiento social: un acercamiento etnográfico" SZÉKELY, M. (coord.), *Desmitificación y nuevos mitos sobre la pobreza*, Miguel Ángel Porrúa, México, pp. 399-478.
- HIRSCHMAN, A. (1986), *Interés privado y acción pública*, Fondo de Cultura Económica, México.
- MEYER, L. (1995), *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, Océano, México.
- NOZICK, R. (1988), *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ORTIZ LEROUX, S. (2014), *En defensa de la República. Lecciones de teoría política republicana*, Ediciones Coyoacán, México.
- OSTROM, E. (2011), *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, Fondo de Cultura Económica, México.

republicanismo clásico; verbigracia Thomas Jefferson, "quien en su defensa de las virtudes cívicas se preocupó por asegurar el establecimiento de un tipo particular de organización económica, funcional al surgimiento de tales virtudes (...) un modelo de república agraria" (Ortiz Leroux, p. 46).



- OXFAM (2014), *Gobernar para las élites. Secuestro democrático y desigualdad económica*.
- PNUD (2004), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Aguilar/Altea/Taurus/Alfaguara, Buenos Aires.
- PNUD (2011), *Informe sobre Desarrollo Humano México 2011. Equidad del gasto público: derechos sociales universales con subsidios focalizados*, México.
- SUNSTEIN, C. R. (2003), *Republica.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Barcelona.
- VILLORO, L. (1985), *El concepto de ideología y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, México.
- VILLORO, L. (1997), *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, Fondo de Cultura Económica, México.



Respuesta a Andrés de Francisco y Alejandro Sahuí

En defensa de la República. Lecciones de Teoría Política Republicana,

Sergio Ortiz Leroux,
(2014), Ediciones Coyoacán, México, 208 pp.

Sergio Ortiz Leroux

Universidad Autónoma de la Ciudad de México
ortizleroux@hotmail.com

Quiero comenzar, en primer lugar, agradeciendo sinceramente la generosa – y no sé si merecida– iniciativa del profesor José María Sauca, director de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, de abrir las puertas de la subsección *Book Fórum* a la discusión de mi reciente libro: *En defensa de la República. Lecciones de teoría política republicana*. Cuando uno se arriesga a sacar a la luz pública algunas de sus preocupaciones, pasiones y, ¿por qué no?, obsesiones y manías intelectuales, siempre queda la duda de si existirá en el universo de los potenciales lectores algunos, o ya siquiera alguno, que reciba la estafeta. Por fortuna, y para mi grata sorpresa, el libro en cuestión ha encontrado lectores de los buenos, vale decir colegas y amigos que hicieron de ese “oscuro objeto del deseo”, parafraseando al gran Luis Buñuel, el mejor pretexto para reflexionar y discutir sobre nuestros problemas comunes, sobre el diagnóstico y pronóstico de las crisis compartidas, sobre la posibilidad de encontrar algunas coincidencias en nuestras no pocas diferencias. Por ello quiero agradecer, en segundo lugar, la generosa, cálida y viva lectura que han hecho de mi libro Andrés de Francisco, profesor titular en la Universidad Complutense de Madrid, y Alejandro Sahuí, profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Campeche. No podía hacerse mejor elección. De Francisco, un republicano de cepa que no le da la espalda a los argumentos liberales, y Sahuí, un confeso liberal que no teme coquetear con el republicanismo para poner en tela de juicio algunas de sus propias ideas. El resultado de semejante convite es un diálogo abierto y lúcido en el que no siempre me reconozco en los elogios (¡¡¡Goya, goya... cachún, cachún, ra, ra...!!!), pero que acepto de buena gana dado que me permite matizar y/o perfeccionar algunos de mis argumentos y al mismo tiempo corregir aquellos que no pude o no puedo domesticar dado que las emociones, a veces –aunque más frecuentemente–, se desbordan.

Para no extraviarme en el intento, prefiero enumerar algunas reacciones a los comentarios y críticas de mis críticos:

1. Andrés de Francisco pone en el centro, entre otras cosas, en un tema que me ha dado muchas vueltas en la cabeza desde hace algunos años: el problema del “intelectual comprometido”. ¿Comprometido con qué? En la vieja escuela militante de izquierdas, el compromiso con el Partido, las masas o el movimiento, con el programa mínimo o máximo, con las verdades eternas y reveladas, con la superioridad moral que no requería evidencia empírica, parecía que no admitía cuestionamiento alguno. Fuera de ese compromiso, el intelectual despertaba al día siguiente convertido no en una cucaracha sino en un simple diletante. Años más tarde, liquidez y fugacidad de por medio, el intelectual mediático parece que ha mutado hacia un analista profesional, imparcial y objetivo que, como los gatos, siempre cae parado, porque las cosas pueden ser vistas, obviamente, desde dos o más caras. La nostalgia del compromiso es parte, como dice el profeta azteca Juan Gabriel, de aquello que se nos fue con la caída de los muros propios y ajenos. Entre ambos extremos, sigo pensando que la figura del intelectual puede y debe comprometerse con sus ideas, con su visión particular del mundo, con las cosas públicas que le arrancan una sonrisa y también que lo ponen al borde de un ataque de nervios o de llanto. Compromiso que tiene que defender de manera pública, abierta, honesta y no dogmática, pues nadie puede asumirse como “El” o “La” profeta poseedor/a de la última palabra. Ese compromiso, en especial con la defensa de la República, como bien advierte De Francisco en su comentario, quise compartirlo con mis lectores. Nunca lo oculté ni lo barnicé, pues en honor a la verdad nunca me han simpatizado demasiado aquellos personajes posmodernos o pos-(¿quién sabe qué?) que les encanta cruzar el pantano sin mojarse las alas. En todo caso, depende de los lectores si comparten o no ese compromiso explícito.

2. Tiene razón Andrés de Francisco. A los conceptos centrales del libro (Estado, sociedad civil, ciudadanía, democracia, virtudes cívicas, etcétera) les hace falta un elemento no menos central: la economía. No hay República digna de ese nombre sin un sistema económico acorde con la libertad como no dominación y la igualdad cívica. Entre el capitalismo salvaje de hoy y la República aparecen no pocas fronteras insalvables que no son claramente retratadas en el libro. Ahora bien, en descarga de mi propio descuido quiero señalar que éste no es gratuito ni fortuito, sino obedece a “razones” –sospecho que estrictamente personales– que quisiera compartir con ustedes. Por una parte, mi formación como politólogo me lleva comúnmente a suponer que la economía es política o no es, es decir, que la definición de los fines de la sociedad es propiamente política, y que la economía, en todo caso, es el medio o instrumento del que se vale la política para materializar esos fines que previamente definió políticamente una sociedad; por la otra, debo confesar mis temores y no pocos miedos a la hora de medirme con la economía que se practica comúnmente hoy en día en nuestras universidades, la que se me revela como una ciencia abstracta e ininteligible, propia de especialistas, donde figuras como el Estado, la sociedad civil o el ciudadano parecen brillar por su ausencia. Economía que solo los economistas profesionales comprenden. Seguramente el problema es mío y no de la economía que se enseña como quesadillas en el comal en nuestras universidades. Prometo en el futuro hacerme cargo de este vacío no menor si es que no quiero dejar “coja” a la República.

3. Entre República y democracia hay una relación singular marcada por fuertes tensiones, como bien advierte el profesor De Francisco. El republicanismo clásico de la Grecia y la Roma antiguas defendía un modelo de Estado, en este caso la República, distinto a la democracia. La diferencia entre República y democracia descansaba en que la primera era, esencialmente, una forma de gobierno mixto o compuesto –que reunía lo mejor de la monarquía, la aristocracia y la democracia–, sustentada en la soberanía de la ley; mientras que la segunda era una forma simple y desviada de gobierno, pues los pobres o las mayorías



gobernaban en su propio interés y no en razón del interés común. En los tiempos modernos, el vínculo entre la República y la democracia sufre transformaciones importantes. Después de la Revolución francesa, los términos República y democracia tienden a ser confundidos, ya que la República moderna supone el reconocimiento del principio de ciudadanía, es decir, la llamada “igual libertad” (*aequa libertas*), no solamente para los pocos (aristocracia), sino también y sobre todo para los muchos, es decir, el pueblo pobre libre (democracia). ¿Por qué le provoca a De Francisco extrañeza el modelo republicano de democracia que sostengo en el capítulo V: “Democracia liberal y democracia republicana...”? Porque en algún lugar sostengo que éste es “mayoritario”. ¿Tiene razón en su extrañamiento? Sí y no. Me explico. En el sentido clásico de la palabra, es decir, en Aristóteles y Cicerón, la República era identificada con el gobierno mixto, vale decir, con una forma de gobierno compuesta que evitara, como bien advierte el profesor De Francisco, tanto la tiranía de la minoría (oligarquía) como la de la mayoría (democracia). En el sentido moderno de la palabra, luego de la irrupción de la Revolución francesa, República y democracia son identificados como conceptos y/o ideales casi idénticos: ambos defienden la soberanía de los muchos o, si se quiere, de la mayoría en la cosa pública. El republicanismo radical de Robespierre no hace suyo el tema de la tiranía de las mayorías. En todo caso, es un republicano liberal o un liberal republicano como Tocqueville —el orden de los factores, me parece, no altera el producto— quien advierte, siguiendo a Aristóteles y a Cicerón, los peligros de la sociedad democrática, que no son otros que la tiranía de las mayorías. ¿Qué republicanismo me simpatiza más: el de Robespierre o el de Tocqueville? Sin pretender ser demasiado ambiguo, respondería que ambos. De Robespierre retomaría el impulso de la llamada “igual libertad” (*aequa libertas*) como condición de posibilidad de una noción integral de ciudadanía moderna como recupere simultáneamente su dimensión civil, política y social; pero de Tocqueville rescataría la preocupación de que esa mayoría de ciudadanos tuviera como contrapeso la fuerza de las leyes y el equilibrio constitucional entre mayorías y minorías, para así evitar las tentaciones tiránicas o totalitarias que seducen comúnmente a ciertas mayorías que se asumen, sin prueba de por medio, como encarnación del bien o como realización de la sustancia de la historia.

4. Los comentarios de Alejandro Sahuí me colocan en otra plataforma intelectual. A diferencia de Andrés de Francisco, quien desde hace varios años ha elegido el republicanismo como el marco conceptual desde el cual *mirar* intencionalmente la realidad política y social, Sahuí dirige su crítica a mi libro desde el flanco liberal. Su liberalismo político o, más bien, su liberalismo igualitario no es opuesto, obviamente, al republicanismo democrático que pretendo defender sino en muchos sentidos puede resultar no solamente compatible sino también complementario. Sospecho, pero es simplemente una sospecha, que nuestras coincidencias son mayores que nuestras discrepancias. En todo caso, existen diferencias de matiz en uno u otro punto en particular que no ponen en tela de juicio visiones de conjunto y preocupaciones comunes de la vida pública. Ni Sahuí es contrario a todo republicanismo ni yo, ¡válgame Dios!, soy adversario de cualquier liberalismo. En cuanto al carácter *individualista* del liberalismo, el profesor Sahuí tiene razón, en principio, al afirmar que la representación individualista que sostengo del liberalismo en alguna parte del libro es “metafísica” y que puede ser refutada, por ejemplo, mediante los argumentos filosófico-prácticos, *políticos y no metafísicos*, de Rawls, quien visibiliza a los individuos como los últimos y elementales lugares de expresión de la pluralidad irreductible de valores de las sociedades modernas. Sin embargo, debo detallar ahora (dado que no hice la precisión correspondiente en el libro que nos ocupa), que en aquel párrafo me refería no a cualquier tipo de individualismo, sino especialmente al individualismo de corte *privatista*, aquel que nació en el seno de ciertos estudios económicos, y que predomina actualmente en

cierta concepción pragmática de la ciencia, que asume como punto de partida para analizar la sociedad las acciones y preferencias ya dadas de los individuos. Este tipo de individualismo, como sostiene N. Bobbio, no puede ser trasplantado a otros campos donde los fenómenos colectivos, como el lenguaje, el derecho o la política, no pueden ser explicados, en principio, a partir del individuo y sus preferencias. De manera que el individualismo democrático de autores como J. Rawls o R. Dworkin, por mencionar solo algunos de los principales liberales igualitaristas, resultaría perfectamente compatible con muchas de las premisas republicanas. En consecuencia, el republicanismo democrático que defiende –y que preciso ahora pues este asunto no quedó muy claro en el libro– no es un republicanismo cerrado, estático, que prejuzgue las razones y valores de los otros, como advierte correctamente Sahuí en su texto, sino aspira a ser –y la idea no es mía sino es de Andrés de Francisco– un republicanismo pluralista, abierto, dinámico, que pretende incorporar al espacio público de la deliberación el mayor número de concepciones de la buena sociedad.

5. El profesor Sahuí saca a colación distintos ejemplos (los impuestos, el servicio militar, la libertad de expresión, el voto, etcétera) que presenté en el capítulo IV “¿Derechos o participación?...” para ilustrar los dilemas de la ciudadanía moderna en clave liberal o en lectura republicana. No voy a detenerme ahora a responder detalladamente algunas de sus puntuales y generosas observaciones, ya que eso me llevaría varias líneas pues las cosas pueden ser vistas desde distintos planos y perspectivas, más bien quiero aprovechar este espacio para señalar una dificultad general que puede ayudar a clarificar –eso espero– las cosas. Una de las estrategias metodológicas que utilicé para defender la República de sus adversarios intelectuales, de sus enemigos declarados y no declarados, fue la de construir *modelos* del republicanismo y el liberalismo, en especial modelos de la ciudadanía republicana y la liberal, y de la democracia republicana y la liberal. Esa estrategia metodológica tiene varios méritos pero también algunas limitaciones. Como se sabe, los modelos son una suerte de tipos ideales weberianos, trajes hechos a la medida, que regularmente no aparecen en forma pura en la realidad. Las realizaciones históricas de los Estados, las democracias, las ciudadanías y las sociedades civiles son, por el contrario, una mezcla de intereses, disputas, ideologías, aspiraciones, y eventualidades no previstas ni deseadas. Pero los modelos, hay que decirlo, ayudan a simplificar la realidad, a reducir la complejidad social, y con ello cumplen una función pedagógica invaluable. Las “lecciones de teoría política republicana” que aparecen en mi libro tienen como primer propósito, pero no exclusivo, el acercar al lector no iniciado, es decir, estudiantes y ciudadanos de a pie, a los principales autores, generaciones, corrientes, debates y problemas de la tradición republicana. Para especialistas, o más bien, para ciudadanos ilustrados y sensibles como es el caso de Sahuí, mis argumentos pueden resultar en ciertos momentos simplistas y quizá maniqueos. Tiene toda la razón. Es el riesgo que se corre cuando se trabaja con tipos ideales, con modelos que aparentemente son opuestos. En varias partes del libro, desde el momento en el que elegí desarrollar mis argumentos a partir del recurso de los modelos, asumí, en consecuencia, que era necesario destacar las diferencias entre el republicanismo y el liberalismo, sin reparar demasiado en las coincidencias que existen entre ambas doctrinas políticas, en los matices que ayudan a fortalecer los argumentos propios, en los distintos tonos de gris que pueden encontrarse y se encuentran entre el negro y el blanco o entre el Real Madrid de Cristiano y el Barcelona de Messi. Los fenómenos sociales y políticos no son, obviamente, dicotómicos, pero las dicotomías cumplen una función pedagógica invaluable que muchos agradecen. Hay que escribir libros para especialistas. Por supuesto. Pero también hay que escribir libros de divulgación. En esas aguas estoy aprendiendo a bucear.



6. En cuanto a la noción de gobierno mixto, como eje central del discurso republicano, que le causa cierta perplejidad a Sahuí, quiero recordar que el equilibrio constitucional es la garantía que existe para evitar el predominio de los intereses facciosos y por tanto corruptos (de los muchos o de los pocos) en el Estado y así garantizar el interés general. En esta línea, no son exclusivamente las virtudes cívicas las que permiten la libertad republicana, sino ésta es fruto también, y sobre todo, de una salida política que se le ofrece al conflicto social que cruza irremediablemente a toda sociedad. El republicanismo democrático, por tanto, es ajeno a cualquier idea de consenso o solidaridad orgánica, ya que reconoce el potencial civilizador del conflicto político. La libertad republicana requiere de virtudes cívicas, sí, es cierto, pero esa libertad se afirma gracias a la fuerza de las leyes como mecanismo de contención de los deseos de los poderosos y, con ello, de defensa de los débiles. Ahora bien, ¿“los grandes” son siempre pocos y malos? No, pero casi siempre, por lo menos en nuestro tiempo y nuestras sociedades, los poderosos, sean éstos políticos profesionales o empresarios, cuya ambición parece no tener límite alguno (la sabiduría popular mexicana dice “que no tienen llenadero”), acaban pateando el pesebre. ¿Y “los pequeños” y muchos, por definición, son buenos? Diría que no, en todas partes se cuecen habas, pero al mismo tiempo afirmarí­a que su simple deseo de no ser oprimidos por los otros, es ya, en sí mismo, una forma genuina y radical de libertad. Ahora bien, siempre pueden aparecer nuevas formas de opresión de los muchos o los pocos. Contra la maldad humana, desgraciadamente, no existe vacuna alguna. ¡Que la vamos a hacer!



Recensión

La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica

Isabel Wences, Mario Kölling y Sabrina Ragone (coords.)

(2014), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 212 pp.

Gabriel Moreno González

Universitat de València

gabriel_morenogonzalez@hotmail.com

De la ingente y rica obra que nos ha legado Norberto Bobbio se desprende el pesimismo antropológico que caracterizó siempre su concepción de la realidad, a la que no dudaba en denominar “tosca materia”, y que pivotaba en torno a una visión apriorísticamente negativa del hombre, en tanto ser *violento, pasional y mentiroso*. De ahí que la construcción bobbiana intente paliar estos tres defectos connaturales al ser humano a través de su ya célebre lema *paz, derechos y democracia*. Paz frente a la violencia, derechos frente a las pasiones individuales y democracia frente a la mentira. Pero, ¿por qué esta última relación? ¿Acaso es la democracia el bálsamo de los ataques a la verdad? Pues bien, para Bobbio, una de las dimensiones de la democracia es la del “gobierno público en público”, donde las acciones de los gobernantes y de la Administración que les sigue se presenten cristalinas a la luz de la opinión pública. Sin transparencia ningún control del poder es posible, y es precisamente el control del poder la clave de bóveda de toda la tradición del constitucionalismo y del liberalismo decimonónico, de los que en buena medida se nutren nuestras realidades políticas. Como apunta Isabel Wences en la primera parte del libro que aquí recensamos, los *arcana imperii*, los secretos de Estado y del Estado, han constituido siempre a lo largo de la historia el muro que impedía el conocimiento de lo público y la creación de una ciudadanía activa que impulsara la instauración de un régimen democrático de libertades.

En España, hasta la reciente aprobación de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (LTBG, en adelante), la falta de una regulación integral que proporcionara los instrumentos necesarios para el conocimiento del manejo del poder, y por tanto, para su control, contribuía a profundizar aún más en la desafección y el descontento de los ciudadanos para con sus gobernantes, en medio de una crisis económica e institucional sin precedentes. Aunque, si bien es cierto que la Ley no parte de la nada, pues ya existían regulaciones sectoriales que venían a colmar los mandatos constitucionales, su ausencia justificaba una crítica permanente por parte de la doctrina y de la sociedad civil, al ser España el único gran país europeo sin contar con una Ley específica sobre la materia. A pesar, no obstante, de su aprobación y

entrada en vigor (escalonada), la LTBG adolece de múltiples imperfecciones y puntos críticos que pueden mejorarse y superarse. A este objetivo se dirigen las rigurosas aportaciones académicas efectuadas en esta obra por autores y autoras provenientes de la Ciencia Política, el Derecho y la Economía, contribuciones que podrían llegar a ser en un futuro no muy lejano, por qué no, verdaderas consideraciones de *lege ferenda* a tomar en cuenta por el legislador.

La obra se divide en cuatro secciones, siguiendo con ello el propio esquema de la Ley objeto de estudio. En la primera sección se analiza tanto la publicidad activa como la pasiva (derecho de acceso a la información pública), así como los defectos y virtudes del ejercicio del derecho de acceso y su régimen de impugnaciones. En la segunda parte se aborda el entramado de infracciones y sanciones que ha supuesto el tratamiento en la Ley del concepto de “buen gobierno”, analizando la tercera sección el órgano que ha de velar porque tales previsiones se cumplan: el Consejo de Transparencia. Por último, el libro se cierra con un profundo estudio de las repercusiones que la Ley va a producir en los entes territoriales subestatales, tanto en las Comunidades Autónomas como en las entidades municipales, cuestión ésta de especial relevancia por las siempre complicadas relaciones de nuestro, ya de por sí, complejo Estado de las Autonomías.

Manuel Villoria comienza el estudio de la Ley llevando a cabo un análisis pormenorizado de las previsiones de la LTBG en cuanto a la publicidad activa. Los puntos criticados y destacados se refieren, en general, al amplio marco de obligaciones que la Ley establece. La *información institucional, organizativa y de planificación* de cada Administración es una de las exigencias de publicación previstas, a pesar de que muchos de los términos y conceptos que la LTBG utiliza, como el de *órgano*, sea excesivamente indeterminado. No está muy claro qué hemos de entender por órgano y hasta dónde ha de llegar la obligación de identificar a los responsables del mismo, algo que, además, puede colisionar con el derecho de protección de datos personales. Asimismo, la Ley no concreta cuáles han de ser las exigencias específicas de publicación de los perfiles profesionales de quienes dirigen los distintos órganos, dejándolas en la discrecionalidad del puro voluntarismo. Además, Villoria critica con fundamento el hecho de que no se recoja la obligación de hacer públicas las agendas de diputados y senadores, con lo que la “huella legislativa” se vuelve opaca y susceptible de permeabilidad ante los lobbies. Por su parte, también hubiera sido conveniente incorporar a las previsiones en materia de publicidad activa los planes e indicadores de calidad, las cartas de servicios y las autoevaluaciones internas, lo que hubiera mejorado aún más la política de *open data* y de acercamiento al ciudadano que se pretende.

En cuanto a la publicación de información de relevancia jurídica, como la de anteproyectos de Ley, la LTBG y, en general, todo nuestro andamiaje institucional, se olvida de que precisamente la transparencia en esta materia suele ser instrumental a un objetivo: democratizar la elaboración de las normas permitiendo que la voz de los ciudadanos afectados se escuche.

A pesar de todo ello, el autor indica que una de las mayores virtudes de la LGTB es la obligación que incorpora de publicar todos los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, tengan que ser sometidos a un periodo de información pública, como ocurre muy especialmente con los procedimientos ambientales y urbanísticos; dos ámbitos éstos que constituyen los focos más relevantes de la corrupción en España, con lo que la llegada a ellos de mayor transparencia puede conllevar una mejor prevención de prácticas ilegales.

En lo referente a la información *económica, presupuestaria y estadística*, las novedades de la Ley, cuando no se limita únicamente a la remisión normativa, son bienvenidas en aras, de nuevo, de una mayor prevención y lucha contra la corrupción. Al extenderse la obligación de publicación a contratos menores, y ampliarse tal exigencia a toda la información que los rodea, se mejoran las posibilidades de conocer los fraudes en los fraccionamientos de contratos. No obstante, hubiera sido recomendable que, en este mismo sentido, también se incluyeran las actas, las variaciones de precio o de plazos y todos los documentos dimanantes de las comisiones de contratación, tal y como proponía el Consejo de Estado. De este modo, se hubiera facilitado el descubrimiento de conflictos de interés y de contratos teledirigidos o amañados, prácticas que lastran la contratación pública española.

Por su parte, en cuanto a las sanciones en caso de incumplimiento, la reflexión que lleva a cabo el autor muestra un profundo pesimismo. Aparte de una tipificación ambigua, excesivamente indefinida e indeterminada, el artículo que contiene la posibilidad de sanción cuando se incumplan las obligaciones de publicación activa no posee el carácter de básico, por lo que se deja al albur de cada Autonomía la posibilidad de establecer, o no, sanciones para sus propias administraciones. Para la Administración General del Estado, sin embargo, el control es más exhaustivo, pues se habilita al Consejo de Transparencia para que pueda abrir procedimientos disciplinarios en caso de reiterado incumplimiento, a pesar de la indefinición que también rodea a este último concepto, pues... ¿qué se ha de entender por reiteración? De nuevo la práctica del Consejo será la que complete y estructure esta ambigüedad normativa, y de ella dependerá, en consecuencia, el éxito o el fracaso de tales previsiones.

Por último, Villoria pone en evidencia, en lo referente a las sanciones que podrían ir destinadas a los partidos políticos, sujetos que entran dentro del ámbito de aplicación de las previsiones de publicidad activa, la abrumadora falta de contundencia de la LTBG. La Ley Orgánica de Financiación sólo habla de infracciones graves, y el incumplimiento de las exigencias de transparencia por parte de los partidos no lo es, por lo que la regulación queda exactamente igual, y más habida cuenta de la, esta sí, reiterada falta de disposición del legislador a la hora de otorgar poderes sancionadores al Tribunal de Cuentas. Ante esta ausencia de reprobación jurídica, sólo queda la reprobación social...aunque ésta no responda siempre, y menos mal, a criterios legales.

El derecho de acceso a la información pública, o publicidad pasiva, se yergue en uno de los puntos más destacables de la nueva regulación, como indica en su aportación José Luis Piñar. Aunque la LTBG incorpora importantes novedades positivas frente al infructuoso y disperso régimen de acceso anterior, como la ampliación del ámbito subjetivo (*todos*, no sólo los ciudadanos o los administrados), y objetivo (*la información pública*, concepto más amplio que el anterior de documentos), el principal defecto que se le puede reprochar, siguiendo al autor, es de tal magnitud que hace de esta Ley una norma poco avanzada y nada atrevida. Nos referimos a la elección de la base constitucional que da soporte al derecho y, en consecuencia, a su naturaleza jurídica. El legislador ha decidido, en contra de lo que opinaba buena parte de la doctrina y de la oposición parlamentaria, seguir anclando el derecho de acceso a lo previsto en materia de documentos administrativos en el artículo 105 b) de la Constitución, lejos del catálogo de derechos fundamentales que nuestra Carta Magna consagra. Y es que una decisión en contrario hubiera sido perfectamente asumible en Derecho, dado que el artículo 20 (derecho a la información), junto a la interpretación extensiva que en la materia se ha llevado a cabo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (desde el



PIDCP al CEDH), vertida en nuestro ordenamiento constitucional ex 10.2 CE, hubiera posibilitado sin problemas la consideración del de acceso como derecho fundamental. Ello no sólo hubiera reportado más carga simbólica a las novedades de la Ley, sino también mayor seguridad y consolidación jurídica al tener que convertirse ésta en Orgánica y al estar amparado el derecho de acceso por el Tribunal Constitucional.

Sea como fuere, la decisión última del legislador ha sido la de no dotar de naturaleza fundamental al derecho y seguir anclándolo en el artículo 105 b), que queda incluso desfasado para la propia LGTB al ampliar ésta tanto la titularidad como el contenido del derecho constitucional (no fundamental).

Otro de los temas más controvertidos de la Ley fue y es el tratamiento jurídico que se brinda a los límites. La información pública puede contener elementos que ataquen el derecho a la intimidad, el honor o la protección de datos, o incluso valores colectivos como la seguridad nacional...sí, pero esta necesaria prudencia no puede vaciar de contenido el propio derecho que se pretende garantizar. La LTBG se muestra excesivamente prolija en la enunciación de límites (hasta 12), algunos de los cuales son sumamente indeterminados, con lo que ello puede conllevar en la discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder, o no, las solicitudes que se presenten. Amplitud e indefinición de los límites que se intentan paliar con la justificación y proporcionalidad de su aplicación en las denegaciones o admisiones parciales (previa disociación de los datos controvertidos), pero que siguen arrojando serias dudas sobre la precisión y acierto del legislador en esta materia. Además, al catálogo de límites del artículo 14 hay que sumarle el que viene determinado en el artículo 15, referente a la protección de datos, y su también controvertida aplicación, que tendrá que llevar a cabo el Consejo de Transparencia, entrando con ello en conflicto, o al menos en competencia, con otro organismo específico como es la Agencia de Protección de Datos.

Emilio Guichot, por su parte, lleva a cabo un completo y pormenorizado análisis de la regulación del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, apuntando sus puntos más señalados y críticos de acuerdo con la más autorizada doctrina. Así, se pone en evidencia la imposibilidad de llevar a cabo solicitudes de acceso anónimas, pues la Ley exige la identificación del solicitante, desdeñando con ello la posibilidad de anonimato que sí acogen el Convenio Europeo de Acceso a los Documentos Públicos y numerosas previsiones en el derecho comparado.

Sobre las causas de inadmisión, se critica además, y con contundencia, la inadmisión de plano de las informaciones que tengan carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, conceptos todos ellos excesivamente amplios e indeterminados, sin una definición concreta en el ordenamiento, que pueden dar lugar a abusos en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Asimismo, se llama la atención sobre la posibilidad de inadmisión de aquellas solicitudes que tengan por objeto información que ha de ser, previamente, reelaborada. De nuevo la amplitud del concepto pone de relieve la importancia del Consejo de Transparencia, y de todo el acervo que vaya elaborando con el paso del tiempo, en la concreción de las disposiciones de la LTBG.

Por último, se hace mención a las virtudes de la LTBG en cuanto a la unificación competencial de la jurisdicción contenciosa-administrativo y la coherencia que ello conlleva, así como a la previsión de crear unidades de

información *ad hoc* en las Administraciones Públicas que sean las que canalicen, filtren, seleccionen y otorguen la información solicitada por los particulares.

Manuel Arenilla abre la segunda sección del libro, dedicada al “Buen Gobierno”, con unas interesantes reflexiones sobre lo que éste supone de novedoso en el Derecho comparado (y en las distintas familias jurídicas), y en nuestro ordenamiento. De hecho, la ya sola existencia de su regulación dentro de una Ley de Transparencia supone una importante novedad, pues ello se da al contrario de lo que ocurre en buena parte de los ordenamientos más cercanos. Conceptos como “gobierno abierto” o “gobierno electrónico”, junto a mayores cuotas de participación/responsabilidad de la ciudadanía en la Administración, vertebran la idea doctrinal de “Buen Gobierno”, pero no así la idea que ha pretendido verter el legislador en la actual regulación. Y es que, como se señala en no pocas ocasiones a lo largo del libro, la Ley parece reducir el “Buen Gobierno” a un cúmulo inconexo de infracciones y sanciones, como si solo se tratase de una materia disciplinaria y de corrección de comportamientos ilícitos o poco éticos, y no de una verdadera y novedosa cultura administrativa que tenga por objeto la rendición de cuentas ante el ciudadano.

Si bien la regulación se inaugura con una serie de principios amplios de Buen Gobierno, la LTBG los convierte, acto seguido, en meros criterios interpretativos e informadores de las infracciones que ella misma despliega en los siguientes artículos, infracciones que, además, y no precisamente de forma anecdótica, suelen ser una traslación casi automática de lo que ya disponen otras normas sectoriales, aunque en esta ocasión aplicables al personal de nombramiento político, los altos cargos, cuya naturaleza se predica de otra lógica bien diferente.

Un amplio catálogo de infracciones, como decimos junto a Arenilla, es el que dota de contenido al Título II, sin aportar grandes novedades en cuanto a normativa de conflicto de intereses, infracciones disciplinarias y económico-presupuestarias. No obstante, sobre estas últimas se introducen los objetivos de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, trasladando con ello al Buen Gobierno las previsiones en materia económica de la reforma constitucional del art. 135.

Así las cosas, no es de extrañar que Antonio Descalzo apunte a la constricción del concepto de Buen Gobierno que lleva a cabo la LTBG, reducido aquí a un mero derecho administrativo sancionador que, si obviamos las novedosas referencias a la estabilidad presupuestaria, no presenta grandes innovaciones respecto a la anterior regulación.

Además, no resulta comprensible que, tratándose los sujetos afectados por esta “nueva” regulación de cargos públicos de libre nombramiento, la mayor sanción que se prevea sea la de su destitución, cuando pueden ser en todo momento removidos libremente por sus superiores jerárquicos y políticos (principio de *contrarius actus*). Una sanción que pretende ser jurídica, pero que puede resolverse mediante una decisión de conveniencia política, pierde cualquier entidad. Se dirá entonces que lo que sí tiene virtualidad sancionadora es la prohibición, caso de sanción, de ocupar puesto alguno de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años. Pero, de nuevo, dicha previsión carece de efectividad si no se reforma a su vez la LOREG, competente en dicho ámbito y que no puede verse reformulada por una ley ordinaria como es la LTBG.

Como apunta Fernando Jiménez, todas las previsiones vistas anteriormente pueden perder consistencia y efectividad si no se les dota de las debidas garantías,



y no sólo jurisdiccionales. Por ello, la Ley regula la creación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), como organismo autónomo que vela por el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad activa, por la salvaguarda del ejercicio del derecho de acceso y por la observancia de las normas (de las sanciones, más bien) de “Buen gobierno”. Es el verdadero guardián, por tanto, de la LTBG.

Como toda institución, buena parte de su éxito o fracaso depende en gran medida del diseño legal que revista, y en este sentido, el CTBG adolece de algunas incoherencias o defectos notables. Así, se otorgan poderes excesivamente amplios al Presidente, dejando a la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, órgano colegiado en el que participan multitud de administraciones independientes, un papel de mero asesoramiento y recomendación. El Presidente es así la pieza clave de la institución, por lo que su independencia ha de ser fundamental de cara al recto cumplimiento de los fines a que está encomendada. Sin embargo, la forma de su elección no responde con exactitud a una adecuada garantía de independencia, pues aunque necesita de la mayoría absoluta de una Comisión del Congreso, es elegido por el Gobierno y propuesto por el Ministro de Hacienda, persona que se guarda para sí, de este modo, una plena discrecionalidad de propuesta, solo atenuada por la exigencia que la Ley impone de que el candidato sea alguien de reconocido prestigio y competencia profesional; conceptos ambos que, como hemos podido comprobar en los últimos años con algunos candidatos al Tribunal Constitucional, son más que maleables.

Isabel Giménez abre la última sección del libro, dedicada a cómo afecta la ley a los entes territoriales, abordando la complejidad de las relaciones que ahora se inauguran en materia de transparencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Siguiendo su planteamiento, la profundidad de muchas de las medidas previstas puede cuestionar de manera directa el principio de autonomía constitucionalmente garantizado, especialmente en lo que se refiere al régimen de infracciones y sanciones en materia de Buen Gobierno, régimen que, sin revestir naturaleza de Ley Orgánica, supone una nueva ampliación del espectro del artículo 135 CE sobre las Comunidades Autónomas. A ello hemos de sumarle la crítica de la falta de justificación del título competencial (DF 8ª), que parece de nuevo abusar de las disposiciones transversales del art 149 CE, sin especificar con exactitud el margen de maniobra que se deja a las CCAA.

Por su parte, en cuanto a las entidades locales, Lizcano Álvarez lleva a cabo un análisis completo y profundo del panorama local en España, y cómo se ve éste afectado por las disposiciones de la LTBG que, no obstante, otorga a los entes locales un plazo máximo de dos años para adaptarse a las nuevas obligaciones.

A pesar de los múltiples defectos e imperfecciones que presenta la Ley, y que han sido aquí expuestos con una necesaria y siempre excesiva brevedad, la aprobación de la LTBG puede suponer la llegada a nuestro país del inicio de una verdadera cultura de la transparencia, tan necesitada en estos momentos de crisis institucional y desafección ciudadana. El amplio, completo y riguroso análisis que se lleva a cabo en las páginas de la obra recensionada, resaltando los puntos críticos y los defectos de la ley, puede servir para profundizar aún más, cuando llegue el momento, en la regeneración democrática a que necesariamente ha de verse abocado nuestro sistema constitucional.



Recensión

Liberty Abroad,
Georgios Varouxakis,
(2013), Cambridge University Press, Cambridge, 278 pp.

Ricardo Cueva Fernández

Universidad Autónoma de Madrid

ricardo.cueva@uam.es

John Stuart Mill es un autor de sobra conocido por los estudiosos de la ciencia y el pensamiento político, la Economía y la Filosofía. Habiendo obtenido renombre durante su vida hasta el punto de resultar tan a menudo caricaturizado, como desvela un repaso al semanario *Punch*, el pensador londinense no esquivó tema alguno por complicado o agreste que fuera. Esto le valió la animadversión de muchos, pero también probablemente el respeto de la mayoría. A menudo los conservadores se mostraban de acuerdo con él, pero los radicales descendientes de Bentham e incluso muchos afines a los cartistas fueron quienes compartieron en mayor grado sus puntos de vista sobre diversas materias.

¿Fue Stuart Mill un pensador coherente? Utilitarista con resabios kantianos, patriota pero humanitario, racionalista con insuperables accesos de romanticismo, liberal con algunos andamios republicanos, Stuart Mill es precisamente a causa de todos esos rasgos un pensador escurridizo y difícil de rechazar de manera completa a la vista del acertado destino histórico de muchas de sus afirmaciones y en un grado mayor del que barruntaban sus críticos. Sus críticas a la democracia de masas, su temor al despotismo, su defensa de los avances y descubrimientos científicos, su afán secularizador y su apología del pluralismo hacen de él un autor que escapa de una demolición total y más aún si intenta una comparación con sus coetáneos, muchos de los cuales, entre ellos su admirado Auguste Comte, han perdido la autoridad que mantenían hacia mediados del siglo XIX.

Para añadir, asimismo interés al atractivo que pueda suscitar la figura de Stuart Mill, hombre por lo demás conocedor de varios idiomas y de inmensa erudición, su complejidad psicológica y honestidad intelectual hicieron que escribiera uno de los mejores autorretratos en lengua inglesa, su *Autobiografía*, e impulsaron su adhesión entusiasta a causas entonces escasamente cómodas, como las de los derechos de las mujeres o el abolicionismo, algo que le hace hoy en cambio muy simpático a los ojos del estudioso del pasado.

Uno de los aspectos que menos se ha tratado de la obra de Stuart Mill, de todos modos, ha sido el de su aproximación a las relaciones internacionales. Es cierto que este fue un tema sólo abordado de manera muy oblicua en sus escritos, en los cuales ocupa un lugar únicamente secundario. Pero resulta interesante

examinar cuáles fueron sus posiciones en este campo, sobre todo para poder relacionarlas con otros enfoques propios que mantuvo y comprender en mayor medida el conjunto de sus ideas.

Georgios Varouxakis, de la mano de Cambridge University Press, es quizás quien mejor podía realizar esta labor de análisis sobre la perspectiva de Mill en el área de las relaciones internacionales y para ello ha escrito el volumen *Liberty Abroad*. La colección *Ideas in Context*, dirigida por David Armitage, Richard Bourke, Jennifer Pitts y John Robertson, y que cuenta con títulos tan atractivos como *Toleration in Conflict* de Robert Forst, *Imperial Sceptics* de Gregory Claeys, o *Montaigne and the Life of Freedom*, de Felicity Green, sirve así al propósito de aquel profesor del *Queen Mary University of London* y cuyos trabajos sobre John Stuart Mill han resultado con anterioridad tan brillantes como su excelente *Mill on Nationality* (2002) y las coediciones de *Utilitarianism and Empire* (2005) y *John Stuart Mill - Thought and Influence* (2010). En realidad el profesor Varouxakis cuenta con una obra académica muy destacable y dedicada, en general, al pensamiento europeo del siglo XIX. Con *Liberty Abroad*, pues, nos entrega unas páginas en las que resulta fácil deleitarse y ello por varias razones que valdría destacar, pero entre las que cabe resaltar una extraordinaria habilidad para combinar detalle y fruición y que sin duda no suele ser común en estudios parecidos.

La aproximación del profesor Varouxakis a Stuart Mill se halla emparentada de forma diáfana con la escuela de Cambridge que precisamente ha liderado desde hace años el profesor Quentin Skinner –“la aproximación contextualizada adoptada en el libro es la única vía para evitar los errores que emergen de lo que Quentin Skinner ha denominado la ‘mitología de las doctrinas’” (p. 3)–. Tal tendencia académica trata de situar en su ámbito temporal y espacial las ideas de los autores del pasado, de manera que se nos hagan más comprensibles y no perdamos de vista el significado real que tuvieron en su momento. Esta corriente proviene sobre todo del campo de la Historia, pero resulta obvia su conexión con la Filosofía Política. Así, y con tales herramientas, Georgios Varouxakis expone una faceta del pensamiento milleano muy poco conocida, intentando llamar la atención sobre su importancia (p. 186). Para ello pretende “reconstruir de la manera más fidedigna posible, y en la medida en que lo permitan los datos históricos, las posiciones que tomó en diversos momentos de su vida, así como comprender sus razones, filosóficas u otras que le condujeron a ellas, compararlas con las principales alternativas propuestas por sus contemporáneos, y establecer tanto la recepción como el grado de convicción y la validez de cada una” (p. 185).

El libro comienza, pues, señalando la aparición floreciente de la prensa británica desde mitad del siglo XIX, debida en buena parte a la supresión del impuesto sobre el papel y de otras tasas y tributos (p. 4), así como la presencia de numerosos exiliados en las Islas provenientes de distintos países que acababan de salir de las revoluciones de 1848 y entre los que destacaban hombres como Mazzini, Herzen o Marx (p. 5). De esta forma resultó incrementado el interés por los asuntos internacionales en el Reino Unido y dentro de tales debates conseguiría ser muy visible la doctrina de la no intervención de Stuart Mill.

La concepción del autor de *On Liberty* sobre las relaciones internacionales fue vicaria de la elaborada por John Austin, su tutor previo y quien había insistido en la teoría del mandato, según la cual, dada la ubicación estatal de la soberanía, las normas internacionales no conformaban verdaderamente Derecho positivo (p. 20). De acuerdo con esta premisa, tales convenciones eran respetadas únicamente por temor a represalias de los otros Estados y sólo de manera impropia podían ser

denominadas “leyes”, ya que se correspondían realmente con una “moralidad Positiva Internacional” y porque, también, según Austin, otro criterio sólo acarrearía el error de acudir al Derecho natural (p. 21). Las normas internacionales, pues, sólo eran Derecho por analogía, debido a que no compartían sus características (p. 22); y sin embargo, Mill abogó por que fueran enseñadas en las Universidades (p. 24). Al respecto, Varouxakis señala al estudioso de la obra milliana Alan Ryan como acertado cuando afirma que para los utilitaristas la ley y la moralidad cubrían el mismo área de la conducta humana, conservando parecidos principios reguladores y careciendo de una distinción lógica esencial (p. 25).

A partir de esta introducción que lista las premisas principales de Mill, el profesor Varouxakis pasa a hablarnos de los casos específicos a los que el autor de *On Liberty* se refirió en cartas y artículos y que versaron, de manera directa o indirecta, acerca del Derecho Internacional. Los dos primeros que cita giraron en torno a la Guerra Civil americana y el peligro de que Londres entrara en la conflagración a favor de la Confederación. Uno de ellos fue el caso del *Trent*, vapor correo británico capturado por la Unión en noviembre de 1861 por razón de su transporte a Europa de dos diplomáticos de los Estados del Sur que aspiraban a reunirse con políticos franceses e ingleses para atraerlos a su causa (p. 26). El Reino Unido había reconocido como beligerantes a los dos bandos en conflicto en mayo de 1861, declarando al tiempo su neutralidad (p. 27), y el episodio del *Trent* amenazaba con trastocar su postura e introducir en la guerra a Inglaterra y su imperio. Siendo ya entonces abolicionista, Mill escribiría, una vez transcurrida la crisis, su famoso artículo *The Contest in America* (enero de 1862), absolviendo al gobierno de Washington de su actuación inicial y relativizando el error de su conducta al compararlo con otras medidas extraordinarias que precisamente el gobierno británico había decidido antes, como por ejemplo la suspensión del *habeas corpus* (pp. 27-30). Mill emprendería además la defensa de idéntica causa con el segundo supuesto que ocupa a Varouxakis, cuando pediría a Westminster de manera pública que entregase el *Alabama*, buque corsario construido y armado en Liverpool por la Confederación, a las autoridades de Washington (p. 31). En este último caso, acaecido en julio de 1862, el pensador se mostraría como un audaz autodidacta decidido a aportar argumentos de la disciplina jurídica internacional para sostener su postura, si bien con una clara modestia que le impidió ofrecer soluciones definitivas (p. 31). De alguna forma el imperativo que marcaba la actualidad del momento y la propia situación del Reino Unido en medio de la guerra, con algunos medios poderosos simpatizando con la Confederación y organizaciones populares haciéndolo en cambio con la Unión, hacía que reclamaran atención cuestiones relativas al Derecho Internacional, atrayendo incluso al renuente austriano Stuart Mill, quien, ante la posibilidad de que su país pudiera ponerse del lado de los rebeldes del Sur intentaba esmerarse en elaborar argumentos jurídicos desfavorables a tal contingencia (p. 38).

Otro punto interesante sobre la actitud de Stuart Mill ante todo este asunto de las relaciones internacionales, abordado también por el profesor Varouxakis en su libro y de nuevo en concreto sobre su apoyo u oposición a posiciones mantenidas en el seno de la opinión pública inglesa, concernió a un tema tan relevante como lo fue el conflicto diplomático con Rusia de finales de 1870. Los datos históricos señalan aquella fecha como la de un momento difícil en la conservación del equilibrio político europeo y ello debido a que el gobierno ruso reclamó el control del Mar Negro, zona neutral a partir del Tratado de París de 1856 que había puesto fin a la Guerra de Crimea (p. 48). Aquí Mill manifestó una actitud que ya había emergido de resultados de su apoyo al gobierno provisional francés en 1849 (p. 45). En aquel instante el autor inglés había defendido la denuncia de los Tratados de Viena efectuada por Francia, debido a que aquéllos eran “acuerdos internacionales” que



siempre que resultaran admisibles y suscritos por los sujetos que tuvieran la facultad de firmarlos, “deberían mantenerse”, pero que no resultaban “vinculantes” si eran “arrancados” por la coacción, ya que a esto se opondría la “moralidad y el sentido común de la Humanidad”. De hecho tal doctrina resultaba “aplicable particularmente a los convenios nacionales impuestos por ejércitos extranjeros”. Así que “si una nación, bajo coacción, ha rendido su independencia a un conquistador, o incluso se ha sometido a sacrificios del territorio o de su dignidad de forma mucho mayor de lo que hubiera una opinión general razonable, el sentimiento moral de la Humanidad nunca ha amparado acuerdos de este tipo y tales que impidan a la nación confirmar su independencia o de recurrir a las armas con el objeto de recuperar lo que ha perdido por la fuerza” (p. 47).

Estas palabras, por supuesto, hacen así que debamos detallar el pensamiento de John Stuart Mill sobre el tema. Ante una opinión pública favorable a dar una respuesta armada a Rusia y a la cual el primer ministro Gladstone tenía dificultades para domeñar (p. 48), el célebre autor afirmó que los tratados no resultaban elaborados para ser eternos (p. 51) y replicó las respuestas que le fueron ofrecidas en la prensa del momento insistiendo en idéntico punto: los convenios podían quedar rotos si no tenían duración determinada. “La Humanidad, felizmente, está descubriendo ahora que como quiera que una nación intente obligar a sí misma u a otras a perpetuidad, sea mediando una Constitución, una dinastía, una ley irrevocable, una disposición específica sobre la propiedad privada o la pública o cualquier otra cosa, todas ellas serán derribadas por aquellos a quienes perjudique (...) y las normas de los tratados no son una excepción” (p. 52).

Todo esto resulta coherente además, como bien explica Varouxakis, con la solución que Mill ofreció para que las naciones pudieran obligarse sin obstáculos ilegítimos, a saber, la de abstenerse de imponer “condiciones que, para cualquier perspectiva razonable sobre los asuntos humanos, no pudieran ser mantenidas en forma alguna” y “concluir sus tratados sólo por períodos anuales y no a perpetuidad” (p. 57), –algo que precisamente parece relacionarse con la visión millleana sobre la esclavitud que ya he mencionado y que se oponía a la irrevocabilidad e infalibilidad (pp. 74 y 75). Los descendientes de la generación que había sido castigada o sancionada con alguna restricción internacional no podían seguir sufriendola indefinidamente, o al menos no de manera legítima (p. 58). Mill basaba toda estas premisas en el Derecho de gentes clásico ya formulado por Vattel, articulado en torno a “una comunidad de naciones” que era “esencialmente una república de iguales”, y en donde todos los países debían tener la misma consideración, al margen de su potencia y tamaño reales (p. 58). En este sentido, los tratados eran nulos si vulneraban esa igual posición (pp. 57, 60)

Pero a todo esto Mill le añadía un criterio prudencial cuando se refería al caso ruso, y era el de que quizás resultara mejor abandonar la pretensión de que se cumpliera una obligación dimanante del Derecho Internacional cuando causara menos perjuicio que la propia vulneración a reprimir. La infracción por Rusia de su vinculación previa, pues, no podía conducir a una guerra que sacrificara a “millones de víctimas inocentes” (p. 59). *El Saturday Review*, de todas formas, criticaría la posición general de Mill porque un sistema de tratados “anual” conduciría a algo muy parecido a la práctica de la antigua Grecia basada en treguas de duración limitada (p. 60). Asimismo, y escribiendo sin firma en el *Pall Mall Gazette*, el gran jurista Henry Maine vino a sostener que, aunque la idea de suscribir tratados que fueran sólo temporales resultara aceptable, no podría sostenerse la legitimidad de quebrar los que hubieran sido firmados para una duración indefinida (p. 63). Y esto porque, como afirmaría en otro artículo posterior, uno de los objetivos principales del Derecho Internacional era el de mantener la confianza pública en los tratados (p.

66). Ese conjunto de normas internacionales quizás no conformara realmente Derecho, como señalaba Mill, pero tampoco se reducía sólo a una especie de “moralidad” (p. 68).

Como bien señala Varouxakis en su libro, toda la perspectiva de Stuart Mill sobre los tratados parecía en un primer momento derivar de la mantenida por James Mill, su propio padre, en escritos como el “Derecho de gentes”. Pero así como el progenitor insistía en la medida de cálculo e interés, su hijo matizaba que algunos principios podían chocar con otros y que entonces habría que decidir prioridades; de forma que si bien el último principio era el de utilidad, existían otros muy importantes y a través de los cuales aquél conservaba su vigencia (p. 73).

¿Suponía toda esta visión que Mill se encontraba en contra de toda intervención? Los episodios del *Trent* y el *Alabama*, así como su postura ante el asunto del Mar Negro parecían indicar tal extremo. Como bien señala el profesor Varouxakis lo más cercano que escribió a una teoría sobre la no intervención, fue, en todo caso, dictado en “A Few Word son Non-Intervention”, artículo publicado en *Fraser's Magazine* en diciembre de 1859 (pp.77-78). Los matices que aparecen entonces resultan muy relevantes, sin embargo: existen diferencias entre los acuerdos suscritos por pueblos “civilizados” y los existentes entre ellos y las naciones “bárbaras” (pp. 78 y 79). En esas líneas de la prensa Mill argumentó que los países extranjeros estaban legitimados a intervenir en medio de una guerra prolongada en la cual las partes contendientes se hallasen tan equilibradas que no existiera posibilidad de un rápido desenlace, o también si el bando victorioso no pudiese imponerse completamente al vencedor si no fuese con medios repugnantes a la Humanidad y perjudiciales para el bienestar del país (p. 79). Asimismo, y aunque no era justificable para una nación en general intervenir en un Estado cuando estallaba una revuelta apoyando la creación de instituciones libres, tal eventualidad resultaba legítima si de forma previa actuaban otros países en ese conflicto (p. 79). Esta postura se apoyaba en la tradicional teoría del “balance” milleana: “auxiliar a un pueblo así sometido no es interrumpir el equilibrio de fuerzas del que depende la conservación de la libertad en un país, sino recuperarlo en tanto en cuanto resulta quebrado injusta y violentamente” (p. 80).

Y sin embargo, Varouxakis señala que la lectura de Michael Walzer en su *Just and Unjust Wars* (1977) ha sido demasiado rotunda para la prudencia que Mill solía acoger en sus declaraciones. Así, el historiador asegura que realmente no queda claro si Mill estuvo de acuerdo en intervenir a favor de movimientos de liberación nacional siempre o sólo si previamente había entrado en el conflicto alguna potencia exterior (pp. 90-91). Aquí el profesor del *Queen Mary*, pues, sitúa en su justo contexto la opinión de Stuart Mill, siguiendo los postulados de la escuela de Cambridge, puesto que “de manera muy habitual lo que los contemporáneos comprendieron (y ello aunque no lo mencionaran explícitamente) no resulta ser siempre lo que los comentaristas de los siglos XIX y XX entienden cuando leen el famoso ensayo de Mill” (p. 93). Lo que sí es claro, en cambio, es que Mill quiso discutir el principio de no intervención entonces prevalente en casos como el de los independentistas italianos con cuya causa simpatizaba (p. 93) y que defendió que las naciones eran “unidades legítimas en las relaciones internacionales” (p. 96). Como diría luego en la campaña electoral de 1865 en la que participó, “no entiendo lo que significa principio de no intervención, porque tal sería uno de completo insolidaridad”, ya que era legítimo intervenir contra los déspotas extranjeros en favor de la libertad de una nación libre (p. 98). Ahora bien, y como puede desprenderse de las siguientes páginas del *Liberty Abroad*, ciertos pueblos no conformaban este tipo de naciones, y ello por causa de su inmadurez.



Llegando ya hacia un punto avanzado de su *Liberty Abroad*, así, Georgios Varouxakis analiza las opiniones de Stuart Mill sobre el imperio británico. De todos es conocida su opinión sobre la idea de que el despotismo era lícito como sistema de gobierno para pueblos bárbaros, siempre que sirviera al fin de la mejora y posterior emancipación de tales comunidades (p. 103). En consecuencia defendió el gobierno de la Compañía de las Indias orientales en el capítulo XVIII de su *Gobierno Representativo*, considerando que podían existir déspotas especialmente benévolos (p.104). Esto no implicó, ciertamente, que luego contemporeizara con la represión de la rebelión de la India que se produjo en 1857, conducta de la que fue sumamente crítico (p. 107). Pero también es verdad que Mill pensaba que así como Europa estaba caracterizada por la presencia de ideas, perspectivas, valores y grupos en conflicto, y ninguno de los cuales había prevalecido de manera permanente –idea tomada de Guizot, como bien resalta Varouxakis (p. 112) –, tal situación no parecía reproducirse de la misma forma en otros lugares del mundo (pp. 110 a 111). El autor del libro aquí comentado entiende que Mill no era realmente un elitista, sino que rechazaba los vuelcos violentos si existía un método de resolución de conflictos más fácilmente alcanzable (p. 113), y que en el caso de la India pasaba por gobernar su población sin intermediación de los reyezuelos nativos, de manera que fueran aplicadas a tal territorio medidas modernizadoras y progresivas (p. 118). Según Mill la India no contenía una nación (p. 125) y convenía atajar a los colonos y sus abusos, así como a los caciques locales, mediante el gobierno directo de la metrópoli (p. 126), la cual tenía allí una misión civilizadora a proseguir (p. 130). Toda esta postura parecía contradecir el papel que concedía a las mujeres en su obra *La Esclavitud Femenina*, pero también, según Varouxakis, su postura ante la Guerra Civil americana, que era la “guerra justa por excelencia” en el pensamiento de Stuart Mill, dado su abolicionismo (p. 157).

En suma, pues, el retrato de Stuart Mill que emerge de las páginas de este *Liberty Abroad* resulta ser el de un pensador, una vez más, comprometido con su tiempo y dispuesto a enfrentarse a espinosas cuestiones que le podían granjear enemigos y obstáculos. Su rigor e independencia de criterio intentaron salir airoso una vez más, combinados con su acostumbrado sentido de la responsabilidad, típico de alguien que sopesaba, al modo utilitarista, las *consecuencias* que pudiera tener su perspectiva en la opinión pública. Ahora bien, ¿Mill mantuvo algún tipo de coherencia en su abordaje del Derecho Internacional, lo cual es, al fin y al cabo, el fondo que aborda en su *Liberty Abroad* el profesor Varouxakis?

Lo cierto es que parece que el autor de *Utilitarianism* optaba más bien por recoger consideraciones de Derecho Internacional al objeto de servir su perspectiva moral y política, un elemento adicional de auxilio. Algo que, en realidad, venía ocurriendo en sus escritos con toda la materia de carácter jurídico. De hecho, y si reparamos con atención en las opiniones que desgrana *Liberty Abroad* con pulcritud, es fácil percatarse de que bajo sus líneas palpaba una honda preocupación moral que le conducía, es cierto, a veces a seleccionar consideraciones prudenciales para algunos de sus apuntes, y en otras ocasiones de carácter imperativo cuando obedecían a algún principio insoslayable para él. Lo que en medio siempre había, precisamente, era esa búsqueda aristotélica del “equilibrio” que fue siempre una obsesión para Mill y que le conducía a abogar por cambios paulatinos y a rechazar el conflicto abierto en general. Tan sólo el supuesto de la Guerra de Secesión americana le llevaba a apoyar de manera firme el bando unionista, en pos de la causa de la libertad que para él era casi un punto de referencia romántico. Hasta el punto de que pensara que el alargamiento de la contienda impediría preservar la esclavitud en modo alguno (p. 157), y ello con claras reminiscencias de predecesores intelectuales como Kant, Humboldt o Tocqueville, quienes se habían referido a los benéficos efectos de la guerra en el carácter nacional (p. 180). Pero,

incluso en este supuesto, ilustrado por su posición ante los sucesos del *Trent* y el *Alabama*, su postura resultó ser muy matizada. Al fin y al cabo el objeto de sus textos respecto a tales casos fue el de *evitar* que el gobierno británico entrara en la guerra, dado que la balanza en ese caso hubiera favorecido a la Confederación esclavista.

Es absurdo, pues, percibir a Stuart Mill como un revolucionario, aunque simpatizara con los cambios de signo liberal, y el campo de las relaciones internacionales no iba a ser menos proclive que otros a tal conclusión. En este sentido, el libro del profesor Varouxakis sobre Stuart Mill, pues, resulta meticuloso y sumamente atractivo, un compendio inteligente de sus ideas sobre las relaciones internacionales que deja muy clara su posición. ¿Era una postura moderada, que hoy tildaríamos de “pacifismo relativo”? La gran falla de Stuart Mill aquí, como ya se ha señalado en otro lugar (Cueva Fernández, 2014), es su miope elitismo justificando las políticas coloniales de Westminster, barrera nada o muy poco justificable que limita el pensamiento político milliano. Georgios Varouxakis intenta excusarla, sobre todo, acudiendo a la honestidad intelectual de Stuart Mill, pero lo cierto es que esta línea es la más difícilmente defendible de su obra, junto con el repliegue antidemocrático que a veces exhibió en textos como el *Gobierno Representativo*.

Estos y otros aspectos, en cualquier caso, resultan fáciles de contemplar en *Liberty Abroad*, que reúne una cantidad de datos y reflexiones suficiente como para tener una exacta noción de las ideas de Stuart Mill en lo relativo a la guerra y la paz, el sistema colonial, la esclavitud, la no injerencia o la emergencia de naciones en el concierto internacional de la segunda mitad del siglo XIX. Un libro que se hace imprescindible para comprender mejor a Stuart Mill y a su tiempo y que sigue un método irreprochable en su indagación.

Bibliografía

- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2014), “John Stuart Mill: La cuestión negra (1850). Stuart Mill y su réplica a Thomas Carlyle sobre la inferioridad racial”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nro. 7, pp. 256-269. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2248>.
- PRIESTLEY, F. E. L. y ROBSON, J. M. (eds.) (1963-1991), *The Collected Works of John Stuart Mill* (33 vols.), Toronto, The University of Toronto Press.
- VAROUXAKIS, G. (2002), *Mill on Nationality*, London and New York, Routledge.
- VAROUXAKIS, G. y KELLY, P. (eds.) (2010), *John Stuart Mill – Thought and Influence: The Saint of Rationalism*, London and New York, Routledge.
- VAROUXAKIS, G. y SCHULZ, B. (eds.) (2005), *Utilitarianism and Empire*, Lanham, Lexington Books.
- WALZER, M. (1977), *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York: Basic Books.

