



 **eunomia**
Revista en Cultura de la Legalidad

ISSN 2253-6655

NÚMERO 11
Octubre 2016-Marzo 2017



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

<http://www.uc3m.es/eunomia>

2253-6655

Consejo de Redacción

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

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

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, Instituto de Filosofía del Centro Superior de
Investigaciones Científicas, España

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

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España

Consejo Científico

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

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Johannes Gutenberg Universität, Alemania

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

SUSAN ROSE-ACKERMAN, Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

Consejo de Edición

CARLOS ALONSO, Universidad Carlos III de Madrid, España

EDGARDO RODRÍGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

JULIÁN GAVIRIA, Universidad Carlos III de Madrid, España

ANA CATALINA ARANGO, Universidad Carlos III de Madrid, España

CANDELARIA QUISPE, Universidad Carlos III de Madrid, España

JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España

Programa en Cultura de la Legalidad

Área de Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Calle Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid)

eunomia@uc3m.es

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca	6
------------------	---

Estudios

<i>Comity entre autoridades...</i> Timothy Endicott	9
--	---

<i>Felipe González Vicén: la soledad de la conciencia ética individual y la obediencia al Derecho.</i> Eusebio Fernández García	30
--	----

<i>El federalismo y el relato del proceso de integración europea: una mirada rápida al origen del debate.</i> Giuseppe Martinico	44
---	----

<i>El castigo en el contexto de sociedades sin ley</i> Ilse Carolina Torres Ortega	63
---	----

Foro y ágora

<i>El recurso sistemático al Decreto-Ley para conceder créditos extraordinarios. A propósito de la STC 126/2016, de 7 de julio.</i> Yolanda Gómez Lugo	85
---	----

<i>La decisión del Comité Olímpico Internacional sobre la participación de los deportistas rusos en los juegos olímpicos</i> José Rodríguez García	115
---	-----

<i>La disputada gloria de Ronald Dworkin. Reflexiones a propósito de un homenaje póstumo</i> Alfonso García Figueroa	126
---	-----

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Neoconstitucionalismo</i> Susanna Pozzolo	142
---	-----

<i>Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo</i> María Beatriz Arriagada	152
--	-----

<i>Regulación de la interpretación del Derecho</i> Álvaro Núñez Vaquero	163
--	-----

<i>La financiación de los partidos políticos</i> Emilio Pajares	176
--	-----

<i>Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales</i> Carmen Montesinos Padilla	211
<i>Consulta previa a los pueblos indígenas</i> Mónica Mazariegos Rodas	221
<i>Derecho global</i> Ángel Aday Jiménez Alemán	237
<i>El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional</i> Rodrigo Lledó	246
<i>Crímenes de guerra</i> Alfredo Liñánn Lafuente	264
<i>Inversión socialmente responsable</i> Alberto Muñoz Fernández	273

Releyendo a...

<i>Los dilemas de la razón y el progreso en un campo en ruinas: la exposición de la doctrina sansimoniana</i> Francisco Martínez Mesa	285
--	-----

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Puertas abiertas y buenos vigilantes</i> Joan Navarro	310
<i>El fenómeno de las puertas giratorias</i> Fernando González Barroso	315

BOOK FORUM

<i>Sebastián Escámez Navas (2014): El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia. Autores, orígenes y contextos.</i> Paloma de la Nuez	318
<i>Sebastián Escámez Navas (2014): El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia. Autores, orígenes y contextos: las razones de la tolerancia y liberalismo.</i> Manuel Toscano Méndez	324
<i>Feliz de honrar la crítica: Respuesta a Paloma de la Nuez y Manuel Toscano</i> Sebastián Escámez Navas	339

RECENSIONES

- Perfecto Andrés Ibáñez (2015), Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional* 347
Miguel Fernández Núñez
- José Ramón Álvarez Layna (ed.) (2015), Robert Owen: textos del socialista utópico* 352
Ricardo Cueva Fernández
- Anthony Padgen (2015), La Ilustración. Y por qué sigue siendo importante para nosotros* 356
Carlos Alonso Mauricio
- Ana Gemma López Martín (ed.) y Javier Chinchón Álvarez (coord.) (2016), Nuevos retos y amenazas a la protección de los derechos humanos en la era de la globalización* 360
Jorge Rodríguez Rodríguez

Presentación

Foreword

José María Sauca
Universidad Carlos III de Madrid
Dirección de la revista Eunomía

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3276>

La presente entrega de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* supone el inicio de la segunda decena de sus números. Valoro el dato como un motivo para suponer que esta empresa editorial inicia una senda de estabilización. Así, a los más de setenta artículos publicados, el centenar de voces, la decena de traducciones de textos clásicos con sus introducciones y a los numerosos debates, foros de libros y notas críticas añadimos un volumen más con todas las secciones tradicionales de la revista. Asimismo, creo que nuevamente se ha conseguido incorporar la pluma de autores consolidados con la de autores en plenitud y en desarrollo. Creo que se han integrado los estudios de académicos con visiones profesionales y aplicadas. Creo que, de últimas, hemos mantenido la pluralidad metodológica típica de la casa con la incorporación de filósofos, juristas y politólogos y de las diversas disciplinas en las que estos saberes se subdividen. En definitiva, creo que se van cumpliendo objetivos.

La sección de *Estudios* se abre con un trabajo de Timothy Endicott. El ex-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford aborda en él una cuestión original, novedosa y relevante. Considero que la cooperación entre autoridades en aplicación del principio del *comity*, y de aquellos que se siguen del mismo, supone un buen ejemplo del tipo instituciones que implican aquello que se podría denominar como una cultura de la legalidad compartida. Eusebio Fernández aporta la segunda contribución reivindicando la figura de uno de los filósofos del Derecho españoles más influyentes en la crítica al iusnaturalismo tradicional predominante en la España de la dictadura y la transición: Felipe González Vicen. En este trabajo, resulta de especial interés para la revista la *revisitación* a la polémica sobre la obediencia al Derecho que mantuvo con filósofos del Derecho de la siguiente generación y que hoy comparecen como los maestros de la disciplina. El tercer trabajo viene de la pluma de Giuseppe Martinico y plantea una mirada teórica sobre las comprensiones federales de la Unión Europea. Finalmente, Ilse Carolina Torres reflexiona sobre las consecuencias de las sociedades *sociológicamente anómicas*, especialmente algunas de las latinas, para la pérdida de legitimidad de la institución del castigo. En definitiva, la sección ha incorporado las sensibilidades de la teoría del Derecho, la filosofía jurídica y moral, el Derecho público y la sociología jurídica. Puede ser un buen ejemplo de cómo estas diferentes disciplinas contribuyen a plausibilidad de análisis transversales como el promovido bajo el rótulo de cultura de la legalidad.



La sección de *Foro y Ágora* aborda tres cuestiones de actualidad con perfiles diferentes: de Derecho interno; jurídico internacional y teórico. El primer trabajo corre a cuenta de Yolanda Gómez y parte de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 7 de julio (STC 126/2016). Dicha sentencia vuelve a poner sobre la mesa los límites en el uso de los Reales Decretos Leyes, en especial en materia presupuestaria. Esta cuestión tiene un amplio recorrido que ha sido estudiado en diversas ocasiones por la autora y que sistematiza aquí valorando la evolución que ha obtenido. El segundo aborda el análisis de las resoluciones que llevaron a la exclusión de deportistas rusos en los pasados Juegos Olímpicos de Río 2016 manteniendo tesis críticas sobre las mismas. Finalmente, Alfonso García Figueroa recrea la figura de Ronald Dworkin, quizá el último gran filósofo del Derecho que nos ha dejado, y de su influencia en la academia española, a partir del trabajo publicado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el año pasado sobre su legado y en el que tomó parte un conjunto relevante de iusfilósofos españoles.

La sección de *Voces en Cultura de la Legalidad* incluye diez nuevas aportaciones. Las tres primeras, escritas por Susanna Pozzolo, Beatriz Arriagadas y Álvaro Núñez, tienen un carácter eminentemente teórico, la primera como doctrina – *neoconstitucionalismo*–, la segunda como concepto –*derecho subjetivo*– y la tercera como reglamentación de un proceso: la *interpretación jurídica*. Los derechos humanos son el objeto de las voces de Carmen Montesinos (*tutela multinivel*) y Mónica Mazariegos (*derecho de consulta* de pueblos indígenas). La perspectiva internacional alienta las aportaciones de Ángel Aday, Rodrigo Lledó y Alfredo Liñán que rezan *Derecho global*; *Principio de legalidad internacional* y *Crímenes de guerra*, respectivamente. Alberto Muñoz contribuye con una entrada original: *inversión responsable* que afianza la expansión de la doctrina de la cultura de la legalidad. Finalmente, Emilio Pajares nos regala una síntesis de décadas de investigación en la materia con la entrada *financiación ilegal de los partidos políticos*.

El *Releyendo a...* viene de la mano de Francisco Martínez Mesa y supone la recuperación y primera edición en español de *La Exposición de la doctrina sansimonia* protagonizada por los discípulos de Saint Simon. Este texto se presenta como un rescate de una doctrina que, a la luz del profesor de la Complutense, adquirió una significación propia más allá de la sombra del maestro y que anticipó algunas de las grandes cuestiones de las sociedades industriales. En definitiva, una iniciativa que se perfila como «un modesto ejercicio de justicia».

Finalmente, el *Rincón de Lecturas* incluye las tres subsecciones que se han mantenido en los últimos números de la revista. El *Debatiendo* concita las opiniones de Joan Navarro y Fernando González sobre el texto de Elisa de la Nuez que fue publicado en la anterior entrega. Creo que no es necesario un gran esfuerzo argumentativo para justificar la pertinencia y oportunidad del tema: las puertas giratorias. El *Book fórum* se dedica al trabajo que Sebastián Escámez Navas publicó hace un par de años sobre la tolerancia. Paloma de la Nuez y Manuel Toscano son sus comentaristas y reciben la respuesta del autor. Finalmente, el número se cierra con cuatro notas críticas a cargo de Miguel Fernández, Ricardo Cueva, Carlos Alonso y Jorge Rodríguez sobre monografías publicadas en 2015 y 2016 y cuyos perfiles se encuadran en las líneas editoriales de la revista.

En definitiva, entregamos al lector un nuevo número de *Eunomía* y conseguimos hacerlo en los plazos debidos y tras haber satisfecho los protocolos de calidad al uso en el funcionamiento de las revistas académicas. Una vez más quisiera dejar constancia de que ello solo es posible por el trabajo generoso y libérrimo de los

autores de los trabajos publicados y de sus traductores; de los proponentes de trabajos que no han llegado a ser publicados; de los miembros de los consejos científico, de redacción y editorial; de los profesionales de los servicios de publicación electrónica así como, finalmente, al numeroso grupo de evaluadores que, desprendidamente, examinan con rigor los trabajos que son sometidos a su juicio. El simple enunciado de esta nómina da idea de la relevancia del trabajo colectivo que se halla detrás de cada número de la revista. Ojalá que toda esta labor merezca la aprobación del lector y que resulte de utilidad a académicos y profesionales interesados en las materias aludidas bajo el rótulo de la Cultura de la Legalidad.



Comity entre Autoridades¹

Comity among Authorities

Timothy Endicott²

University of Oxford

timothy.endicott@law.ox.ac.uk

Recibido / received: 16/09/2016

Aceptado / accepted: 20/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3277>

Resumen

A menudo, las autoridades necesitan decidir si siguen la decisión de otras para llevar a cabo sus propias responsabilidades. Las consideraciones relevantes son muy variables dependiendo de los contextos, pero hay algunos principios generales sobre la forma en la que las autoridades deben aproximarse a las decisiones de otras. Entre ellos, el más importante es el principio de *comity*: esto es, que la autoridad que juzga (a la que llamo 'segunda autoridad') debe actuar en forma tal que respete la capacidad de la otra (la 'primera autoridad') para llevar a cabo su papel. El deber de *comity* no es un deber de confiar en la primera autoridad. No requiere que la segunda autoridad apruebe las decisiones de la primera. El deber no surge de los derechos de la primera autoridad, ni siquiera del éxito de la primera autoridad para llevar a cabo sus deberes, sino de los deberes de la segunda autoridad hacia las personas que la primera y segunda autoridad sirven. Las razones a favor del principio de *comity* sostienen otros dos principios: por un lado, que la segunda autoridad tiene una responsabilidad limitada por la justicia, y, por otro, que no tiene un deber general de coincidir con el juicio de la primera autoridad.

Palabras clave

Autoridad, relaciones entre autoridades, jurisdicción.

Abstract

An authority often needs to decide whether to go along with a decision of another authority, in order to carry out its own responsibilities. The relevant considerations vary widely among different contexts, but there are some general principles of the approach that authorities ought to take towards the decisions of others. The most important is the principle of *comity*: that the authority passing judgment (I call it the 'second authority') ought to act in a way that respects the capacity of the other (the 'first authority') to carry out its own role. A duty of *comity* is not a duty to trust the first authority. It does not require the second authority to

¹ La versión inglesa de este trabajo se publicó en *Current Legal Problems* (2015) 1-26. La traducción española ha estado a cargo de José Ignacio Morales Simón.

Nota del traductor: No existe en español una traducción literal para *comity*. Normalmente se traduce como *reciprocidad* o *cortesía*, sin embargo, son conceptos distintos y de hecho en el artículo se defiende que *comity* no es cortesía ni reciprocidad. Asimismo, el término *deferencia* (*deference*) tampoco corresponde a *comity* y por lo tanto algunas de las conclusiones a las que llega el artículo no aplicarían a ese concepto. Por tanto, se dejará el término *comity* en inglés.

² Catedrático de Filosofía del Derecho, Fellow en Balliol College, y ex-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford.

Estoy agradecido por los muchos comentarios de los participantes en las discusiones en el University College London, las Universidades de Toronto, McMaster y Saskatchewan; y la *Analytical Legal Philosophy Conference* en la Universidad de Southern California en abril de 2015, y en particular a Annalise Acorn, Alan Brudner, John Gardner, Robin Kar, Joseph Raz y Jeremy Waldron.



approve of the decisions of the first. It arises not from the rights of the first authority, nor even from the first authority's success in carrying out its duties, but from the second authority's duties to those whom the second authority serves, and to those whom the first authority serves. The reasons for the principle of comity support two further principles: that the second authority has limited responsibility for justice, and that the second authority has no general duty to agree with the judgment of the first authority.

Keywords

Authority, relations among authorities, jurisdiction.

SUMARIO. 1. El Problema de los n-Cuerpos. 2. *Comity*. 3. ¿Por qué actuar con *Comity*?. 4. *Comity* y Derechos y Deberes. 5. *Comity* y Mutualidad. 6. El principio de Responsabilidad Limitada por la Justicia. 7. El Principio de Desacuerdo. 8. *Comity* y Jerarquía en un Sistema Jurídico. 9. Los límites del *Comity*. 10. Jurisdicción. 11. Conclusión.

1. El Problema de los n-Cuerpos

Consideremos cuatro casos en los que una autoridad necesita tomar en cuenta la decisión de otra:

- Una madre llega al partido de fútbol de la escuela de su hijo y lo encuentra peleando con otro niño, y el papá del otro niño intenta ejercer su autoridad para resolver el problema.
- Un teniente llega al patio de armas y ve al sargento instruyendo a los soldados en sus ejercicios.
- A una corte se le pide revisar la decisión de una autoridad administrativa.
- A una corte se le pide ejecutar una sentencia de una corte extranjera.

A estos casos los llamaré los 'cuatro casos'. Dichos casos son instancias de una situación general en la que una autoridad (a la que llamaré 'segunda autoridad') necesita decidir si debe seguir la decisión de otra autoridad (a la cual llamaré 'primera autoridad').

¿Qué actitud debe tomar la segunda autoridad respecto a la decisión de la primera autoridad? La pregunta involucra problemas mucho más complicados para la teoría sobre la autoridad que la relación binaria entre una autoridad y el sujeto de la autoridad. Sir Isaac Newton encontró una forma de describir la interacción gravitacional entre dos cuerpos cualquiera. Estudiando el movimiento de la tierra y de la luna, Newton descubrió que si se añade un tercer cuerpo al sistema –como el sol– los problemas se vuelven inmensamente más complejos; él nunca pudo resolver el problema del *tercer cuerpo*. Doscientos años después Poincare estableció que no existe una solución analítica general al problema de los *n-cuerpos*, esto es, sobre cómo describir la interacción gravitacional entre los cuerpos, cuando *n* es mayor que dos (Wolfram Media, 2002, p. 972). Todas las situaciones que discutiré aquí involucran a más de dos cuerpos: por lo menos a dos autoridades, y cuando menos, a una persona o institución sujeta a más de una autoridad.

Se puede pensar que al igual que con el descubrimiento de Newton, no hay una solución analítica general al problema sobre cómo deben interactuar las



autoridades, y se tendría razón. Sin embargo, hay algunas cosas que en general se pueden decir sobre cómo debe aproximarse la segunda autoridad a la decisión de la primera. Tampoco intento elevar mucho las expectativas que deben ser muy bajas: es muy poco lo que puede decirse con carácter general. Depende demasiado de las autoridades y de las personas en cuestión, de las circunstancias en las que una autoridad debe juzgar las decisiones de otra y de los problemas involucrados en esas decisiones y en ese juicio. El segundo padre (la madre) en el partido de fútbol puede ser la hermana del primer padre, o una amiga cercana, o una enemiga acérrima, o puede ser que no se conozcan. El teniente puede tener órdenes del capitán para no intervenir con el sargento. El órgano administrativo que se encuentra sujeto a control judicial puede ser un tribunal de salud mental que decide si se debe detener a alguien contra su voluntad, o puede ser un gobierno central que decide cuántos recursos se deben destinar a los gobiernos locales. La Unión Europea (UE) pudo haber emitido reglas sobre el efecto de las sentencias de un país extranjero en el Reino Unido y así sucesivamente ¿Podría decirse algo en general sobre el problema de los *n-cuerpos* de autoridad?

Existen, por lo menos tres principios muy abstractos e interrelacionados. El primero es el principio de *comity*:

El Principio de Comity: La segunda autoridad debe actuar, en la medida de lo posible, con respeto hacia la autoridad legítima de la primera.

Este principio puede requerir que la segunda autoridad siga la decisión de la primera autoridad, cuando ésta haya sido tomada dentro de la jurisdicción de aquélla (véase la sección sobre ‘Jurisdicción’). Por ‘seguir’ la decisión me refiero a tratar a la decisión como autoritativa. Debido a la diversidad de interacciones entre autoridades, seguir la decisión de la primera autoridad puede involucrar una variedad de acciones o disposiciones: reconocer la validez de la decisión, cumplir con ella o darle alguna forma o efecto, requerir a alguien que cumpla con ella, abstenerse de interferir con ella, o en general, abstenerse de socavar la capacidad de la primera autoridad para ejercer su autoridad respecto a la decisión. En los cuatro casos, si sus decisiones son tratadas como autoritativas, el primer padre, el sargento, la autoridad administrativa y la corte extranjera serán tratadas con *comity*.³

Puede haber una variedad de razones por las que la segunda autoridad deba seguir la decisión de la primera. Por ejemplo, la primera autoridad puede ser admirable, o una decisión en particular puede haber sido buena (o puede haber muchas otras razones). Sin embargo, aquí sostendré que el principio de *comity* no depende de la justificación de una decisión particular por parte de la primera autoridad, o de las razones por las que la segunda autoridad deba admirar o confiar en la primera autoridad. Además, no depende de la reciprocidad o de la cortesía hacia la primera autoridad. Las razones básicas y generales para el *comity* se encuentran en el servicio que la segunda autoridad (la que actúa con *comity*) debe proporcionar a las personas que están sujetas a su propia autoridad y al valor de la capacidad de la primera autoridad para proporcionar un servicio a las personas sujetas a ella.

Dichas razones para el principio de *comity* sostienen otro principio:

³ No se sigue que la segunda autoridad trata *sin comity* a la primera, si la segunda autoridad no sigue una decisión tomada fuera de la jurisdicción de la primera autoridad. Ver la sección sobre “Jurisdicción”.

El Principio de Responsabilidad Limitada por la Justicia: La segunda autoridad no tiene un deber general (y puede no tener jurisdicción) para arreglar la situación de acuerdo a lo que la primera autoridad hubiera elegido, si la primera autoridad hubiera tomado la decisión correcta.

Uso la palabra 'justicia' en un sentido amplio, para incluir todo lo que la primera autoridad debió haber hecho conforme a los derechos de las personas afectadas por su decisión. El principio de responsabilidad limitada por la justicia es una instancia de un principio más amplio: que la jurisdicción de las autoridades es limitada en tanto que su capacidad para servir a sus sujetos es limitada.

El tercer principio está relacionado:

El Principio de Desacuerdo: En general la segunda autoridad no tiene un deber de estar de acuerdo con el juicio de la primera autoridad.

El principio de desacuerdo es un corolario del principio de responsabilidad limitada por la justicia: la segunda autoridad no necesita estar de acuerdo en que la primera autoridad haya decidido correctamente para justificar el seguir dicha decisión. El principio de desacuerdo es comparable con el principio de *comity* porque el respeto justificable a la función de la primera autoridad no depende de que la primera autoridad haya tomado la decisión correcta (al igual que la obediencia justificable a una autoridad no depende de que la autoridad haya tomado la decisión correcta).

Estos principios aplican en general al problema de los *n*-cuerpos sobre la autoridad, incluso en la forma abstracta en la que lo abordaré (en la que los cuatro casos son instancias del problema).

2. Comity

Si usáramos '*comity*' en un sentido amplio para referirnos a una actitud apropiadamente positiva hacia las autoridades legítimas, podríamos decir que *comity* incluye la correcta obediente actitud de una persona o institución que, en su propio ejercicio de autoridad, está sujeta a la autoridad de otra (tal como una corte inglesa está sujeta a una ley emitida por el Parlamento o a un precedente de una corte superior). Sin embargo, para nuestros propósitos, deberíamos pensar en *comity* en un sentido más estrecho, como el respeto que le debe la segunda autoridad a la primera autoridad cuando aquélla no está sujeta a las decisiones de la primera (intentaré justificar este entendimiento de *comity* al final de la sección sobre *comity* y derechos y deberes).

En cada uno de los cuatro casos, la segunda autoridad no tiene un deber de obedecer a la primera. Si en el partido de fútbol el segundo padre (la madre) le dice a su hijo que no haga lo que el primer padre le dijo, o si el teniente revoca las decisiones del sargento, o una corte anula una decisión administrativa, o declina hacer efectiva una sentencia extranjera, la segunda autoridad no desobedece a la primera. Del mismo modo, si la segunda autoridad sigue a la primera, la segunda autoridad no obedece a la primera. *Comity* es la actitud que la segunda autoridad muestra cuando sigue la decisión de la primera autoridad, sin obedecer a la primera autoridad.

¿Es significativo distinguir, de esta forma, entre el deber de una autoridad de obedecer a otra y su deber de seguirla cuando no está obligada a obedecer?

Imaginemos dos escenarios distintos. En ambos estamos ante un adolescente y su papá. En el primero, el adolescente sabe que su mamá dijo que no podía salir en la noche y el papá le dice que no puede salir porque su mamá dijo que no podía. En el segundo, el adolescente y el papá están en un coche y el padre detiene el auto porque un policía se lo ordena. Imaginemos que en ambos escenarios, el adolescente le reprocha a su papá seguir ciegamente lo que alguien más dijo que hiciera, en lugar de tomar sus propias decisiones. En ambos escenarios, el papá podría tener una buena respuesta. En el escenario con el policía, podría ser una buena respuesta decir que tiene que obedecer al policía (y podría dar las razones de ello). En el escenario en el que la mamá dijo que no podía salir en la noche, la buena respuesta no necesita de ninguna razón que el papá tenga para obedecer a la mamá. Podría estar tratando a la mamá como si tuviera autoridad sobre el adolescente, no sobre él. Su actitud hacia la mamá puede en varias formas ser distinta a una actitud de obediencia (como la que muestra hacia el policía). Si hubiera estado ahí cuando la mamá dijo que el adolescente no podía salir, la decisión la podrían haber tomado juntos. Ella puede no tener autoridad para ordenarle al papá que impidiera que el adolescente salga. En el primer escenario, el padre está ejerciendo autoridad sobre el adolescente cuando sigue lo que la mamá decidió; en el segundo, está obedeciendo al policía.

Ahora consideremos los cuatro casos. En cada uno de ellos, la segunda autoridad no tiene el deber de obedecer a la primera autoridad,⁴ pero debe decidir si el buen ejercicio de su autoridad requiere que siga la decisión de la primera autoridad. En los cuatro casos, el principio de *comity* deja espacio para la posibilidad de que la segunda autoridad pueda tener razones para no seguir la decisión de la primera autoridad. Abordaré los límites de *comity* más adelante, pero antes debemos preguntar por qué es bueno actuar con *comity*.

3. ¿Por qué actuar con *Comity*?

Los especialistas en derecho internacional privado han pensado en ello más que nadie. Podemos partir de su trabajo y de ahí derivar los principios abstractos que aplican de diferentes formas en otros contextos. Evidentemente, no podemos partir de los resultados obtenidos por ellos como una categoría, ya que ellos no están de acuerdo. Los jueces y académicos estadounidenses desarrollaron la noción de que el *comity* era la razón subyacente de gran parte del derecho internacional privado. Aquí hay un ejemplo en el famoso caso de la Suprema Corte de Estados Unidos en 1895, *Hilton v Guyot*:

La medida en la que al Derecho de una nación... se le permita operar en el dominio de otra nación depende de lo que nuestros más grandes juristas han llamado '*comity* entre naciones'. Aunque la frase ha sido frecuentemente criticada, no ha sido sugerida ninguna sustitución satisfactoria. '*Comity*'... es el reconocimiento que una nación le da en su territorio al poder legislativo, ejecutivo o judicial de otra nación, teniendo debido respeto tanto al deber internacional y a la conveniencia como a los derechos de sus propios ciudadanos o de otras personas que se encuentren bajo la protección de sus leyes.⁵

⁴ Hay que notar que en el tercer y cuarto caso, puede haber reglas de Derecho administrativo o de Derecho internacional privado que obliguen a que las cortes actúen de tal forma que respeten la autoridad de un organismo administrativo o una corte extranjera. Esas reglas pueden encontrar su justificación en el *comity* y podemos sostener que requieren que las cortes actúen con *comity*. En cualquier caso, sería correcto decir que aún si la corte está obligada conforme a la ley a darle efectos a su decisión, ésta no está *obedeciendo* al organismo administrativo o a la corte extranjera.

⁵ *Hilton v Guyot* 159 US 113 (1895, pp. 163-64) (Justice Gray por la mayoría)

Sin embargo, algunos destacados jueces y académicos norteamericanos desconfían de ello. Benjamin Cardozo es un ejemplo:

No somos tan localistas como para sostener que cada solución a un problema está equivocado porque hacemos las cosas de manera diferente en casa... La engañosa palabra '*comity*' ha sido responsable de gran parte del problema. Ha sido fértil propiciando una discrecionalidad no regulada por principios generales.⁶

Algunos académicos ingleses han sospechado del *comity* por razones similares. Dicey, en la primer edición de su libro, sostuvo que las disputas sobre si la observancia del derecho extranjero es un asunto de *comity* eran 'una ociosa logomaquia' y que el uso de la palabra '*comity*' sugerida en la aplicación del derecho extranjero era 'un asunto de capricho o favor' por parte del juez, o para que las cortes inglesas dieran efecto al derecho francés por cortesía hacia la República Francesa, cuando la verdadera razón es evitar 'grandes inconveniencias e injusticias' (1896, p. 14). La décimo quinta edición de Dicey, Morris y Collins mantiene sus dudas sobre el *comity*; 'un término con un contenido muy elástico' (2012, pp. 5-6). Este famoso tratado todavía argumenta que el derecho francés debe tener efecto 'para hacer justicia entre las partes y no por ningún deseo de mostrar cortesía hacia la República Francesa', sugiriendo que hacer efectivo al derecho extranjero puede ser una cuestión de justicia, mientras que *comity* es, por el contrario, un asunto de cortesía (2012, pp. 5-6).

Cheshire, North y Fawcett son incluso más hostiles hacia el *comity*. Consideran que el *comity* 'ha sido empleado de una manera insignificante o engañosa' y que el '*comity* implica una relación bilateral y no unilateral', lo cual asume reciprocidad (cuando por lo menos, las reglas del derecho internacional privado inglés, no dependen de ella). En la opinión de dichos autores, 'la palabra en sí misma es incompatible con la función judicial, ya que el *comity* es un asunto para los soberanos, no para jueces que tienen que decidir un caso de acuerdo a los derechos de las partes' (2008, p. 4). Creo que estas afirmaciones subestiman al *comity* al sugerir que no tiene que ver con los derechos de las partes y subestiman el rol de los jueces al sugerir que una sentencia judicial no puede constituir un ejercicio de la soberanía del estado.⁷

En sus Conferencias de la Haya en 2011 sobre 'El Principio de *Comity* en el Derecho Internacional Privado', Adrian Briggs concluye que 'la observancia del principio de *comity* es la esencia, la regla, del *Common Law* del Derecho internacional privado' (2011, p. 82).⁸ 'Es tanto el ancestro', sostiene 'como la servidora del Derecho internacional privado' (2011, p. 88), lo que significa, tal como él claramente lo sostiene, que el principio explica cómo es el Derecho internacional privado que tenemos y, asimismo, ofrece una guía para su desarrollo.

⁶ *Loucks v Standard Oil Co of New York* 120 NE 198 (1918) 202-03.

⁷ Sobre la idea que la adjudicación puede ser un acto de soberanía ver Adrian Briggs (2011).

⁸ 'El principio de *comity* explica la forma del derecho perfectamente bien, y otras explicaciones son solo intentos de falsear el derecho' (2011, p. 115). cf también Joseph Story, (1834, pp. 33-38): 'Entonces, no sólo no es impropio usar la frase "*comity* entre naciones", sino que es la frase más apropiada para expresar la verdadera fuente de la extensión de la obligatoriedad del derecho de una nación en los territorios de otra' (citada en *Hilton v Guyot*, p. 165).

El profesor Briggs insiste en que *comity* no es reciprocidad,⁹ y que ‘sobre todo, *comity* no es deferencia; no es el ejercicio de conceder poder decisonal, o derecho superior, a otro’ (2011, p. 91). Concuera con la décimo quinta edición de Dicey, Morris y Collins (del que él fue uno de los editores) en que las cortes inglesas no hacen efectivo el derecho francés por cortesía con la República Francesa. En su opinión, *comity*, por sí mismo, no es un asunto de favor o cortesía hacia el estado extranjero. Es un principio de respeto al trabajo de las autoridades legislativas y jurisdiccionales de otras jurisdicciones y, en el derecho internacional privado involucra el ‘principio de territorialidad’ consistente en que los soberanos tienen autoridad sobre su territorio: ‘*Comity* establece el derecho en términos escrupulosamente respetuosos de la soberanía territorial y de la no-interferencia.’ (2011, pp. 82 y 91).

Briggs da una compleja y persuasiva explicación de cómo las reglas del derecho internacional privado reflejan el principio de *comity*. *Comity* dice él:

- (1) requiere que una corte respete y no cuestione las leyes de un estado extranjero en tanto se apliquen a personas, propiedades o hechos localizados en la jurisdicción territorial del estado extranjero;
- (2) requiere que una corte respete y no interfiera con la integridad de las órdenes judiciales hechas por un tribunal extranjero mientras éstas se apliquen a personas y propiedades que se encuentren en la jurisdicción territorial del estado extranjero; y
- (3) requiere que una corte respete y no interfiera con la integridad de los procesos judiciales seguidos ante cortes del Estado extranjero (2011, p. 181).

El respeto a las instituciones de otro estado le da una razón de ser a las reglas de Derecho internacional privado, un motivo para identificar y criticar los traspiés en el desarrollo del Derecho y un motivo para decidir judicialmente cuestiones no resueltas: *comity* requiere respeto a el país de otras personas, y en particular a la jurisdicción legislativa sobre su territorio y a la adjudicación de disputas ante sus cortes competentes.

¿Por qué deberíamos respetar la soberanía (y por consiguiente a la autoridad) de otros estados y su ejercicio por parte de sus instituciones? Pongamos a un lado, como lo hace Briggs, la esperanza de reciprocidad, el miedo a represalias y la cortesía, ninguno de los cuales es un fundamento para el respeto que se muestra a las sentencias extranjeras.

Propongo que la razón para esta forma de respeto es un equivalente horizontal (o como podría llamarse, un aspecto horizontal) del principio de subsidiariedad.¹⁰ En su aspecto vertical, la subsidiariedad justifica el gobierno local

⁹ ‘No le damos efecto a las leyes extranjeras ni aceptamos las sentencias extranjeras como concluyentes, porque deseamos que otras cortes reflejen nuestras reglas; no condicionamos estos actos a lo que pensamos que una corte extranjero hizo o pudo hacer’ (2011, p. 90). *Hilton v Guyot* uso la reciprocidad como un límite al reconocimiento de sentencias extranjeras, y Briggs sostiene que usar el *comity* de esa forma es ‘una Muy Mala Idea’ (2011, p. 148; sobre *Hilton v Guyot*, pp. 145-46).

¹⁰ Utilizo el término ‘subsidiariedad’ en un sentido amplio. En el derecho europeo el principio de subsidiariedad consiste en prevenir que la Unión Europea tome decisiones que pueden ser tomadas adecuadamente en un nivel más local: ‘En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá *sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión* (Tratado de la Unión Europea, art. 5 (3), énfasis añadido) Si en lugar del pasaje enfatizado el Tratado dispusiera ‘*si y sólo si los*

en muchos países y, en algunos otros, el federalismo y, en otros aspectos, los gobiernos supranacionales porque los poderes del gobierno se encuentran mejor colocados en instituciones cercanas al pequeño grupo de personas que están especialmente involucrados con la autoridad en cuestión (como cuando una autoridad local tiene poder de decidir dónde instalar alumbrado público), salvo que hayan razones para otorgar el poder de decisión a una institución diseñada para tomar en cuenta intereses más amplios, o diseñada para evitar la distorsión de la toma de decisiones por presión de intereses locales irrelevantes (como cuando se les da poder a las instituciones de la UE para regular el mercado común).

El equivalente horizontal, o el aspecto horizontal, de la subsidiariedad es el principio mediante el que se puede esperar que los franceses hagan un mejor trabajo que las cortes estadounidenses regulando los derechos de propiedad y las transacciones comerciales francesas, y resolviendo las disputas respecto a las transacciones de propiedad en Francia. Las autoridades francesas deben tener la pericia para regular esos aspectos de la vida de su comunidad. Si fueron capaces de regular transacciones prospectivamente, tendrán la capacidad de lograr la coordinación que su comunidad necesita. Sus instituciones tienen responsabilidades políticas que no tienen las cortes estadounidenses al aplicar leyes que regulan, por ejemplo, las transacciones comerciales e inmobiliarias en Francia.

Pienso que es importante que sean exactamente esas mismas características de las instituciones legales francesas las que le dan legitimidad a la autoridad que reclaman sobre las personas y los asuntos en su jurisdicción, llevando a cabo esas formas de gobernanza. Aunque el problema de los *n*-cuerpos en las relaciones entre autoridades es más complicado que el problema de dos cuerpos en la legitimidad de las directivas de una autoridad *vis a vis* una persona aparentemente sujeta a ella, estos problemas están relacionados: si las cortes de un estado extranjero tienen legitimidad para resolver disputas sobre transacciones civiles y mercantiles en su país, entonces hay una buena razón para que las doctrinas de derecho internacional privado requieran que las cortes reconozcan las sentencias extranjeras.

Aunque dudemos de la proclividad de las autoridades francesas para hacer justicia e implementar una buena política, deberíamos tener un sano realismo –que podría ser fatalismo- para admitir que no podemos esperar que una corte de los Estados Unidos de América (en adelante EUA) haga un mejor trabajo cuando se le pregunte qué derechos surgen de transacciones realizadas entre las partes en Francia, que una corte francesa que haya dictado una sentencia sobre el tema. Es importante mantener este realismo en mente que explica por qué *comity* no implica confianza. La confianza depende de la expectativa de que el otro va a actuar bien. El *comity* sólo depende de la expectativa de que las cosas irían menos bien si la primera autoridad no es tratada como tal. Además, es posible identificar a una institución francesa como una autoridad, sin juzgar o presuponer que se va a conducir bien.

Cuando una corte francesa aplica Derecho francés para resolver una disputa sobre una propiedad en Francia y la parte derrotada traslada la titularidad de los activos EUA, la subsidiariedad horizontal apoya la proposición de que las cortes estadounidenses deberían estar dispuestas a hacerse cargo del asunto (porque ahora que los activos están en EUA, las cortes americanas pueden hacer un mejor

objetivos de la acción pretendida pueden alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, por la Unión' entonces estaría suscribiendo la visión de la subsidiariedad (vertical) en el sentido más amplio que uso aquí.



trabajo que las francesas resolviendo la disputa y aplicando sus disposiciones) y también apoya la proposición de que las cortes estadounidenses deben reconocer y hacer efectiva la sentencia de la corte francesa. La razón del reconocimiento de las decisiones extranjeras es hacer justicia para las partes ante una corte americana. Eso es, como sostuvo Dicey, para 'evitar grandes inconvenientes e injusticias'. Sin embargo, eso no significa que el derecho internacional privado necesite otro principio distinto al de *comity*; significa, como Briggs sugiere, que la justicia y la conveniencia (i.e. una buena política) pueden requerir respeto por las instituciones de otras personas, lo cual es un asunto de *comity*.

Podemos derivar del principio de *comity* en Derecho internacional privado un principio general de *comity* entre autoridades. El principio consiste en que la segunda autoridad debe actuar, cuando sea posible, respetando la legitimidad de la autoridad de la primera. Podemos reformular y elaborar las razones para el *comity* entre autoridades, refiriéndonos a los roles de los padres en el partido de fútbol escolar. El segundo padre es una autoridad para su hijo (Niño 2) y el primer padre lo es igualmente para el suyo (Niño 1). En un partido de fútbol los padres pueden tener autoridad subsidiaria sobre los niños que no son sus hijos (debido a las capacidades que los padres adquieren por su madurez y su experiencia y, como puede ser, por prácticas que involucren a los padres para que las cosas funcionen bien en los partidos de fútbol). Por eso el primer padre puede tener algún tipo de autoridad sobre el Niño 2. La capacidad del primer padre para servir al Niño 1 como su padre es valiosa. El segundo padre (la madre) tiene razones para tratarla como valiosa, sin que haya evaluado el desempeño del primer padre. El solo hecho de que sea el papá del Niño 1 significa que el segundo padre no debe tratar al primer padre irrespetuosamente (ni con menosprecio) enfrente del Niño 1. Asimismo, el segundo padre (la madre) razonable valorará la autoridad subsidiaria que el primer padre puede tener sobre su propio hijo (Niño 2), si es que tiene ese tipo de autoridad. Ella claramente tendrá una preocupación particular por hacer un buen trabajo sirviendo al Niño 2 como su madre.¹¹ Para hacer eso, deberá tomar en cuenta las razones 'dependientes', como las llama Joseph Raz, que aplican al Niño 2.

La tesis de la dependencia en la teoría de Raz sobre la autoridad consiste en que 'todas las directivas de la autoridad deben basarse, entre otros factores, en las razones que sean aplicables a los sujetos de esas directivas y que versen sobre las circunstancias cubiertas por esas directivas' (1994, p. 198). Aquí, nos preocupamos por las directivas que el segundo padre (la madre) puede dar a su hijo, o a otros niños. Las razones que el Niño 2 tiene para obedecer al primer padre son razones dependientes en este sentido: el segundo padre (la madre) debe tenerlas en cuenta y puede basar en ellas sus directivas a su hijo. La madre tiene la oportunidad (y la responsabilidad) de mediar entre su hijo y las razones para actuar que él tiene, que es por lo que Raz llama a su explicación 'la concepción de la autoridad como servicio' (1994, p. 198). El servicio a su hijo debe estar basado en ser consciente y respetar las razones que su hijo pueda tener, en virtud del ejercicio legítimo de autoridad del primer padre. Además, el segundo padre no debe intervenir de una manera dañina con la capacidad del primer padre para servir como autoridad a su hijo (y al hijo de ella, así como a otros niños).

En la escena en la que el primer padre intenta resolver el altercado entre el Niño 1 y el Niño 2, el segundo padre necesita tratar las razones que aplican al Niño 2, en virtud de las decisiones del primer padre, como razones dependientes (esto

¹¹ Debido a que ella es razonable, también buscará tratar a otras personas decentemente. Siendo que ese fin tiene su propia lógica, pienso que ella nunca lo verá como parte esencial de su intención de hacer un buen trabajo como mamá del niño.

es, como razones que aplican al Niño 2, y sobre las cuales está basado su propio ejercicio de autoridad). Ella debe tratar al Niño 2 –su propio hijo– como alguien que está sujeto a la (asumimos subsidiaria) autoridad del primer padre. Si el primer padre intentó ejercer su autoridad imponiendo una resolución al altercado, entonces el segundo padre normalmente debe estar preparado para seguirla y someter a su hijo a ella.

4. Comity y Derechos y Deberes

En el Derecho internacional privado, el principio de *comity* puede determinar la adscripción de derechos en el sistema legal. Sin embargo, los derechos en cuestión no son derechos de la corte francesa o de la República Francesa. Son derechos de una de las partes de la demanda ante la corte del país al que se le pide haga efectivo el derecho francés o una sentencia francesa.

Al igual que en el partido de fútbol, los derechos en cuestión son primordialmente derechos de los Niños, quienes tienen derecho a una conducta de cada padre que respete la capacidad del otro para servir a los Niños. No se trata principalmente de una cuestión de derechos del primer padre, que el segundo padre debe respetar al intervenir en el altercado.

Se podría decir que el primer padre tiene derecho a que se respete su autoridad y que el segundo padre (la madre) tiene el deber de prestar la debida atención a sus intentos de hacer las paces entre el Niño 1 y el Niño 2. Pero el primer padre sólo tiene derecho a quejarse si (y entonces, pienso que, porque) el comportamiento del segundo padre no muestra suficiente consideración al servicio que el primer padre proporciona al Niño 1 y al Niño 2. Si el primer padre trabaja conscientemente para que hagan las paces y no está fracasando absolutamente, tiene derecho a la cooperación del segundo padre (la madre). Pero ese derecho a la cooperación no nace porque su estatus de autoridad lo haga merecedor de un trato VIP. Resulta del deber del segundo padre hacia los niños. Podemos decir que el segundo padre (la madre) tiene un deber de *comity* hacia el primer padre, pero eso en realidad no es todo. Lo principal es la relación entre el segundo padre (la madre) y el Niño 2, y el deber que tiene el segundo padre (la madre) de darle un valor real a la relación entre el primer padre y el Niño 1. Los derechos del primer padre son secundarios, y resultan de consideraciones primordiales.

La responsabilidad que tiene el segundo padre (la madre) de mostrar respeto al primer padre deriva de las razones que justifican la autoridad que cada padre tiene. Asimismo, en el control judicial los deberes de las cortes de *comity* hacia (por ejemplo) una junta directiva escolar derivan de las razones por las cuales la comunidad ha instituido una junta directiva escolar como autoridad (en lugar de permitir que los jueces dirijan las escuelas), pero la comunidad también ha instituido el control judicial (en lugar de dejar a las personas sin un recurso contra los abusos de las juntas directivas escolares). La razón general básica para que una corte actúe con *comity* hacia una junta directiva escolar no es que sus miembros tengan derecho a un tratamiento VIP, sino que es valioso para la comunidad en la que la junta directiva escolar realmente tiene autoridad para administrar escuelas.

En la naturaleza derivada de los deberes de una autoridad hacia otra, encontramos una explicación de la noción que tienen los abogados de Derecho internacional privado de que el *comity* hacia las autoridades francesas no existe por el bien de la República Francesa, sino por el bien de las personas que están sujetas a los actos autoritativos de las instituciones francesas. Pienso que esto también

explica por qué los abogados de Derecho internacional privado son ambivalentes sobre si el *comity* es una cuestión de deber y, de hecho, por qué usan el término escurridizo '*comity*'. Viene a colación el *dictum* del Magistrado Gray en *Hilton v Guyot*:

En el sentido legal '*Comity*', por un lado, no es una cuestión de absoluta obligación y por el otro tampoco de cortesía y buena voluntad (*Hilton v Guyot*, 1895, pp. 163-64).

Los jueces no saben claramente si deben llamar al *comity* una obligación, porque parece que no se tiene ninguna obligación con *la autoridad extranjera*. Pero los jueces no quieren llamarla una mera cortesía y niegan que esté abierto a la mera discreción.¹² Entonces apelan al principio, y le llaman '*comity*', causando insatisfacción en algunos académicos ingleses. Como Briggs resalta, la 'visión inglesa tradicional' objeta que 'el *comity* está insuficientemente definido para ser de utilidad práctica' (2011, p. 148).

Si consideramos al *comity* como involucrado en el servicio que la segunda y la primera autoridad pueden proporcionar a las personas sujetas a ellas, podemos entender la ambivalencia en las relaciones entre *comity* y obligación. Podemos sostener, sin temor a equivocarnos, que *comity* hacia otras autoridades puede involucrar un deber de parte de una autoridad de seguir las decisiones de otra. Pero ese deber *hacia* otras autoridades es sólo una derivación de lo que es debido a las personas sujetas a dichas autoridades. Por eso es una noción útil, y también útilmente distinguible del deber de una autoridad subordinada de obedecer a una autoridad más alta. El *Comity* involucra un deber de respeto por parte de la segunda autoridad a las decisiones que no la obligan.

5. *Comity* y Mutualidad

Se podría decir que el *comity* involucra mutualidad (lo cual considero que significa que se comparte la actitud de *comity* entre la primera y la segunda autoridad) y reciprocidad (lo cual considero que significa la disposición de una autoridad para hacer lo que la otra haría en esa misma situación). En el altercado en el partido de fútbol, las cosas podrían ser mejores si el primer padre y el segundo padre (la madre) actuaran con reciprocidad y cooperan como amigos. Esto es, como sostiene Aristóteles: con amistad,¹³ con apreciación de la bondad del otro (no sólo como seres humanos, sino cada uno como el particular ser humano que son ella o él, en su relación con el otro). Con una apreciación mutua del carácter y las actitudes del otro puede ser más fácil para los padres servir a sus hijos responsable y efectivamente.

No supongo que las amistades sean enteramente recíprocas, los buenos amigos no hacen exactamente lo mismo el uno por el otro. Pueden ser muy diferentes entre ellos, y es probable que expresen su mutua consideración de forma que refleje sus distintas capacidades, oportunidades y temperamentos (y, claramente, limitaciones). En general, no se tiene un deber para hacer por un amigo precisamente lo mismo que él o ella harían por ti. Pero en la amistad es necesario un cierto grado de mutualidad.

¹² Ver la cita del Magistrado Cardozo (n5)

¹³ Aristóteles *Ética a Nicómaco* VIII.4: 1157 a 30-33.

La mutualidad también apoya al *comity*, pero no es esencial para el *comity*. Supongamos que el primer padre y el segundo padre (la madre) se detestan. De cualquier forma, si el segundo padre llega a la escena y ve que el primer padre está tomando medidas medianamente decentes para lograr las paces entre el Niño 1 y el Niño 2, el segundo padre (la madre) puede tener razones de *comity* para seguir lo dicho por el primer padre, sólo por el servicio que cada uno puede proveer a los niños, sin que medie entre ellos ninguna otra consideración más amplia o profunda.

De la misma manera, claramente, el reconocimiento de EUA a las decisiones judiciales francesas no implica que exista una amistad entre los jueces americanos y franceses. Pero sí involucra una equivalencia impersonal de amistad –y tal vez esta es otra razón (más allá de la ambivalencia del deber) por la que los abogados usan una palabra cuya etimología latina se encuentra en la noción de amistad. Actuando con *comity*, la corte de EUA no está cumplimentando a los jueces franceses, pero cuando menos está reconociendo algo bueno en la capacidad de la corte francesa para ejercer su autoridad.

Esta es una analogía distante de la amistad porque, como indica Briggs, el *comity* no debe depender de la reciprocidad (2011, p. 90). Que el Derecho internacional privado francés no tenga ninguna consideración hacia las sentencias americanas, no implica que el Derecho internacional estadounidense no deba tener consideración por las sentencias francesas. Si eso es verdad, incidentalmente, *Hilton v Guyot* se decidió incorrectamente. Por una mayoría de 5-4, la Suprema Corte de EUA no hizo efectiva una sentencia francesa porque los franceses no hubieran dado efecto conclusivo a una sentencia americana en las mismas circunstancias (*Hilton v Guyot*, 1895, pp. 227-28).

Los disidentes explicaron mejor el deber de su Corte: éste era hacer justicia entre las partes de una forma en que se hiciera efectiva la sentencia de la corte francesa, debido a que esa corte era competente para regular la transacción en que había participado la compañía americana. El Magistrado Presidente Fuller, hablando por la minoría, sostuvo que era una regla del Derecho estadounidense que ‘los derechos privados adquiridos bajo las leyes de estados extranjeros se respetaran y ejecutaran en nuestras cortes salvo que sean contrarios al orden público (policy) o perjudiciales para los intereses del Estado donde se quiera hacer esto’ y que, ‘aunque el origen de esta regla puede haber sido el *comity* que caracteriza el trato entre las naciones, hoy prevalece por su propia fuerza, y el derecho a la aplicación del Derecho al que esa transacción particular está sujeta es un derecho jurídico’ (*Hilton v Guyot*, 1895, p. 233). En su opinión, la decisión de la corte representaba una ‘retorsión’ (1895, p. 234). –esto es, un acto de retaliación en contra de Francia– y el Magistrado Presidente dijo que la retorsión era un asunto ‘del gobierno, y no de sus cortes’ (1895, p. 234).

La mayoría en *Hilton v Guyot* negó esta caracterización de su sentencia: ‘no procedemos bajo ninguna teoría de retaliación contra una persona por alguna injusticia hecha a otra, sino por la amplia razón de que el Derecho internacional está fundado en la mutualidad y la reciprocidad’ (1895, p. 228).

Considero que es útil comprender la sentencia en los términos de Magistrado Presidente Fuller: como un acto de retorsión. Esta opinión depende de la justicia al tratar a una compañía americana como sometida a una sentencia judicial francesa, por haber llevado a cabo actos de comercio en Francia (en lugar de aplicar la política de la corte francesa hacia el Derecho americano). Podría justificarse que la segunda autoridad abandonara el *comity* hacia la primera autoridad en retaliación

por su falta de *comity* hacia ella –tal vez para darle una lección. Pero si eso es así, esto es justificable *a pesar* de las razones básicas para actuar con *comity*.

Igualmente, si el segundo padre (la madre) supiera que si sus papeles se revirtieran, el primer padre no mostraría ningún respeto por su autoridad, eso no significa por sí solo que no necesite mostrar ningún respeto por la autoridad de aquel. Las razones para el *comity* tienen que ver con los servicios que ella y el primer padre pueden proveer a los niños. Esas razones son recíprocas en el sentido trivial de que aplican a las dos autoridades, pero no en el sentido de que el deber de un padre dependa de la disposición del otro padre a reciprocárselo. Las razones para el *comity* no se cancelan por una falta de reciprocidad por parte del primer padre. El segundo padre (la madre) podría tener buenas razones para realizar actos informales de retorsión, haciendo público su rechazo a seguir la decisión del primer padre sobre el altercado en el partido de fútbol. Sin embargo, tendría que haber alguna razón especial para justificarlo. La razón básica para el *comity* –la posibilidad de que la segunda autoridad pueda llevar a cabo sus responsabilidades siguiendo las decisiones de la primera autoridad- no depende de la reciprocidad. Si sus posiciones fueran revertidas, esa razón no necesariamente sería derrotada si la primera autoridad fracasara en su deber de *comity* hacia la segunda autoridad.

Creo que, incidentalmente, esta opinión está apoyada por el hecho de que, en algunos casos, la reciprocidad ni siquiera es un posible fundamento para el *comity*. En el caso del teniente y el sargento, el deber de *comity* del teniente no puede depender de la reciprocidad del sargento; el sargento no tiene un deber de *comity* sino de obedecer. En el caso del control judicial de actos administrativos, el deber de *comity* de una corte hacia otras autoridades públicas no puede depender de la reciprocidad porque no hay nada parecido a un control administrativo de las decisiones judiciales.

6. El principio de Responsabilidad Limitada por la Justicia

El principio de *comity* requiere que una corte americana haga efectivas las sentencias francesas, sin importar si los franceses resolvieron bien. Este aspecto del Derecho internacional privado refleja el principio de responsabilidad limitada por la justicia. La corte de EUA no es responsable de todas las cuestiones que puedan estar bien o mal entre las partes, y no es responsable de corregir todo aquello en lo que la corte francesa se pueda haber equivocado. Generalmente, un mal causado por una autoridad no necesariamente será corregido por otra autoridad.

Es controvertido si la fuerza de este principio ha sido exagerada en el Derecho internacional *público*, por sus restricciones a las razones por las que una nación puede interferir legalmente en los asuntos domésticos de otra. Pero, indudablemente, debe haber restricciones. Si la primera autoridad es una nación, y la segunda es otra nación, entonces la segunda autoridad puede interferir justificadamente con la primera. Pero el hecho de que la primera autoridad haya cometido una injusticia no es suficiente.

Cuando la segunda autoridad es una corte de *justicia*, esto puede parecer trágico o paradójico. Asimismo, la idea de que una autoridad jamás puede ser legítima parece trágica o paradójica si las personas supuestamente sujetas a la autoridad van a ser autónomas. Respecto al potencial de legitimación de la autoridad, estas tragedias y paradojas han sido expuestas como falsas tragedias y pseudo-paradojas (Raz, 1979, pp. 25-27). Por la misma razón, las tragedias y paradojas similares son falsas en el caso de *comity*. La corte americana puede

cumplir con su responsabilidad específica de dar una mejor justicia si no le cuestiona a la corte francesa si decidió bien, y si no cuestiona si la legislatura francesa hizo la ley que debió haber hecho.

El Derecho internacional privado y público aplican un principio muy general: si la primera autoridad hizo algo mal, esto ni siquiera es una razón *prima facie* para que la segunda autoridad interfiera, o decline reconocer una decisión de la primera autoridad. Podríamos decir lo mismo sobre el segundo padre (la madre) y el teniente: si la primera autoridad hizo algo mal, todavía no hay una razón para que la segunda autoridad interfiera o para que desconozca la decisión de la primera autoridad.

7. El Principio de Desacuerdo

Espero que sea obvio que el principio de desacuerdo es correcto. A veces los jueces americanos tienen buenas razones para seguir las sentencias francesas. Pero las razones para seguir esas decisiones no son razones para pensar que los franceses hayan decidido correctamente. Por el contrario: el juez americano no tiene ningún deber de tomar una postura al respecto. Si un juez americano resulta ser experto en derecho francés y nota que la corte francesa aplicó mal su derecho, ese conocimiento no afectaría en nada la tarea del juez americano.¹⁴ Generalmente, las razones para *comity* son razones para que la segunda autoridad presuma que debe seguir la decisión de la primera autoridad, pero no depende de las razones que hagan presumir que la primera autoridad actuó correctamente.

Tal vez el control judicial de organismos administrativos sea el contexto en el que queda más claro que una autoridad puede no tener ningún deber de estar de acuerdo con otra. En el control judicial el juez debe mantener *tanto* una actitud de *comity* hacia otra autoridad pública (rechazando anular el acto simplemente porque él o ella hubiera decidido algo diferente) y la actitud de independencia, que es esencial si el juez va a reivindicar el reclamo de quienes han sido tratados injusta o arbitrariamente.

Las autoridades no pertenecen a un club en el que la solidaridad sea un deber de membresía. No tienen ningún deber general de lealtad entre ellas, y no tienen un deber de no criticarse, excepto en circunstancias especiales, como cuando en los sistemas de gobierno al estilo de Westminster los miembros del gabinete tienen un deber de responsabilidad colectiva. Una regla de responsabilidad colectiva permite y requiere que las personas actúen como un solo cuerpo autoritativo, en lugar de actuar como autoridades independientes.

8. Comity y Jerarquía en un Sistema Jurídico

El Derecho internacional privado tiene una característica que estructura el papel del *comity*: incluso en el siglo XXI, como explica Briggs, está formado por soberanías territoriales. El contexto del Derecho internacional privado es un contexto radicalmente no sistemático, en el que las leyes de una nación y las sentencias judiciales no están relacionadas jerárquicamente con las de otras, y en el que ninguna institución tiene autoridad para requerir a otra nación que reconozca las sentencias de otra.

¹⁴ Presumo que la sentencia de la corte francesa no se encontraba fuera de los límites del *comity* (ver sección sobre 'Los Límites del *Comity*')

Si las autoridades tienen deberes de *comity* en un contexto tan poco sistemático, es claro que las autoridades de un solo sistema legal deben trabajar juntas en *comity*. Esto es necesario para el buen funcionamiento del sistema del que son parte.

Se podría decir, por el contrario, que el *comity* es un principio importante del Derecho internacional privado justamente porque no hay una ley superior que reconozca efectos a la sentencia francesa en el Derecho americano. Entonces, se podría pensar que el *comity* no se encuentra en el sistema legal; los sistemas legales tienen jerarquías entre autoridades institucionales, y reglas de prioridad y clausura, que gobiernan las relaciones entre autoridades y determinan el efecto legal de la decisión de cada autoridad. Las reglas del sistema regulan el funcionamiento del sistema. En lugar de decidir por ellas mismas cómo mostrar *comity* a alguien más, se puede concluir que las instituciones sólo deben adherirse a las reglas.

Pero el *comity* puede ser esencial para el buen funcionamiento de un sistema jerárquico. Consideremos el caso del teniente que observa al sargento entrenar a los soldados. Supongamos que el teniente puede conducir la sesión de entrenamiento mejor que el sargento. El teniente es un oficial superior, con autoridad general para emitir órdenes obligatorias para el sargento en un sistema claramente jerárquico. Incluso en este caso, el teniente debe actuar con *comity* hacia el sargento. El teniente podría hacer un mejor trabajo en el lugar del sargento. Pero no está en el lugar del sargento. Para el propósito de hacer un mejor trabajo como oficial superior, necesita trabajar con el sargento de modo que apoye la autoridad del sargento sobre sus soldados. Podemos imaginar circunstancias en las que el teniente deba intervenir y revocar las órdenes del sargento. Pero esas serían circunstancias excepcionales, porque para los propósitos del ejército, es útil tener un sargento con autoridad. Los ejércitos tienen sargentos porque los altos mandos no tendrían tiempo para dirigir las operaciones en cada nivel en el que se necesita dirección y también porque los sargentos pueden ejercer algunos aspectos del liderazgo de manera más eficiente que sus superiores. Se puede nombrar como sargentos a las a personas que cumplirían bien esa tarea, y que adquirirán una experiencia útil en ella, y el solo hecho de que el sargento esté cerca de los soldados puede habilitarlo para ejercer mejor que un general algunos aspectos del mando. Es el principio de subsidiariedad (vertical): la proximidad del sargento a los soldados puede ser útil para propósitos que no pueden ser bien servidos por la dirección de una autoridad más remota. La división de responsabilidades en un ejército bien ordenado no está basada en el derecho de los altos mandos a un trato VIP, sino en la capacidad de un mando jerárquico para servir los propósitos del ejército.

Asimismo, en estructuras muy diferentes de autoridad, en un sistema institucional sometido al Estado de derecho, las reglas jerárquicas de subordinación dentro de un sistema legal no eliminan la necesidad de *comity*: esas reglas establecen un marco en el que el *comity* puede ser una virtud institucional esencial. *Comity* no subordina a la segunda autoridad a la primera; sino que puede ser una virtud esencial de una autoridad superior.

Consideremos la regla del derecho inglés (y de otros muchos) de que las cortes pueden hacer a un lado actos del ejecutivo porque son ilegales, mientras que el ejecutivo no puede hacer a un lado las sentencias judiciales cuando sean ilegales. El arreglo jerárquico sujeta la ejecución del acto del ejecutivo al juicio de la corte, y requiere que la corte esté dispuesta a anular una decisión. Por el mismo principio, el

arreglo institucional genera una necesidad de *comity* por parte de las cortes hacia el ejecutivo, siempre que las razones de la ilegalidad involucren asuntos en los que el juicio del ejecutivo demande respeto por parte de una corte que no tiene la pericia, los procesos o la responsabilidad política del organismo administrativo.

Se puede dudar de esto (algunos jueces lo han dudado) y decir que la corte tiene un deber de anular un acto ilegal y un deber de no interferir con un acto legal, y que no hay espacio para que sus decisiones tengan respeto hacia la primera autoridad. Supongamos, por ejemplo, que la razonabilidad es una causa de procedencia del control judicial de un tipo de acto administrativo particular. Podríamos pensar que la corte no tiene ningún deber de *comity*, sino solo un deber de identificar los derechos del peticionario. El peticionario tiene un derecho contra el estado a una sentencia que declare ilegal un acto administrativo irrazonable. Por otra parte, el peticionario no tiene derecho a una sentencia que revierta un acto razonable. El juez necesita preguntar que sería razonable, y necesita no tener ninguna consideración hacia el hecho de que un organismo administrativo haya tomado la decisión que tomó.

Sin embargo, aplicar un control judicial tan abierto significa juzgar todo el razonamiento del organismo administrativo en cuestión (que puede ser un organismo de protección al medio ambiente, una junta directiva escolar, o un tribunal de competencia económica). Por las razones por las que se crea al organismo (que puede incluir las ventajas que el organismo tiene al analizar las cuestiones relevantes al problema), la corte tiene un deber de *comity* al juzgar la razonabilidad de la decisión de la primera autoridad. Ciertamente es posible imaginar un sistema de control judicial sin *comity*. Las decisiones de los organismos administrativos en un sistema de ese tipo serían provisionales, con la oportunidad de que la parte insatisfecha pida que se tome una nueva decisión por parte de otro órgano que no necesita tener ninguna consideración hacia la opinión de la primera autoridad. Podría existir un segundo organismo de protección al medio ambiente, o una junta directiva escolar, o un tribunal de competencia económica, sin ningún deber de *comity* hacia la primera. Al ejercer control judicial las cortes tienen un deber de *comity* hacia los organismos administrativos por (cuando menos) dos razones interrelacionadas: (1) no están autorizadas –ni siquiera por un principio de razonabilidad- para tomar una nueva decisión; y (2) no son un organismo de protección al medio ambiente, una junta directiva escolar ni un tribunal de competencia económica.

Incluso aplicando las legislaciones de derechos humanos, hay buenas razones para que las autoridades judiciales tengan deferencia hacia los actos emitidos por autoridades administrativas.¹⁵ Mucho más cuando se aplican doctrinas de Derecho administrativo de control de razonabilidad: las cortes tienen un deber (que varía ampliamente en intensidad en relación con las variaciones dramáticas de los casos en cuestión en contextos administrativos muy diferentes) de no sustituir con su juicio el de la primera autoridad en asuntos que están a su cargo por buenas causas como su pericia, procesos o responsabilidad política (Endicott, 2015, pp. 234-36).¹⁶

¹⁵ Para un ejemplo de esa deferencia ver *R (Begum) v Denbigh High School Governors* [2006] UKHL 15 y para una discusión ver Timothy Endicott (2015, pp. 287–89).

¹⁶ Sobre el papel del *comity* en el derecho administrativo ver Endicott (2015, p. 20). Los académicos americanos algunas veces han sostenido que en la relación entre las cortes y los organismos administrativos se encuentra involucrados deberes de *comity*. Ver por ejemplo Merrick B Garland (1985, p. 555); F Edley (1990, p. 255).

9. Los límites del Comity

En cada uno de los cuatro casos debe haber límites al *comity*. Los límites dependen de las razones para actuar con *comity* y en consecuencia dependen del servicio que cada autoridad le pueda dar a los que están sujetos a ella. El teniente puede tener una razón excepcional para revocar las órdenes del sargento; podemos imaginar circunstancias en las que el teniente debe llevar al sargento ante una corte marcial. También podemos imaginar fácilmente casos en los que lo mejor que el segundo padre (la madre) puede hacer en el partido de fútbol es rechazar al primer padre, o cargar al Niño 2 y correr. Puede haber razones para no actuar con *comity*; existen ese tipo de razones, cuando una autoridad puede oponerse al ejercicio de la autoridad por parte de otra persona o institución.¹⁷

El principio de *comity* consiste en que la segunda autoridad debería actuar, cuando sea posible, con respeto a la autoridad *legítima* de la primera. Una autoridad es legítima si sus directivas tienen la fuerza que pretenden tener frente a las personas sujetas a ellas. Hemos visto que hay un vínculo entre las razones por las que una persona sujeta a la primera autoridad acepta que sus directivas tengan fuerza, y las razones por las que la segunda autoridad muestra *comity* hacia la primera autoridad. Las razones del segundo padre (la madre) para actuar con *comity* hacia el primer padre dependen de las razones por las que el Niño 1 y el Niño 2 deban aceptar al primer padre como autoridad.

¿Este vínculo significa que el segundo padre (la madre) puede dejar de actuar con *comity* cuando, y sólo cuando, estuviera justificado que el Niño 2 desobedeciera al primer padre? Creo que la situación es más complicada que eso. El segundo padre (la madre) no está en la misma posición que el Niño 2. Tienen diferentes capacidades y perspectivas. Es posible que el segundo padre (la madre) advierta que el primer padre está siendo peligroso o intolerablemente odioso, cuando Niño 2 no está en una posición de juzgarlo (esto es, a menos que el segundo padre intervenga, el Niño 2 debe obedecer). Este es uno de los servicios que su madre puede proporcionarle al Niño 2: tiene la capacidad (y la autoridad) para decidir que otra autoridad está fuera de su jurisdicción, o abusando de su poder.

Tal vez podamos decir, en general, que los límites del *comity* se han rebasado cuando la segunda autoridad es capaz de identificar que la primera autoridad actuó fuera de su jurisdicción (ver la siguiente sección) o abusó de su poder. Es fácil ver como son variables los límites del *comity* y lo difícil que es generalizar. Una mamá puede ser capaz de juzgar que el otro padre excedió los límites en casos en los que su hijo no podría verlo. Pero una corte puede no estar en posición de juzgar que el Derecho extranjero o las cortes extranjeras excedieron esos límites, siendo que una de las partes del litigio podría claramente advertirlo.

Quizá cuando menos podamos decir que la segunda autoridad no tiene ningún deber de *comity* cuando el supuesto ejercicio de autoridad es una farsa. Las farsas disuelven el deber de *comity*. Si un litigante prueba ante la corte

¹⁷ Cabe aclarar que no todas las potenciales razones para no seguir las decisiones de otra autoridad dependen de los defectos en el proceso de decisión de la primera autoridad. El hijo del segundo padre podría tener una necesidad extraordinaria de consuelo o apoyo, de tal forma que su madre le fallaría si siguiera con los intentos perfectamente razonables de mediación por parte del otro padre, o si una emergencia sobreviniente hiciera necesario abandonar la solución razonable que el primer padre había propuesto. El principio de *comity* es de cualquier forma general, esas razones son excepcionales e involucran razones especiales para apartarse de una política generalmente razonable de seguir a la primera autoridad.

estadounidense que el documento de la 'sentencia' francesa ofrecida por la contraparte es falsa; no hay ningún problema de *comity* hacia la corte francesa. Esto no debe ser controversial. Corresponde a la regla de Derecho administrativo que sólo un 'genuino ejercicio' de poder legal puede contar como un uso legal de ese poder (Endicott, 2015, pp. 277-78). Fácilmente podemos movernos a campos mucho más controvertidos en los que la segunda autoridad pueda ignorar la sentencia (si es que puede llamarse 'sentencia') de la primera autoridad. Tal vez la decisión de una autoridad administrativa que no sea emitida en *bona fide* (porque es maliciosa) no debe ser reconocida como un genuino ejercicio de la autoridad, lo mismo pasa con una decisión parcial. Entonces, tal vez una sentencia evidentemente irrazonable no deba contar como sentencia. Si una sentencia evidentemente irrazonable no es una sentencia para propósitos del derecho, ¿entonces por qué debería la corte dejar firme cualquier decisión, cuando la autoridad administrativa debió haber tomado una decisión distinta? Si el 'genuino ejercicio' degenera en una práctica en la que las cortes anulen los actos que desaprueban, el resultado es el abandono del *comity* hacia las autoridades administrativas. No hay una manera precisa y general de trazar un límite entre sentencias falsas y genuinas, y entonces los límites al *comity* serán vagos y controvertidos.

10. Jurisdicción

Hay circunstancias en las que la primera autoridad puede seguir siendo reconocida como autoridad y ser tratada con *comity*, y que al mismo tiempo la segunda autoridad decida no reconocer o interferir con una decisión particular de la primera autoridad. Puede parecer imposible ignorar una decisión y reconocer que el autor es una autoridad. Pero de hecho es una característica importante de las autoridades que las autoridades legítimas pueden tomar decisiones que no tienen autoridad para tomar. De hecho, aunque esa circunstancia sea excepcional, no es rara. El Derecho internacional privado sería muy diferente si no reconociera esta circunstancia. El Derecho administrativo sería un caos si no reconociera esta circunstancia. Las dos áreas del Derecho requieren doctrinas sobre jurisdicción.

En el partido de fútbol, el segundo padre (la madre) trata al primer padre como una autoridad, si aplica una doctrina de su jurisdicción –si, por ejemplo, sigue al primer padre en temas relacionados con la paz y el orden en el partido de fútbol, pero no en temas relacionados con qué cenará su hijo cuando vayan a casa después del partido. Asimismo, el Derecho internacional privado, necesita doctrinas que identifiquen la jurisdicción de las cortes extranjeras. No es una violación del *comity* si esas doctrinas están establecidas por el Derecho internacional privado del estado que está decidiendo si hace efectiva una sentencia extranjera, en lugar del derecho extranjero. Generalmente, no es una violación al *comity* si la segunda autoridad analiza si una decisión de la primera autoridad estaba dentro de su jurisdicción; por el contrario, esa cuestión es una precondition para seguir la decisión de la primera autoridad.

Entonces no es una violación de *comity* que una corte competente en control judicial anule un acto administrativo que fue emitido por una autoridad que carece de jurisdicción. Se puede recordar la famosa sentencia de la Corte de Apelaciones inglesa en el caso *Wednesbury*, en el que Lord Greene sostuvo que una corte no debe interferir con la decisión de una autoridad local de otorgar licencias cuando sea irrazonable (siempre que no exista algún defecto en la decisión como parcialidad o mala fe o que esté actuando con base en una consideración irrelevante) a menos que la decisión sea *tan* irrazonable que ningún ayuntamiento razonable la hubiera podido adoptar. La doctrina, y la decisión del caso, dan cabida al principio de

comity (y en consecuencia, también al principio de responsabilidad limitada por la justicia). Aunque generalmente los abogados ingleses no explican así el caso *Wednesbury*,¹⁸ parece que podemos reformular la sentencia de Lord Greene y leerla como si sostuviera que el ayuntamiento no tiene jurisdicción para tomar decisiones del tipo que él hubiera estado preparado para anular.

La Corte de Apelación tiene autoridad para anular actos del ayuntamiento, pero no tiene autoridad para hacerlo simplemente con base en que éste debió haber emitido un acto distinto. La autoridad municipal ganó el caso *Wednesbury*, pero si algún acto fuera considerado irrazonable de acuerdo a lo sostenido en *Wednesbury* y fuera anulado por esa razón, ¿esto reflejaría que la corte abandonó su *comity* hacia el ayuntamiento? Podría pensarse que lo hizo, porque la corte está anulando el acto del ayuntamiento en lugar de respetar su decisión como autoritativa. Pero esto es diferente a la acción del teniente cuando solicita que se someta al sargento a una corte marcial. La pregunta es si la orden de la corte puede ser compatible con el respeto a la autoridad del ayuntamiento. O podríamos decirlo de otro modo: ¿la corte seguiría tratando al ayuntamiento como *ayuntamiento*, si anulara un acto que fuera tan irrazonable que ningún ayuntamiento razonable lo hubiera emitido? Claramente, Lord Greene intentaba encontrar una forma de tratar a los ayuntamientos como ayuntamientos, sin quitarles su autoridad, pero estando preparado para intervenir cuando hubiera abusos de poder.

Una decisión para anular un acto de la autoridad municipal con base en el caso *Wednesbury* puede ser compatible con el *comity* siempre que la corte aplique su doctrina conscientemente. Esto se refleja, tal como sucedía en *Wednesbury*, en una voluntad presuntiva por parte de la segunda autoridad para seguir las decisiones de la primera autoridad y en un rechazo a interferir con decisiones que están dentro de su jurisdicción. Esto es consistente con su adhesión al principio de responsabilidad limitada por la justicia; de hecho, esto implica que tiene límites la responsabilidad de la segunda autoridad.

Una guerra para liberar a una nación refleja el abandono del *comity* hacia el gobierno de ese país. La destitución de un militar o de un servidor público por conductas inapropiadas en el desempeño de su cargo refleja que las decisiones de la persona en cuestión no deben ser respetadas como autoritativas y tal vez una condena penal por conductas inapropiadas en el desempeño de su cargo tenga el mismo efecto. Una sentencia favorable al actor en una acción de malas prácticas sería un caso límite. Pero la disponibilidad de un control judicial para anular abusos de poder no refleja un abandono del *comity*. La corte no tiene que considerar que no hay razones para tener *comity* hacia la primera autoridad, para poder anular su decisión.

11. Conclusión

Lo mismo que sostiene el Profesor Briggs sobre el Derecho internacional privado puede decirse sobre el control judicial de actos administrativos: el *comity* explica cómo es que tenemos algunas de las reglas que tenemos y puede usarse para criticar algunas de ellas, para desarrollar el Derecho y resolver algunas preguntas que no han sido contestadas. También explica algunas de las

¹⁸ Debido a que la doctrina de la jurisdicción administrativa fue interrumpido en la línea de casos de *Anisminic v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147 a *Re Racal Communications* [1981] AC 374, algunos jueces y académicos ingleses no han sabido bien si decir que la autoridad administrativa tiene jurisdicción. Ver Endicott (2015, pp. 318-26).

expectativas de los padres sobre los demás padres en partidos de fútbol escolares, y también puede usarse para discernir qué deben esperar unos de otros. El principio de *comity*, el principio de responsabilidad limitada por la justicia y el principio de desacuerdo aplican generalmente a la actitud que debe tomar una autoridad frente a otra.

Debo resumir algunas mis reservas respecto al argumento presentado aquí en favor de estos principios. Primero, las razones ofrecidas por esos principios están limitadas a la legitimidad de la primera autoridad y el deber de la segunda autoridad de seguir la decisión de la primera autoridad está limitado a la jurisdicción de la primera autoridad (lo cual puede ser un asunto que le corresponda determinar a la segunda autoridad).

Segundo, no he presentado todas las razones por las que una autoridad deba seguir las decisiones de otra. He argumentado que una de esas razones puede consistir en el deber general de *comity*, que surge del servicio que una autoridad puede prestarle a sus sujetos. Puede haber muchas otras razones. El valor de la finalidad de la toma de decisiones puede ser una razón. De hecho, se podría sostener que el valor que tiene la finalidad es una razón *prima facie* suficiente para que la segunda autoridad siga la decisión de la primera autoridad en cada uno de los cuatro casos antes discutidos. Pero vale la pena tomar en cuenta que esa razón potencial de seguir las decisiones de otra autoridad depende del servicio que la segunda autoridad pueda prestarle a quienes están sujetos a ella. El valor de finalidad no es una característica general de las decisiones; puede depender de la legitimación de la supuesta autoridad que ha pretendido dar una decisión final sobre un asunto. También puede depender de la jurisdicción de la autoridad para tomar la decisión. Puede haber un valor en tratar las decisiones de otro padre en el partido de fútbol como finales, valor que no se surte en el caso de una decisión tomada por un extraño. Puede haber un valor en tratar como final la sentencia de una corte extranjera legítima, lo cual no ocurre en el caso de una sentencia extranjera emitida por una corte ilegítima. Algunos actos administrativos se encontraban dentro de la jurisdicción del organismo que las tomó, mientras que otros no, y puede no tener valor tratar un acto tomado sin jurisdicción como final. Por lo tanto, la segunda autoridad no puede actuar por el valor de la finalidad (cuando la finalidad tenga valor) sin hacer los mismos juicios antes discutidos de las razones por las que se trata a otra autoridad con *comity*. Además, un aspecto importante del servicio que la segunda autoridad puede proporcionar es tomar decisiones autoritativas sobre si la decisión de otra autoridad será tratada como final. Asimismo, respecto a las otras razones para el *comity*: la segunda autoridad característicamente podrá servir a sus sujetos resolviendo cualquier cuestión relacionada con la existencia de razones para seguir la decisión de la primera autoridad. Por lo tanto, las razones aquí identificadas, que surgen del servicio que la autoridad puede proporcionar, son básicas y generales.

Tercero, debemos dudar de las generalizaciones cuando se trata de manera abstracta el conjunto de profundos y variados problemas de los *n*-cuerpos. Sería imposible diseñar un buen esquema de Derecho internacional privado sin entender que los estados en cuestión y sus instituciones, así como las relaciones entre unos y otros y la materia de las leyes en involucradas, etc. y habrá diversas consideraciones a favor y en contra de un esquema u otro, y puede haber muchos posibles esquemas razonables, y varias maneras dentro de ese esquema, en el que una autoridad actuará respecto a otra. Asimismo, en el Derecho administrativo, ningún sistema puede tener un buen estándar general de control judicial de decisiones administrativas. Debido a la enorme variedad de organismos y consideraciones con base a las que deben actuar, la voluntad de las cortes para ser

deferentes con el juicio de los organismos administrativos debe variar en diferentes contextos. Asimismo, no es posible redactar un código general que prescriba las maneras en las que un padre debe tratar a otros padres en un partido de fútbol. Es necesario conocer toda la situación.

Puede sonar paradójico, pero esta es la manera en la que funcionan los principios generales: aplican generalmente, sin embargo, su aplicación depende de las circunstancias particulares.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* VIII.4: 1157 a 30-33.

BRIGGS Adrian (2011), 'The Principle of Comity in Private International Law', *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, núm. 354.

DICEY (1896), *Conflict of Laws*, Stevens.

DICEY, MORRIS and COLLINS (2012), *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell.

EDLEY Christopher F. (1990), *Administrative Law: Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale UP.

ENDICOTT Timothy (2015), *Administrative Law*, OUP.

FAWCETT James and M CARRUTHERS Janeen (2008), *Cheshire, North, and Fawcett, Private International Law*, OUP.

GARLAND Merrick B. (1985), 'Deregulation and Judicial Review', *Harvard Law Review*, núm. 98.

RAZ Joseph (1979), *The Authority of Law*, OUP.

RAZ Joseph (1994), *Ethics in the Public Domain*, OUP.

STORY Joseph (1834), *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston: Little, Brown and Company.

WOLFRAM Stephen (2002), *A New Kind of Science*, Wolfram Media.

Anisminic v Foreign Compensation Commission (1969)

Hilton v Guyot 159 US 113 (1895)

Loucks v Standard Oil Co of New York 120 NE 198 (1918)

R (Begum) v Denbigh High School Governors (2006)

Re Racal Communications (1981)



Felipe González Vicén: la soledad de la conciencia ética individual y la obediencia al Derecho¹

Felipe González Vicén: the loneliness of the individual ethical conscience and obedience to the Law

Eusebio Fernández García²
 Universidad Carlos III de Madrid
eusebio.fernandez@uc3m.es

Recibido / received: 06/09/2016
 Aceptado / accepted: 15/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/economia.2016.3278>

Resumen

Felipe González Vicén (1908-1991) fue Catedrático de Filosofía del Derecho de sólida formación alemana, enseñó largos años en la Universidad de La Laguna y fue visitante asiduo de la de Heidelberg. Especialista en Kant, Marx y Hegel, influyó decisivamente en el pensamiento marxista de posguerra y creó escuela entre los jóvenes filósofos españoles. Su obra es amplia y consta de libros y textos que siempre suscitaban interés y debate. Sus temas abarcan desde los estudios que llevó a cabo sobre el neokantismo hasta el positivismo y el formalismo jurídico.

Palabras clave

González Vicén, obediencia al Derecho, Filosofía del Derecho, Revolución.

Abstract

Felipe González Vicén (1908-1991) was Professor of Philosophy of Law of solid German education, taught many years at the University of La Laguna and was a frequent visitor to the Heidelberg. Specialist in Kant, Marx and Hegel, influenced decisively in the thought Marxist of post-war and created school among the young philosophers Spanish. His work is extensive and consists of books and texts that always aroused interest and debate. Their topics range from studies carried out on the neokantismo to positivism and legal formalism.

Keywords

González Vicén, obedience to the Law, Philosophy of Law, Revolution.

¹ La realización de este trabajo ha tenido lugar en el marco del proyecto de investigación NEW TRUST-CM: Programa interuniversitario en Cultura de la Legalidad (S2015/HUM-3466) del GIDYJ.

² Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política.

SUMARIO. 1. La depuración de D. Felipe González Vicén y otras historias y leyendas. 2. La Teoría de la Revolución. 3. Felipe González Vicén y la Filosofía del Derecho de la posguerra. 4. La polémica acerca de la Obediencia al Derecho.

Al comienzo de su trabajo *Felipe González Vicén: conciencia libertaria y Filosofía del Derecho*, escrito con motivo del fallecimiento de D. Felipe el 22 de febrero de 1991 y recogido con otros en su libro *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, apunta Elías Díaz: «Diferente, especial, anómala: así me parece que podría, en buena medida, calificarse la condición intelectual y circunstancia universitaria del profesor Felipe González Vicén, muy en consonancia por lo demás con su carácter personal, en el contexto de la filosofía jurídica española de estos últimos decenios» (Díaz, 1994, p. 93).

Me parece una buena caracterización de una persona singular, y hasta a contracorriente, que tuvo la suerte de poder aunar una elegancia moral e intelectual, un trato exquisito, una formación teórica envidiable y además nos dejó contribuciones a la Filosofía del Derecho de gran valor. En el presente trabajo he deseado recordar un hecho político personal, su depuración, destitución de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, junto a la inhabilitación para cualquier cargo docente, hecho que, sin duda, le debió marcar en su vida tanto privada como universitaria y profesional. También voy a recordar alguna de sus publicaciones, deteniéndome en su primer trabajo *Teoría de la revolución. Sistema e historia* (1932), cuestión que también fue objeto de su tesis doctoral *Problemas en torno a la ruptura violenta del orden jurídico con especial consideración del fenómeno revolucionario*, defendida el 9 de octubre de 1933 en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid (Martínez Neira, 2009, p. 141). Posteriormente llevaré a cabo una leve comparación de los trabajos de Filosofía del Derecho de González Vicén con los generados por la actividad de la Filosofía del Derecho de la posguerra, los que nuestro autor se va a encontrar cuando es repuesto en su cátedra en la Universidad de La Laguna, en 1946. Finalmente aparecerá un breve análisis del trabajo que suscitó la polémica sobre *La obediencia al Derecho*, publicado en 1979.

1. La depuración de D. Felipe González Vicén y otras historias y leyendas

En la entrevista mantenida entre Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero con D. Felipe González Vicén, publicada en el número 3 de la revista *Doxa*, este último responde a la primera pregunta planteada, acerca de su “peripecia académica”, entre otras cosas, lo que sigue:

«En 1935, catedrático por oposición de Filosofía del Derecho de Sevilla. En 1936, destituido de mi cátedra e inhabilitado para todo cargo docente. En 1937, y gracias a amigos fraternales, pude escapar de España. Luego, la vida del emigrado: Francia, Inglaterra, Holanda, la lucha interminable por el permiso de residencia y el de trabajo. Finalmente en Alemania, en casa de la familia de mi mujer donde me sorprendió el estallido de la guerra, y donde pude aguantar con traducciones y dando clases de español hasta el fin de la contienda» (1986, p. 317).

La impresión de concreción en la respuesta de D. Felipe se compadece mal con la realidad personal que estaba detrás de su sencillo contenido. El fondo de cada frase alberga una experiencia vital rica, complicada y, para algunos, también

ambigua. De mis conversaciones con D. Felipe, algunas personales, otras acompañadas de Javier Muguerza, Gregorio Peces-Barba o Elías Díaz, no podría añadir datos totalmente claros, sin mezcla de leyendas, conscientemente introducidas por él. Mi hermana Pili, que tuvo con él una relación cordial, espontánea y sin intereses académicos o intelectuales por medio, tampoco me sacó nunca de la duda... No es extraño que lo anterior referido haya dado lugar a debates, discusiones y enfados entre colegas universitarios³ en torno a hechos auténticos y otros supuestos, donde se conocen muchas cosas pero parece que siempre falta algún dato para lograr una comprensión o una interpretación correcta y satisfactoria. Todo ello no viene a demostrar otra cosa que el hecho de que nos encontramos ante un personaje notable y singular.

Los cambios políticos drásticos, más si son el resultado de una guerra civil, llevan aparejados medidas para aniquilar y humillar al adversario. Aunque tenga lugar la paz, como culminación del enfrentamiento bélico en su sentido literal y riguroso, el espíritu de guerra civil persiste. Las heridas tardan muchísimo tiempo en cerrarse y la sed de venganza nunca se sacia. Se precisa mucha magnanimidad, piedad y justicia por parte del vencedor para que considere al vencido un ser humano digno de respeto. Y el periodo de la guerra civil española y la muy larga posguerra son un buen ejemplo de todo lo contrario. El caso de la depuración de los empleados públicos es un medio especialmente utilizado por las dictaduras del siglo veinte, sean éstas fascistas y autoritarias, sean comunistas. Y se ensaña especialmente en el campo de la enseñanza pues a ésta se le responsabiliza de todos los males acaecidos. En España se cebó con los maestros de Enseñanza Primaria y llegó más atenuada a la Universidad.

Las primeras depuraciones aprobadas por el nuevo Estado, el de los sublevados contra la legalidad y legitimidad republicana, en noviembre de 1936, deja muy clara la finalidad, la contundencia y la efectividad que se esperaba de la depuración. Así en el Decreto de 8-11-1936 se habla de «una revisión total y profunda en el terreno de la Instrucción Pública, trámite previo para la reorganización radical y definitiva de la enseñanza, extirpando así de raíz, las falsas doctrinas que con sus apóstoles han sido los principales factores de la trágica situación a que fue llevada nuestra Patria».

Ese proceso de institucionalización de la depuración del personal docente, que tuvo efectos especiales e inmediatos, partía del presupuesto de que, de entrada, todo el mundo era sospechoso. A partir de ahí se estimulaba tanto la arbitrariedad administrativa como la entrada en escena de los peores rencores y envidias personales. Los legisladores franquistas crearon un entramado jurídico que no impedía el descontrol interesado del proceso depurador. En la Universidad se aplicó con vigor y saña⁴. Dentro de la Filosofía del Derecho afectó a cinco catedráticos depurados frente a siete confirmados. Entre los depurados se encontraba D. Felipe González Vicén junto a José Medina Echevarría, Alfredo Mendizábal Villalba, Blas Ramos Sobrino y Luís Recasens Siches.

Como demuestra Jaume Claret Miranda en su libro *El atroz desmoche: la destrucción de la universidad española por el franquismo, 1936-1945* (Claret, 2006), la depuración permitió el triunfo absoluto del tradicionalismo, y del catolicismo ultraconservador, frente a cualquier asomo de modernidad e ilustración. Los

³ Sería el caso del "intercambio" de ideas entre José Ignacio Lacasta (2010, pp. 171 y ss.) y Benjamín Rivaya (2010, pp. 179 y ss.). También se puede consultar el artículo de José Ignacio Lacasta Zabalza (2011, pp. 111 y ss).

⁴ Para todos estos puntos debe consultarse el trabajo de Carolina Rodríguez López (2008, pp. 61 y ss.).

“incidentes” que sufre el expediente de depuración abierto a D. Felipe en la Universidad de la que era catedrático en 1936, la de Sevilla, y resuelto el 13 de octubre de 1937 con “la separación definitiva del servicio” y la inhabilitación para ejercer cargos públicos y de confianza, pueden producirnos asombro, indignación, risa, impotencia o tristeza, pero esa pequeña isla en el ancho mar del franquismo no puede dejarnos indiferentes. Conocidos colegas han estudiado el tema muy bien y a ellos me remito, aunque no hayan podido evitar que el debate, lleno de información necesaria y relevante para conocer una época, pero también las debilidades de la condición humana y lo que hay de monstruoso en su naturaleza, se haya visto manchado, en algún momento, por la acidez dialéctica⁵.

Los buenos oficios de su hermano Luí, jerarca de Falange y relación estrecha con Franco, no evitaron la expulsión de la cátedra y la efectividad del expediente sancionador (se puede pensar que esos buenos oficios sí fueron eficaces para su reposición en 1946). Quizá pesaron más los informes negativos, incluido el de un colega universitario, de la misma materia, que incorporaba estas perlas: «manifestaciones claras y sin rebozo de ideales comunistas y socialistas (...) los tres profesores de Filosofía del Derecho más perniciosos de la Universidad española son, por este orden: González Vicén, Medina Echevarría y Ramos Sobrino (...) Su conducta privada dejaba bastante que desear. Se presentó en Valladolid con una alemana: después decía haberse casado con ella». Aunque ya intuía hace tiempo que el autor de este informe era Miguel Sancho Izquierdo (1940, pp. 137 y ss.)⁶, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza y Rector de esa Universidad de 1941 a 1954, la colaboración de Carlos Petit en el Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847 - 1943) así me lo confirma.

Y, probablemente, alguno de los textos del libro de 1932 *Teoría de la revolución. Sistema e historia* también sirvieron de excusa a los que tomaron la decisión a favor de la depuración definitiva. Sería el caso del texto: «Una simple ojeada a las últimas revoluciones de nuestros días nos hace parar mientes en el definido carácter económico que todas ellas revisten», acompañado de la siguiente nota a pié de página: «El propio movimiento verificado en nuestra patria, y que ha traído la actual República, a pesar de su naturaleza especialmente intrincada, por hallarse revestido de una agresividad de índole personalísima muy marcada, no se aparta tampoco del ritmo de nuestro tiempo. Es indudable, en efecto, que la masa del 12 de abril obró con eficiencia, debido al aglutinante que le prestaron las organizaciones obreras, educadas desde hacía unos años en el credo socialista. Y no menos evidente que si la opinión dispersa voló, poseída tan sólo de un impulso negativo y antidinástico, los proletarios -el factor del triunfo- llevaban a las urnas un claro concepto constructivo de reivindicaciones económicas» (González Vicén, 2010, p. 31)⁷.

2. La Teoría de la Revolución

El texto anterior está sacado de la segunda edición del libro de D. Felipe *Teoría de la revolución. Sistema e historia*. La primera edición había salido en 1932,

⁵ En la Revista *Sistema*, y bajo la dirección de Elías Díaz, han aparecido los trabajos de José Calvo (1992, pp. 45 y ss.); Juan José Gil Cremades (1993, pp. 37 y ss.); José Calvo (1993, pp. 85 y ss.); y Benjamín Rivaya (1994, pp. 97 y ss.). Puede consultarse también Manuel J. Peláez (1995, pp. 71 y ss.).

⁶ Sobre este filósofo del Derecho ver Juan José Gil Cremades (1989, pp. 443 y ss.).

⁷ Existe una recensión a esta edición de *Teoría de la revolución. Sistema e historia* debida a Manuel J. Peláez (2013, pp. 146 y ss.). En el número 4 de esta Revista ya habían aparecido algunos comentarios de este mismo autor (2012, pp. 108 y ss.).

en la Imprenta Allen de Valladolid. Su autor, en ese momento, tenía 24 años y ejercía como profesor auxiliar de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad vallisoletana. Y probablemente algo tuviera que ver con esta monografía Luís Recasens Siches, catedrático de Filosofía del Derecho en Valladolid y, por esa época, a punto de trasladarse a la Universidad Central de Madrid.

Teoría de la revolución. Sistema e historia consta de dos partes que pueden claramente diferenciarse a efectos de su descripción y análisis. Una primera parte corresponde a los cuatro primeros capítulos y se dedica a tratar el problema genético de la revolución, su tipificación, la caracterización del derecho post-revolucionario y cómo afecta el hecho revolucionario a la unidad del orden jurídico.

A lo largo del capítulo quinto, que conforma la segunda parte, nos hallamos el estudio del derecho de resistencia en la Antigüedad, el Cristianismo, la Reforma, la Inglaterra revolucionaria, la Ilustración y la Revolución francesa.

Un hecho que resalta en una primera aproximación al libro es que la perspectiva utilizada en cada una de las partes es distinta⁸. En la primera se intenta algo parecido a una teoría pura de la revolución; en la segunda, necesariamente, los ejemplos históricos del derecho de resistencia (al comienzo del capítulo quinto se explican los motivos de haber sustituido el término «revolución» por «derecho de resistencia») son hechos reales. En cuanto al punto de vista utilizado en la primera parte, queda patente con claridad en la página 21 cuando se nos anuncia: «Vamos a estudiar la revolución prescindiendo de todas las revoluciones que se hayan verificado en el transcurso de los siglos». ¿Es una influencia del método kelseniano? A ciencia cierta parece que sí, dadas las frecuentes referencias al creador de la Teoría Pura del Derecho en esta primera parte. A Hans Kelsen le acompañan, entre otros, G. W. F. Hegel, O. Spengler, C. Marx, G. Radbruch, G. del Vecchio, R. Stammler, R. Ihering, H. Heller, C. Schmitt, Fernando de los Ríos, A. Verdross, J. Ortega y Gasset y, en repetidas ocasiones, quizá el filósofo del Derecho español más próximo a él en este momento, Luis Recasens Siches.

La revolución significa, sobre todo, «la ruptura del orden jurídico» (p. 35). Según esto, la definición última se encuentra al final del capítulo segundo, donde leemos «Revolución es todo movimiento en el seno de una comunidad sometida a régimen de Derecho, para derrocar éste en su estructura fundamental, de un modo violento». De ahí la importancia de plantearse la cuestión del derecho post-revolucionario, ocasión que le permite a nuestro autor referirse al papel de la norma hipotética fundamental establecida por H. Kelsen en el vértice de su pirámide normativa.

El estudio histórico del derecho de resistencia, estamos en el capítulo V (segunda parte del libro), necesariamente es insuficiente dada la amplitud del tema y las dimensiones limitadas del libro. El tratamiento es más o menos convencional desde una no menos convencional historia de las ideas políticas. Quizá cabría destacar textos como el siguiente: «En términos generales puede afirmarse con exactitud que la historia del derecho de resistencia sigue la ruta de las teorías que

⁸ Con razón ha escrito Juan José Gil Cremades al respecto: “En Teoría de la revolución, ese libro que en realidad son dos, unidos por una no bien fijada bisagra, el uno que aborda el fenómeno de la revolución desde una perspectiva formalista, muy deudora de Kelsen, el otro que hace un, en buena medida, atinado resumen de las justificaciones que la historia del pensamiento político ha brindado al “derecho de resistencia”, González Vicén aún se encuentra en un estadio anterior al descubrimiento de la síntesis hegeliana” (1993, p. 54).

fundamentan el origen del Estado en el pacto social, y hallan el sujeto de la soberanía en el pueblo» (p. 72).

Y sin duda tiene un interés especial el contenido de la última parte del capítulo V, que corresponde a las páginas finales del libro. El interés especial estriba en que aquí aparecen motivos filosóficos del joven González Vicén que van a reaparecer a lo largo de su vida y su producción filosófica posterior. Pruebas también de algo parecido a una lucha entre la pureza del método y los apremios morales y políticos, de signo historicista e ilustrado.

Bajo el título «Las ideas modernas», D. Felipe proclama su fe en el individualismo ético como realidad básica, al mismo tiempo que la importancia del Estado y del Derecho, pero como realidades que deben hallarse al servicio del individuo. «El Derecho y el Estado -señala- tienen por lo tanto una dignidad ética, pero no sustantiva e inmanente, sino derivada del valor moral que representan para los sujetos jurídicos individuales; no poseen sino un valor ético-individual derivado, no propio». Si el Derecho y el Estado son medios al servicio de los valores individuales y la revolución es para los ciudadanos un medio físico para hacer «prácticamente exigibles aquellos derechos básicos», surge la pregunta de «¿cuándo será lícito reaccionar violentamente contra los poderes públicos?». La respuesta es que «depende tan sólo de un factor de hecho. De que los atentados contra los postulados sustanciales de la personalidad se verifiquen de un modo “general” y como “sistema”». Y sin olvidar que en las situaciones convencionales la justicia del Derecho se llama concesión al pueblo de «una completa seguridad en sus relaciones y la “certeza jurídica”».

Merece la pena transcribir en su totalidad el párrafo final del libro. Tanto porque la inspiración de un individualismo moral, que me recuerda algo a J. Locke, gana en grandeza si retenemos la fecha de 1932, como por representar una prueba de que un joven de 24 años utilizaba ya una prosa concisa y elegante, nota que iba a ser una de las características de todos sus futuros trabajos. Dice así: «Sólo cuando la injusticia y la arbitrariedad es tan repetida que llega a hacerse insoportable, o cuando ella obedece a los supuestos capitales en que descansan los poderes políticos históricos; sólo cuando el mismo sistema de gobierno o el desenfreno de sus administradores hacen imposible que el individuo reivindique sus derechos fundamentales dentro de la órbita del Derecho positivo, es lícita y aun exigible la revolución. Es entonces cuando el hombre, agotados sus instintos sociales, vuelve al estado de naturaleza y, después de dirigir sus ojos al cielo, los torna airados al puño de la espada» (González Vicén, 2010, p. 125).

3. Felipe González Vicén y la Filosofía del Derecho de la Posguerra

D. Felipe González Vicén es repuesto en su cargo de catedrático de Filosofía del Derecho en julio de 1946, siendo destinado a la cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de La Laguna, de la que toma posesión el 13 de agosto. En él recaerá la tarea de impartir la lección inaugural del curso 1946-1947, sobre «La filosofía del Estado en Kant». En la respuesta a la primera pregunta de Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero de la «Entrevista con Felipe González Vicén», aparecida en el número tres de *Doxa* (1986), señala inmediatamente después del texto citado anteriormente: «En 1946 repuesto en la cátedra y destinado forzosamente a La Laguna», añadiendo, «Desde entonces, aquí estoy, aunque he podido prácticamente haber pedido el traslado a todas las Universidades españolas. Medito a veces en las palabras de Nietzsche: “El carácter de una persona se mide por su capacidad para la soledad”» (*Doxa*, 1986, p. 317).

Si queremos analizar y valorar la importancia del trabajo intelectual de D. Felipe a partir de esta fecha, no queda otro remedio que lanzar una mirada a la Filosofía del Derecho que se elabora y se ejerce en las Universidades españolas de la época. Y lo primero que resalta de esa comparación es la diferencia temática, un planteamiento crítico y no dogmático, un distinto método de acercarse a las cuestiones filosófico-jurídicas, un rigor y una calidad que juegan siempre a favor de nuestro autor. José Carlos Mainer en un trabajo publicado, bajo el título “Letras e ideas bajo (y contra) el franquismo”, en el reciente libro editado por Julián Casanova *Cuarenta años con Franco*, resalta, refiriéndose al ámbito de la literatura, que «la cruzada de Franco quiso iniciar un mundo nuevo, lo que suponía borrar aquel pasado erróneo que incluía la Ilustración y el liberalismo del siglo XIX, pero también (y sobre todo) las locas aventuras radicales del primer tercio del siglo XX» (Mainer, 2015).

Pues bien, la Filosofía del Derecho que se encuentra González Vicén en la España de 1946 se había comprometido de manera profunda en el intento franquista de “iniciar un mundo nuevo”, ese mundo nuevo que desea continuar las mejores, exclusivas y excluyentes tradiciones hispánicas, ahora con ropajes elaborados de una nada disimulada fusión de catolicismo y fascismo, del nacional-catolicismo y, en el campo concreto de la Filosofía del Derecho, de un iusnaturalismo tomista, frailuno y encarnizado enemigo de todo lo que sonara a iusnaturalismo racionalista y liberal. Cuando nuestro autor es repuesto como catedrático, ya hacía años que sus colegas anteriores a la Guerra Civil y sobrevivientes al exilio y las depuraciones, a lo que había que añadir los nuevos catedráticos resultantes de las oposiciones que tuvieran lugar en la inmediata posguerra, estaban encantados de contribuir ideológicamente a sentar los pilares teóricos de la Dictadura franquista. Y, en algunos casos, la colaboración se plasmó en el ejercicio de cargos y encargos políticos y en el aparato represivo del nuevo Estado.

D. Felipe venía del “pasado erróneo” y tengo para mí que se mantuvo siempre en él, sin ninguna concesión a la Filosofía del Derecho imperante en la época. Tuve la suerte de conocerlo a mediados de los años setenta, cuando el país y la Filosofía del Derecho habían sido objeto de cambios y progresos muy perceptibles y todavía se podía comprobar en él una forma de sensibilidad y de hacer filosofía peculiar, ilustrada y diferente al resto de catedráticos de la materia. Y ello se puede constatar no solo en su manera de ser, en sus elecciones teóricas y en el conjunto de su vida intelectual, sino en sus trabajos teóricos impresos. Pero si nuestro autor no puede ser situado en la colaboración “bajo” el franquismo, legitimando la dictadura, tampoco creo que pueda colocarse en el activismo “contra” el franquismo (lo que no equivale a decir que no fuera antifranquista). Pues junto al colaboracionismo total del catedrático de Filosofía del Derecho en Salamanca y posteriormente en Madrid, Wenceslao González Oliveros, Presidente del Tribunal de Responsabilidades Políticas, vicepresidente del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo y presidente del Consejo Nacional de Educación hasta 1962 y el franquismo reformista (más tarde oposición) de Joaquín Ruíz-Giménez, quien a finales de 1944 obtiene la cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla (la que había ganado D. Felipe en 1935), para ocupar, posteriormente, la dirección del Instituto de Cultura Hispánica (1946), la Embajada española ante la Santa Sede (1948) y el Ministerio de Educación Nacional de 1951 a 1956 (Fernández García, 2010, p. 3), se ubica el “exilio interior” de un González Vicén que desempeña de 1947 a 1952 el cargo de Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna y de 1966 a 1969 el de Decano en la misma Universidad. Tanto en un caso como en otro se debía contar

con “la aceptación” de las autoridades académicas y ministeriales, lo que puede traducirse en que no era considerado un “catedrático peligroso”. Tampoco me consta algún tipo de participación de D. Felipe en lo que se iba a convertir en una práctica cotidiana de los intelectuales y profesores españoles: la firma de manifiestos de protesta, iniciada con motivo de la huelga de Asturias y la represión gubernamental en 1962, seguida por las reclamaciones de la libertad de cátedra en 1965 y en disconformidad con la expulsión, ese mismo año, de sus cátedras de Agustín García Calvo, Enrique Tierno Galván y José Luís López Aranguren, y mantenida hasta el final del franquismo.

Antes de resaltar la importancia de los trabajos académicos de Felipe González Vicén, elaborados en “la soledad” de su casa de La Laguna (aunque nunca dejó de viajar, sobre todo a Alemania), conviene dedicar un breve espacio a recordar la Filosofía del Derecho española de las décadas inmediatamente posteriores al nacimiento del nuevo Estado.

Y un dato previo de gran importancia aclaratoria lo aporta los rasgos ideológicos y filosóficos de los siete catedráticos de Filosofía del Derecho que se mantienen al final de la contienda, no son depurados y se reincorporan a sus cátedras. Son Miguel Sancho Izquierdo (Universidad de Zaragoza), Wenceslao González Oliveros (Universidad de Salamanca, pero enseguida en la Universidad Central de Madrid, además de Gobernador Civil de Barcelona después de tomada esta ciudad por las tropas franquistas), Mariano Puigdollers Oliver (Universidad de Valencia, pero pronto en la Universidad Central de Madrid y en la Dirección General de Asuntos Eclesiásticos del Ministerio de Justicia), José Corts Grau (Universidad de Granada y más tarde en la Universidad de Valencia de la que fue Rector durante muchos años), Luís Legaz Lacambra (Universidad de Santiago de Compostela, Rector de esa Universidad, posteriormente catedrático en la Universidad de Madrid y subsecretario del Ministerio de Educación Nacional), Enrique Luño Peña (catedrático en la Universidad de Barcelona y Rector de esa Universidad) y Eduardo Callejo de la Cuesta (Universidad de Valladolid y más tarde miembro y presidente del Consejo de Estado). Todos estos catedráticos habían demostrado su ortodoxia doctrinal, iusnaturalista, católica y tradicional (la excepción podría ser Legaz y Lacambra, en algunos aspectos) y todos expresaron su claro apoyo a la figura de Franco, a la sublevación del 18 de julio y al nuevo Estado.

A lo largo de los años siguientes irán realizándose oposiciones a cátedra, dando lugar a que entren en la Filosofía del Derecho personas con ideas más flexibles y diversas, pero variando poco la ortodoxia doctrinal en torno a una versión neotomista del iusnaturalismo y la confesionalidad católica del Estado (Rivaya, 1998 y 2010). Quizá la larga, irregular, y conflictiva oposición a cátedra, finalizada en los primeros años setenta, en la que la obtienen Elías Díaz y Juan José Gil Cremades, gracias al valiente, arriesgado y amenazado apoyo de Felipe González Vicén, José Delgado Pinto y Nicolás María López Calera sea la prueba de que las cosas empezaban a cambiar. Hasta ese momento el monolitismo teórico, la ortodoxia y la fidelidad ideológica fue mantenida en la disciplina, gracias al poder que en la convocatoria y desarrollo de las oposiciones a cátedra tuvieron, en los años cuarenta y cincuenta, Mariano Puigdollers y, en los sesenta y setenta, Francisco Elías de Tejada (Fernández García, 2004, p. 181).

En 1981 Manuel Atienza publicó un artículo, titulado *La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén*, que se centra en los trabajos publicados “en su etapa de madurez (a partir de 1950)” (según sus palabras) y recogidos en el, en ese momento, reciente libro-homenaje editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna con motivo de su jubilación. Allí se encuentran tres

prólogos a tres libros traducidos por D. Felipe (su labor como traductor es considerable e importante) y sus interesantes y valiosos trabajos *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea* (1950), *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo* (1961), *Sobre el positivismo jurídico* (1967), *La Filosofía del Derecho como concepto histórico* (1969), *La Teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke* (1971)⁹, *La Filosofía del Derecho de Ludwig Knapp* (1977), *Ernst Bloch y el Derecho Natural* (1978) y *La Obediencia al Derecho* (1979).

No es el momento de referirse a sus contenidos concretos sino al hecho de que las cuestiones tratadas, su enfoque y sus resultados acreditan a su autor como, según M. Atienza, el «filósofo del Derecho más destacado de su generación», opuesto al «iusnaturalismo mixtificador», «la antítesis de la pseudofilosofía oficial» y «un historiador del pensamiento jurídico en la etapa que va de la Ilustración al neokantismo y desde una perspectiva esencialmente alemana» (Atienza, 1981, pp. 67 ss.).

González Vicén se mantiene fiel, en estos trabajos, a la idea de la existencia de «tres problemas centrales de la Filosofía del Derecho: el concepto de Derecho, el conocimiento y método de descripción del Derecho y la legitimidad u obligatoriedad de la obediencia al Derecho», desde «una actitud crítica con respecto al iusnaturalismo y al formalismo y, positivamente, por su adopción -y consiguiente defensa- del historicismo y del positivismo jurídico» (Atienza, 1981, p. 70).

Respecto a este último dato, expresado por M. Atienza, creo que tiene razón cuando señala que su concepción del positivismo jurídico (la de D. Felipe) «reviste una considerable complejidad y encierra también aspectos no enteramente claros». Efectivamente, es el caso de la definición de Derecho que aparece en su trabajo acerca de *La obediencia al Derecho*:

«El Derecho es obra humana, una suma de esquemas de conducta que imponen un determinado comportamiento en determinados supuestos de hecho, esquemas que son producto de una situación social e histórica determinada y están formulados por hombres con la pretensión de que otros hombres adecúen a ellos su obrar» (González Vicén, 1979, p. 366).

Quizá esta concepción, que se presenta como concepción positivista del Derecho, no satisfaga a ningún positivista jurídico actual. Y en cuanto a la idea del Derecho como fenómeno histórico y variable de las sociedades concretas, esta sea más deudora de planteamientos historicistas (y anti-iusnaturalistas) que propiamente positivistas.

En 1984, y en la Editorial valenciana Fernando Torres, aparece una colección de trabajos bajo el título *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas)*. Incluye los siguientes: *La filosofía del Estado en Kant* (1952), *La Escuela Histórica del Derecho* (1978-79), *Filosofía y revolución en los primeros escritos de Marx* (1981), *La crítica de Marx a la Escuela Histórica* (1981) y *Del Derecho Natural al Positivismo jurídico* (1981-82). Se trata de trabajos eruditos, rigurosos y escritos con una prosa excelente.

⁹ Los artículos de 1961, 1969 y 1971 los publica en el Anuario de Filosofía del Derecho. Ver el trabajo de Federico Fernández-Crehuet López (2014, pp. 133 ss.).

4. La polémica acerca de la obediencia al Derecho

El libro homenaje de la Universidad de La Laguna, aparecido en 1979, bajo el título Estudios de Filosofía del Derecho, incluía una pequeña joya, un artículo denominado La obediencia al Derecho que, de inmediato, iba a crear interés teórico, discrepancias, polémicas y una feliz nota discordante más en la aportación de D. Felipe González Vicén a la Filosofía del Derecho española contemporánea. Trabajos académicos, monografías, la mesa redonda *Filosofía y Derecho en la obra de Felipe González Vicén* en las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Universidad de Alicante, diciembre 1987), el tema monográfico de las XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Oviedo, 1990), Seminarios y tesis doctorales han sido el resultado del agujijón de la tesis de D. Felipe, acerca de la obligación moral de obediencia y desobediencia al Derecho. A la especial relevancia que se le va a dar a esta cuestión no creo que sea ajeno el contexto histórico español de la Transición política a la democracia y la recién, en ese momento, aprobada Constitución de 1978.

Creo que acierta Benjamín Rivaya cuando ha señalado que a este artículo «le cabe el indiscutible mérito de haber sido el más discutido de la historia de la Filosofía del Derecho española del siglo XX» (Rivaya, 2010, p. 218).

La tesis mantenida por D. Felipe es que no existe un fundamento ético absoluto para la obediencia al Derecho mientras que hay un fundamento ético absoluto para desobedecer en algunos casos al Derecho, «a saber, siempre que el cumplimiento de una norma jurídica contradiga los imperativos de la conciencia ética individual. Esta conciencia ética individual es lo que hace al hombre hombre, lo que presta valor a su personalidad individual, y frente a ella, no prevalece ninguna realidad normativa» insistirá en su entrevista con Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, añadiendo, «lo único que el desobediente ético pretende es la paz consigo mismo, y por eso, está dispuesto a sufrir la pena que lleva aparejada la infracción jurídica» (1986, p. 321).

Veámosla. Parte el profesor González Vicén de la idea de que todo grupo humano, «que quiere transformar la mera coexistencia en verdadera convivencia humana», necesita una serie de normas, «que digan en cada situación cuál ha de ser el comportamiento de los miembros del grupo respecto a los demás». Esas normas son de distinto tipo: de la moda, del pudor, usos y tradiciones sociales, normas jurídicas, etc. Frente a este variado tipo de normas nos podemos preguntar tanto por nuestra obligación de cumplirlas como por el fundamento de esa obligación. Trasladado este problema al campo del Derecho, la cuestión se plantearía así: «El Derecho es obra humana, una suma de esquemas de conducta que imponen un determinado comportamiento en determinados supuestos de hecho, esquemas que son producto de una situación social e histórica determinada y están formulados por hombres con la pretensión de que otros hombres adecúen a ellos su obrar. Ante este hecho el interrogante es insoslayable: ¿estamos obligados a cumplir estos esquemas de conducta? Y en caso afirmativo, ¿por qué?» (González Vicén, 1979, p. 366).

Ante la segunda pregunta no valen cualquier tipo de razones. Así, quedan desechadas las que responden que se obedece al Derecho por miedo a la sanción o porque le obliga el Estado o las que contienen motivos y finalidades de utilidad, conveniencia o ventajas sociales. La respuesta auténtica es la que entra dentro del plano ético; el «único auténtico» punto de vista es «aquel que nos abre el camino al entendimiento de una fundamentación que es, a la vez, soporte absoluto del cumplimiento del Derecho en todas sus dimensiones», «el que hace de la obediencia al Derecho un imperativo ético».

Entre las teorías que han pretendido dar respuesta al problema de la fundamentación de la obediencia jurídica, nuestro autor se refiere a las cuatro más significativas y las divide en dos grupos. En el primer grupo se encontraría la teoría llamada del «derecho del más fuerte» y la «teoría del reconocimiento», en el segundo estarían la teoría de la validez jurídica del iusnaturalismo y la teoría de la seguridad jurídica. Las del primer grupo son incapaces de dar una respuesta adecuada, ya que el problema se ve desde un falso planteamiento, las del segundo son insuficientes ya que «escamotean en el planteamiento del problema una vertiente esencial de la cuestión, a saber, si hay o no una obligación ética de obediencia al Derecho». No voy aquí a referirme a los argumentos que se esgrimen para defender tanto la inexactitud como la insuficiencia de dichas teorías porque ello nos distraería de la comprensión de la postura del propio González Vicén (1979, pp. 367-385). ¿Cuál es ésta? La respuesta va a ser negativa: «No hay -escribe- obligación en sentido ético de obediencia al Derecho. Ni por su estructura formal ni por sus contenidos materiales el Derecho puede fundamentar éticamente la exigencia de su cumplimiento. El esquema de conducta exigido en la norma jurídica lo que nos dice son las consecuencias que tienen para la persona o para el patrimonio su infracción, pero no, en un sentido ético, que debemos cumplirlo» (1979, p. 387).

No se opina que no existan fundamentos o razones para obedecer al Derecho, sino, se mantiene, que esa obediencia no constituye una obligación ética, pues «la obligatoriedad ética no se encuentra en los órdenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los imperativos de la conciencia» (1979, p. 388). Si trasladamos esta respuesta al tema de la obediencia jurídica, de ello se deriva una nueva e importante idea: «Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho con otras palabras: mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia» (1979, p. 388).

Esta es la respuesta a la cuestión de si existe una obligación moral de obedecer al Derecho por parte de nuestro autor. Creo que su sentido y contenido negativo vienen dados por partir de dos presupuestos que condicionan profundamente la propia respuesta. El primero de estos presupuestos, el concepto que tiene el profesor González Vicén de la idea de obligación moral, creo que es adecuado, aunque no lo sea la consecuencia que de ahí obtiene. Sin embargo, me parece que el segundo presupuesto, su visión del Derecho, puede ser objeto de fuertes objeciones y críticas por su reduccionismo. En el caso del significado de la palabra «obligación» señala que «de «obligación» en sentido riguroso sólo puede hablarse cuando no se trata de una alternativa de comportamiento, sino de una exigencia absoluta: es decir, sólo cuando nos referimos a los imperativos de la conciencia ética individual» (1979, p. 386).¹⁰

Por tanto, si utilizamos este sentido estricto, o ético, de la palabra «obligación», no hay «obligación» de obedecer al Derecho, pues «en tanto que orden heterónimo y coactivo, el Derecho no puede crear obligaciones, porque el concepto de obligación y el de un imperativo procedente de una voluntad ajena y revestido de coacción son términos contradictorios».

Por lo que afecta a su visión de lo que es el Derecho como fenómeno social, escribe que «el Derecho es un orden de naturaleza histórico-social condicionado por

¹⁰ A la individualidad de la conciencia y su objetividad le dedica González Vicén una serie de párrafos difícilmente superables en belleza (1979, pp. 388 ss.).

factores ideológicos y de hecho, y sólo desde este punto de vista puede ser entendido adecuadamente. Un punto de vista que nos dice que, en tanto que fenómeno de la dialéctica social, el Derecho es un instrumento técnico de dominación de las clases y de los grupos sociales» (1979, p. 386). Es la segunda idea expresada en el párrafo citado la que considero objetable y criticable, ya que reducir el Derecho a un instrumento técnico de dominación de las clases y de los grupos sociales es ver solamente una parte de las funciones que el Derecho tiene en nuestras sociedades y contrasta bastante con lo que es el Derecho en un sistema político democrático, por imperfecto que éste sea. Es el sistema democrático el que posibilita que el Derecho deje de ser un instrumento exclusivo de una clase o grupo social al permitir el acceso al poder y la participación en él de todas las personas, grupos y clases sociales, según reglas basadas en la libertad política y en la igualdad jurídica de todos los ciudadanos. Que nuestros sistemas políticos no sean auténticamente democráticos, no quiere decir que no sean suficientemente democráticos y perfectibles.

La postura defendida por el profesor González Vicén fue objeto de inmediato de tres tomas de posición dentro de nuestro entorno filosófico-jurídico y filosófico-moral, las de los profesores Manuel Atienza, Elías Díaz y Javier Muguerza¹¹.

En julio de 1987 recibí una carta de D. Felipe fechada el día 26, en la que me agradecía el envío de un ejemplar de mi libro *La obediencia al Derecho*. Entresaco de ella las siguientes frases:

«Lo he recibido hace unos días y ya lo he leído de cabo a rabo. Me he detenido especialmente, como es natural, en la parte que dedica a mi opinión. Son páginas muy bien escritas, muy ponderadas y bien pensadas, pero con las cuales desgraciadamente no estoy de acuerdo... ¿Puede vd. imaginarse efectivamente una proposición, acompañada de sanción, es decir jurídica, que le vincule de forma estrictamente ética? Yo, por mi parte, no.

Según me dicen en la Universidad, Gregorio Peces-Barba y vd. vendrán, a comienzos de septiembre, a formar parte de un tribunal. Espero que entonces tengamos ocasión de hablar extensamente sobre el tema.

Me gustaría hacer una reseña detallada sobre su libro. ¿Le importaría a vd.?».

A comienzos de septiembre de 1987, Gregorio Peces-Barba y yo le fuimos a ver a su casa, donde guardaba cama. A pesar de su enfermedad habló bastante sobre la obediencia al Derecho y me enseñó unos folios donde, como me había anunciado, había empezado a escribir la reseña. Unos días después, una vez finalizada la oposición a la cátedra de Filosofía del Derecho que él había dejado vacante, fuimos todo el tribunal, formado por Gregorio Peces-Barba, José Delgado Pinto, Jaime Brufau Prats, José Montoya y por mí, a informarle de la propuesta que había salido. Había pedido a la señora que le asistía que metiera una botella de champagne a enfriar “para invitar a unos amigos” y con él brindamos y seguimos escuchando sus opiniones y comentarios, tan inteligentes, provocadores y educados.

¹¹ Para todo ver mi libro Fernández García (1987). En mi libro posterior (1990, pp. 92 ss. y 116 ss.) he proseguido el tratamiento de algunas de estas cuestiones.

Bibliografía

ATIENZA, M y RUÍZ MANERO, J. (1986), “Entrevista con Felipe González Vicén”, *Doxa*, núm. 3, Alicante.

ATIENZA, M. (1981), “La Filosofía del Derecho de Felipe González Vicén”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 62.

CALVO, J. (1992), “Guerra Civil, Universidad y censura. Sobre las sanciones y depuración al profesor Felipe González Vicén (primeras noticias)”, *Sistema*, núm. 109.

CALVO, J. (1993), “Algo más sobre la Guerra Civil, Universidad y censura. De las sanciones y depuración a González Vicén (en ocasión de contar historias)”, *Sistema*, núm. 116.

CLARET MIRANDA, J. (2006), *El atroz desmoche: la destrucción de la universidad española por el franquismo, 1936-194*, Crítica, Barcelona.

DÍAZ, E. (1994), “Felipe González Vicén: conciencia libertaria y Filosofía del Derecho”, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza Universidad, Madrid.

FERNÁNDEZ, E. (1987), *La obediencia al Derecho*, Cívitas, Madrid.

FERNÁNDEZ, E. (1990), *Estudios de Ética Jurídica*, Debate, Madrid.

FERNÁNDEZ, E. (2004), “La política desde una asignatura: el derecho natural”, *La enseñanza del Derecho en el siglo XX. Homenaje a Mariano Peset*, ed. de Adela Mora, Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, núm. 10, Madrid.

FERNÁNDEZ, E. (2010), “La filosofía jurídica y política de Ruíz-Giménez: de la seducción de Siracusa a la filosofía de la reconciliación y el diálogo”, *Sistema*, núm. 219, Madrid.

FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F. (2014), “El Anuario de Filosofía del Derecho: síntoma y magra terapia franquista”, *Los juristas y el “régimen”. Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Federico Fernández-Crehuet y Sebastián Martín (eds.), Comares, Granada.

GIL CREMADES, J.J. (1989), “Miguel Sancho Izquierdo (1890-1988)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, Madrid.

GIL CREMADES, J.J. (1993), “Un expediente sancionador. Sobre un capítulo de la biografía intelectual de González Vicén”, *Sistema*, núm. 113.

GONZÁLEZ VICÉN, F. (1979), “La obediencia al Derecho”, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.

GONZÁLEZ VICÉN, F. (2010), *Teoría de la revolución. Sistema e historia*, pról. de Eusebio Fernández, CSIC y Plaza y Valdés editores, 2ª ed., Madrid.

LACASTA ZABALZA, J.I. (2011), “La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo XXVII, Madrid.

LACASTA, J.I. (2010), “Camino de terciopelo en la filosofía jurídica española”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20.

MAINER, J.C. (2015), “Letras e ideas bajo (y contra) el franquismo”, *Cuarenta años con Franco*, Julián Casanova (ed.), Crítica, Barcelona.

MARTÍNEZ NEIRA M. y PUYOL MONTERO J.M. (2009), *El doctorado en Derecho: 1930-1956*, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid.

PELÁEZ, M. (1995), *Infrahistorias e intrahistorias del Derecho Español del siglo XX: un paisaje jurídico con treinta figuras*, Barcelona, 1995.

PELÁEZ, M. (2013), recensión a “Teoría de la revolución. Sistema e historia”, *Revista Europea de Historia de las Ideas políticas y de las Instituciones Públicas*, Universidad de Málaga, núm. 5.

RIVAYA, B. (1994), “En torno a la Universidad y la guerra: el caso González Vicén (¿últimas noticias?)”, *Sistema*, núm. 121.

RIVAYA, B. (1998), *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

RIVAYA, B. (2010), “Sectarismo, corrección política y descortesía académica en la Filosofía del Derecho española. Respuesta a José Ignacio Lacasta”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 20.

RIVAYA, B. (2010), *Una historia de la Filosofía del Derecho española del siglo XX*, Lustel, Madrid.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, C. (2008), “Extirpar de raíz: la depuración del personal docente universitario durante el franquismo: los catedráticos de las facultades de derecho”, *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ F. y HESPANHA A.M., Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

SANCHO IZQUIERDO, M. (1940), “La provisión de cátedras”, *Una poderosa fuerza secreta: La Institución Libre de Enseñanza*, Editorial Española, San Sebastián.

El federalismo y el relato del proceso de integración europea: una rápida mirada al origen del debate¹

Federalism and the narrative of European Integration: a quick look at the origin of the debate

Giuseppe Martinico²
Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Italy
giuseppe.martinico@sssup.it

Recibido / received: 08/09/2016
Aceptado / accepted: 20/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/economia.2016.3279>

Resumen

Este artículo trata de ofrecer un análisis del lenguaje y del aparato conceptual utilizado por los estudiosos de derecho comparado en los Estados Unidos en los primeros años del proceso de integración europeo. Durante esos años, muchos autores de ambos lados del Atlántico compararon sus perspectivas y todavía hoy en los estudios europeos se emplea un lenguaje “federal” parecido al utilizado por estos primeros estudiosos para describir conceptos clave del derecho comunitario (pre-emption, incorporation, supremacy clause). En este artículo analizaré el origen de esta herencia lingüística.

Palabras clave

Federalismo, constitucionalismo, derecho comparado, estudiosos, Tribunal de Justicia.

Abstract

This paper aims to offer an analysis of the language and conceptual toolbox employed by comparative lawyers in the US during the first years of the European integration process, paying particular attention to important intellectual figures, namely Peter Hay and Eric Stein. During those years many authors from both sides of the Atlantic compared their perspectives, considering the comparability between American and European integration. Still today we employ the federal language used by these first commentators (pre-emption, incorporation, supremacy clause) when describing key concepts of European Community (today European Union) law. This article looks at the origin of such linguistic inheritance.

¹ Quisiera agradecer a los referees de la revista y a la Profesora Isabel Wences Simón.

² Profesor titular de Derecho Público comparado, Scuola Sant'Anna Pisa, Research Fellow Centre for Studies on Federalism, Turin. Honorary Professor, European Law Research Centre, Henan University, Kaifeng (China).

Keywords

Federalism, constitutionalism, comparative law, scholars, Court of Justice.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La ambigüedad de *Van Gend en Loos*. 3. Detrás del relato tradicional sobre el proceso de integración de la UE. 4. Supranacionalismo y Federalismo: Hay y Stein. 5. El impacto sobre las sucesivas generaciones de académicos (unos ejemplos). 6. Observaciones finales.

1. Introducción

Una de las hipótesis que se pueden encontrar más frecuentemente en los estudios europeos es la relativa a la naturaleza *sui generis* de la Unión europea (UE) y de su ordenamiento jurídico.

¿Pero por qué consideramos el derecho de la UE como especial? ¿*Van Gend en Loos*³ y *Costa/Enel*⁴ fueron realmente momentos de ruptura en la manera tradicional de entender el derecho de los Tratados? ¿La especialidad del derecho comunitario puede ser definida como una ideología, es decir como una “representación” o, más bien, como un relato que nos ha llegado desde los primeros que comentaron las históricas decisiones del Tribunal de Justicia? ¿Por qué utilizamos la jerga constitucional para describir la actividad del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJ o TJUE)? En el año 1999, en su brillante ensayo *The other side of the Story*, Spiermann cuestionaba la naturaleza revolucionaria de *Van Gend en Loos* y *Costa* o, mejor dicho, cuestionaba la visión del derecho internacional compartida por los miembros del Tribunal de Justicia en ese momento (Spiermann, 1999).

De acuerdo con Spiermann, efecto directo era un concepto ya conocido en el campo del derecho internacional público, por lo que, en pocas palabras, lo que el Tribunal de Justicia hizo en *Van Gend en Loos* fue ofrecer una representación falsa de las características principales del derecho internacional público con el fin de enfatizar la naturaleza especial del Derecho comunitario. De hecho autores como Eric Stein fue uno de los primeros en definir esa decisión como “la primera decisión constitucional real” (Boerger, 2014).

¿Sin embargo, que quería decir Stein por “constitucional”? Como sabemos, la fórmula derecho constitucional europeo es una de las más ambiguas en el ámbito de los estudios europeos. Simplificando, podríamos recordar por lo menos dos conceptos de constitucionalización: constitucionalización como federalización y constitucionalización como humanización (Martinico, 2011). Normalmente con constitucionalización de la UE, los estudiosos se refieren a la transformación progresiva del Derecho comunitario (y ahora de la UE) desde la perspectiva de una organización internacional a la de una entidad caracterizada por un componente “federal”; en este sentido, la expresión “constitucionalización” ha sido entendida como progresiva “federalización” del ordenamiento de la UE. En un sentido distinto, por constitucionalización del ordenamiento jurídico comunitario puede entenderse la progresiva “humanización” (es decir, la afirmación de los derechos humanos a nivel

³ 26/62, *Van Gend en Loos* [1963], 5 de febrero de 1963, ECR, 3

⁴ 6/64, *Costa Enel*, [1964] ECR, 15 de julio de 1964, 1141.

supranacional) de un Derecho nacido para disciplinar el mercado común⁵. A este respeto, una gran contribución ha venido desde el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁶, crucial para entender la génesis del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el TJU (Douglas-Scott, 2006). Otro punto de inflexión en esta historia es la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que ha dado nueva energía al debate sobre la redacción de una Constitución europea, porque ha representado el momento de la codificación de los derechos fundamentales a nivel supranacional (Pinelli, 2002) y supera la lógica del *derecho pretoriano* del TJUE en este campo. Aunque este documento no fue inmediatamente vinculante desde el punto de vista jurídico, en sentido estricto, su proclamación favoreció un importante debate entre los estudiosos, sobre todo entre los constitucionalistas de la Europa continental. En este artículo trataré de analizar el origen del primer sentido de constitucionalización, poniendo atención en la idea de federalización del derecho comunitario.

2. La ambigüedad de *Van Gend en Loos*

Para encontrar el origen de esta visión es necesario mirar a los primeros comentarios doctrinales tras sentencias como *Van Gend en Loo* y *Costa/Enel*. Es decir, las dos sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que fundaron las bases de la especialidad comunitaria. Mirando el texto de *Van Gend en Loos*, se puede apreciar como el TJ utilizó una formulación mucho más ambigua para separar el destino de la Comunidad europea de la de otras organizaciones internacionales, ya que describió en los siguientes términos el sistema de los Tratados:

“La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico” (Van Gend en Loos).

Al establecer esta premisa (la naturaleza novedosa del proceso comunitario), el TJ se liberaba de las normas que normalmente regulan la interpretación de los Tratados internacionales (*in primis*, la de la “*in dubio pro Stato*”) y podía acelerar la progresiva autonomía adoptando una lectura de los Tratados según el principio “*in dubio pro communitate*” (Monaco, 1983, pp. 79-90). Surgía así el principio de autonomía del derecho comunitario: este principio se presenta así como una suerte de *Jano* con dos caras: una interna (mirando hacia los Estados miembros) y otra externa (apuntando hacia el derecho internacional), reafirmando la idea de la especialidad del Derecho comunitario, que queda así concebido como un Derecho *sui generis*. Como han explicado muchos autores, la autonomía del derecho comunitario se ha traducido en la autonomía interpretativa del TJ respecto de la influencia de los ordenamientos internacional y nacionales (Kuijper, 2011, pp. 256-278). Emblemática, en este sentido, es la decisión *Kadi*, donde el TJ enfatizó que:

“[U]n acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo

⁵ Sobre este proceso la bibliografía es abundante. Entre otros, véase Lenaerts (2000)

⁶ Sobre este proceso véase Groussot (2006)

respeto garantiza el Tribunal de Justicia (...). De estos precedentes se deduce que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado”⁷.

Al mismo tiempo el principio de autonomía ha servido al TJ para superar la visión tradicional del Derecho internacional público según la cual los tratados generan derechos y deberes solo para los Estados contrayentes, sentando así las bases para el principio del efecto directo:

“[E]sos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (...). Considerando que el texto del artículo 12 contiene una prohibición clara e incondicional, que no es una obligación de hacer, sino de no hacer; que, por otro lado, esta obligación no se acompaña de reserva alguna de los Estados que supedita su efectividad a un acto positivo de Derecho interno; que esta prohibición es perfectamente idónea, por su propia naturaleza, para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables” (Van Gend en Loos).

Van Gend en Loos ha sido normalmente considerada una sentencia fundacional, porque en este pronunciamiento el TJ dio la luz a uno de los principios estructurales del Derecho comunitario. En efecto, de estas líneas se puede deducir la esencia de la noción de efecto directo, que consistiría en “la capacidad de una disposición de Derecho comunitario de conferir derechos a individuos que pueden alegarlos ante los tribunales nacionales” (Van Gend en Loos). Es decir, se trataría de la característica de aquellas normas europeas que se pueden invocar directamente ante una jurisdicción nacional o europea. En este sentido, la idea de efecto directo ha sido conectada con la de ‘invocabilidad’ de derechos garantizados por normas comunitarias (al principio sólo contenidas en los Tratados, luego también aquellas propias del Derecho derivado).

Al comentar sobre *Van Gend en Loos*, Franz Mayer argumentó que: “la fórmula empleada por la Corte al describir la construcción europea, sin embargo, ha evolucionado con los años, sustituyendo la referencia al Derecho Internacional con una referencia al Derecho Constitucional” (Mayer, 2010, p. 20).

En otras palabras, el “vocabulario” constitucional no fue inmediatamente utilizado por el TJ y la misma idea de autonomía del derecho comunitario no fue acompañada, por lo menos desde el principio, por la terminología de derecho constitucional (Curtin, 1995, p. 237). Esta naturaleza ambigua del derecho comunitario (ni totalmente internacional, ni plenamente constitucional) es crucial para entender el discurso sobre la esencia *sui generis* del derecho supranacional y probablemente no es fruto de una decisión intencionalmente tomada en ese momento⁸. Sin embargo, a lo largo de los años también el argumento de la naturaleza especial del derecho comunitario ha sido empleado por el TJ también por

⁷ C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2005] 3 de septiembre de 2008. ECR, II-3649. El texto integral de las sentencias puede ser consultado en www.curia.europa.it

⁸ Para una reconstrucción diferente -y muy interesante- véase Vauchez (2010).

razones estratégicas, para justificar la emancipación de su ordenamiento desde las categorías clásicas del derecho público internacional y para justificar, también, el mandato particular ejercido por sí mismo.

En este sentido, es correcto señalar que en *Van Gend en Loos*, el Tribunal de Luxemburgo proclamó la autonomía del derecho comunitario, sin agotar el momento “revolucionario”⁹.

En efecto, como de nuevo Mayer señaló, el concepto de autonomía no fue totalmente definido en *Van Gend en Loos*, su definición se construyó mediante una larga serie de decisiones: por ejemplo, en *Costa v Enel* el TJ cambió ligeramente su terminología, describiendo el derecho comunitario en los siguientes términos:

“A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos” (*Costa/Enel*).

Yendo más allá, en *Les Verts*¹⁰ finalmente el TJ empleó el lenguaje constitucional:

“En este sentido, es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado” (*Les Verts*).

Sin embargo, desde el principio, muchos autores han descrito *Van Gend en Loos* como caracterizado por un aflato constitucional. En efecto, a pesar de la ausencia de una terminología constitucional en el texto entregado por el TJ, no hay duda de que *Van Gend en Loos* fue una decisión fundamental; se puede decir que constitucional en el sentido etimológico de la palabra (constitución del termino latino *constituere* = fundar, establecer), debido al impacto que tuvo sobre la historia del derecho comunitario.

Se trata de una historia bastante conocida, pero que ha sido cuestionada por algunos autores (Spiermann, 1999) o recientemente revisada por otros¹¹. A los efectos de este trabajo, es interesante ver cómo los estudiosos, la doctrina, han

⁹ Para muchos autores *Van Gend en Loos* ha producido una verdadera revolución, entre otros, Rasmussen (2014)

¹⁰ 294/83, Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament [1986], 23 de abril de 1986, ECR, 1339.

¹¹ Véanse Vauchez (2010) y el capítulo de Cohen (2013), Ten majestic figures in long amaranth robes. The formation of the Court of Justice of the European Communities, in Vauchez, Antoine y de Witte, Bruno, *Lawyer in Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Hart, Oxford, 21-42 quienes confirman la importancia concedida a *Van Gend en Loos*, pero que a su vez desafían la visión según la cual el Tribunal de Justicia era una especie de “héroe solitario” en la historia de la integración europea. Véanse las obras del llamado “Grupo de Copenhague” (Rasmussen, Morten (2014), *Revolutionizing European law: A History of the Van Gend en Loos judgement*, *International Journal of Constitutional Law*, 136-163, Davies, Bill y Rasmussen, Morten (2012), *Towards a New History of European Law: An Introduction*, *Contemporary European History*, 305-318, Boerger, Anne y Rasmussen, Morten (2014) *Transforming European Law: The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993*, *European Constitutional Law Review*, 199-225).

interpretado la fórmula "nuevo ordenamiento jurídico" utilizada en *Van Gend en Loos*. Desde un punto de vista metodológico, conviene preguntarse ¿cuáles son las consecuencias de la naturaleza *sui generis* del ordenamiento de la UE? Aquí se pueden encontrar, *grosso modo*, dos posiciones: para muchos, esta "novedad" implicaba la necesidad de inventar un nuevo aparato conceptual para describir (y exaltar) las características especiales del derecho comunitario, mientras que, según otros estudiosos, esta naturaleza -tan especial y diferente desde la perspectiva del derecho internacional clásico- no impedía -sino que requería- la necesidad de comparar el ordenamiento europeo con los sistemas federales (o cuasi federales, para retomar la fórmula utilizada por Wheare, 1953 (Wheare, 1953)). La segunda vía fue elegida, desde los años sesenta-setenta por algunos estudiosos influidos por los EE.UU. e interesados en la descripción de los primeros pasos del proceso de integración comunitario. Esos autores han utilizado una jerga y algunas categorías ("implied powers", "supremacy", "preemption") que recuerdan las utilizadas para describir los tradicionales procesos de federalización, en particular, la experiencia estadounidense.

En aquellos años, un considerable debate sobre las "estrategias" de integración jurídica/política, utilizadas por los actores políticos europeos, surgió en varias revistas de derecho comparado. Durante esos años, muchos autores de ambos lados del Atlántico compararon sus perspectivas y todavía hoy en los estudios europeos se emplea un lenguaje parecido al utilizado por estos primeros estudiosos para describir conceptos clave del derecho comunitario. En este artículo analizaré el origen de esta herencia lingüística. Insistiré principalmente en el impacto del "formante doctrinal"¹², es decir, los estudiosos¹³, y sobre la conexión existente entre el federalismo y el lenguaje constitucional.

3. Detrás del relato tradicional sobre el proceso de integración de la UE

Este recurso al lenguaje federal puso también de relieve la importancia del derecho comparado. Esto fue claramente explicado y teorizado de manera detallada, por los editores *Integration Through Law*, una obra colectiva en varios volúmenes editada por Cappelletti, Weiler y Secombe (1986).

Entre los autores que han trabajado esta temática sin duda conviene mencionar a Joseph Weiler, dado que él ha utilizado, en sus diversas obras, muchas de las categorías tradicionales del derecho constitucional de Estados Unidos para describir el Derecho comunitario. Al mismo tiempo, Weiler siempre ha sido muy cauteloso distinguiendo entre los conceptos de "federalismo" y de "Estado federal". Como sugirió Spiermann:

"Al hablar de la historia del origen del Derecho internacional, Joseph Weiler ha sido insuperable. Su balance equilibrado de las decisiones de la Corte en gran medida ha sido el más influyente. Según Weiler, 'no puede haber ningún argumento que el

¹² Sobre el concepto de formante jurídico se vea Sacco (1991). Como dijo Vespaziani "Entre las innovaciones de Sacco a la terminología comparada, su término " legal formant" ha tenido un éxito particular. El término "formant" proviene de la fonética, y un *formant* legal es el cuerpo de normas y propuestas que contribuyen a la "formación" del sistema jurídico. Sin establecer ninguna jerarquía entre ellos, el estudio comparativo señala la relevancia de los *formant* legislativo, académicos y jurisprudenciales, convenciones constitucionales y usos interpretativos, etc... Naturalmente, el número de *formants* jurídicos y su importancia comparativa varía enormemente de un sistema jurídico a otro" (Vespaziani, 2008).

¹³ Sobre el limitado impacto sobre el lenguaje utilizado por el Tribunal de Justicia vease: Martinico (2009).

ordenamiento jurídico comunitario, surgido de la Época Fundacional, aparezca en esta operación tan cercano a los trabajos de orden constitucional”¹⁴.

La influencia de los estudios de Weiler es ampliamente reconocida y en 2011 en el Instituto Universitario Europeo se organizó una gran conferencia para celebrar una de sus obras maestras, *The Transformation of Europe* (Weiler, 1991)¹⁵. Sin embargo, el objetivo de este artículo es mirar a la génesis de este debate. Decidí no centrarme - en primer lugar, al menos - en las obras de Weiler, ya que sus estudios se basaron en obras previamente escritas por otros estudiosos. Considero que es necesario tener en cuenta la doctrina originaria sobre este punto a fin de recuperar su contribución al debate. Eric Stein y Peter Hay son los autores que, por primera vez, adoptaron y adaptaron el lenguaje federal estadounidense a la experiencia del proceso de integración europeo; sin embargo, su aporte ha sido poco estudiado, especialmente el trabajo de Peter Hay. Por tanto, recuperar esta literatura otorga un valor añadido al presente trabajo.

4. Supranacionalismo y Federalismo: Hay y Stein

Peter Hay y Eric Stein¹⁶ son los autores que más han condicionado a las siguientes generaciones de estudiosos, sus obras son fundamentales para comprender el origen de este debate, y no sólo desde un mero punto de vista cronológico. Por ejemplo, los estudios de Peter Hay son cruciales para entender lo que significa “supranacional” desde un punto de vista jurídico. Consideraciones similares se aplican a Eric Stein con respecto a la idea de constitucionalización, como reconocen, entre otros, Klabbers (2009, pp. 20 ss.) y Krisch (2010, pp. 29 ss.).

En el año 1968 Hay escribió acerca de ciertas “federalizing features” del sistema comunitario, participando así en la difusión de un “lenguaje comparativo” y, sobre todo, aplicando el concepto de federalismo a las organizaciones supranacionales. En su fundamental libro *Federalism and Supranational Organizations*, escribió que:

“Una de las razones importantes para el éxito de la integración europea fue la forma organizativa que se adoptó para las tres ‘Comunidades Europeas’. Descrito como ‘supranacional’... estas organizaciones poseen independencia y poder sobre sus Estados constitutivos en un grado que sugiere la aparición de una jerarquía federal” (Hay, 1966).

Incluso antes, en el año 1963, en un artículo publicado en la *American Journal of Comparative Law*, -la revista de derecho comparado más importante en EE.UU-, escribió sobre el federalismo “imperfecto” y señaló que “la limitación del federalismo económico de la organización no necesariamente hacia cambiar la caracterización, puesto que la jurisprudencia en desarrollo podía corregir las imperfecciones” (Hay, 1963).

¹⁴ Él continuó diciendo: “No pretendo desafiar la historia popular que recorre la elaboración del ordenamiento jurídico comunitario. Dada su popularidad, se requeriría cierta temeridad para sugerir que no contribuya a un relato esclarecedor de ciertos aspectos del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, insisto en que la historia popular no es siempre la historia completa. Hay otra parte de la historia, que me propongo examinar en este ensayo” (Spiermann, 1999).

¹⁵ La conferencia “The Transformation of Europe – 20 years ahead Sala Europa” fue organizada por el Departamento de Derecho del Instituto Universitario Europeo, el Centro Robert Schuman de Estudios Avanzados del mismo Instituto y por el Centro de Política Europea, Universidad de Copenhague y se celebró en Villa Schifanoia Via Boccaccio, 121 on 10-11 de octubre del 2011.

¹⁶ Ellos emigraron desde Europa hacia los EE.UU donde encontraron trabajo. Peter Hay nació en Berlín el 17 de septiembre de 1935, pero es ciudadano de Estados Unidos y estudió en la *Michigan Law School*.

Por federalización no se entiende la transformación de la UE en un Estado federal o en una federación, más bien, con esta fórmula, se hace referencia a “federalizing process” (Friedrich, 1968), entendido como el progresivo alejamiento del Derecho de la UE de la lógica meramente internacionalista, es decir como un fenómeno que ha producido la progresiva sustitución del principio internacionalista de la unanimidad por el principio constitucional de la mayoría. Esta idea está presente en los escritos de los comparatistas americanos que ya en los años sesenta escribían sobre las Comunidades.

Otra importante contribución de Hay es la relacionada con la definición del término “supranacionalismo”. Supranacional es una palabra empleada en la primera versión del Tratado sobre la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). En efecto, en su artículo 9 el Tratado CECA utilizaba el adjetivo “supranacional” para definir la independencia de “cualquier gobierno de algún otro organismo”:

“Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones con total independencia, en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus funciones, no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna organización. Se abstendrán de toda conducta incompatible con el carácter supranacional de sus funciones. Cada Estado miembro se compromete a respetar este carácter supranacional y a no hacer ningún esfuerzo para influir en los miembros de la Alta Autoridad en el cumplimiento de sus funciones”.

Otra disposición clave es el art. 13 del Tratado CECA¹⁷, donde se establecía que la Alta Autoridad decidía por mayoría. Al recordar esta disposición, Schütze ha sugerido que: “La fórmula legal detrás de la Comunidad del Acero y el Carbón era doble: la ausencia de un veto de la normativa en los ordenamientos jurídicos nacionales se complementó con la ausencia de un veto en la toma de decisiones en el ordenamiento jurídico comunitario” (Schütze, 2009, p. 43). En su *Federalism and Supranational Organizations*, Peter Hay encontró muchas analogías entre federalismo y supranacionalismo, definiendo a este último como: “una cualidad política en lugar de un poder o un derecho”, identificable a la luz de seis “criterios” (Hay, 1966, p. 31):

- “1) “La independencia de la organización y de las instituciones de los Estados miembros”;
- 2) “...la capacidad de una organización para ampliar sus miembros por mayoría o mayoría ponderada de votos”;
- 3) “...el efecto de la ley que emana de la organización sobre las personas naturales y jurídicas en los Estados miembros, es decir, un efecto vinculante sin necesidad de aplicación por los órganos legislativos nacionales directo”;
- 4) “...supranacionalismo, al menos en su forma actualmente europea, consistente en una transferencia de poderes soberanos de los Estados miembros a la organización”;
- 5) “...del supranacionalismo depende la extensión de las funciones, poderes y jurisdicción atribuido a la organización”;
- 6) “La supranacionalidad ha sido definida en términos de las instituciones con las cuales se han equipado a las Comunidades Europeas. Esta sugerencia busca el apoyo de la existencia de un Consejo y una Comisión, ya que todas las

¹⁷ Art.13 Tratado CECA: “La Comisión ejercerá sus funciones bajo la orientación política de su Presidente. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría del número de miembros previsto en el artículo 9. Sólo podrá reunirse válidamente la Comisión cuando esté presente el número de miembros que fije su reglamento interno”.

organizaciones internacionales, que sean más que simples alianzas o asociaciones, deben tener necesariamente órganos político o administrativos o ambos”.

Según Hay, el supranacionalismo está conectado a la idea del federalismo porque ambos conceptos están basados en una transferencia de poder del Estado a una entidad superior. Él ha utilizado un concepto dinámico de federalismo sin dar demasiada importancia a la forma institucional de esta entidad, una entidad que presentaba (y todavía presenta) elementos de derecho internacional. Por eso, Hay distinguió “los elementos federales de los elementos internacionales”:

“Federal’ por lo tanto se utiliza en un sentido adjetival: se atribuye a una particular función ejercida por la organización y se utiliza para denotar, en cuanto a esa función, una relación jerárquica entre las comunidades y sus miembros” (Hay, 1966, p. 90).

Hay usaba la noción de “functional federalism” con el fin de describir la actividad del TJ y la relación entre los derechos nacionales y el derecho supranacional.

La fórmula “functional federalism” puede sonar como un oxímoron para un estudioso de derecho europeo, acostumbrado a la contraposición entre federalismo y funcionalismo. Sin embargo, en sus obras Hay explicó lo que quería decir por esta fórmula cuando destacó la posible separación conceptual entre la posibilidad de definir una entidad como “federación” y las funciones federales que una entidad puede ejercitar, no limitando entonces la idea de federalismo solo a aquellas entidades que sean federaciones o estados federales concebidas *stricto sensu*. En otras palabras, su visión del federalismo es dinámica y se asemeja mucho a la adoptada por Carl J. Friedrich¹⁸. Según Friedrich, estudiar el federalismo no significaba sólo estudiar los estados federales o las federaciones, como otros autores sugieren. Por esto es necesario, para comprender su enfoque, superar la distinción entre Estado federal (*Bundestaat*) y Confederación (*Staatenbund*) (Friedrich, 1955, pp. 510 ss.). La visión clásica del federalismo se basa en un enfoque muy estático y se basa en categorías -soberanía y estado- que Friedrich criticó de manera contundente, diciendo que “ningún soberano puede existir en un sistema federal; autonomía y soberanía se excluyen de tal orden político” (Friedrich, 1968, p. 8). Con el fin de explicar su tesis, Friedrich argumentó que fueron los alemanes -más que los estadounidenses- los que subrayaron excesivamente esta distinción entre *Staatenbund* y *Bundestaat*:

“El concepto americano, en este punto, puede ser considerado el descubrimiento del “estado federal”, debido a que era el término que los alemanes y otros le atribuyeron en contraposición al de una Confederación de Estados. En realidad, no hay tal dicotomía que enfrentó a los constructores del sistema americano. De hecho, ellos fueron los primeros que se dieron cuenta, al menos en parte, que el federalismo no es un patrón fijo y estático sino un proceso” (Friedrich, 1968, p. 18).

Sucesivamente Friedrich explicó que: “el federalismo no debe considerarse como un patrón estático, como un término fijo y exacto de la división de poderes entre las autoridades centrales y satélites. En cambio, el federalismo debe considerarse como un proceso de *federalización* de una comunidad política” (Friedrich, 1955, pp. 50 ss.). Sin embargo, existe una diferencia importante entre Friedrich y Hay,

¹⁸ Carl Joachim Friedrich nació el 5 de junio de 1901 en Leipzig y murió el 19 de septiembre de 1984 en Lexington, Massachusetts. Él enseñó Ciencias Políticas y Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América y fue uno de los autores más importantes en el campo del federalismo comparado. En él y otros “German émigrés” véase: Greenberg, Udi (2016), *The Weimar Century: German Émigrés and the Ideological Foundations of the Cold War*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.

representado por el concepto de soberanía. Este concepto ha sido cuestionado por Friedrich mientras que todavía juega un papel en la definición de supranacionalismo de Hay.

Ahora bien, el pionero de este enfoque comparado en los estudios europeos fue, sin duda, Eric Stein. Él nació en Holice el 8 de julio de 1913 y después de la Segunda Guerra Mundial se convirtió en Profesor de Derecho Internacional en la *Michigan Law School*, comenzando una espléndida carrera viajando y enseñando en todo el mundo (Uppsala, Bruselas, Florencia, Londres, Stanford), encontrando discípulos en ambos lados del mundo y convirtiéndose en un punto de referencia, tanto para los estudiosos europeo como para los americanos.

En el año 1955 Stein escribió un artículo sobre la jurisprudencia del TJ, titulado *The European Coal and Steel Community: The Beginning of Its Judicial Process* y publicado en la *Columbia Law Review* y con Peter Hay editó *Cases and Materials on the Law and Institutions of the Atlantic Community*, un texto en dos volúmenes que “constituyó el primer intento de presentar a los estudiantes los nuevos desarrollos europeos y muestra las interacciones entre las instituciones regionales y universales” (Boerger, 2014).

Stein fue mucho más que un jurista, fue un intelectual verdaderamente europeo y organizó dos importantes conferencias sobre la relación entre organizaciones internacionales y Estados miembros en Bellagio¹⁹ y luego puso en marcha un proyecto comparativo sobre los EE.UU. y la UE. Stein contribuyó también a establecer una red transnacional de académicos y funcionarios como muestra la amistad con Michel Gaudet del Servicio Jurídico de la Alta Autoridad de la CECA²⁰. Los ensayos sobre Europa y América en una perspectiva comparada de Stein fueron luego recogidos en el libro *Thoughts from a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*. La primera parte de este trabajo contiene el artículo *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution* que se convirtió en un clásico de los estudios europeos con su muy famoso *incipit*:

“Escondido en el país de las hadas, el Ducado de Luxemburgo recientemente, con la negligencia benigna del poder y los medios de comunicación, bendice el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas que ha creado el marco constitucional de una estructura federal en Europa” (Stein, 1981).

En estas líneas se puede encontrar una confirmación de la correlación entre federalización y constitucionalización en el lenguaje de los comparatistas americanos, apareciendo los dos conceptos conectados al progresivo distanciamiento del origen meramente internacionalista de las Comunidades europeas. Stein, en efecto, se considera como el primer autor que conceptualizó la idea de las Comunidades europeas como entidades caracterizadas por una estructura constitucional parecida a la de un sistema federal, como queda patente observando el famoso debate que mantuvo con Oliver (Stein, 1979, pp. 897 ss.), debate que representa el primer debate de la interminable disputa entre internacionalistas y constitucionalistas sobre la naturaleza de las Comunidades. En sus cursos en la Academia de Derecho internacional de 1974 en la Haya, Oliver se centró en la posibilidad de un *treaty-based federalism* (Oliver, 1974, pp. 331 ss.). Los dos autores dedicaron muchos estudios a este asunto, inaugurando el debate sobre la estructura de los Tratados originarios (¿meros tratados internacionales o Constitución europea?). Se trata solo de un ejemplo de la influencia que la literatura americana ha tenido en la construcción de la especialidad comunitaria.

¹⁹ Una serie de conferencias organizadas en Italia entre 1965 y 1967.

²⁰ Véase Boerger (2014). Sobre la relación entre Gaudet and Stein, sobre todo pp. 866 ss.

Sin embargo, esa no fue la primera vez en la que Stein utilizó la jerga constitucional para describir la actividad del TJ. Como recuerda Boerger (2014), en el año 1960, Stein escribió que: “las técnicas y los procedimientos de la Comunidad se asemejan en muchos aspectos a los del Derecho público de un Estado -especialmente del Derecho administrativo, y también al Derecho constitucional-, en lugar de los de las organizaciones internacionales y derecho internacional” (Stein, 1960, p. 19). Esto confirma lo que he intentado aclarar desde el principio de este artículo: estos académicos jugaron un papel intelectual fundamental, ya que sus recursos a las categorías federales tomados del derecho constitucional americano se utilizaron para describir un tipo de proceso de emancipación del Derecho comunitario²¹. Con el fin de definir este proceso de transformación del derecho internacional público en algo parecido a una entidad federal (aún parcial en *Van Gend en Loos*, donde la referencia al derecho internacional todavía está presente, como hemos visto) los estudiosos utilizan el término “constitucionalización”.

En el año 1982, Stein y Sandalow editaron un estudio de varios volúmenes titulado *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*. que fue el primer modelo de *Integration Through Law*. En pocas palabras, como Trevor Hartley (1986, p. 229) también reconoció, Stein fue el maestro común en el campo de los estudios comparados entre las Comunidades europeas y los Estados Unidos, de una manera parecida Boerger escribió que:

“La capacidad de Stein para el estudio de la integración europea de manera comparada fue una de sus mayores fortalezas intelectuales. Trabajar en paralelo los nuevos desarrollos europeos legales e institucionales con las prácticas federales estadounidenses, le parecía a Stein -y a otros abogados y politólogos- una forma más productiva de aprehensión de las Comunidades, haciéndolas más pertinentes ante el público americano”²².

Concluyendo, Stein y Hay favorecieron entonces un proceso de “intercambio” académico, estudiando el proceso europeo a la luz de la experiencia americana.

5. El impacto sobre las sucesivas generaciones de académicos (unos ejemplos)

Este tipo de comparación también fue adoptado por los primeros alumnos de dichos maestros o colegas fascinados por el carisma intelectual de Eric Stein. Es el caso del italiano Mauro Cappelletti, Profesor de Derecho Comparado y Derecho Procesal Civil italiano.

En 1986 fue el editor de uno de los proyectos editoriales más importantes en los estudios de la UE. En los volúmenes de *Integration Through Law*, Cappelletti - gracias a su experiencia de docencia bi-sistémica (en contextos de *common* y *civil*

²¹ Como Boerger dijo, Stein fue a veces dudoso sobre esto: “Debemos dejar de medir la CE en términos de una incipiente Federación. Abogados estadounidenses y politólogos son muy compulsivos acerca de ello. Me declaro culpable con todo el mundo.... La perspectiva federal automáticamente conduce a preguntas incómodas sobre el Tribunal de Justicia. La mayoría de los europeos no saben de lo que estamos hablando cuando hablamos de la función federalista de la Corte. Estoy totalmente de acuerdo con que el Tribunal de Justicia no es el órgano más importante en el proceso de integración y que su papel en la formulación de la política comunitaria ha sido limitado. Carta de Eric Stein a Stuart Scheingold (Mar. 8, 1962)” (Boerger, 2014, p. 882).

²² “Tales analogías se lanzaron no sin peligro, y Stein había navegado por este campo precario con la prisa y la vacilación. Al comienzo de su carrera académica, estaba dispuesto a analizar a las nuevas Comunidades Europeas a la luz de federalismo americano” (Boerger, 2014, p. 881).

law) ha congregado a muchos autores norteamericanos y europeos con el fin de comparar el proceso de integración europea y el federalismo estadounidense.

En palabras de los editores, este trabajo fue: “caracterizado como un esfuerzo de investigación altamente pluralista... el producto de los esfuerzos de cerca de cuarenta colaboradores de muchos países en tres continentes, cada contribución que es, a su vez, el producto conjunto de un equipo” (Cappelletti, 1986, p. 5).

En esa obra, los autores exploraron la fuerte conexión entre las nociones de federalismo y la integración vistos como “dobles conceptos” (Cappelletti, 1986, p. 15). La filosofía de esta obra concebía el enfoque comparado como una tercera vía, diferente del positivismo jurídico y del derecho natural, que permite verificar construcciones teóricas y cuestionar peligrosas generalizaciones, funcionando como “laboratorio”.

Sin embargo, el ejemplo más evidente del impacto del lenguaje y de la caja de herramientas conceptuales utilizados por Hay, Stein y los otros estudiosos con sede en los EE.UU. e interesados en la Comunidad Europea es el empleo de la palabra “supremacía”²³. Generalmente, el TJ no utiliza el término “supremacía” (en *Costa v Enel*, por ejemplo, el Tribunal de Justicia utilizó la palabra “primacía” o “precedence” en la versión inglesa, “preeminence” en la versión francesa).

Según Mayer las únicas excepciones contenidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son los casos *Walt Wilhelm*²⁴ y *Leonesio*²⁵. A pesar del hecho que ni los Tratados europeos ni el TJ utilizan la palabra supremacía, este término ha entrado en el lenguaje común de los académicos. El mejor ejemplo de esta tendencia es confirmada por el debate sobre el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa²⁶, (ausente en el Tratado de Lisboa²⁷), lo que habría codificado una “cláusula de supremacía” en el derecho europeo. De hecho, la palabra “supremacía” está tomada desde la Constitución de Estados Unidos, donde existe una *supremacy clause* (Art.VI, 2) y, como explicó el Tribunal constitucional español en el 2004, ese concepto supone la existencia de un modelo federal perfecto y de un “monismo” normativo.

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están

²³ “El Tribunal Europeo sostuvo que la concesión de competencia interna debe leerse como implicada en una alimentación externa de tratados.” (Weiler, 1991, p. 2416).

²⁴ 14/68, *Walt Wilhelm v Bundeskartellamt* [1969] 13 de febrero de 1969 ECR 1.

²⁵ 93/71, *Leonesio* [1972] 17 de mayo de 1972. ECR 287. Mayer, Franz (2005), *Supremacy - Lost? – Comment on Roman Kwiecień*, *German Law Journal*, 1497-1505. Sobre esto se vea Piqani, Darinka (2007) *Supremacy of European Law Revisited: New Developments in the context of the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, paper presented at the VII World Congress of the International Association of Constitutional law, Athens, 11–15 June 2007, www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Darinka%20Piqani.pdf.

²⁶ Art. I-6 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

²⁷ Con el Tratado de Reforma de Lisboa se añadió una Declaración (la n. 17) sobre la primacía: “Declaración relativa a la primacía La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260)”.

infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones”²⁸.

Entonces, ¿por qué los estudiosos utilizan la palabra “supremacía”? Probablemente a causa del lenguaje empleado por los estudiosos que comentaron las primeras decisiones del Tribunal de Justicia, y cuyos comentarios han sido publicados en revista americanas, como es el caso de las afirmaciones escritas por Peter Hay en el *American Journal of Comparative Law* (Hay, 1968).

Posteriormente, este lenguaje fue seguido por las primeras obras europeas publicadas en inglés en revistas internacionales como *Common Market Law Review*, que, por ejemplo, es una revista nacida casi en el mismo año de la sentencia *Costa/Enel*. Sin embargo, la influencia de los estudios de Peter Hay, Eric Stein y otros no es solamente lingüística, sino también de contenido y metodológica.

6. Observaciones finales

En este breve artículo he tratado de explorar el origen de la jerga federal todavía empleada por los juristas interesados en el derecho de la UE mirando a las obras de algunos académicos basados en los EE.UU. Gracias a sus trabajos favorecieron un verdadero intercambio transnacional de pensamientos. Me concentré en Hay y Stein y luego brevemente traté de mostrar su influencia en las siguientes generaciones de estudiosos (Cappelletti y Weiler, por ejemplo).

Aun hoy autores como Weiler o Schütze siguen utilizando categorías desarrolladas en el debate estadounidense sobre el federalismo cuando analizan el proceso de integración europeo y la misma distinción entre federalismo como proceso y federación/Estado federal está en la base de la teoría de la tolerancia constitucional de Weiler (2001) por ejemplo:

“La Comunidad no está destinada a convertirse en otra América o incluso en un estado federal. Pero estoy convencido de que se reconocerá cada vez más la importancia de la experiencia federal en Europa (y la experiencia europea será como una novela pensada desde el federalismo de los Estados Unidos y otras federaciones)” (Weiler, 1984, p. 1161).

Obviamente, este proceso de constitucionalización como federalización no describe un fenómeno agotado, sino algo todavía en evolución: como se sabe, especialmente en el momento de la revisión de los tratados, la lógica seguida es todavía la internacional (con la necesaria unanimidad de todos los Estados miembros), aunque en la historia de la UE el principio de mayoría se ha ido consolidando poco a poco.

Concluyendo sobre este punto, es interesante destacar cómo en Europa, este enfoque comparado- con la excepción de la doctrina de la *Integration through Law*- no ha tenido, en el pasado por lo menos, mucho éxito, porque para explicar la distinción entre el Derecho comunitario y el internacional se ha optado por la

²⁸ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005), <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919>

adopción de la así llamada teoría de la especialidad (o de la naturaleza *sui generis*) de la UE. De hecho, más tarde, este enfoque comparado fue parcialmente rechazado (especialmente en Europa) y esto explica porque, durante mucho tiempo, en los estudios europeos el federalismo ha sido tratado como un “infamous f-word” (Puder, 2003, pp. 1562 ss.). Esta oposición entre “comparativism” y “jurisprudence” ha sido muy bien explicada por Ward en su trabajo *A Critical Introduction to EU Law*, donde resalta que comparar implica admitir la insuficiencia de las herramientas (“tools”) “heredadas de nuestros antepasados” (Ward, 1996, p. 181). Más recientemente Schütze, sin embargo, ha criticado aquellos enfoques que rechazan la utilidad de la comparación en este ámbito:

“Europea cree haber inventado un mundo nuevo -la supranacionalidad- y anunció con orgullo la Unión Europea para ser *sui generis*... La idea *sui generis* no es una teoría. Es una anti-teoría, que se niega a buscar los puntos en común; sin embargo, toda teoría debe buscar lo que es genérico... Sin embargo, esta conceptualización simplemente puede no explicar la realidad social y jurídica dentro de Europa” (Schütze, 2009, p. 3).

Schütze eligió la etiqueta federal para describir la UE, con el deseo de aventurarse en una “comparación constitucional con otra Unión: la de los Estados Unidos de América” (Schütze, 2009, p. 3).

En efecto, la comparación es sobre todo un proceso que no dice nada sobre su resultado: en este sentido, la comparación entre dos entidades no conduce necesariamente a la conclusión de que estas dos entidades son idénticas. Esto explica por qué, según algunos autores, el derecho comparado tiende a subrayar la importancia de las diferencias más que las similitudes (de Vergottini, 2004, p. 52).

Bibliografía

AVBELJ, Matej (2008), *The Pitfalls of (Comparative) Constitutionalism for European Integration*, Eric Stein Working.

BAILLEUX, Julie (2013), *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses. Science politique, Paris.

BAILLEUX, Julie (2014), “L'Europe et ses légistes. Le Service juridique des Exécutifs européens Et la promotion d'un droit communautaire autonome”, *Politique européenne*, 84-113.

BOERGER, Anne (2014), “At the Cradle of Legal Scholarship on the European Union: The Life and early Work of Eric Stein”, *American Journal of Comparative Law*, 2014, 859-892.

BOERGER, Anne y RASMUSSEN, Morten (2014), “Transforming European Law: The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993”, *European Constitutional Law Review*, 2, 199-225.

CAPPELLETTI, Mauro, SECCOMBE, Monica y WEILER, Joseph H.H. (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, Berlin-New York, W. De Gruyter, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro (1987), "Is the European Court of Justice "Running Wild"?", *European Law Review*, 4-17.

COHEN, Antonin (2013), "Ten majestic figures in long amaranth robes. The formation of the Court of Justice of the European Communities", in Vauchez, Antoine y de Witte, Bruno, *Lawyering Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Hart, Oxford, 21-42.

CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne (2011), *EU Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press.

CURTIN, Deirdre (1995), *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC: Flexibility as a Key Paradigm?* *Aussenwirtschaft* 50.

DAVIES, Bill y RASMUSSEN, Morten (2012), *Towards a New History of European Law: An Introduction, Contemporary European History*.

DEHOUSSE, Renaud (1994), "Comparing National and EC Law: The problem of Level of Analysis", *American Journal of Comparative law*.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004), *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam.

DE WITTE, Bruno (1996), "Agreement or Constitution?", in Winter Jan A. et al. (eds), *Reforming the Treaty on European Union. The Legal Debate*, Deventer and The Hague, Kluwer Law International.

DOUGLAS-SCOTT, S., *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights acquis*, *Common Market Law Review*.

EECKHOUT, Piet (2002), "The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question", *Common Market Law Review*, Vol 35, Issue 5.

FLETCHER, George P (1998), "Comparative Law as a Subversive Discipline", *American Journal of Comparative Law*.

FRIEDRICH, Carl J. (1968), *Trends of federalism in theory and practice*, Londres, Pall Mall.

FRIEDRICH, Carl J. (1955), "Federal Constitutional theory and emergent proposal", in MacMahon, Arthur W. (ed.) *Federalism: mature and emergent*, New York, Doubleday and Company.

FRIEDRICH, Carl J. (1967), *An introduction to political theory: twelve lectures at Harvard*, New York, Harper & Row.

FRIEDRICH, Carl J., (1963), *Man and his government: an empirical theory of politics*, McGraw-Hill, New York, Harper and Row.

GAJA, Giorgio, HAY, Peter y ROTUNDA, Ronald (1986), "Instruments for Legal Integration in the European Community", in Cappelletti, Mauro, Seccombe, Monica y Weiler, Joseph H. H. (eds.) , *Integration through Law*, Vol 1, Berlin-New York, W. de Gruyter.

GLENN, Patrick (2005), "Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions", *McGill Law Journal*, 863-898.

GREENBERG, Udi (2016), *The Weimar Century: German Émigrés and the Ideological Foundations of the Cold War*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.

GROUSSOT, Xavier. (2006), *General principles of Community Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006.

HALBERSTAM, Daniel (2010), "Pluralism in Marbury and Van Gend", in Azoulai Loïc y Poiares Maduro, Miguel (eds.), *The past and the future of EU law. The Classics of EU law on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford.

HARTLEY, Trevor C. (1986), "Federalism, Courts and Legal Systems: the Emerging Constitution of the European Community", *American Journal of Comparative Law*, 229-247.

HAY, Peter, LANDO, Ole y ROTUNDA, Ronald D. (1986), "Conflicts of Laws as a Technique for Legal Integration", in Cappelletti, Mauro, Seccombe, Monica y Weiler, Joseph H. H. (eds.), *Integration through Law*, Vol 1, Berlin-New York, W. de Gruyter.

HAY, Peter y ROTUNDA, Ronald D. (1982), *The United States Federal System. Legal Integration in the American Experience*, Milan-New York, Giuffrè-Oceana.

HAY, Peter (1968), "Supremacy of Community Law in National Courts. A Progress Report on Referrals Under the EEC Treaty", *American Journal of Comparative Law*, 524-551.

HAY, Peter (1963), "Federal jurisdiction of the Common market Court", *American Journal of Comparative Law*, 21-40

HAY, Peter (1966), *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, Urbana, University of Illinois Press.

KLABBERS Jan (2009), "Setting the Scene", in Klabbbers, Jan, Peters, Anne y Ulfstein, Geir (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1-44.

KRISCH, Nico (2010), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford.

KUIJPER, Pieter Jan (2011), "The European Courts and the Law of the Treaties. The Continuing Story", in Cannizzaro, Enzo (ed.), *The Law of the Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 256-278.

LA PERGOLA, Antonio (1987), "L'empirismo nello studio dei sistemi federali: a proposito di una teoria di Carl Friedrich", in La Pergola, Antonio, *Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie garantite. Riflessioni comparatistiche sul federalismo e regionalismo*, Padova, Cedam, 123-182.

LENAERTS, Koen (2000), "Fundamental Rights in the European Union", *European Law Review*, 575-600.

MARTINICO Giuseppe (2011), *Lo spirito polemico del diritto europeo Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne.

MARTINICO, Giuseppe (2009), "Reading the others: American legal scholars and the unfolding European integration", *European Journal of Law Reform*, 35-49.

MAYER, Franz (2005), "Supremacy - Lost? – Comment on Roman Kwiecień", *German Law Journal*, 1497-1505.

MAYER, Franz (2010), "Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law", in Azoulai Loïc y Poiares Maduro, Miguel (eds.), *The past and the future of EU law. The Classics of EU law on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart, 16-25.

MONACO, Riccardo (1983), "L'interpretazione delle norme comunitarie", in Pennacchini, Erminio, Monaco, Riccardo, Ferrari Bravo, Luigi y Puglisi, Salvatore, *Manuale di diritto comunitario*, Torino, UTET.

OLIVER, Covey T (1974), *The Enforcement of Treaties by a Federal State*, Rec. des Cours.

PINELLI, Cesare (2002), *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna.

PIQANI, Darinka (2007), *Supremacy of European Law Revisited: New Developments in the context of the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, paper presented at the VII World Congress of the International Association of Constitutional law, Athens, 11–15 June 2007,

www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Darinka%20Pigani.pdf

PIZZORUSSO, Alessandro (2002), *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna.

PUDER, Markus G. (2003), "Constitutionalizing the European Union. More than a Sense of Direction from the Convention on the Future of Europe", *Fordham International Law Journal*, 1562 y ss.

RASMUSSEN, Hjalte, (1986), *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht, Martinus Nijhoff.

RASMUSSEN, Morten (2014), "Revolutionizing European law: A History of the Van Gend en Loos judgement", *International Journal of Constitutional Law*, 136-163.

SACCO, Rodolfo (1991), "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, I, 21-34.

SACCO, Rodolfo (1991), "A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)", *American Journal of Comparative Law*, II, 343-401.

SANDALOW, Terrance y STEIN, Eric (eds) (1982), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, Oxford University Press.

SCHÜTZE, Robert (2009), *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press.

SPIERMANN, Ole (1999), "The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order", *European Journal of International Law*, 763-789.

STAR-DEELEN, Donna y DEELEN, Bart (1996), "The European Court of Justice as a Federator, Publius", *The Journal of Federalism*, Vol 26, Issue 4, 81-97.

STEIN, Eric (1955), "The European Coal and Steel Community: The Beginning of Its Judicial Process", *Columbia Law Review*, 985-999.

STEIN, Eric (1979), "Treaty-Based Federalism, A.D. 1979: A Gloss on Covey T. Oliver at the Hague Academy", *University of Pennsylvania Law Review*, 129, 897 y ss.

STEIN, Eric (2000), *Thoughts from a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*, Ann Arbor, University of Michigan Press.

STEIN, Eric y HAY, Peter (1963), *Cases and Materials on the Law and Institutions of the Atlantic Area*, Ann Arbor, The Overbeck Company.

STEIN, Eric y NICHOLSON, Thomas L. (eds) (1960), *American Enterprise in the European Common Market: A Legal Profile*, Ann Arbor, University of Michigan Law School.

STEIN, Eric (1981), "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution", in *American Journal of International Law*, Vol 75, Issue, 1,1-27.

STONE SWEET, Alex (2007), "The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority", *German Law Journal*, 915-928.

VAUCHEZ, Antoine (2010), "The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity", *European Law Journal*, Volume 16, Issue 1, 1-28.

VESPAZIANI, Alberto (2008), "Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture", *German Law Journal*, 547-573.

WARD, Ian (1996), *A critical Introduction to European Law*, Londres, Butterworths.

WEILER, Joseph H. H. (2000), *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Harvard Jean Monnet Paper.

WEILER, Joseph H. H. (1991), "Transformation of Europe", *Yale Law Journal*, 2403-2483.

WEILER, Joseph H. H. (1984), "Eric Stein: a tribute", *Michigan law review*, 82, Issue 5/6, 1160-1162.

WEILER, Joseph H. H (1987), "The Court of Justice On Trial", *Common Market Law Review*, 555-589.

WEILER, Joseph H. H. (2001), "European democracy and the principle of constitutional tolerance: The soul of Europe", in CERUTTI, Furio y RUDOLPH, Enno (eds.), *A Soul for Europe*, I, Leuven, Peeters, 33-54.

WHEARE, Kenneth (1953), *Federal Government*, Oxford University Press, Oxford.



El castigo en el contexto de sociedades sin ley¹

Punishment in lawless societies

Ilse Carolina Torres Ortega
 Universidad de Alicante
iiilse@hotmail.com

Recibido / received: 06/08/2016
 Aceptado / accepted: 15/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3280>

Resumen

En este trabajo se realiza una breve reflexión acerca del castigo en contextos en los que no es posible garantizar la efectividad del sistema jurídico. El cumplimiento de las normas jurídicas implica renunciar a la satisfacción de ciertos intereses, pero esa renuncia ha de tener lugar en el marco de una práctica en la que confiemos en que otros individuos también lo harán, evitándose así conflictos y favoreciéndose la cooperación entre los miembros de la sociedad. El castigo, en este sentido, constituye una técnica de motivación para que, aquellos que no deseen sufrirlo, actúen en conformidad con las normas, así como un respaldo para las víctimas que han sufrido un daño indebido. El castigo es una institución abierta a la discusión moral por los males involucrados en ella y, por tanto, requiere de una fundamentación. Una adecuada fundamentación exige tener en cuenta las consecuencias de la institución y esto, obviamente, presupone que, de hecho, se castiga cuando se dan las condiciones exigidas por la normativa penal. Castigar cuando es jurídicamente debido sería la forma de prevenir la impunidad, pero también de evitar el castigo de inocentes. Impunidad de los actos delictivos y falta de inmunidad ante el castigo en caso de ser inocente serían así los ejes negativos que caracterizarían al castigo en un contexto anómico.

Palabras clave

Castigo, observancia de normas jurídicas, incumplimiento de normas jurídicas, anomia, impunidad.

Abstract

In this work I did a brief reflection about the punishment under contexts where is not possible to guarantee the effectiveness of the legal system. The observance of legal rules implies giving up on certain interests. This renounce happens in a practical frame where we trust that other individuals will also give up on some of their own interests. By doing so, one avoids conflicts and eases the cooperation between the members of the society. Punishment, in this context, represents a motivational technique for those who do not want to suffer it so they behave according to the rules, as well as a support for the victims who have suffered from any damage. Moreover, the punishment is an open institution for moral discussion due to the problems involved, and therefore it demands a justification. A proper justification requires taking into account the consequences of the institution, and this assumes that a punished individual meets the required conditions for the criminal law. To punish when legally due will prevent impunity and punishment of innocents. The impunity in criminal acts and the lack of innocent's immunity from damage are the negative axes that characterize punishment in an anomic context.

Keywords

¹ Agradezco a Isabel Lifante, Victoria Roca y Alí Lozada sus comentarios y conversaciones sobre este trabajo.

Punishment, law compliance, law violation, anomie, impunity.

SUMARIO 1. Introducción. 2. La institución jurídica del castigo. Primera aproximación a los problemas envueltos en un sistema de justicia penal afectado por la anomia. 3. La protección de intereses mediante normas jurídicas: el seguimiento de reglas por parte de los ciudadanos y de las autoridades. 4. El problema de la anomia. 4.1. La anomia general y la inobservancia de normas. 4.2. La anomia en el ámbito del Derecho penal. 4.3. Ciudadanos anómicos. 4.4. Instituciones anómicas. 5. Sociedades anómicas y sus –graves– consecuencias en la justificación del castigo. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

El término “castigo” ocupa un lugar destacado en nuestras vidas; lo utilizamos en diversas situaciones que se dan de forma habitual tanto en el ámbito social como en el personal, y que ponen de manifiesto la existencia de distintos sentidos de la expresión². Así, el término es perfectamente utilizable cuando un padre “castiga” a sus hijos por desobedecer sus indicaciones, cuando un profesor “castiga” a alguno de sus alumnos por interrumpir la clase, o cuando una persona “se castiga” a sí misma por medio del remordimiento.

Hay un sentido de la expresión que, sin duda, nos produce mayores inquietudes: el castigo como aplicación de sanciones jurídicas y, particularmente, el castigo penal (pena) que involucra sufrimiento deliberado, infligido por parte de autoridades constituidas precisamente para ello. Este es el tipo de castigo que nos interesa a nosotros como estudiosos del Derecho, aunque no sólo a nosotros: el castigo jurídico es también foco de atención de la ciudadanía en general, ya que, aunque en distinta medida, todos somos conscientes de los males involucrados en este tipo de castigo.

Normalmente la toma de conciencia acerca de los riesgos implicados en la institución jurídica de la pena viene generada por la propia convivencia con esta institución y el temor natural de sufrir la privación de algo que consideramos valioso, por ejemplo, nuestra libertad. No obstante, en algunos países parece haber un temor distinto de aquel que surge de la mera advertencia de las consecuencias que siguen a la transgresión de normas jurídicas: la anomia general no permite garantizar una distribución justa de castigos.

En este trabajo realizaré una breve reflexión acerca del impacto que tiene en una institución como el castigo jurídico la condición de ciertas sociedades como “sociológicamente anómicas”³, o dicho con un lenguaje menos especializado,

² No hace falta recordar que el uso del lenguaje es convencional, por lo que términos tan comunes como “castigo” carecen de un significado correcto que determine el uso que pueda hacerse de él. No obstante, algunos autores como Rabossi han señalado que, pese a esta variedad de casos, es posible identificar algunos elementos comunes: a) existe un individuo que ha actuado mal, en el sentido de haber violado un uso, precepto, directiva o norma; b) hay una persona que tiene sobre el ofensor algún tipo de superioridad (o poder, al menos en el sentido de que podemos influir en la conducta de otro) para aplicar el castigo; c) ese castigo implica un estado de cosas que involucra dolor o sufrimiento por acción directa sobre él o por la privación de bienes que le son valiosos (Rabossi, 1976, p. 185).

³ El término “anomia”, si bien se emplea en un sentido ordinario como “sociedades sin ley”, tiene un sentido más específico en el ámbito de la Sociología. El término fue acuñado por Émile Durkheim, y, aunque no desarrolló una teoría de la anomia en un trabajo específico, realizó diversos planteamientos sobre ésta en obras como *La división del trabajo social*, *El suicidio*, *Lecciones de Sociología*, *La Educación moral* y *Las reglas del método sociológico*. La anomia en la obra de Durkheim hace referencia a una escisión en la relación entre los individuos y los procesos sociales, ocasionando una

sociedades en las que las normas e instituciones están notablemente debilitadas. Al hablar de estas sociedades estoy pensando especialmente en aquellas que pertenecen al “mundo latino” y ello por ser países cuya dinámica jurídica se ve afectada por la anomia a la par que se mantienen las expectativas propias de un Estado de Derecho⁴.

Para desarrollar lo anterior, en el segundo apartado de este trabajo señalaré algunos de los elementos básicos del castigo en el contexto jurídico. También me ocuparé, si bien brevemente, del problema de la justificación del castigo, dando cuenta de algunas razones tradicionalmente invocadas tanto para legitimar la existencia de una institución cuyo rasgo distintivo es infligir sufrimiento, como para legitimar los criterios de su distribución; esto es, tanto del problema de la justificación del castigo como institución, como de establecer cuándo un acto particular de castigar se puede considerar justo. Entre las razones que contribuyen a legitimar el uso de la fuerza ante transgresiones jurídicas destacaré la protección de expectativas de cumplimiento de las normas. En este sentido, en el tercer apartado, indagaré qué supone la idea del desarrollo de una práctica estabilizadora de conductas, y con ello de expectativas, para después ver las consecuencias que sobre tal práctica tiene la afirmación fáctica de que una gran cantidad de individuos de la sociedad no la observan al incumplir las normas jurídicas. Corresponderá entonces, en el apartado cuarto, abordar algunos aspectos de la anomia generalizada y, sobre todo, de la anomia en el sistema de justicia penal. Este recorrido me permitirá plantear, en un último apartado (apartado quinto), el problema central sobre el que deseo reflexionar en este artículo: las consecuencias que tiene el fenómeno de la anomia, definitorio de las “sociedades sin ley”, en la justificación del castigo como institución que, no obstante, sigue funcionando dentro de dichas sociedades.

2. La institución jurídica del castigo y su fundamentación. Primera aproximación a los problemas envueltos en un sistema de justicia penal afectado por la anomia

falta de interacción social que finalmente desemboca en la obtención de resultados sociales repetidos ineficaces. La anomia en esta concepción sólo se entiende asociándola a la concepción sobre la integración social, ya que Durkheim consideró que esta integración constituye la condición para la existencia de la sociedad y la vida social; su ausencia sería la anomia y destruye la posibilidad de dicha sociedad. La integración no hace referencia únicamente a un respeto formal por el orden establecido, sino que implica una participación en la vida social que, precisamente, no se da en la anomia. En palabras de Durkheim: “Puesto que la forma definida que con el tiempo toman las relaciones que se establecen espontáneamente entre las funciones sociales es la de un conjunto de reglas, cabe decir, a priori, que el estado de anomia es imposible donde quiera que los órganos solidarios se hallan en contacto suficiente y suficientemente prolongado” (Durkheim, 1982, p. 433).

⁴ Al centrarme en el mundo latino no pretendo sugerir que las dinámicas anómicas sean exclusivas de dichos países, sino que su forma de gobierno democrática y de Estado constitucional los compromete con ciertas garantías y con la expectativa de constituir sociedades justas. El estado de Derecho se caracteriza por las siguientes propiedades: las normas jurídicas que se observan deben ser de índole general, tender a la universalidad, deben ser en general irretroactivas, ser estables, ser públicas, ser lo más definidas que sea posible, los hechos condicionales deben ser empíricamente verificables, las normas deben ser aplicadas estricta e imparcialmente a los casos particulares, aplicadas por órganos independientes a quienes las han dictado (Nino, 1992, p. 38 y 39). Aunque el Estado de Derecho no garantiza por sí mismo valores supremos, sí se relaciona con algunos valores como la seguridad, con el poder predecir las reacciones estatales y sociales, el orden, etc. Sin ellos no puede materializarse una sociedad justa.

En una entrevista relativamente reciente⁵, José Ramón Cossío, uno de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia en México, manifestó lo siguiente: *“Hay países donde la justicia puede tardar un tiempo, ser intrincada... pero a fin de cuentas llega. En cambio, el problema en México es que un número muy grande de delitos, no sólo homicidios y desapariciones, no tienen castigo. En algunos casos ni siquiera se abren los procesos de investigación; en otros, se abren tan defectuosamente que no hay modo de llegar a una solución... En ese sentido creo que hay una desesperanza importante hacia los sistemas de justicia en el país”*. Pues bien, que éste sea el análisis de uno de los integrantes del sistema judicial de máxima jerarquía en este país es, sin duda, revelador. Aun cuando sólo se trate de una declaración hecha a la prensa, las palabras del ministro ponen de manifiesto una situación generalizada que se percibe respecto de los delitos cometidos en México y que, por ello, es conveniente analizar. La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública de 2015 (ENVIPE), también de México, estimó una tasa de 28,200 víctimas por cada 100,000 habitantes durante 2014 y, lo que es aún más alarmante, la cifra negra de delitos no denunciados o que no llegaron a averiguación previa supuso un porcentaje del 92.8% –sólo se denunció el 10.7% y, de estos, un porcentaje menor llegó a investigarse–. Entre los principales motivos para no denunciar, que figuran en dicha encuesta, destacan que tal acto es considerado como una pérdida de tiempo, y también la desconfianza a las autoridades⁶.

Lo anterior es solamente un ejemplo de la realidad que actualmente viven muchos países en los que el castigo ha dejado de representar para la población una institución confiable. La percepción negativa de la comunidad es, no obstante, sólo una parte de la problemática, ya que el castigo es una institución mucho más compleja. Para poder dar cuenta de esta complejidad, es conveniente, en primer lugar, elucidar el concepto de castigo; así, podremos identificar sus principales elementos y las dificultades que presentan.

A lo largo de la historia de las ideas se han ido ofreciendo definiciones que pretenden identificar los criterios de aplicación del término castigo. La mayoría de ellas parecen esconder un propósito mucho más ambicioso y, sin embargo, cuestionable: ofrecer los criterios de legitimidad de esta institución, ya sea descubriendo la esencia imperecedera del castigo⁷, o bien, estableciendo una barrera definicional que, artificiosamente, determine en qué casos estamos ante algo que puede ser llamado castigo y que, por definición, está justificado⁸.

⁵ Cossío, José Ramón. “La impunidad en México es un problema creciente”. *El País* (España), 27 de octubre de 2015.

⁶ Para consultar esta información:

<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/envipe/>

⁷ Hay muchos teóricos que, aunque abiertamente abrazan una visión conceptualista, implícitamente continúan viendo en la tarea conceptual un fin en sí mismo que permite comprender en su totalidad una institución. En el caso particular del castigo, muchas controversias se han estancado en la discusión de un concepto que logre dar cuenta de las condiciones de la responsabilidad penal, del delito y de la pena, cuando lo que sucede es que gran parte de la determinación de cada uno de estos conceptos depende de los principios y conclusiones normativas que desarrollemos previamente. Nino nos sugiere una forma de salir de esta encrucijada adoptando un enfoque de sucesivas aproximaciones dialécticas: comenzar con conceptos pre-teóricos de delito y de pena; encarar con ellos la discusión de principios justificatorios; detectar a través de tal discusión las propiedades relevantes para constituir una teoría sustantiva adecuada; definir en forma más precisa los conceptos en cuestión, pero, esta vez, tomando en cuenta aquellas propiedades; usar el nuevo esquema conceptual más refinado para someter a un escrutinio más intenso los principios sustantivos de la teoría, etc.” (Nino, 1994, p. 35).

⁸ La barrera definicional se refiere a la situación en que una persona evade el tener que dar argumentos sobre la fundamentación de un caso concreto como caso de castigo, aduciendo que, por

En mi opinión, y a los efectos de una mejor comprensión de la institución, es conveniente comenzar ofreciendo una definición que sea lo más descriptiva y exhaustiva posible, al menos en el sentido de que no contenga un pronunciamiento sobre su legitimidad. Decir que sea “lo más descriptiva y exhaustiva posible” supone que no podemos desconocer que tal concepto tendrá, necesariamente, un componente normativo, si bien queda abierto al debate moral cuáles hayan de ser las condiciones de su satisfacción; esto es, qué condiciones exactas habrá de cumplir una determinada medida para ser no solo castigo sino un castigo *justificado*⁹.

Una definición que se acerca mucho a lo que se ha señalado es la de Herbert Hart¹⁰, quien propuso una caracterización del caso estándar del castigo que resulta muy esclarecedora para identificar los elementos generales que distinguen a esta institución jurídica: 1) Debe involucrar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras, o desagradables; 2) tiene que ser por una transgresión a reglas jurídicas; 3) tiene que ser aplicado a un real o supuesto delincuente por su transgresión; 4) tiene que ser administrado intencionalmente por seres humanos distintos del delincuente y; 5) debe ser impuesto y administrado por una autoridad constituida por el sistema jurídico en contra del cual se cometió la transgresión (Hart, 2008: 4 y 5).

La elucidación del concepto de castigo, tal como se mencionaba, no resuelve el problema de su justificación. Naturalmente podríamos cuestionar por qué es necesario lo anterior si se trata de una institución milenaria cuya ausencia en nuestras sociedades parece casi inimaginable. No obstante, la práctica del castigo es moralmente relevante: el castigo jurídico supone dibujar una línea que divide a las personas entre delincuentes y observadores de la ley. Quienes caen bajo una de estas categorías reciben un trato que involucra un daño deliberado que es autorizado y administrado por el propio Derecho, mientras que, respecto de los individuos que caen en la otra categoría, dicho trato –esto es, castigar a quien ha observado la ley y es, en este sentido, inocente– se nos presenta como moral y jurídicamente inadmisibles. En el hecho de que castigar supone infligir un mal es en lo que radica la relevancia moral de la pena y la necesidad, entonces, de reflexionar y fundamentar por qué en un caso el castigo nos parece algo legítimo y en otro no.

definición, no puede estar justificado porque no se dan los elementos suficientes para hablar propiamente de castigo.

⁹ Así, pretendo partir de una estrategia parecida a la que sugiere Macario Alemany respecto del problema del concepto y la justificación del paternalismo. Alemany sugiere que en la caracterización del concepto no debe hacerse una valoración: “De esta manera, se evita el riesgo de dar con soluciones a problemas morales que descansen en definiciones, pues resulta inaceptable que se le dé una respuesta negativa al problema de si es correcto desde el punto de vista moral ejercer el paternalismo, diciendo que se trata precisamente de “paternalismo” y el “paternalismo” por definición está injustificado. Entiendo, en consecuencia, que el concepto de paternalismo es “neutral” cuando la afirmación ‘A ejerce paternalismo sobre B’ no conlleva necesariamente el juicio moral “A está actuando inmoralmemente con respecto a B” (Alemany, 2006, p. 344).

¹⁰ Es preciso señalar que la definición propuesta no fue originalmente ideada por Hart; la versión original fue propuesta por Antony Flew en un trabajo de 1954 titulado “*The Justification of Punishment*”. Asimismo, Hart reconoció también la influencia de S. I. Benn, particularmente por su trabajo “*An Approach to the Problems of Punishment*” publicado en 1958, en el cual Benn aceptó los criterios del uso de la palabra en su sentido primario propuestos por Flew. Hart señaló, además del caso central del castigo, otras posibilidades como casos sub-estándar o secundarios: a) castigos por infracciones de reglas jurídicas impuestas o administradas por personas distintas de los funcionarios (sanciones descentralizadas), b) castigos por infracciones a reglas u órdenes no jurídicas (castigos en una familia o escuela), c) castigos indirectos o colectivos a algún miembro de un grupo social por sanciones hechas por otros sin la previa autorización, estímulo, control o permiso, y d) castigo de personas (distintas de las incluidas en (c)) que no son ni de hecho ni supuestamente transgresores (Hart, 2008, p. 5). Considerando estos casos secundarios, Hart evidenció que no obviaba el uso ordinario del término, sino que pretendía centrar su análisis en el contexto jurídico.

Tradicionalmente, la justificación del castigo se ha intentado explicar por medio de dos grupos de teorías que han caracterizado posiciones morales enfrentadas: las teorías deontologistas o retribucionistas y las consecuencialistas, utilitaristas o prevencionistas. Deontologismo y consecuencialismo son dos tradiciones que representan grandes concepciones morales del pensamiento occidental moderno que se enfrentan en muchas cuestiones; ahora bien, en pocos casos se enfrentan tan sustancialmente como en el castigo. En relación con este debate, durante mucho tiempo se ha hablado de retribucionismo y de prevencionismo como dos teorías distintas y confrontadas a la hora de justificar esta institución¹¹.

Aunque muchos teóricos han insistido –y continúan insistiendo– en que estas teorías tradicionales representan un genuino dilema que nos fuerza a optar por un grupo u otro de razones para mantener una teoría coherente, sucede, sin embargo, que en ambas existen asunciones sobre la pena a las que difícilmente estaríamos dispuestos a renunciar¹². Desarrollemos esto.

Por un lado, la concepción retribucionista enfatiza la responsabilidad moral del individuo que ha causado el mal; por ello, su culpabilidad es la medida de su pena, puesto que el mal que supone el castigo debe ser proporcional al mal que ha causado. Bajo esta concepción, la justificación de la pena no puede tomar en cuenta las consecuencias que se obtengan de su aplicación, al considerar que, de otra forma, el individuo corre el riesgo de ser instrumentalizado. Así, se considera que esta posición permite excluir la posibilidad de penar a un inocente o castigar a alguien que no ha actuado de forma voluntaria, además de que permitiría explicar por qué un acto de mayor gravedad es susceptible de recibir un castigo también más grave. Aunque esto, en principio, nos parece adecuado, esta concepción nos lleva a tener que aceptar algunas asunciones implausibles, como la creencia irracional acerca de que la suma de dos males produce un beneficio intangible, o la relevancia de evaluar el carácter moral del delincuente¹³.

El prevencionismo, por su parte, enfatiza la importancia de las consecuencias de la pena (descartada por la postura contraria): debe ser un medio efectivo para evitar daños futuros, puesto que el daño cometido ha sido ya realizado y es imposible de “retribuir”. Así, esta concepción sostiene que el castigo no debe ser una forma de

¹¹ El enfrentamiento de estos dos grupos de teorías no es nada nuevo. Ya en el diálogo de Platón sobre Protágoras se hacía mención de la dicotomía: “Porque nadie castiga a un hombre malo sólo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo” (Platón, 1871, p. 36). Asimismo, en el debate sobre Mitilene, se ven contrastadas la postura de Cleón –que representaría la posición retribucionista defendiendo la idea de merecimiento, la proporcionalidad y la culpa como reprochabilidad–, y la postura de Diódoto –que representaría la posición consecuencialista, aludiendo a la comprensión y explicación de la conducta delictiva, el cuestionamiento de la culpabilidad como medida del castigo y la utilidad del castigo en el futuro–. No fue hasta el siglo XVIII, tras el trabajo de los pensadores Bentham y Kant, cuando el debate se afianzó en las dos tradiciones señaladas.

¹² En esta tesitura, Nino sugiere que en el fondo de las discusiones sobre la fundamentación filosófica del Derecho penal hay un enfrentamiento entre, por un lado, una concepción general intrínseca a un enfoque liberal y racional de la responsabilidad penal y, por el otro, una serie de convicciones intuitivas (como que un inocente no debe ser penado, que ciertas actitudes subjetivas deben ser tomadas en cuenta, que la tentativa merece un castigo menor, etc.) sobre cuáles son las condiciones y distinciones que un sistema de responsabilidad justo debe tomar en cuenta (Nino, 1980, p. 31).

¹³ Determinar que un individuo es merecedor de un castigo implica hacer una evaluación de su acto como manifestación de su carácter moral, es decir, que tal acto refleja qué tipo de persona es. Sobre el acto de culpar a alguien es estos términos, Nino dice lo siguiente: “Si para culpar a alguien se necesita realizar una evaluación de su carácter moral, la culpa necesariamente supone ideales de virtud o excelencia personal... La acción que es el objeto de la culpa degrada el carácter del agente y la calidad de su vida” (Nino, 2006, p. 207).

venganza institucionalizada que no tome en cuenta las consecuencias de su aplicación. No obstante lo anterior, desde esta concepción de justicia podría llegarse a justificar el castigo a un inocente si esto fuera considerablemente beneficioso para la sociedad. Esto es, el utilitarismo legitima que ciertos individuos sean utilizados como simples medios, ya que lo que pone como bien superior es la suma agregada de bienestar.

Con lo anterior queda de manifiesto que ambas posturas poseen evidentes ventajas y desventajas. Por ello, se han considerado otras posibilidades que permitan mantener esas ventajas sin tener que comprometernos con aquellas asunciones que son difícilmente aceptables. En este sentido, la dicotomía es insalvable sólo de manera aparente, ya que puede admitirse una tercera opción que pase por deconstruir el problema del castigo para, a partir de este análisis, identificar en qué parte son necesarias razones morales de tipo deontologista o de tipo consecuencialista. Aportaciones como la de Hart, en el área de filosofía del Derecho, han contribuido considerablemente al debate actual sobre la fundamentación del castigo jurídico por esta tercera vía¹⁴. Este autor planteó la necesidad de diferenciar entre el problema de la justificación de la institución y la distribución¹⁵: la prevención del daño, y con ello la protección de las expectativas generadas por las reglas de un sistema jurídico, constituye el fin general justificativo de la institución del castigo; mientras que la aplicación concreta de la pena –es decir, su distribución– tiene que tomar en consideración las tesis retribucionistas para que sólo sufra aquel que es culpable de una transgresión jurídica.

Aunque el problema de justificación moral del castigo es mucho más complejo, para los fines que aquí nos interesan, me parece suficiente haber señalado la importancia de tal debate y las líneas centrales esgrimidas por cada concepción. Esto es relevante para tener presentes, en lo que sigue, las razones que fundamentan la permisión de una práctica que, al consistir en causar daño, sería, *prima facie*, ilegítima. Es la certeza de que este daño implica un mal menor –comparado con los beneficios generales que pueden alcanzarse por medio de la práctica del castigo– lo que sustenta, en gran medida, la permanencia de esta institución. El corolario de esta aserción es que estamos ante un serio problema cuando el castigo se desarrolla en contextos anómicos, caracterizados por el incumplimiento generalizado de normas y la ineficacia del sistema de justicia. Antes de explicar con mayor detalle lo anterior, es necesario destacar cómo la práctica del castigo juega un papel central en la dinámica jurídica de las sociedades, principalmente, como técnica de motivación en el cumplimiento de las normas y como una forma de proteger los intereses, generales e individuales, de las personas.

3. La protección de intereses mediante normas jurídicas: el seguimiento de reglas por parte de los ciudadanos y de las autoridades

¹⁴ Evidentemente esto no sólo ha sucedido en el área iusfilosófica. En Derecho penal son bien conocidas las teorías mixtas que también sugieren una combinación de elementos retributivos y prevencionistas en distintos momentos de la tarea penal. En este sentido, resulta ejemplificadora la posición de Roxin: “Nuestro punto de partida es que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan justificación (Roxin, 1976, p. 20).

¹⁵ En su artículo *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, Hart sugirió diferenciar las cuestiones de definición, el fin general justificativo y la distribución del castigo que implica cuestiones de título y cantidad. Con esta diferenciación quedan de manifiesto los dos principales niveles que observamos en la existencia del castigo en nuestros ordenamientos jurídicos, los cuales posiblemente son la fuente de mayores confusiones: el nivel de la práctica en general y el de la aplicación. Esta última distinción, coincide con la expuesta en 1955 por John Rawls en *Two Concepts of Rules*.

En lo que sigue haré un recorrido muy básico acerca de cómo entre los miembros de una comunidad jurídica se crean dos tipos de expectativas: unas respecto a que el cumplimiento de normas de conducta implica que se puede esperar lo mismo por parte de los demás individuos, y las otras sobre aquello que se puede esperar por parte de las autoridades cuando las primeras expectativas se vean defraudadas.

Como nos recuerdan Atienza y Ruiz Manero, es un lugar común que la función primaria de cualquier sistema normativo consiste en guiar la conducta de los individuos que lo integran (2007: 115). Para ello, dentro de este sistema hay normas regulativas que establecen permisos y pautas de comportamiento que deben ser observadas (deberes o prohibiciones)¹⁶. Estas últimas están dirigidas directamente a los jueces e indirectamente –y, sin embargo, centralmente– a los ciudadanos, imponiéndoles limitaciones a la persecución de sus intereses.

Estas normas de conducta fijan ciertas limitaciones a los individuos, estableciéndose una serie de consecuencias jurídicas –entre ellas el castigo– para aquellos casos en los que no se observen dichos límites. Conocer el contenido de estas pautas de comportamiento y saber que los tribunales aplicarán una pena en el supuesto de transgredir alguna de ellas es algo que, normalmente, influye en nuestra forma de interactuar con los demás: el deseo de evitar una sanción funciona como una motivación en el cumplimiento de las normas jurídicas¹⁷.

Evidentemente, en un ordenamiento jurídico muchos individuos no siguen las normas sólo por el temor a la sanción, sino que las aceptan como pautas de conducta por razones morales. En este orden de ideas, tal y como señala Nino, el Derecho tiene como funciones primarias la de reducir los conflictos sociales y facilitar la cooperación, y esto lo procura a través de la autoridad y la coacción. No obstante, para cumplir satisfactoriamente dichas funciones el Derecho necesita que un número importante de individuos (especialmente entre aquellos que conforman los poderes públicos) acepten el Derecho por la legitimidad moral de sus prescripciones¹⁸; sin el apoyo de la moral sólo se tendrían razones prudenciales, y esto no suele ser suficiente para un lograr en un grado eficaz el cumplimiento de dichas funciones (Nino, 1994: 148).

En definitiva, ya sea que se actúe por razones morales o solamente por razones prudenciales, el cumplimiento de las normas implica una aceptación de una práctica que fija normas de conducta y que involucra una serie de reacciones adversas hacia

¹⁶ En este sentido, sobre las normas que establecen deberes o prohibiciones (normas de mandato), Atienza y Ruiz Manero establecen lo siguiente: “En las normas de mandato, esta función de guía de conducta se lleva a cabo estipulando, bien la obligación de realizar una determinada acción p en un determinado caso q (o, lo que es lo mismo, la prohibición de omitir realizar p en q), bien la prohibición de realizar p en q (o, lo que es lo mismo, la obligación de omitir p en q. Esto es, las normas de mandato, que pueden expresarse bajo la forma de obligaciones o de prohibiciones, ordenan, bien realizar una determinada acción, bien omitirla y, así, deslindan la esfera de lo lícito de la de lo ilícito)” (2007, p. 115 y 116).

¹⁷ Aquí me estoy refiriendo sólo al nivel prudencial como el nivel más básico en que el que, conocer cómo actuarán los tribunales en el supuesto de cometer una transgresión al ordenamiento jurídico, es algo que influye en la conducta de los particulares, puesto que, lo más común, es desear evitar la sanción; por lo tanto, la sanción ejerce una función ideológica motivadora para querer cumplir con el Derecho, aunque no es toda la motivación. La fuerza, por supuesto, no es el único criterio de obediencia del Derecho, ya que a pesar de que las normas de conducta regulan la aplicación de la fuerza, no significa que ellas mismas se agoten en dicha regulación. La institucionalización de la fuerza tiende a crear hábitos de conducta que se sienten como debidos y, de no ocurrir de esta forma, el sistema jurídico no cumple su función a nivel psicológico y no se vive como un orden jurídico, sino como un dictado de la fuerza (Ross, 1994).

¹⁸ Este juicio de legitimidad requiere en última instancia de juicios extrajurídicos, es decir, juicios morales convergentes acerca de la legitimidad moral de las prescripciones jurídicas (Nino, 1994, p. 158).

quienes no se ajusten a éstas. Seguir tal práctica, es decir, el seguimiento de normas de conducta involucra a veces la renuncia, al menos parcial, a ciertos intereses, y viene unido tanto a la confianza de que otros también las obedecerán, renunciando a su vez a algunos de sus intereses, como a la seguridad de que aquellos que no cumplan con lo anterior serán castigados¹⁹. La aceptación mencionada implica modificar las propias preferencias o, en su caso, si la primera opción de una persona coincide con una preferencia que permite la cooperación, dicha aceptación es una forma de reafirmar que sus expectativas respecto de la conducta de otros son apropiadas.

Considerando que este orden de preferencias no suele ser aceptado espontáneamente por todos los miembros de una sociedad, el Derecho hace uso de sanciones –positivas y negativas²⁰– para lograr que las preferencias individuales coincidan con ese orden. De modo que, el papel que cumplen dichas sanciones es el de constituir razones adicionales para obedecer las normas. Por medio de estas sanciones, el Derecho procura el cumplimiento de sus prescripciones, ya sea prometiendo algún tipo de recompensa para aquellos que cumplan las normas o, en caso contrario, una sanción como el castigo para aquellos que no lo hagan. Más aun, lo anterior implica que la pena, para funcionar como una técnica de motivación, debe ser cierta, esto es, que es necesario tener la certeza de que dichas sanciones se harán efectivas; no basta con que sean anunciadas, sino que deben llevarse a cabo regularmente.

Esta regularidad permite constituir una práctica en la que los individuos confirman que, si adaptan su comportamiento a las normas, los otros también lo harán o habrá consecuencias por ello, sintiéndose protegidos de daños arbitrarios. De esta forma, los individuos desarrollan expectativas acerca del cumplimiento de las normas jurídicas y, de acuerdo con estas expectativas, tal seguimiento será socialmente aceptado, mientras que la transgresión de normas suscitará el reproche entre los miembros de la comunidad. Tener una preferencia por aquellas conductas que traten de adaptarse a ciertos patrones supone reaccionar negativamente hacia los comportamientos que no lo hagan, esto es, que la persona que infringe una norma incurre en la desaprobación de quienes la aceptan y, por ello, desde la perspectiva de quienes la sostienen esta desaprobación está justificada (MacCormick, 2010: 247). Este reproche se ve motivado por la frustración de expectativas, aunque estas se mantienen y se siguen considerando valiosas en la medida en que sean reconocidas por el poder estatal. Lo que quiero decir es que en la dinámica de protección de expectativas resulta crucial que, en caso de transgresión de normas, otras personas, que estén dotadas de ciertas competencias para ser autoridades, intervengan para procurar restaurar un equilibrio entre beneficios obtenidos y daños sufridos que no están respaldados por ninguna norma²¹. Aquí hacemos referencia

¹⁹ En este caso es perfectamente posible pensar en normas jurídicas, morales o sociales y en castigos que, en un sentido más amplio, impliquen no sólo los actos de coacción estatal, sino otras consecuencias como la desaprobación moral o el rechazo social.

²⁰ Sobre la función promocional del Derecho y las sanciones positivas, Pérez Lledó señala que es necesario distinguir entre distintas medidas, ya que ni todas promocionan por igual las mismas cosas, ni todas utilizan las mismas técnicas. Este autor propone distinguir entre el fin a promocionar y las técnicas o medios promocionales, y luego distinguir aquellos que consisten en incentivar o motivar conductas y aquellos que no lo hacen directamente. En este sentido, el autor propone diferenciar cuatro conceptos básicos: premio puro, promesa de premio, incentivo puro y facilitación (Pérez Lledó, 2000, p. 667). De estos cuatro, sólo la promesa de premio y el incentivo motivan la conducta de forma directa, suministrando razones operativas para la acción.

²¹ Una propuesta muy sugerente que enfatiza esta idea es la de John Finnis. Este autor sostiene que el agente se gratifica injustificadamente, ejerciendo autopreferencias que el resto de los ciudadanos que cumplen la ley se niegan; el castigo es una forma de eliminar del delincuente un tipo de ventaja que ha obtenido al haber optado con las preferencias de su propia voluntad en lugar de aquello que contribuye al bien común (Finnis, 1999, p. 100).

ya no a expectativas respecto al comportamiento de los otros miembros de la sociedad, sino a expectativas sobre el funcionamiento del Estado: los individuos esperan que sus intereses, indebidamente afectados, sean defendidos por las instituciones, reconociendo así la desigualdad generada por quienes no han adaptado su conducta a los patrones esperados.

Estos intereses pueden ser de distinto tipo, pero los más valiosos suelen ser protegidos por las normas penales. Por tanto, debemos tener presente que la determinación del ordenamiento jurídico-penal posee peculiaridades respecto de otras normas que también protegen intereses de los individuos. Tal como señala Ripollés, en el caso de la legislación penal nos movemos en el campo del control social jurídico sancionador, y las decisiones que se tomen deben tener en cuenta los datos relevantes de la realidad social y jurídica (Ripollés, 2011: 502)²². Atender a lo anterior permite hablar de una actividad legislativa racional que se estructura en distintos niveles de tipo instrumental y de tipo moral²³, a los que después se incorporan los principios y las reglas penales.

Las reglas de conducta penales prevén castigos para ciertos comportamientos con el objetivo de que no sean realizados. Si bien es cierto que esto puede causar ciertos perjuicios a los individuos, puesto que pueden vivir estas restricciones como obstáculos para la satisfacción de sus planes de vida²⁴, dichas limitaciones se refieren a conductas que resultan dañinas para otros, en la medida en que obstaculizan el plan de vida de los demás miembros de la comunidad. La finalidad que se persigue al proscribir estas conductas y anunciar la aplicación de un castigo es disuadir a los individuos de su realización²⁵, esto es, jugar un papel en la deliberación de la conducta.

Aunado a lo anterior, también es posible identificar un objetivo secundario cuando una persona ya ha optado por cometer una conducta delictiva, ya que un castigo menor, por ejemplo, puede ofrecer una razón para que tal conducta sea desarrollada de la manera menos lesiva. Si X planea entrar a una casa con la finalidad de robar los objetos valiosos que encuentre en ella, tiene varios caminos para satisfacer su objetivo: entre ellos, tiene la opción de entrar cuando los habitantes no estén presentes. De esta forma, podría apoderarse de los objetos y aunque causaría un daño patrimonial a los habitantes de la casa lo hará sin el riesgo de lastimar su integridad física. En el supuesto de ser descubierto entonces su situación sería más

²² Al respecto agrega lo siguiente: “De un modo u otro la racionalidad legislativa penal supondría el punto de llegada de una teoría de la argumentación jurídica, a desarrollar en el plano del proceder legislativo penal, que garantizara decisiones legislativas susceptibles de obtener amplios acuerdos sociales por su adecuación a la realidad social en la que se formulan” (Ripollés, 2011, p. 502).

²³ En este sentido, Ripollés acepta la propuesta de Manuel Atienza de que la racionalidad legislativa se estructura en cinco niveles: Lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. Los primeros cuatro serían de tipo instrumental y el último de tipo justificador. Estas cinco racionalidades estarían, a su vez, afectadas por la dimensión transversal de la eficiencia (Ripollés, 2011, p. 506).

²⁴ Tal y como señala Ferrajoli, el Derecho penal se manifiesta en la vida de las personas como restricciones. De entre estas restricciones destaca tres que son las que corresponderían a los momentos de la técnica punitiva: la prohibición de ciertos comportamientos para la ciudadanía en general, el sometimiento a juicio penal de quienes sean sospechosos de transgresiones jurídicas, y la represión o punición de los culpables (Ferrajoli, 1995, p. 209).

²⁵ En este sentido, Silva Sánchez agrega que el intento de disuadir a las personas de realizar conductas dañinas se relaciona con la información que tienen acerca de las razones que determinan que dichas conductas den lugar a hechos socialmente lesivos o a hechos positivos. Para ello, se hace el anuncio de las consecuencias negativas que recaerán sobre el sujeto que realice tales conductas lesivas, así como de las consecuencias favorables que se siguen de la realización de ciertas conductas positivas. En el caso concreto de la prevención por normas, además del anuncio de las consecuencias, deben exponerse las razones por las que la conducta se considera lesiva para terceros, además de otros dos elementos adicionales: se le indica a la persona que su deber es no realizar dicha conducta y se le ordena no llevarla a cabo (Silva, 2011, p. 30).

favorable que aquella en la que, además del robo con allanamiento de morada, tuviera que enfrentar un homicidio, por mencionar una posibilidad²⁶.

La institución del castigo, como ya se expresó en el apartado anterior, tiene como finalidad general la prevención de estas conductas, por lo que para su fundamentación es necesario que el mal que se evita socialmente sea comparativamente mayor que el mal que se causa a ciertos individuos mediante su aplicación. Es decir, para justificar la institución se necesita, entre otras condiciones que, como resultado de la amenaza y aplicación de castigos, los delitos que se cometen sean significativamente menos de los que habría en tal sociedad si no existiera la institución.

La aplicación de castigos jurídicos corresponde únicamente al Estado. En efecto, nuestras sociedades se caracterizan por el hecho de que el recurso a la fuerza para castigar es monopolio estatal. Por ello, además de las normas deónticas o regulativas, tenemos también las reglas que confieren poderes a determinadas personas. Las normas que confieren poder, aunque no nos indican directamente cómo debemos comportarnos en ciertas circunstancias –algo distinto es que la consecución de un resultado venga caracterizado deónticamente por una norma de mandato (prohibido, permitido, obligatorio) –, sí señalan cómo podemos obtener determinados resultados normativos²⁷. Estas reglas no son normas deónticas y no pueden “incumplirse” en el mismo sentido que las normas de mandato. Por tanto, cuando hablamos de autoridades que las transgreden, nos referimos a una situación distinta a aquella en la que hablamos de ciudadanos normales que no observan las normas jurídicas. Más adelante, cuando se aborde el tema de las instituciones anómicas, veremos por qué es relevante tener en cuenta lo anterior.

Estas reglas que confieren poder permiten establecer autoridades y órganos con potestades determinadas para aplicar normas y hacer que las mismas se cumplan, modificando así la situación normativa de alguien. De esta manera, los tribunales tienen la competencia para fijar castigos y asegurar su ejecución, teniendo a su disposición una serie de instrumentos para procurar lo anterior. Hay que tener en cuenta que si bien el Estado posee tal facultad y autoriza a determinados individuos para llevarla a cabo, ésta no es ilimitada: las penas, pese a implicar sufrimiento, deben respetar el estatus de ser humano y agente moral del delincuente y, a la vez, hacer esto compatible con el derecho a la justicia que esperan ver satisfecho aquellos que han sufrido un daño.

Con esto, pretendo resaltar que la práctica de castigar, tanto para la víctima como para el delincuente, está muy lejos de ser un mero “trámite burocrático” realizado ante autoridades. El juicio ofrece al acusado la oportunidad de responder ante sus conciudadanos y defenderse, mientras que en las víctimas tiene el significado

²⁶ Respecto a esto, tomo la sugerencia de Bentham de que, pese a que el fin general del castigo es la prevención del daño, pueden considerarse otros cuatro objetivos de tipo subordinado en los casos en que vale la pena imponer un castigo: el primer objetivo es prevenir hasta donde sea posible y valga la pena cualquier tipo de crimen, pero si un hombre decide que necesariamente debe cometer un crimen, el siguiente objetivo se orienta a que cometa la acción menos dañina; el siguiente objetivo se enfoca en que, una vez tomada la decisión de delinquir, se induzca al individuo a que no haga más daño del que sea necesario para obtener lo que pretende con el delito; el último objetivo consiste en que, cualquiera que sea el daño a prevenir, se debe hacer al menor costo posible (Bentham, 1996, p. 165).

²⁷ Atienza y Ruiz Manero señalan que las reglas de mandato, desde el punto de vista funcional, operan en el razonamiento práctico como imperativos categóricos, pues para quien acepta tales normas (por ejemplo, la que ordena al juez imponer tal pena en caso de asesinato) esto es una razón suficiente para actuar conforme a una regla. Por el contrario, las reglas que confieren poderes dan lugar a imperativos simplemente hipotéticos, es decir, razones para actuar siempre y cuando el sujeto pretenda alcanzar un determinado fin (un determinado resultado normativo) (2007, p. 92).

simbólico de que se ha hecho justicia, porque otro ha sido llamado a responder por un daño indebido que ha sufrido. De esta manera, se abre la posibilidad de reivindicar sus intereses y se confirman los beneficios de la cooperación que legitima la propia práctica institucional del Derecho²⁸. Por esto mismo, si la práctica en los tribunales cae en descrédito, el simbolismo reivindicatorio del juicio se pierde, amenazando la legitimidad del sistema de justicia penal (Gardner, 2012: 256).

El castigo, como ya se ha dicho, no ha de ser entendido como un instrumento de venganza, ni en modo alguno como una medida que permite restituir el mal que ha sido causado (a menos que asumamos la idea del bien metafísico que resulta de dos males). Por tanto, su existencia en nuestras sociedades no se justifica por el resarcimiento al dolor de las ya víctimas, sino por los beneficios preventivos (generales y especiales, positivos y negativos respectivamente) que pueden ser alcanzados a través de su aplicación. La distribución de castigos, sin embargo, exige recurrir a uno de los elementos relevantes en la concepción retribucionista: las penas deben ser aplicadas exclusivamente a los individuos que han violado una norma jurídica y que, en este sentido, son culpables. Por ello, cualquier sistema penal contemporáneo implica un compromiso especial con la justicia. Utilizando las palabras de Fletcher:

“Todos los sistemas de Derecho penal representan un compromiso compartido de absolver al inocente y castigar al culpable. Este compromiso les confiere un singular propósito unitario que está por encima y que se centra en la institución del castigo. Sin el castigo y sin las instituciones designadas para medirlo y ejecutarlo no habría Derecho penal. Es correcto decir, pues, que la institución del castigo ofrece la base de la que podemos esperar el nacimiento del Derecho penal y de sus elementos característicos” (Fletcher: 1997, 49).

Esta pretensión de justicia presupone que haya efectividad en el sistema penal, esto es, la justicia existe en la medida en que las víctimas y la sociedad en general puedan confiar, primero, en que quien ha cometido un delito –quien ha transgredido una regla y causado un daño– no quedará impune y, segundo, que quien ha observado el ordenamiento penal –quien sea inocente– no será castigado.

En este orden de ideas, la aplicación de castigos constituye una parte importante del sostén de las expectativas que se crean al vivir bajo un ordenamiento jurídico. Esto es así porque la práctica del castigo permite que, aun con casos de incumplimiento, el Derecho funcione y proteja los intereses más valiosos de los individuos. Por ello, se entiende que cuando estas expectativas quedan defraudadas se produce una especie de “abandono” a los ciudadanos (especialmente a las víctimas²⁹), quienes quedan desprotegidos institucionalmente, teniendo que intentar proteger sus intereses de otra manera. Esta situación, a su vez, es perjudicial para la práctica del

²⁸ En este sentido, Antony Duff sostiene que el juicio penal emplaza al acusado a responder frente a una acusación formal por la comisión de un injusto público, a quien se llama para que participe como sujeto que debe responder por la comisión de un presunto delito; el acusado se declara culpable o inocente ante la autoridad del tribunal, reconociendo formalmente que este es el escenario frente al cual ha sido correctamente llamado a responder. Por esto es tan importante que el acusado sea apto para estar en el juicio, ya que se dirigen a él como agente responsable, esto es, alguien que puede responder acerca de los actos que se le formulan y, en su caso, responder jurídicamente por ellos (Duff, 2012, p. 153).

²⁹ Sobre esto, nuevamente las palabras de Fletcher resultan esclarecedoras: “Cuando se deja sin perseguir y castigar a un delincuente violento, todos somos cómplices del mantenimiento del estado de servidumbre de la víctima... La práctica del castigo del delito ofrece a los conciudadanos de la víctima una oportunidad para expresar solidaridad y contraatacar la desigualdad producida por el delito. Cuando los ciudadanos no responden al delito, la víctima se siente sola, abandonada y traicionada por el sistema” (1997, p. 73).

castigo, ya que se vuelve improbable que la disuasión del delincuente y de otros que aún no han delinquido sea efectiva.

Para cerrar este apartado quisiera enfatizar la idea del Derecho como práctica cooperativa que procura que las personas puedan desarrollar los planes de vida que se han propuesto. Sin embargo, la capacidad de una sociedad para lograr dinámicas de cooperación depende de diversos factores de tipo social, económico, cultural, etc. y este condicionamiento hace que en muchas ocasiones la sociedad desemboque en la anomia generalizada. Como veremos, la anomia puede comprometer gravemente el castigo como institución tendente a la prevención de delitos y a la protección de expectativas de cumplimiento entre los individuos de una comunidad.

4. El problema de la anomia

4.1. La anomia general y la inobservancia de normas

De entre las distintas dificultades que puede enfrentar una sociedad, es especialmente perjudicial la anomia general que resulta de la inobservancia de normas de distinto tipo³⁰. La anomia general hace alusión a dinámicas de interacción entre los participantes de una sociedad que impiden desarrollar procesos de cooperación y llegar a resultados eficaces que beneficien los intereses generales e individuales de las personas. En contextos de anomia la preferencia dominante de los individuos resulta ser una que impide a los demás cumplir sus intereses. Los intereses generales terminan por verse frustrados, pero también los intereses propios –dado que los proyectos individuales necesitan de cierta estabilidad social y del respaldo institucional para poder cumplirse³¹–. Precisamente, las normas nos llevan a modificar nuestras preferencias, en la medida en que procuran que tengamos aquellas que favorecen la cooperación. Por ello, el incumplimiento masivo de normas jurídicas tiene consecuencias decisivas dentro de cualquier sociedad. Expliquemos esto.

En toda sociedad es previsible el incumplimiento de normas de conducta. Precisamente porque los individuos no somos ángeles ni demonios, el sistema jurídico contempla mecanismos –como el castigo– que permiten lidiar con cierto nivel de inobservancia. Es predecible, pues, que en cualquier dinámica social haya un número de individuos dispuestos a no seguir las normas de conducta establecidas, buscando satisfacer su autointerés. Al tiempo, y dentro de este mismo orden de ideas, el Derecho como práctica social puede soportar también cierto grado de incumplimiento por parte de las autoridades y, por ello, a menudo, hay órganos fiscalizadores que revisan si se ha hecho un uso incorrecto de potestades, ya sea negligente o intencionalmente, y las sanciones correspondientes para proteger el funcionamiento de las instituciones.

Esta tolerancia de cierto grado de ilegalidad está determinada por la propia estabilidad institucional del sistema jurídico-político; esto es, justamente, su

³⁰ Podríamos decir que hay una situación anómica cuando los intereses de un grupo sólo son susceptibles de satisfacerse si todos sus integrantes cumplen con ciertas normas, pero un grupo significativo de individuos dentro de ese grupo social no cumplen con la mismas (Nino, 1992, p. 34).

³¹ Este es el tipo de anomia que Nino califica como “boba”, ya que, en principio, los individuos pretenden obtener un beneficio autointeresado que los lleva a desconocer los intereses colectivos, pero esto, a su vez, termina perjudicando los intereses individuales; es decir, que nadie resulta beneficiado (Nino, 1992).

estabilidad y eficacia son las que permiten que no se vea afectado decisivamente. No obstante, hay situaciones en las que el incumplimiento de normas jurídicas deja de ser una excepción, provocando que las sociedades se vean envueltas en dinámicas institucionales anómicas, es decir, situaciones en las que normas jurídicas han dejado de ser observadas por un número tan elevado de individuos que también ha disminuido el compromiso institucional de hacerlas cumplir. Este es el sentido de la expresión “sociedades sin ley”, sociedades en las que las normas y la estructura jurídica en general son fácticamente incapaces de garantizar a la sociedad un estado de armonía en el que los individuos puedan llevar a cabo sus planes de vida.

4.2. La anomia en el ámbito del Derecho penal

Sin duda, las dinámicas de las “sociedades sin ley” envuelven una fractura social profunda que se recrudece aún más cuando alcanza el nivel institucional, especialmente cuando se trata del sistema de impartición de justicia. Cualquier miembro de una comunidad jurídico-política necesita confiar en que no será dañado arbitrariamente o, al menos, en que se hará todo lo posible para evitar ese daño. Temer sobre lo anterior es perder una parte importante de nuestra tranquilidad para desarrollar la vida con normalidad y, asimismo, dudar sobre la capacidad de las autoridades para investigar y castigar determinadas conductas implica sentirse dentro de un sistema coactivo que no sólo no garantiza la prevención del daño, sino que tampoco garantiza la inmunidad frente al castigo cuando no se ha cometido ninguna transgresión jurídica.

Impunidad de los actos delictivos y falta de inmunidad ante el daño en caso de ser inocente serían así los ejes negativos que caracterizarían al castigo en un contexto anómico.

4.3. Ciudadanos anómicos

Tal y como se mencionada al inicio, dentro de la anomia general se da un grado de incumplimiento de normas jurídicas que afecta la estabilidad del sistema jurídico. La tendencia a la ilegalidad masiva repercute negativamente en la vida de todos los integrantes de un grupo social que requiere, necesariamente, de la cooperación. La mera desviación individual, como veíamos, es tolerable y tratable, pero la ilegalidad generalizada deviene en situaciones sociales disfuncionales en las que todos ven perjudicados objetivos e intereses valiosos.

Para entender adecuadamente en qué consisten estos perjuicios generados por la inobservancia masiva de normas jurídicas hay que considerar que la mayoría de ellas contienen prescripciones que procuran establecer pautas de justicia que coinciden con el contenido de normas morales ampliamente aceptadas. De esta forma, si las normas jurídicas en efecto reflejan principios válidos, su inobservancia generalizada constituye una frustración del valor de justicia (Nino, 1992: 37). Así, por ejemplo, parece razonable afirmar que la mayoría de los miembros de una comunidad estaríamos de acuerdo con una pauta de comportamiento que proscribiera matar deliberadamente a otro. Casi todos estaríamos dispuestos a suscribir que quien –en condiciones normales– ha decidido matar a otro individuo debe ser presentado ante las autoridades correspondientes para dar lugar a un procedimiento que determine su responsabilidad y su castigo. Serían muy pocos los individuos dispuestos a sostener seriamente que normas como esta no protegen algo valioso y que, por tanto, su incumplimiento no debería tener consecuencia alguna.

Por ello cuesta tanto intentar entender desde un punto de vista racional colectivo³² ciertas dinámicas que se dan en las sociedades sin ley, puesto que esas dinámicas involucran concesiones a las que conscientemente nadie querría renunciar; un gran problema en este punto es, precisamente, que no hay un ejercicio consciente de renuncia por parte de los ciudadanos anómicos. Lo que pretendo destacar con esto es que la ilegalidad general no sólo implica un comportamiento hacia las normas, sino que lo anterior se acompaña de una actitud de desprecio hacia ellas que implica ignorancia y negligencia hacia los fines valiosos que pretenden conseguirse a través de las mismas.

En efecto, se están ignorando las finalidades perseguidas por las normas jurídicas sin percibir de forma consciente el daño social que su incumplimiento conlleva. Este incumplimiento convierte a todos los miembros de una comunidad en víctimas de una desconfianza general que se refleja en distintos niveles de las relaciones sociales y que, evidentemente, se refleja también en el funcionamiento de las instituciones.

4.4. Instituciones anómicas

La tendencia a la ilegalidad generalizada es un gran obstáculo para que el Derecho pueda cumplir con sus principales cometidos, pero, sin duda, esta tendencia por parte de las autoridades representa un caso de deslealtad a los valores que subyacen al sistema jurídico especialmente perjudicial. Las autoridades anómicas incumplen deberes que involucran intereses colectivos, provocando la frustración de los fines que se pretenden alcanzar a través de las instituciones jurídicas. El mal uso de potestades, aunque con beneficios inmediatos para algunos –por ejemplo, un provecho de tipo económico–, debilita y desacredita el sistema de justicia.

Esta deslealtad a los principios del sistema jurídico por parte de autoridades se manifiesta de diversas maneras y, aunque la más común y quizá la más grave, suela ser la corrupción, no se limita a esta³³. Puede suceder también que se realice la conducta indicada por la norma pero que esto represente más bien un ejercicio ritualista en el que se observa la ley pero se ignoran los objetivos sociales. En este sentido, Nino señala que comportamientos como éste distinguen la conducta burocrática, esto es, la de quienes se adhieren a la norma sin consideración a los fines por los que fue dictada, ya sea porque asumen que la norma es un fin en sí misma, o un medio para fines de otro tipo, como el lucro personal o el ejercicio de poder sobre otros (Nino, 1992: 42).

En línea con este tipo de consideraciones, Nino señala que podemos identificar dos tipos de actitudes de los funcionarios para –pretender– justificar un uso cuestionable de sus facultades. Por un lado, actitudes que enfatizan el carácter imperativo de fines personales y, por el otro, actitudes formalistas que llevan a las autoridades a aplicar e interpretar las normas jurídicas sin tomar en cuenta los fines que éstas procuran satisfacer (Nino, 1992). Una actitud finalista, que no tenga en cuenta fines de tipo colectivo, favorece la toma de decisiones de manera aislada, esto es, sin tomar en cuenta las prácticas sociales. Así, por ejemplo, actúa de esta forma el funcionario

³² No así desde una racionalidad individual, desde la cual tiene sentido que una persona se comporte de determinada forma para satisfacer su autointerés.

³³ Rodolfo Vázquez señala que la corrupción tiene gran parte de responsabilidad en la crisis o anomia generalizada en el nivel institucional. Respecto a ésta, sugiere que tengamos en cuenta lo siguiente: es un fenómeno de carácter permanente, es decir, que existe en cualquier sistema político y es ilusorio pensar que se la puede erradicar del todo; la corrupción no es exclusiva de aquellos regímenes políticos no evolucionados o desarrollados, así como tampoco de ciertos sectores sociales; la corrupción está vinculada lógicamente a un sistema normativo, por lo que no es sólo un fenómeno político, aunque su dimensión pública es distinta y tiene una importancia particular (2007, p. 207 y 208).

que utiliza su cargo para favorecer a un familiar, al considerar que la finalidad de ayudar a sus allegados es suficientemente valiosa como para justificar el mal uso de sus funciones. Por su parte, la actitud formalista es también muy peligrosa, ya que pretende dar la sensación de que se está preservando la seguridad jurídica por medio de un seguimiento estricto del Derecho positivo. Esta actitud lo que hace es encubrir decisiones inadecuadas y darles la apariencia de legalidad, sin tomar en cuenta criterio material alguno y suprimiendo la posibilidad de discutir y posicionarse abiertamente sobre un posible disenso moral entre el caso concreto y la enunciación de la norma.

Con una actitud formalista como la descrita se cometen atrocidades que pretenden ocultarse aludiendo a la letra del Derecho positivo, mostrando a los funcionarios como simples seguidores de la ley sin responsabilidad sobre los resultados de sus decisiones. Sin embargo, las normas jurídicas, como bien se sabe, requieren ser interpretadas, lo que implica una reconstrucción valorativa que no puede satisfacerse aludiendo simplemente a la ley o a la autoridad. De esta forma, en el caso del castigo, fundamentar una pena conforme al Derecho no consiste sólo en establecer cuáles son las normas que llevan aparejada dicha sanción, sino que es necesario explicitar por qué los materiales han sido interpretados de la forma en que lo han sido, a la luz de los valores protegidos. Las autoridades, entonces, son agentes morales, lo que implica que son moralmente responsables del desenlace de sus decisiones.

Siguiendo con las reflexiones acerca de la anomia a nivel institucional, es necesario destacar que la misma frustración de intereses que se da en la anomia general se presenta en las instituciones cuando los funcionarios no cumplen con sus potestades de forma adecuada o cuando no tienen la certeza de que otros harán lo que les corresponde. En este nivel, las dinámicas anómicas afectan de forma directa las finalidades de las instituciones. En particular, en el castigo se hace más evidente que se requiere de un aparato coactivo que funcione correctamente, y para ello es indispensable la cooperación y coordinación entre funcionarios. La práctica de castigar requiere que las distintas autoridades que intervienen en su determinación y ejecución estén coordinadas y se ayuden entre sí, puesto que, incluso cuando unos cumplan sus funciones de la mejor manera, el resultado siempre se verá perjudicado si otros no lo hacen.

Cuando el mal funcionamiento de la institución del castigo se normaliza, podemos destacar dos graves consecuencias (además de las consecuencias negativas inmediatas que, por supuesto, tiene sobre los sujetos afectados): la primera de ellas es que la percepción social del castigo se ve profundamente afectada. Con esto me refiero a que la anomia institucional refuerza la actitud poco cooperativa de los ciudadanos, quienes se convencen de que al no poder confiar en las instituciones, les corresponde hacer todo lo necesario para proteger sus intereses por sí mismos, ya que no hay nadie que los respalde. Por otro lado, la anomia institucional pone en peligro la continuidad de la práctica estabilizadora de expectativas de cumplimiento que permite proteger intereses valiosos de los individuos, y en un contexto como este, justificar la institución del castigo que sigue operando se vuelve doblemente complicado. Lo anterior será mejor desarrollado a continuación.

5. Sociedades anómicas y sus -graves- consecuencias en la justificación del castigo. Conclusiones

Como ya se anunciaba, la anomia tiene claras repercusiones en el desenvolvimiento y viabilidad de la práctica normativa general y, claro está, en la del castigo. Ningún sistema jurídico puede autosustentarse³⁴ y lo que sucede *de facto* termina afectando la percepción que los individuos tienen de las penas. Y es que, en efecto, para los ciudadanos resulta cada vez más difícil confiar en la legitimidad de las normas penales y de la institución del castigo. Si bien no es posible dar una visión precisa de la percepción que se tenga de la misma hay muchos estudios estadísticos que hacen un gran esfuerzo por medir la impunidad (transgresiones jurídicas sin castigo) de distintos países y que pueden orientarnos acerca de tal percepción. Estos estudios suelen tomar en cuenta los siguientes casos: delitos no denunciados; delitos que se denuncian, pero no llegan a ser investigados; delitos que, pese a ser investigados, llegan a sentencias injustas; o penas que nunca llegan a ser ejecutadas.

Aunque estos estudios estadísticos pueden ser útiles, es necesario tener en cuenta que existen muchas limitaciones en cuanto a la información, ya que nunca es completa ni del todo confiable; muchas veces proviene de los propios informes de los gobiernos que “maquillan” los datos reales para evitar dar una mala impresión o, sencillamente, porque es materialmente imposible llegar a saber con certeza cuántos delitos se llevan a cabo. Sin embargo, estos esfuerzos son muy valiosos para dimensionar la crisis de impunidad a la que nos enfrentamos³⁵.

En muchos países, como el ejemplo citado al inicio de este trabajo, la existencia de una anomia generalizada es evidente, por lo que las estadísticas son sólo el reflejo de una situación que se vive como normal. La ilegalidad es omnipresente y la sociedad se ve obstaculizada para desarrollarse en distintas áreas como la política, la económica y la jurídica. En el caso del Derecho, sus funciones principales –evitar los conflictos y facilitar la cooperación– se ven seriamente limitadas o incluso se convierten en un obstáculo para la vida de las personas, para quienes puede resultar mucho más costoso, en términos de esfuerzos y recursos, cumplir con las normas jurídicas que buscar caminos alternativos.

La actitud de desprecio que los ciudadanos tienen hacia las normas es una proyección de la decepción que se tiene por las instituciones y sus funcionarios. Al tiempo, no podemos olvidar que en otros contextos los funcionarios son también ciudadanos. En la medida en que la vida social y la institucional no están separadas el anómico manejo del poder público se convierte en –mal– ejemplo e inspiración del comportamiento anómico generalizado (Nino, 1992: 87).

³⁴ Aunque un sistema jurídico suela ser eficaz para respaldar las normas jurídicas que lo integran no puede auto-sustentarse, debido a que no es posible que exista siempre un órgano que vigile jurídicamente el funcionamiento de otro. Las razones finales necesariamente son de tipo moral, puesto que las normas morales no dependen de la aceptación de una autoridad; son razones de este tipo las que nos permiten justificar una acción o decisión. El Derecho, visto como práctica colectiva, para llegar a resultados eficaces en la cooperación necesita apoyarse en la moral.

³⁵ El Centro de Estudios Sobre Impunidad y Justicia (CESIJ) de la Universidad de las Américas (Puebla) elaboró en 2015 un índice de impunidad global, el cual tomó en cuenta a 59 países y determinó los siguientes resultados sobre los países del llamado “mundo latino”: México ocupó el segundo puesto en impunidad, Colombia el número 3, Nicaragua el 6º puesto, Honduras el 7º, El Salvador el 8º, Argentina el 11º, Chile el puesto 14º, España el 17º, Panamá el 22º, Paraguay el 24º, etc. Además, en los países de América Latina se detectaron mayores problemas en términos de estructura de seguridad y de impartición de justicia. Para consultar más información: http://udlap.mx/cesij/files/IGI_2015_digital.pdf

Con lo anterior no se pretende sugerir algo tan ingenuo, o tan perverso, como que todos somos culpables de nuestra desgracia y que el cambio individual tendrá como consecuencia la superación de la anomia. La responsabilidad pesa más sobre unos que sobre otros, dependiendo del rol asumido en la sociedad: es innegable que la responsabilidad de los funcionarios es distinta que la del simple ciudadano. Además, siguiendo con estas ideas, que un individuo concreto decida hacer lo correcto no puede lograr “mágicamente” que los demás hagan lo mismo, aunque, paradójicamente, actuar correctamente por razones de principios –confiando en que muchos, al menos hipotéticamente, actúen igualmente– es algo necesario para mantener vigentes pautas de conducta como las penales, que tienen detrás un referente ético que puede haberse perdido o ensombrecido por las circunstancias imperantes. Si bien lograr cambiar la tendencia hacia la ilegalidad es algo mucho más complejo y sería seguramente ilegítimo pedirle a los ciudadanos que asuman el papel de héroes dispuestos a cumplir con las normas a pesar de las enormes desventajas que esto supone en los sistemas anómicos, quizás esas mismas exigencias de comportamiento ejemplarizante sí puedan ser exigibles a las instituciones y a quienes desempeñan funciones dentro de las mismas³⁶.

En lo que respecta al sistema penal es fundamental atender a estas desventajas y remover obstáculos para incentivar la participación de los ciudadanos en el proceso de impartición de justicia³⁷. La institución de la pena sólo tiene sentido en un escenario de buen funcionamiento del sistema penal en el que los ciudadanos tienen seguridad jurídica. Para ello es indispensable revertir la anomia. Asimismo, es importante hacer notar otra consecuencia, ya mencionada, que tiene la anomia sobre el castigo: en contextos anómicos, la institución no sólo pierde su fuerza por la mala percepción social y moral que se tiene de ella, sino que se pone en peligro su justificación general, ya que no se está cumpliendo con el propósito de prevenir el daño entre los individuos. En las sociedades sin ley la reflexión sobre la justificabilidad de la institución pierde sentido porque no es posible demostrar que hay un mal mayor que se está evitando, así como tampoco existe la certeza de que se esté castigando a aquellos individuos que son culpables de una transgresión.

El panorama que nos arrojan las cifras de personas que sufren daños arbitrariamente y que quedan impunes es desolador; con esto se muestra que estamos cerca de poder afirmar la ineficacia del castigo y el fracaso en la obtención de su finalidad general. Y el gran problema es que, de determinarse esa ineficacia, se pone en duda su legitimidad y el papel que desempeña dentro de la sociedad. Algo que resulta muy preocupante es que, a pesar de su fracaso –o del serio cuestionamiento de su eficacia–, sigue operando como práctica punitiva, es decir, que se está permitiendo que algunos individuos –quizás ni siquiera aquellos que son

³⁶ Por supuesto, bien puede suceder que los propios funcionarios que tienen la adecuada actitud hacia la norma y la institución se encuentren de hecho obstaculizados por la propia anomia generalizada dentro de la institución.

³⁷ Para atender a tales desventajas y obstáculos puede resultar útil la función promocional del Derecho. Tal como se anotaba antes, Pérez Lledó sugiere que es posible distinguir entre premio puro, promesa de premio, incentivo puro y facilitación. En mi opinión, el incentivo puede ser una categoría útil en la contienda contra la anomia. Así, por ejemplo, ofrecer una reducción de la pena por cooperar con la justicia y denunciar a cómplices u ofrecer información relevante puede ser un incentivo que motive directamente la conducta del individuo. Por otra parte, las facilitaciones motivan la conducta pero sólo indirectamente, ya que facilitan o promueven conductas que, de otra forma, sería muy difícil realizarlas, por lo que funcionan removiendo obstáculos para los ciudadanos. Por ejemplo, en el caso de las denuncias, se podría dar una facilitación eliminando el peligro que implica denunciar a través de la posibilidad de denuncias anónimas o proporcionando seguridad a quienes denuncian. Lo importante es que las facilitaciones no pretenden otorgar una razón operativa, sino que intentan proporcionar al destinatario los medios necesarios para hacer posible o menos gravosa la conducta. Además, estas facilitaciones suelen estar vinculadas a cuestiones de coordinación de conductas (Pérez Lledó, 2000, p. 683).

culpables de un delito— padezcan castigos sin un mal considerablemente mayor que se esté evitando. Así, una gran cantidad de individuos que “merecen” un castigo, en el sentido de ser culpables de haber transgredido una norma jurídica, no están recibiendo ese castigo por motivos injustificados como el mal funcionamiento o la arbitrariedad dentro del sistema de justicia, a la par que otros individuos están sufriendo un castigo que no merecen. Sin duda esto es algo que requiere de una reflexión mucho más profunda.

Por mi parte, he pretendido hacer notar la importancia de profundizar en este tema y atender a esta importante consecuencia que, según parece, se avecina en nuestras prácticas punitivas³⁸; al tiempo, he querido expresar las dificultades a la que nos enfrentamos al reflexionar sobre la justificación de la pena en contextos en los que no se cuenta con el presupuesto de estabilidad institucional. En primer lugar, sin una adecuada percepción social y moral sobre el castigo, este no puede funcionar como técnica de motivación de la conducta de los individuos, puesto que es indispensable que las personas tengan la certeza de que el castigo se hará efectivo en el supuesto de transgredir una norma, así como la seguridad de que se permanecerá inmune ante él si las mismas se observan. En segundo lugar, pese a que el castigo está presente en prácticamente todas nuestras sociedades, tenemos el compromiso de su fundamentación, ya que se trata de una institución moralmente cuestionable que no podemos aceptar sin más. Históricamente parece que conservamos la institución de la pena porque consideramos que a través de ella podemos evitar un mal tan grande como la comisión ilimitada de conductas delictivas. Si llega el momento en que se demuestre que ese mal mayor no existe, o que el mal evitado no es lo suficientemente mayor, habremos perdido una de las razones más fuertes que sustentan la fundamentación del mal del castigo como mal menor.

Frente a estos escenarios en los que el daño ha llegado a ser tan habitual como para ser menospreciado, insistir en la importancia sobre la deliberación en torno al castigo institucionalizado es uno de los primeros pasos que deben tomarse para restablecer la conciencia de juridicidad y poder aspirar, de manera realista, a un futuro mejor. Además, hay que recordar que el Derecho es, entre otras cosas, un mecanismo de transformación social, de cambio de hábitos y preferencias, pero para generar esas transformaciones es necesario realizar importantes reformas jurídicas que permitan asegurar la efectividad de las sanciones, de los procesos de aplicación del Derecho y la transparencia en la gestión de las administraciones públicas³⁹. Un nivel aceptable de prevención no se consigue al aumentar los montos de las penas, castigando a más individuos, facilitando los procesos, o buscando mecanismos alternativos para castigar a alguien⁴⁰. Este nivel de prevención sólo se

³⁸ Así, no me parece que sea una coincidencia el número, cada vez mayor, de partidarios del abolicionismo de penas como la prisión, quienes reclaman que la prisión es un medio ineficaz que conlleva un sufrimiento excesivo para quienes la padecen.

³⁹ Las normas jurídicas son necesarias para evitar y para solucionar problemas de coordinación, pero esto no significa que tales normas efectivamente existan o vayan a existir en una sociedad. Los procesos anómicos pueden impedir que tales normas emerjan o que puedan llevarse a cabo, ya que la situación que se pretende resolver puede ser precisamente su mayor impedimento; aun así, indudablemente, la mayoría de las situaciones de ineficacia social requieren de normas para poder superarse (Nino, 1992).

⁴⁰ Respecto a lo anterior resulta interesante la observación de Taruffo acerca de las manifestaciones de la crisis de funcionalidad de la ley procesal. Este autor señala la generalidad de la crisis de efectividad de la tutela jurisdiccional, la cual, deriva de los retrasos de la justicia. Esto conlleva consecuencias negativas relevantes, como el que cada vez sean más numerosas las áreas en las que no se administra realmente una justicia aceptable, así como el hecho de que la gente tenga la percepción de que la elección más racional del titular de un derecho es no hacerlo valer en juicio por el tiempo excesivo que implica. Así, “se produce una sustancial elusión de la necesidad de tutela procesal y se vuelven ineficaces las garantías de acceso a los tribunales que están recogidas en numerosas Constituciones contemporáneas” (Taruffo, 1999, p. 315). Sin embargo, esta crisis de funcionalidad

puede alcanzar cuando la institución es eficaz, permitiendo que la certeza del castigo juegue un papel en la deliberación de las personas. Todo lo anterior presupone la existencia de una firme voluntad política que reconozca los niveles de anomia que han llegado a afectar a nuestras sociedades, comprometiéndose a realizar un fuerte cambio en las instituciones y en quienes directamente las hacen funcionar.

En definitiva, aunque el problema de la anomia es mucho más complejo de lo que puede tratarse aquí, he pretendido llamar la atención sobre las graves consecuencias que tiene sobre la institución del castigo la ineficacia del sistema jurídico. Asimismo, he intentado mostrar que, si asumimos que los individuos son agentes morales racionales, debemos rechazar cualquier análisis de la anomia en clave determinista que nos lleve a concluir que en algunos países los individuos están condenados a ser desleales⁴¹. Finalmente, es oportuno insistir en la relevancia de que se tome conciencia de las consecuencias negativas de que se ignoren los perjuicios que esta situación produce en la vida de las personas, así como pensar en estrategias que faciliten el cumplimiento de nuestros deberes jurídicos y morales.

6. Bibliografía

ALEMANY, Macario (2006). *El concepto y justificación del paternalismo*, Editorial Lustel, Madrid.

ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan (2007). *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

BENTHAM, Jeremy (1996). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford.

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE LA IMPUNIDAD Y JUSTICIA, Universidad de las Américas Puebla (México), índice global de impunidad 2015, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.udlap.mx/cesij/Default.aspx> (fecha de consulta: 6 de abril de 2016).

COSSÍO, José Ramón. "La impunidad en México es un problema creciente".

Disponible en la siguiente dirección:

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/10/22/actualidad/1445526786_256545.html (fecha de consulta 15 de abril de 2016).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2011). "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal". *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, no. 24, pp. 485-523.

también se manifiesta en los innumerables esfuerzos por encontrar formas "alternativas" de solución de controversias. Sobre esta tendencia, el autor señala que, contrario a lo que muchos piensan, el uso creciente de las formas alternativas de justicia no es un factor positivo, sino la señal evidente de la crisis de la justicia ordinaria: es un signo de patología del sistema procesal. Asimismo, no todo es bueno en el ámbito de estas alternativas de solución de controversias, ya que muchas veces implican serios inconvenientes, injusticias, degeneraciones y desigualdades en su funcionamiento; por ello, no es conveniente depositar en estos mecanismos una confianza indiscriminada (Taruffo, 1999, p. 316).

⁴¹ Incluso en este caso, si los individuos estuvieran determinados a incumplir las normas, el castigo podría seguir motivando el comportamiento de los seres humanos, aunque ya no como individuos reflexivos, sino como simples seres aptos al condicionamiento más básico de evitar dolor.

DUFF, R. A. (2012). "Responsabilidad y punibilidad en Derecho penal", Kramer, Grant, Colburn, Hatzistavrou (comps.) *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid, Marcial Pons, pp. 145-163.

DURKHEIM, Émile (1982). *La división del trabajo social*, Akal, Madrid.

ENCUESTA NACIONAL DE VICTIMIZACIÓN Y PERCEPCIÓN SOBRE SEGURIDAD PÚBLICA (ENVIPE) (México), encuesta de 2015, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/envipe/envipe2015/default.aspx> (fecha de consulta: 4 de abril de 2016).

FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid.

FINNIS, John M. (1999). "Retribution: Punishment's Formative Aim", *Journal Articles Notre Dame Law School*, pp. 99-103.

GARDNER, John (2012). *Ofensas y defensas: Ensayos selectos sobre filosofía del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

HART, H. L. A (2011). *El Concepto De Derecho*. 3º reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

--- (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. 2º ed., Oxford University Press, Oxford.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2015) (coord.). *Conceptos básicos del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

MACCORMICK, Neil (2010). *H. L. A. Hart*, Marcial Pons, Madrid.

NINO, Carlos Santiago (1992). *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Emecé Editores, Buenos Aires.

--- (1983) *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona.

--- (1980) *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires.

--- (1994) *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.

--- (1989) *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación, Ariel Barcelona.

--- (2006) *Juicio al mal absoluto*, Ariel, Buenos Aires.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio (2000). "Sobre la función promocional del Derecho: un análisis conceptual", *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, no. 23, pp. 665-687.

RABOSSI, Eduardo (1976). *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires.

ROXÍN, Claus (1976). *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid.

ROSS, Alf (1994). *Sobre el Derecho y la justicia*. 5ta ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2011). "Prevención del delito y reducción de la violencia", *Ita ius esto*, no. 2, pp. 27-40.

TARUFFO, Michele (1999). "Racionalidad y crisis de la ley procesal", *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, no. 22, pp. 311-320.

VÁZQUEZ, Rodolfo (2007). "Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos", *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, no. 30, pp. 205-216.

El recurso sistemático al Decreto-ley para conceder créditos extraordinarios. A propósito de la STC 126/2016, de 7 de julio

The systematic use of the Decree-law to allocate extraordinary credits. About the Constitutional Court's judgment nº 126/2016, 7th July

Yolanda Gómez Lugo^{*}
 Universidad Carlos III de Madrid
yolanda.gomez@uc3m.es

Recibido / received: 06/09/2016
 Aceptado / accepted: 13/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3281>

Resumen

El Gobierno ha venido utilizando anualmente la figura presupuestaria de los créditos extraordinarios para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los denominados programas especiales de armamento del Ministerio de Defensa. A tal efecto, durante los ejercicios presupuestarios de 2012, 2013, 2014 y 2015 ha aprobado disposiciones normativas provisionales a través de decreto-ley para proceder a la concesión de estos tipos de créditos presupuestarios, en lugar de presentar el correspondiente proyecto de ley para su tramitación y aprobación por las Cortes Generales.

El pasado 7 de julio el Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento en el que enjuicia precisamente la constitucionalidad de esta técnica consistente en conceder créditos extraordinarios por vía de decreto-ley.

En este trabajo, a través de un comentario crítico de dicha sentencia, analizo los problemas de constitucionalidad que plantea la utilización de la técnica del decreto-ley para proceder a la modificación del Presupuesto en vigor mediante la aprobación de créditos extraordinarios. En concreto, esta cuestión será analizada a la luz del Decreto-ley 10/2014 y de lo decidido por el Tribunal Constitucional en la STC 126/2016, que declara la inconstitucionalidad del uso sistemático de la legislación de urgencia para autorizar créditos extraordinarios.

^{*} Yolanda Gómez Lugo, Profesora de Derecho Constitucional, UC3M.



Palabras clave

Gobierno, Decreto-ley, créditos extraordinarios, Jurisprudencia constitucional, fuentes del derecho.

Abstract

Annually, the Government has been using the budgetary technique of extraordinary credits to comply with obligations under the so-called "Special Armament Programs" of the Ministry of Defence. Thus, during 2012, 2103, 2104 and 2015 Government issued provisional normative provisions through Decree-law in order to allocate these budgetary credits, in lieu of introducing bills for its parliamentary processing and approval.

Last July 7th, the Spanish Constitutional Court issued a ruling considering the question of whether the use of the Decree-law for allocating extraordinary credits is in accordance with the Constitution.

In this paper, through a critical comment of this ruling, I examine the constitutional issues raised by the use of the Decree-law in order to modify the current Budget through the approval of extraordinary credits. Specifically, this issue will be analyzed in the light of the Decree-law 10/2014 and the Constitutional Court's judgment nº126/2016 holding that the systematic use of emergency legislation to allocate extraordinary credits is unconstitutional.

Keywords

Government, Decree-law, extraordinary credits, Constitutional Court's case law, sources of law.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El Decreto-ley 10/2014 y los créditos extraordinarios para los programas especiales de armamentos. 2.1. Objetivo y contenido material del Decreto-Ley 10/2014. 2.2. Los programas especiales de armamento. 2.3. Los créditos extraordinarios y suplementos de crédito del Estado. 3. Jurisprudencia constitucional sobre los decretos-leyes en materia presupuestaria. 3.1. La doctrina constitucional sobre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. 3.2. Sobre la inadmisibilidad del decreto-ley para aprobar créditos extraordinarios: una reserva de Parlamento: a) Algunas precisiones sobre la reserva de ley en materia presupuestaria: una reserva de competencia parlamentaria; b) Tres sentencias fundamentales sobre la reserva de Parlamento: procedimiento y forma de Ley como límites a la acción del Ejecutivo. 4. Análisis de la STC 126/2016, de 7 julio de 2016. 4.1. El recurso. 4.2. La argumentación de la sentencia: el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado es un motivo genérico, pero no una situación de extraordinaria y urgente necesidad: a) Una cuestión previa: valoración de elementos externos al Decreto-ley en el juicio de concurrencia; b) Falta de fundamentación y de imprevisibilidad de la situación de urgencia; c) El cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado es un motivo genérico, pero no una situación de extraordinaria y urgente necesidad; d) Una cuestión sin resolver y una oportunidad perdida: la alternativa de la vía legislativa ordinaria. 4.3. Efectos del fallo. 5. Reflexiones sobre la utilización sistemática de decretos-leyes para conceder créditos extraordinarios y la restricción de las competencias presupuestarias del Parlamento.

1. Introducción

Desde el ejercicio 2012 el Gobierno de la Nación ha venido utilizando anualmente la figura presupuestaria de los créditos extraordinarios para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los denominados programas especiales de armamento del Ministerio de Defensa. A tal efecto, durante los ejercicios presupuestarios de 2012, 2013, 2014 y 2015 ha aprobado disposiciones normativas provisionales a través de decreto-ley para proceder a la concesión de estos tipos de créditos presupuestarios, en lugar de presentar el correspondiente proyecto de ley para su tramitación y aprobación por las Cortes Generales. Se trata de obligaciones contraídas por el Estado sin previa cobertura presupuestaria, correspondientes a ejercicios anteriores y que no han surgido de forma inesperada ni espontánea. Ante esta situación el Gobierno ha optado por acudir a la técnica del decreto-ley para satisfacer dichas operaciones de pago.

El pasado 7 de julio el Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento en el que enjuicia precisamente la constitucionalidad de esta técnica consistente en conceder créditos extraordinarios por vía de la legislación de urgencia. En la STC 126/2016 el Tribunal ha vuelto a examinar un fenómeno cada vez más frecuente en nuestro ordenamiento como es el uso abusivo de la figura del decreto-ley¹, si bien en esta ocasión en relación con materia presupuestaria. En la misma declara la inconstitucionalidad y nulidad del art.2.1.del *Real Decreto-ley 10/2014* por el que se concede un crédito extraordinario para financiar el pago de obligaciones correspondientes a los planes especiales de armamentos del Ministerio de Defensa.

Aunque las resoluciones en las que el Tribunal se pronuncia sobre el ajuste constitucional de la legislación de urgencia adoptada por el Gobierno no son ninguna novedad últimamente, el interés de este pronunciamiento radica, precisamente, en que es el primero que declara la inconstitucionalidad del uso sistemático decreto-ley para autorizar créditos extraordinarios destinados a los programas especiales de armamento. A este respecto debe tenerse en cuenta que si bien la utilización de esta categoría normativa en materia tributaria ha sido objeto de interés doctrinal y jurisprudencial, no puede decirse lo mismo respecto a los decretos-leyes en materia presupuestaria. Por otro lado, la práctica demuestra que la mayor parte de los decretos-leyes de contenido presupuestario tienen por objeto la aprobación de créditos extraordinarios o suplementos de crédito, lo cual ha suscitado serias dudas de constitucionalidad acerca de la forma jurídica empleada para proceder a la alteración de los Presupuestos aprobados². Por ello, resulta de interés examinar la argumentación jurídica de la STC126/2016 para profundizar en el alcance del decreto-ley en relación con la materia presupuestaria, en general, y con la figura de los créditos extraordinarios, en particular.

De este modo, el presente trabajo tiene como objeto analizar los problemas de constitucionalidad que plantea la utilización de la técnica del decreto-ley para proceder a la modificación del Presupuesto en vigor mediante la aprobación de créditos extraordinarios. En concreto, esta cuestión será analizada a la luz del RDL 10/2014 y de lo decidido por el Tribunal Constitucional en la STC 126/2016, de 7 de julio, sobre la idoneidad de este instrumento normativo de carácter excepcional para autorizar créditos extraordinarios y suplementos de crédito. No obstante, antes de analizar la sentencia se realizarán unas breves precisiones sobre los denominados

¹ Sobre este fenómeno puede consultarse dos trabajos recientes: Aragón Reyes (2016), Martín Rebollo (2015).

² Un caso más preocupante lo constituye el supuesto en que el decreto-ley que modifica el Presupuesto se tramita simultáneamente a la Ley de Presupuestos, como ha ocurrido en algunos supuestos. Sobre ello, véase Alonso Gil (2005: 8, nota 5).

programas especiales de armamento y la figura de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito. Asimismo, se incluye un examen de la Jurisprudencia Constitucional sobre dos asuntos fundamentales para abordar la cuestión de fondo planteada: la cláusula de la extraordinaria y urgente necesidad y la reserva de ley en materia presupuestaria.

2. El Decreto-ley 10/2014 y los créditos extraordinarios para los programas especiales de armamentos

2.1. Objetivo y contenido material del Decreto-Ley 10/2014

Con fecha 2 de agosto de 2014 el BOE publicó el *Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente*.

Según consta en la exposición de motivos, la finalidad general del Gobierno al aprobar esta normativa de urgencia era autorizar créditos adicionales destinados a varios Ministerios. Por lo que respecta concretamente al presupuesto del Ministerio de Defensa se concedió, por una parte, un “crédito extraordinario para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento” y, por otra parte, “suplementos de crédito para financiar gastos relativos a adiestramiento y alistamiento de la Fuerza Conjunta.

En cuanto al contenido dispositivo, el artículo 2 procede a la autorización de dichos créditos destinados al Ministerio de Defensa, si bien el precepto contra el que se dirige el recurso de inconstitucionalidad resuelto en la STC 126/2016 es el apartado primero de dicho artículo, que autoriza un crédito extraordinario al presupuesto en vigor en 2014. Y ello, para atender al “*pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamentos*”. Según el tenor literal de dicho precepto:

“1. Se autoriza un crédito extraordinario al presupuesto en vigor de la Sección 14 «Ministerio de Defensa», Servicio 03 «Secretaría de Estado de la Defensa», Programa 122B «Programas especiales de modernización», Capítulo 6 «Inversiones Reales», Artículo 65 «Inversiones militares en infraestructuras y otros bienes», Concepto 658 «Para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento», por un importe de 883.655.368,60 euros, con el siguiente detalle por subconceptos:”

Con respecto a la justificación de la medida adoptada, según consta en la *exposición de motivos* las razones de extraordinaria y urgente necesidad alegadas por el Gobierno para justificar la concesión de este crédito extraordinario mediante decreto-ley son dos. De una parte, atender el pago de obligaciones contractuales por parte de la Administración; y de otra, la necesidad de no demorar su abono para no causar perjuicios a terceros. A juicio del Ejecutivo, “la insuficiente dotación en el presupuesto hace necesario dotar créditos adicionales para cubrir los compromisos financieros que se derivan de los compromisos contractuales”. Esta reducción de los recursos financieros, ocasionada por la evolución de la economía mundial y particularmente la española, ha obligado a reprogramar los créditos, de ahí que el Gobierno haya considerado necesario dotar créditos adicionales para cubrir los compromisos financieros derivados de las obligaciones contraídas.

Por lo que respecta al *debate parlamentario de convalidación* (“*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*”, nº 217, de 11 de septiembre de 2014), el

Gobierno, por medio de su Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (Montoro Romero), incide nuevamente en las razones apuntadas en el preámbulo de la norma sin ninguna motivación añadida. En esta línea, reitera que la “exigencia de atender el pago de obligaciones que ineludiblemente debe satisfacer la Administración y la necesidad de no demorar su abono para no causar perjuicios a terceros constituyen las razones de extraordinaria y urgente necesidad”. Por otro lado, admite que los créditos extraordinarios destinados al Ministerio de Defensa “no tratan de dar cobertura a necesidades imprevistas, su finalidad es proceder al pago de compromisos contraídos en ejercicios anteriores”, lo que constituye la prueba más evidente de que la situación que se quiere afrontar con la medida impugnada no reviste carácter imprevisible. Esto es, la intervención parlamentaria se limita a justificar la necesidad de los programas especiales de armamentos, así como la necesidad de atender al pago de las obligaciones contraídas en relación con ellos. Sin embargo, en ningún momento justifica la forma jurídica elegida para proceder a la autorización de los nuevos créditos. Efectivamente, ni la exposición de motivos, ni la intervención del Ministro en el debate de convalidación contienen una explicación mínima sobre una urgencia real que no sea atendible por Ley tramitada y aprobada por alguno de los procedimientos parlamentarios. Tampoco se explica por qué la actuación legislativa tramitada por alguno de los procedimientos legislativos, y en este caso concreto por el procedimiento presupuestario, ocasionaría un perjuicio o impediría la consecución de los objetivos perseguidos.

En definitiva, a la luz de las razones explicitadas por el Gobierno en estos dos elementos, se desprende que los objetivos de la disposición impugnada son principalmente dos: atender el pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento y atender la deuda con los proveedores de Defensa.

2.2. Los programas especiales de armamento

Con motivo de las drásticas reducciones presupuestarias que han afectado al Ministerio de Defensa durante los años 2009 a 2011, y que han alcanzado a los programas especiales de armamento, desde el ejercicio 2012 el Gobierno viene concediendo anualmente créditos extraordinarios para sufragar su financiación mediante decreto-ley. Como consecuencia de ello, las últimas Leyes de Presupuestos no recogen partidas presupuestarias destinadas a hacer frente a los compromisos contractuales que implican estos programas. De este modo, y alegando circunstancias de extrema y urgente necesidad ha venido modificando los Presupuestos Generales del Estado de forma habitual para este fin.

Resulta llamativo que en los cuatro ejercicios en que se ha aplicado este *modus operandi* con la emisión de los Reales Decretos-leyes 26/2012, 10/2013, 10/2014 y 7/2015 destinados a los programas especiales de armamento, tan sólo en este último supuesto se haya optado por tramitar el decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia tras su convalidación por el Pleno del Congreso. Esto nos hace pensar que el Gobierno de la Nación intuía el resultado del enjuiciamiento del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada del RDL 10/2014.

En el caso que nos ocupa y según consta en la exposición de motivos del Decreto-ley 10/2014, los Programas especiales pretenden satisfacer las necesidades de las Fuerzas Armadas Españolas, modernizándolas y dotándolas de mejor sistema de armas, equipos e infraestructuras. Su elección responde a “una combinación de necesidades político-estratégicas, económicas, industriales y tecnológicas; son esenciales tanto para la modernización de las Fuerzas Armadas como para el tejido industrial español”. Precisamente, los créditos extraordinarios

van destinados a la adquisición del material armamentístico que implican estos programas especiales. Se trata, pues, de programas plurianuales enmarcados en la mejora de la industria armamentística que se remontan a finales de la década de los 90, y aunque conllevan la asunción de obligaciones por parte del Estado, sin embargo las últimas leyes de Presupuestos no han previsto dotación presupuestaria para atender los compromisos que implican. Ante esta situación, en los últimos años el Gobierno ha optado por recurrir de forma sistemática a la emisión de decretos-leyes para conceder ampliaciones presupuestarias destinadas a financiar estos programas especiales de armamento.

En cuanto a su sistema de financiación éste se basa en “anticipos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo destinados a la investigación y desarrollo; el pago de las adquisiciones se realiza con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa, momento a partir del cual el fabricante devuelve los anticipos al Tesoro Público”. Esta forma de financiación de los programas especiales ha recibido algunas críticas por la falta de claridad en la justificación de esta vía de financiación mediante Deuda Pública. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas al considerar que puesto que “...se trata de créditos para operaciones no financieras por lo que debieran financiarse con cargo al Fondo de Contingencia o con baja en otros créditos adecuados, pero no con cargo a Deuda pública...”³.

2.3. Los créditos extraordinarios y suplementos de crédito del Estado

Como se ha indicado, la finalidad de la normativa de urgencia cuestionada es autorizar créditos extraordinarios destinados al Ministerio de Defensa. Esta modalidad de créditos es una de las figuras previstas por el artículo 51 de la *Ley 47/2003, General Presupuestaria*, de 23 de noviembre (en adelante LGP) que permiten introducir cambios en los créditos inicialmente aprobados en el Presupuesto en vigor para atender a una necesidad no prevista en la Ley de Presupuestos⁴. A través de dichos instrumentos jurídicos se facilita la disponibilidad de fondos públicos necesarios para hacer frente al cumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado en diversas circunstancias y para las cuales no hay prevista consignación presupuestaria. Estos mecanismos de alteración presupuestaria responden a diferentes causas, como puede ser el surgimiento de necesidades imprevistas que se plantean durante la vigencia del Presupuesto. En todo caso, actúan durante la fase de ejecución del Presupuesto en vigor, por lo que el Gobierno tendrá un especial protagonismo, constituyendo una excepción a los principios presupuestarios de anualidad y especialidad temporal, de ahí que se haya afirmado que “afectan a la propia configuración del Presupuesto”⁵. De este modo, las modificaciones de crédito funcionan como excepciones o “válvulas de escape” a la aplicación rígida del principio de especialidad que permiten flexibilizar la gestión

³ “El Ministerio de Hacienda en sus alegaciones, en las que no da explicación alguna sobre la falta de inclusión de las necesidades presupuestarias en materia de programas especiales de armamento en los presupuestos iniciales para los ejercicios 2012, 2013 y 2014 a pesar de ser necesidades conocidas y solicitadas por el Ministerio de Defensa (ver anexo III), justifica la financiación con Deuda pública de estos créditos extraordinarios principalmente en que estas emisiones no impactan en déficit puesto que las obligaciones que debían atenderse estaban ya registradas en Contabilidad Nacional (ejercicio 2012) y en que estas obligaciones que atendían era discretionales y previsibles, de modo que no podía acudir al Fondo de contingencia (2013 y 2014)”. Informe nº 1155 del Tribunal de Cuentas sobre “Fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de modernización de armamento y material de las Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014. Análisis especial de los programas de gestión internacional: EF2000, A400M y TIGER, y de los programas de gestión nacional: BAM, Leopardo y NH90”, aprobado por el Pleno el 30 de junio de 2016, p. 25.

⁴ Sobre estos mecanismos de alteración del Presupuesto, puede consultarse la monografía *Las modificaciones presupuestarias. Un análisis en el ordenamiento financiero del Estado en el de las Comunidades Autónomas* (Andreu Mestre, 2005).

⁵ Consúltese, Alonso Gil (2005: 10).

presupuestaria del Ejecutivo⁶.

Estas figuras presupuestarias encuentran su fundamento en los apartados 5 y 6 del artículo 134 de la Constitución que prevén, respectivamente, que “[a]probados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario” y que “[t]oda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios ‘requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación’”.

Según el art.51 LGP “[l]a cuantía y finalidad de los créditos contenidos en los presupuestos de gastos sólo podrán ser modificadas durante el ejercicio, dentro de los límites y con arreglo al procedimiento establecido en los artículos siguientes, mediante: a) Transferencias, b) Generaciones, c) Ampliaciones, d) *Créditos extraordinarios y suplementos de crédito* y e) Incorporaciones”. Por tanto, los créditos extraordinarios y suplementos de crédito constituyen un expediente de modificación presupuestaria que permiten ejecutar nuevos gastos no previstos, o previstos insuficientemente, en el Presupuesto en ejercicio. La diferencia entre ambas categorías reside en que “si la Ley de Presupuestos contempló ya un crédito presupuestario, pero resulta éste insuficiente y no ampliable en su cuantía, estaremos ante la necesidad de aprobación de una Ley de suplemento de crédito. Sin embargo, si la ley presupuestaria no refleja la existencia de crédito alguno para un gasto que resulta necesario efectuar, la aprobación del mismo será mediante una Ley de crédito extraordinario”⁷.

La concesión de este tipo de ampliaciones presupuestarias ha llevado a algunos autores, como Martínez Lago, a calificarlas como “verdaderas Leyes presupuestarias, que tienen la misma naturaleza que la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y ello es así porque su contenido es el mismo: créditos presupuestarios, autorizaciones legislativas de gasto público”⁸, representando una “decisión política de la misma naturaleza que la aprobación del Presupuesto”⁹.

Ahora bien, la Ley General Presupuestaria de 2003 alteró la configuración del reparto competencial entre el Gobierno y las Cortes Generales respecto a los créditos extraordinarios y suplementos de crédito del Estado. Con anterioridad, el derogado art. 64 del *Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria* establecía que éstos se tramitarían mediante el correspondiente Proyecto de ley, lo que llevó a algunos autores, como Pérez Royo, a calificar estos actos parlamentarios como “leyes presupuestarias singulares”, que en lugar de aprobar los presupuestos generales, aprobaban un crédito¹⁰. Sin embargo, la normativa de 2003 establece un nuevo reparto de competencia entre Gobierno y Parlamento respecto a esta figura que permite incrementar el gasto público. Mientras que el 55.2 de la vigente LGP prevé en qué supuestos se tramitarán como Proyecto de Ley para su aprobación por las Cortes Generales, el párrafo tercero del artículo 55 dispone la posibilidad de que sean autorizados directamente por el Consejo de Ministros si se cumplen ciertas condiciones. Efectivamente, la regulación actual de tipo de créditos se encuentra en el art. 55 LGP¹¹ que recoge una serie de requisitos materiales y formales, si bien los

⁶ Véase, Pérez Royo (2012: 466 y 561).

⁷ Martínez Lago (1992: 142).

⁸ Martínez Lago (1998: 258).

⁹ Martínez Lago (1992: 142).

¹⁰ Pérez Royo (2012: 565).

¹¹ Artículo 55 Créditos extraordinarios y suplementos de crédito del Estado.

primeros serán los mismos independientemente del modo de tramitación de los créditos. Así, en el párrafo primero se establecen como exigencia material o de fondo que el incremento de gasto: a) “..no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente...”; b) “...no exista crédito adecuado o sea insuficiente y no ampliable...”; y c) “su dotación no resulte posible a través de las restantes figuras previstas en el artículo 51...”. Por otro lado, el párrafo 2 del artículo 55 fija como requisitos formales: a) “...previo informe de la Dirección General de Presupuestos y dictamen del Consejo de Estado”. Por otro lado, el art.55.1 prevé las formas de financiación de estos créditos dependiendo del tipo de operación, bien a través del Fondo de Contingencia¹² (operaciones no financieras del presupuesto), o bien con Deuda Pública (operaciones financieras).

En último lugar, el art.55.3 prevé como novedad la posibilidad de que el Consejo de Ministros autorice directamente los créditos extraordinarios y suplementos de crédito “para atender obligaciones del ejercicio corriente o de ejercicios anteriores si se hubiera anulado crédito en el ejercicio de procedencia, cuando se financien con cargo al Fondo de Contingencia”. Esta norma reconoce la competencia del Gobierno para aprobar unilateralmente ambas técnicas presupuestarias, lo cual ha sido criticado unánimemente por los especialistas en derecho financiero por atentar contra el principio de legalidad presupuestaria, en la medida en que limita las facultades del Parlamento sobre el gasto público¹³.

Por tanto, la normativa vigente establece un reparto competencial entre Legislativo y Ejecutivo respecto a las alteraciones de los gastos públicos fijados en los Presupuestos Generales del Estado. De este modo, y siguiendo a Martínez Lago, puede distinguirse entre modificaciones presupuestarias competencia del Parlamento y aquellas otras que corresponden al Gobierno. Así, “...las modificaciones de los créditos presupuestados en la Ley de Presupuestos, que pueden precisar de una nueva intervención de las Cortes Generales, son los *créditos extraordinarios y suplementos de crédito* del Estado a que se refiere el artículo 55 de la LGP y que representan *nuevos o mayores gastos*, pudiendo el

“1. Cuando haya de realizarse con cargo al Presupuesto del Estado algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente, y no exista crédito adecuado o sea insuficiente y no ampliable el consignado y su dotación no resulte posible a través de las restantes figuras previstas en el artículo 51, deberá procederse a la tramitación de un crédito extraordinario o suplementario del inicialmente previsto. La financiación de éstos se realizará de la forma que se indica a continuación:

a) Si la necesidad surgiera en operaciones no financieras del presupuesto, el crédito extraordinario o suplementario se financiará mediante baja en los créditos del Fondo de Contingencia o en otros no financieros que se consideren adecuados.

b) Si la necesidad surgiera en operaciones financieras del Presupuesto, se financiará con Deuda Pública o con baja en otros créditos de la misma naturaleza.

2. El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas propondrá al Consejo de Ministros la remisión de un proyecto de ley a las Cortes Generales, previo informe de la Dirección General de Presupuestos y dictamen del Consejo de Estado en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de créditos extraordinarios y suplementos de crédito para atender obligaciones de ejercicios anteriores para las que no se anulara crédito en el ejercicio de procedencia, tanto si se financian con Fondo de Contingencia como con baja en otros créditos.

b) Cuando se trate de créditos extraordinarios o suplementarios para atender obligaciones del propio ejercicio cuando se financien con baja en otros créditos.

c) Cuando se trate de créditos extraordinarios o suplementarios que afecten a operaciones financieras del Presupuesto.

3. El Consejo de Ministros autorizará los créditos extraordinarios y suplementos de crédito para atender obligaciones del ejercicio corriente o de ejercicios anteriores si se hubiera anulado crédito en el ejercicio de procedencia, cuando se financien con cargo al Fondo de Contingencia.”

¹² El Fondo de Contingencia fue introducido por la *Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria*, como un importante instrumento para el logro del objetivo comunitario estabilidad presupuestaria. Constituye un mecanismo de control de déficit y de flexibilidad para atender la cobertura de obligaciones del ejercicio.

¹³ Cazorla Prieto (2012: 576). También Martínez Lago (1998).

Gobierno presentar en cualquier momento de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado los pertinentes proyectos de ley que traduzcan ese aumento y, sin embargo, no pudiendo pretender eso mismo los grupos parlamentarios de la oposición —a través de proposiciones de ley o enmiendas—, salvo que cuenten con la conformidad del Gobierno para su tramitación (apartados 5 y 6 del artículo 134 de la CE). No será preciso tramitar esos proyectos de ley, bastando su autorización por el propio Gobierno, cuando los nuevos o mayores créditos sean para atender obligaciones del ejercicio corriente y se financien con baja en el fondo de contingencia (artículo 55.3)”¹⁴.

3. Jurisprudencia constitucional sobre los decretos-leyes en materia presupuestaria

Para valorar correctamente la cuestión de fondo planteada en el proceso constitucional resuelto en la sentencia 126/2014, esto es, si la figura del decreto-ley puede utilizarse para autorizar créditos extraordinarios del Estado, resulta necesario traer a colación algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre dos cuestiones fundamentales a este respecto. De un parte, la cláusula de la extraordinaria y urgente necesidad, esto es, el requisito constitucional que habilita al Ejecutivo a adoptar este tipo de disposiciones normativas provisionales. Y de otra, la admisibilidad de la figura del decreto-ley en materia presupuestaria, en general, y como instrumento para autorizar créditos extraordinarios, en particular.

3.1. La doctrina constitucional sobre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad

Por lo que respecta al requisito constitucional de la “extraordinaria y urgente necesidad” que habilita al Ejecutivo a adoptar este tipo de disposiciones normativas provisionales, el Tribunal Constitucional ha tenido múltiples ocasiones para pronunciarse sobre este presupuesto, lo que ha dado lugar a una consolidada doctrina sobre el alcance y los límites de la potestad normativa excepcional que el artículo 86 CE reconoce al Gobierno¹⁵. Un resumen de esta jurisprudencia constitucional sobre el sentido y el alcance del presupuesto habilitante puede consultarse en la reciente STC 139/2016, de 21 de julio.

Efectivamente, la Constitución limita en un doble sentido la facultad excepcional que el art. 86 CE reconoce al Gobierno para emitir disposiciones normativas temporales con forma de decretos-leyes. Estos límites se traducen en la imposibilidad de regular determinadas materias especificadas en el art.86.1 CE y en la concurrencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” como supuesto habilitante. Precisamente, “el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución es, evidentemente, función propia de este T. C.” (STC 29/1982, F.J. 3º). En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido en diversas ocasiones que el concepto de la extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución constituye un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes, cuyo respeto compete controlar al Tribunal Constitucional (STC 142/2014, F.J.3º).

¹⁴ Véase el trabajo de Martínez Lago sobre el “Régimen jurídico de los créditos presupuestarios y sus modificaciones” publicado por IUSTEL.

¹⁵ Para un análisis más detallado de la cláusula de la extraordinaria y urgente necesidad, me remito a mi trabajo, Gómez Lugo (2015: 51-82). Lo que sigue es un resumen, actualizado, de la jurisprudencia constitucional analizada en el mismo.

Desde sus primeros años de funcionamiento, el Alto Tribunal aclaró que la misma no es “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes. Y en ese sentido, sin perjuicio del peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad haya de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado” (STC 182/1997, F.J. 3º). Asimismo, precisó que se trata de un control externo, en el sentido de que debe limitarse a “verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (art. 86.2 CE)” (STC 182/1997, F.J. 3º). En última instancia, su finalidad es garantizar un uso de la legislación de urgencia adecuado a la Constitución, de tal suerte que en el ejercicio de esta potestad de control el Tribunal “podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un real decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución” (STC 137/2011, F.J.4º. También, más recientemente STC 139/2016, F.J. 3º).

Para evitar el uso abusivo o arbitrario de este instrumento normativo excepcional, el Tribunal Constitucional ha elaborado un doble canon de enjuiciamiento. De este modo, desde la STC 29/1982 la jurisprudencia constitucional ha venido señalando de forma constante los aspectos que deben ser examinados para determinar el juicio de concurrencia del presupuesto habilitante en cada caso concreto. De una parte, la “identificación por el Gobierno de manera explícita y razonada de la concurrencia de la singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto que le habilita para dictar con carácter excepcional unas normas dotadas de los atributos del rango y la fuerza propios de las leyes formales”. Y de otra, la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto habilitante y las medidas contenidas en la norma de urgencia, de modo que éstas...han de guardar una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (por todas, STC 48/2015, F.J. 4º).

En relación con la *exposición explícita y razonada de la motivación de la urgencia*, el Tribunal ha sostenido desde la STC 29/1982 que el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante se llevará a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron que el Gobierno dictase la legislación de urgencia y que son, básicamente, “los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, debiendo siempre tener presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del decreto-ley” (por todas, STC 137/2011, F.J. 4º). En consecuencia, no será necesario que la exposición de la extraordinaria y urgente necesidad conste obligatoriamente en el propio Decreto-ley, sino que bastará con que pueda deducirse de cualquiera de estos elementos.

En cuanto al segundo de estos aspectos, la *conexión de sentido*, será imprescindible que exista una adecuación entre las medidas adoptadas por el Gobierno, e incluidas en el decreto-ley, y la situación de urgencia a la que se pretende atender (STC 29/1982, F.J. 3º). En todo caso, la respuesta normativa tendrá que ser “adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho” (STC

6/1983, F.J. 5º). Sobre esta segunda dimensión, el Tribunal ha recordado recientemente que “ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones “que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente” (STC 139/2016, F.J.3º).

Sobre el alcance de su función fiscalizadora, el Tribunal ha precisado que no le corresponde “discutir acerca de la “bondad técnica”, la “oportunidad” o la “eficacia” de las medidas impugnadas, sino que debe limitarse a examinar la correspondencia entre las mismas y la situación que se pretende afrontar y que constituye el presupuesto para el dictado de la norma tomando a tales efectos en consideración las razones deducidas tanto de la exposición de motivos de la norma cuestionada como del debate parlamentario de convalidación.” (STC 31/2011, F.J.4º). A este respecto, entre los criterios considerados para valorar este requisito de conexión ha jugado, y sigue jugando, un papel destacado la viabilidad de acudir al procedimiento legislativo parlamentario. Así, en una de las primeras sentencias en las que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de un decreto-ley por falta de justificación suficiente para acreditar la conexión de sentido entre la situación de urgencia y la medida adoptada para afrontarla¹⁶, se valoró la ausencia de justificación de los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de la tramitación de dicha medida por el procedimiento legislativo parlamentario (STC 31/2011, F.J.8º). En consecuencia, el Gobierno debe de motivar su decisión y explicar por qué descarta la opción de impulsar el *iter legis* a través de la presentación de un proyecto de ley. En este sentido, debe argumentar por qué considera que no es posible lograr una actuación normativa inmediata en un plazo inferior que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes. En otras palabras, debe explicitar las razones por las que entiende que aprobar las medidas necesarias para afrontar la urgencia a través de la forma jurídica ley, y la utilización del *iter legis* ocasionaría un obstáculo o perjuicio para la consecución de los objetivos perseguidos (STC 68/2007, F.J. 12º).

Por otro lado, desde la STC 68/2007 el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de ahondar en el alcance de la potestad normativa excepcional del Gobierno al establecer que la situación de necesidad que se pretende afrontar con las medidas adoptadas no puede justificarse únicamente, o “por sí misma”, en razones de tipo estructural. En concreto, ha afirmado que cuando la necesidad alegada por el Gobierno para aprobar el Decreto-ley sea estructural, y no coyuntural, “y salvo en situaciones especialmente cualificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, no alcanza por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno. Lo contrario supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes” (STC 68/2007, F.J. 10º). Por último, el Tribunal ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que ha catalogado como *coyunturas económicas problemáticas* “para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a “situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de

¹⁶ STC 31/2011, de 17 de marzo de 2011.

urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.” (STC 139/2016, F.J.3º, con cita de otras).

3.2. Sobre la inadmisibilidad del decreto-ley para aprobar créditos extraordinarios: una reserva de competencia

Desde la entrada en vigor de la Constitución, la praxis ha puesto de manifiesto la asiduidad con la que los diferentes Gobiernos han emitido decretos-leyes con disposiciones de carácter tributario, si bien han sido menos frecuentes en materia presupuestaria. La utilización del decreto-ley como fuente del ordenamiento tributario ha sido aceptada tanto doctrinal, como jurisprudencialmente¹⁷. No obstante, también se han aprobado decretos-leyes con incidencia en materia presupuestaria, “...desde la anticipación de los efectos contenidos en los proyectos de Ley de Presupuestos Generales del Estado, concesión de créditos extraordinarios y suplementos de créditos, aprobación de medidas presupuestarias urgentes,...”¹⁸. Por ello, y pese a su menor frecuencia, no puede afirmarse que se trate de un tema novedoso¹⁹. Por el contrario, lo preocupante de esta técnica normativa es que se ha convertido en práctica habitual; tendencia, que ha sido censurada por algunos expertos en derecho financiero por su dudosa constitucionalidad²⁰.

Esta realidad ha dado lugar a un debate doctrinal en torno a la admisibilidad o inadmisibilidad de la figura del decreto-ley para alterar el Presupuesto del Estado inicialmente aprobado. Ahora bien, debe precisarse que este tema admite diferentes matices dependiendo de la finalidad concreta o del asunto concreto sobre el que verse. Dentro de este ámbito habría que diferenciar varios supuestos que han sido objeto de atención por los especialistas en Derecho presupuestario²¹. En este sentido, se ha cuestionado la instrumentalización del decreto-ley para aprobar los Presupuestos Generales del Estado (lo que sería inconstitucional por vulneración de la reserva material y procedimental prevista por el art. 134 CE), para prorrogar los Presupuestos inicialmente aprobados o alterar los Presupuestos prorrogados²² (supuestos, que constituyen una vulneración directa del artículo 134.4 CE y del carácter automático de la prórroga presupuestaria al no exigirse forma jurídica para su instrumentalización) y para proceder a ampliaciones presupuestarias. En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante este último supuesto, en el que la legislación de urgencia está siendo utilizada sistemáticamente para alterar unos Presupuestos aprobados, y en concreto, para aprobar créditos extraordinarios.

a) Algunas precisiones sobre la reserva de ley en materia presupuestaria: una reserva de competencia parlamentaria

Para profundizar en esa cuestión debe tenerse en cuenta el principio de

¹⁷ Existe una consolidada doctrina constitucional sobre los límites del decreto-ley en el ámbito tributario; en concreto, desde la STC 6/1983 la Jurisprudencia constitucional ha respaldado la admisión del decreto-ley en materia tributaria. Sobre el debate generado en torno a la admisibilidad de la legislación de urgencia en este ámbito, puede consultarse: Cazorla Prieto (1983); Falcón y Tella (1984); Martín Queralt (1979); Pérez Royo (1985).

¹⁸ Consúltese, Martínez Lago (1998: 235).

¹⁹ Así lo reconocen Astarloa Huarte-Mendicoa (1985: 114, nota 27); Santaolalla López (2006: 413).

²⁰ Véase Cazorla (2012: 577).

²¹ Un examen de estos supuestos en los que se ha utilizado el Decreto-ley en materia presupuestaria puede consultarse en Calvo Vergez (2004: 66); Martínez Lago (1998: 231 y ss).

²² Sobre este supuesto, consúltese Escribano (1997) y Falcón y Tella (1995). “Acudir a la técnica del Decreto-Ley, incluso teniendo en cuenta la intervención que la Cámara tendrá *a posteriori*, mediante la convalidación, no es óbice para que califiquemos el Decreto-Ley presupuestario como una burla de la esencia de la institución presupuestaria”, Escribano (1997: 121).

legalidad presupuestaria previsto en los artículos 66.2. y 134.1 de la Constitución²³. El primero determina taxativamente que “[l]as Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución”²⁴; y el segundo establece que “[c]orresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación”²⁵. Como puede comprobarse, en este ámbito la Constitución establece un claro reparto competencial entre Gobierno y Parlamento cuyas líneas principales se encuentran en el art.134 CE, y que a su vez tiene la misión de garantizar la función presupuestaria que el art. 66.2 CE encomienda a las Cortes Generales²⁶. De este modo, corresponde a las Cámaras no solo el examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art.134.1 CE), sino también su eventual modificación a iniciativa del Gobierno o de los grupos parlamentarios. En el primer supuesto, corresponde al Gobierno la presentación de “proyectos de Ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario”²⁷ (art.134.5 CE). Mientras que en el segundo, el art.134.6 CE dispone que “toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación”. Sobre estos supuestos, coincido con Martínez Lago cuando afirma que en ambos casos “la Constitución reserva a la Ley la producción de dichas modificaciones, pues alude a *proyectos de Ley* (art.134.5 CE) y a *proposiciones de Ley y enmiendas* (art.134.6 CE), de modo que ello corrobora el carácter específico de la reserva de ley en materia presupuestaria, despejando las dudas que se pudiera tener respecto de la admisión de decretos-leyes de modificación de los Presupuestos aprobados...”²⁸. Por último, el art. 75.3 CE incluye los “Presupuestos Generales del Estado” entre las materias excluidas de ser delegadas en las Comisiones parlamentarias para su tramitación y aprobación mediante el procedimiento especial en el que éstas actúan con competencia legislativa plena²⁹. Con esta última disposición el constituyente reservó a la exclusiva competencia de la institución plenaria la aprobación legislativa de la materia presupuestaria, esto es, sólo mediante ley de Pleno puede procederse a la regulación de los ámbitos materiales tipificados en dicho precepto. En consecuencia, la voluntad de los Plenos del Congreso y del Senado no podrán ser sustituidos por el Gobierno, y el decreto-ley no podrá ser utilizado.

En mi opinión, nos encontramos no sólo ante una reserva a favor de la forma jurídica de Ley, sino también ante una *reserva de Parlamento*, que puede definirse, siguiendo a I. de Otto, como aquellas “atribuciones de la materia al órgano parlamentario” y cuyo fundamento es “asegurar que la regulación de ciertas materias se haga mediante el procedimiento legislativo”³⁰. En esta misma línea se

²³ Sobre esta temática, consúltese la excelente monografía de Martínez Lago (1998).

²⁴ A este respecto, debe recordarse que el Tribunal ha interpretado esta intervención parlamentaria en la aprobación de la Ley de Presupuestos como una “función peculiar -la de su aprobación- que el art. 66.2 de la Constitución enuncia como una competencia específica desdoblada de la genérica “potestad legislativa del Estado” (STC 27/1981, de 20 de julio, F.J. 2º).

²⁵ Estos preceptos constitucionales (66.2 y 134) “establecen el principio de legalidad respecto de los gastos al atribuir a las Cortes Generales la función de examinar, aprobar y enmendar los presupuestos generales del Estado...” (STC 3/2003, F.J.4º).

²⁶ Sobre las competencias parlamentarias en este ámbito, véase la monografía de Giménez Sánchez, *Las competencias presupuestarias del Parlamento* (2008).

²⁷ Sobre el supuesto previsto por el art. 134.5 CE, debe precisarse que se refiere a las “iniciativas legislativas relacionadas, no con el proyecto de Ley de Presupuestos, sino con otras medidas posteriores, que afecten al presupuesto en curso de ejecución”. Véase, Pérez Royo (2012: 558-559).

²⁸ Martínez Lago (1998: 53).

²⁹ Sobre las peculiaridades de esta modalidad de tramitación y aprobación legislativa, puede consultarse Gómez Lugo (2008).

³⁰ Consúltese Otto (1991: 153-154).

han manifestado algunos expertos en derecho presupuestario, si bien utilizan la expresión de *reserva de competencia parlamentaria* para referirse a lo mismo. Desde esta óptica, las modificaciones presupuestarias a las que se refiere el art. 134.5 y 6 CE requerirían necesariamente de un nuevo pronunciamiento de las Cortes Generales³¹. Así, se ha sostenido que través de estas previsiones constitucionales se establece “una nueva reserva de ley entendida como reserva de competencia parlamentaria que excluye cualquier eventual sustitución de la decisión de las Cortes por un Decreto-ley del Gobierno”³². En este mismo sentido se ha pronunciado Martínez Lago al sostener que “este tipo de reserva ley que implica también reserva de competencia parlamentaria...impide absolutamente la sustitución de la decisión de las Cortes por un Decreto-ley del Gobierno”³³.

A partir de este marco constitucional la doctrina ha admitido mayoritariamente que la competencia para autorizar créditos extraordinarios y suplementos de crédito corresponde a las Cortes Generales y su aprobación tendrá que ser aprobada por Ley³⁴. Precisamente, otro de los argumentos para justificar esta forma jurídica que deben revestir estas alteraciones en el presupuesto corriente, y la necesaria intervención de la institución parlamentaria, lo constituye la alusión a los “proyectos de Ley” del art. 134.5. Por tanto, puede afirmarse que los créditos extraordinarios que requieren intervención de las Cortes en virtud de lo dispuesto por el art.134.5 CE tienen la misma naturaleza jurídica que la Ley de presupuestos. A favor de la tesis de la inadmisibilidad del decreto-ley para estos fines se ha manifestado Martínez Lago, quien considera que “...siendo las leyes de créditos extraordinarios y suplementos de crédito auténticas ‘leyes presupuestarias especiales’, si su aprobación tiene la misma naturaleza que la aprobación de las Leyes de Presupuestos de cada ejercicio, al igual que no cabe que éstas sean aprobadas por Decreto-ley, tampoco podrán concederse créditos extraordinarios o suplementos de crédito por esta vía”³⁵. A su juicio una de las singularidades de la Ley de Presupuestos es que “...una vez aprobada, la propia reserva de ley presupuestaria que obliga al Gobierno –y que prohíbe el uso (por el abuso que supondría) de otras formas (normas) sustitutivas de la Ley (v.gr. Decreto-ley)-permite al mismo que, por estar ejecutando las previsiones/habilitaciones fijadas en la Ley, disponga de la //ave con que iniciar reformas (legislativas) que afectan al plan financiero aprobado”³⁶.

En esta misma línea contraria al uso del decreto-ley se ha pronunciado también Cazorla Prieto, para quien el art. 134.5 CE consagra que “la competencia que las Cortes Generales va más allá de la aprobación de los Presupuestos y que cualquier modificación que signifique aumento de las consignaciones presupuestarias, por vía de suplemento de crédito o de crédito extraordinario, requiere aprobación del Congreso de los Diputados y del Senado. De lo contrario se podría defraudar la competencia presupuestaria parlamentaria que formula el

³¹ Por el contrario, son competencia del Gobierno el resto de modificaciones de crédito a través de las restantes figuras presupuestarias enumeradas en el art. 51 LGP y, en consecuencia, no requieren intervención parlamentaria. Sobre ello, véase Martínez Lago (1998: 219).

³² Véase, Calvo Vergez (2004: 65).

³³ Martínez Lago (1998: 258).

³⁴ En este sentido se han manifestado Cazorla Prieto (2012: 576); Martínez Lago (1998: 258); Alonso Gil (2005: 12 y 29); Calvo Vergez (2004: 66). Existe también una corriente minoritaria a favor de admisibilidad del decreto-ley para este tipo de crédito siempre y cuando se cumplan los requisitos constitucionales del art. 86 CE. Así por ejemplo, Palomar Olmeda y Losada González (1995: 160-162). Citado por Andreu Mestre (2005: 217).

³⁵ Consúltese, Martínez Lago (1998: 259-264). Sobre la tesis que defiende la inadmisibilidad de la técnica del decreto-ley, para aprobar los expedientes de créditos extraordinarios y suplementos de crédito se ha pronunciado también Andreu Mestre (2004: 215-219).

³⁶ Martínez Lago (1998: 26).

artículo 134.1 de la Constitución³⁷. En consecuencia, considera constitucionalmente censurable la práctica de aprobar créditos extraordinarios por decreto-ley, que se ha intensificado desde 2007 a raíz de la crisis económica.

b) Tres sentencias fundamentales sobre la reserva de Parlamento: procedimiento y forma de Ley como límites a la acción del Ejecutivo

Realizadas estas consideraciones acerca del debate doctrinal sobre esta temática, pueden resaltarse una serie de elementos que me parecen relevantes para profundizar en el asunto que resuelve la STC 126/2016: a) El concepto de reserva de ley no excluye la categoría del decreto-ley, por lo que éste queda sometido a los mismos condicionantes materiales que el resto de normas con rango legal. Desde esta óptica, se ha afirmado que el concepto de “reserva de ley” no coincide con el de “forma de ley” y, por ello, respecto a la materia presupuestaria existe una reserva de competencia parlamentaria; b) El artículo 86 CE no incluye la materia presupuestaria entre los límites sustanciales vedados al decreto-ley, por lo que en principio éste podría utilizarse en el ámbito presupuestario si se cumplieran el resto de requisitos constitucionalmente establecidos por dicho precepto; y c) Sin embargo, desde la STC 60/1986 la Jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo que, al margen de los límites materiales explícitos que enumera el art. 86 CE, existen otros límites que coinciden con ámbitos materiales en los que se requiere necesariamente la intervención del Parlamento por medio de la forma de Ley. Es, precisamente, a partir de estos presupuestos, y en especial de este último, desde donde debe abordarse el problema planteado en este trabajo.

Desde esta óptica, la cuestión sobre la adecuación o admisibilidad de la técnica del decreto-ley en el ámbito presupuestario no se plantea como un problema de límites materiales, sino como una cuestión de competencia y forma jurídica. En otras palabras, no se trata de dilucidar si la materia presupuestaria está o no excluida del ámbito del decreto-ley, ya que no se trata de un problema de reserva de ley en sentido estricto, sino de distribución competencial entre órganos constitucionales. No es un problema de reserva de ley, sino de “reserva de competencia” o “reserva de Parlamento”.

Esta perspectiva del problema se ha visto respaldada por algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se exponen a continuación. Así, el primer hito en la Jurisprudencia lo encontramos en la **STC 60/1986**³⁸, de 20 de mayo, en la que el Tribunal reconoció que el hecho de que “... una materia esté reservada a la ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye *eo ipso* la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante Decreto-ley, porque, como ya hemos dicho en nuestra Sentencia núm. 111/1983, de 2 de diciembre, “*la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido forma*”. Para comprobar si tal disposición legislativa provisional se ajusta a la Norma fundamental, habrá que ver si reúne los requisitos establecidos en el art. 86 de la Constitución y *si no invade ninguno de los límites en él enumerados o los que, en su caso, se deduzcan racionalmente de otros preceptos del Texto constitucional, como, por ejemplo, las materias reservadas a Ley orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea expresis verbis la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de Ley*”³⁹ (STC 60/1986, F.J.2º). Sobre esta referencia a las materias

³⁷ Véase, Cazorla Prieto (2012: 144).

³⁸ La STC 60/1986 resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por 54 diputados contra varios preceptos del Real Decreto-Ley 22/1982, de 7 de diciembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Administrativa.

³⁹ La cursiva es mía.

para las que la Constitución prevea *expresis verbis* la intervención parlamentaria bajo forma de Ley, Martínez Lago considera que el Tribunal está distinguiendo dos clases de reserva de ley: entre norma con rango de ley y Ley en sentido formal. En este sentido, comparto la opinión del autor al apuntar que cuando la Constitución sólo habla de “reserva de Ley”, sin más calificativo también cabe el decreto-Ley en tanto que norma con fuerza del ley, “mientras que cuando la Constitución remite a la “Ley formal”, “Ley de Cortes Generales”, “Ley aprobada o votada en Cortes” o a un “proyecto de Ley”, la reserva es de Ley y de *competencia parlamentaria*, excluyéndose radicalmente la intervención del Gobierno mediante Decreto-ley”⁴⁰. Por otro lado, algunos autores consideran que en este pronunciamiento el Tribunal se está refiriendo a la existencia de “límites implícitos”⁴¹ de necesaria observancia para el Gobierno. En ese sentido, se ha pronunciado Aragón Reyes al referirse a estas “limitaciones materiales implícitas” como aquellas materias que le están vedadas a la legislación de urgencia por encontrarse “reservadas a específicas formas y procedimientos que no cabe identificar con el decreto-ley”⁴². Aunque comparto íntegramente la opinión del autor, sin embargo, creo que habría que precisar que algunas de estas materias prohibidas para el Decreto-ley están sometidas a reservas procedimentales previstas expresamente por la Constitución; materias, que conllevan la competencia del Parlamento y la forma jurídica de Ley, y entre las que se encuentran los Presupuestos Generales del Estado (art.134 CE). Se trata, pues, de reservas de forma y de procedimiento que implican necesariamente la intervención de las Cámaras. Por tanto, el Tribunal se está refiriendo en esta sentencia a la categoría de “reserva de competencia” o “reserva de Parlamento” a la que me referí anteriormente.

En esta misma línea argumental iniciada con la STC 60/1986 se incluye también la **STC 155/2005**, de 9 de junio⁴³ en la que el Tribunal se pronuncia igualmente sobre la importancia de las reservas de forma y de procedimiento. Su fundamento jurídico quinto⁴⁴ aporta algunos pronunciamientos importantes que

⁴⁰ Véase en Martínez Lago (1998: 240). En este mismo sentido, véase también Astarloa Huarte-Mendicoa (1985: 133).

⁴¹ En este sentido se han pronunciado Alonso Gil (2005: 27) y Martínez Lago (1998: 240).

⁴² Entre las materias vedadas al decreto-ley, el profesor Aragón Reyes señala las previstas en los artículos 94.1, “82 (leyes de delegación), 92 (autorización por el Congreso del referéndum consultivo), 93 (autorización por ley orgánica para la celebración de determinados tratados), 134 (presupuestos generales del Estado), 135 (autorización para emitir deuda pública), 116.2. 3 y 4 (autorización de la prórroga del estado de alarma, en un caso, y autorización o declaración, en os otros, por el Congreso en los estados de alarma, excepción y sitio) y 131 CE (leyes de planificación económica)”. Véase Aragón Reyes (2016: 81).

⁴³ La STC 155/2005 resuelve dos recursos de inconstitucionalidad promovidos por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación con el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, y la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional.

⁴⁴ “...las materias enunciadas en el art. 86.1 CE. Esa afectación no es, sin embargo, el único límite sustantivo al que la Constitución somete a los decretos-leyes, pues sobre éstos opera también, como es obvio, el conjunto de las reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos. Entre tales reservas figura la que para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios establece el art. 94.1 de la Constitución, en cuya virtud dicha prestación debe ser autorizada, en determinados casos, por las Cortes Generales. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de una prestación de ese consentimiento sin previa autorización parlamentaria o con la dispensada por un órgano distinto. Es, pues, evidente que el decreto-ley no es una forma jurídica habilitada para la autorización requerida por el art. 94.1 CE. De un lado, porque el art. 86.1 CE sólo prevé la figura del decreto-ley para el dictado de “disposiciones legislativas”, categoría jurídica que es distinta de la que corresponde a las autorizaciones, por lo que no puede considerarse instrumento idóneo para el acuerdo de autorizaciones. De otro, porque tratándose de una autorización es claro que no puede concederla quien debe ser autorizado. Por último, porque el decreto-ley es una fuente normativa propia del Gobierno que sólo precisa de la intervención del Congreso de los Diputados -y no de las dos Cámaras que integran las Cortes Generales- para la estabilización de su vigencia en el Ordenamiento.

pueden contribuir a clarificar la cuestión planteada. En concreto, formula tres contundentes argumentos para sostener que las reservas de procedimiento y de forma actúan como límite frente a la acción del Ejecutivo en casos como el que nos ocupa.

En primer lugar, el Tribunal sostiene las materias enunciadas en el art.86.1 CE no son “el único límite sustantivo al que la Constitución somete a los decretos-leyes, pues sobre éstos también opera también, como es obvio, el conjunto de las reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos”. De este modo, las cuestiones materiales tasadas constitucionalmente quedan vedadas de ser reguladas legislativamente a través de una vía procedimental distinta a la prevista por el texto constitucional. La utilización de un procedimiento o una forma jurídica para un supuesto diverso al prefijado implica una vulneración del precepto constitucional del que deriva la reserva procedimental. Por tanto, teniendo en cuenta la reserva prevista por los artículos 66.2 y 134.1 CE a favor de ley formal aprobada por las Cortes Generales, el Gobierno no podrá regular la materia presupuestaria a través de la figura del decreto-ley. Es decir, las reservas procedimentales actúan frente a los poderes públicos en un doble sentido: por un lado, actúan frente al Parlamento al condicionar el procedimiento específico y la forma jurídica que deben aplicarse cuando se pretenda legislar sobre determinadas materias; y por otro, actúan frente al Gobierno al impedir que las materias sometidas a esa reserva procedimental puedan regularse por vía del decreto-ley.

En segundo lugar, la sentencia 155/2005 descarta que el decreto-ley sea una forma jurídica habilitada para el otorgamiento de una autorización parlamentaria. De un lado, porque “...el art. 86.1 CE sólo prevé la figura del decreto-ley para el dictado de “disposiciones legislativas”, categoría jurídica que es distinta de la que corresponde a las autorizaciones, por lo que no puede considerarse instrumento idóneo para el acuerdo de autorizaciones”. Y de otro, porque en el supuesto de las autorizaciones “es claro que no puede concederla quien debe ser autorizado”.

En tercer y último término, el Tribunal insiste en la necesidad de intervención de las dos Cámaras parlamentarias para proceder a la autorización, ya que en la convalidación del decreto-ley sólo interviene el Congreso de los Diputados. Por ello, ni siquiera tras este acto “es el decreto-ley una forma jurídica capaz de dispensar una autorización que sólo pueden brindar las Cortes Generales, pues la convalidación del Congreso de los Diputados nunca puede ser la del órgano complejo en el que se integra junto con el Senado, de manera que no es posible ver en la convalidación un acto equivalente a la autorización”. Aunque estos dos últimos pronunciamientos se refieren a la autorización requerida por el art. 94.1 CE para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios internacionales, creo que podría aplicarse a otros actos de autorización parlamentaria que requieren forma de Ley, como es el caso que nos ocupa. Desde el punto de vista sustancial, en este supuesto se trata de autorizaciones de gasto que corresponden a las Cortes Generales, por lo que creo que es un argumento a explorar en el debate acerca del uso de ley para autorizar créditos extraordinarios y la consecuente inidoneidad del decreto-ley a tal fin.

Por ello ni siquiera tras su convalidación parlamentaria es el decreto-ley una forma jurídica capaz de dispensar una autorización que sólo pueden brindar las Cortes Generales, pues la convalidación del Congreso de los Diputados nunca puede ser la del órgano complejo en el que se integra junto con el Senado...” (STC 155/2005, F.J.5º).

Por último, quisiera destacar una tercera decisión que me parece fundamental para abordar la problemática planteada en este trabajo. Me refiero a la **STC 3/2003**, de 16 de enero⁴⁵, en la que el Tribunal profundiza en el alcance y el significado del art. 134.5 CE. En la misma reconoce que "...por la propia naturaleza, contenido y función que cumple la Ley de presupuestos, el citado art. 134.5 CE no permite que cualquier norma modifique, sin límite alguno, la autorización por el Parlamento de la cuantía máxima y el destino de los gastos que dicha Ley establece". Por el contrario, cualquier alteración de esa habilitación prevista en el presupuesto "...sólo puede llevarse a cabo en supuestos excepcionales, concretamente cuando se trate de un gasto inaplazable provocado por una circunstancia sobrevenida. Admitir lo contrario, esto es, la alteración indiscriminada de las previsiones contenidas en la Ley de presupuestos por cualquier norma legal, supondría tanto como anular las exigencias de unidad y universalidad presupuestarias contenidas en el art. 134.2 CE" (STC 3/2003, F.J.5º). Asimismo, el Tribunal precisa que "siempre debe tratarse de modificaciones puntuales y únicamente por circunstancias sobrevenidas que exijan la realización de un gasto inaplazable" (F.J.9º).

Teniendo en cuenta todos los argumentos, doctrinales y jurisprudenciales, expuestos en este epígrafe, creo que hay razones suficientes para concluir que el uso de la figura del decreto-ley para autorizar créditos extraordinarios no se ajusta a las exigencias constitucionales por ser contrario al art. 86.1 en relación con el art. 134.5 CE.

4. Análisis de la STC 126/2016, de 7 de julio

4.1. El recurso

La sentencia 126/2016 resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6524/2014 presentado por más de cincuenta diputados, integrantes de una amplia diversidad de grupos parlamentarios, contra el art.2.1. del Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Los recurrentes reprochan a la norma impugnada un único motivo de inconstitucionalidad: la falta de concurrencia del presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que habilita al Ejecutivo a hacer uso de la figura del decreto-ley. El objeto del recurso se circunscribe a controlar si la legislación de urgencia dictada por el Gobierno se ajusta a los requisitos constitucionales previstos en el art. 86.1 CE. En cuanto a los argumentos esgrimidos, éstos pueden sintetizarse en dos: falta de fundamento y de imprevisibilidad de la situación de urgencia que se pretende afrontar.

En primer lugar, consideran que la medida acordada por la disposición impugnada, cuya finalidad es hacer frente al pago de las obligaciones correspondientes a Programas especiales de armamento, adolece de falta de fundamento suficiente que justifique su adopción a través de decreto-ley. Teniendo en cuenta la naturaleza de estos programas, y la envergadura de los planes y contratos que conllevan, resulta "difícil entender que el Gobierno no conociera su existencia, cuantía y vencimientos y que, por tanto, la provisión de los fondos

⁴⁵ La STC 3/2003 resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, relativa a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

necesarios para satisfacerlas no se pudiera haber tramitado por el procedimiento legislativo ordinario”.

Por otro lado, alegan falta de imprevisibilidad de la situación de urgencia, al considerar que en el presente caso la necesidad de satisfacer unas obligaciones de pago “no surgen espontáneamente, ni de manera inesperada..., por lo que las obligaciones en cuestión, su existencia, cuantía y vencimiento, eran absolutamente conocidas para el Gobierno en el momento de dotar de medios al Ministerio de Defensa en los Presupuestos Generales del Estado”.

A mayor abundamiento, la parte recurrente aduce que no se trata de la primera ocasión en la que el Gobierno recurre a esta fórmula para afrontar el pago de los programas especiales de armamento. Efectivamente, y como se señaló con anterioridad, en los dos años precedentes el Ejecutivo recurrió igualmente a la figura del crédito extraordinario mediante la adopción de los Reales Decretos-leyes 26/2012 y 10/2013 con la misma finalidad. Es precisamente este carácter habitual lo que pone de manifiesto la ausencia de una circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad, ya que el Gobierno conocía, si no las cantidades exactas, sí la cuantía máxima destinada al pago de las obligaciones contractuales derivadas de los programas especiales de armamento que pretendía satisfacer a través de la legislación de urgencia.

A juicio de los grupos parlamentarios recurrentes, se trata de un “modo de actuar deliberadamente adoptado por el Gobierno según el cual, de manera consciente, no se dotan en los Presupuestos Generales del Estado los créditos para afrontar los pagos correspondientes de los programas especiales de armamento, recurriéndose con posterioridad a la aprobación mediante Decreto-ley de un crédito extraordinario para satisfacer dichas obligaciones, en lo que constituye una clara subversión del sistema previsto por el constituyente para la aprobación de las cuentas públicas”. Es más, el Gobierno no sólo conoce de antemano estas necesidades presupuestarias para el pago de estos programas especiales, sino que además, haciendo alarde de un desconocimiento total de la doctrina constitucional, manifiesta su pretensión de continuar con esta práctica de acudir al decreto-ley. Efectivamente, así lo reconoce el Secretario de Estado en la Comisión de Defensa del Congreso, sesión del 6 de octubre de 2014, en relación a los Presupuestos Generales para 2015, al afirmar que “... *si las circunstancias económicas se mantienen en el nivel y en la forma que hoy conocemos, el Gobierno volverá a atender sus compromisos de pago mediante el uso del decreto-ley para autorizar un crédito extraordinario, pagos derivados de los programas especiales de armamento*”.

En cuanto a las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado para desestimar el recurso, éstas van destinadas a acreditar la existencia de una concreta extraordinaria y urgente necesidad. De este modo, alude a dos razones para justificar la utilización de la legislación de urgencia: de una parte, las especialidades de los programas especiales de defensa, y de otro, la singularidad para realizar los pagos en este ámbito.

Respecto al primer argumento, alega que uno de los rasgos peculiares de estos programas consiste en la imposibilidad de determinar con antelación la cuantía exacta y determinada de los compromisos de pago destinados a atender las obligaciones contraídas; lo que hace imposible que se fijen en el momento de la elaboración de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sobre esta cuestión, señala que dichos programas, “que implican la adquisición de material a través de agencias y consorcios multinacionales, supone que no se puedan concretar de antemano la cuantía exacta de las obligaciones a las que se ha de hacer frente en

cada ejercicio porque son objeto de negociación y los propios programas son objeto de reconsideración parcial”.

En relación con la segunda justificación invoca el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Administración Pública en ejercicios anteriores; en concreto, la medida acordada persigue atender la deuda con los proveedores de Defensa para no demorar el abono de los pagos, ni causar perjuicios a terceros. A este respecto, sostiene que la “obligación de proceder al cumplimiento de los compromisos contraídos en los correspondientes contratos y la voluntad de no causar perjuicios a los afectados” justifican la imposibilidad de tramitar los créditos extraordinarios a través de proyectos de ley, dado que “una vez determinadas las cantidades, se impone su pronto pago”.

A ello, habría que añadir una tercera causa justificativa invocada por el Gobierno en la exposición de motivos del RDL 10/2014, me refiero a la situación de crisis económica, que ha provocado una reducción de los recursos financieros, en general, y una insuficiente dotación en el presupuesto de Defensa para afrontar los programas especiales en los últimos ejercicios, que es la que viene a justificar la necesidad de dotación de créditos adicionales.

4.2. La argumentación de la sentencia: el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado es un motivo genérico, pero no una situación de extraordinaria y urgente necesidad

Para valorar si el Gobierno se ha ajustado a los parámetros constitucionales al emitir la norma impugnada contenida en el RDL 10/2014, el Tribunal procede a enjuiciar la concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad en el presente caso conforme a la consolidada doctrina que se ha expuesto anteriormente.

Con carácter previo al análisis de la sentencia conviene aclarar que, aunque en el recurso sólo se cuestiona la utilización del Decreto-ley para instrumentalizar el crédito extraordinario mediante el que se debe articular el pago de la obligación, el Tribunal considera que en el objeto del proceso confluyen dos tipos de razonamientos: uno, relativo a la concurrencia de los requisitos constitucionales que permiten hacer uso del Decreto-ley, y otro sobre la legalidad u oportunidad de esta figura presupuestaria (crédito extraordinario) concedido a través de Decreto-ley. Precisamente, en torno a estas cuestiones se va a articular la argumentación del Tribunal para resolver el presente asunto.

a) Una cuestión previa: valoración de elementos externos al Decreto-ley en el juicio de concurrencia

Una de las cuestiones más llamativas de la sentencia es que para analizar el presente caso el Tribunal no pondera sólo los elementos habituales exigidos por la doctrina constitucional, principalmente, la exposición de motivos del decreto-ley y el debate de convalidación. Junto a estos elementos, el Tribunal entra a valorar también otros debates parlamentarios ajenos al que corresponde al trámite de convalidación del decreto-ley cuestionado. Es decir, no sólo tiene en cuenta las razones aducidas en los elementos anteriores, sino también las “afirmaciones vertidas en los *distintos debates parlamentarios*” (F.J. 5º). En este sentido, toma en consideración el alegato de “la imposibilidad de conocer en el momento de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, el importe exacto a abonar en este tipo de Programas especiales de armamento” (F.J.3º), que había utilizado el Abogado del Estado en referencia a la comparecencia del Secretario de Defensa en

la Comisión de Defensa en relación con el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014, celebrada el 7 de octubre de 2013, Diario de Sesiones nº427⁴⁶, es decir, casi un año antes de la emisión del RDL 10/2014. El Tribunal no sólo admite como válido este argumento sobre la imposibilidad de fijar la cuantía en el momento de elaborar el Presupuesto, sino que además lo identifica como una de las dos razones aducidas para avalar el Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, cuestión de la que discrepo por las razones que expondré a continuación.

A mi modo de ver, la utilización de elementos externos al decreto-ley para valorar el juicio de concurrencia suscita algunas dudas conforme a la doctrina constitucional. A este respecto, hay que recordar lo que el propio Tribunal ha sostenido reiteradamente desde la STC 29/1982 (F.J.4º), y es que para determinar el juicio de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad debe valorar dos elementos: “...los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada...” (STC 68/2007, F.J. 7º); y la *conexión de sentido* entre la situación de urgencia definida y la medida adoptada para afrontarla. Dicho examen del presupuesto habilitante se llevará a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron que el Gobierno dictase la legislación de urgencia y que son “los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, debiendo siempre tener presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del decreto-ley” (por todas, STC 137/2011, F.J. 4º)⁴⁷. Atendiendo a las razones exteriorizadas por el Gobierno en estos elementos puede concluirse, de acuerdo con la doctrina constitucional, que este argumento incorporado como elemento externo al RDL 10/2014 no resulta admisible y no debería haber sido tenido en cuenta por el Tribunal, y ello, por varios motivos.

En primer lugar, porque fue esgrimido en un procedimiento parlamentario ajeno al Decreto-ley 10/2014 controlado por la STC 126/2016, en el que se discutía sobre la conveniencia de no incluir los créditos destinados a los PEAs en el Presupuesto ordinario. Los argumentos utilizados por el Abogado del Estado iban encaminados a esa finalidad, y no a justificar el uso de la técnica del decreto-ley para revestir formalmente los créditos extraordinarios en el caso concreto. Por ello, considero que no es admisible, como pretende el Abogado del Estado, extrapolar argumentos formulados en un procedimiento parlamentario que tiene lugar con anterioridad (octubre 2013) al momento en el que surge la situación urgente necesitada de una acción normativa inmediata (agosto 2014). Las explicaciones vertidas en el debate parlamentario de septiembre de 2013 no pueden admitirse en el presente proceso constitucional como elemento justificativo de la medida cuestionada, puesto que su objeto no era discutir sobre una situación urgente acaecida, y unos objetivos gubernamentales fijados, un año más tarde. Y lo más importante, la finalidad de ese debate parlamentario no era controlar la acción del Ejecutivo, que es lo que corresponde al Congreso en el debate de convalidación. Y en segundo lugar, porque ni en la exposición de motivos del RDL 10/2014, ni en el debate parlamentario correspondiente al trámite de convalidación aparece el mencionado argumento como el verdadero motivo tenido en cuenta por el Gobierno para aprobar la legislación de urgencia.

⁴⁶ Consúltese: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-427.PDF#page=2 (Fecha de consulta: 2 de agosto de 2016).

⁴⁷ Más recientemente, STC 70/2016, F.J.4º, con cita de las SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, 137/2003, de 3 de julio, FJ 3, 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3.

Por tanto, el Tribunal no debería haber admitido, ni valorado, este elemento externo invocado por el Abogado del Estado en sus alegaciones, precisamente porque dicho razonamiento no fue explicitado en “tiempo y forma” por el Gobierno para justificar su intervención normativa excepcional mediante decreto-ley. El abogado del Estado puede utilizar cuantos argumentos considere oportunos para fundamentar su pretensión, pero lo que resulta inadmisibles es que sus alegaciones pretendan sustituir la voluntad de los órganos políticos habilitados para emitir decretos-leyes, y en concreto, la del Gobierno a quien corresponde de forma exclusiva el juicio político que debe exteriorizar razonadamente en el preámbulo de la norma o en el debate de convalidación. La motivación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad debe constar en estos elementos; constituyendo, además, uno de los factores que el Tribunal debe ponderar en el juicio de concurrencia del presupuesto habilitante.

A mi juicio, esta flexibilidad y permisividad del Tribunal respecto a la admisión y valoración de elementos externos en el juicio de concurrencia parecen ignorar su propia doctrina. No puede olvidarse que las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado en el curso de un proceso constitucional, como el que nos ocupa, deben limitarse a “corroborar o detallar los ofrecidos en su día por el Gobierno en el propio Decreto-ley y ante el Congreso de los Diputados, pues nunca podrían ser ofrecidas razones distintas o que alterasen los motivos puestos de manifiesto en su momento” (STC 182/1997, F.J.4º)⁴⁸.

b) Falta de fundamentación y de imprevisibilidad de la situación de urgencia

El Tribunal procede a valorar el doble canon de constitucionalidad relativo al presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. A tal efecto, examina no sólo la argumentación ofrecida por el Gobierno tanto en la exposición de motivos del Decreto-ley, como en el debate parlamentario de convalidación, sino también otros elementos externos utilizados por el Abogado del Estado en apoyo de sus argumentos. Me refiero, en concreto, a las declaraciones del Secretario de Estado de Defensa efectuadas ante la Comisión de Defensa del Congreso, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para 2014 y 2015, celebradas el 7 de octubre de 2013 y el 6 de octubre de 2014, respectivamente.

Por lo que respecta a la exposición explícita y razonada de la urgencia, el Tribunal considera que “...ni de la memoria abreviada del Real Decreto-ley ni del expediente tramitado en el Ministerio de Defensa para la promoción del mismo, se puede deducir argumento concluyente que ampare la utilización del Decreto-ley, pues nada se argumenta sobre la extraordinaria y urgente necesidad que lo justificaría” (F.J.3º). Tan sólo en la exposición de motivos del Real Decreto-ley impugnado se identifica como causa justificativa de la extraordinaria y urgente necesidad la obligación de la Administración de “*atender el pago de obligaciones contractuales*”, así como la “*necesidad de no demorar su abono para no causar perjuicios a terceros*”.

⁴⁸ “Para llevar a cabo nuestro examen es preciso valorar, en su conjunto, todos aquellos factores que aconsejaron al Gobierno dictar la disposición impugnada. Tales factores son los que quedan ‘reflejados en la Exposición de Motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma’ (STC 29/1982, fundamento jurídico 4º). Las alegaciones formuladas en el curso del proceso por el Abogado del Estado, correctamente, se han limitado a corroborar o detallar los ofrecidos en su día por el Gobierno en el propio Decreto-ley y ante el Congreso de los Diputados, pues nunca podrían ser ofrecidas razones distintas o que alterasen los motivos puestos de manifiesto en su momento. En cuanto a los informes que el Abogado del Estado aporta a este proceso constitucional, no cabe reconocerles otro valor que no sea el de meras alegaciones del propio Abogado del Estado” (STC 182/1997, F.J.4º).

Por otro lado, la sentencia señala la falta de imprevisibilidad de la situación al traer a colación las palabras del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en el debate de convalidación del decreto-ley, en las que afirma que el crédito concedido a través de la medida impugnada “no trata de dar cobertura a necesidades imprevistas, su finalidad es proceder al pago de compromisos contraídos en ejercicios anteriores”.

Esta falta de imprevisibilidad de la situación urgente que pretende atender la medida impugnada queda igualmente patente cuando el tribunal se pronuncia sobre las especialidades de los programas especiales de armamento, al reconocer que la práctica legislativa generada para abordar su financiación debe calificarse como “singular”. Y es que, ciertamente, no es la primera ocasión en que el Gobierno acude a la legislación de urgencia para cumplir las obligaciones derivadas de estos programas especiales, como lo demuestran los Reales Decretos-leyes 26/2012 y 10/2013, emitidos con la misma finalidad de autorizar créditos extraordinarios para el pago de dichos programas. A juicio del Tribunal, “...más que la respuesta a una situación de extraordinaria y urgente necesidad por imprevisible, el pago de estos programas a través de la figura del Decreto-ley se ha convertido en una práctica habitual.” (F.J.4º). Esta práctica pone de manifiesto que la “imprevisibilidad” no existe en el presente caso, “desde el momento que la obligación de hacer frente al pago de estos programas es periódica y por tanto, previsible y programable”. A mayor abundamiento, esta imprevisibilidad del asunto queda totalmente descartada con las declaraciones efectuadas por el Secretario de Estado en la Comisión de Defensa del Congreso, durante la tramitación de los Presupuestos Generales para 2015, al anunciar que “el Gobierno volverá a atender sus compromisos de pago mediante el uso del decreto-ley para autorizar un crédito extraordinario, pagos derivados de los programas especiales de armamento”.

Cuestión diferente es que, aún siendo previsible la situación que se pretende afrontar, se desconozca la cuantía exacta de los compromisos de pagos en el momento de aprobar los Presupuestos Generales del Estado, y por ello, no hayan sido incluidos en la Ley anual de Presupuestos, como sostiene el Abogado del Estado en sus alegaciones. En relación con este asunto, el Tribunal reconoce las peculiaridades que implica el sistema de financiación de estos programas especiales, que no solo “imposibilita conocer la cuantía final líquida que debe imputarse a cada ejercicio presupuestario hasta que éste se ejecuta”, sino que además está condicionado a criterios macroeconómicos como el déficit público. El carácter plurianual de estos programas, así como la flexibilidad a la que queda sometido el calendario de pagos impiden “una programación exacta de la partida presupuestaria que caracteriza la normal tramitación de las Leyes de presupuestos generales y por ello se recurre a la figura del crédito extraordinario” (F.J.4º).

c) El cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado es un motivo genérico, pero no una situación de extraordinaria y urgente necesidad

La segunda de las razones aducidas, y explicitada correctamente, por el Gobierno para justificar la medida impugnada es la obligación de proceder al cumplimiento de los compromisos contraídos por el Estado y no causar perjuicios a terceros que, a mi juicio, es la verdadera justificación que debe valorar el tribunal en la medida en que es la única que ha sido explicitada y razonada tanto en la exposición de motivos, como en la intervención del Gobierno durante el debate de convalidación del decreto-ley cuestionado. Sobre ello, el Tribunal sostiene que la necesidad de proceder al pronto pago a los proveedores “*puede considerarse constitutivo de un motivo genérico de urgencia pero no de una situación de extraordinaria necesidad*” (F.J.5º), sobre todo teniendo en cuenta la voluntad del

Gobierno de volver a atender sus compromisos de pago mediante el uso del decreto-ley para autorizar un crédito extraordinario destinado a financiar los programas especiales de armamentos.

De este modo, el Tribunal considera inadmisibles las justificaciones aportadas por el Ejecutivo, en la medida en que las razones aducidas "...no pueden justificar la utilización de una figura excepcional como el Decreto-ley; el pago de las obligaciones contractuales adquiridas por el Estado no puede ser, en sí mismo, un argumento válido para justificar la situación de "extraordinaria y urgente necesidad" requerida en el art. 86 CE si no va acompañado de una justificación adicional que explicita las razones en virtud de las cuales el pago de una obligación adquiere tal gravedad. En el presente caso, se trata de la adquisición de material militar sin que se razone la urgencia del pago de tales adquisiciones, simplemente se alude a la importancia de que se pague a los proveedores para evitar el descrédito internacional del país y los posibles perjuicios que del retraso en el pago pudieran derivarse. Consecuencias negativas que aparecerían en cualquier retraso de pago de cualquier obligación contractual del Estado, sin que en el presente caso se haya justificado la especial trascendencia de tales perjuicios" (F.J.6º)⁴⁹.

En este punto la motivación de la sentencia resulta cabal. Efectivamente, de admitirse como justificación de la extraordinaria y urgente necesidad la obligación de proceder al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado, se produciría una alteración sustancial de nuestro sistema de fuentes. En concreto, el decreto-ley pasaría a convertirse en la forma jurídica habitual para autorizar o proceder a ordenar todos los pagos de la Administración Pública, contraviniendo el carácter extraordinario o excepcional que le atribuye el art. 86 CE.

d) Una cuestión sin resolver y una oportunidad perdida: la alternativa de la vía legislativa ordinaria

Por último, el Tribunal considera que las peculiaridades del sistema de financiación de los programas especiales de defensa pueden utilizarse para justificar la utilización de un mecanismo de alteración presupuestaria "al margen de la programación presupuestaria normal". Esto es, admite que se acuda a la figura del crédito extraordinario para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Administración en relación con los programas de defensa, en lugar de acudir al cauce ordinario que en este supuesto sería la Ley de Presupuestos. Sin embargo, ello no justifica sin más el recurso a la forma jurídica del decreto-ley para la autorización de los nuevos créditos.

Sobre esta cuestión, me parece acertada la opinión del Tribunal cuando declara que la especial financiación de los programas de defensa "puede justificar la utilización del crédito extraordinario al margen de la programación presupuestaria normal. Pero ese carácter extraordinario bien *podría vehicularse a través de la Ley* y no indefectiblemente mediante el Real Decreto-Ley cuyo uso legítimo se halla restringido por la Constitución" (F.J. 6º)⁵⁰. Efectivamente, ni en la exposición de motivos, ni en la intervención parlamentaria del Ministro en el debate de convalidación, existe justificación alguna que explique "el porqué de haber acudido al decreto-ley y no a una ley" para la aprobación de una acción normativa inmediata. Tampoco se exteriorizan las razones por las que no se permita o sea aconsejable esperar a la tramitación de una "ley por el trámite del procedimiento legislativo ordinario o del procedimiento legislativo de urgencia" (STC 199/2015, F.J. 9º). Ni por

⁴⁹ La cursiva es mía.

⁵⁰ La cursiva es mía.

supuesto, el *iter legis* especial previsto por el artículo 134 CE para la tramitación y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado; elemento, que en el presente caso resulta fundamental para valorar el requisito de la conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de urgencia. Recuérdese que forma parte de esta segunda dimensión del juicio de concurrencia valorar si la actuación o acción normativa es atendible por alguno de los procedimientos legislativos. A este respecto, debe recordarse que la única justificación sobre la inviabilidad de incluir los créditos urgentes en el proyecto de Ley de Presupuestos fue la realizada por el Abogado del Estado acudiendo a elementos externos al RDL 10/2014.

En esta misma línea, los recurrentes habían reprochado que los créditos extraordinarios no se incluyeran en los Presupuestos Generales del Estado o, en su defecto, en un proyecto de ley tramitado por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia. Sin embargo, el Tribunal no se pronuncia sobre este argumento, limitándose simplemente a afirmar de forma escueta que la medida *podría vehicularse a través de la Ley* y no mediante decreto-ley. En este sentido, llama la atención la brevedad de este pronunciamiento sobre una cuestión crucial como la relativa a la forma jurídica que debe revestir la autorización del crédito extraordinario en el presente caso. Sobre este extremo, la sentencia adolece, a mi juicio, de una incomprensible parquedad en su fundamentación sobre una cuestión de indudable trascendencia al no profundizar en las razones que apoyan esa conclusión.

Por otro lado, hay otro alegato de los grupos parlamentarios recurrentes que ha pasado desapercibido en la sentencia y que está relacionado precisamente con este asunto. A juicio de la parte recurrente, esta técnica consistente en aprobar los créditos en un decreto-ley en lugar de incluirlos en los Presupuestos Generales del Estado “*constituye una clara subversión del sistema previsto por el constituyente para la aprobación de las cuentas públicas*”. Aunque no lo afirman expresamente, esta práctica habitual del Ejecutivo supone una alteración sustancial del reparto competencial entre el Parlamento y el Gobierno en relación al gasto público. Sin embargo, la sentencia no se pronuncia sobre ello y creo que es un argumento adicional que debería haber desarrollado en conexión con el uso abusivo de la legislación de urgencia. Así, debería haber aludido a las consecuencias que, desde el punto de vista de la separación de poderes, se derivan de esta utilización arbitraria de la legislación de urgencia para el Parlamento, y en concreto, para la competencia presupuestaria atribuida a las Cortes Generales por los artículos 66.2 y 134.1 y 5 CE.

A la luz del análisis expuesto, el Tribunal considera que la justificación aportada por el Gobierno es claramente insuficiente y no supera el canon de control constitucional sobre la concurrencia del presupuesto habilitante. Por todo ello, concluye que “el recurso sistemático al Decreto-Ley como forma jurídica de vehicular créditos extraordinarios para financiar los programas especiales de armamento no se ajusta a las previsiones constitucionales contenidas en el art. 86.1. CE” (F.J.6º).

4.3. Los efectos del fallo

A pesar de la relevancia del fallo al declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la norma impugnada, este pronunciamiento tendrá una eficacia limitada. Teniendo en cuenta que la disposición declarada inconstitucional contiene autorizaciones de gasto para hacer frente a obligaciones contraídas por la Administración durante un ejercicio presupuestario ya finalizado, el Tribunal decide modular el alcance de su declaración “.....para atender adecuadamente a otros

valores con trascendencia constitucional, como los derechos de los terceros de buena fe que mantienen relaciones económicas con la Administración, que se verían gravemente comprometidos por la desaparición de la concesión del crédito extraordinario”.

Por este motivo, el Tribunal declara no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad “no sólo aquellas situaciones decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes” (F.J.7º).

5. Reflexiones sobre la utilización sistemática de decretos-leyes para conceder créditos extraordinarios y la restricción de las competencias presupuestarias del Parlamento

Tras el análisis de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 126/2016, pueden extraerse algunas conclusiones sobre el empleo sistemático del decreto-ley para aprobar créditos extraordinarios y sobre su incidencia en las competencias presupuestarias del Parlamento.

Hace una década, Santaolalla López advertía de que la doctrina de la STC 155/2005 podría “ser demoledora para una práctica ampliamente arraigada y producto de la tendencia abusiva de los decretos-leyes, como es la de aprobar créditos extraordinarios y suplementos de crédito por la vía del Decreto-ley”⁵¹. Sin embargo, parece que esta advertencia no surtió el efecto esperado. Más bien al contrario, en los últimos años el Ejecutivo ha obviado los pronunciamientos del Alto Tribunal y ha optado por acudir sistemáticamente a esta técnica normativa con el objeto de atender las necesidades presupuestarias de los programas especiales de armamento, distorsionando con ello todo el esquema de separación de poderes en materia presupuestaria. Y aunque han tenido que transcurrir unos años, la sentencia de 7 de julio de 2016 constituye un eslabón destacado en la cadena de pronunciamientos jurisprudenciales que, desde hace un tiempo, intenta limitar la utilización arbitraria y abusiva de la legislación de urgencia.

Sin duda, la STC 126/2016 es una nueva contribución doctrinal sobre una cuestión fundamental en nuestro sistema de fuentes, en la medida en que constituye un nuevo freno del Alto Tribunal a la tendencia abusiva del decreto-ley que se ha ido consolidando a lo largo de los últimos años. A pesar de que resuelve correctamente la cuestión de fondo planteada sobre el ajuste del RDL 10/2014 a los requisitos exigidos por el art. 86 CE, sin embargo, el tribunal no profundiza suficientemente en otros temas que, a mi juicio, son cruciales, como la repercusión de este *modus operandi* en las funciones del Parlamento; y no me refiero exclusivamente a la presupuestaria y legislativa, sino también a la de control político.

El Tribunal ha enjuiciado la constitucionalidad de la legislación de urgencia impugnada haciendo una interpretación aislada del art. 86 CE que ha condicionado una visión limitada del problema planteado. Ello explica que la sentencia no haya abordado otras cuestiones fundamentales, que se han señalado anteriormente. En mi opinión, el Tribunal debiera haber enfocado el presente caso haciendo una interpretación sistemática que pusiera en relación el art. 86.1 CE con otros preceptos constitucionales como los artículos 66.2, 134.1 y, en especial, con el 134.5 CE. Aunque estoy de acuerdo con el fallo, sin embargo discrepo con el enfoque limitado desde el que se ha analizado el presente proceso constitucional.

⁵¹ Véase Santaolalla López (2005: 413).

De cuanto hasta aquí se ha expuesto, se desprende que utilizar el decreto-ley para conceder créditos extraordinarios es manifiestamente contrario a la exigencia de que los gastos públicos sean autorizados por el Parlamento, como se deriva de los artículos 66.2, y 134.1 y 5 CE, que exigen que cualquier incremento del gasto una vez aprobados los Presupuestos tenga que ser aprobado por ambas Cámaras. En consecuencia, considero que el decreto-ley no es un instrumento constitucionalmente adecuado para proceder a la concesión de créditos extraordinarios destinados a atender las obligaciones contraídas en los programas especiales de armamento. Y ello, no sólo porque constituye una clara infracción de los requisitos constitucionales que habilitan al Gobierno para aprobar disposiciones normativas mediante decreto-ley, sino también, y principalmente, porque esta táctica normativa contraviene la reserva que los artículos 66.2 y 134.1 y 5 CE establecen a favor de la institución parlamentaria en materia presupuestaria. Sin embargo, no es este el enfoque del problema que aparece reflejado en la STC126/2016, en la que el Tribunal se limita a analizar el caso concreto exclusivamente desde la óptica de los requisitos formales y procedimentales que el art. 86 CE exige para la emisión de decretos-leyes.

La práctica analizada en este trabajo ha dado lugar a una devaluación de la centralidad propia del Parlamento que se manifiesta en las tres funciones clásicas que éste tiene constitucionalmente encomendadas. En primer lugar, se produce una vulneración del principio de competencia parlamentaria que rige en el ámbito presupuestario y una usurpación de la función presupuestaria de las Cortes Generales al impedir la intervención de las Cámaras en el debate, discusión, enmienda y aprobación de los gastos públicos. Igualmente, se produce una distorsión del debate presupuestario, ya que en el mismo no se discute el verdadero presupuesto destinado al Ministerio de Defensa, al no incluir las sucesivas ampliaciones presupuestarias realizadas mediante legislación de urgencia. En segundo lugar, y dado que los Presupuestos del Estado deben revestir jurídicamente forma legislativa, desplaza a la institución parlamentaria en el ejercicio de la función legislativa y a la forma de ley como mecanismo ordinario de producción normativa. A este respecto, debe recordarse que el decreto-ley está configurado constitucionalmente como una norma “excepcional”⁵². Y por último, este *modus operandi* impide la función de control parlamentaria que lleva implícita cualquier autorización parlamentaria del gasto público, eludiendo la fiscalización de las cuentas públicas por parte de la oposición parlamentaria.

Sin duda, la consecuencia más grave de esta técnica es que se impide el debate parlamentario sobre la modificación de unos gastos públicos que han sido previamente aprobados por las Cámaras. Un debate, nótese, en el que están garantizados los principios de publicidad y pluralismo político. No podemos olvidar que estamos hablando de figuras presupuestarias (créditos extraordinarios y suplementos de crédito) que permiten alterar los Presupuestos del Estado fijados en una ley que ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como una “*ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el art.66.2 atribuye a las Cortes Generales: es una ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del Gobierno*” (STC 3/2003, de 16 de enero, f.j.4º).

Esta conclusión sobre las consecuencias que derivan de esta práctica es compartida tanto por especialistas de derecho presupuestario, como por expertos en derecho constitucional. Sirvan como ejemplo las opiniones de Martínez Lago y

⁵² Sobre esta excepcionalidad del decreto-ley, consúltese Aragón Reyes (2016: 46-51).

Santaolalla López. En esta línea, me parece muy acertada la afirmación del primero al sostener que mediante la técnica del decreto-ley para la concesión de créditos extraordinarios “se está eludiendo el debate y falseando el control parlamentario de los gastos públicos, a la vez que se están vulnerando la Constitución, el principio de competencia parlamentaria en materia presupuestaria (recuérdese que el Senado no participa en la convalidación de los Decretos-leyes), los principios presupuestarios de unidad, universalidad y especialidad, el principio de legalidad y el espíritu de la figura del Decreto-ley”⁵³. Por otro lado, Santaolalla considera que las razones que explican estas prácticas son “escapar a la crítica de la oposición, o bien proporcionar una imagen ante la opinión pública de Gobierno como un equipo capaz y sumamente resuelto. Lo primero supone socavar seriamente al Parlamento. Lo segundo, con el mismo resultado es una frivolidad injustificable”⁵⁴.

Llegados a este punto resulta obligado cuestionarse qué alternativas ofrece nuestro ordenamiento tanto desde el punto de vista del derecho presupuestario, como del derecho constitucional para atender las necesidades de gastos públicos urgentes en situaciones como la que se han expuesto en este trabajo. Y ello, teniendo en cuenta que en el presente caso el Ejecutivo conocía perfectamente no sólo esta necesidad de financiación de los PEAs, sino también el carácter exigible de las obligaciones contraídas por el Estado, hasta el punto de que este sistema de financiación parece haberse convertido en una situación presupuestaria estructural; por lo que, en principio, podrían haberse incluido en los Presupuestos Generales del Estado. Pero incluso admitiendo la imposibilidad de incorporar las nuevas partidas de gasto en la Ley de presupuestos, como alegó el Abogado del Estado de forma extemporánea e improcedente, existen otros mecanismos jurídicos que podrían haberse utilizado. Aunque estas propuestas incluyen categorías propias del derecho presupuestario que mencionaré brevemente, me referiré principalmente a las planteadas desde la perspectiva del derecho constitucional.

Desde la óptica del derecho presupuestario, la legislación vigente prevé fórmulas alternativas para atender la necesidad de crédito urgente ante circunstancias imprevistas (art.55 LGP). Así, se han planteado otras técnicas alternativas a esta práctica legislativa del Ejecutivo para situaciones de urgencia, como el recurso a los anticipos de tesorería. En este sentido, se ha afirmado la posibilidad de acudir a este procedimiento desautoriza al Gobierno en la utilización del Decreto-ley para la aprobación de créditos extraordinarios y suplementarios⁵⁵.

Desde la perspectiva constitucional, nuestro sistema de fuentes prevé otras opciones de técnica legislativa para hacer frente a escenarios necesitados de suplemento de crédito vía legislativa. En una situación como la referida en la STC 126/2016, sobre la urgente necesidad de nuevas dotaciones presupuestarias, y de conformidad con la interpretación que del art. 134.5 CE se sostiene en la STC 3/2003, el Gobierno debería haber formalizado esta medida presentado un proyecto de ley ante las Cámaras para su tramitación y aprobación bien por el procedimiento legislativo ordinario, bien por alguna de los procedimientos especiales que permiten acelerar la tramitación y resulta de aplicación a la materia presupuestaria⁵⁶. Sólo de ese modo, se hubiera evitado la vulneración del artículo 86.1 CE en relación con el art. 134.5 CE. En concreto, y teniendo en cuenta la urgencia de nuevos créditos, la iniciativa legislativa gubernamental podría haberse tramitado y aprobado por el

⁵³ Consúltese Martínez Lago (1998: 263).

⁵⁴ Véase Santaolalla López (2005: 415).

⁵⁵ Andreu Mestre (2005: 218-219).

⁵⁶ Sobre el uso de los procedimientos legislativos abreviados como alternativa al uso desmedido del decreto-ley, me remito a mi trabajo: “Decreto-ley versus Ley parlamentaria: notas sobre el uso de la legislación de urgencia”. Véase, Gómez Lugo (2013: 115 y ss).

procedimiento de urgencia o el de lectura única; e incluso, mediante ambas modalidades procedimentales aplicadas de forma simultánea para facilitar una mayor celeridad⁵⁷. En este caso, queda descartado el procedimiento en el que la competencia legislativa plena es delegada a favor de una comisión parlamentaria, dado que, como ya se indicó, el artículo 75.3 CE incluye los presupuestos generales del Estado entre los límites materiales a dicha variante procedimental. Por tanto, puede comprobarse como nuestro ordenamiento cuenta con instrumentos jurídicos que permiten una actuación urgente del Legislador, y me refiero al legislador del artículo 66 CE, las Cortes Generales. Cualquiera de estas dos opciones procedimentales garantiza el ejercicio de las competencias que el Parlamento tiene asignadas en materia presupuestaria, y ello, en un plazo breve. Tanto la ley parlamentaria tramitada por alguno de estos procedimientos abreviados, como el decreto-ley permiten adoptar medidas normativas de forma inmediata por parte de los poderes públicos (el Parlamento en el primer caso, y el Gobierno en el segundo) para satisfacer determinadas necesidades sociales, económicas o políticas cuya resolución no puede esperar el transcurso de tiempo que requiere el normal desarrollo legislativo a través del *iter legis* común. Sin embargo, debe recordarse de nuevo que la vía del decreto-ley solo queda expedita si la acción normativa requerida no es posible en el tiempo previsto para cualquiera de los procedimientos legislativos parlamentarios, incluidos los abreviados a los que me estoy refiriendo.

Bibliografía

- ALONSO GIL, M. (2005), “La aprobación de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito a través de decreto-ley. A propósito de la tramitación simultánea del Real Decreto-ley 7/2004, de 27 de septiembre, y la Ley de Presupuestos para el año 2005”, *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación: comentarios y casos prácticos*, núm. 272, pp. 3-52.
- ANDREU MESTRE, A. (2005), *Las modificaciones presupuestarias. Un análisis en el ordenamiento financiero del Estado en el de las Comunidades Autónomas*, Lex Nova, Madrid.
- ARAGON REYES, M. (2016), *Uso y abuso del Decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (1985), “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 106, pp. 97-170.
- CALVO VERGEZ, J. (2004), “Problemática del principio de reserva de ley en materia presupuestaria: Algunas consideraciones sobre el alcance de la delegación legislativa y del Decreto-Ley”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 121, pp.33-72.
- CAZORLA PRIETO, L.M. (1983), “En torno al Decreto-ley en materia tributaria”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pp. 195-212.
- CAZORLA PRIETO, L.M. (2012), *Derecho Financiero y Tributario. Parte general*, 12ªed., Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid.

⁵⁷ El método de lectura única implica la supresión de la etapa procedimental que tiene lugar en Comisión, celebrándose todos los trámites que llevan a la emanación de la ley en sede plenaria, procediéndose a un examen y votación única del texto en discusión (arts. 150 RCD y 129 RS). Por otro lado, el procedimiento de urgencia constituye una técnica de agilización procedimental que actúa sobre los tiempos y plazos previstos para el *iter legis* común, que quedarán reducidos a la mitad en el caso del Congreso de los Diputados, y limitados a veinte días naturales en el Senado (arts.93 y 94 RCD y 133 a 135 RS). Sobre el régimen jurídico de estas dos modalidades procedimentales, consúltese Gómez Lugo (2008). En este mismo sentido, se ha manifestado también SANTAOLALLA LOPEZ, (2005: 414).

- ESCRIBANO, F. (1997), “La disciplina constitucional de la prórroga de Presupuestos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, pp. 103-123.
- FALCON Y TELLA, R. (1984), “El Decreto-ley en materia tributaria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, pp.183-213.
- FALCON Y TELLA, R. (1995), “El alcance de la prórroga de los Presupuestos y la imposibilidad de incidir en ella mediante Decreto-ley”, *Cuaderno de Información Económica*, núm. 104, pp. 25-34.
- GIMENEZ SANCHEZ, I.M. (2008), *Las competencias presupuestarias del Parlamento*, CEPC, Madrid.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2008), *Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- GOMEZ LUGO, Y.(2013), “Decreto-ley versus Ley parlamentaria: notas sobre el uso de la legislación de urgencia”, *Eunomía*, núm. 4, pp.102-117.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2015), “Sobre la discutible extraordinaria y urgente necesidad del Decreto-ley 5/2015 (sobre medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional)”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 48, pp. 51-82.
- MARTIN QUERALT, J.B. (1979), “La ordenación constitucional del Decreto-ley en materia tributaria”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 24, pp.553-564.
- MARTIN REBOLLO, L. (2015), “Uso y abuso del decreto-ley (Un análisis empírico)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, pp. 23-92.
- MARTINEZ LAGO, M.A. (1992), *Manual de Derecho Presupuestario*, Colex, Madrid.
- MARTINEZ LAGO, M.A. (1998), *Ley de Presupuestos y Constitución. Sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria*, Trotta, Valladolid.
- MARTINEZ LAGO, M.A., “Régimen jurídico de los créditos presupuestarios y sus modificaciones”, IUSTEL.
- OTTO, I. de (1991), *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (2º reimpresión) Ariel, Barcelona.
- PALOMAR OLMEDA y LOSADA GONZÁLEZ (1995), *El procedimiento administrativo y la gestión presupuestaria y su control*, Dykinson, Madrid.
- PEREZ ROYO, F. (1985), “Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-leyes en materia tributaria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, pp. 41-70.
- PEREZ ROYO, F. (2012), *Derecho Financiero y Tributario. Parte general*, 22ºed, Civitas Thomson Reuters, Madrid.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2006), “Decreto-ley, ley y tratado internacional. Comentario a la STC 155/2005, de 9 de junio”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, pp. 399.428.

La decisión del Comité Olímpico Internacional sobre la participación de los deportistas rusos en los juegos olímpicos

The decision of the International Olympic Committee on the participation of Russian athletes in the Olympic games

José Rodríguez García
Universidad San Pablo-CEU
joserodriguez@rycabogados.com

Recibido / received: 19/08/2016
Aceptado / accepted: 04/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3282>

Resumen

El artículo analiza la decisión del Comité Olímpico Internacional de prohibir la participación de los deportistas rusos por hechos relacionados con el dopaje, y las decisiones del Tribunal Arbitral del Deporte adoptadas tras esa decisión.

Palabras clave

Deporte, Comité Olímpico Internacional, Juegos Olímpicos, dopaje, sanciones.

Abstract

This paper analyzes the decision of the International Olympic Committee to prohibit the participation of Russian athletes for events related to doping, and decisions of the Court of Arbitration for Sport adopted after that decision.

Keywords

Sport, International Olympic Committee, Olympic Games, doping, sanctions.

SUMARIO. 1. Antecedentes. 2. La decisión adoptada por el Comité Ejecutivo del Comité Olímpico Internacional. 3. La naturaleza jurídica



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

Nº. 11, octubre 2016 - marzo 2017, pp. 115-125. DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3282>

del Comité Olímpico Internacional y el derecho aplicable. 4. La naturaleza jurídica de la decisión adoptada por el Comité Olímpico Internacional. 5. Las decisiones del Tribunal Arbitral del Deporte. 6. Una valoración crítica.

1. Antecedentes

Entre los días 7 y 23 de febrero de 2014 se celebraron en la ciudad rusa de Sochi los XXII Juegos Olímpicos de Invierno. Para velar por el cumplimiento de la normativa antidopaje durante la celebración de los Juegos, la Agencia Mundial Antidopaje desplazó un equipo de Observadores Independientes que supervisaron el trabajo en esa materia, y emitieron un informe confirmando que no detectaron anomalías destacables¹. Como veremos posteriormente, se ha demostrado que en esos Juegos Olímpicos hubo irregularidades que no fueron detectadas por este grupo de Observadores Independientes de la Agencia Mundial Antidopaje.

El 3 de diciembre de 2014, la cadena de televisión alemana ARD difundió un reportaje revelando la existencia de un sofisticado sistema de ayuda al dopaje dentro de la Federación Rusa de Atletismo, en el que aparecían implicados atletas rusos, entrenadores, federaciones nacionales e internacionales, la Agencia Antidopaje rusa y el laboratorio antidopaje de Moscú.

Como consecuencia de ese reportaje, la Agencia Mundial Antidopaje creó una comisión encargada de investigar esa información, y el día 9 de diciembre de 2015 dio a conocer su informe² que confirmó las prácticas de dopaje en Rusia.

Al confirmarse las prácticas de dopaje, la Federación Internacional de Atletismo (IAAF) decidió, el día 13 de noviembre de 2015, suspender provisionalmente a la Federación Rusa de Atletismo³, y el día 26 de noviembre de 2015 esa suspensión pasó a ser definitiva y la duración de la misma sería hasta que la IAAF comprobara que la lucha antidopaje era efectiva en el atletismo ruso, siendo aceptada la suspensión por la Federación Rusa⁴.

Posteriormente, durante el mes de mayo de 2016, diversos medios de comunicación de Estados Unidos difundieron información revelada por el que fue Director del Laboratorio Antidopaje de Moscú, Dr. Grigory Rodchenkov, sobre el posible dopaje llevado a cabo en Rusia durante los Juegos Olímpicos de Invierno celebrados en Sochi (Rusia).

¹ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA-IO-Report-Olympics-Sochi-2014-EN.pdf> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2016).

² Disponible en la siguiente dirección electrónica: https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_independent_commission_report_1_en.pdf (fecha de consulta: 15 de agosto de 2016).

³ La nota de prensa de la IAAF está disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.iaaf.org/news/press-release/iaaf-araf-suspended> (fecha de consulta: 16 de agosto de 2016).

⁴ La nota de prensa de la IAAF está disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.iaaf.org/news/press-release/araf-accepts-full-suspension> (fecha de consulta: 16 de agosto de 2016).

La Agencia Mundial Antidopaje llevó a cabo una investigación realizada por el Profesor de Derecho, Richard H. McLaren, que fue hecho público el día 16 de julio de 2016⁵, en el que se revelaba el dopaje de Estado desarrollado en Rusia, bajo el amparo y la protección del Ministro de Deportes y con la participación del laboratorio antidopaje de Moscú, y que afectaba a un número elevado de deportistas rusos de distintas modalidades deportivas, no solo al atletismo. Este sistema también fue ejecutado durante los Juegos Olímpicos de Sochi.

A partir de las conclusiones de ese informe y ante la inminencia del inicio de los Juegos Olímpicos de Verano, que se celebraron a partir del día 5 de agosto de 2016 en Río, diversas entidades exigieron que el Comité Olímpico Internacional excluyera al deporte ruso y a sus deportistas de los Juegos Olímpicos⁶.

2. La decisión adoptada por el Comité Ejecutivo del Comité Olímpico Internacional.

El día 24 de julio de 2016, se reunió la Comisión Ejecutiva del Comité Olímpico Internacional para adoptar las decisiones pertinentes sobre la participación de los deportistas rusos en los Juegos Olímpicos de Río 2016.

La Comisión Ejecutiva⁷, sobre la base del informe elaborado por el Profesor McLaren, consideró que todos los deportistas rusos que en aquel momento deseaban participar en los Juegos Olímpicos de Río 2016 debían ser considerados como beneficiarios del sistema ruso dirigido a manipular los procedimientos antidopaje. Esto significó que los deportistas rusos de cada uno de los 28 deportes olímpicos de verano debieron asumir las consecuencias de lo que equivalía a una responsabilidad colectiva, porque asumir esa responsabilidad se consideró la vía adecuada para salvaguardar la credibilidad de las competiciones deportivas. Para que los deportistas asumieran esa responsabilidad colectiva, la presunción de inocencia no se aplicó en este caso y la consecuencia fue la exclusión de los deportistas rusos en los Juegos Olímpicos.

Ahora bien, la Comisión Ejecutiva también consideró que en virtud de los principios de justicia natural, era de aplicación el derecho a la justicia individual, por lo que cada deportista ruso pudo tener la posibilidad de refutar la aplicabilidad de esa responsabilidad colectiva a su caso personal.

La decisión de la Comisión Ejecutiva del Comité Olímpico Internacional fue la de no inscribir a ningún deportista ruso que no reuniera ciertas condiciones, que eran (i) que cada Federación Internacional comprobara cada dossier individual de cada deportista ruso para comprobar que los controles antidopaje a los que ese deportista había sido sometido podían considerarse fiables y apropiados a nivel internacional, y (ii) que la Federación Internacional comprobara que el nombre de ese deportista no era mencionado en el informe elaborado por el Profesor McLaren como beneficiario del sistema ruso ideado para incumplir las normas antidopaje.

⁵ Disponible en la siguiente dirección electrónica: https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/20160718_ip_report_newfinal.pdf (fecha de consulta: 15 de agosto de 2016).

⁶ La Agencia Mundial Antidopaje lo exigió el día 18 de julio de 2016 según la nota de prensa disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2016-07/wada-statement-independent-investigation-confirms-russian-state-manipulation-of> (fecha de consulta: 16 de agosto de 2016).

⁷ La decisión está disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.olympic.org/news/decision-of-the-ioc-executive-board-concerning-the-participation-of-russian-athletes-in-the-olympic-games-rio-2016> (fecha de consulta: 16 de agosto de 2016).

Igualmente se rechazó la inscripción de los deportistas rusos que habían sido sancionados anteriormente por actos de dopaje, aunque la sanción hubiera sido íntegramente cumplida.

Las inscripciones de los deportistas que cumplieran las condiciones impuestas por el Comité Olímpico Internacional no fueron definitivas hasta que un árbitro del Tribunal Arbitral del Deporte confirmó esa inscripción, y cada deportista ruso inscrito en los Juegos debió cumplir escrupulosamente con el programa de controles antidopaje fuera de competición suplementario acordado con cada Federación Internacional y la Agencia Mundial Antidopaje.

3. La naturaleza jurídica del Comité Olímpico Internacional y el derecho aplicable.

Los Estatutos del Comité Olímpico Internacional están incluidos dentro de la Carta Olímpica⁸. Según el artículo 15 de la Carta Olímpica, el Comité Olímpico Internacional es una organización internacional no gubernamental, sin fines lucrativos, de duración ilimitada, constituida como una asociación dotada de personalidad jurídica, con sede en la ciudad suiza de Lausana.

Según Zen-Ruffinen (2002: 150), “el CIO es una asociación de derecho suizo, regida en particular por los artículos 60 y siguientes del Código Civil”. Estos artículos regulan el derecho de asociación en Suiza, siendo este el derecho aplicable al Comité Olímpico Internacional.

Oswald (2010: 33) considera que el derecho de asociación suizo establece diversas normas imperativas que deben respetar todas las asociaciones, entre las que se incluyen los denominados “derechos de protección”, que según Zen-Ruffinen (2002: 101) son aquellos que “refuerzan la posición de los asociados frente a la asociación; protegen específicamente los derechos de los societarios contra las intromisiones en que la asociación podría incurrir violando la ley o su propia reglamentación”.

Por su parte, Baddeley (1994: 108) considera que las asociaciones suizas, en la aplicación de sus normas, deben respetar “ciertos principios generales del derecho, principalmente el principio de igualdad de trato de los miembros, las exigencias que derivan del derecho a ser escuchado de los miembros afectados por una decisión social, el ejercicio de los derechos de asociación –fundamentalmente en su poder sancionador- conforme al objeto social y dentro de los límites que resultan del mismo, el principio de legalidad, así como el principio de proporcionalidad de las medidas, especialmente en el ámbito sancionador”.

Cuando las asociaciones reguladas por el derecho suizo ejercen sus potestades sancionadoras, el Tribunal Arbitral del Deporte, en su laudo de 26 de septiembre de 2007 en el asunto TAS 2007/O/1381 Alejandro Valverde & RFEC contra Unión Ciclista Internacional⁹, afirmó que “los derechos de protección se aplican a las sanciones disciplinarias tomadas por una asociación deportiva suiza comprendiendo los derechos y principios siguientes: el principio de legalidad (conformidad con la reglamentación asociativa); el respeto del orden público y la moral; la interdicción de lo arbitrario; los derechos de la personalidad; el principio de igualdad de trato; el

⁸ Disponible en la siguiente dirección electrónica: https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf#_ga=1.63184173.367764887.1450451526 (fecha de consulta: 16 de agosto de 2016).

⁹ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1381.pdf>. (fecha de consulta: 16 de agosto de 2016).

principio de proporcionalidad de las medidas; el derecho a ser escuchado: el principio *nulla poena sine culpa*".

El Laudo llegó a esta conclusión considerando que el amplio consenso existente entre la doctrina permite afirmar que los derechos de protección mencionados en el laudo se aplican a las sanciones disciplinarias adoptada por las asociaciones deportivas suizas (Beddeley, 1994: 107-112, Rigozzi, Kaufmann-Kohler y Malinverni, 2003: 56-58 y Zen-Ruffinen, 2002: 458-466 y 488-489).

Esto es especialmente significativo porque, como vamos a analizar a continuación, la decisión del Comité Olímpico Internacional deberá considerarse como una decisión sancionadora.

4. La naturaleza jurídica de la decisión adoptada por el Comité Olímpico Internacional.

La decisión adoptada por el Comité Olímpico Internacional pretendió impedir la participación de los deportistas rusos en los Juegos Olímpicos de Rio 2016, partiendo de la base de que todos los deportistas rusos se habían beneficiado del sistema fraudulento promovido por el Estado ruso para incumplir las normas antidopaje impuestas por las organizaciones internacionales.

Como afirmó el Tribunal Arbitral del Deporte en el mencionado laudo de 26 de septiembre de 2007, "Las reglas que definen y regulan las condiciones de participación en una competición pueden ser divididas en dos categorías", para mencionar a continuación que estas dos categorías son las reglas de calificación y las reglas que sancionan a un deportista por un comportamiento previo del propio deportista.

Las reglas de calificación consisten en aquellas condiciones materiales que deben cumplir los deportistas y los procedimientos que deben seguir para poder participar en esa competición¹⁰. Estas reglas sirven para facilitar la organización de la prueba y verificar que el deportista tiene las capacidades y cualidades requeridas para participar en ese tipo concreto de competición. A modo de ejemplo, entre las reglas de calificación se deben incluir la obligación de estar en posesión de una licencia federativa¹¹ o firmar un formulario de inscripción¹², haber obtenido un certificado médico que acredite el adecuado estado de salud del deportista, la nacionalidad del deportista¹³, el sexo o la edad para participar en la categoría adecuada para ese deportista, o la obtención de ciertos resultados deportivos que permitan su calificación para esa competición¹⁴.

¹⁰ La Regla 44 de la Carta Olímpica establece el procedimiento de inscripción para los Juegos Olímpicos.

¹¹ Para participar en los Juegos Olímpicos es necesario que los deportistas ostenten una licencia federativa emitida por una Federación Nacional reconocida por el Comité Olímpico Nacional, y ser reconocida como federación por la Federación Internacional reconocida por el Comité Olímpico Internacional, según se deriva de la Regla 29 de la Carta Olímpica.

¹² La Regla 44 de la Carta Olímpica, según se establece en el apartado 6 de su Texto de Aplicación, establece la obligación para todos aquellos que quieran participar en los Juegos Olímpicos de firmar un formulario de inscripción comprometiéndose a respetar la Carta Olímpica y el Código Mundial Antidopaje, y a someter sus litigios al arbitraje del Tribunal Arbitral del Deporte.

¹³ La Regla 41 de la Carta Olímpica establece los criterios de nacionalidad que deben cumplir los deportistas que desean participar en los Juegos Olímpicos, entre ellos que el deportista que ostente dos o más nacionalidades deberá participar representando al país que haya representado en los tres últimos años.

¹⁴ La Regla 44.5 de la Carta Olímpica establece que únicamente serán inscritos en los Juegos Olímpicos aquellos deportistas convenientemente preparados para competiciones internacionales de

La reglas de calificación tienen en común que no tienen como objetivo sancionar un comportamiento indeseable del deportista, sino que definen ciertos atributos que son exigidos a los deportistas y ciertas formalidades obligatorias a cumplir para obtener el derecho a participar en esa concreta competición.

Las reglas sancionadoras lo que pretenden es excluir de las competiciones a los deportistas que incurran, en un momento anterior a la celebración de esa competición, en una conducta prohibida por la normativa. En este caso, el derecho a participar en una competición se condicionará a que el deportista no haya incurrido previamente en ese comportamiento prohibido porque la sanción, que será la consecuencia de ese comportamiento prohibido, será un motivo de exclusión.

Estas medidas de exclusión derivadas de un comportamiento prohibido, es decir, de una violación de la normativa que impone unas reglas de comportamiento, serán consideradas como sanciones disciplinarias. Como afirma Zen-Ruffinen (2002: 460), las reglas sancionadoras que regulan las diversas actividades profesionales y deportivas “tienen todas en común de estar regidas por un conjunto de reglas de comportamiento (disciplina) en el que la violación entraña una sanción (disciplinaria)”.

Analizando la decisión del Comité Olímpico Internacional, vemos que la misma no contiene reglas de calificación, puesto que no define las condiciones que los deportistas deben cumplir para participar en los Juegos Olímpicos, sino que esta decisión lo que pretende es excluir a los deportistas rusos por un comportamiento anterior que les pone en relación con posibles infracciones de las normas antidopaje.

La propia decisión emplea un lenguaje relacionado con el ámbito sancionador, al referirse a “responsabilidad colectiva” o a “presunción de inocencia”, por lo que se debe concluir que la medida adoptada por el Comité Olímpico Internacional debe ser considerada una regla sancionadora que afecta a todos los deportistas rusos.

A este respecto hay que mencionar que el Tribunal Arbitral del Deporte, en diversos laudos, entre ellos el famoso laudo del caso CAS 2011/O/2422 USOC v. IOC¹⁵, de 4 de octubre de 2011, afirmó que el efecto de excluir a un deportista de los Juegos Olímpicos por haber sido sancionado anteriormente por un acto prohibido de dopaje supone la imposición de una sanción.

La posición del Tribunal Arbitral del Deporte en el caso de los deportistas rusos excluidos de los Juegos Olímpicos por figurar su nombre en el informe del Profesor McLaren fue diferente, y en el laudo CAS OG 16/12¹⁶ consideró que no se trataba de una materia sancionadora por actos de dopaje, sino de una regla de calificación (elegibilidad) únicamente para los Juegos Olímpicos de Río 2016.

En el caso de los deportistas rusos excluidos de los Juegos Olímpicos de Río 2016 por haber sido sancionados anteriormente por actos de dopaje, el Tribunal Arbitral

alto nivel. A estos efectos en determinados deportes se prevén competiciones preolímpicas de cuyos resultados deportivos dependerá la calificación para los Juegos Olímpicos, o “marcas mínimas” que el deportista deberá obtener para considerarse calificado para ser inscrito en los Juegos, o los famosos “trials” estadounidenses que son aquellas competiciones organizadas con el único fin de que sus vencedores representen a Estados Unidos en los Juegos Olímpicos.

¹⁵ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2422.pdf> (fecha de consulta: 16 de agosto de 2016).

¹⁶ Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_16-12_FINAL_.pdf (fecha de la consulta: 19 de agosto de 2016).

del Deporte consideró que efectivamente esa medida era sancionadora, y siguió la línea del Tribunal Arbitral del Deporte en el mencionado laudo CAS 2011/O/2422.

5. Las decisiones del Tribunal Arbitral del Deporte.

Tras la decisión del Comité Olímpico Internacional, las Federaciones Internacionales elaboraron el listado de deportistas rusos admitidos y excluidos de los Juegos Olímpicos. La reacción de los deportistas excluidos no se hizo esperar, e inmediatamente solicitaron al Tribunal Arbitral del Deporte la revisión de la decisión en su caso particular¹⁷.

Esos casos podrían dividirse en dos grandes grupos, uno que fueron los excluidos porque su nombre figuraba en el informe elaborado por el Profesor McLaren como directamente beneficiados por el sistema puesto en marcha para incumplir las normas antidopaje¹⁸, y otro, fueron los excluidos por el único motivo de haber sido sancionados anteriormente por dopaje y que ya habían cumplido su sanción¹⁹.

Hubo un tercer grupo compuesto por 17 remeros, que presentaron contra la decisión de la Federación Internacional de Remo de excluir a todos los deportistas rusos que en un período de 18 meses desde el día 1 de enero de 2015 no se hubieran sometido al menos a tres controles de dopaje analizados en laboratorios distintos del de Moscú, resuelto por el laudo CAS OG 16/11. El Tribunal Arbitral consideró que esta decisión respetaba la decisión del Comité Olímpico Internacional y era adecuada, por lo que el recurso de estos deportistas fue desestimado.

En los casos de los deportistas rusos excluidos de los Juegos Olímpicos por figurar su nombre en el informe del Profesor McLaren como directamente beneficiados por el sistema ruso ideado para incumplir las normas antidopaje, tras haber sido detectada una sustancia prohibida en sus muestras biológicas, el Tribunal Arbitral consideró que ese informe del Profesor McLaren era una prueba válida y suficiente para considerar que ese deportista estaba implicado en el sistema ruso, por lo que los recursos de los deportistas fueron desestimados y no pudieron participar en los Juegos Olímpicos.

Como hemos comentado anteriormente, en el caso de los deportistas rusos excluidos de los Juegos Olímpicos de Río 2016 por haber sido sancionados anteriormente por actos de dopaje, el Tribunal Arbitral del Deporte consideró que efectivamente esa medida era sancionadora y revocó la decisión que excluía su participación.

6. Una valoración crítica

Este análisis se va a realizar estrictamente en términos jurídicos y al margen de criterios éticos o morales. Hay que entender la presión que se estaba ejerciendo sobre el Comité Olímpico Internacional, si bien lo que se debe esperar de estas organizaciones internacionales es el pleno respeto del derecho imperativo que les resulta de aplicación y de los derechos de los deportistas y, como vamos a ver, en este caso algunos de estos derechos han sido desconocidos.

¹⁷ Todos los laudos sobre los recursos de los deportistas rusos están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tas-cas.org/en/jurisprudence/recent-decisions.html> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2016).

¹⁸ Laudos CAS OG 16/12, 16/19, 16/21 y 16/24.

¹⁹ Laudos CAS OG 16/04 y 16/13.

Posteriormente y en relación con alguno de los criterios aprobados por el Comité Olímpico Internacional, el Tribunal Arbitral del Deporte dictaminó en contra de la interpretación sobre los criterios de selección que parecía sólidamente establecida por dicho tribunal arbitral, en casos similares.

Ya hemos visto que uno de los derechos de protección de los deportistas es el derecho a ser escuchado y su vulneración debería conllevar la nulidad de la decisión adoptada sin escuchar a esos deportistas. A este respecto, el Tribunal Arbitral del Deporte, en el laudo del caso 005 de 1 de agosto de 1996, adoptado por la Cámara ad hoc para los Juegos Olímpicos de Atlanta, ya afirmó que cualquier deportista que pueda ser excluido de los Juegos Olímpicos debe ser notificado previamente del caso dirigido contra el y debe tener la oportunidad de defenderse en conformidad con los principios básicos de justicia natural (Reeb, 1998: 397-402). Esto mismo fue afirmado en el laudo 001, de 5 de febrero de 2002, dictado por la Cámara ad hoc para los Juegos Olímpicos de Salt Lake City (Reeb, 2004: 573-580).

Pues bien, en el caso de los deportistas rusos no puede negarse que la decisión del Comité Olímpico Internacional y las distintas Federaciones Internacionales se adoptaron sin haber escuchado previamente a estos deportistas excluidos de los Juegos Olímpicos de Rio 2016. Esto debería haber conllevado la estimación de los recursos presentados por los deportistas, porque el derecho a ser escuchado no fue respetado por estas organizaciones deportivas.

Cuando el Comité Olímpico Internacional adoptó su decisión, que afectaba inicialmente a todos los deportistas rusos, aplicando el principio de “responsabilidad colectiva” e inaplicando el principio *nulla poena sine culpa*, igualmente estaba vulnerando los derechos de protección de los deportistas. En este caso se estaba considerando culpables a todos los deportistas rusos, sin que quedara acreditada su participación en el sistema creado para incumplir con la normativa antidopaje.

Si analizamos cada uno de los criterios adoptados por el Comité Olímpico Internacional, y seguido por las federaciones internacionales, vemos como no se ha respetado la interpretación establecida por el Tribunal Arbitral del Deporte en casos similares.

Si el Tribunal Arbitral del Deporte considera que los dos primeros criterios aprobados por el Comité Olímpico Internacional, es decir, (i) que cada Federación Internacional comprobara cada dossier individual de cada deportista ruso para comprobar que los controles antidopaje a los que ese deportista había sido sometido podían considerarse fiables y apropiados a nivel internacional, y (ii) que la Federación Internacional comprobara que el nombre de ese deportista no era mencionado en el informe elaborado por el Profesor McLaren como beneficiario del sistema ruso ideado para incumplir las normas antidopaje, son criterios de selección²⁰, debería haber seguido la interpretación dada en casos anteriores.

Sobre los criterios de selección, el Tribunal Arbitral del Deporte, en el laudo CAS 2000/A/278²¹ había mantenido que los criterios de selección deben ser anunciados anticipadamente por la federación y deben ser conocidos previamente por los

²⁰ Si bien sobre el primero de los dos criterios podrían surgir dudas sobre su naturaleza, por lo que podría aceptarse que efectivamente es un criterio de selección, sobre el segundo de los criterios mantengo que es una decisión sancionadora, porque su objetivo es castigar un comportamiento infractor previo del deportista.

²¹ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/278.pdf> (fecha de consulta: 4 de septiembre de 2016).

deportistas para tener la oportunidad de cumplirlos. En el laudo CAS 2000/A/282 (Reeb, 2002: 542), el Tribunal Arbitral del Deporte consideró que los criterios de selección no pueden modificarse retroactivamente, y en el laudo 06/008 de la Cámara ad hoc del Tribunal Arbitral del Deporte para los Juegos Olímpicos de Turín²², se afirmó nuevamente que los criterios de selección deben ser conocidos previamente por los deportistas y no pueden ser modificados de manera sorpresiva y sin tiempo suficiente para que los deportistas puedan cumplir con esos criterios.

En este caso, la decisión del Comité Olímpico Internacional llevó a las federaciones a modificar sus criterios de selección de manera sorpresiva y sin que los deportistas tuvieran la oportunidad de cumplir con esos criterios para ser seleccionados. Como vimos anteriormente en el caso de los 17 remeros rusos (CAS OG 16/11), cuando la Federación Internacional de Remo acordó a finales de julio de 2016 excluir a todos los deportistas rusos que en un período de 18 meses, desde el día 1 de enero de 2015, no se hubieran sometido al menos a tres controles de dopaje analizados en laboratorios distintos del de Moscú, se estaban fijando unos criterios de selección de manera retroactiva, sin haber sido anunciados previamente por esa federación y sin que los deportistas los conocieran anticipadamente para poder cumplir con los mismos.

En esas condiciones estos remeros rusos no tuvieron la oportunidad de cumplir con los requisitos impuestos retroactivamente, lo que va en contra de la doctrina reiterada por el Tribunal Arbitral del Deporte.

En relación con los deportistas rusos excluidos porque su nombre era mencionado en el informe elaborado por el Profesor McLaren como deportistas que se habían beneficiado del sistema ruso, se trataba de deportistas a los que supuestamente el laboratorio antidopaje de Moscú había detectado una sustancia prohibida, y el Ministro de Deportes había decidido manipular los datos para que no fueran acusados de dopaje.

Esto implica que estos deportistas, en el fondo, estaban siendo acusados de incumplir las normas antidopaje por haber sido detectada una sustancia en su organismo. En el anteriormente mencionado laudo TAS 2007/O/1381, el Tribunal Arbitral del Deporte afirmó que una disposición reglamentaria que permitiera excluir de antemano y definitivamente a un deportista de una competición por un simple sospecha de dopaje, sin que este deportista haya sido previamente escuchado, viola el principio *nulla poena sine culpa*, el principio de igualdad de trato, el derecho a ser escuchado y la medida de exclusión de la competición es desproporcionada.

La aplicación de esta doctrina a los deportistas rusos excluidos de los Juegos Olímpicos de Río 2016 permitiría afirmar que se han violado todos los derechos mencionados en el párrafo anterior. Estos deportistas deberían haber sido acusados formalmente de dopaje y se debería haber instruido en procedimiento disciplinario contra ellos, como se regula en el artículo 8 del Código Mundial Antidopaje. Únicamente los deportistas sancionados tras ese procedimiento disciplinario deberían haber sido excluidos de los Juegos Olímpicos.

Por otro lado hay que mencionar los problemas que se pueden plantear con estos deportistas rusos excluidos porque su nombre figuraba en el informe elaborado por el Profesor McLaren, y que el Tribunal Arbitral ha considerado que ese informe

²² Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS_CAS_ARCHIVIO/199.pdf (fecha de consulta: 4 de septiembre de 2016).

acreditaba satisfactoriamente su participación en el sistema ruso ideado para incumplir las normas antidopaje. Si la decisión de excluir a estos deportistas se considerara como una decisión sancionadora, y esa posibilidad existe atendiendo a los mencionados laudos del Tribunal Arbitral del Deporte, podría llegar a imponerse una doble sanción por los mismos hechos cuando estos deportistas sean sujetos pasivos del procedimiento disciplinario que previsiblemente se incoe contra ellos sobre la base de la información del informe del Profesor McLaren.

Finalmente, la exclusión de aquellos deportistas sancionados anteriormente por actos de dopaje y que habían cumplido su sanción implicaba la imposición de una doble sanción por los mismos hechos, por lo que cualquier decisión sancionadora en ese sentido era nula. Esto había sido reiterado por el Tribunal Arbitral del Deporte en los laudos mencionados de 5 de febrero de 2002, de 4 de octubre de 2011, así como en el de 30 de abril de 2012²³.

Esto no era desconocido por el Comité Olímpico Internacional cuando adoptó su decisión de excluir a estos deportistas, por lo que no debió adoptar una decisión conociendo que vulneraba los derechos de los deportistas. Ahora bien, lo que resulta incomprensible es que tras la primera decisión de la Cámara ad hoc del Tribunal Arbitral del Deporte para los Juegos Olímpicos de Río 2016, el día 4 de agosto de 2016 (CAS OG 16/13), declarando que esa decisión carecía de efectos vinculantes frente a los deportistas que habían recurrido contra la misma, el Comité Olímpico Internacional no anulara esa decisión frente a los demás deportistas excluidos por esa misma causa.

Como puede apreciarse, tanto la decisión del Comité Olímpico Internacional como las decisiones tomadas por las federaciones internacionales que adoptaron esa decisión en su normativa, como los laudos del Tribunal Arbitral del Deporte que resolvieron los recursos de los deportistas rusos, pueden ser criticados por los motivos expuestos en este trabajo. Es comprensible e incluso loable que las organizaciones deportivas pretendieran proteger la participación de los deportistas limpios en los Juegos Olímpicos, pero también deberían haber garantizado que esa protección se realizara protegiendo los derechos de los deportistas rusos, porque es muy previsible que entre los deportistas rusos excluidos de los Juegos Olímpicos haya deportistas inocentes, que no deberían haber sido perjudicados ni por los deportistas dopados, ni por las decisiones de las organizaciones deportivas.

Bibliografía

- BADDELEY, M. (1994), *L'Association Sportive face au Droit. Les limites de son autonomie*, Helbing & Lichtenhalm, Ginebra.
- OSWALD, D. (2010), *Associations, Fondations, et autres formes de personnes morales au service du sport*, CIES, Berna.
- REEB, M. (1998), *Recueil des sentences du TAS/Digest of CAS Awards 1986-1998*, Staempfli, Berna.
- REEB, M. (2002), *Recueil des sentences du TAS/Digest of CAS Awards 1998-2000*, Staempfli, Berna.
- REEB, M. (2004), *Recueil des sentences du TAS/Digest of CAS Awards 2001-2003*, Staempfli, Berna.
- RIGOZZI, A. KAUFMANN-KOHLER, G y MALINVERNI, G. (2003), "Doping and

²³ Laudo CAS 2011/A/2658 British Olympic Association (BOA) v. World Anti-Doping Agency (WADA). Disponible en la siguiente dirección: <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/cas-2011-a-2658-boa.pdf> (fecha de la consulta: 19 de agosto de 2016).

Fundamental Rights of Athletes: Comments in the Wake of the Adoption of the World Anti-Doping Code”, *International Sports Law Review* 2003, Issue 3.
ZEN-RUFFINEN, P. (2002), *Droit du Sport*, Schulthess, Zurich.

La disputada gloria de Ronald Dworkin. Reflexiones a propósito de un homenaje póstumo*

Ronald Dworkin's Glory at Stake. Reflections on a Posthumous Tribute

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha
alfonsoj.gfigueroa@uclm.es

Recibido / received: 13/09/2016
Aceptado / accepted: 18/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3283>

Resumen

Este trabajo explora las causas y razones del éxito e influencia de la teoría de Ronald Dworkin en la cultura jurídica en lengua española mediante el examen del conjunto de obras que, editadas por el Centro de Estudios Constitucionales, fueron publicadas con el título *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho* con ocasión del fallecimiento reciente de Dworkin.

Palabras clave

Dworkin, filosofía del Derecho, interpretación constitucional.

Abstract

*This paper explores the causes and reasons of the success and preeminence of Ronald Dworkin's theory in the Spanish speaking legal culture by examining the set of works which have been edited by the Centro de Estudios Constitucionales after the title *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho* on the occasion of the recent Dworkin's death.*

Keywords

Dworkin, Legal philosophy, constitutional interpretation.

SUMARIO. 1. Noticia obitua y editorial a mayor gloria de un justilósofo controvertido. 2. Una gloria sin paz. 3. ¿A qué se debe el éxito de Dworkin? 4. ¿Cómo aproximarse al legado de Dworkin? 5. Dworkin, ¿Un insospechado icono constitucional para gays y lesbianas? 6. La persuasiva doctrina Julia Roberts. 7. La filosofía

* J.M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015. A cambio de no citar al detalle el título de cada una de las contribuciones a ese volumen, indicaré la referencia a sus páginas en el cuerpo de mi artículo. Mi trabajo es un desarrollo más amplio del publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, núm. 172, abril-junio 2016, pp. 257-265.



moral del jusnaturalismo dworkiniano. 8. Coherencia metaética. 9. Conclusión.

1. Noticia obitua y editorial a mayor gloria de un jusfilósofo controvertido

A continuación desearía formular algunas reflexiones al hilo de *El Legado de Dworkin a la filosofía del Derecho*, un libro compuesto por José María Sauca con las contribuciones a las Jornadas celebradas los días 29 y 30 de octubre de 2013 en el propio Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que lo edita. Su título es bien descriptivo de su contenido, pero su desenfadado subtítulo requiere de una inmediata aclaración al no iniciado, cuya perplejidad quizá se alivie al saber que “*Tomando en serio el imperio del erizo*” evoca tres obras centrales de la obra de Dworkin (p. 14): *Los derechos en serio* (Dworkin, 1984), *El imperio de la justicia* (Dworkin, 1992) y *Justicia para erizos* (Dworkin, 2014). Si la ocasión que dio lugar a aquellas jornadas, fue sensiblemente obitua —Dworkin había fallecido el 14 de febrero de aquel año—; la oportunidad del libro no admite discusión: Salvo sorpresas póstumas que no son del todo infrecuentes en nuestro pequeño mundo, el catálogo de obras de Dworkin se ha cerrado para siempre y casi ningún filósofo del Derecho puede ser insensible a esta circunstancia. Mientras los dworkinianos más fieles a buen seguro seguirán recreándose en sus balances para la posteridad, no podemos descartar que algún antidworkiniano fundamentalista celebre el punto final de la teoría. Sea como fuere y por más que se duelan sus críticos más feroces, nadie podrá ya negarle a Dworkin su lugar en la historia de la filosofía jurídica. Quiérase o no, la jusfilosofía de las postrimerías del siglo XX ha quedado marcada por este autor al que debemos, en definitiva, la aparición de una nueva especie de jurista: el *homo dworkiniensis*; como debemos a José María Sauca una oportuna taxonomía de sus variedades básicas, sobre las cuales a buen seguro teorizarán improvisados etnógrafos y antropólogos de la materia: *dworkinistas*, *dworkinianos*, *dworkinólogos*, *dworkinautas* y finalmente los *anti-Dworkin* (p. 15). Por lo que se refiere, en fin, a su *tempo* o su *timing*, el libro ha resultado ser de lo más *vivace*, en el sentido de que se anticipa incluso a los homenajes en preparación entre los anglófonos, tal y como se complace en subrayar el propio editor en sus palabras de presentación (p. 13).

Antes de entrar en más detalles, debo manifestar mi convicción de que la lectura de este volumen va a procurar a cualquier filósofo del Derecho una reflexión profunda y estimulante. Pero una vez aclarado esto y siquiera sea por no resultar demasiado complaciente, debo advertir de que la obsequiosa prontitud del homenaje admite al menos dos interpretaciones y de signo contrario. Por una parte, nuestro apresuramiento habla de la propia vitalidad de la jusfilosofía en lengua española, una jusfilosofía muy activa y atenta como pocas a lo que suceda fuera de su propia cultura jurídica. Por otra parte, estas prisas podrían interpretarse también como una manifestación más de servilismo hacia la filosofía jurídica dominante en lengua inglesa, lo cual resulta precisamente más de lamentar cuando reparamos en el brillo de una jusfilosofía hispanófona que no siempre ha gozado fuera de sus confines geolingüísticos de la atención que quizá mereciera. A veces se diría incluso que en el debate internacional tan sólo se repara en los jusfilósofos hispanófonos en la medida en que seamos solícitos traductores y fieles transmisores de las ideas de otros siguiendo una prelación que a menudo beneficia curiosamente al menos erudito y que guarda un parecido inquietante con una cadena trófica o un sistema de castas. Tradicionalmente, los anglófonos sólo han estudiado y citado a sus nativos, singularmente a los de *Oxbridge* y asimilados. Los germanófonos a esos anglófonos y a sí mismos; los italianos a anglófonos y germanófonos y a sí mismos; los hispanófonos —ya digo— se han consolado entre ellos mientras discuten sobre los anteriores; los lusófonos conocen y estudian bien a todos los previos y así se propaga esta prelación por ex-colonias y periferias. Caso aparte quizá sea el de los

francófonos que se diría han decidido refugiarse en su jardín a la espera de recobrar la *grandeur* en el café jusfilosófico internacional.

Dejo a la consideración del lector concluir si esto no sea sino una manifestación gremial de un fenómeno racista más amplio al que Boaventura de Sousa Santos se refiere como “fascismo social” (Sousa Santos, 2005: 353 ss). En cualquier caso, si bien soy consciente de que, por razones puramente conceptuales, ningún libro de esta naturaleza se escribe para ser leído por el homenajeado y que lamentablemente Dworkin jamás podrá leer ya *El legado de Dworkin*; lo que estas reflexiones apenas compartidas me hacen sospechar es que, con toda probabilidad, Dworkin jamás lo habría leído de seguir todavía vivo y ello no deja de resultarme desasosegante.

2. Una gloria sin paz

Ciertamente no es este tipo de generalizaciones (quizá de mala nota en un académico riguroso) lo que nos convoca aquí; pero esta interpretación suspicaz, por la que habla la cautela frente al *mainstream*, pero también quizá cierto resentimiento periférico, nos interesa aquí y ahora porque la teoría de Dworkin no sólo presenta tesis controvertidas. En franco contraste con el tratamiento que reciben otros jusfilósofos célebres, la mera toma en consideración de su obra —su toma *en serio*— ha sido fuertemente contestada por muchos con insistencia y dado que Dworkin es autor que ha acompañado a menudo las reflexiones de quienes nos dedicamos a la filosofía jurídica, resulta inevitable echar la vista atrás en la propia biografía en busca de alguna experiencia dworkiniana expresiva de esta fama vacilante. Por azares de la vida tuve la oportunidad de asistir el año 1998 a una clase de grado de Dworkin en un aula de la Bodleian Law Library de Oxford que se encuentra en Saint Cross y debo confesar que para mí fue un momento especial. Doce años atrás, hacia 1986, había leído en el primer curso de la Licenciatura *Los Derechos en serio* por indicación de un brillante profesor de filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona, Albert Calsamiglia¹. Aquella clase de grado de Dworkin me confirmó lo que muchos me habían anticipado: como docente resultaba seductor. Su lenguaje claro y directo en el aula contrastaba con su barroquismo por escrito y su constante remisión a las artes plásticas para establecer analogías con el Derecho me pareció reveladora de toda su filosofía. Por aquella época yo acababa de publicar en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales mi tesis doctoral bajo el título *Principios y positivismo jurídico* (A. García Figueroa, 1998) y en ella había sido muy crítico con la posición de Dworkin, siguiendo así la estela del pensamiento analítico hispano-italo-argentino dominante por entonces en nuestro país. De hecho, mientras escuchaba su *lecture* no pude evitar pensar algo así como “Dworkin es cautivador, pero creo que el profesor tal se levantaría ahora mismo para gritar con acento italiano: ‘Bullshit!’”.

En efecto, uno puede declararse juspositivista o no —esto resulta cada vez más secundario y aun enigmático— pero a nadie se le pasaría por la imaginación poner en duda el genio y el rigor de Kelsen, por ejemplo. Y sin embargo, esta constatación nunca ha regido en el caso de Dworkin. Ciertamente, en *El legado*, algunos trabajos del volumen confrontan a Dworkin con otros pensadores como Berlin —es el caso de Óscar Pérez de la Fuente, pp. 503 ss—; Waldron —en el trabajo de Ricardo Cueva, pp. 459 ss— o el propio Kelsen, a cuyo contraste Alberto del Real examina su coincidencia (*oppositorum*) en materia de completitud del Derecho (pp. 483 ss)—, pero es claro que la gloria de Dworkin, a diferencia de la Kelsen, no es unánime ni entimemática. No todo el mundo da por descontada la seriedad del

¹ Y de quien todos recordamos su ensayo introductorio precisamente a R. Dworkin (1977: 7-29).

imperio forjado por el erizo de Massachussets. La alternativa se vuelve entonces extrema: ¿Es Dworkin un *bluff* de *mainstream* para consumo de papanatas (vid. Haba, 2011) o un académico serio y valioso llamado a persistir en nuestra memoria por mucho tiempo? En el propio volumen que da pie a estas reflexiones conviven afirmaciones implícita o explícitamente laudatorias con otras abiertamente despectivas. Hacia estas segundas formas extremas de *dworkescepticismo* me permito manifestar una actitud de escepticismo con matices. Seguramente Dworkin tenga razón en muchas de sus tesis, pero al mismo tiempo su obra bien podría yacer polvorizada e ignorada en los anaqueles de una de nuestras bibliotecas universitarias, de haber nacido Dworkin digamos que en Navalcarnero. Pero veamos cómo se manifiesta el contraste sobre la consideración de nuestro autor entre algunos participantes en *El legado*.

Isabel Lifante afirma que es “imposible hablar de interpretación en el Derecho sin hacer mención de la obra de Dworkin” (p. 161) y en parecidos términos Marisa Iglesias escribe que “la concepción interpretativa del Derecho de Ronald Dworkin es una de las aportaciones más ricas y complejas a la teoría jurídica contemporánea” (p. 233). Y si Iglesias no oculta su admiración por “el talento y maestría de Dworkin” (p. 253); María José Añón destaca su “magistral agudeza” (p. 364) y Francisco Laporta se maravilla de “su capacidad inmensa y brillante para argumentar y ergotizar” (p. 37). Si la teoría del Derecho de Dworkin constituye un “referente indiscutible del antipositivismo del siglo XX”, como apunta Mariano Melero de la Torre (p. 281), su filosofía política liberal “ha supuesto un desafío intelectual para otras corrientes del mundo académico que creían no haber encontrado rivales de su talla”, nos dice Ricardo Cueva Fernández (p. 468). Y si Dworkin brilló en el mundo de las ideas, lo hizo también en la práctica –asegura Ángel Pelayo– como cualquier otro miembro del “grupo de los grandes intelectuales comprometidos social y políticamente que alumbrara la Ilustración” (p. 334). Nada menos. A nadie ha de sorprender el tono elegíaco y solemne para el que tan propicias resultan estas ocasiones; sin embargo, en el libro pronto se cierne amenazante la sombra de un arquetipo jusfilosófico: el *anti-Dworkin* estándar, si puedo llamarlo así. Atienza, quien elogia con contención la aportación de Dworkin a la teoría del Derecho, reconoce que “el estilo literario de Dworkin no es un prodigio de claridad y (...) que sus tesis teóricas podrían expresarse con mayor claridad (...)” (p. 75), pero a renglón seguido se desmarca de ese *anti-Dworkin* estándar en cuya boca pone la siguiente declaración de rancio *dworkescepticismo*:

Dworkin ha puesto de moda una manera de hacer filosofía del Derecho que se caracteriza por el uso de un lenguaje y la difusión de un pensamiento oscuros que, en lugar de ir más allá del positivismo jurídico de corte analítico (más allá de Hart), supone más bien una regresión a épocas pretéritas, a las oscuridades del iusnaturalismo pre-benthamita” (p.75).

Y precisamente esa sombra siniestra se hace carne (o papel) en ese mismo volumen cuando recorremos las páginas del artículo de Juan Antonio García Amado, quien nos anticipa en los primeros compases de su artículo un ataque que a continuación desplegará sin contemplaciones. Estas son sus palabras:

Considero que muchos de los razonamientos de Dworkin forman un catálogo de peticiones de principio y un alarde de quimeras verbales, amén de que casi nunca entiende o toma en serio las doctrinas que dice rebatir, sean las que sean, sino que las deforma a conciencia para ponerlas al nivel de los galimatías conceptuales que le son propios. No me corresponde a mí averiguar los secretos del éxito de un autor tan incongruente, escasamente erudito, no particularmente laborioso ni dado a la lectura de obras ajenas y cuyos escritos de teoría del Derecho son, en alta proporción, sencillamente incomprensibles (p. 128).

A lo largo de su contribución al *Legado* (pp. 127 ss), García Amado tratará de disuadirnos de tomar en serio *Los derechos en serio* y singularmente uno de sus principales argumentos: la distinción entre reglas y principios y su presunta virtualidad antipositivista. García Amado orilla explícitamente (p. 127) el resto de la obra de Dworkin, con lo que implícitamente viene a sugerir que *Taking Rights Seriously* es la parte más atendible de sus escritos. A mí me parece que, en efecto, el hecho de que Dworkin planteara su obra *Los derechos en serio* como un “ataque general al positivismo jurídico” que apuntaba al positivismo hartiano (vid. Hart, 1994) sirvió para que algo del espíritu analítico hartiano impregnara a Dworkin con el estilo argumentativo más claro de su adversario. Quizá por ello haya hecho bien García Amado en concentrarse en la *pars destruens* de la obra de Dworkin –la *construens* es fatalmente hermenéutica– y dentro de aquélla en el tratamiento dworkiniano del célebre caso Elmer (Cano, Zamora y Guzmán, 2007).

Leyendo a García Amado da a veces la sensación de que su irritación con Dworkin fue creciendo por momentos a medida que escribía. Si hacia la página 145 dice contenido que “el rigor analítico no es el punto fuerte de la obra de este autor [Dworkin]” y a la siguiente que “seguimos sumando incongruencias” (p. 146), luego ya comienza a quejarse de “que sus distinciones hacen aguas y tienen más agujeros que un colador” (*ibid.*). A continuación se toma un descanso quizá por atajar a quien se viera tentado de tildarlo de prejuicioso, y en él García Amado se duele de que la argumentación de Dworkin “no es nada fácil de entender (...) ni con buena voluntad” (p. 148) y de que, por más que lo intentemos, “seguimos sin enterarnos de cómo distinguir una regla de un principio” (*ibid.*). Su monumental cabreo –es necesario algo de *strong language* para transmitir adecuadamente el tono– le lleva a concluir su examen de Dworkin con ironía: “Impresionante. A cosas así fue a parar la teoría del Derecho del último cuarto de siglo XX. Y por ahí sigue” (p. 153). No sin cierta amargura positivista, García Amado concluye así su diagnóstico, entre sarcástico y despechado:

La teoría dworkiniana de la única respuesta correcta (y de los principios que la alimentan) es la teoría de que la única respuesta correcta existe porque los jueces creen que existe, aunque no puedan saber cuál es esa respuesta para cada caso y solo les quede pensar que cuanto más convencidos estén, más cerca andarán de ella. En la búsqueda de la verdad, también en el Derecho, lo importante es participar. No como los positivistas, que no creen en nada y no tienen ni principios (p. 157).

Por más que se encuentre en franca minoría, García Amado no es el único autor del panorama jusfilosófico que piensa de este modo, ni mucho menos; así que los fuertes desacuerdos sobre el gran teórico de los desacuerdos deberían llevarnos a la reflexión. ¿Cómo resolver entonces estas discrepancias interpretativas sobre el valor real de la teoría interpretativa de Dworkin? ¿Es Dworkin el erizo de una sola pero sólida arma o bien un zorro oportunista de múltiples ardidés que se entrega al sofisma? ¿Quizá nos encontramos ante un “zorrito”, como conjetura Pablo de Lora (p. 443, nota 15)? Llegados a este punto, no es fácil saber quién tendrá la razón y en realidad buena parte del cometido del libro consiste en darnos pistas para que cada cual resuelva el enigma por su cuenta. De lo que sí estoy seguro es de cómo no debe resolverse y es acudiendo a las estadísticas. En primera instancia, el editor (p. 14) parece ceder a la tentación de consultar de soslayo los índices de impacto, comparando los datos sobre citas que al respecto proporciona Shapiro. El partido quedaría así: Posner 7981 - Dworkin 4488. Creo que ninguna persona cultivada –y el profesor Sauca lo es distintivamente– debería ceder a la tentación de entregarse a estas disquisiciones estadísticas que entre nosotros ha puesto de moda con nauseabundo éxito una institución tan nefasta para el prestigio y el futuro de nuestra

Universidad como la ANECA. Una buena jusfilosofía bien puede ser y, en su caso, debe serlo –¡mire usted por dónde!– un “triumfo frente a la mayoría”².

3. ¿A qué se debe el éxito de Dworkin?

Naturalmente, en su contribución acerca del liberalismo y la identidad en Dworkin, José María Sauca refina sensiblemente esos criterios de valoración sobre Dworkin y nos ofrece un análisis breve pero certero de las causas y las razones del auge del imperio dworkiniano (pp. 311 s). Para Sauca las causas contextuales que *explican* el éxito de Dworkin obedecen a la hegemonía de la cultura estadounidense en tres planos distintos pero conexos: el jurídico, el político y el institucional. Ciertamente, la *jurisprudence* estadounidense, basada en el caso y de la cual Dworkin es paradigma, se ha erigido en algo así como la *cultura jurídica franca* de nuestro tiempo. Además –viene a añadir Sauca– políticamente se han impuesto los modelos de la reflexión *usamericana* justo cuando no conseguían levantar cabeza los de la socialdemocracia europea continental y –por si todo ello fuera poco– a la caída de los regímenes soviéticos y de las dictaduras militares le habían sobrevenido sistemas constitucionales y de control de constitucionalidad armónicos con buena parte de la reflexión constitucional estadounidense. Como bien dice Sauca, en aquel contexto jurídico anglófilo y *yankófilo*, Dworkin “tenía muchas papeletas” (p. 312).

En cuanto a las razones sustantivas del éxito del “liberalismo jurídico” (p. 313) de Dworkin (i.e. las *razones* que pretenden *justificarlo* por su validez y no sólo *explicar* su difusión *imperialista*), Sauca indica la reintroducción de la “perspectiva valorativa en el seno del Derecho”, “la concepción interpretativa o argumentativa del Derecho” o la “reactualización del objetivismo, constructivismo o simplemente cognitivismo moral” (p. 312). El análisis pormenorizado del papel de los derechos culturales en la teoría liberal e individualista de Dworkin conduce a Sauca a un diagnóstico de orden general: Lo que explica el éxito de la teoría de Dworkin, i.e. su fuerte arraigo contextual, es también la causa de sus deficiencias (p. 330).

En efecto, creo que merece una reflexión aparte el hecho de que haya gozado de tal aceptación entre nosotros un autor que une dos características que vuelve inexplicable ese éxito: imperialismo y particularismo. Es, en efecto, uno de esos “filósofos del *verbi gratia*” –en la feliz expresión de Margalit que recoge Sauca (p. 312)– y esto significa que tiende al particularismo teórico; es decir, reflexiona a partir del caso concreto y tiende a restringir a él el alcance de sus conclusiones. No por casualidad y consecuente con ello, Dworkin ha restringido más de una vez el alcance de su teoría a los confines de los Estados Unidos y también a Gran Bretaña, sin apenas prestar atención a lo que suceda fuera de su propia cultura jurídica. En tales circunstancias, es saludable que la recepción de su teoría sea cautelosa.

Por otra parte, el hecho de que el éxito de Dworkin entre nosotros se deba a la “reintroducción” de la interpretación, los valores o el objetivismo moral en la filosofía jurídica (p. 312) –lo que cabría denominar su “jusnaturalismo hermenéutico”– creo resulta hasta cierto punto cómico no bien lo pensemos con calma: resulta que la tradición anglófona se ha apropiado de la tradición analítica, dejando la hermenéutica para lo que ellos llaman “el continente” –y ya se sabe lo que sucede con el que parte y reparte–. Resulta que se trata de una apropiación más bien indebida si atendemos al buen criterio de algunos anglófonos con mala conciencia que nos recuerdan que la analítica es más bien una tradición *austro-*

² Dworkin (1984: 37) se refiere a los derechos como *triumfos* políticos oponibles a la mayoría en una de sus más célebres imágenes.

angloamericana (vid. M. Dummett, 1993: 1s). Y resulta, en fin, que cuando la tradición hermenéutica alza la voz con cierto éxito también lo hace desde la cultura jurídica anglófona (i.e. analítica), y entonces nos viene con Ronald Dworkin, quien para colmo no suele hacer mucha justicia a sus fuentes bibliográficas.

En efecto, como ha sugerido irónicamente Jesús Vega, en este aspecto Dworkin no recuerda a un erizo, sino más bien a “un zorro que se dedica a borrar con la cola las huellas de los autores a los que sigue, para que no quede el menor rastro” (p. 79, nota 5)–. De ahí la desazón que expresa Andrés Ollero por el desapego de Dworkin con la tradición jusnaturalista y su oportuna indicación de las citas de Gadamer en Dworkin (p. 119); de ahí la oportuna referencia a precedentes ignorados o arrollados al paso de Dworkin tales como *Grundsatz und Norm* de Josef Esser (García Amado, p. 128) o de Roscoe Pound y Fuller (Atienza, p. 79); de ahí la procedencia del paralelismo que nos propone, en fin, García Bermejo con la teoría de Stammler (pp. 182 ss). Se trata de llamadas de atención que nos exigen prudencia ante los descubrimientos recurrentes del Mediterráneo desde tierras más frías y deberían llevarnos, en fin, a contenernos en la exhibición de nuestras pasiones, que algún tercero quizá pudiera interpretar como aspavientos jusfilosóficos de *cheerleader*.

Me parece que junto al de Sauca, hay al menos otros tres trabajos que sugieren la necesidad de cierta contención a la hora no ya de jalearse a Dworkin, sino sobre todo –y esto es lo más importante– de adoptar sus recetas. Se trata de los trabajos de María José Añón, Isabel Turégano y Ángel Pelayo. Añón desarrolla un minucioso trabajo de ordenación de los argumentos a favor de la *affirmative action* en la jurisprudencia estadounidense y en Dworkin en relación con el acceso a la Universidad de la minoría negra. La naturaleza estructural de la discriminación (pp. 382; 385) y la asunción del valor de la diversidad (p. 384) son argumentos esenciales del debate, a cuyo detallado análisis antecede la advertencia insistente y reiterada por Añón de que “(l)a toma de posición del autor sobre la acción afirmativa no puede desligarse del contexto social, jurídico y político en el que escribe, ni tampoco del momento concreto...” (p. 363).

Con todo, quizá resulte más incisivo en este aspecto el trabajo de Isabel Turégano que se ocupa de la filosofía del Derecho internacional de Dworkin, algo que, significativamente, “no fue una preocupación central” en su teoría (p. 413). Turégano lamenta que “el potencial radical” de la idea dworkiniana de dignidad (p. 428) y el cacareado igualitarismo dworkiniano que algunos autores han querido explotar para el desarrollo de una justicia distributiva global no consigue ir más allá de las fronteras de los Estados. La conclusión de Turégano, no exenta de cierta frustración, es que “no es posible la extensión global del modelo de igualdad de Dworkin” (p. 432) porque el modelo dworkiniano está comprometido con una “comunidad de principio” que conduce más bien a una estructuración en “esferas de justicia” (p. 433) y no es de extrañar que estas esferas comunitaristas alejen a Dworkin de su propia “tesis de la unidad de valor” (p. 433).

Finalmente, Ángel Pelayo recorre las ideas de Dworkin sobre el aborto y la eutanasia subrayando con insistencia el carácter fuertemente situado de su discurso. “El Dworkin estratega” (p. 349) redefine y defiende “lo sagrado” en el contexto americano para “presentar una posición menos agresiva” (p. 341) o para “no ser sospechoso de falta de patriotismo” (p. 345). En ambos casos, los planteamientos de Dworkin cobran su sentido en el debate donde se origina y pensando en los interlocutores que allí pueda tener.

Sin miedos a las particularidades del *American way of life (and death)* en Dworkin, diríase en cambio la contribución de Pablo de Lora sobre la justicia distributiva en materia sanitaria que él aplica eficazmente al examen de un caso en España, el caso Losada, donde se planteaba si el Servicio Gallego de Salud debía sufragar los más de 360.000 euros anuales que costaba el tratamiento de una enfermedad rara. El principio fundamental de Dworkin consiste, dada la escasez de recursos, en que cada cual reciba como máximo aquello que la propia persona habría estado dispuesta a asegurar con ciertas correcciones ideales de las desigualdades (p. 439). Tras examinar las ventajas e inconvenientes de este experimento mental, De Lora presenta serias objeciones a esta visión fuertemente liberal e individualista, introduce correcciones de orden compasivo o humanitario y pone en cuestión la validez normativa del experimento mental que Dworkin propone (pp. 454 s). Un par de dudas nos asaltan entonces: ¿Hasta qué punto no serán los de De Lora argumentos arraigados a nuestra forma de vida, digamos, continental? ¿No podría algún defensor de la ética protestante detectar maliciosamente en las objeciones de Pablo de Lora un tributo a una forma de vida impregnada de catolicismo?

4. ¿Cómo aproximarse al legado de Dworkin?

Para este comentarista no es fácil dar cuenta de un libro que en un *estado preinterpretativo* agrupa escritos muy diversos a pesar de referirse a un mismo autor, pero es de agradecer que se hayan estructurado persuasivamente –como una especie de tributo a la *dimension of fit* dworkiniana– en siete capítulos donde se abordan siete temáticas bien trabadas de lo más general y abstracto a lo más particular y concreto. Es verdad que la casualidad ha querido que las contribuciones de los catedráticos más antiguos se agolpen al principio dejando a la práctica totalidad del resto del escalafón para el final. Y no será por revertir este azar de querencias gerontocráticas por lo que voy a saltarme –ya he comenzado a hacerlo– ese orden lineal a fin de guiar de un modo alternativo al lector. Después de todo, la búsqueda de la coherencia de los materiales preinterpretativos de *El legado de Dworkin* puede hacerse por múltiples vías interpretativas.

Por eso, mi consejo al lector no iniciado sería comenzar la lectura con la presentación clara y directa que nos proporcionan las primeras páginas del artículo de Pablo Raúl Bonorino (pp. 255-261). Quien se quede para concluir este primer trabajo, entonces verá cómo, tras ese ejercicio de *fitness* interpretativo en que el profesor de Vigo reconstruye las tesis más influyentes de Dworkin de manera económica, eficaz y clara, Bonorino se lanza a interpretarlas *a su mejor luz*. En esta fase postinterpretativa Bonorino trata de desarrollar lo que para él es la visión más sólida –*soundest*, nos diría el propio Dworkin– del legado dworkiniano. En este punto, la aportación de Bonorino resulta particularmente creativa y estimulante, cuando aplica los recientes desarrollos de Atocha Aliseda sobre la abducción al razonamiento jurídico dworkiniano. El razonamiento abductivo hallaría su sitio así en la interpretación constructiva de *Law's Empire*, aunque a mí me parece que esta aportación podría ser más prometedora puesta en relación con el debate sobre la derrotabilidad de las normas al que hemos llegado hoy en día a partir de la lejana discusión sobre reglas y principios que alumbró Dworkin en *Taking Rights Seriously*. Como en el caso de la derrotabilidad ante los casos difíciles, el razonamiento abductivo sirve en la propuesta de Bonorino para dar adecuada cobertura a dos tipos de casos difíciles: las novedades y las anomalías (pp. 266 s). Dejando al margen el encaje de este planteamiento en una u otra parte de la teoría de Dworkin, lo cierto es que Bonorino va mucho más allá de Dworkin. Siendo conscientes de ello, creo que un libro como el que nos ocupa se justifica precisamente por esta

ampliación de los horizontes de una teoría y no por sus exégesis más o menos eruditas.

Otra vía de acceso privilegiado al estudio de Dworkin nos la ofrece Isabel Lifante. Su contribución no sólo afronta el estudio de la interpretación en Dworkin con extraordinaria claridad; además destila una suerte de rara ecuanimidad, de justa distancia frente al pensamiento dworkiniano, que presenta un valor especial cuando de este autor que levanta pasiones se trata. Lifante examina un tema central y de ramificaciones arborescentes en lo que ella denomina “el giro interpretativo” de Dworkin (pp. 161 s). El texto de Lifante demuestra eficazmente cómo la interpretación en Dworkin no sólo es lo que hacemos con el Derecho. El Derecho es en sí mismo una práctica interpretativa y para acabar de complicar las cosas, “la interpretación es (...) interpretativa” (p. 164), en palabras de Dworkin sobre las que Lifante llama la atención para poner de manifiesto la insistente difuminación de los niveles de lenguaje en Dworkin (p. 170). El rechazo dworkiniano del “arquimedismo”, de la perspectiva “hacia abajo, desde fuera y desde arriba” (*ibid.*) conduce finalmente a la invariable vinculación de la interpretación a la valoración moral, lo cual no sólo tiene consecuencias para la interpretación del Derecho, sino que también funda el concepto antipositivista de Derecho de Dworkin.

Precisamente, el enfoque *clásico* de Gema Marcilla tiene la virtud de inscribir el legado de Dworkin en el marco amplio del debate con el positivismo jurídico hartiano del que en primera instancia el autor norteamericano sale victorioso para imponerse además a dos posibles alternativas: el pospositivismo y el realismo jurídico (p. 216). Sin embargo, se trata de una victoria provisional. Marcilla recupera eficazmente las estrategias defensivas del positivismo: el analítico de Raz, el incorporacionismo bajo sus diversas denominaciones y la “tesis de la excepcionalidad de la interpretación” (p. 219) en donde se situarían los planteamientos de Juan Carlos Bayón en nuestro país. Una vez examinadas, se reafirma en el triunfo de las “tesis iusmoralistas” (p. 221); si bien su trabajo es rico en matices que le llevan a replantear sus dudas sobre el alcance real del antipositivismo dworkiniano. No sólo porque no es claro si “destrona necesariamente la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral” (p. 224), sino además porque la “teoría de la verdad moral de Dworkin resulta ambigua” (p. 225). Si el trabajo de Lifante mantiene una distancia medida y constante con el pensamiento de Dworkin, el de Marcilla se aproxima y aleja de él a lo largo de sus páginas con el objetivo de que sea el lector el que conforme su punto de vista.

Pero la distancia con Dworkin no sólo la marca la adhesión o no a sus tesis. El –digamos– *perspectivismo* que fomenta su análisis nace también de su personalísima forma de afrontar los problemas. A medida que uno avanza por el libro, se multiplican, incluso a mayor ritmo que los elogios, las expresiones de vacilación a la hora de interpretar a Dworkin. Con todo, los participantes en el volumen hacen un gran esfuerzo por clarificar las ideas de Dworkin y en especial por mostrarlas a su mejor luz; y a menudo adaptan a Dworkin a sus propias necesidades, por así decir. Si de Kant se llegó a decir que “cada cual lee su Kant”, quizá con más razón pueda decirse aquí que *cada cual interpreta su Dworkin*. En el caso de Mariano Melero de la Torre, esta adaptación pasa por una *fullerización* de sus planteamientos. Con ese fin, Melero revisa las ideas de Dworkin a la luz de autores como Waldron y Postema para conformar su propia posición crítica. Melero cree, en síntesis, que “la identificación del Imperio de la Ley con el Imperio de la justicia” (p. 301) en que incurre Dworkin le conduce tanto a la desvirtuación del ideal de la justicia como a la legitimación de sistemas jurídicos inaceptables (*ibid.*) y sostiene que la solución pasa por vincular la dimensión justificativa de la legalidad – algo valioso en Dworkin según Melero (p. 281)– no a “una moralidad sustantiva

externa al Derecho” (p. 302), sino, à la Fuller, a “principios que se siguen del *modus operandi* del Derecho” (*ibid.*).

Sin embargo, creo que al lector algo más comprometido con la teoría de Dworkin le agrada comenzar con la reflexión de Marisa Iglesias. La autora exhibe una deslumbrante comunión con el pensamiento dworkiniano que va mucho más allá de su erudición en la materia, demostrada en trabajos anteriores³. Iglesias no sólo maneja con tremenda soltura el magmático –que no sistemático– conjunto de tesis y conceptos dworkinianos, sino que además nos sugiere una reelaboración de esas tesis para proponer un nuevo concepto: “la igualdad axiológica ante la ley” (p. 233). Iglesias recalifica dworkinianamente los términos de la discusión sobre la función judicial, creando nuevos conceptos que a veces –se nos antoja– podrían tener nombres más sencillos, en especial si atendemos al parecido que algunos planteamientos guardan con los del par alemán de Dworkin, Robert Alexy. En efecto, Alexy aparece en el elenco de referencias bibliográficas del artículo, pero no en el cuerpo del texto –quizá también por influencia del maestro Dworkin, tan parco y opaco a la hora de referir sus fuentes–. Pues bien, no es por hacer ascos a los neologismos, pero, cabe preguntarse si no sería más sencillo, por ejemplo, distinguir con Alexy las teorías internas y externas de los límites de los principios jusfundamentales que hablar de su “acomodación interna” y “acomodación externa” como “dos posibles formas de armonización axiológica” (pp. 240 s) en Dworkin.

5. Dworkin, ¿Un insospechado icono constitucional para gays y lesbianas?

Por lo demás, a la hora de asesorarse Iglesias no duda en dar un descanso al atareado juez Hércules e insuflar vida a una juez ordinaria de nombre Temis, de sabiduría pareja a la del famoso Hércules dworkiniano (p. 236). En un plano simbólico, la sustitución de Hércules por esta divinidad jurisdicente podría parecer una mera corrección de orden feminista contra el patriarcado olímpico; pero también cabría interpretar el recurso a Temis como el reconocimiento de que todo juez ideal tiende a convertirse en un *alter ego* de su creador y por tanto no deberíamos confiar demasiado en la imparcialidad de sus decisiones –en este sentido, García Amado, sospecha irónico “que Hércules es en realidad Ronald Dworkin, pero no pued[e] probarlo” (p. 155)–. Sea como fuere, el caso es que Iglesias consulta a Temis sobre una cuestión jurídica que, por lo que veremos, el azar ha querido hacer presente felizmente en más de un lugar del libro. Me refiero a la constitucionalidad del matrimonio homosexual en España antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 198/2012 de 6 de noviembre) que declaró su constitucionalidad. ¿Cómo habría actuado Temis desde su juzgado? Pues bien, al parecer Temis se las vería y se las desearía para resolver con integridad y por eso se mostraría tremendamente vacilante en su decisión (pp. 242-245), así que me parece –esta ya es una propuesta de mi responsabilidad– que no estaría de más convocar a otros magistrados de carne y hueso: los de nuestro Tribunal Constitucional. Veámoslo.

Ante todo conviene decir que por su farragosa argumentación, la Sentencia del Tribunal Constitucional necesitaría, a trechos, la ayuda de varios jueces del Olimpo juntos para resultar no ya persuasiva sino comprensible, pero a cambio disponemos de un voto particular bien escrito precisamente por uno de los colaboradores de *El Legado de Dworkin*, el magistrado Andrés Ollero. Su voto particular resulta particularmente valioso en este contexto porque en su numeral cuarto Ollero involucra en la discusión constitucional a un “prestigiado autor, estudioso de la jurisprudencia constitucional norteamericana” que no es otro –salvo que yo me equivoque gravemente– que el propio Ronald Dworkin. Y Ollero lo hace

³ Su influjo ya se aprecia en Iglesias Vila (1999).

porque en la constitucionalidad del matrimonio homosexual se enfrentaban al fin y al cabo dos posiciones relevantes aquí: una tendencialmente originalista (que el propio Ollero sostenía y que no estaba en contra del reconocimiento del matrimonio homosexual, sino que exigía una reforma del art. 32 Const. que le diera su acomodo institucional adecuado) y por otra parte, se hallaba la posición dominante del alto Tribunal que aparentemente concibió el matrimonio a la Dworkin como un *concepto* que admitía sucesivas *concepciones* en su seno⁴. Desde esta última perspectiva, el *concepto* de matrimonio entre hombre y mujer del art. 32 admitía entonces la *concepción* del matrimonio homosexual. Hubo acuerdo en que el TC no considera la posibilidad de que “hombre y mujer” pueda aludir en el art. 32 Const. a que cada cual –cada hombre y cada mujer– pueda a su vez contraer matrimonio con un hombre o con una mujer a voluntad, así que la cuestión quedaba planteada así: reforma constitucional sí o no –i.e. no, bajo la cobertura de que el matrimonio homosexual es una *concepción* interpretativamente plausible del *concepto* de matrimonio del artículo 32 Const.–. Creo que la claridad argumentativa del voto particular de Ollero reflejaba una mayor plausibilidad y si trajéramos a Temis –no a Hércules– a la discusión, ella pensaría que en términos de proporcionalidad, la colisión del valor de la igualdad que se pretende garantizar para parejas homosexuales con el principio formal de la seguridad jurídica debería resolverse a favor de este segundo en razón del segundo principio de proporcionalidad, el de necesidad. En mi opinión, al objeto de proteger la igualdad de las parejas homosexuales existía un medio *menos lesivo* que someter a un sobreesfuerzo interpretativo al art. 32 Const. y ese medio era la reforma constitucional que el voto particular de Ollero sugería. La propia Temis-Iglesias argumenta de modo parecido cuando desde su juzgado sostiene que “la intervención del juez ordinario se torna *menos necesaria*” (p. 244, cursivas mías) en la medida en que “cabe confiar (...) en que la legislación, como ha acabado sucediendo en España, terminará estableciendo una equiparación plena [entre matrimonios heterosexuales y homosexuales]” (*ibid.*). Este cálculo de probabilidades es típico de la ponderación. Así que el caso del matrimonio homosexual guiaría nuestra lectura no sólo por la magistrada Iglesias-Temis, sino también por la crítica del magistrado-jurfilósofo Andrés Ollero a Dworkin y aún, por cierto, a la contribución de José Juan Moreso.

6. La persuasiva doctrina Julia Roberts

En efecto, también José Juan Moreso se refiere a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio homosexual (p. 94) para ilustrar cómo los desacuerdos sobre lo que el Derecho es, son desacuerdos interpretativos y morales. En su trabajo Moreso expresa un acuerdo general con el antipositivismo de Ronald Dworkin y condensa la teoría del Derecho de Dworkin en torno a dos tesis centrales: (i) El Derecho es la institucionalización de la moralidad pública y (ii) Hay desacuerdos teóricos generalizados acerca de lo que el Derecho dice (p. 92). Como sabemos, ambas tesis se entrelazan en Dworkin porque esos desacuerdos se resuelven mediante una argumentación moral tal y como se aprecia en lo que Moreso ha denominado la “doctrina Julia Roberts” (pp. 96 ss). No es la primera vez⁵ que Moreso reviste su argumento con el persuasivo *glamour* de la novia de América –que así cualquiera, la verdad–. Brevemente, en la película *El informe Pelicano* la

⁴ Como es sabido, el debate entre la posición originalista y la de Dworkin alcanzó notoriedad en los Estados Unidos en la era Reagan cuando el originalista ultraconservador Robert Bork fue propuesto como magistrado de la Corte Suprema. En nuestro país, un libro de Miguel Beltrán, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*, da buena cuenta del debate Bork-Dworkin en los medios de comunicación y el de Pablo de Lora (*La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*) analiza el originalismo como teoría de la interpretación constitucional en un plano jusfilosófico.

⁵ Vid. e.g. Moreso, Prieto y Ferrer (2010).

estudiante de Derecho Darby Shaw (la Roberts) interpela a su profesor de Derecho constitucional diciendo que la Corte Suprema se equivoca en un fallo. Que sea posible un desacuerdo *fundado* acerca de la validez de un fallo constitucional constituye un serio problema para el positivismo jurídico, para el cual tiene validez (formal) lo que diga la Corte Suprema, mas no lo que pueda decir *miss* Shaw por muy (sustantivamente) válido que nos pueda parecer su juicio.

Pues bien, Moreso está de acuerdo con la doctrina Julia Roberts y por tanto con Dworkin, pero cree que hay tres excepciones que le mantienen aherrojado al positivismo jurídico *à la Raz*. En escritos anteriores Moreso había mantenido su pudor positivista gracias al ejemplo del Derecho romano arcaico y el célebre caso de las *Instituciones* de Gayo, en que el litigante pierde su viñedo por decir “*viniae*” y no “*arbora*” tal y como indicaba la *intocable* fórmula correspondiente. Ese caso mostraba que era posible blindar el Derecho respecto de toda consideración moral. Sin embargo, el arcaísmo del ejemplo parece contraproducente en el sentido de que nos muestra precisamente *cómo ya no* es el Derecho en realidad. El ejemplo funcionaba, a su pesar, más bien como un contraejemplo. Pues bien, Moreso actualiza su planteamiento mediante el recurso a tres casos más intemporales a los que llama “los intocables” (p. 101), porque serían algo así como fuentes jurídicas inmunes a la argumentación moral, inmunes a la doctrina Julia Roberts. Quizá podríamos llamarlos también los “inderrotables” o “Los indestructibles” (para los que tenemos niños):

“(a) Las reglas sustantivas contenidas en las decisiones judiciales y administrativas individuales”.

(b) Las reglas procesales que definen las instituciones jurídicas: el Parlamento, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, por ejemplo.

(c) Las reglas procesales que establecen cuáles son las decisiones judiciales finales y definitivas, que definen la *res iudicata*” (*ibid.*).

Pues bien, no sé hasta qué punto sean tres auténticos *intocables*. Quizá cada uno de estos intocables esconda bajo los faldones de la gabardina su propio talón de Aquiles:

Ad (a): Las decisiones judiciales individuales –por ejemplo, una Sentencia– no parecen muy relevantes a la hora de hablar de la naturaleza del Derecho. En la medida en que son individuales, no son Derecho, sino más bien la *aplicación* más o menos *acertada* del *Derecho*. Si lo que Moreso quiere decir es que no podemos atacar una decisión firme, entonces estamos hablando de otro intocable, el intocable (c). Vayamos pues a los otros dos intocables, de carácter procesal y no ya sustantivo que, a decir verdad, tampoco parecen del todo intocables:

Ad (b): Dejando a un lado que las reglas que definen las instituciones del Estado han dejado de ser intocables hace tiempo en nuestro país –pensemos en el caso que el Parlamento catalán hace al Tribunal Constitucional, por ejemplo–, Moreso establece un requisito importante para que el intocable (b) lo sea de verdad. Las reglas que definen las instituciones fundamentales de un Estado son intocables –dice Moreso (*ibid.*)– si están fijadas “de modo no controvertible”; pero aquí incurre en una petición de principio, pues lo que *define* la *intangibilidad* es precisamente la incontrovertibilidad. Si lo que quiere decir Moreso es que las normas no controvertibles son no controvertibles, entonces simplemente afirma algo trivial; pero la realidad es que cualquier apertura a la interpretación es una apertura a la argumentación práctica en alguna medida y lo que parece verdaderamente dudoso es que existan normas no controvertibles. Esto es lo que habría que demostrar y

creo que Moreso no lo hace aquí convincentemente. De hecho, no proporciona ejemplos concretos.

Ad (c): Las reglas sobre cosa juzgada son realmente muy importantes en cualquier Estado liberal y son una exigencia esencial de la seguridad jurídica, pero no creo que excluyan absolutamente su tangibilidad o derrotabilidad por razones morales. Es verdad que su exceptuación tendría lugar en muy pocas ocasiones, pero que sucediera excepcionalmente no nos autoriza a excluirlo de nuestros esquemas conceptuales. Después de todo, una disposición puede permanecer latente y no manifestarse jamás sin que a nadie se le ocurra por ello negar tal disposición. Por ejemplo, si meto algo de sal en una cámara acorazada herméticamente cerrada, a nadie se le ocurrirá decir que esa sal ya ha dejado de ser soluble en agua. Simplemente habremos cancelado la posibilidad de que esa disposición de la sal a disolverse en agua se *manifieste*. De vuelta al caso de la regulación de la cosa juzgada, imaginemos (sin mucha imaginación) que unos judíos fueron desposeídos de sus bienes inmuebles por una sentencia bajo el régimen nacionalsocialista. ¿De verdad no cabría en ciertas circunstancias revisar interpretativamente esa sentencia por muy poco controvertible que pareciera la regulación nacionalsocialista de la cosa juzgada? En suma y ya que en estas estamos, creo –por acallar a los alarmistas que consideran el neoconstitucionalismo una especie de apocalipsis jurídica (e.g. Laporta, 2007)– que Julia Roberts debe respetar en principio a los intocables de Kevin Costner, pero eso no significa que deba extremar el pudor hasta convertirse en una mojigata del positivismo *soft*.

7. La filosofía moral del jusnaturalismo dworkiniano

Como avanzaba más arriba, a Andrés Ollero le debemos el voto particular a la STC 198/2012 de 6 de noviembre, pero también un artículo del volumen en torno al concepto de moralidad política y Derecho natural en Dworkin. Si Iglesias es una intérprete *quasi*-auténtica de Ronald Dworkin y Moreso un dworkiniano con reparos, Ollero es algo así como el negativo de Ronald Dworkin, pues representa a un positivista convencido que además cree firmemente en el Derecho natural. Por eso se queja por igual del “vapuleo” sufrido por el positivismo jurídico clásico (p. 105) como de la “alergia a lo religioso” de Dworkin (p. 109). Para Ollero el “ateísmo religioso” (p. 116) de Dworkin tiende a fundar un “laicismo confesional” (pp. 111 ss.). Particularmente en cuestiones bioéticas y con el pretexto de la “presunta neutralidad laicista” de su moralidad pública (p. 123), Dworkin no haría otra cosa, a juicio de Ollero, que rescatar el viejo Derecho natural para imponer con él una ideología individualista.

A este respecto, resulta de particular interés confrontar la posición de Ollero con la de Atienza, un autor mucho más cercano a las posiciones de Dworkin precisamente en las delicadas cuestiones bioéticas donde el disenso se manifiesta en consecuencias jurídico-políticas sensibles. Atienza reconstruye cuidadosamente la argumentación de Dworkin a partir del caso Cruzan, sobre eutanasia (pp. 82 ss), para mostrar no sólo la posición de Dworkin al respecto, sino también la incidencia de una concepción positivista o no en la aplicación del Derecho. La vinculación del razonamiento jurídico al práctico general (pp. 87 ss) conduce a la integración en el razonamiento jurídico de una serie de argumentos morales en torno al carácter sagrado de la vida. Estas consideraciones nos conducen casi naturalmente a las dos primeras contribuciones del volumen sobre la filosofía moral de Dworkin. Un rodeo por la metaética dworkiniana –o su confusión con la ética– nos permitirá saber hasta qué punto Dworkin merece o no del todo la etiqueta jusnaturalista que nuestro erizo, por lo demás, tampoco se esforzó por apartar de sí.

8. Coherencia metaética

Y aquí es procedente acudir al coherentismo de Dworkin que es examinado por Lourdes Santos (pp. 408 ss), pero también Juan Manuel Pérez Bermejo, quien subraya que se trata de una respuesta al “arquimedismo”, es decir, al error filosófico de buscar un único fundamento último a nuestros sistemas de creencias (p. 188). Para el resto de mortales distintos de Dworkin –aunque también David Gauthier exploraba un “Archimedian point” en su *Morals by Agreement* (Gauthier, 1988)—, “arquimedismo” es lo que habitualmente se conoce como “fundacionalismo” o, quizá mejor, “fundamentismo” –a falta de mejor alternativa a “fundamentalismo” que haría justicia a la definición del error de confiar todo nuestros sistemas de creencias en un presupuesto último (vid. Perona, 2003).

Pues bien, Pérez Bermejo nos ofrece una sugerente interpretación de la integridad dworkiniana a partir de las teorías de la coherencia. La integridad de un individuo o una institución es un valor o una virtud moral vinculada a la coherencia. Aplicada al Derecho, esto supone, a juicio de Pérez Bermejo, adoptar en primer lugar una visión holista del sistema jurídico; en segundo lugar, reconocerle un tipo de consistencia especial como es característica de los crucigramas, los *puzzles*, la red, la espiral que se abre cada vez en círculos más amplios o la balsa de Neurath, por usar algunas imágenes clásicas que nos indica Pérez Bermejo y entre las cuales encajaría la célebre metáfora de la novela en cadena de Dworkin (pp. 190 s). En tercer lugar, la integridad incluye necesariamente un elemento pragmático, de modo que la integridad es un valor o una virtud que no puede ignorar la función que cumple el individuo o la institución llamada a ejercerla. El de Pérez Bermejo es, por cierto, un brillante ejemplo de lo que significa interpretar a su mejor luz un concepto tan central en Dworkin como el de la integridad.

La primera parte, sobre ética y metaética en Dworkin, aborda, en fin, la tesis dworkiniana de la difuminación de la frontera entre juicios metaéticos y éticos que promueve Dworkin con el fin de refutar el escepticismo moral (externo). Como es sabido, a juicio de Dworkin el escepticismo moral (una tesis metaética) en realidad siempre expresa un juicio moral (una tesis ética, de ética normativa). Se trataría en Dworkin de una consecuencia natural de que estamos “condenados a vivir dentro de la práctica de la moralidad” en palabras de Laporta (p. 31), quizá de que los humanos somos seres “estructuralmente morales” por reformularlo con Aranguren (1992: 110). Podríamos decir, en fin, que ser escépticos morales equivale a permitirlo todo si en algo valoramos la responsabilidad, otro concepto central para Dworkin. En este contexto, me parece procedente apuntar el punto de vista que Alchourrón y Bulygin expresan en *Normative Systems*, a propósito de la invalidez del principio de prohibición (“todo lo que no está prohibido, está permitido”, *i.e.* “todo está prohibido o permitido”)⁶. De esos maestros argentinos muchos –positivistas o no– aprendimos que la ausencia de calificación deóntica para una acción (permisión débil) no implica su permisión más genuina (permisión fuerte). Cabría objetar a Dworkin, por tanto, que la falta de calificación deóntica (o suspensión del juicio) a la que nos conduce el escepticismo no tiene por qué implicar una permisión en sentido fuerte. Y, por cierto, es interesante advertir, dadas sus notorias diferencias, que tanto Dworkin como Kelsen sostienen más o menos expresamente el principio de prohibición y también la completitud del Derecho. Es de esta coincidencia precisamente de la que se ocupa Alberto del Real en su trabajo (pp. 483 ss).

En el primer bloque temático del volumen, tanto el artículo de Francisco Laporta como el siguiente de Ruiz Miguel abordan el estatus de la metaética

⁶ Vid. Alchourrón y Bulygin (1971: 177 ss).

dworkiniana de manera autónoma –no cabía esperar otra cosa– pero también hasta cierto punto complementaria. Laporta se concentra en el conocido ensayo de Dworkin “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It” (Dworkin, 1996), mientras que Ruiz Miguel adopta una perspectiva más amplia, pero quizá también más crítica e incisiva. La objetividad moral dworkiniana se ubica para él en un “limbo” (p. 45) entre la objetividad científica y la subjetividad individual que a su juicio no tiene por qué ser incompatible con la posibilidad de desarrollar un genuino escepticismo externo frente a la moralidad. Temáticamente, la contribución de Óscar Pérez de la Fuente debería acompañar a las de Laporta y Ruiz Miguel pues su trabajo examina precisamente cómo la “objetividad interna” (Iglesias) y la tesis de la unidad de valor (p. 512) se opone tanto a la objetividad externa que presuntamente garantizarían hechos o mónadas morales (*morones*) como al pluralismo agonista de Berlin. Por su parte, Ruiz Miguel se lanza con precaución a reconstruir las tesis dworkinianas con nuevos conceptos que se suman a la exuberante imaginación conceptual de Dworkin (pp. 55 ss) para concluir con una sencilla lección que a su juicio cabe extraer de la alambicada argumentación dworkiniana: “Olvidate del escepticismo metaético, pero no te creas infalible” (p. 68).

9. Conclusión

Este trabajo se ha servido de un amplio conjunto de contribuciones a *El legado de Dworkin* como hilo conductor para tratar de comprender un enigma: el de la irreconciliable disputa entre quienes, de acuerdo o no con Dworkin, reconocen en su obra un referente inexcusable de nuestro tiempo y quienes, a menudo sin polemizar directamente con él, rechazan cualquier valor jusfilosófico a su teoría. Pues bien, puede que *El legado de Dworkin* no resuelva del todo nuestras dudas, pero quizá sí nos ayude a *disolverlas* en buena medida. Y las disuelve porque el enigma está basado en un equívoco sobre el propio valor de la reflexión jusfilosófica. Ese valor nunca radica exclusivamente en las propiedades intrínsecas de una teoría, sino también y sobre todo en su capacidad para estimular y encender una dialéctica. Una vez comprendido esto, creo que si algo cabe aprender de las contribuciones a *El legado de Dworkin* es que su teoría supo llenar de energía una reflexión, la jusfilosófica, fuertemente expuesta al languidecimiento y la decadencia. En el peor de los casos –y por más paradójico que parezca– muchas veces debemos atender a una teoría sospechosa de falta de valor para ser conscientes del valor profundo de nuestra propia investigación.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- ARANGUREN, J.L.L. (1992), *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (1989) *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*, Civitas, Madrid.
- CALSAMIGLIA, A. (1984), “Ensayo sobre Dworkin”. En: R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, pp. 7-29.
- CANO, ZAMORA y GUZMÁN (2007). “Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115 NY 506”, *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*, núm. 11, 40, disponible en la siguiente dirección electrónica: www.rtfed.es, fecha de consulta: 20 de septiembre de 2016.
- DUMMETT, M. (1993), *Origins of Analytical Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).
- DWORKIN, R. (1984), *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1992), *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1996), “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”. En: *Philosophy*

- and Public Affaires*, vol. 25, 2, pp. 87-139.
- DWORKIN, R. (2014), *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998), *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2016), "Comentario a J.M. Saucá (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*", *Revista de Estudios Políticos*, abril-junio, pp. 257-265.
- GAUTHIER, D. (1988), *Morals by Agreement*, OUP, Oxford.
- HABA, E.P. (2011), "El bluff Dworkin. Su rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del Efecto Vicente, lanzados por una reencarnación del Prof. Beale)", *Criterio jurídico*, vol. 9, núm. 1, pp. 155-258.
- IGLESIAS VILA, M. (1999), *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.
- LAPORTA, F. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
- LORA, P. de, (1998), *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MORESO, J.J., PRIETO, L. y FERRER, J. (2010), *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- PERONA, A. (2003), voz "fundament(al)ismo". En: J. Muñoz (coord.), *Diccionario filosófico*, Espasa, Madrid, 2003, pp. 362-365.
- SAUCA, J.M. (2015), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SOUZA SANTOS, B. de (2005), *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid.

Neoconstitucionalismo

Neoconstitutionalism

Susanna Pozzolo
Università degli Studi di Brescia
susanna.pozzolo@unibs.it

Recibido / received: 05/09/2016
 Aceptado / accepted: 19/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3284>

Resumen

La presente voz sobre 'neoconstitucionalismo' trata de ofrecer una mirada sintética acerca del origen, desarrollo y difusión de la doctrina neoconstitucionalista. El término neoconstitucionalismo es manifestación del *giro interpretativo* que surgió a finales del pasado siglo y que se desarrolló, por un lado, como una crítica teórica hacia posturas doctrinales de tipo 'positivista' o 'formalista' y, por otro lado, como una doctrina filosófica enfocada hacia las potencialidades ofrecidas por el gran número de derechos y valores reconocidos en los textos constitucionales que se van produciendo desde la segunda posguerra. Asimismo, esta entrada, al subrayar los rasgos teóricos del neoconstitucionalismo, quiere dar cuenta brevemente de las razones y motivos detrás de su desarrollo, mostrando sus implicaciones teóricas, políticas y morales.

Palabras clave

Constitución, valores morales, interpretación, principios, jerarquía, derechos, democracia.

Abstract

The word 'neoconstitutionalism' presented wants to offer a very synthetic information about the origin, development and dissemination of 'neoconstitutionalist' doctrine. As a part of the interpretative turn of the past and present century, the doctrine is developed, on the one hand, as a critique of doctrinal positions as the 'positivism' or 'formalism' and, on the other hand, as a reflective philosophical doctrine toward potentialities offered by the large number of rights and values recognized in the constitutional texts which are produced from the second postwar. The entry, emphasizing the theoretical features of neoconstitutionalism, wants to present briefly also the motives and the reasons behind its development, showing the theoretical, moral and political implications.

Keywords

Constitution, moral values, interpretation, principle, norms, hierarchy, rights, democracy.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen del término. 3. Moral y derecho.
 4. La difusión del neoconstitucionalismo.



1. Introducción

El término “neoconstitucionalismo” ha adquirido una complejidad significativa, ya sea como vehículo de significados en sentido estricto, ya sea por los elementos teóricos que lo componen (o descomponen) y que reflejan su función política como doctrina (debido a que, por ejemplo, la elección de interpretar las normas como reglas o como principios cambia el equilibrio entre los poderes estatales y sus competencias). Por esta razón, parece adecuado empezar ofreciendo un marco general que permita entender su nacimiento y desarrollo.

El tema de la interpretación jurídica y el estudio del razonamiento jurídico han sido dos elementos centrales en la doctrina y en la teoría del derecho desde siglo XX hasta la actualidad, tanto así que se ha hablado de un *giro interpretativo*. Aunque no sean, en absoluto, temas completamente nuevos, la necesidad de evidenciar el rol y las posibilidades ofrecidas por la interpretación jurídica han emergido casi *naturalmente* acompañando el moderno proceso de constitucionalización –debido a la introducción de constituciones en los sistemas jurídicos, primero como meras declaraciones y después como normas jurídicas-. El neoconstitucionalismo forma parte de este proceso histórico y teórico y, aunque apareció de manera posterior al propio proceso de constitucionalización, se encuentra hoy en pleno florecimiento. La historia del constitucionalismo es muy antigua y en este contexto solo se pueden proponer algunas referencias generales que permitan trazar un marco general en el cual situar el neoconstitucionalismo.

Las constituciones modernas, promulgadas después del período revolucionario que tuvo lugar en las postrimerías del siglo XVIII, además de ser una obra claramente humana elaborada de forma consciente, introducen dos ideas fundamentales y fructíferas: una noción única de sujeto jurídico (el ciudadano) y la regla del consentimiento (que modifica la idea y percepción de la autoridad). A esto se acompaña la declaración de derechos que determina el nacimiento de algún tipo de “coto vedado”. La unión de este último con la democracia nos lleva a las constituciones de nuestros días, ricas en derechos y densamente pobladas de principios.

Al observar este proceso, se pone ante todo en evidencia la construcción de un constitucionalismo de *oposición* al poder que desarrolla instrumentos de protección vertical a través de los derechos de libertad (derechos que nacen *contra* el poder político). Con la posterior introducción y profundización de la democracia, sumada al desarrollo y expansión de los derechos “positivos” –es decir, derechos que no se entienden como barreras frente poder, sino que se caracterizan como *pretensión hacia la comunidad* (redistribución de la riqueza, derechos y servicios sociales)–, el constitucionalismo contemporáneo se transforma en *regulativo* u *horizontal* (busca regular los pares, es decir, ya no hay un poder separado de los ciudadanos *contra* el cual actuar).

Bajo esta línea de evolución del constitucionalismo, se fue afirmando gradualmente la pretensión de intensificar la implementación *real* de los derechos recogidos en los documentos fundamentales (en particular los derechos positivos). Este cambio significó también el desarrollo, por parte de la jurisprudencia, de una creciente actitud interpretativa e intervencionista, a través de la cual se presenta como un importante actor en el nuevo contexto democrático. Estos orígenes marcan las características que juntas darán lugar a la perspectiva neoconstitucionalista.

2. Origen del término

El término *neoconstitucionalismo* fue acuñado para identificar una doctrina filosófica acerca del derecho, que surgió al observar cómo unas propuestas teóricas,



defendidas por algunos influyentes académicos, se unían evidenciando la necesidad de un cambio en la tradicional aproximación positivista al derecho por parte de diferentes sectores de la doctrina.

Se evidenciaba entonces, por una parte, cómo iba tomando gradualmente forma y difusión una nueva perspectiva crítica, que hasta el momento no había sido propiamente elaborada. Esta corriente heterogénea, difícil de identificar y sin una etiqueta que la agrupara, era apoyada por autores que defendían posiciones -en muchos aspectos relevantes- muy lejanas entre sí. A pesar de esto, sus propuestas teóricas se fueron combinando, ofreciendo la oportunidad de una reconstrucción unitaria que daba cuenta de una nueva doctrina (o de una nueva perspectiva hacia el derecho), que se oponía explícitamente al positivismo jurídico, al tiempo que pretendía apartarse del tradicional iusnaturalismo: el neoconstitucionalismo.

El término *neoconstitucionalismo*, a pesar de haber sido pensado en un principio para designar una corriente jurídica, pueden asignársele hoy diferentes sentidos (Pozzolo, 2001; Comanducci, 2002). Entre estos, dos pueden ser considerados como principales.

A) El término indica un *tipo de ordenamiento jurídico* en donde el derecho se estructura según una jerarquía que finaliza en la constitución, ubicada en su cúspide. Según esta idea, el sistema jurídico se asemeja a una pirámide, aunque la razón de su unidad ya no se encuentra (tan solo) en su carácter *nomodinámico* (Kelsen 1960), sino también (y sobre todo) en su carácter *nomoestático* (Ferrajoli 2009 y 2009b). Lo que caracteriza a esta constitución es precisamente la inclusión de principios que irradian todo el ordenamiento jurídico, determinando su contenido semántico.

B) Otro sentido dado al término neoconstitucionalismo es el que hace referencia a una *doctrina del derecho*, según la cual los principios constitucionales se tienen que interpretar haciendo referencia a su contenido moral o a las doctrinas morales que ellos transmiten. Según esta posición, la teoría positivista que separa claramente entre derecho y moral no funciona, precisamente porque para dar sentido a los principios no se puede ignorar su contenido moral (Nino, 1985;1996).

Estas dos acepciones del término neoconstitucionalismo pueden entenderse como los dos sentidos extremos a los que se acercarían de manera gradual los diferentes usos del término por parte de la doctrina jurídica. La gran difusión y uso del término son muestra de su éxito. Sin embargo, este éxito ha venido acompañado por la pérdida de capacidad connotativa.

Desde un punto de vista descriptivo, como teoría del derecho, la postura neoconstitucionalista, y/o el uso de la noción de constitucionalismo, intenta dar cuenta del proceso de constitucionalización entendida no tanto como la aprobación de una constitución, sino como un proceso a través del cual el contenido de ésta permea todo el derecho (sobre constitucionalización cfr. Guastini, 1998). En esta dirección se desarrollan estudios sobre la acción de los intérpretes del derecho y del razonamiento jurídico de los diferentes actores legales, además de poner al día las tradicionales investigaciones acerca de la relación entre normas -y entre estas y los principios- en las cuales se analiza si se modifican (y cómo) las jerarquías internas entre los elementos del sistema jurídico constitucionalizado. En esta área se insertan desde los clásicos estudios de carácter teórico general, hasta los más sociológicos.

Desde un punto de vista más claramente normativo, como ideología del derecho, la postura neoconstitucionalista subraya la subordinación de todo el derecho al contenido constitucional. Esta perspectiva se conecta, aunque no necesariamente, con la tradición doctrinal del constitucionalismo político en su sentido más amplio, entendido como doctrina de la limitación jurídica del poder. De este modo, con el modelo de Estado constitucional contemporáneo, dotado de una constitución extensa y densa, el constitucionalismo obtiene el resultado querido, puesto que finalmente todo el derecho está sujeto al derecho mismo. Sin embargo, siguiendo esta dirección, se acentúan sobre todo los elementos sustantivos sobre los formales, que se presentan como medios para asegurar la aplicación de un derecho sustantivamente justo y no solo legítimo. En esta línea, se disminuye la atención hacia los mecanismos de *check and balance*, mientras que se acentúa el interés por los valores insertos en los principios constitucionales que se muestran como el baluarte más fuerte en contra de las degeneraciones del poder (Pozzolo, 2012). Este desplazamiento plantea algunas preguntas sobre el constitucionalismo en general, pero una en particular: dado que es difícil negar la variabilidad interpretativa y la compatibilidad de varias teorías morales con el dictado constitucional, ¿cómo identificar los criterios para contener o limitar la discrecionalidad interpretativa del decisor? A este problema se intenta contestar con la tesis de la conexión entre moral y derecho.

El constitucionalismo se caracteriza por proponer varias dicotomías: 1. principios vs. reglas; 2. ponderación vs. subsunción; 3. constitución vs. independencia del legislador.

Como se puede ver, cada una de estas tesis necesitaría una entrada enciclopédica. Sin embargo, dado que el objetivo de este trabajo es mostrar la forma en que se presenta el conjunto de ellas, se hará solo una breve descripción de las mismas.

1. Principios y reglas son diferentes por dos características fundamentales: la dimensión del peso y la forma de aplicación. Mientras que el peso caracteriza los principios (Dworkin 1984, 1996, 1999; Alexy 1989, 1993, 2004), la forma de aplicación “todo o nada” es precisa solo de las reglas. Aunque sobre estas distinciones y peculiaridades existe una extensa literatura, es difícil encontrar quien defienda una distinción tajante entre los dos tipos de normas. Es más frecuente entender que entre los dos tipos de normas se presenta una diferencia de grado. En todo caso, para visualizar los dos extremos se pueden reconstruir las reglas como normas inmediatamente aplicables y los principios como fuente de reglas (Guastini 2013). El proceso que nos ocupa en esta primera contraposición es el típicamente desarrollado por la jurisprudencia¹ que, frente a derechos o principios abstractos y que se encuentran en conflicto entre sí (o están indeterminados), necesita una “directiva” concreta para definir el caso jurídico: para alcanzar este objetivo se recurre a la ponderación.

2. La ponderación se entiende como la forma adecuada para la aplicación de los principios, mientras la subsunción lo sería para las reglas. En particular, sobre el tema de la ponderación (o balanceo) hay varias posiciones teóricas o diferentes reconstrucciones, razón por la cual reenvío a las entradas específicas. Para lo que exige la caracterización del neoconstitucionalismo, se puede resumir estas posiciones de maneja sintética en varios puntos.

¹ Cuando lo hace el legislador ya tenemos una regla para aplicar.

El tema se presenta frente a un caso judicial concreto cuando el intérprete (a) identifica que los principios que se aplicarían al caso son plurales y en cierta medida contradictorios. Para proceder a regular el caso, (b) se necesita algún tipo de “sistematización” del derecho, cosa que involucra unas elecciones sustantivas. Para proceder, el intérprete pondera o balancea los principios, los pesa o atribuye un grado de importancia y construye así una jerarquía de valor, de modo que el principio que ha obtenido el peso mayor será aplicado o tendrá un rol central en la determinación de la regla que definirá el caso. La antinomia entre los principios se puede reconstruir como momentánea, de modo que no conduce a la expulsión del principio con menor peso, el cual sencillamente se entenderá precedido en el caso concreto y conservará su plena fuerza para ser ponderado en otros casos. De esta manera se entiende que (c) la jerarquía establecida se da para las circunstancias concretas, dado que el juicio resuelve un caso determinado y la jerarquía definida se limita a estas circunstancias. Sin embargo, dependiendo de los distintos contextos institucionales, se pueden producir reglas abstractas para casos futuros. Un ejemplo de esta última transformación se encuentra, típicamente, en la regla que soluciona el conflicto entre libertad de expresión y tutela del honor. Para resumir, en el proceso de ponderación entre los principios que evalúa las normas aplicables al caso, el juez establece una nueva jerarquía momentánea que se aplicará al caso concreto y a una clase de casos futuros.

3. En este esquema es evidente el rol central desempeñado por la constitución, particularmente por sus principios y derechos, que constituyen los elementos sustantivos para evaluar la validez de todas las normas infraconstitucionales. La supremacía constitucional determina entonces un cambio en la figura misma del legislador moderno, ya que éste no es libre de determinar normas según su voluntad y suprema autoridad, sino que se encuentra sujeto él mismo a la constitución. Bajo la perspectiva neoconstitucionalista, esto no solo implica que cada decisión legislativa sea o pueda ser evaluada a la luz de la constitución, sino también que el legislador tenga la tarea de implementar y desarrollar su contenido. Una constitución rica en principios tiene mucho más que decir de lo que explícitamente establece, puesto que representaría un puente entre moral y derecho que acaba sustantivando el sistema jurídico entero. Esto quiere decir que el legislador ya no puede decidir algo con base en sus meras razones políticas, sino que tiene que obedecer las exigencias constitucionales. La actividad legislativa se vuelve “administrativa”: la legislación tiene que dar aplicación a los principios de la constitución; sin embargo, para este fin parece necesaria una doctrina de la constitución, puesto que no hay una relación biunívoca entre disposición y norma, y hay más de una doctrina compatible con el dictado constitucional entre las que debe elegir el intérprete (Celano, 2013).

Para limitar la discrecionalidad que parecería emerger de todo esto, se han propuesto varias explicaciones de cómo se determinaría la “incorporación” de la moral en el derecho. Antes de tratar este tema es importante recordar y subrayar que otra característica del neocostitucionalismo es también el rol fundamentalmente activo desarrollado por la jurisprudencia, en particular la constitucional, aunque no exclusivamente. Efectivamente, otra característica central de los sistemas jurídicos contemporáneos (además de los derechos y del criterio del consenso) se encuentra en la idea de la revisión judicial de las leyes y en la necesaria y constante defensa del carácter supraordenado de la constitución, lo que requiere entonces un control continuo sobre el trabajo del legislador.

Esto implica que la función judicial represente un fuerte factor de constitucionalización del ordenamiento jurídico, ya que la implementación de los principios y de los derechos se desarrolla en una cooperación entre legislación y

jurisdicción – no exclusivamente constitucional, puesto que todos los jueces están llamados a interpretar el texto fundamental y sus principios con interpretaciones “conformes” (Guastini, 2013). De esta modalidad interpretativa y aplicativa se deriva un proceso en el cual la constitución permea o impregna el sistema jurídico en su totalidad. El ordenamiento constitucionalizado acaba reduciendo o eliminando todas las áreas políticas donde el legislador puede elegir libremente, porque cualquier materia es ahora justiciable bajo los principios constitucionales. Por un lado, ya no hay una simple *political choice*. Por el otro, esta situación viene acompañada por el riesgo de una creciente politización de la magistratura.

3. Moral y derecho

La perspectiva neoconstitucionalista en alguna medida desactiva el problema de la definición del derecho que divide positivismo y iusnaturalismo. Ya no tiene sentido discutir si la moral influencia el derecho, puesto que claramente el derecho hace uso de términos morales e incorpora ideologías. La pregunta pasa a ser: ¿qué tipo de papel y qué efectos tiene la moral en el derecho? Dado que muchos principios (de origen moral) forman parte de la Constitución, ¿tienen estos un papel en la identificación del derecho?

Para el neoconstitucionalismo, la constitución es la carta de valores de la comunidad social y política, razón por la cual hay varias conexiones entre derecho y moral. Aunque con diferente intensidad, quien adopta una ideología neoconstitucionalista normalmente subraya su oposición directa con la postura positivista, con su tesis de las fuentes sociales del derecho y su división entre los ámbitos de lo normativo. Esto, sin embargo, no lleva a sostener una imposibilidad descriptiva. Más bien al contrario, se considera que la moral puede ser también conocida, toda vez que se suponga posible una lectura y discusión racional en el ámbito de ésta. Es preciso advertir que el debate en la mayoría de los casos no esclarece de qué moral se habla, dando con frecuencia lugar a la equivocación según la cual existe una moral objetiva que se puede conocer como un hecho natural. Claramente (y demasiado sucintamente), la moral de que se puede discutir razonablemente es la moral crítica y la moral social es la que es posible describir.

Con las necesarias precauciones, entonces, se puede decir que la práctica del derecho también hace uso de argumentos y razones morales, lo que para unos conlleva la incorporación de la moral en el derecho (Moreso, 2009; 2001) –una de las morales críticas, probablemente– y para otros, en cambio, se trata de algo distinto (Raz, 1972; 1979), por ejemplo, se puede reconstruir como un reenvío externo.

Aunque persiste el debate acerca de si se da una conexión y (en caso de que así sea) de qué tipo, entre derecho y moral(es), parece difícil negar que exista una conexión contingente, al menos con alguna moral positiva. Sin embargo, muchos neoconstitucionalistas no entran en este terreno, sino que parten de la incorporación de principios morales a la constitución, con la que afirman que se ha dado entrada a la moral en el derecho. Esta incorporación implicaría la necesidad de interpretar las normas constitucionales (y con eso todo el derecho) con “gafas morales”.

Es importante precisar en qué sentido se utiliza el término moral, con el objeto de evitar malentendidos en la discusión. En lo que concierne a la moral, la postura neoconstitucionalista se mueve entre dos opciones: o bien, (a) sostiene que los valores morales son objetivos y cognoscibles -se podría decir, a mi juicio, que se asemejan al derecho natural, donde la moral es eterna y universal, y el derecho tiene que conformarse a ella para merecer el título de tal, ya que en caso contrario

no se consideraría derecho. O bien, (b) el contenido de los valores morales es contingente. Si es así, entonces pueden coincidir con lo que viene atribuido socialmente y/o con el contenido de una moral crítica alrededor de la cual unos sabios están de acuerdo (un ideal hacia el cual dirigirse). En los dos casos atribuidos a la segunda opción: la moral sería contingente, dependiente de las creencias de los intérpretes, cambiante e históricamente determinada.

Con independencia de la opción que se elija, el interés por los aspectos del tema moral y de la justicia, ligado al fenómeno de la constitucionalización del derecho, ha exigido importantes estudios acerca del razonamiento judicial y también de la argumentación jurídica (Atienza, 2006; 1996; Atienza y Ruiz Manero, 1991). En esta línea pueden ubicarse también buena parte de las estrategias que se van desarrollando en el ámbito educativo hacia las nuevas generaciones y no solo en lo que se refiere a la formación de los juristas -para los que ya es evidente que tendrán que enfrentarse con grandes desafíos culturales, sociales, políticos y económicos en el futuro próximo, para lo que necesitarán tener extraordinarias habilidades de razonamiento y argumentación-.

Otro modo de abordar la conexión entre moral y derecho es considerar el derecho invadido por una necesaria pretensión de justicia (Alexy, 2004). Esto no implica una visión iusnaturalista que niega la calificación de “derecho” a la norma injusta (como podría ser si se tomase el sentido a) antes descrito), sino que se insiste en que cuando se atribuye a una norma la calificación de derecho se sugiere también la justicia de su contenido y del comportamiento indicado, al menos *prima facie*. Un modo distinto de acercarse a este fenómeno podría ser también la discusión en torno a la opacidad de las razones subyacentes a las normas (por ejemplo Raz, Schauer, 1991; Bayón, 1996; Atienza y Ruiz Manero, 1991; Redondo, 2005; Moreso, 2014), puesto que el calificativo de “derecho” lleva una carga positiva que presupone que no se necesita la ponderación de las razones que han determinado la norma, es decir, hay una especie de prejuicio positivo hacia el derecho.

La conexión entre derecho y moral lleva también al discurso constitucionalista a una dirección más directamente práctica: sin aceptar totalmente la norma *Lex iniusta non est lex*, el neoconstitucionalismo exige al jurista asumir un fuerte compromiso moral y una actitud abiertamente crítica o, al menos, de clara oposición a las normas injustas establecidas por el legislador. Esto exige desarrollar doctrinas adecuadas al cambio normativo e implica también que, a través de instrumentos interpretativo-retóricos-argumentativos, alguien como un juez pueda intervenir y modificar las reglas establecidas por un legislador que no se atiene a los preceptos constitucionales.

En el debate acerca de la conexión entre derecho y moral, en el marco del neoconstitucionalismo, se han desarrollado distintas posiciones teóricas tanto acerca del concepto mismo de moral, como sobre el tipo de conexión que se da entre estos dos órdenes normativos. De esta manera, dentro del mismo constitucionalismo se encuentran y conviven diversas posturas que se distancian entre sí en diverso grado. Esto demuestra, en mi opinión, cómo la preocupación por la justicia y su relación con el derecho, es un núcleo temático central que supera las diferencias teóricas.

4. La difusión del neoconstitucionalismo

La difusión del neoconstitucionalismo ha sido extraordinaria porque ha captado unas exigencias reales en nuestras sociedades y ha ofrecido un nombre a algo que ya existía.



A partir de los años que siguieron a la segunda guerra mundial, el creciente interés y fuerza reconocidas a los derechos, a través de constituciones y documentos internacionales, junto a la exigencia de reencontrar un modo para hablar racionalmente o razonablemente de justicia, han sido elementos no poco relevantes del *giro interpretativo* tomado por el derecho.

Aunque la perspectiva neoconstitucionalista encuentra sus raíces en Europa, con la emanación de las constituciones de la segunda posguerra y en el trabajo de los tribunales alemán e italiano en un primer momento, su formulación a finales del siglo pasado encaja convenientemente con el cambio institucional que durante el mismo período se fue desarrollando en América Latina. Las citadas exigencias de justicia que emergieron desde Latinoamérica a partir de los años noventa del siglo pasado, provocaron la adopción de un gran número de constituciones extensas, ricas en derechos y principios. No obstante, frente a una normativa prometedora, la inactividad de un legislador que no implementaba, o no lo hacía tan rápidamente, las disposiciones fundamentales en ella contenidas, ha exigido una actitud activista por parte de quienes podían interpretar directamente los principios superiores: los jueces constitucionales. Estos tribunales, en diferente medida, han encontrado en la perspectiva neoconstitucionalista la posibilidad de desplegar una “política” expansiva y afirmativa de los derechos fundamentales, trabajando en la dirección de su fortalecimiento y protección a través de la interpretación de la constitución. Al trabajo de estos órganos se ha sumado con el tiempo el aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para terminar, es preciso señalar cómo la difusión del término “neoconstitucionalismo” –sin dejar de lado su apoyo a las argumentaciones dirigidas a satisfacer las necesidades políticas de estabilidad y justicia–, debido al aumento de su potencialidad denotativa –que le ha llevado a denominar varios “objetos”, quizás no siempre coherentes entre ellos–, ha implicado una disminución de su capacidad connotativa, llegando a abarcar un gran número de casos y terminando por convertirse en un término “paraguas” para perspectivas anti-positivistas

Sin embargo, el término ha adquirido también un uso significativo para una perspectiva de análisis y de crítica que se puede reconstruir como metodológicamente positivista, marcando un momento importante de toma de conciencia política y teórica sobre las potencialidades de las constituciones de nuestro tiempo, extensas y ricas en derechos y principios. Como muestra el debate acerca del “nuevo constitucionalismo”, del “constitucionalismo popular” y también alrededor de la forma política democrática, el “siglo de los derechos” –como lo había llamado Norberto Bobbio– aún no ha terminado (pese a las muchas y persistentes dificultades). Sigue siendo fuerte la atención general hacia los derechos humanos y fundamentales, así como la pretensión de lograr fortalecer la dignidad de toda la humanidad a través del derecho.

Bibliografía

- ALEXY, R. (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (2004), *Conceptos y validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ATIENZA, M. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, M. (2006), *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. En: RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA GONZALES, M. A. (eds), *El positivismo jurídico a examen*.



- Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, pp. 765-780.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1991), "Sobre principios y reglas", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, pp. 101-120.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2000), *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid.
- BAYÓN, J.C. (1996), "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional", *Jueces para la Democracia*, n° 27, noviembre, pp. 41-49.
- BARBERIS, M. (2011), "Esiste il neocostituzionalismo?", *Analisi e diritto*, 2011, pp. 11-30.
- CARBONELL, M. (ed), (2007), *Teoría del neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid.
- CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds), (2010), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid.
- CELANO, B. (2013), *I diritti nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
- COMANDUCCI, P. (2002), "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica". En: MAZZARESE, T. (ed), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 71-94.
- DWORKIN, R. (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1988), *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1996), "The Moral Reading of the Constitution", *N.Y. REV. BOOKS*, Mar. 21, pp. 46, 46.
- DWORKIN, R. (1999), *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- FERRAJOLI, L. (2009), "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2010, pp. 2771-2816.
- FERRAJOLI, L. (2009b), *Garantismo*, Trotta, Madrid.
- GUASTINI, R. (1998), La «costituzionalizzazione» dell'ordinamento italiano, in «Ragion pratica», 11, pp. 185-206.
- GUASTINI, R. (2013), *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid.
- KEISEN, H. (1960) *La dottrina pura del diritto*. Saggio introduttivo e traduzione di G. Losano, Einaudi, Torino, 1966.
- MAZZARESE, T. (2002), "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo". En: MAZZARESE, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, pp. 1-70.
- MORESO, J.J. (2009), *Constitución: un modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid.
- MORESO, J.J. (2001), "In difesa del Positivismo giuridico inclusivo", *Ars Interpretandi*, pp. 335-365.
- MOORE, M.S. (1989), "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", *Stanford Law Review*, Vol. 41, No. 4, Apr., 1989, pp. 871-957.
- MORESO, J.J. (2014), "Ethica more iuridico incorporata". En: SCAMARDELLA, F. y LUQUE SANCHÉZ, P. *Gli argomenti del costituzionalismo*, Editoriale scientifica, Napoli,
- NINO, C.S. (1985), *La validez del derecho*, Astrea, Barcelona.
- NINO, C.S. (1989), *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires.
- NINO, C.S. (1989b), *El constructivismo ético*, Madrid, 1989,.
- NINO, C.S. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale UP, New Haven.
- POZZOLO, S. (2001), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (2001), Palestra, Lima.
- POZZOLO, S. (2011), "Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo". En: POZZOLO, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 13-87
- POZZOLO, S. (2011), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima.
- POZZOLO, S. (2012), *Costituzione, interpretazione, disaccordi*, Aracne, Roma.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1992), *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid.

- PRIETO SANCHÍS, L. (1997), *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, Mexico.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1996), "El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, pp. 125-158
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid.
- RAZ, J. (1972), "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5 (Apr., 1972), pp. 823-854.
- RAZ, J. (1979), *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- REDONDO, C. (2005), "Legal reasons: Between Universalism and Particularism", *Journal of Moral Philosophy*, vol 2, Issue 1, pp. 47 – 68.
- REDONDO, C. (2014), "Sull'incorporazione della morale nel diritto". En: SCAMARDELLA, F. y LUQUE SANCHÉZ, P. *Gli argomenti del costituzionalismo*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 85-99.
- SCHAUER, F. (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and Life*, Oxford Clarendon Press, Oxford.
- SCHIAVELLO, A. (2003), "Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?", *Diritto e questioni pubbliche*, 3, pp. 37-49.
- ZAGREBELSKY, G. (1996), *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid.

Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo

Legal concepts of subjective Right

María Beatriz Arriagada*
 Universidad Diego Portales
maria.arriagada@udp.cl

Recibido / received: 12/09/2016
 Aceptado / accepted: 20/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3285>

Resumen

El objetivo de este trabajo es identificar y caracterizar brevemente los conceptos básicos o elementales de derecho subjetivo y algunas de sus posibles combinaciones, en el entendido que tales conceptos o sus combinaciones están siempre implicados en los diversos usos de la expresión "derecho subjetivo" en los discursos jurídicos. Para lograr este objetivo, el trabajo se divide en cuatro secciones. La primera sección establece que un concepto jurídico de derecho subjetivo se define por su fundamento jurídico, y que éste debe distinguirse de los fundamentos extrajurídicos que justifican o pueden justificar su otorgamiento por el ordenamiento jurídico. En la segunda sección, se analiza el modelo explicativo hohfeldiano de las posiciones jurídicas subjetivas que sirve de base para la identificación y caracterización de los conceptos jurídicos de derecho subjetivo que se realiza en la tercera sección. La cuarta sección presenta algunas consideraciones finales.

Palabras clave

Derecho subjetivo, derechos, posiciones jurídicas subjetivas, Hohfeld, normas regulativas, normas de competencia, obligaciones correlativas, potestades jurídicas.

Abstract

The aim of this paper is to identify and briefly characterize the basic or elementary concepts of subjective right and some of its possible combinations, on the understanding that such concepts or its combinations are always involved in the various uses of the term "subjective right" in legal discourse. To achieve this goal, the work is divided into four sections. The first section provides that a legal concept of rights is defined by its legal basis, and it must be distinguished from extra-legal grounds that justify or can justify the granting by law. In the second section, I analyze Hohfeld's explanatory model of subjective legal positions that serves as the basis for the identification and characterization of the legal concepts of subjective right that is performed in the third section. The fourth section presents some final considerations.

* Profesora de Teoría del derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. Correos electrónicos: mbeatriz.arriagada@gmail.com; maria.arriagada@udp.cl. Este trabajo corresponde a resultados del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11150372 "Análisis de la tensión entre el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales a partir de las ideas de Fernando Atria sobre las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales", financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico del Gobierno de Chile. El presente trabajo ha sido desarrollado en conjunto con Álvaro Núñez y Claudio Agüero. Aunque la firma es individual y tenemos algunos desacuerdos menores, es producto de un trabajo de reflexión conjunto.

Keywords

Subjective right, rights, subjective legal positions, Hohfeld, regulative norms, competence norms, correlative duties, legal power.

SUMARIO. 1. Conceptos y fundamentos a propósito de los derechos subjetivos 2. Bases para la identificación y caracterización de los conceptos jurídicos de derecho subjetivo 3. Conceptos jurídicos de derecho subjetivo 4. Algunas consideraciones finales.

1. Conceptos y fundamentos a propósito de los derechos subjetivos

La expresión “derecho subjetivo” (o simplemente “derechos”) no se usa exclusivamente en el discurso de las fuentes del derecho y en los meta-discursos que a él se refieren, como la dogmática jurídica, la teoría del derecho y la meta-teoría del derecho. Aunque aquí sólo haré referencia al uso de esta expresión en contextos jurídicos, conviene aclarar que es perfectamente plausible hablar de derechos subjetivos morales, con la condición de que con ello se aluda a atributos, situaciones o posiciones subjetivas activas fundamentadas en normas morales.

Ello supone aceptar, en primer lugar, que los derechos no son atributos naturales sino artificiales. Esto significa que los derechos son conferidos por normas que pueden ser jurídicas o morales y, en consecuencia, que los derechos no existen antes que las normas (Guastini, 1999: 180-182). En términos jurídicos (que desde luego pueden extenderse al discurso moral), una posición o situación subjetiva es la dimensión subjetiva de una norma, es decir, lo que la norma adscribe a un sujeto, por ejemplo, un derecho, un permiso o un deber (Guastini, 2016: 83). Es la forma subjetiva de manifestarse la norma (Kelsen 1987 [1923]: 539-540).

En segundo lugar, asumo que decir que alguien tiene un derecho siempre implica hablar de o desde un determinado sistema jurídico o moral (Mackie, 2000 [1977]: 198)¹. Esto implica que los derechos se fundamentan en normas (jurídicas o morales) cuya existencia es contingente y empíricamente demostrable.

Como en contextos jurídicos, la expresión derecho subjetivo se usa en variados sentidos², el objetivo de este trabajo es identificar y caracterizar brevemente los conceptos básicos o elementales de derecho subjetivo y algunas de sus posibles combinaciones. Este esfuerzo se justifica porque tales conceptos o las combinaciones de éstos están siempre implicados en los diversos usos que, de la expresión derecho subjetivo, se hace en los discursos jurídicos.

La clave para que este esfuerzo sea exitoso es comprender que lo que define un concepto jurídico o tipo jurídico de derecho subjetivo es su fundamento jurídico. Esto es la norma o normas del derecho objetivo que atribuyen a una clase de sujetos una posición jurídica subjetiva activa y que, en este sentido, la fundamentan.

¹ Porque no es posible sostener fundadamente la existencia de derechos humanos naturales puesto que no puede darse por sentada la existencia de una naturaleza humana intrínseca (Arendt, 2003 [1958]: 24-25 y Rorty, 1991 [1989]: 27) y tampoco es demostrable la existencia de derechos humanos universales, objetivamente válidos y cognoscibles por los seres humanos (Bulygin, 1991 [1987]: 622-623 y 625).

² Esto no es solamente verdad por el hecho de que el uso de la expresión “derecho subjetivo” ha ido mutando a lo largo de la historia sino por el hecho de que ella se usa, sincrónicamente, en muy diferentes sentidos.

La tarea de identificar el fundamento jurídico de los diferentes tipos de derecho subjetivo es completamente diferente de la de identificar las razones morales extra-jurídicas que justifican su atribución por el ordenamiento jurídico. Como sugiere Kelsen (1987 [1923]: 507 y 539-540), el derecho no es sustancia, sino forma. No es lo protegido, sino la protección. Observadas las normas desde su dimensión subjetiva, el derecho (subjetivo) es la posición o situación jurídica y la norma es su fundamento.

Un derecho subjetivo jurídico puede y suele ser, al mismo tiempo, un derecho subjetivo moral. Esto es así porque los sistemas jurídicos suelen reflejar la moral mayoritaria, o al menos dominante, de la comunidad jurídica respectiva. En consecuencia, se puede afirmar que para cada concepto de derecho subjetivo hay dos clases de fundamento: (i) un fundamento jurídico y (ii) un fundamento moral. A la teoría del derecho le interesa el primero. A la filosofía política del derecho le interesa el segundo.

Así, la disputa entre las llamadas teorías de la voluntad y del interés -cuyos exponentes más conocidos son Windscheid (1946 [1862]: 219 y ss.)³ y Ihering (2011 [1865]: 816 y 821)⁴⁻⁵, y más tarde Hart (1962 [1953]: 117-119; 1982:183-188) y algunos de sus discípulos (MacCormick, 1988 [1975], Raz, 2001 [1994]: 57-68)- es un enfrentamiento de dos perspectivas diferentes acerca del fundamento extrajurídico para conferir derechos subjetivos (Arriagada, 2014: 27-39)⁶.

Ambas perspectivas y cualquier combinación de ellas incurren en el error de confundir la protección conferida por las normas del derecho con los bienes que son objeto de esa protección y, en consecuencia, no son realmente teorías sino ideologías. Un derecho subjetivo no es una voluntad o un interés jurídicamente protegido. Es la protección de esa voluntad o de ese interés, es decir, la posición jurídica subjetiva.

2. Bases para la identificación y caracterización de los conceptos jurídicos de derecho subjetivo

Hohfeld (1992 [1913]: 31, 47-52, 67-68 y 81) comprendió bien la importancia de distinguir el fundamento jurídico del fundamento extra-jurídico de los derechos subjetivos. Su modelo explicativo de las diferentes posiciones jurídicas subjetivas (activas y pasivas) a las que comúnmente se alude con las expresiones de “derecho subjetivo” y “deber” se funda precisamente en la relevancia de distinguir las relaciones puramente jurídicas de los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir.

Sobre esta base, identificó dos grandes grupos de posiciones jurídicas subjetivas que se definen por sus correlativos y opuestos, es decir, en términos relacionales:

³ Párrafo 37, Libro I, Tomo 1.

⁴ Libro II, Segunda parte, Título I.

⁵ La idea de derecho subjetivo como un poder o señorío de la voluntad tiene, no obstante, antecedentes anteriores a Windscheid; ver, por ejemplo, Hobbes (1980) [1651]: 106 y 118-119 (Capítulos XIV y XV); Spinoza (2003) [1670]: 334-352 (Capítulo XVI) y Kant (2005) [1797]: 41-42 (párrafo N° 232). De hecho, específicamente a Kant y a su escuela se dirige la crítica de Ihering, a quien sin duda puede atribuirse el origen de la llamada teoría del interés. Sobre esta atribución, ver Villey (1976) [1968]: 229-233.

⁶ Un buen resumen de la discusión de las llamadas teorías de la voluntad y del interés puede verse, por ejemplo, en Finnis (2000) [1980]: 231-233. Una descripción de ambas teorías y asimismo de las teorías mixtas, Dabin (2006) [1955]: 67-94.

a.- Las posiciones jurídicas subjetivas del primer grupo son las siguientes: (i) la posición que propiamente debe ser denominada derecho subjetivo o pretensión se caracteriza porque su correlativo es un deber en sentido propio y su opuesto un no derecho; (ii) la situación de libertad o privilegio se caracteriza porque su correlativo es un no derecho, y su opuesto un deber en sentido propio; (iii) la posición que propiamente se denomina deber se caracteriza porque su correlativo es un derecho y su opuesto una libertad o privilegio; y (iv) la posición de no derecho se caracteriza porque su correlativo es una libertad o privilegio y su opuesto un derecho.

b.- Las posiciones del segundo grupo son las siguientes: (i) la posición de potestad o competencia se caracteriza porque su correlativo es una sujeción, y su opuesto una incompetencia; (ii) la situación de inmunidad se caracteriza porque su correlativo es una incompetencia, y su opuesto una sujeción; (iii) la posición de sujeción se caracteriza porque su correlativo es una potestad o competencia y su opuesto una inmunidad; y (iv) la situación de incompetencia se caracteriza porque su correlativo es una inmunidad y su opuesto una potestad o competencia.

La utilidad de este modelo de análisis se justifica principalmente por dos razones. La primera razón es su carácter “conectivo” (la comprensión apropiada de cada concepto se obtiene captando sus relaciones con los demás conceptos del mismo sistema)⁷. La segunda razón es que a este modelo subyacen (y en este sentido, el modelo anticipa) dos distinciones que han demandado mucho trabajo e inteligencia a los teóricos del derecho y que han demostrado un rendimiento explicativo difícil de exagerar. La primera distinción es entre tipos de normas: (i) normas prescriptivas o regulativas, y (ii) normas de competencia o sobre la producción jurídica. La segunda distinción es entre tipos de acciones humanas: (i) acciones puramente físicas o materiales, y (ii) acciones que, siendo físicas o materiales son, además, normativas (Hart 2009 [1961]: capítulos III y V, Ross, 2000 [1968]: 68-72, Alchourrón y Bulygin 1991 [1983], Bulygin 1981 [1988])⁸.

Sin que sea posible entrar en el debate que acompaña al esfuerzo por trazar la distinción entre tipos de normas⁹, trabajaré con las siguientes definiciones estipulativas:

a.- Las normas regulativas o prescriptivas son aquellas que, en un sistema jurídico, ordenan o permiten la realización o abstención de determinadas acciones o la consecución o no consecución de determinados fines¹⁰.

b.- Las normas de competencia o sobre la producción jurídica son aquellas que, en un sistema jurídico, definen las competencias o potestades para producir

⁷ Sobre este tipo de análisis, ver Strawson, 1997 [1992]: 63. Y sobre la caracterización de la explicación hohfeldiana como un análisis de este tipo, ver Nino, 1980 y Cruz Parceró, 2007: 33-34 (nota N°19).

⁸ Un análisis que destaca estas características del modelo hohfeldiano, aunque con matices, se encuentra en Arriagada, 2014:15-19.

⁹ La discusión teórica es en realidad más amplia en cuanto, entre los autores que creen que las normas de competencia son de un tipo diferente e irreductible al de las normas regulativas, es usual la consideración de que las llamadas normas de competencia son una especie del género más amplio de las denominadas normas constitutivas o determinativas. Este no es el lugar para entrar en esta discusión sobre todo porque hasta ahora no existe suficiente claridad ni acuerdo sobre su significado ni sobre su campo de aplicabilidad (Searle, 2007 [1969]: 43-45 y 1997 [1995], Conte, 1983, Schauer, 2004 [1991]: 63)

¹⁰ La definición coincide con la caracterización que Von Wright (1970 [1963]: 26-27 y 87-107) hace de las prescripciones o regulaciones, salvo por el hecho de que aquí se considera que el contenido de las normas no está circunscrito únicamente a acciones y actividades, puesto que la autoridad normativa puede prescribir la obtención o la abstención de la obtención de fines u objetivos.

válidamente normas jurídicas o participar válidamente en su producción. En este género se incluyen las normas que atribuyen a determinados sujetos la competencia de producir normas en determinado ámbito material de regulación y las que definen las condiciones para el ejercicio de esa competencia (el procedimiento y los límites de contenido que las normas producidas no pueden sobrepasar) (Arriagada, 2015^a: 112-113)¹¹.

El criterio para distinguir los tipos de acciones humanas es si su realización y las consecuencias que de su realización se siguen han sido o no definidas o constituidas por normas de competencia¹²:

a.- Las acciones puramente físicas o materiales pueden ser realizadas, descritas y comprendidas sin referencia a norma alguna, aunque pueden ser reguladas por normas, en cuyo caso adquieren significado jurídico (Kelsen 1991 [1960]: 15-16)¹³.

b.- Las acciones son, además de físicas, normativas (producen, modifican o derogan normas) cuando su realización y las consecuencias que de su realización se siguen han sido definidas o constituidas por normas de competencia, de suerte que sólo pueden ser realizadas de acuerdo con ellas y no pueden ser descritas ni entendidas sin referencia a ellas¹⁴. Nada de esto impide que, una vez definidas, las acciones normativas sean reguladas por normas regulativas¹⁵.

Estas distinciones son fundamentales en la caracterización de los tipos de derecho subjetivo y permiten sintetizar el modelo hohfeldiano en las siguientes afirmaciones:

¹¹ Esta definición de normas de competencia asume que: (i) las expresiones “producir” y “producción” de normas incluyen la modificación y la derogación de normas; (ii) una norma es jurídicamente válida cuando ha sido producida de conformidad con las normas (de competencia) que, en un sistema jurídico, definen las potestades o competencias para producirla (Orunesu, 2012: 119-120, Guastini, 2001: 60; Kelsen 1991 [1960]: 201-208); (iii) la competencia es la posibilidad que ciertas normas de un sistema jurídico atribuyen a un sujeto (órganos legislativos, judiciales y administrativos o individuos) la posibilidad de producir o de participar en la producción de normas jurídicas válidas, en las condiciones definidas por esas mismas normas (Kelsen, 1991 [1960]: 159-161 y 151-157, Ross, 1991 [1961]: 77-78, Atienza y Ruiz Manero, 2004: 83, Hohfeld, 1992 [1913]: 71).

¹² Una distinción similar es la de “actos informales” (naturales) y “actos formales” (artificiales) propuesta Ferrajoli (2011) [2007]: 464-465. Los actos informales sólo pueden ser supuestos de hecho de normas y se caracterizan porque producen efectos de hecho que son desincentivados o incentivados por el derecho y efectos de derecho preestablecidos por las normas que los regulan. Los actos artificiales no son simplemente supuestos de hecho de normas sino también actos aplicadores de normas que producen solamente efectos de derecho condicionados por las normas que lo prevén a la observancia de ciertas formas en el ejercicio de determinados poderes.

¹³ La acción de matar a otro, por ejemplo, puede tener el significado jurídico de “homicidio” e incluso el significado jurídico de la ejecución de una “pena de muerte”, pero “matar a otro” sigue siendo una acción que puede ser realizada, descrita y comprendida sin referencia a las normas que la califican como homicidio o como pena de muerte.

¹⁴ Las acciones que el ordenamiento jurídico prevé, por ejemplo, para el otorgamiento de un testamento o la dictación de una ley o una sentencia judicial son obviamente físicas, pero sólo pueden ser realizadas de acuerdo con las normas que definen las potestades para otorgar válidamente un testamento y para dictar válidamente una ley o una sentencia.

¹⁵ La facultad, potestad o capacidad de producir derecho que el orden jurídico confiere a un individuo puede ser simultáneamente obligatoria (Kelsen, 1991 [1960]: 132). Las potestades pueden ser reforzadas mediante deberes (Hart, 2009 [1961]: 37 y 120). La permisión es algo que puede darse tanto respecto de actos ordinarios como respecto de actos jurídicos (Bulygin, 1991 [1988]: 489). Una cosa es conferir un poder (normativo) y otra es regular el ejercicio de ese poder (Atienza y Ruiz Manero, 2004: 84).

a.- Las posiciones jurídicas subjetivas correlativas de “derecho subjetivo” (en sentido propio) y “deber” (en sentido propio) del primer grupo se fundamentan en normas regulativas o prescriptivas.

b.- Las situaciones jurídicas subjetivas correlativas de “potestad” y “sujeción” del segundo grupo se fundamentan en normas de competencia que definen las potestades para producir, modificar o eliminar válidamente normas y, por tanto, posiciones y relaciones normativas.

c.- La relación de “libertad-no derecho” del primer grupo y la relación de “inmunidad-incompetencia” del segundo grupo connotan, respectivamente, la ausencia de normas regulativas y la ausencia de normas de competencia, de suerte que “libertad”, “no derecho”, “inmunidad” e “incompetencia” no son propiamente posiciones jurídicas subjetivas adscritas a los sujetos por normas¹⁶.

d.- Mientras las relaciones de “derecho-deber” pueden referirse a la exigencia de realizar o de abstenerse de realizar acciones físicas o materiales que son supuestos de hecho de normas regulativas¹⁷, una relación de “libertad-no derecho” puede connotar la inexistencia de la exigencia de realizar este tipo de acciones pues se fundamenta en la ausencia de normas de regulativas (Arriagada, 2014: 19).

e.- Mientras las relaciones de “potestad-sujeción” se refieren siempre a la posibilidad de realizar acciones normativas en aplicación de normas de competencia, una relación de “inmunidad-incompetencia” connota la imposibilidad de realizar tales acciones porque se fundamenta en la ausencia de normas de competencia (Arriagada, 2014: 19).

3.- Conceptos jurídicos de derecho subjetivo

3.1 Los tipos básicos o elementales de derecho subjetivo

Lo hasta ahora dicho permite reconocer la existencia de dos tipos básicos o elementales de derecho subjetivo. El criterio para distinguirlos es el tipo de norma jurídica que los confiere.

3.1.1 El derecho subjetivo en sentido propio

El primer tipo básico de derecho subjetivo es el que Hohfeld (1992 [1913]: 47-52) llamó derecho subjetivo en sentido propio y que Kelsen (1991 [1960]: 139-143) denominó derecho reflejo. De acuerdo con este concepto, un individuo tiene un derecho subjetivo cuando, en virtud de una norma jurídica regulativa, otro u otros se encuentran a su respecto obligados a comportarse de cierta manera.

Como se trata simplemente del correlativo o el reflejo de una obligación impuesta por una norma prescriptiva, no es un derecho “activo” a hacer algo sino un

¹⁶ La situación de “libertad” del primer grupo cuyo correlativo es un “no derecho” y la situación de “inmunidad” del segundo grupo cuyo correlativo es una “incompetencia” ocupan exactamente el mismo lugar en su respectivo grupo porque se trata, como sugería Hart (1962 [1953]: 118-119 y nota N°14 del mismo trabajo) de “casos negativos”, esto es, aquellos en que derecho reconoce negativamente la elección de un individuo porque “no hay” norma que interfiera si el individuo opta por realizar o por omitir alguna acción (libertad) o por conservar su posición jurídica inalterada (inmunidad). El propio Hohfeld (1992 [1913]: 81) manifiesta que la inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o contralor jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica.

¹⁷ En tanto la posición pasiva denominada “deber” a menudo consiste en una exigencia de realizar o no una determinada conducta material.

derecho pasivo a que se respete una situación o a recibir algo por parte de otro (Cruz Parceró, 2007: 24).

Esta aclaración permite, además, descartar fundadamente la idea común de que los derechos subjetivos son permisos o autorizaciones conferidos por normas para realizar o abstenerse de realizar determinadas acciones. Si los permisos en sentido fuerte (conferidos por normas permisivas) que sólo consisten en una declaración de mera tolerancia por parte de la autoridad normativa son entendidos como promesas de no interferencia, pueden considerarse prohibiciones que la autoridad se dirige a sí misma. Sin embargo, no pueden considerarse derechos, salvo que la mera tolerancia se combine con una prohibición de no interferencia dirigida a terceros, en cuyo caso el titular del permiso tiene un derecho en relación con los sujetos de la prohibición (Von Wright, 1970 [1963]: 101-107). En esta hipótesis, estos sujetos se encuentran, frente al titular del derecho, obligados a abstenerse de actuar de cierta manera, con fundamento en una norma prescriptiva.

Si la obligación correlativa es, en cambio, positiva, como, por ejemplo, las obligaciones específicas que el Estado puede tener en relación con la salud, la vivienda o la seguridad social de los individuos, éstos tienen un derecho (social) a que el Estado realice determinadas prestaciones materiales en relación con la salud, la vivienda o la seguridad social. La salud, la vivienda y la seguridad social no son derechos sino bienes que el derecho objetivo protege, por ejemplo, confirmando ciertos derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales positivas (Arriagada, 2015b: 827-828).

3.1.2 El derecho subjetivo como potestad o competencia

El segundo tipo básico de derecho subjetivo corresponde a la posición jurídica subjetiva activa que propiamente ha de llamarse potestad o competencia. En esta posición se encuentra el sujeto de cuya voluntad depende la creación, modificación o eliminación de normas y, en consecuencia, de posiciones y relaciones normativas (Hohfeld 1992 [1913]: 67-80). De acuerdo con este concepto, un individuo tiene un derecho subjetivo cuando, con fundamento en una norma jurídica de competencia, tiene la posibilidad de realizar actos jurídicos que producen, modifican o eliminan normas jurídicas, y, en consecuencia, posiciones y relaciones jurídicas.

El llamado “derecho al sufragio”, por ejemplo, es una potestad o competencia. No es la libertad de realizar una acción que no está prohibida. Tampoco es un derecho reflejo ni un derecho subjetivo en sentido técnico porque no refleja una obligación de realizar o abstenerse de realizar determinados actos. No refleja una obligación porque no se fundamenta en normas regulativas sino únicamente en normas de competencia que, en los órdenes jurídicos democráticos, confieren a los individuos la potestad de participar en las decisiones de creación, modificación y derogación de las normas del ordenamiento jurídico (Kelsen, 1991 [1960]: 150-152, Arriagada, 2015a: 114-116)¹⁸.

¹⁸ Como en los sistemas democráticos los órganos del Estado son competentes para producir normas que obligan a los sujetos sometidos al derecho precisamente porque dichos órganos son elegidos a través del sufragio de los titulares de este derecho, éste es una condición de la validez de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas. Una cuestión diferente es que para poder afirmar que el derecho al sufragio así entendido existe en un ordenamiento jurídico y que éste es, en consecuencia, democrático, no basta que la Constitución así lo declare. Es necesario que el Estado se abstenga de impedir su ejercicio (obligación negativa) y provea los medios jurídicos y materiales que lo hagan posible (obligaciones positivas normativas y fácticas). Admitir esto no equivale a afirmar que estas posiciones jurídicas son derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales de abstención y de prestación.

3.2.- Derechos subjetivos complejos

Una situación distinta a las explicadas en el apartado anterior tiene lugar cuando al titular de un derecho subjetivo en sentido propio, se le confiere, además, la potestad o competencia de exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación correlativa a su derecho o la ejecución de la sanción prevista para el caso de su incumplimiento¹⁹.

Kelsen (1991 [1960]: 146-149 y 152) llama a esta situación derecho subjetivo en sentido técnico. Y la define como un derecho reflejo unido al poder jurídico de poner en movimiento, mediante una acción, el procedimiento destinado a reconocer el incumplimiento de la obligación por el deudor o deudores. Hart (1982: 183-184 y 188), en cambio, prefiere caracterizar esta situación como aquella en la que se encuentra un sujeto que tiene algún grado de control sobre el cumplimiento de la obligación de otro. Aunque las diferencias son de énfasis (Arriagada, 2014: 30-37)²⁰, en ambos casos se trata de un derecho igualmente pasivo que, a diferencia del simple derecho reflejo, se encuentra judicialmente garantizado²¹.

Esta situación jurídica se fundamenta en dos tipos de normas diferentes: (i) una norma regulativa que impone una obligación y confiere un derecho reflejo y (ii) una norma de competencia que confiere un poder normativo. En consecuencia, la situación puede ser descrita como una conjunción de los conceptos de derecho subjetivo en sentido propio y potestad o competencia (Arriagada, 2015a: 111-112). De ahí que pueda hablarse de un tipo complejo de derecho subjetivo. El comprador, por ejemplo, no tiene sólo un derecho (reflejo) a que vendedor le entregue la cosa vendida, sino también la potestad de controlar el cumplimiento de la obligación del vendedor: tiene el poder exigirle que cumpla y el poder de liberarlo de ese cumplimiento.

El grado de control que, sobre el cumplimiento de la obligación, tiene el titular de este tipo de derecho subjetivo no es siempre el mismo. En el ámbito del derecho penal, por ejemplo, los individuos tienen un derecho subjetivo (reflejo) a no ser lesionados y también la potestad de reclamar judicialmente frente al incumplimiento de la obligación, pero no tienen el poder de liberar a los obligados (Hart, 1982: 183-185). El derecho (civil) al que suele llamarse “libertad de expresión” que refleja una obligación estatal de no interferencia suele estar unido a la potestad de exigir judicialmente el cumplimiento de esa obligación, pero no incluye la opción de liberar al obligado de ese cumplimiento.

Otra posible combinación de derechos subjetivos básicos se presenta, por ejemplo, cuando los individuos con potestad para realizar determinados actos

¹⁹ Poco importa si la acción está destinada a obtener el cumplimiento de la obligación incumplida o la ejecución de la sanción estatuida para el caso de incumplimiento de la obligación pues, en cualquiera de estas hipótesis, el sujeto tiene una potestad de participar en el proceso de creación judicial de una norma jurídica prescriptiva.

²⁰ La diferencia reside en que mientras Hart enfatiza el poder de control y, en consecuencia, la posibilidad de elección del titular del derecho subjetivo, Kelsen pone el acento en la existencia de una norma que confiere un poder para exigir la ejecución de la sanción en caso de incumplimiento de la obligación que el derecho refleja.

²¹ Sobre la distinción entre los derechos y su garantía judicial, ver por ejemplo Alexy, 2007 [1984]: 456 y Guastini, 1999 [1996]: 185. Vale la pena mencionar que el concepto analizado encuentra antecedentes importantes en el lusnaturalismo racionalista. Puede verse, por ejemplo, en lo que Grocio y Pufendorf denominaron “derecho perfecto”, pero sobre todo en Thomasius que, junto con precisar que el derecho y la obligación son conceptos correlativos, sostiene, en contra de la división entre derecho perfecto e imperfecto, que todo derecho es perfecto porque la obligación que a él corresponde es siempre externa y sujeta a coacción; Grocio (1987) [1625]: 53-54 (Capítulo I, III, 1 y 2 y IV); Pufendorf (2009) [1660]: 91-92 (libro I, definición VIII, 1 y 2); y Thomasius (1994) [1705]: 212-213 (capítulo V, párrafos VIII, IX, XXI-XXV).

normativos tienen también derecho a no ser interferidos en el ejercicio de esa potestad. En esta hipótesis, la combinación se produce de modo inverso: el individuo tiene, con fundamento en una norma de competencia, una potestad de participar en la producción de normas (por ejemplo, el llamado derecho a voto) y, con fundamento en una norma regulativa, un derecho subjetivo a que otros no interfieran en el ejercicio de esa potestad²².

Si este derecho subjetivo de ejercitar una potestad normativa pudiere reclamarse judicialmente, estaríamos frente a una combinación de tres posiciones jurídicas activas básicas o derechos subjetivos básicos: (i) una potestad de realizar un acto normativo, con fundamento en una norma de competencia, (ii) un derecho a que nadie impida el ejercicio de esta potestad, con fundamento en una norma regulativa, y (iii) una potestad para exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación de no interferir en el ejercicio de la potestad o la ejecución de la sanción prevista para el caso de incumplimiento, con fundamento en una norma de competencia.

4.- Algunas consideraciones finales

a.- Todas las posiciones o situaciones jurídicas subjetivas activas conferidas por normas del derecho objetivo pueden reducirse a los tipos básicos de derecho subjetivo que han sido caracterizados o a una combinación de estos tipos básicos.

b.- Las posiciones jurídicas subjetivas que han sido caracterizadas sobre la base de sus fundamentos jurídicos son compatibles con diferentes razones morales que aspiran a justificar su atribución por el ordenamiento jurídico. Cualquier discurso que afirme que la atribución de determinadas posiciones jurídicas está comprometida con determinadas doctrinas morales o políticas no es una teoría descriptiva o explicativa acerca de los derechos tal como son sino una ideología sobre lo que los derechos deben ser.

c.- La reconstrucción estándar de los llamados “derechos fundamentales” y del llamado “derecho de propiedad” en términos de un conjunto de posiciones subjetivas activas (la idea de “derechos en sentido amplio”) suele conducir a la conclusión de que los derechos son bienes y, por tanto, razones que justifican normas²³ y, en consecuencia, a la conclusión (iusnaturalista) de que los derechos existen antes que las normas.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1991) [1983], “Definiciones y normas”. En: ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC, pp. 439-463.
- ALEXI, R. (2007) [1984], *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. de Carlos Bernal Pulido), CEPC, Madrid.
- ARENDT, H. (2003) [1958], *La condición humana*. (Trad. de Ramón Gil Novales), Paidós, Buenos Aires.
- ARRIAGADA, M.B. (2014), “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 65, pp. 13-45.
- ARRIAGADA, M.B. (2015a), “Las cortes constitucionales frente a los ‘derechos civiles y políticos’. Una mirada desde la teoría analítica del derecho”, *Revista*

²² La situación referida es diferente a la identificada por Dicciotti (2004: 738) consistente en el derecho de un individuo a que otro u otros realicen un acto jurídico (normativo) de determinado contenido, del cual depende el goce o la tutela de un derecho propio, como el derecho de las partes de un juicio al pronunciamiento de una sentencia.

²³ Un ejemplo claro puede verse en Laporta, 1987.

- española de derecho constitucional*, núm. 105, septiembre-diciembre, pp. 105-136.
- ARRIAGADA, M.B. (2015b), “La imposibilidad de equiparar derechos liberales y sociales”, *Revista chilena de derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile), Volumen 42, núm. 3, pp. 819-842.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004), *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.
- BULYGIN, E. (1991) [1987], “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”. En: ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, CEPC, Madrid, pp. 619-625.
- BULYGIN, E. (1981) [1988], “Sobre las normas de competencia”. En: ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC, pp. 485-498.
- CONTE, A. G. (1983): “Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia”. En: SCARPELLI, U (ed.). *La teoria generale del diritto. Problemi e tendente attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, pp. 21-39.
- CRUZ PARCERO, J.A. (2007), *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid.
- DABIN, J. (2006) [1955], *El derecho subjetivo* (Trad. de Francisco Javier Osset), Comares, Granada,
- DICIOTTI, E. (2004), “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica”, *Quaderni costituzionali* / a. XXIV, núm. 4, pp. 733-762.
- FINNIS, J. (2000) [1980], *Ley natural y derechos naturales* (Trad. de Cristóbal Orrego), Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, L. (2011) [2007], *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (Trad. de Perfecto Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel), Trotta, Madrid.
- GROCIO, H. (1987) [1625], *Del derecho de presa y Del derecho de la guerra y de la paz. Textos de las obras “De iure Predae” y “De Iure Belli ac Pacis”* (Trad. de Primitivo Mariño Gómez), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GUASTINI, R. (1999) [1996], *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. de Jordi Ferrer), Gedisa, Barcelona.
- GUASTINI, R. (2001), “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *Discusiones*, núm. 2, pp. 59-63
- GUASTINI, R. (2016) [2014], *La sintaxis del derecho* (Trad. de Álvaro Núñez Vaquero), Marcial Pons, Madrid.
- HART, H.L.A. (1962) [1953], “Definición y teoría en la ciencia jurídica” (Trad. de Genaro Carrió). En: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, pp. 93-130.
- HART, H.L.A. (1982), “Legal Rights”. En: *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, pp.162-193.
- HART, H.L.A. (2009) [1961], *El concepto de derecho* (Trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- HOBBS, T. (1980) [1651], *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil* (Trad. de Manuel Sánchez Sarto), Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- HOHFELD, W. (1992) [1913], *Conceptos jurídicos fundamentales* (Trad. de Genaro Carrió), Fontamara, México D.F.
- IHERING, R. (2011) [1865], *La lucha por el derecho* (Trad. de Adolfo Posada), Comares, Granada.
- KANT, E. (2005) [1797], *La metafísica de las costumbres* (Trad. de Adela Cortina), Tecnos, Madrid.
- KELSEN, H. 1987 [1923], *Problemas capitales de la teoría jurídica* (Trad. Wenceslao Roces), Porrúa, México D.F.

- KELSEN, H. (1991) [1960], *Teoría pura del Derecho* (Trad. de Roberto Vernengo), (2ª edición), Porrúa, México D.F..
- LAPORTA, F. (1987): “Sobre el concepto de derechos humanos”, *DOXA: cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 4, pp. 23-46.
- MACCORMICK, N. (1988) [1975], “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos” (Trad. Mercedes Carreras y A. Luis Martínez-Pujalte), *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 5.
- MACKIE, J.L. (2000) [1977], *Ética. La invención de lo bueno y lo malo* (Trad. de Tomás Fernández Aúz), Gedisa, Barcelona.
- NINO, C. (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- ORUNESU, C. (2012), *Positivismo Jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid.
- PUFENDORF, S. (2009) [1660], *The Books of Elements of Universal Jurisprudence*, Liberty Fund, Indianápolis.
- RAZ, J. (2001) [1994], *La ética en el ámbito público* (Trad. de María Luz Melón), Gedisa, Barcelona
- RORTY, R. (1991) [1989], *Contingencia, ironía y solidaridad* (Trad. de Eduardo Alfredo Sinnot), Paidós, Barcelona.
- ROSS, A. (1991) [1961], “Sobre los conceptos de ‘Estado’ y ‘Órganos del Estado en Derecho Constitucional”. En: *El concepto de validez y otros ensayos* (Trad. de Eduardo A. Vásquez), México, Fontamara, pp. 73-92.
- ROSS, A. (2000) [1969], *Lógica de las normas* (Trad. de José S.P. Hierro), Colmares, Granada.
- SCHAUER, F. (2004) [1991], *Las reglas en juego* (Trad. de Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez), Marcial Pons, Madrid.
- SEARLE, J. (2007) [1969], *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Cátedra, Madrid.
- SEARLE, J. (1997) [1995]: *La construcción de la realidad social* (Trad. de Luis M Valdés Villanueva), Paidós, Barcelona. (Trad. de Antoni Domènech).
- SPINOZA, B. (2003) [1670], *Tratado teológico-político* (Trad. de Atilano Domínguez), Alianza, Madrid.
- STRAWSON, P. (1997) [1992], *Análisis y metafísica* (Trad. de Nieves Guasch), Paidós, Barcelona.
- THOMASIIUS, C. (1994) [1705], *Fundamentos de derecho natural y de gentes* (Trad. de Salvador Rus Rufino y Mª Asunción Sánchez Manzano), Tecnos, Madrid.
- VILLEY, M. (1976) [1968], “El derecho subjetivo en Ihering”. En: *Estudios en torno a la noción de derechos subjetivos* (Trad. de Jorge López), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 223- 238.
- VON WRIGHT, G. (1970) [1963], *Norma y acción. Una investigación lógica* (Trad. de Pedro García Ferrero), Tecnos, Madrid.
- WINDSCHEID, B. (1946) [1862], “Lehrbuch des pandektenrechts” (Trad. de Enrique Príncipe y Satorres). En: IHERING, R. *La dogmática jurídica*, Losada, Buenos Aires.

Regulación de la interpretación del Derecho

Regulation of legal Interpretation

Álvaro Núñez Vaquero*
Universidad Austral de Chile
alvaro.nunez@uach.cl
alvaro.nunez.vaquero@gmail.com

Recibido / received: 25/08/2016
Aceptado / accepted: 15/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/economia.2016.3286>

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo realizar una sucinta presentación de las diferentes formas en las que se puede regular la interpretación del derecho. Se comienza con un breve análisis acerca del (1) carácter de la regulación de la interpretación. A continuación se analizan (2) la regulación general de los métodos de interpretación, (3) las definiciones legales, (4) las leyes interpretativas, (5) la jurisprudencia y los precedentes y (6) los acuerdos vinculantes no jurisdiccionales provenientes de tribunales.

Palabras clave

Norma constitutiva, interpretación, métodos interpretativos, definiciones, jurisprudencia y precedentes.

Abstract

This paper aims to make a brief presentation of the different ways in which legal interpretation can be regulated. It begins with a brief discussion about (1) the interpretation regulation character. Next, (2) the general regulation of the interpretation methods, (3) legal definitions, (4) interpretive statutes, (5) jurisprudence and precedent, and (6) non-adjudicatory binding statements from courts are analyzed.

Keywords

Constitutive rule, interpretation, interpretive methods, definitions, jurisprudence and precedents.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El carácter de la regulación sobre la interpretación. 3. Regulación general del proceso de interpretación: métodos interpretativos. 4. Definiciones legales (o normativas). 5. Leyes interpretativas. 6. Jurisprudencia y precedentes. 7. Normas de origen judicial no procedentes de la resolución jurisdiccional de casos.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación Fondecyt "Realismo jurídico e indeterminación del derecho" (n° 11130311) del Gobierno de Chile. El presente trabajo ha sido desarrollado en conjunto con María Beatriz Arriagada y Claudio Agüero. Aunque la firma es individual y tenemos algunos desacuerdos menores, es producto de un trabajo de reflexión conjunto.

1. Introducción

La interpretación jurídica es una de las actividades más importantes del ámbito jurídico. No es de extrañar que la interpretación haya sido objeto de múltiples ensayos, artículos y reflexiones de parte tanto de teóricos del derecho como de dogmáticos –civilistas y constitucionalistas especialmente, pero también de penalistas, administrativistas, entre otros–, quienes han tratado de arrojar luz sobre alguno de los aspectos de la interpretación. Los motivos son diversos, pero es posible aventurar que el primero y más importante es que la interpretación es una tarea constante en el trabajo de los juristas (al menos en algunos sentidos de “interpretación”) y que ella está especialmente involucrada en la aplicación del derecho.

Es posible distinguir las teorías (en sentido estricto) que pretenden describir *qué es la interpretación y/o cómo se interpreta*, de las doctrinas o ideologías jurídicas que pretenden orientar a los operadores jurídicos sobre *cómo se debe interpretar*. La frontera, aunque clara desde un punto de vista conceptual, no siempre es sencilla de trazar en la práctica porque muchos de quienes sostienen que se debe interpretar el derecho de una determinada manera, suelen referirse al valor de la práctica jurídica efectiva, esto es, a cómo de hecho se interpretan los enunciados normativos.

Los estudios de la regulación normativa de la interpretación son igualmente difíciles de subsumir dentro de estas teorías y doctrinas de la interpretación, porque se ocupan del conjunto de normas que regulan cómo ha de interpretarse el derecho en el marco de un ordenamiento jurídico determinado. Dentro de este tipo de estudios son posibles dos aproximaciones diversas, con diferentes niveles de generalidad y abstracción: la primera de carácter (teórico-)general da cuenta de tales tipos de normas, pero sin detenerse en la regulación específica de ningún ordenamiento en particular; la segunda aproximación, de carácter dogmático (o propia de la ciencia del derecho), se ocupa del contenido de regulación específica sobre la interpretación en cada ordenamiento. Ambos tipos de estudios son ambivalentes en la medida en que pueden ser desarrollados mediante una aproximación normativa o descriptiva.

El presente trabajo se sitúa en la perspectiva de la teoría general de estas normas, sin detenerse en los pormenores de ningún ordenamiento. Además, se desarrolla desde un punto de vista meramente descriptivo.

Para analizar cada una de estas formas de regular la interpretación es necesario aclarar previamente qué se entenderá aquí por interpretación. Por ‘interpretación’ entenderé el acto (y/o el resultado) de atribución de significado a (uno o varios) enunciados normativos (o fragmentos de aquellos). Tal definición es solidaria con la distinción entre enunciados (o textos normativos) y normas (sentido de tales enunciados) (Pozzolo, 2011). Aunque no es el único concepto disponible de interpretación, es el más útil para analizar las diferentes formas de regular la interpretación debido a que es el único concepto disponible que no presupone ninguna tesis –ni normativa ni descriptiva– sobre el carácter de la actividad interpretativa (Diciotti, 1999).

2. El carácter de la regulación sobre la interpretación

Antes de ocuparnos de las formas de regular la interpretación, es conveniente detenerse brevemente en el carácter de tales normas. Ello debido a que algunos autores han considerado que no son normas en sentido estricto acerca de cómo

debe realizarse la interpretación del derecho, sino únicamente de recomendaciones o consejos (véase sobre el punto Hernández Marín, 1994; Aguiló, 1990; Iturralde, 1989: 60). Detrás de esta tesis se encuentran al menos dos creencias diferentes que funcionarían como justificaciones de tal tesis (véase Guastini, 2004: 94). (1.1) La primera, de carácter normativo, afirma que la interpretación no debe ser regulada en abstracto, sino que debe ser una actividad llevada a cabo de manera libre por el aplicador del derecho (o por la dogmática jurídica). (1.2) La segunda de ellas tiene un carácter teórico y afirma: (1.2.1) en primer lugar, que los enunciados normativos sobre la interpretación no expresan (contingentemente, en un determinado ordenamiento) normas (solo meras recomendaciones), o, (1.2.2) en segundo lugar, que los enunciados normativos no son idóneos – esto es, no pueden o no sirven – para expresar normas jurídicas.

Me detengo solo en esta última tesis (1.2.2), ya que la primera (1.1) es una cuestión de política jurídica, y la segunda (1.2.1) simplemente depende de las convenciones interpretativas de cada comunidad jurídica y, entonces, es contingente.

Rechazar la idea de que tales enunciados no son susceptibles de expresar normas jurídicas exige comprender en qué sentido aquellos pueden expresar normas. A tal fin es preciso distinguir entre dos tipos de normas: normas prescriptivas y constitutivas (Von Wright, 1970: 26 ss; Searle, 1997: 21 ss). Las “normas prescriptivas” son aquellas normas que correlacionan un tipo de acción (caso genérico) con una calificación deóntica (solución normativa): prohibido, obligatorio, permitido. Las “normas constitutivas” son normas que correlacionan tipos de acción con otros tipos de acciones (Moreso y Vilajosana, 2004: 73). Establecen, por así decirlo, qué es posible hacer válidamente dentro del juego del derecho. Pues bien, las diferentes formas de regular la interpretación encajarían con las normas constitutivas: antes que establecer prohibiciones, obligaciones o permisos –a las que normalmente van asociadas algún tipo de sanciones–, los enunciados normativos que expresan las normas sobre la interpretación determinan qué cuenta como una interpretación válida dentro de las reglas del juego del derecho. Tales normas establecen cuándo estamos frente a una interpretación perteneciente al juego de la interpretación jurídica y cuándo no. En tal sentido, antes que desencadenar una sanción, la consecuencia de su no observancia sería la invalidez. Si se superan dichas reglas del juego interpretativo, y no se considera que dichas interpretaciones son inválidas, estaremos frente a creación del derecho, en uno de estos dos sentidos: (1.a) en un sentido débil, cuando se aplica una regla interpretativa no prevista por el ordenamiento pero vigente en la comunidad jurídica; (1.b) en un sentido fuerte, cuando el resultado de la interpretación no constituye la aplicación de ningún criterio interpretativo vigente en la comunidad jurídica (no siendo en rigor un acto de interpretación, sino de creación intersticial de derecho).

Es preciso señalar que las normas constitutivas pueden verse acompañadas por normas prescriptivas que establezcan sanciones para quienes interpretan el derecho de manera diferente a lo previsto. Es más, es perfectamente posible interpretar los enunciados que formulan las normas sobre la interpretación de manera tal que expresen, al mismo tiempo, normas constitutivas y, complementariamente, normas prescriptivas. Lo que no parece plausible es pensar, como se ha hecho de manera tradicional por una parte de la literatura, que las normas interpretativas sean solo prescripciones.

La razón sale a la luz si se modifica ligeramente una tesis acerca de las normas de competencia de Aienza y Ruiz Manero (2004: 73 ss). En efecto, si las normas de interpretación delimitan el ámbito competencial de los jueces –aquellos

solo tienen competencia para dictar sentencias válidas, y es condición necesaria de su validez que interpreten de conformidad a dichas normas sobre interpretación—, entonces cabe preguntarse qué estatus deóntico tendría una sentencia irregular, es decir, una decisión jurisdiccional que viola las normas sobre la interpretación jurídica, pero que aun así surte efectos jurídicos. Caben dos opciones sobre este punto. Si se opta por considerar que los órganos de adjudicación no tienen permiso para (o tienen prohibido) dictar sentencias que violen las normas de interpretación, entonces no podremos explicar por qué dichas sentencias, pese a ser irregulares, surten efectos jurídicos. Si, en cambio, se opta por considerar que tienen permiso para violar las normas sobre interpretación, entonces pareciera que estas normas son *self-defeating*, autocontradictorias, lo que resulta muy poco plausible. De este modo, no parece posible considerar que las normas sobre la interpretación puedan ser solo normas prescriptivas¹.

Es posible que los enunciados que expresan las normas constitutivas sobre la interpretación, expresen también normas prescriptivas que prevén sanciones. Ello no implica que tales normas constitutivas sean irrelevantes en caso de no ir acompañadas de normas prescriptivas (y sus respectivas sanciones), sino que delimitan el ámbito de aquello que es posible hacer dentro del derecho. Aunque su no-seguimiento pueda estar exento de sanción, lo cierto es que las decisiones que no siguen las normas sobre interpretación podrían ser consideradas como decisiones inválidas (anulables).

De este modo, tendremos una regulación sobre la interpretación cuando contemos al menos con una norma constitutiva sobre la interpretación que delimita el ámbito de las interpretaciones válidas. Ahora bien, ¿la presencia solo de normas prescriptivas es suficiente para considerar que existe una regulación de la interpretación? La respuesta es negativa: si la violación de esa norma solo tuviera efectos sancionadores contra el intérprete, sin generar ningún efecto de anulabilidad sobre la decisión dictada con base en una interpretación proscrita o prohibida², entonces el juez tendría todavía la posibilidad de optar entre dos interpretaciones posibles, ambas válidas en ausencia de norma constitutiva que delimite el ámbito del derecho válidamente producido. Ello seguiría siendo así incluso aunque una de dichas interpretaciones trajera aparejada una sanción.

Antes de analizar las diferentes formas en las que regular la interpretación, es conveniente distinguir entre dos técnicas diferentes para regularla, dependiendo de qué es exactamente lo que se regula. Al designar el vocablo “interpretación” tanto el acto de interpretación como su producto, la normativa sobre la interpretación puede constituir tanto una normativa sobre (a) el proceso de interpretación como (b) sobre el resultado de la interpretación. En el primer caso, (a) lo que se regula es

¹ Es preciso señalar que estoy presuponiendo que las nociones de norma prescriptiva, constitutiva y técnica, constituyen una clasificación exhaustiva y excluyente de los tipos de normas. Mi argumento en este sentido, además del mencionado efecto de invalidez o anulabilidad, presupone que al no tratarse de normas prescriptivas, se trata de normas constitutivas. En este sentido habría sido necesario eliminar la posibilidad de que se trate de normas técnicas, pero el espacio limitado de este trabajo impide dar cuenta de dicha cuestión. A modo de extrema síntesis, es posible afirmar que las normas técnicas presuponen relaciones de causalidad (y/o enunciados anankásticos), y no veo cómo las reglas de interpretación podrían presuponer relaciones de este tipo. No parece en este sentido que el uso de las reglas interpretativas garanticen la consideración como válida de una interpretación por parte de la comunidad jurídica porque

² Algo similar se puede decir cuando hay solo una norma que considera obligatoria una sola interpretación, debido a la interdefinibilidad entre prohibido y permitido. No obstante, es preciso señalar que resulta poco frecuente que un ordenamiento tenga solo normas interpretativas de prohibición, siendo más habitual que tenga normas que obligan a seguir determinadas interpretaciones. Menos frecuente aún resulta que solo contenga normas permisivas. Ello debido a que los permisos expresos o fuertes no servirían para orientar demasiado el comportamiento interpretativo.

cuáles son los instrumentos que se pueden usar para interpretar, mientras que en el segundo (b) lo que se regula es qué resultado interpretativo (norma) al que se debe llegar.

3. Regulación general del proceso de interpretación: métodos interpretativos

En los sistemas de *civil law*, especialmente aquellos en los que la codificación jugó un papel importante, se han positivizado normas acerca de la interpretación en los códigos civiles (Tarello, 2013: cap. VI; Guzmán Brito, 2011). Lo más característico de este tipo de regulaciones de la interpretación es que no regulan el resultado de la interpretación, sino los instrumentos interpretativos.

Por “métodos interpretativos”, “instrumentos interpretativos” o “técnicas interpretativas” aquí entenderé el conjunto de las reglas lingüísticas que permiten atribuir significado a los enunciados (directivas interpretativas de primer orden), y de las meta-reglas acerca del uso de las anteriores (directivas interpretativas de segundo orden). Las reglas lingüísticas están compuestas, en el derecho, por dos subconjuntos: las reglas del lenguaje natural y las reglas propias del discurso jurídico.

La regulación de la interpretación hace fundamentalmente dos cosas. La primera es fijar el conjunto de reglas que se pueden usar para atribuir significado a los enunciados normativos: interpretación literal, intencionalista, de acuerdo al espíritu, etc. (reglas lingüísticas o directivas interpretativas de primer orden). La segunda es establecer, a través de las meta-reglas (directivas de segundo orden), una jerarquía u orden interno en el empleo de las reglas de interpretación. Analicemos cada uno de estos aspectos por separado.

(2.1) En relación a la positivización de directivas interpretativas de primer orden surgen dos problemas (Chiassoni 2011: 80 ss; Guastini, 2004: cap. X; Núñez Vaquero 2016a; Tarello, 2011: 272 ss; Wroblewski 2008: 178 ss). (2.1.1) El primero es si se trata de listas exhaustivas de técnicas interpretativas allí positivizadas, o si se trata meramente de listas ejemplificativas. (2.1.2) El segundo de ellos es la imprecisión de la lista: frecuentemente la codificación emplea genéricas referencias al uso natural del lenguaje, a la coherencia, a la intención de la ley, a la intención del legislador, etc. El problema es que tal regulación no parece hacerse cargo de que el lenguaje natural es mucho menos preciso de lo que parece, que por coherencia podemos entender cosas diferentes, que el espíritu de la ley o de la legislación es una metáfora, o que podemos imputar diferentes tipos de intenciones al legislador.

El anterior problema refleja otro de carácter más general: para establecer qué ordenan las normas acerca de la interpretación, es necesario interpretar los enunciados que las expresan, produciéndose la paradoja (círculo vicioso) de que serían aplicables también a los enunciados que las positivizan. Dicho problema es en ocasiones afrontado a través de una interpretación originaria o de una literal (Guzmán Brito 1992; Bascuñán, 2013), pero no hay ninguna razón jurídica para interpretar de tales maneras los enunciados sobre la interpretación.

(2.2) Es posible distinguir entre cuatro tipos de directivas de segundo orden (o directivas interpretativas de segundo orden): (i) aquellas que establecen una prohibición de usar alguna regla interpretativa (i.e. prohibido desviarse del sentido literal de las palabras); (ii) aquellas que establecen una preferencia absoluta de un método frente a otros (i.e. prefíerese siempre la interpretación coherente con el resto de normas del ordenamiento); (iii) aquellas que establecen una preferencia relativa de un método frente a otros (i.e. prefíerese la interpretación original, salvo si produce resultados absurdos); y (iv) las cláusulas de cierre del sistema, es decir, aquella

norma que establece el criterio a aplicar de manera subsidiaria (i.e. en caso de dudas interpretativas, recórrase al espíritu general de la legislación).

Pues bien, lo que hacen las directivas interpretativas de segundo orden es crear una jerarquía en la aplicación de las reglas interpretativas de primer nivel. Los problemas fundamentales que surgen aquí son dos: (2.2.1) identificar las meta-normas y (2.2.2) las reglas de preferencia entre las metanormas. En relación a este último punto, el problema es que –estando todas las directivas de segundo orden en el mismo nivel– faltan directivas de tercer orden que establezcan las relaciones de preferencia entre las directivas de segundo orden. En la mayoría de ordenamientos que tienen regulaciones generales sobre la interpretación, no suele existir acuerdo sobre las reglas de preferencia entre las directivas interpretativas de segundo orden³.

(2.3) Además de los problemas ya señalados, la normativa general sobre la interpretación enfrenta un problema ulterior: su alcance. En la tradición del *civil law* esta regulación está positivizada en el respectivo código civil, frecuentemente bajo el epígrafe “interpretación de la ley”⁴. Surgen así dos preguntas. (2.3.1) En primer lugar, qué hay que entender por “ley”: ¿solo aquellas expresamente llamadas “ley”, todas aquellas con el mismo rango jerárquico, o todos los enunciados normativos (incluidos los jerárquicamente superiores)? (2.3.2) En segundo lugar, el posible efecto retroactivo de dichas normas, es decir, si son aplicables a normas previas a su promulgación.

4. Definiciones legales (o normativas)

La segunda forma en la que es posible regular la interpretación del derecho es mediante el uso de definiciones legislativas, normativas o legales, es decir, enunciados lingüísticos que establecen relaciones de sinonimia entre dos enunciados (Guastini, 2004: cap. III; Pérez Carrillo, 1974; Hernández Marín, 1994; Scarpelli, 1985). Antes de seguir, es preciso subrayar que aquí me refiero exclusivamente a las definiciones legales, y no a aquellas formuladas por la ciencia o dogmática jurídica (Núñez Vaquero, 2016b). Es importante recalcar esta idea porque las definiciones legislativas guardan una profunda relación con las definiciones o conceptos elaborados por la dogmática jurídica (Tarello, 2011: cap. IV). Ello porque es frecuente que la dogmática considere como poco satisfactorias algunas definiciones, reformulándolas por otras más sofisticadas o, incluso, ignorándolas directamente⁵.

Las definiciones legales no nos dicen cómo ha de realizarse la interpretación, sino directamente qué resultado o producto interpretativo se debe alcanzar: qué significado debemos atribuir a un término, qué norma debemos derivar de un

³ Ello quiere decir que no se ponen de acuerdo acerca de cuáles son las meta-directivas de interpretación. Sin embargo, es posible que aunque los intérpretes no se pongan de acuerdo en la interpretación en abstracto, todos interpreten convencionalmente de la misma manera enunciados normativos en concreto. Ahora bien, no hay ninguna necesidad en esta última posibilidad. Es más, es posible (y frecuente) que dichos desacuerdos se reproduzcan a la hora de emplear la regulación de la interpretación; o, incluso, que dichas normas sean directamente ignoradas o mencionadas solo retóricamente.

⁴ Denominaciones similares aparecen en los vigentes códigos civiles italiano (art. 12 *preleggi*), portugués (arts. 9 ss) chileno (arts. 19-24), argentino (art. 2), portorriqueño (arts. 14 ss) y colombiano (arts. 25 ss), entre otros. Otros códigos, como el español, hablan de la interpretación de las “normas” que si bien evitan el primer problema, incurre en el segundo tipo de problemas.

⁵ No faltan en absoluto los ejemplos de términos jurídicos definidos legalmente que son sencillamente ignorados tanto por la jurisprudencia como por la dogmática. Resulta especialmente significativa la definición de delito incorporada el Código Penal Chileno (art. 1).

enunciado⁶. No obstante, es frecuente que las normas generales sobre la interpretación regulen –tanto a través de reglas interpretativas de primer orden como de segundo orden– el uso de las definiciones legales. Sin embargo, no es imposible el uso de definiciones legislativas por parte del legislador sin que sean contempladas en la regulación de la interpretación, o incluso sin regulación general sobre la interpretación.

Las definiciones legales afrontan algunos problemas para su aplicación. (3.1) El primero de ellos es que al tratarse de definiciones, y por tanto de enunciados lingüísticos, están sujetos a interpretación. De este modo, tienen los mismos problemas de interpretación que debe afrontar cualquier enunciado al que atribuir significado: ambigüedad del enunciado y vaguedad de los posibles significados.

(3.2) El segundo problema que enfrentan las definiciones legales es su extensión: a qué otros enunciados normativos es aplicable la definición legislativa. Es posible distinguir ulteriormente entre dos tipos de problemas diferentes a este respecto. (3.2.1) En primer lugar, en relación a los textos normativos que expresan normas situadas en el mismo nivel jerárquico que las definiciones normativas, surge el problema de a qué textos es aplicable la definición normativa: ¿únicamente al texto normativo en el que aparecen (intratextual) o también para otros textos (intertextual)? (3.2.2) En segundo lugar, en relación a textos normativos que expresan normas de diferente nivel jerárquico, es posible preguntarse si aquellas son aplicables a normas de rango jerárquico superior, o a normas provenientes de órganos con competencias descentralizadas o autónomas.

(3.3) El tercer problema es aquel relativo al posible efecto retroactivo de dichas normas. En efecto, si la norma define un término empleado en textos normativos previos a la norma definitoria, surge inmediatamente la pregunta acerca del posible efecto retroactivo de las mismas.

(3.4) El cuarto y último problema se refiere a la posible contradicción entre normas definitorias y otras normas. Baste un ejemplo: según la norma N1, la compra-venta es el contrato que permite la transmisión de la propiedad de un bien material a cambio de un precio; según la norma N2, la propiedad se transmite con el mero acuerdo de voluntades en la compra-venta de bienes inmateriales.

Sobre este tipo de contradicción entre normas es preciso señalar dos cosas. (3.4.1) La primera es que no está claro en qué sentido las anteriores normas estarían en contradicción, debido a que no tienen el mismo antecedente. El uso de ambas normas produciría, no obstante, una anfibología si las dos normas son empleadas en un mismo razonamiento⁷. (3.4.2) El segundo es que al tratarse con frecuencia de normas situadas en el mismo texto y emanadas al mismo tiempo, no parece que ninguno de los criterios generales de resolución de antinomias sean aplicables.

5. Leyes interpretativas

El siguiente tipo de normativa sobre la interpretación tiene por objeto –no ya el proceso interpretativo, sino– el resultado de la interpretación. Se trata de una forma

⁶ Si consideramos que la interpretación es la atribución de sentido a enunciados completos, entonces las definiciones legales regularían el procedimiento, y no el resultado, porque harían referencia a un paso intermedio –atribuir sentido solo a un término– en el proceso interpretativo (de enunciados completos). Lo que me interesa señalar es que las definiciones normativas no son normas que indican qué instrumento o medio hay que usar para dotar de significado a un término, sino que establece una relación de sinonimia directa.

⁷ Agradezco a Giovanni Battista Ratti por haberme aclarado este punto.

de regular la interpretación similar a las definiciones legislativas precisamente por regular el resultado de la interpretación, pero difiere de la anterior al menos por tres razones. En primer lugar, los sistemas de fuentes de muchos ordenamientos prevén expresamente la figura de la ley interpretativa (o reglamento interpretativo). En segundo lugar, las leyes interpretativas tienen un alcance mucho más delimitado que las definiciones interpretativas. La razón es que una definición interpretativa no se refiere a ningún particular enunciado normativo, sino a un término (o sintagma) que puede aparecer en diferentes textos. Por el contrario, cuando estamos frente a una ley interpretativa, la aplicabilidad de las normas se limita, al menos en principio, al texto identificado objeto de interpretación. En tercer lugar, mientras que las definiciones interpretativas aparecen intercaladas en textos normativos de mayor alcance, las leyes interpretativas normalmente solo contienen normas sobre la interpretación. No obstante, no es infrecuente que se aproveche para introducir normas de carácter no-interpretativo en leyes interpretativas.

Las leyes de interpretación son productos de acto de interpretación auténtica. Lo son, en efecto, pero no en el sentido de que necesariamente el autor del texto sea el mismo que emane la norma interpretativa. Ello, en primer lugar, porque en la mayoría de casos se trataría de una ficción, puesto que raramente el mismo sujeto que redacta la norma es quien redacta también la ley interpretativa (Guastini, 2004: 89 ss). En segundo lugar, porque en muchos ordenamientos, órganos diferentes a los que emanaron la norma objeto de interpretación pueden dictar normas interpretativas: especialmente la constitución (obra del poder constituyente) y las leyes de interpretación constitucional (producidas por poderes constituidos). Las leyes interpretativas son efectivamente el resultado de ejercicio de interpretación auténtica, pero en el sentido kelseniano de interpretación dotada de valor normativo (Kelsen, 2005: 354).

Dentro de las leyes interpretativas es necesario distinguir entre las leyes de interpretación propia e impropia (Tarello, 2011: 253-254). Las leyes de interpretación impropias son aquellas que vienen a sustituir el texto interpretado por un texto nuevo, mientras que las leyes de interpretación propias no sustituyen el texto objeto de interpretación, sino que únicamente fijan normativamente su significado.

(4.1) Las impropias pueden ser equiparadas sin más a normas derogatorias. Nótese que si todas las leyes interpretativas fueran impropias y tuvieran efectos derogatorios, entonces toda ley interpretativa tendría la misma fuerza activa (capacidad de derogar otros textos) que la ley interpretada, pero no la misma fuerza pasiva (resistencia a la derogación) que la norma que interpreta (Guastini, 2016: cap. XX). Ello al menos en el caso de que la ley interpretativa tenga un procedimiento diferente para su creación, por tener unas exigencias de mayoría diversas, o porque la competencia para su creación corresponda a un órgano diferente.

(4.2) Las leyes interpretativas propias pueden tener diferente naturaleza, dependiendo de si se les atribuye o se considera que tienen un carácter meramente declarativo o un carácter constitutivo. Si se considera que las leyes interpretativas propias únicamente aclaran el significado de una norma (carácter declarativo), cumpliendo una función meramente epistémica (Atienza y Ruiz Manero, 2004: 97), entonces pareciera que necesariamente deberían tener efecto retroactivo porque toda decisión previa basada en una interpretación diferente del enunciado normativo sería una interpretación incorrecta o inválida. Si, por el contrario, se considera que las leyes interpretativas propias tienen carácter constitutivo, entonces el efecto sería similar a las de una sentencia interpretativa de aceptación, derogando el resto de

interpretaciones que pudieran ser derivadas del texto objeto de interpretación (Guastini, 2004: 91 ss) hacia el futuro.

Es preciso subrayar que si las leyes interpretativas (tanto impropias como propias de carácter constitutivo) tuvieran efecto derogatorio sobre el texto objeto de interpretación, aquellas tendrían la misma fuerza activa que la norma interpretada. Pero, si así están las cosas, entonces parecería evidente que habría diferentes formas para la modificación de un mismo texto normativo: el procedimiento estándar y el procedimiento mediante ley interpretativa. Este punto genera problemas especialmente en relación a las leyes de interpretación constitucional, presentes en un buen número de ordenamientos, y que suelen requerir mayorías menores para su aprobación (Zúñiga Urbina, 2009).

La otra opción, considerar todas las leyes interpretativas como propias de carácter declarativo, tampoco parece muy convincente (Guastini, 2004: cap. IV). La razón es que estaría en contra de cualquier teoría no férreamente cognitivista de la interpretación, que considera aquella como un acto meramente de conocimiento, pero que es la teoría de la interpretación que goza de menor predicamento hoy en día. En efecto, tanto para las teorías escépticas como moderadas, si un texto requiere de aclaración, entonces se estaría creando derecho nuevo con algún margen de discrecionalidad.

Más allá de los problemas relativos a cada una de estas formas de considerar las leyes interpretativas, surgen una serie de problemas comunes a ambos tipos. (4.a) El primero es la interpretación de la propia ley interpretativa. Resulta, en este sentido, ingenuo pensar que las leyes interpretativas eliminan el margen de discrecionalidad del intérprete: en primer lugar, porque antes que eliminar la interpretación, cambia el objeto de la misma; en segundo lugar, porque la virtualidad resolutoria de la ley depende de cómo esté redactada la ley interpretativa. (4.b) El segundo problema es la identificación del texto objeto de interpretación. Desde luego, lo más frecuente es que la propia ley interpretativa identifique formalmente el texto objeto de interpretación. Sin embargo, no ha de descartarse que se produzcan errores de identificación y/o transcripción. (4.c) Un tercer problema se produce por la derogación formal del texto normativo objeto de interpretación. Parecería en estos casos que lo más sensato es pensar que la norma interpretativa pierde su eficacia (entendida como capacidad de generar efectos jurídicos), aunque no su validez. Sin embargo, en ocasiones la misma expresión empleada en el texto objeto de interpretación por la ley interpretativa aparece de nuevo en un texto que viene a sustituir el texto derogado⁸. Cuál sea el valor jurídico de la ley interpretativa que tiene por objeto un texto derogado, pero que interpreta una expresión positivizada en un nuevo texto, no es cuestión que tenga una solución general más allá de lo previsto por cada ordenamiento.

6. Jurisprudencia y precedentes

Otra de las formas más habituales para regular la interpretación son los precedentes (Iturralde, 2014; Núñez Vaquero, 2016c). Los “precedentes” o la “jurisprudencia vinculante” son las decisiones jurisdiccionales a las que se les atribuye un determinado valor para decidir los casos diferentes (Núñez Vaquero, 2016c). Si bien no son dos fenómenos idénticos (Taruffo, 2009: caps. 33-35) –aunque tampoco hay homogeneidad en todo lo que llamamos respectivamente precedente y

⁸ Por ejemplo, la Ley de interpretación constitucional 18.152 de Chile interpreta tanto la Constitución vigente al momento de su emanación, así como aquella de 1925. Ambas constituciones contenían un mismo enunciado normativo, y no sería descabellado pensar que el mismo enunciado volviera a aparecer en una constitución posterior.

jurisprudencia vinculante (Falcón y Tella, 2010)–, aquí los consideraré como instancias o ejemplos de un mismo tipo de regulación de la interpretación: su regulación a raíz de la resolución de un concreto caso (caso individual).

No se trata de que toda la decisión jurisdiccional sea vinculante⁹, sino alguna parte de ella, normalmente denominada *ratio decidendi*, y opuesta al *obiter dicta*, la parte no vinculante de la sentencia¹⁰. Sin embargo, qué parte de la decisión judicial sea la *ratio decidendi* es una cuestión controvertida. Aquí no es necesario dar cuenta de todas las tesis acerca de qué parte de la sentencia puede constituir la *ratio decidendi* (Chiassoni, 2012), sino que es suficiente con establecer que es posible hablar de *rationes decidendi* interpretativas (Igartua, 2006; Laporta, 1997).

La *ratio decidendi* interpretativa es aquella norma aplicada por un tribunal – en el contexto de la decisión de un caso– para atribuir significado a un determinado enunciado o conjunto de enunciados normativos, derivando así una norma empleada en el razonamiento que aparece en la justificación interna o externa de la sentencia. Dicha norma puede tener dos contenidos diferentes: a) una norma interpretativa sobre qué instrumento debe ser empleado para interpretar un enunciado (o conjunto de enunciados), o bien b) una norma acerca de qué resultado interpretativo debe ser alcanzado cuando se interpreta un concreto enunciado.

Los precedentes interpretativos generan problemas similares al resto de formas de regular la interpretación. También causan problemas semejantes a los que afectan el uso de cualquier tipo de precedente. Me limito a mencionar los dos más importantes. (5.1) El primer problema que debe afrontar el uso de precedentes interpretativos es que, al estar plasmados en sentencias judiciales, y siendo aquellas conjuntos de enunciados lingüísticos, enfrentan problemas de interpretación similares a los enunciados normativos de origen legislativo¹¹.

(5.2) El segundo tipo de problemas que enfrenta el uso de precedentes interpretativos es, como ya se ha mencionado, que las normas acerca de cuán vinculantes son los precedentes suelen ser, en muchos ordenamientos, normas implícitas. También es frecuente que el sistema de precedentes sea lagunoso. Ello dificulta establecer en qué consiste exactamente la obligación de seguir el precedente interpretativo y a quién corresponde. Hay que añadir que es muy frecuente admitir que los precedentes no son nunca absolutamente vinculantes, y que en realidad los jueces tienen una amplísima gama de posibilidades para evitar la aplicación de los precedentes (Marshall, 1993; Núñez Vaquero, 2016c).

⁹ Las decisiones jurisdiccionales tienen valor de precedente interpretativo sencillamente cuando haya una norma que diga que son obligatorios (regla del *stare decisis*): una norma (o conjunto de normas) que señala determinadas decisiones o tipo de decisiones como normas válidas (y/o aplicables) para otros casos. No obstante, es preciso señalar que tales normas no son siempre normas expresas o formuladas, sino que con mucha frecuencia son normas implícitas, producto de la concreción de diferentes principios o producto de la construcción jurídica.

¹⁰ No obstante, es preciso señalar que la relación entre *obiter dictum* y *ratio decidendi* es dinámica en un doble sentido: en primer lugar, porque qué parte sea *obiter* y cuál *ratio* de una misma sentencia puede cambiar a lo largo del tiempo por las diferentes interpretaciones que reciba la decisión jurisdiccional; en segundo lugar, no es infrecuente que se hable de *obiter dicta* vinculantes, es decir, un tercer *tertium datur*.

¹¹ Si bien en nuestro contexto cultural se ha prestado una menor atención a los problemas relativos a la interpretación de sentencias, aquellos son conocidos desde hace tiempo (Llewellyn, 1950; Radin, 1946; Núñez Vaquero, 2016c).

7. Normas de origen judicial no procedentes de la resolución jurisdiccional de casos

Consideración aparte merecen las normas interpretativas dictadas por órganos jurisdiccionales, pero que no son formuladas a raíz de la solución de ningún caso genérico o individual: son dictadas al margen de cualquier procedimiento para la resolución de litigio alguno. Estas normas podrían equipararse tanto a los precedentes como a las leyes interpretativas, y encuentran una de sus mejores expresiones en los acuerdos no jurisdiccionales del Pleno del Tribunal Supremo español (Manjón-Cabeza, 2008) y en los Autos acordados de la Corte Suprema chilena (Zuñiga Urbina, 2011). Se trata de enunciados normativos dictados por órganos de adjudicación que fijan el resultado interpretativo a alcanzar en relación a un enunciado normativo o conjunto de enunciados¹².

Es preciso no confundir este fenómeno con otro similar, vinculado a los precedentes judiciales. En efecto, debido a los problemas para identificar la *ratio decidendi* de las decisiones jurisdiccionales, algunos ordenamientos han optado –en lugar de dejar la tarea a las revistas especializadas, a repertorios de sentencias o a cada juez la decisión de cuál es la *ratio*– por crear órganos especializados en fijar la *ratio* de las decisiones jurisdiccionales, o asignarle tal tarea a tribunales. Ejemplo excelente del primer tipo son las *massime* del *Ufficio del massimario* de la *Corte di Cassazione* italiana, que tiene por función no la creación autónoma de normas interpretativas, sino fijar *rationes decidendi* provenientes de la propia Corte (Taruffo, 2009: 35§). Ejemplo del segundo tipo son las *súmulas vinculantes* que pueden dictar algunos órganos jurisdiccionales en Brasil, y que fijan –mediante un acto que no decide la calificación jurídica de ningún caso individual o genérico– la *ratio decidendi* de un caso o conjunto de casos previos (Zanetti Jr., 2015: cap. II)¹³. Fenómenos similares se pueden encontrar en otros ordenamientos, como la Corte Suprema chilena, que actualmente se encuentra en un proceso de sistematización de su propia jurisprudencia, seleccionando las *rationes decidendi* de un gran grupo de sentencias.

Sin embargo, ambos tipos de fenómenos (acuerdos no jurisdiccionales, por un lado, y *súmulas* y *massime*, por el otro) enfrentan problemas de interpretación similares a los de cualquier otro enunciado lingüístico: ambigüedad del texto y vaguedad de algunos significados. Finalmente, también son discutibles los posibles efectos derogatorios o retroactivos de dichas normas.

Bibliografía

- AGUILÓ, J. (1990), "Sobre 'Definiciones y normas'", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm 8, pp. 273-282.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004), *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.

¹² Ni todos los Autos acordados españoles ni todos los Acuerdos no jurisdiccionales españoles son normas sobre la interpretación. Solo algunos de ellos. No obstante, también pueden surgir dudas acerca de cuándo estamos frente a Autos o Acuerdos interpretativos o frente a la formulación de normas completamente nuevas.

¹³ No obstante, hay que precisar que ya ha habido una *súmula vinculante* (la n.º 11 del Supremo Tribunal Federal de Brasil) que no fija la *ratio decidendi* de ninguna decisión jurisdiccional previa, sino que fue dictada con carácter independiente a cualquier proceso judicial sobre el tema. Si así están las cosas, esta *súmula* podría ser asimilada a un Acuerdo no jurisdiccional español o a un Auto acordado chileno. Debo agradecer a Clayton Maranhão, Tiago Alberto y Christian Delgado por su generosidad al haberme explicado con gran claridad en que consiste el fenómeno de las *súmulas* en el ordenamiento brasileño.

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (2013), "El mito de Domat". En: THORUD, C. F., ZALAQUETT, N. N., IRIBAREN, L. S. y SQUELLA, A. (eds.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 263-350.
- CHIASSONI, P. (2011), *Técnicas de interpretación jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- CHIASSONI, P. (2012), "¿Son vinculantes los precedentes judiciales civiles?". En: MORENO CRUZ, D. (comp.), *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, U. del Externado de Colombia, pp. 211-266.
- DICIOTTI, E. (1999), *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. (2010), *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*, Marcial Pons, Madrid.
- GUASTINI, R. (2004), *La interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano.
- GUASTINI, R. (2016), *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- GUZMÁN BRITO, A. (1992), "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile". En: AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 41-87.
- GUZMÁN BRITO, A. (2011), *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes*, Iustel, Madrid.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1994), "Definiciones en el Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, pp. 367-380.
- IGARTUA, J. (2006), "La fuerza vinculante del precedente judicial", *Isegoría*, núm. 35, pp. 193-205.
- ITURRALDE SESMA, V. (1989): *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid.
- ITURRALDE SESMA, V. (2013), "Precedente judicial", *Eunomía*, núm. 4., pp. 194-201.
- LAPORTA, F. (1997), "Vindicación del precedente judicial en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, pp. 267-278.
- LLEWELLYN, K. (1950), "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed", *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, núm. 3, pp. 395-406.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (2008), "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la segunda del TS?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, pp. 02:01-02:25.
- MARINONI, L. G (2013), *Precedentes obligatorios*, Palestra, Lima.
- MARSHALL, J. (1993), "Trentatre cose che si possono fare con i precedenti", *Ragion Pratica*, núm 6, pp. 29-34.
- MORESO J.J. y VILAJOSANA, J.M. (2004), *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2014a), "Ciencia jurídica: un mapa conceptual". En: NÚÑEZ VAQUERO, A. (coord.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, pp. 13-52.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2014b), "Dogmática jurídica", *Eunomía*, núm. 6, pp. 245-260.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2016a), "Breve ejercicio de teoría (realista) de la interpretación", *Ius et Praxis*, vol. 22, núm. 1, pp. 129-164.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2016b), "Conceptos jurídicos dogmáticos: una aproximación ius-realista", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 28 (en prensa).
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2016c), "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*", *Doxa*, núm. 38 (en prensa).
- PÉREZ CARRILLO, A. (1974), "La definición legal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, pp. 155-168.

- POZZOLO, S. (2011), *Disposición vs, norma*, Palestra, Lima.
- RADIN, M. (1946), "The Trial of the Calf", *Cornell Law Quaterly*, vol. 32, pp.137-160.
- SEARLE, J. (1997), *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona.
- SCARPELLI, U. (1985), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano.
- TARELLO, G. (2013), *La interpretación de la ley*, Palestra, Lima.
- TARUFFO, M. (2009), *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid.
- VON WRIGHT, G. H. (1970), *Norma y acción*, Tecnos, Madrid.
- WROBLESKI, J. (2008), *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México D.F.
- ZANETTI, Jr. H. (2015), *El valor vinculante de los precedentes*, Raguel, Lima.
- ZÚÑIGA URBINA, F. (2009), "Constitución y ley interpretativa. Algunas notas sobre una paradoja y peligros relativos a este tipo de ley", *Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 2, pp. 255-281.
- ZÚÑIGA URBINA, F. (2011), "Control de constitucionalidad de autos acordados", *Estudios constitucionales*, vol. 9, núm. 1, pp. 389-418.

La financiación de los partidos políticos

The funding of political parties

Emilio Pajares Montolío
 Universidad Carlos III de Madrid
epajares@der-pu.uc3m.es

Recibido / received: 04/03/2016
 Aceptado / accepted: 10/06/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3287>

Resumen

Aunque sujeta a cambios relativamente frecuentes, alguno muy reciente, la legislación sobre financiación de partidos políticos sigue en España un modelo claramente asentado en las contribuciones públicas, que reciben los partidos en función de varios conceptos y por parte de diversas instituciones, hasta el punto de convertirse en su principal fuente de recursos, sin que, más allá del ámbito electoral, sus gastos sean objeto de límites o incluso de prohibiciones.

Sin que quepa imputar este hecho a unas previsiones legales que han tendido a hacerse cada vez más restrictivas, la financiación que reciben por otras vías es mucho menor, tanto en forma de donaciones (legales) como por las cuotas o aportaciones de sus miembros, en un desequilibrio que tiene importantes consecuencias para definir su posición en el sistema político. Se cierra ese modelo con un sistema de control que reposa básicamente en la atribución al Tribunal de Cuentas de la fiscalización de la contabilidad anual y electoral de los partidos, sin que hasta las últimas reformas se haya prestado especial atención a la necesaria transparencia e incluso a la correcta articulación de las sanciones por la infracción de las normas en la materia.

Palabras clave

Partidos políticos; subvenciones a partidos políticos; gastos electorales; donaciones a partidos; control de la financiación de partidos y Tribunal de Cuentas; corrupción.

Abstract

Although subjected to relatively frequent changes, some very recent, legislation on political parties funding, follow in Spain a model clearly based on public contributions, based on several concepts and from various institutions, to the extent of becoming their main source of income, without their expenses being subjected to limits or prohibitions, beyond the electoral arena. Not being possible to attribute this fact to current legal provisions, which have tended to be increasingly more restrictive, the funding received from other sources is much lower, both in the form of (legal) grants, or from member fees and contributions, creating an imbalance that has important consequences on the definition of their position in the political arena. This model is completed with a control system based on the conferral to the Court of Auditors of powers to audit the annual and electoral parties accounting books, but it has been only until the recent reforms that special attention has been paid to the necessary transparency or even to the correct regulation of sanctions for violation of the rules on the matter.



Keywords

Political parties; direct and indirect public funding; election expenses; donations; public monitoring of political finance and Court of Auditors; corruption.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Una generosa financiación pública, procedente de varias fuentes. 2.1. Subvenciones para el funcionamiento de los partidos. 2.2. Subvenciones a los grupos. 2.3. Subvenciones por gastos electorales y otras contribuciones (indirectas) en periodo electoral. 2.4. Subvenciones por gastos de campañas de referéndum. 2.5. Subvenciones a fundaciones vinculadas a partidos políticos. 3. Algunos gastos (electorales) prohibidos y limitados. 4. Una financiación privada muy modesta. 4.1. Donaciones. 4.2. Operaciones de crédito. 4.3. Cuotas y aportaciones. 4.4. Otras fuentes. 4.5. El régimen tributario de los partidos y de sus ingresos. 5. ¿Un control efectivo? 5.1. Requisitos contables. 5.2. Procedimientos de fiscalización. 5.2.1. Sujetos obligados. 5.2.2. Informes del Tribunal de Cuentas. 5.3. Publicidad de la contabilidad. 5.4. Sanciones.

1. Introducción

Susceptible de ser analizada desde muy diversas perspectivas, la regulación de la actividad económica de los partidos políticos y de quienes concurren en candidaturas electorales ha resultado tan trascendente como, en la mayoría de los casos, insatisfactoria respecto a los objetivos que se pretende conseguir con ella. Su relevancia viene ligada a la conformación del sistema de gobierno como democracia de partidos (o electoral), por lo que normar cuestiones relacionadas con la financiación de su actividad, esto es, con el uso y origen de los muy cuantiosos medios económicos que necesitan para realizarla, parece lógico si se quiere garantizar su estabilidad y continuidad, en tanto los partidos son piezas esenciales de la democracia (pero con el efecto paralelo de acentuar la centralización y burocratización de las estructuras partidistas y reducir la afiliación, si ya no dependen de las contribuciones de los militantes). Algo parecido se puede decir respecto a la igualdad de la competencia política que trata de asegurar (en algunos casos más bien ha cerrado el paso a la aparición de nuevas opciones, beneficiando especialmente a las opciones con mejor situación de partida) o sobre el sometimiento a control público de sus fuentes de financiación y de sus gastos (mediante instrumentos que difícilmente pueden asegurar sobre todo cuál es el origen de los fondos que manejan). Tampoco se ha evitado totalmente que dependan de poderes económicos o sociales, de grupos de presión e incluso de redes ilegales de financiación, ni que el dinero se convierta en un factor determinante en la vida política (Del Castillo, 1985)¹.

En una muy sumaria relación inicial, hay que considerar al menos cuatro ámbitos sobre los que, con muy diverso alcance, puede proyectarse la intervención estatal en esta materia, con una relación mayor o menor con los objetivos citados anteriormente, que serán los que se analicen a continuación respecto a la legislación española actualmente vigente. El más notable, sin duda, es el de la

¹ En todo caso, conviene recordar, como hacen Rodríguez Teruel, Baras, Barberà y Barrio (2013: 64-65), que los problemas de la financiación de partidos no sólo tienen que ver con las normas que los regulan, sino que exigen también plantearse el modo en que se articula la representación política, las prácticas sociales y la existencia, si la hubiera, de una opinión pública crítica, que favorezca la rendición de cuentas, la transparencia en este ámbito.

financiación pública, puesto que buena parte de esas regulaciones ha estado destinada a contribuir económicamente, a subvencionar a los partidos, de acuerdo a varias modalidades que pueden afectar a la entidad que financia (Administraciones o parlamento), a la actividad subvencionada (todas, sólo las electorales, sólo las parlamentarias), al sujeto que recibe esa financiación (partido, candidato, grupo parlamentario, fundación, prensa u otras organizaciones ligadas con ellos) o a los criterios para determinar quién accede a esa financiación pública y cómo se distribuyen las subvenciones y/o prestaciones materiales que se facilitan por los poderes públicos.

Con una orientación más bien limitadora o incluso prohibitiva se ha abordado la *financiación privada*, sujeta en ocasiones a ciertos requisitos de publicidad y, eventualmente, a incentivos de carácter fiscal que tienden a estimularla. Una orientación en parte semejante (límites y prohibiciones) puede tener el tratamiento de los *gastos* (sobre todo los electorales). Con relación más o menos directa con el resto de medidas, estas previsiones habitualmente se cierran con el establecimiento de sistemas de *control de la actividad económica*, con intervención de un organismo público (el propio parlamento, los que actúen en periodo electoral, los de control contable o uno específicamente creado para esta función) y sanciones, sean económicas, penales o electorales (privación del cargo).

Estas medidas se han combinado de muy diferente manera, dando lugar a regulaciones diversas, a veces sólo parciales, en las que se aprecia no tanto una voluntad de introducir un determinado sistema elaborado y coherente, ajustado a la posición de los partidos en el sistema político, como la de dar respuesta a acontecimientos muy concretos, ligados a escándalos de naturaleza política o a las necesidades más o menos coyunturales de los partidos, lo que hace que los cambios sean frecuentes, en un Derecho que se manifiesta como un supuesto de autorregulación: son los propios partidos (o el que tenga mayoría) los que aprueban las normas que les benefician, limitan o controlan, con las dificultades que conlleva para su observancia (Iglesias, 2016: 124-125).

En buena medida, la legislación española participa de estas características: en primer lugar, el reconocimiento constitucional de la relevante posición de los partidos políticos (artículo 6 CE) brinda cobertura más que suficiente para concebir, con carácter general, no limitado a su financiación, el Derecho de partidos como un conjunto de privilegios y obligaciones (STC 3/1981), previstos expresamente en el texto constitucional (como la democracia interna) o derivados directamente de las funciones que se les asigna, como sería el caso de su financiación, para cuya regulación, al no imponer ningún modelo, cuenta el legislador con un amplio margen que en todo caso no puede ignorar esa relevancia constitucional (Sánchez Muñoz, 2013: 163)².

² No es muy frecuente que en las normas constitucionales, a pesar de la relevancia de la materia para un Estado democrático, haya pronunciamientos sobre la financiación de los partidos, aunque sí hay algún ejemplo significativo, como la Ley fundamental para la República Federal de Alemania, que, tras afirmar que los partidos políticos participan en la formación de la voluntad política del pueblo, establece que “deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio”. Más peculiar resulta, en el ordenamiento español, que apenas haya sido objeto de consideración en la jurisprudencia constitucional la financiación partidista, cuando en otros países ha contribuido de forma determinante en la conformación de estas normas, con diversas orientaciones y puntos de partida: mientras en España sólo ha sido objeto de referencias muy genéricas, porque el Tribunal Constitucional no ha tenido que resolver ningún recurso o cuestión que tuviera por objeto directo los problemas de la financiación (así, por ejemplo, en la STC 3/1981, de 2 de febrero, al abordar otras cuestiones sobre el régimen jurídico de los partidos políticos, se menciona que reciben ayuda financiera del Estado no por el mero hecho de existir, sino por cumplir de manera efectiva con las

El tratamiento legal de la cuestión presenta otra particularidad, pues debe atenderse tanto a lo previsto en la Ley orgánica 8/2007, de 4 de julio, de financiación de los partidos políticos (LOFPP), como en la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG). Esa diferenciación se inició con la aprobación, durante la transición política, de normas electorales (el Real decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, que contenía algunas disposiciones sobre financiación pública y privada, básicamente) y posteriormente sobre partidos (la Ley 4/1978, de 4 de diciembre, que apenas preveía que se otorgaran subvenciones anuales con cargo a los presupuestos generales del Estado). Sin que se alegara una razón de fondo sólida, este carácter fragmentado se mantuvo cuando en la década siguiente se aprueban la ya citada LOREG y la primera norma que aborda específicamente esta cuestión, la Ley orgánica 3/1987, que establecerán ya un sistema que, en sus líneas maestras, sigue vigente a pesar de las, hasta cierto punto, numerosas reformas posteriores que se han registrado en uno y otro ámbito, incluyendo la aprobación de una nueva ley de financiación de partidos en 2007, modificada a su vez en 2012 y más recientemente en 2015: sin duda, cabe calificarla, con Lucas Murillo de la Cueva (1993), de “legislación interminable”, pues en ella se cumple, como se verá a continuación, esa condición de normas elaboradas con carácter reactivo o casuístico (Iglesias, 2016: 129).

2. Una generosa financiación pública, procedente de varias fuentes

Se puede afirmar que el primer objeto de estas normas, su fin principal, es la regulación de la financiación pública, a través de subvenciones: previstas ya en las primeras normas sobre partidos y elecciones, ante la falta de recursos propios de formaciones políticas que habían empezado a desarrollar su actividad en las especiales circunstancias de la transición a la democracia (reducido número de militantes y carencia de recursos propios, campañas costosas, organización permanente y de cierta extensión, para cumplir con las funciones de un sistema democrático cuyo funcionamiento depende básicamente de los partidos), apenas se han puesto en discusión salvo en tiempos recientes, en un contexto de crisis económica y de desafección hacia el sistema político que ha llevado a cuestionar de forma generalizada la organización constitucional del Estado. En todo caso, más allá de circunstancias coyunturales, la conexión entre estas prestaciones estatales y la garantía de que los partidos pueden cumplir sus funciones constitucionales en condiciones mínimas de igualdad es evidente³.

funciones que constitucionalmente se les atribuyen), estos asuntos han llegado en numerosas ocasiones al Tribunal Constitucional Federal, lo que quizá se pudiera explicar por contar con la expresa regulación constitucional que se acaba de mencionar, pero también hay decisiones del Consejo Constitucional muy relevantes cuando el ordenamiento francés tiene un planteamiento más similar al español (se reconoce constitucionalmente la función de los partidos, pero sin mención a su financiación) e incluso en EEUU han sido capitales las sentencias del Tribunal Supremo a pesar de que ninguna norma constitucional se refiere a partidos o candidaturas.

³ En la jurisprudencia constitucional de otros países se pueden encontrar algunas interesantes reflexiones sobre la fundamentación de las subvenciones: concretamente, en Alemania la Sentencia de 24 de junio de 1958 (BVerfGE 8, 51) declaró que no había un deber de financiación estatal, aunque cabía realizarla bajo el principio de igualdad. Las subvenciones anuales que inmediatamente después se empezaron a distribuir fueron consideradas en la Sentencia de 19 de julio de 1966 (BVerfGE 20, 56) incompatibles con la función de los partidos políticos: si al Estado no le corresponde la formación de la voluntad popular, tampoco la de financiar a los partidos en cuanto organizaciones sociales, que han de mantener su independencia respecto al Estado, salvo en el ámbito electoral, ya que la contribución que realizan a la formación de la voluntad estatal, que además es perfectamente cuantificable, puede ser objeto de restitución por el Estado. Causa inmediata de la aprobación de una Ley de partidos políticos el año siguiente, que contiene una detallada disciplina sobre su funcionamiento interno (con garantías de participación de la militancia) y sobre su financiación, incluyendo el desarrollo de la obligación constitucional de rendición de cuentas, el Tribunal reconsideró su posición en la Sentencia de 9 de abril

2.1. Subvenciones para el funcionamiento de los partidos

La LOFPP contiene en primer lugar una regulación detallada de las subvenciones anuales a cargo de los presupuestos generales del Estado (lo que se ha dado en llamar la financiación *ordinaria*), destinadas, según su art. 3.1, a financiar tanto los gastos de funcionamiento de los partidos, sin mayor determinación o concreción, como, desde la aprobación de la Ley orgánica 1/2003, también los específicamente destinados a seguridad (hay que incluirlas en partidas por separado), a las que accederán las formaciones políticas que tengan representación en el Congreso de los Diputados⁴.

Lo que no establece la LOFPP es su cuantía, ni siquiera un máximo o un mínimo, ni se vincula con ninguna actividad de los partidos ni con la voluntad de los contribuyentes⁵: simplemente, ha de fijarse una cantidad global en la ley de presupuestos generales del Estado de cada ejercicio. Con Sánchez Muñoz (2013: 168) cabe apuntar que para determinarlas habría que atender al doble criterio de que resultaran suficientes y estables, de modo que les permitieran atender sus “necesidades económicas”, pero en este ámbito no ha resultado posible establecer cuáles son éstas, por lo que cada año se establece según el criterio que tengan las Cortes Generales.

Lo que sí está previsto en cambio es que se distribuyan en función del número de escaños y de votos obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones al Congreso de los Diputados (art. 3.2): las dos partidas consignadas en los presupuestos se dividen en tres partes iguales, que se distribuyen una en proporción al número de escaños obtenidos por cada partido político en dichas elecciones y las dos restantes proporcionalmente a todos los votos obtenidos por cada partido en dichas elecciones. Dos primeras consideraciones cabe formular acerca de estas reglas:

a) Quedan excluidas de las subvenciones las formaciones extraparlamentarias, con independencia de los resultados que hayan obtenido (en algunas ocasiones han sido de centenares de miles de votos), con el efecto de

de 1992 (BVerfGE 85, 264), para admitir, desde una posición de partida similar, una financiación anual (pues no cabe distinguir radicalmente entre las actividades electorales y las demás), siempre que sea parcial y, por tanto, mantenga la libertad de los partidos respecto al Estado y sus vínculos con la sociedad (Doublet, 1991 y 1993). Por otras razones, en Italia la financiación a través de subvenciones directas ha sido suprimida en dos ocasiones: mediante referéndum abrogatorio celebrado el 18 de abril de 1993 (con un 90 % de votos a favor de la derogación de las leyes que la preveían) y, más recientemente, por Decreto-ley de 28 de diciembre de 2013, n. 149.

⁴ Adicionalmente se establece que, cuando se inicie un proceso de ilegalización, el Ministerio del Interior puede solicitar a la autoridad judicial que adopte, como medida cautelar, la suspensión de la entrega de cualquier recurso procedente de una institución pública (art. 3.5). No las pueden recibir las formaciones políticas que no estén al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad social (art. 3.7) ni las que no hayan publicado sus cuentas en internet, en los términos que luego se señalarán.

⁵ A diferencia de lo que ocurre en Alemania o en las elecciones primarias para la Presidencia de Estados Unidos, donde está previsto que la entrega de fondos públicos se vincule a la capacidad de recaudar donaciones de particulares (*‘matching funds’*). También en Estados Unidos se prevé la creación de un *‘presidential election campaign fund’*, integrado por una cantidad fija por cada contribuyente que, con carácter voluntario, indique que se dedique a ese fin, pero sin que, al contrario de lo que dice Ariño (2009: 22), se pueda señalar la fuerza política a la que irá destinada esa aportación; últimamente no han recurrido los candidatos a este fondo porque disfrutar de esta financiación pública era incompatible con recibir donaciones privadas: a la vista de la descomunal capacidad recaudatoria desplegada por los candidatos presidenciales en las últimas elecciones, obtienen por esta vía recursos muchísimo más elevados (además, recibir la financiación pública implica también no rebasar ciertos límites de gastos de campaña).

dificultar la renovación de la representación y por tanto contribuir al mantenimiento de un determinado sistema de partidos⁶.

b) En la misma línea, aunque es lógico distinguir en función de los resultados, ya que no todas las fuerzas políticas contribuyen de la misma manera al funcionamiento del sistema, el reparto también tiene en cuenta, aunque sea en la fracción menor, el número de escaños obtenidos, lo que viene a reducir la cantidad que hayan de recibir aquellas formaciones políticas perjudicadas por la aplicación del sistema electoral previsto para el Congreso de los Diputados, caracterizado por generar notables desequilibrios en la representación, a favor de los partidos más votados y, sobre todo, en perjuicio de algunos partidos menores, que en algunas ocasiones han sido muy notables⁷.

Asimismo, de forma lógica si se tiene en cuenta el carácter compuesto del Estado, se prevé que, con este mismo carácter anual, puedan otorgar subvenciones comunidades autónomas y territorios históricos vascos, atendiendo en ese caso a los mismos criterios que el Estado (art. 3.3): han de estar previstas en los correspondientes presupuestos generales, sólo pueden beneficiar a las formaciones que cuentan con representación en la asamblea o junta y se distribuyen en función de los votos y escaños obtenidos⁸.

2.2. Subvenciones a los grupos

Junto a ésta financiación ordinaria, la LOFPP prevé también, pero sin llegar a regularlas, que los poderes públicos realicen aportaciones destinadas a financiar otros gastos: en primer lugar, los de los grupos parlamentarios (en las Cortes Generales, en las asambleas de las comunidades autónomas o en las juntas generales de territorios históricos) o los de instituciones locales, de acuerdo a las normas de cada una de estas cámaras o corporaciones locales (art. 2.1.e). Respecto a los primeros, puede bastar a título de ejemplo mencionar las previsiones del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD), que establece una subvención fija idéntica para todos y otra variable en función del número de miembros de cada uno de ellos (en este ámbito, al contrario que en las subvenciones anuales y en las subvenciones electorales que se tratan a continuación, sí que resulta razonable tener en cuenta los escaños que han obtenido los partidos), en cuantía fijada por la Mesa, de la que deberán llevar los grupos parlamentarios una contabilidad específica, que pondrán a disposición de la

⁶ Con el riesgo que señalan Rodríguez Teruel, Baras, Barberà y Barrio (2013: 85): al no incentivar la renovación de los partidos, las nuevas demandas sociales pasan a canalizarse por formaciones políticas al margen del sistema (y en muchas ocasiones, contrarias al sistema).

⁷ Al menos, este tratamiento se corrigió en parte con la aprobación de la vigente LOFPP, pues la Ley orgánica 3/1987 no tenía tampoco en cuenta los votos recibidos en las circunscripciones donde no se hubiera rebasado el 3 % de los sufragios que se establece en la LOREG como barrera electoral. El establecimiento de requisitos de este tipo, más concretamente el de superar un determinado porcentaje de votos, fue juzgado inconstitucional en Alemania (Sentencia de 3 de diciembre de 1968, BVerfGE 24, 300) y en Francia (DCC 89-271, de 11 de enero de 1990), por contrariar el principio de igualdad de oportunidades o limitar el pluralismo político: de ahí que tuviera que ser rebajado del 2,5 % o del 5 % inicialmente previsto, respectivamente, al 0,5, que se entendió acreditaba un mínimo apoyo social, una contribución al debate político aun sin representación.

⁸ Sólo una comunidad autónoma, Galicia, ha aprobado una ley propia de carácter general sobre la materia (Ley 9/2015, de 7 de agosto, de financiación de las formaciones políticas y de las fundaciones y entidades vinculadas o dependientes de ellas), que recoge también la financiación electoral en los términos que ahora se señalarán. Las demás, cuando han otorgado este tipo de subvenciones (País Vasco y Comunidad Valenciana en 2013), se han limitado a consignarlas en la correspondiente ley de presupuestos.

Mesa siempre que ésta lo pida (art. 28 RCD)⁹. También tiene que integrarse en la contabilidad anual de los partidos que, como luego se verá, han de presentar ante el Tribunal de Cuentas, pero esto no significa necesariamente que haya que considerar que su destinatario, quien decide sobre estas subvenciones, es directamente el partido y no el grupo, como sostiene por ejemplo Ariño (2009: 47), si bien la falta de publicidad sobre el control que realizan los órganos de dirección de las cámaras (si es que lo hay) impide esclarecer totalmente este asunto.

Ante el número creciente de ayuntamientos y diputaciones provinciales que venían reconociendo el disfrute de fondos consignados en los presupuestos de estas corporaciones a los grupos que forman concejales o diputados provinciales en su seno, la Ley de bases del régimen local (modificada por Ley 11/1999) reguló algunos aspectos de ese tipo de contribuciones, de modo que, conforme a su art. 73.3, la dotación económica que pueden recibir los grupos políticos locales esté integrada (dentro de los límites que deberían establecerse con carácter general en las leyes de presupuestos generales del Estado, pero que nunca se han llegado a regular) por un componente fijo (idéntico para todos los grupos) y un componente variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, prohibiendo que se destinen al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial. De esta dotación deberán llevar los grupos políticos una contabilidad específica, que pondrán a disposición del pleno de la corporación siempre que éste lo pida (sin perjuicio evidentemente de su fiscalización por el Tribunal de Cuentas).

2.3. Subvenciones por gastos electorales y otras contribuciones (indirectas) en periodo electoral

Previstas en la LOREG y también en las normas electorales autonómicas, pues, como ocurre en la mayor parte de los elementos que integran el Derecho electoral español, algunas de las previsiones de la LOREG sobre subvenciones y gastos electorales tienen un carácter general y se aplican por tanto de manera uniforme a todas las elecciones que se celebran por sufragio universal, con la necesaria concreción que en algún caso es necesario establecer en la regulación específica de cada proceso (no es idéntica la cuantía de las subvenciones, por ejemplo); esta concreción está incluida también en la LOREG excepto en lo relativo a las elecciones autonómicas, puesto que ésta es una de las materia en las que las leyes electorales de cada comunidad autónoma pueden establecer algunas reglas propias, si bien su margen (conforme a lo establecido en la disposición adicional primera LOREG) no es muy amplio y tampoco lo han aprovechado, pues todas – menos Cataluña, que no ha aprobado aún su ley electoral, por lo que regula estas cuestiones mediante decretos aprobados para cada convocatoria, con grave merma del principio de legalidad- han optado por mantener un gran paralelismo entre sí y con la propia LOREG (Pajares, 2004; Gavara, 2009)¹⁰.

⁹ Aunque no se trata exactamente del mismo supuesto de subvención a grupos parlamentarios, al menos es necesario dejar constancia de normas en el ámbito de la Unión Europea sobre la materia, contenidas en el Reglamento (UE, EURATOM) No 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, asunto que ha analizado con detalle López de la Fuente (2014).

¹⁰ Por esa razón, lo que se diga a continuación en materia de financiación electoral se va a corresponder con esas previsiones generales (que figuran en el título I LOREG y, más concretamente, en su capítulo VII, "Gastos y subvenciones electorales", artículos 121 a 134) y, en su caso, con las específicas de las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado (que figuran en el título II LOREG, en concreto en los artículos 174 y 175).

Al igual que ocurre con las anuales, sólo pueden acceder a esas subvenciones destinadas a compensar los gastos de la campaña electoral las formaciones que hayan obtenido representación (art. 175.1 LOREG), aunque para recibir las subvenciones por envíos postales es necesario alcanzar resultados cualificados (como puede ser que la formación política tenga el número de escaños suficientes para constituir un grupo parlamentario o un determinado porcentaje de votos: el primero es el que ha establecido el art. 175.3).

A diferencia de la LOFPP, las leyes electorales sí que prevén las cantidades que se van a percibir, de lo que se deduce que esta actividad sí que se puede cuantificar: así, 21.167,64 € por cada escaño obtenido en el Congreso de los Diputados o en el Senado, 0,81 € por cada uno de los votos conseguidos por cada candidatura al Congreso uno de cuyos miembros, al menos, hubiera obtenido escaño de diputado, 0,32 € por cada uno de los votos conseguidos por cada candidato que hubiera obtenido escaño de senador y 0,18 € por elector en cada una de las circunscripciones en las que haya presentado lista al Congreso de los Diputados y al Senado al que hayan hecho un envío directo y personal de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral (art. 175.1 y 3)¹¹.

En todo caso, la cantidad que finalmente reciba una formación política puede ser inferior a la suma del total que resulte de multiplicar votos y escaños por esas cantidades, ya que la subvención no podrá sobrepasar la cifra de gastos electorales declarados por cada grupo político y justificados por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función fiscalizadora (art. 127.1), lo que otorga un carácter claramente reembolsatorio a estas subvenciones: nunca se ingresará más que lo que se haya declarado y justificado gastar (Pajares, 1998: 234-235).

Con la salvedad de alguna ley autonómica, que establece como requisito para acceder a estas subvenciones electorales el obtener un determinado porcentaje de votos y no el de haber conseguido representación (tanto el art. 22 LECMad como el 41 LEVal exigen haber obtenido al menos el 3 % de los votos en todo el territorio de la respectiva comunidad), cabe reiterar en este punto las mismas observaciones apuntadas anteriormente, pero acentuadas porque tendrían menos justificación: quedan excluidas las formaciones extraparlamentarias (si su objeto es compensar el *esfuerzo* realizado por quienes concurren al proceso electoral, la contribución a formar la voluntad popular se puede haber producido aun sin tener *éxito* electoral) y se trata de forma diferente a formaciones que van a ver retribuidos todos o prácticamente todos los votos recibidos (pues alcanzan escaños en la mayor parte de las circunscripciones en las que concurren) mientras otras, por tener representación en un número reducido de distritos, no van a ver computados un número incluso muy importante de votos.

Tratamiento particular merece la subvención por envíos postales de sobres, papeletas y propaganda (art. 173.3 LOREG): en primer lugar, porque es el único gasto que se reembolsa con carácter específico y, precisamente por esa razón, tiene un carácter estrictamente igualitario en la medida en que no se parte de los resultados obtenidos por las formaciones sino de la actividad realizada, por lo que si todas han hecho el mismo número de envíos recibirán igual subvención (salvo que se prevea, como hacen algunas leyes electorales autonómicas y también la LOREG en las elecciones al Parlamento Europeo, cantidades diferentes en función del

¹¹ Las cantidades relativas a gastos y subvenciones electorales se expresan en la LOREG en euros constantes (art. 131.1 y 175.4), por lo que tienen que ser actualizadas para cada convocatoria: vid. la Orden (Hacienda y Administraciones Públicas) 2272/2015, de 30 de octubre, por la que se fijan las cantidades de las subvenciones a los gastos originados por actividades electorales para las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015.

porcentaje de votos obtenidos); por esa razón, en segundo lugar, los requisitos de acceso son más exigentes (como ya se apuntó, en las elecciones a Cortes Generales se exige contar con el número de escaños y votos suficiente para formar grupo, redacción un tanto tortuosa que podría entenderse como no equivalente al hecho mismo de llegar a formarlo, con el diferente trato que tendría en ese caso que dos o más formaciones sumen sus parlamentarios para formarlo, como ha ocurrido en alguna legislatura), con el inconveniente que puede presentar que se lleven a cabo los envíos confiando en formar grupo y luego los resultados no lo permitan, lo que no sólo impedirá recibir la subvención sino que también implicará que esos gastos sí se tengan en cuenta para comprobar que la formación ha superado o no el límite de gastos. Otra cosa es que esa actividad sea tan importante como para haber previsto esta subvención específica, que no lo parece ni en lo que a la determinación del voto ni en la preservación del sufragio libre o secreto se refiere. Quizá habría que plantearse otras alternativas, como el uso de una sola papeleta en la que figuren todas las formaciones políticas y, en su caso, quienes las integren.

Aunque las subvenciones, lógicamente, no se entregan hasta que concluyan las elecciones, tras su convocatoria y antes de que comience formalmente la campaña pueden recibir un adelanto los partidos que hubieran obtenido representantes en las últimas elecciones equivalentes, adelanto que no podrá exceder del 30% de la subvención percibida en tales elecciones, una manifestación más, a juicio de Iglesias (2016: 131) de carácter “cerrado” de este sistema de financiación, pues sólo lo reciben las formaciones parlamentarias. La cantidad recibida en este concepto se descontará de la subvención que finalmente corresponda a cada partido o se devolverá en la cuantía en que supere el importe de esta última (art. 127 bis).

Todavía en materia electoral, hay que prestar una mínima atención a ciertas disposiciones de la LOREG sobre campaña, en tanto dan lugar a una financiación pública indirecta al facilitar el uso de medios públicos para realizar actividades de campaña (Pajares, 1998: 162ss), puesto que se prevé que:

a) Los ayuntamientos han de ceder espacios para colocar propaganda electoral y locales y lugares públicos para la celebración de actos electorales (art. 54 a 57): los primeros se distribuyen en función del número de votos obtenidos en la anterior convocatoria electoral del mismo alcance, mientras que al uso de los segundos se accede, de acuerdo al principio de igualdad de oportunidades, previa petición, de modo que sólo si coinciden varias solicitudes se atenderá al criterio del número de votos.

b) Existen tarifas postales reducidas para los envíos postales de propaganda electoral (art. 59), fijadas por orden ministerial: son las mismas que se establecieron por Orden (Presidencia del Gobierno) de 3 de mayo de 1977 para las primeras elecciones democráticas, de modo que tienen un coste ínfimo (0,006 €), si bien se ha entendido que están limitadas a un solo envío por elector y por un máximo de 50 gramos; fuera de estos límites se pueden realizar los envíos que se deseen, pero con las tarifas normalizadas.

c) Los medios de comunicación de titularidad pública han de ceder espacios gratuitos de propaganda electoral (art. 60 a 65 y 67): para disfrutar de tales espacios se tiene en cuenta el número de circunscripciones en que concurra cada formación política, de modo que en las elecciones a Cortes Generales es necesario presentar candidatura en un 75% de las circunscripciones, con previsiones especiales para los partidos de ámbito territorial limitado; aunque se abre a formaciones extraparlamentarias, no todas gozan del mismo tiempo, pues se prevé un baremo en

función de los votos obtenidos en la anterior convocatoria, de modo que puede oscilar entre 45 y 10 minutos; aunque corresponde a la Junta Electoral Central distribuir estos espacios, los horarios y el orden de emisión se deciden por acuerdo entre los partidos con representación en el Congreso de los Diputados¹².

2.4. Subvenciones por gastos de campañas de referéndum

Aunque están expresamente mencionadas también en el art. 2.1.d LOFPP, no existe en la vigente Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum una regulación de esta cuestión (lo que no ha de extrañar a la vista de la escasísima práctica de este instrumento de democracia directa). Por esa razón, en los últimos referéndums convocados se otorgaron unas “ayudas extraordinarias para las actividades de explicación y divulgación pública” del objeto de esas votaciones, esto es, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa o la reforma de estatutos de autonomía, que se distribuyeron entre las formaciones políticas con representación parlamentaria de acuerdo a sus resultados electorales, sin que las normas que las regulaban, de rango infralegal, establecieran ningún vínculo entre esas actividades y el referéndum, que ni siquiera llegaba a mencionarse (Pajares, 2008: 770ss)¹³.

2.5. Subvenciones a fundaciones vinculadas a partidos políticos

Esto no agota sin embargo las posibles aportaciones de origen público, puesto que la LOFPP también regula, en la disposición adicional séptima, el régimen de las fundaciones vinculadas a partidos políticos: objeto de un tratamiento mucho más extenso tras la aprobación de la Ley orgánica 3/2015 (que ha introducido por ejemplo los requisitos para entender que existen esos vínculos así como su inscripción en el Registro de Partidos Políticos), ya con anterioridad recibían subvenciones procedentes de los presupuestos de las distintas administraciones públicas, en su caso, mediante las correspondientes convocatorias públicas, otorgadas para que puedan cumplir con sus funciones de formación y de divulgación de su ideología, a repartir conforme a la representación de la formación política a la que esté vinculada. Este criterio, junto con otros más importantes que se verán posteriormente, abona que se equiparara su régimen de financiación al previsto para los partidos de los que dependen¹⁴.

¹² Cabe apuntar también, en cuanto pudiera suponer de ventaja para la formación política en el poder, que el art. 50.2 y 3 prohíbe, desde la convocatoria de las elecciones y hasta su celebración, que los poderes públicos organicen o financien, directa o indirectamente, cualquier acto que contenga alusiones a las realizaciones o a los logros obtenidos, o que utilice imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones, así como realizar cualquier acto de inauguración de obras o servicios públicos o proyectos de éstos, cualquiera que sea la denominación utilizada, sin perjuicio de que dichas obras o servicios puedan entrar en funcionamiento en dicho periodo (Gálvez, 2010). También está prohibido que sujetos diferentes a partidos y candidatos hagan campaña (art. 50.5), a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en EEUU, en cuyas elecciones numerosos grupos, organizados en PAC (‘political action committee’) tienen una muy destacada intervención, financiando con fondos muy abundantes campañas favorables y, sobre todo, contrarias a los candidatos en liza, en lo que el Tribunal Supremo (Citizen United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310) ha considerado una manifestación de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada, infringida por las leyes que han intentado limitar estas actividades (Valero, 2012).

¹³ Vid. Real decreto 6/2005, de 14 de enero, en relación con el referéndum sobre la Constitución Europea.

¹⁴ Puede verse un ejemplo de estas subvenciones en la Orden (Educación, Cultura y Deporte) 542/2015, de 4 de marzo, por la que se convocan subvenciones para gastos de funcionamiento de fundaciones y asociaciones vinculadas con partidos políticos con representación en las Cortes Generales, que realicen actividades de estudio y desarrollo del pensamiento político, social y cultural, correspondientes a 2015.

La aplicación de todas estas reglas, de acuerdo con los datos que figuran en el informe del Tribunal de Cuentas sobre la contabilidad de los partidos políticos correspondiente a 2013, ha supuesto que las formaciones políticas recibieron ese año algo más de 196 millones de euros en concepto de subvenciones, de los cuales corresponden a subvenciones anuales algo más de 60 (unos 55 estatales y otros 5 de las dos comunidades que también las otorgaron, País Vasco y Comunidad Valenciana), mientras que el resto, por encima de los 135 millones, corresponde a subvenciones de grupos parlamentarios y políticos (16 de las Cortes Generales, 65 de las asambleas legislativas autonómicas y 53 de entidades locales). En realidad, por tanto, la parte principal, más de dos tercios, de las subvenciones públicas tiene como objeto el sostenimiento de estos grupos, con cargo a los presupuestos de las respectivas instituciones, lo que proporciona a las propias fuerzas políticas beneficiarias mayor capacidad de decisión sobre el importe y el reparto, pues tienen que aplicar normas mucho menos precisas que las que regulan las subvenciones anuales para el funcionamiento de partidos [lo que puede generar, según Sánchez Muñoz (2013: 169), que en algunas instituciones se utilice de forma partidista].

Todas en realidad se otorgan sin mayor requisito que el de la aprobación en los correspondientes presupuestos, con una liberalidad prácticamente absoluta, que debería reconsiderarse máxime cuando corresponde adoptarlas a quien las va a recibir. Como señalan Rodríguez Teruel, Baras, Barberà y Barrio (2013: 84), implica llevar hasta sus últimas consecuencias esa condición de “regulador regulado”: esto es, los partidos no sólo establecen las reglas de su financiación, sino también la cuantía de la contribución pública, que es su fuente principal de recursos económicos. Sólo en los últimos ejercicios cabe registrar un descenso en su importe total, iniciado con la Ley orgánica 5/2012, que fijaba directamente la cantidad para ese año, lo que implicaba una reducción en un 20 % respecto al año anterior. En sentido contrario y hablando en términos generales, la aprobación de las leyes sobre financiación en 1987 y 2007 vino acompañada de importantes incrementos, contenido en esta última ocasión también en el propio texto legal¹⁵.

En definitiva, hay que coincidir con Iglesias (2016: 126-127) cuando señala que es una manifestación muy clara de la opción por la “hiperestabilidad”, puede que explicable en el contexto de la transición política, pero con mucho menos fundamento cuando el sistema está asentado, aunque sin olvidar algún efecto positivo, señalado por Rodríguez Teruel, Baras, Barberà y Barrio (2013: 75-77): ha permitido la profesionalización de los partidos, que así han podido cumplir con las funciones constitucionalmente asignadas.

Hay que aclarar que se ofrecen las cantidades de 2013 porque es el último informe disponible, ya que la información completa sobre las subvenciones recibidas sólo se puede conocer de forma conjunta una vez que el Tribunal de Cuentas publica sus informes anuales, si bien las entregas trimestrales de las subvenciones estatales se publican en el *Boletín Oficial del Estado* y, tras la última reforma de la LOFPP de 2015, se ha establecido para todos los organismos y administraciones públicas que concedan subvenciones a los partidos políticos la obligación de hacer público el detalle de las abonadas y de los perceptores al menos una vez al año, en

¹⁵ Sostienen Maroto, Anderica, Baleato y Ongil (2013: 20) que en realidad todas las reformas han buscado esa finalidad de aumentar ingresos, sea aumentando posteriormente las subvenciones en la ley de presupuestos, sea favoreciendo los ingresos privados vía fundaciones, como luego se verá. En 2007 se estableció que, como mínimo, cada año había que adecuarlas al incremento del IPC, pero esta previsión se suprimió con la reforma de 2012 (mejor dicho, se mantuvo esa actualización sólo para las cantidades que se utilizan como límite en materia de donaciones y condonaciones de deuda, éstas a su vez suprimidas en 2015). Ofrece datos de la evolución de las subvenciones Ariño (2009: 39 y ss.), que concluye afirmando que son un “saqueo al contribuyente”.

aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a la que se alude expresamente (sólo en esta ocasión, por cierto) en la LOFPP (en concreto, en su art. 3.9). En 2013 no hubo ningún proceso electoral, por lo que hay que remitirse al informe de 2012 para encontrar datos relativos a subvenciones electorales: el importe correspondiente a este concepto en relación a las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011 fue de algo más de 34 millones de euros, cantidad en la que no aparecen desglosadas las subvenciones por envíos¹⁶.

3. Algunos gastos (electorales) prohibidos y limitados

En conexión, en los términos ya apuntados, con la financiación electoral, pero también con otros objetivos con mayor o menor relevancia constitucional (garantizar la igualdad de oportunidades, reducir el esfuerzo económico al que se ven sujetas las formaciones electorales, propiciar un determinado tipo de campaña mediante el fomento, la limitación o la prohibición de ciertas actividades...) ¹⁷, la LOREG limita los gastos que pueden realizar las formaciones políticas que concurren a las elecciones (art. 131.1), mediante normas que:

a) Permiten establecer, inicialmente, el límite para cada formación, que se calcula multiplicando el número de habitantes de las circunscripciones en que concurre por una cantidad establecida legalmente (en las elecciones a Cortes Generales, según el art. 175.2, es de 0,37 €).

b) Definen qué es gasto electoral, teniendo en cuenta criterios temporales y materiales (art. 130): sólo tendrán esa consideración los realizados desde la convocatoria hasta la votación (es decir, durante un total de algo menos de 2 meses, aunque la campaña electoral dura 15 días) y, de manera abierta, los necesarios para la organización y funcionamiento de las oficinas y servicios precisos para las elecciones: en realidad, hay una enumeración de los fines a los que deben destinarse (confección de sobres y papeletas electorales, propaganda y publicidad directa o indirectamente dirigida a promover el voto, alquiler de locales para la

¹⁶ En el Portal de la Transparencia del Gobierno figuran las subvenciones por gastos ordinarios (funcionamiento y seguridad) entregadas durante 2015 con cargo a los presupuestos generales del Estado (<http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/subvencionpartido.htm?id=SubvPartidoPolitico2015&lang=es> [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]), pero ya no es posible consultar las del ejercicio anterior, que en su momento estuvieron disponibles: es de esperar que en el futuro esa información se vaya acumulando y no desaparezca con el nuevo año; en todo caso, para conocer el volumen de las aportaciones públicas por esta vía habría que revisar las páginas de todas las Administraciones subvencionadoras, esto es, la estatal, las autonómicas y las de decenas de diputaciones y miles de ayuntamientos, junto con las de todos los parlamentos, Cortes Generales y asambleas legislativas de comunidades autónomas: por esa razón, en la práctica, sólo es operativo esperar al informe anual del Tribunal de Cuentas. Los informes se pueden consultar en la página del Tribunal de Cuentas: <http://www.tcu.es/repositorio/f1cbbbb0-47ad-4b61-8369-c55b0189c010/11042.pdf> (2012 [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]) y <http://www.tcu.es/repositorio/1a904845-b3e7-4532-b9c3-3dc48de03bbc/11108.pdf> (2013 [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]).

¹⁷ Y sin que hayan dado lugar apenas a debatir sobre su compatibilidad con ciertas normas constitucionales, sobre todo a partir de las restricciones que suponen para el ejercicio de la libertad de expresión, al reducir la capacidad de intervenir en campaña: en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo de Estados Unidos en su Sentencia de 30 de enero de 1976 (Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1), al entender que ciertas limitaciones suponían una restricción intolerable de la comunicación política, en cuanto en una sociedad libre sólo el pueblo debe retener el control sobre la discusión en una campaña electoral, sin que pueda el Estado reducir el número de temas públicos, disminuir la profundidad del debate o restringir la audiencia a la que alcance. Este principio tenía una salvedad en las elecciones presidenciales, porque estos procesos contaban con financiación pública (si los candidatos la aceptaban, como se indicó), de modo que era también voluntario quedar sometido a estos límites (Del Castillo, 1985: 25-27).

celebración de actos de campaña electoral, remuneraciones o gratificaciones al personal no permanente que presta sus servicios a las candidaturas, medios de transporte y gastos de desplazamiento de los candidatos, dirigentes de las formaciones y personal al servicio de la candidatura), pero el último rubro de esa relación contiene esa mención genérica y abierta, por lo que en su caso habrá que acreditar esa condición ante el Tribunal de Cuentas¹⁸.

c) Establecen prohibiciones y límites específicos para algunos gastos de propaganda concretos: la contratación de publicidad sólo es posible en prensa y radios privadas, no en televisiones (públicas o privadas) ni en los restantes medios públicos de comunicación (art. 60.1); ni a esa publicidad en (algunos) medios de comunicación privados (art. 58.1) ni a "publicidad exterior" (art. 55.3, que precisa que es la realizada mediante carteles, pancartas...) podrán destinar más del 20% de límite total de gastos las formaciones electorales (límites a los que se tendría que adecuar, a juicio del Tribunal de Cuentas, la contratación de publicidad en medios electrónicos: a estas alturas, la LOREG ignora casi por completo el recurso a las nuevas tecnologías digitales para hacer campaña)¹⁹.

d) Excluyen de esa cantidad global que opera como límite de gastos los generados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral, objeto de una subvención específica, siempre que se haya justificado la realización efectiva de esta actividad y se alcancen los resultados precisos para recibir la subvención (no suele bastar con obtener representación, como se dijo): en caso contrario, sí que se tienen en cuenta para estimar si se ha rebasado o no el límite máximo (art. 175.3.b).

e) En el caso de que se celebren simultáneamente dos o más elecciones, las formaciones políticas que concurren a esos diversos procesos coincidentes no podrán realizar gastos electorales suplementarios en cuantía superior en un 25% de los máximos permitidos para las elecciones a Cortes Generales (art. 131.2).

Como la aplicación de estas normas puede resultar algo complicada en algunos procesos electorales, la disposición adicional decimoséptima LOFPP (curiosamente, no se regula en la LOREG) establece que el Tribunal de Cuentas (cuando sea competente en la fiscalización del proceso electoral convocado) comunicará la cifra máxima individualizada de gasto electoral correspondiente a cada una de las formaciones políticas concurrentes con representación en el Congreso de los Diputados inmediatamente después de que el acuerdo de proclamación de candidaturas sea firme, lo que hasta ahora no ha hecho en los dos procesos electorales convocados tras la reforma de 2015 que introdujo esta novedad²⁰.

¹⁸ Que ha tendido a interpretar restrictivamente esa relación, negando por ejemplo esa calificación a gastos de encuestas electorales o de restauración en el informe sobre las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011 (<http://www.tcu.es/repositorio/0f4a3593-b3be-43d5-a146-777bed776301/1967.pdf> [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]).

¹⁹ También en el informe sobre las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011.

²⁰ La medida puede ser necesaria, a fin de tener constancia previa de cuál es el límite concreto para cada formación y ajustar a esta previsión sus actividades de campaña y sus gastos, lo que resulta especialmente complicado en supuestos de concurrencia de elecciones, como ocurrió en mayo de 2015 (municipales en toda España, autonómicas en 13 comunidades, forales en el País Vasco...), en las que es posible que los partidos no concurren en todas las circunscripciones, en unas lo hagan en solitario y en otras en coaliciones que pueden estar integradas de forma diversa... A título orientativo, teniendo en cuenta los datos que recoge el informe del Tribunal de Cuentas sobre las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011, una formación política que hubiera concurrido en todas las circunscripciones habría tenido como límite máximo de gastos en esa convocatoria una cantidad algo superior a los 15 millones de euros.

No es obligatorio que las formaciones políticas presenten un presupuesto de su campaña al inicio del periodo electoral ni que informen de sus gastos durante el transcurso de este proceso, pues sólo tendrá lugar un control al hilo de la posterior fiscalización de su contabilidad electoral, sobre la base de los gastos declarados por las propias formaciones (que por lo tanto pueden no incluirlos ante el riesgo de incurrir en alguna infracción por rebasar el límite). Con todo, a pesar de todas estas medidas restrictivas, conforme a las cifras proporcionadas por Iglesias (2016: 135) el gasto total en las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011 fue de 65 millones de euros, 25 de los cuales correspondían a envíos electorales.

4. Una financiación privada muy modesta

El resto de los recursos, tengan un carácter “propio”, como las cuotas, el producto de sus actividades o la gestión de su patrimonio, o “ajeno”, fruto de donaciones o créditos, plantea una serie de cuestiones de orden sustantivo, en la medida en que definen qué tipo de relaciones se pretende que establezcan partidos y candidaturas con otros sujetos diferentes al Estado capaces de contribuir a su sostenimiento económico, que le permitan mantener la *libertad* de actuación que les es propia y al tiempo garanticen un régimen de *igualdad*, fines entre los que parece haber una tensión, como señala Sánchez Muñoz (2013: 164-165): del primero resultaría más bien una posición tendente a admitirlas, mientras que del segundo se derivaría más bien una propensión a limitarlas o prohibirlas. También se podrían considerar desde una contraposición entre la *participación* (quiénes pueden contribuir) y la *transparencia* (cuánta publicidad hay que darle a estos ingresos) e incluso vincular directamente financiación pública y privada, como hace Ariño (2009: 21-28), que considera que la primera no puede tener como fin la independencia de los partidos, ya que han de depender de quienes los apoyen: más bien contribuiría a separarlos, a alejarlos de quienes debieran ser su sostén (sobre todo si no tiene límites), mientras que la privada les mantiene unidos a militantes, simpatizantes y votantes, siendo más importante que se sepa quién, cuánto y a quién se entrega dinero. En un tratamiento que resulta desigual, no está muy claro de entre todas esas perspectivas cuál se plasma en las normas sobre financiación vigentes en España, como se puede ver para cada una de las previsiones que cabe incluir en este apartado.

4.1. Donaciones

La regulación de esta vía de ingresos, establecida por primera vez en la Ley orgánica 3/1987, atiende a varios aspectos, de los que cabe considerar en primer lugar la necesidad de cumplir una serie de requisitos generales (art. 4.2.a LOFP): no pueden ser finalistas, no sólo en consonancia con una financiación pública que tampoco se vincula a un objeto concreto (salvo en materia electoral y de seguridad) sino también para respetar la libertad de acción de los partidos, que no pueden estar condicionados a la voluntad de quien contribuye; han de tener un carácter nominativo; pueden entregarse en dinero o en especie (valoradas estas últimas según la Ley de mecenazgo y certificadas por el partido, haciendo constar el documento público que acredite la entrega del bien: art. 4.2.e); asimismo, son irrevocables y estarán destinadas a la realización de sus actividades propias. Por último, tienen que ser abonadas en cuentas de entidades de crédito abiertas con ese fin exclusivo y que no podrán tener otros ingresos (en caso de ingreso por error en otra cuenta, en un plazo de tres meses y con comunicación al Tribunal de Cuentas, habrán de ser traspasadas a esa cuenta específica; se entienden

aceptadas si no han sido devueltas en ese mismo plazo), con constancia de fecha, importe e identidad del donante y expedición de certificado al donante (art. 4.2.b).

Más importante, en la medida en que podría revelar cuál es el objeto de estas normas, es que se prohíban algunas donaciones, en primer lugar, por razón del sujeto, ya que sólo pueden hacerlas personas físicas, excepto quienes, en ejercicio de una actividad económica o profesional, sean parte de un contrato vigente de los previstos en la legislación de contratos del sector público (art. 4.2.a). Se trata de uno de los cambios más importantes introducidos en 2015, puesto que hasta esa reforma también se permitían las de personas jurídicas salvo las de empresas públicas o que mediante contrato vigente prestaran servicios o realizaran obras o suministros para alguna administración pública. Se han suprimido por tanto este tipo de relaciones entre partidos y, básicamente, empresas, al entender que estas aportaciones, más que contribuir a fomentar el debate político, se otorgaban buscando un beneficio económico más o menos inmediato ('pay to play')²¹. La prohibición no afecta a personas físicas que no tengan la nacionalidad española, siempre que cumplan las reglas de la LOFPP y las normas sobre control de cambios y movimientos de capitales, aunque sí, obviamente, a Gobiernos u organismos públicos extranjeros (art. 7).

Con el fin de que esas contribuciones, incluso restringidas ahora sólo a personas físicas, no creen una dependencia singular respecto a ciertos sujetos, de modo que haya una pluralidad, en principio lo más amplia posible, de donantes, está asimismo limitada la cantidad máxima (actualizable según IPC) que una misma persona puede donar, salvo que sean de bienes inmuebles, en especie: según el art. 5.1.b, no podrán superar los 50.000 euros anuales, tras la rebaja introducida también en 2015, ya que antes eran 100.000 [cantidad que, si realmente se pretende propiciar esa financiación plural, individual, hay que considerar con Sánchez Muñoz (2015: 57) más bien elevada]. Además, las donaciones superiores a 25.000 euros y las de bienes inmuebles (no sujetas a límites) deben ser notificadas al Tribunal de Cuentas por los partidos en un plazo de tres meses desde su aceptación (art. 5.2). En caso de que una misma persona realice donaciones por importe superior al límite, el exceso habrá de ser devuelto o, de no ser posible, ingresado en el Tesoro, idéntico destino que tendrán las aportaciones sin identificación del sujeto que las realiza (art. 4.2.f y g).

Las donaciones, finalmente, no pueden ser anónimas (art. 5.1.a). Sobre este punto habría que recordar que la regulación anterior a la última reforma de 2015 había dado lugar a una práctica poco adecuada a la idea de transparencia: a pesar de que las formaciones políticas debían presentar una contabilidad detallada y documentada de sus respectivos ingresos y gastos al Tribunal de Cuentas, en los informes de este órgano no había figurado nunca algo parecido a una lista de donantes de cada partido, puesto que este órgano debía limitarse, en su caso, a declarar si los ingresos (y los gastos) son regulares, pero no a darles publicidad. En definitiva, su autor estaba identificado, pero no se ofrecían sus datos (a lo que no obligaba por lo demás la ley, al contrario, le impone guardar un sigilo "estricto y completo" de datos, informes o antecedentes que afecten a la intimidad de las

²¹ Como es fácil deducir, se trata de un debate de cierta relevancia constitucional, puesto que si se entiende que las contribuciones económicas suponen participar de alguna manera en la vida política, se podría conectar con derechos fundamentales, algunos difícilmente atribuibles a personas físicas y menos a empresas, como el propio derecho de participación política, pero también con otros cuya titularidad no plantea tales problemas, como la libertad de expresión. Esto no implica desde luego que carezcan de fundamento estas prohibiciones, en la medida además que ese afán de expresar ciertas posiciones políticas puede canalizarse de forma perfectamente legítima por otros cauces e incluso de manera individual.

personas: art. 19.2). Pues bien, en la actualidad, tienen que ser los propios partidos los que difundan, junto a otras informaciones sobre sus cuentas, las donaciones y legados de importe superior a 25.000 euros con referencia concreta a la identidad del donante o legatario (en los términos que establece el art. 14.8 y que más adelante se concretarán: tienen que hacerla anualmente, una vez entregada su contabilidad al Tribunal de Cuentas). Sin negar que aporta un elemento de transparencia hasta ahora ausente de la LOFPP, hay que reparar en que resulta incompleta, pues sólo afectará a donaciones muy elevadas²².

Incluso cuando en ese ejercicio todavía estaban permitidas las donaciones por personas jurídicas, en el informe del Tribunal de Cuentas correspondiente a 2013 sólo se reflejan unas donaciones al conjunto de partidos fiscalizados de algo menos de 6 millones de euros, muy inferior a las cuotas de afiliados, como luego se verá y, desde luego, sin parangón con las cantidades recibidas con cargo a las diversas subvenciones previstas en la LOFPP. Su relevancia desde luego es escasa, pero es difícilmente conectable con las restricciones o prohibiciones (alguna de ellas no existente en ese momento), es más, un poco más adelante se dará cuenta de la existencia de ventajas fiscales para las donaciones que tampoco parecen haberse aprovechado²³.

Tampoco en este punto las normas incluidas en la LOREG coinciden con las de la LOFPP: en realidad, habría que plantearse si tiene sentido que exista esta distinción, en tanto son las formaciones políticas las que organizan y corren con los gastos que supone afrontar una campaña electoral, no quienes forman parte de la candidatura a título individual. Así, en el periodo electoral sólo están prohibidas las aportaciones a las cuentas electorales de fondos provenientes de cualquier Administración o corporación pública, de empresas del sector público, de economía mixta o de las que, mediante contrato vigente, prestan servicios o realizan suministros u obras para alguna Administración pública, así como las de extranjeros (art. 128). Salvo que se entendiera que las disposiciones de la LOFPP tienen

²² Por dar cuenta de todos los cambios introducidos en esta materia, la primera regulación de las donaciones, introducida por Ley orgánica 3/1987, permitía las anónimas siempre que no superaran, para cada formación, el 5 % de las subvenciones estatales anuales, un límite bastante generoso al que ningún partido, conforme a los datos declarados, llegó siquiera a aproximarse. No suprimida hasta la aprobación de la vigente LOFPP en 2007, esta disposición daba pie a todo tipo de irregularidades, al no tener que dar cuenta de la identidad, lo que permitía que hicieran donaciones sujetos que lo tenían prohibido o que una misma persona hiciera donaciones por un total superior al límite permitido, siempre que se formalizaran como varios actos que no infringieran aisladamente ese límite; incluso ese fraccionamiento lo podía hacer el propio partido, como parece deducirse de las actuaciones judiciales del "caso Bárcenas", llevadas a cabo con ocasión de la detección de una contabilidad paralela que llevaba el tesorero del PP: sobre este proceder resulta muy ilustrativo el esquema que recogen Maroto, Anderica, Baleato y Ongil (2013: 32).

²³ Se podría pensar que en realidad estas aportaciones se canalizan por vías irregulares, no son objeto de declaración al Tribunal de Cuentas ni se cumplen los mínimos requisitos formales, en definitiva, que discurre por cauces ilegales, como por lo demás acreditan los numerosos casos que han salido a la luz gracias a investigaciones periodísticas o judiciales. Sobre esta relación entre corrupción y financiación de partidos, en todo caso, cabe coincidir con Sánchez Muñoz (2013: 168-169; 2015: 53-54) en que, por una parte, no parece que la primera sea causa de la segunda, sino más bien lo contrario: habría que considerar que en el afán de lucro de algunos dirigentes políticos está el origen de las prácticas corruptas, que luego desvían parte de los fondos obtenidos a su partido y, por supuesto, establecen un sistema de comisiones abonadas a los partidos a cambio de adjudicaciones de contratos [en contra, Ridao (2014: 212-213), para quien la financiación de partidos constituye la "principal causa de corrupción política en España", afirmación que no sustenta en ninguna base objetiva]; por otra, sin olvidar que es fuente indudable de descrédito para los partidos y la política en general, no parece que un enfoque centrado exclusivamente en la lucha contra la corrupción sea el más adecuado para afrontar la elaboración de las normas sobre financiación partidista (como el citado autor advierte de manera bastante intensa en la Ley orgánica 3/2015), pues ha de atender principalmente a otros objetivos, relacionados con la posición constitucional de los partidos, su contribución a hacer efectivo el principio democrático, la participación y libre competencia...

alcance general y se proyectan también sobre el periodo electoral, lo que no tendría mucha lógica, durante éste sí que podrían las personas jurídicas no incluidas en la relación anterior realizar donaciones en las cuentas electorales. De hecho, el art. 129 menciona expresamente a las personas físicas y a las jurídicas para establecer limitaciones que, en un nuevo ejemplo de divergencia entre ambas normas, resultan mucho más estrictas en cuanto a la cantidad, pues no pueden ser superiores a 10.000 € las aportaciones a cuentas electorales. Tampoco pueden ser anónimas (en el sentido antes apuntado: hay identificación, pero no está prevista su publicidad), puesto que quienes las realicen harán constar en el acto de la imposición su nombre, domicilio y el número de documento nacional de identidad o pasaporte, que será exhibido al correspondiente empleado de la entidad depositaria (art. 126). Todo esto en realidad para que en el informe sobre las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011 apenas se reflejen, para todas las formaciones electorales, 30.000 € en concepto de donaciones...

Mención aparte, con esa regulación un tanto extravagante ubicada en una disposición adicional (la séptima), hay que hacer de las previsiones sobre las aportaciones que pueden recibir las fundaciones vinculadas a partidos políticos, en la medida en que no se les aplica la prohibición de superar esos 50.000 € ni de recibirlas de personas jurídicas (aunque no de organismos o empresas públicas), con el único requisito para las que reciban de éstas de requerir acuerdo adoptado en debida forma por el órgano o representante competente, haciendo constar de forma expresa el cumplimiento de las previsiones legales y, en el caso de que sean por importe superior a 120.000 euros, de formalizarse en documento público²⁴. A mayor abundamiento en esa posible vía abierta a canalizar por la fundación los recursos que no puede recibir el partido, no se consideran donación las entregas llevadas a cabo por una persona física o jurídica para financiar una actividad o un proyecto concreto de la fundación si se realiza “como consecuencia de un interés común personal o derivado de las actividades propias del objeto societario o estatutario de ambas entidades”, siempre que se formalicen en documento público, se comuniquen al Tribunal de Cuentas en el plazo de tres meses desde su aceptación y se hagan públicas, preferentemente a través de la página electrónica de la fundación o entidad vinculada²⁵.

Como la regulación y el subsiguiente control de la financiación de las fundaciones vinculadas a los partidos es reciente, además de incompleto, apenas se pueden ofrecer datos correspondientes al ejercicio 2013, que resultan además muy desiguales, pues muchas de las fundaciones fiscalizadas no aportan ninguna información sobre este punto (de hecho, a diferencia de lo que hace con los partidos respecto a todas sus fuentes de financiación, el Tribunal no recoge específicamente a cuánto asciende el total de las donaciones recibidas), por lo que tan sólo cabe apuntar que, en su conjunto, rebasan mínimamente los 4 millones de euros. En sí misma no es cantidad exorbitante, pero puede dar pie, sin infringir la LOFPP, al uso de esta puerta trasera, como con acierto la denomina Sánchez Muñoz (2015: 61), así como a la externalización de gastos y actividades a la que se refiere Ridaó (2014: 218).

²⁴ Las donaciones a fundaciones no se regularon hasta 2007: en ese momento se introdujo un límite de 150.000 €, que ya era superior al de las donaciones a partidos, pero que fue suprimido en 2012.

²⁵ Reflejadas en los informes del Tribunal de Cuentas anteriores a 2012, en los que se consideraban donaciones sujetas al límite entonces existente, la última reforma de 2015 aporta al menos algo de transparencia, pero limitada: no hay plazo para la difusión ni se prevé sanción por incumplimiento; sobre su volumen, recoge información bastante completa Sánchez Muñoz (2015: 60).

4.2. Operaciones de crédito

Fuente muy importante de financiación, sobre todo en periodo electoral, merecen tan sólo una breve regulación en la LOFPP, que permite a los partidos llegar a acuerdos respecto a las condiciones de la deuda que tengan con entidades de crédito, de los que se dará cuenta al Tribunal de Cuentas (la entidad financiera también los debe comunicar al Banco de España). Estos acuerdos, conforme al art. 4.4, tienen dos límites, ambos introducidos en la reforma de 2015: por un lado, el tipo de interés que se aplique no puede ser inferior al que corresponda a las condiciones de mercado. Por otro, se han prohibido las condonaciones totales o parciales de deuda a los partidos políticos (a estos efectos se entiende por condonación la cancelación total o parcial del principal del crédito o de los intereses vencidos o la renegociación del tipo de interés por debajo de los aplicados en condiciones de mercado). En esta última materia la regulación ha sido objeto de numerosos cambios: las condonaciones se regularon sólo a partir de 2007, pero sin establecer límite alguno más allá de que fueran admitidas “según los usos y costumbres del tráfico mercantil habitual entre las partes”, por lo que simplemente se daba cobertura legal a prácticas habituales con anterioridad, cualquiera que fuera la decisión que adoptaran las entidades financieras; en 2012 se estableció una cierta restricción, al permitir las sólo si no superaban los 100.000 euros anuales. Esta última regulación ha puesto fin por tanto a una situación sobre la que advirtieron en varias ocasiones los informes no sólo del Tribunal de Cuentas, sino también del GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción, constituido en el seno del Consejo de Europa), que ha centrado parte de sus actividades en la financiación de los partidos: los consideraba donaciones encubiertas que eludían los límites legales, en una situación que, como mínimo, llevaba a preguntarse cuál era la razón de este generoso comportamiento por parte de las entidades bancarias, no sólo al conceder los créditos sino también al condonarlos²⁶.

Resulta todavía más sorprendente cuando en sus informes el Tribunal de Cuentas viene advirtiendo del alto endeudamiento de las formaciones políticas (conforme a los datos que recoge el informe correspondiente a 2013, asciende a algo más de 200 millones de euros), lo que puede generar problemas de vulnerabilidad por un lado y de dependencia de las entidades de crédito por otro. Aunque se detecta una muy lenta tendencia a que este volumen de deuda vaya descendiendo, es de tal magnitud que apenas se vislumbra su reducción a cifras más adecuadas, a lo que tampoco contribuye que con la vigente LOFPP se suprimieran los límites que figuraron inicialmente en la Ley orgánica 3/1987 (las amortizaciones anuales no podían superar el 25 % de las subvenciones estatales, lo que cabe preguntarse también si resultaba o no operativo). Tampoco hay pronunciamiento legal alguno sobre el valor máximo del préstamo, las entidades con las que se puede contraer, las condiciones de pago...

Dado que algunas formaciones políticas, especialmente las de reciente creación, están empezando a recurrir a vías alternativas a esta “financiarización” del sistema de partidos (Maroto, Anderica, Baleato y Ongil, 2013: 10ss), se ha introducido a resultas de la última reforma de la LOFPP una mención a los mecanismos de financiación participativa (‘crowdfunding’), simplemente para considerar que les son aplicables las disposiciones generales sobre donaciones (art.

²⁶ En concreto, los informes de 2009 y 2011, disponibles en su página electrónica: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)3_Spain_Two_ES.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)3_Spain_Two_ES.pdf) (2009 [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]) y [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2011\)5_Spain_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2011)5_Spain_FR.pdf) (2011 [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]); sobre GRECO, Ridao (2014: 212). En Ariño (2009: 56) se pueden ver algunas cifras sobre estas operaciones.

4.2.h). Reclamada su regulación por el Tribunal de Cuentas en el informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2014, primera ocasión en la que aparecen estas prácticas reflejadas en la contabilidad electoral, responde a la voluntad de algunos partidos de adoptar una nueva organización en la que se prescinde de la figura del militante y de sus cuotas, por un lado, y de los créditos bancarios, por otro, de modo que solicitan, en los procesos electorales en los que han participado desde su reciente fundación, aportaciones de sus seguidores para hacer frente a los gastos de campaña (González y Maroto, 2015)²⁷.

4.3. Cuotas y aportaciones

La LOFPP se limita a establecer que los afiliados pueden ingresarlas en cuentas específicas, distintas a las destinadas a donaciones, mediante domiciliación bancaria o ingreso nominativo (art. 8.1). Parece distinguirse entre cuotas y aportaciones (no expresamente: las primeras serían las cantidades ingresadas regularmente, a título de miembro de una asociación, mientras que las segundas serían los restantes ingresos que realizaran sus integrantes o incluso todo tipo de cargos, electos o no, si así lo hacen constar), no sólo por la obligación de mantener cuentas específicas y separadas sino porque las aportaciones superiores a 25.000 € y las de bienes inmuebles han de ser notificadas al Tribunal de Cuentas en tres meses desde el cierre del ejercicio (como las donaciones: art. 8.2 y 3)²⁸.

Sin que se puedan calificar de irrelevantes, por esta vía no alcanzan las formaciones políticas a recibir más que una cifra algo inferior a 43 millones de euros en 2013, apenas una quinta parte de lo que les supone, en su conjunto, la financiación mediante subvenciones, incluso si se suman las donaciones, esto es, el conjunto de la financiación privada. Aunque varía según los años y los partidos, el dato abona sin duda la situación de excesiva dependencia del erario público y, al tiempo, parece síntoma también de escasa conexión con quienes simpatizan o podrían apoyarlos, más allá de la mera expresión del sufragio: ni los partidos las buscan, ni los ciudadanos están interesados en participar por esta vía²⁹. No es un problema de desafección política nacida con la crisis económica de esta década, pues su reducida cuantía es una constante; es más, casi cabría apuntar lo contrario, que en esta situación el interés por la política ha aumentado y algunos partidos surgidos recientemente, como se acaba de señalar, han desplegado una notable capacidad de captación de recursos por parte de un número amplio de electores³⁰.

²⁷ En el informe mencionado en el texto (http://www.tcu.es/repositorio/5c0f591c-e063-4156-a3a7-bdb78f969b5d/I_R1065.html.pdf [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]) se recogen ciertas deficiencias, debidas a la herramienta electrónica utilizada, que no permitía identificar todas las aportaciones. En todo caso, habrá que determinar en el futuro si son aportaciones a fondo perdido, por lo que les resultaría aplicable el régimen de las donaciones, o microcréditos, si es que el partido se compromete a devolverlos, si es que lo considera adecuado, porque obligación no hay: son perfectamente compatibles los diversos tipos de financiación, pública, privada y mediante créditos.

²⁸ Se pregunta Sánchez Muñoz (2013: 182) si realmente las aportaciones de cargos públicos pueden considerarse ingresos privados, cuando se hacen a costa de retribuciones pagadas por instituciones públicas.

²⁹ En los informes del Tribunal de Cuentas no se refleja ni cuántos afiliados tienen los partidos ni cuál es la cuota que deberían pagar. Ariño (2009: 48) sostiene directamente que las cuotas no se pagan sino por un número más bien reducido de militantes, sin que este hecho tenga consecuencias prácticas, mientras que Rodríguez Teruel, Baras, Barberà y Barrio (2013: 79-80) destacan la paradoja de que los partidos declaran que su militancia haya ido incrementándose (datos que, como advierten, tienen que ser tomados con cautela) al tiempo que los ingresos por cuotas han ido descendiendo.

³⁰ Se puede incentivar que los partidos se preocupen por recibir financiación de sus seguidores, incluso con fundamento constitucional: en la Sentencia de 9 de abril de 1992 (BverfGE 85, 264), ya mencionada, el Tribunal Constitucional Federal rechazó el sistema de financiación vigente en ese momento en Alemania, por considerarlo desligado de la relevancia de cada partido y contrario a la igualdad de trato: poniendo fin a la prohibición de financiación anual que se deducía de su

4.4. Otras fuentes

En un aspecto que ha merecido cierta atención en los informes del Tribunal de Cuentas, emitidos antes y también después de introducirse esta regulación en 2007, es posible de acuerdo al art. 6 LOFPP que los partidos reciban ingresos de sus actividades propias, incluyendo aquellas que se vengán desarrollando tradicionalmente en sus sedes y faciliten el contacto y la interacción con los ciudadanos, los rendimientos procedentes de la gestión de su propio patrimonio, los beneficios procedentes de sus actividades promocionales y los que puedan obtenerse de los servicios que puedan prestar en relación con sus fines específicos (todo ello obviamente con el debido reflejo contable). Quedan prohibidas en cambio las de carácter mercantil y se obliga a identificar al transmitente cuando el partido reciba más de 300 euros: se trataría del único supuesto en el que cabe recibir ingresos sin revelar la identidad del aportante (lotería, venta de propaganda...) ³¹.

Más relevante es la prohibición de aceptar que directa o indirectamente terceros asuman de forma efectiva el coste de sus adquisiciones de bienes, obras o servicio o cualquier otro gasto (art. 4.3), en tanto ha servido como instrumento para recibir aportaciones de las que no quedaba constancia: una empresa asume el gasto (ha sido frecuente practicarlo en campañas electorales, de modo que los carteles, el alquiler de un local, el transporte... no lo pagaba el partido sino quien participaba en la trama fraudulenta), a cambio de recibir la adjudicación de un contrato de una administración controlada por el partido por un importe superior al servicio prestado (Gürtel); también podía darse el caso de que ese tercero que asume el coste no tenga otra finalidad que ésa: facturar gastos a empresas cuya contribución al partido no debía figurar, por lo que contrataban, por ejemplo, la elaboración de informes ficticios, ingresos que luego destinaban a pagar gastos del partido (Filesa). Lógicamente, han de sancionarse como si se tratara de una donación irregular (conforme al art. 17.2.a, como luego se verá): puede serlo hasta por partida triple, ya que no hay constancia de la aportación, permite que la hagan entidades que lo tienen prohibido y que rebasen el límite fijado ³².

4.5. El régimen tributario de los partidos y de sus ingresos

Como cierre de este apartado hay que dar cuenta de las especialidades del régimen tributario de los partidos, que les otorgan en primer lugar ciertas ventajas fiscales: están exentas de tributar en el impuesto de sociedades cuotas, subvenciones, donaciones, rendimientos de actividades propias o transmisión de bienes (siempre que el producto de la enajenación se destine a inversiones o financiación) y rendimientos del patrimonio, mientras que las rentas no exentas están sujetas a un tipo del 25 % (art. 10 y 11). Por otro lado, en lo que afecta no ya a los partidos sino a quienes contribuyen, siempre que estén convenientemente acreditadas las cuotas y

jurisprudencia anterior, establece ciertos límites a las subvenciones anuales, en términos relativos: no pueden rebasar el dinero recibido en concepto de cuotas o donaciones (Doublet: 1993). Una reforma legal de 1994 estableció mecanismos de subvención ligados tanto a los votos recibidos como a estas aportaciones privadas, a fin de estimular los lazos entre los partidos y la sociedad.

³¹ A criterio del Tribunal de Cuentas, la participación de los partidos políticos en sociedades sólo es admisible si no tienen ánimo de lucro, están preferentemente dedicadas a prestar servicios a los militantes y no sean titulares de inmuebles donde estén radicadas las sedes del partido.

³² Sobre las relaciones entre partidos y empresas, la Ley orgánica 3/2015 también ha establecido una serie de criterios acerca de la contratación de los partidos, sujeta a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad, debiendo cada partido aprobar unas instrucciones internas en la materia de contratación, adecuadas a esas previsiones y publicadas en su página electrónica (disposición adicional decimotercera), a pesar de lo cual le parecen a Iglesias (2016: 147) excesivamente apegadas a los criterios de contratación pública.

aportaciones serán deducibles de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, con el límite de 600 euros anuales (art. 12.1); por su parte, las donaciones se benefician de las deducciones previstas en la Ley de mecenazgo (art. 12.2), que en la actualidad establece que, si el importe no supera los 150 €, la deducción de la cuota del impuesto sobre la renta de las personas físicas será del 75 %; por encima de esa cantidad, un 30 %, que se eleva al 35 % cuando los donativos se haya hecho por la misma persona a la misma entidad durante los últimos tres años, estimulando a su vez la fidelidad (art. 19 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo)³³.

Son sin duda estas últimas normas ventajosas, pero que parecen haber tenido poco efecto como estímulo, a la vista de las cifras recogidas en apartados anteriores, sobre todo si se tiene en cuenta que están vigentes desde 1994 (aunque sólo se incorporaron a la LOFPP en 2007: es la única parte que no tiene carácter orgánico, por lo que se puede modificar por leyes aprobadas por el procedimiento ordinario, conforme a la disposición adicional decimocuarta), quizá por el desinterés del partido en buscar estas fuentes, quizá por desconocimiento, cuando parecerían estar en una línea bastante estimable, la de que, como dice Sánchez Muñoz (2013: 192), “una parte del dinero que reciben los partidos pasa a depender en parte de los contribuyentes”³⁴.

5. ¿Un control efectivo?

El último punto que hay que tratar afecta los instrumentos mediante los cuales se pretende controlar el cumplimiento de estas normas, aunque también puede considerarse de manera autónoma, esto es, es posible establecerlos aún en el caso de que no se dispusiera nada sobre su financiación, pública o privada, con el objeto entonces de que se pueda conocer cuáles son sus fuentes de ingresos y el destino de sus gastos, que en sí mismo parece un objeto que justifica de forma más que suficiente la introducción de este tipo de normas. En el ordenamiento español cabe incluir en este bloque las previsiones relacionadas con las obligaciones contables de las formaciones políticas, con los procedimientos de fiscalización, con la publicidad de las cuentas y con el régimen sancionador.

5.1. Requisitos contables

Las obligaciones de los partidos en este orden son básicamente tres: en primer lugar, llevar registros contables detallados, que permitan en todo momento conocer su situación financiera y el cumplimiento de las obligaciones legales. En el mismo

³³ Tampoco este aspecto es ajeno al debate constitucional, en la medida en que puede beneficiar en mayor medida a los contribuyentes de mayor renta, a su vez más tendentes a realizar donaciones a unos determinados partidos: al menos en Alemania son consideraciones que tuvo en cuenta la Sentencia 24 de junio de 1958 (BVerfGE 8,51), que abrió la puerta a las subvenciones públicas, recogidas a partir de los presupuestos federales de 1959, una vez que concluyó que el modo en que se habían establecido ciertas desgravaciones infringía el principio de igualdad.

³⁴ Los datos que ofrece la Agencia Tributaria son contundentes: en 2013 sólo en 90.045 liquidaciones se dedujeron cuotas o donaciones a partidos políticos en la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas, cuando la cifra de militantes (no tanto de donantes) es muy superior: ¿es que ignoran la existencia de este trato fiscal? De acuerdo con esa información (que se puede consultar en http://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Estadisticas/Publicaciones/sites/irpf/2013/jrubik28375171ce4047764cd06715b0c1ebc8987e4fa4.html [fecha de consulta: 1 de marzo de 2016]) la afirmación de Maroto, Anderica, Baleato y Ongil (2013: 26), que destacan que casi la mitad de los que se desgravan por pertenecer a un partido político ganan más de 30.000 € anuales, no sería correcta (apenas suponen una tercera parte de esas declaraciones), pero sobre todo no se alcanza a saber la razón por la cual éste sería un dato significativo, en el sentido que sea.

art. 14 se establece a estos efectos un contenido mínimo pero bastante detallado de los libros de tesorería, inventarios y balances (deberán contener el inventario anual de todos los bienes, la cuenta de ingresos y la de gastos y las operaciones de capital)³⁵.

En segundo lugar, han de prever un sistema de control interno que garantice la adecuada intervención y contabilización de todos los actos y documentos de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, conforme a sus estatutos, sin que haya un tipo o modelo único ni tampoco obligación de someterse a una auditoría externa (art. 15). La reforma de 2015 ha modificado en este punto la LOPP para introducir como contenido obligatorio de los estatutos algunos elementos relativos a su financiación: el régimen de administración, contabilidad y documentación del partido, la indicación de si cuenta con patrimonio fundacional, la procedencia de los recursos económicos, el procedimiento de rendición de cuentas y el procedimiento y el órgano competente para la aprobación de las cuentas anuales en el que se incluya la obligación de remitirlas anualmente al Tribunal de Cuentas dentro del plazo legalmente establecido (art. 3.2). En todo caso, como afirma Ariño (2009: 8), la transparencia interna es escasa, sin que esté garantizado un control en el seno del partido.

Por último, se ha introducido también por la Ley orgánica 3/2015 la obligación de que los partidos cuenten con un responsable de la gestión económico-financiera (cargo que evidentemente ya existía) que cumpla determinados requisitos y funciones (art. 14 bis). La novedad por tanto no es tanto la introducción de esta figura, sino la regulación de estos extremos, más detallada sobre el primero de ellos, pues, además de incluir el procedimiento para designar a la persona que ocupe este puesto como parte del contenido obligatorio de los estatutos del partido, se establece que ha de contar con acreditados conocimientos o experiencia profesional en el ámbito económico, que no pueden ser funcionarios en activo y, especialmente, la concurrencia de una “condición de honorabilidad” que excluye a quienes no hayan cumplido penas privativas de libertad o cancelado los antecedentes penales relacionados con determinados delitos (falsedad, contra la libertad, contra el patrimonio y orden socioeconómico, contra la Hacienda pública y la Seguridad social, contra los derechos de los trabajadores, la Administración pública, la Constitución, las instituciones del Estado, la Administración de Justicia, la comunidad internacional, de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, y contra el orden público, en especial, el terrorismo), así como a los incurso en un proceso penal por un delito que comporte la inhabilitación o la pérdida del derecho de sufragio pasivo cuando se haya dictado auto de apertura de juicio oral y los inhabilitados conforme a la Ley concursal. Entre las segundas, le corresponde presentar las cuentas anuales y responder de ellas (incluso en el ámbito penal), con independencia de la que tengan quienes adopten las resoluciones o realicen los actos reflejados en las cuentas.

³⁵ Dado que su objeto no es precisamente de ámbito económico, conforme a las previsiones de la disposición adicional octava de la Ley orgánica 8/2007, los partidos políticos habían de quedar sujetos a un plan de contabilidad específico, resultado de la adaptación que debía hacer el Tribunal de Cuentas a las características de las formaciones políticas previo análisis y debate por la Comisión mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas: aunque el plazo para elaborarlo era de seis meses, el acuerdo del pleno del Tribunal que lo aprobó no se adoptó hasta el 26 de septiembre de 2013, para entrar en vigor el 1 de enero de 2014. Pues bien, la disposición transitoria segunda de la Ley orgánica 3/2015 establece que deberá ser adaptado a las nuevas previsiones legales, por lo que no vinculará hasta que el Tribunal lleve a cabo esa tarea con la adopción de un nuevo acuerdo, lo que todavía no ha ocurrido (curiosamente, con una técnica legislativa manifiestamente mejorable, en esa disposición transitoria se hace referencia expresa a la disposición adicional octava que la propia Ley orgánica 3/2015 viene a derogar). Sobre las deficiencias en materia contable, Rodríguez López y Fidalgo (2012).

De forma específica para el periodo electoral, las formaciones que concurren a las elecciones deben abrir cuentas en entidades bancarias, que serán las únicas en las que se puedan hacer ingresos y de las que puedan realizar gastos, así como designar un administrador electoral responsable de sus ingresos y gastos y de su contabilidad (art. 121 a 125 LOREG).

5.2. Procedimientos de fiscalización

El peso del control recae en el Tribunal de Cuentas, al que le corresponde en exclusiva el control de la actividad económico-financiera de los partidos (art. 16.1 LOFPP y art. 1.1 LOTCu), calificación que no excluye por un lado el ejercicio de atribuciones por organismos autonómicos similares (sobre todo en el ámbito electoral: de hecho, fue precisamente la LOREG la primera en introducir el control por este organismo, luego extendido a la contabilidad anual de los partidos; como las subvenciones en este ámbito, en caso de elecciones autonómicas, tienen que abonarlas las comunidades autónomas, sus leyes electorales pueden atribuir la fiscalización de la contabilidad de ese periodo a sus propios órganos de control externo) ni por otro la rendición de cuentas de grupos parlamentarios y de corporaciones locales ante los órganos de gobierno de esas instituciones, de conformidad con sus propias normas.

5.2.1. Sujetos obligados

Siguiendo una vez más la distinción que ya se ha hecho en apartados anteriores, cabe recoger en primer lugar las previsiones de la LOFPP: todos los partidos políticos (y no sólo los que reciban subvenciones anuales del Estado o de comunidades autónomas o territorios históricos, como ocurría hasta 2015) han de presentar ante el Tribunal de Cuentas, antes del 30 de junio del año siguiente, una contabilidad detallada y documentada de sus respectivos ingresos y gastos durante el ejercicio anterior, que deberá contener el balance, la cuenta de resultados, una memoria explicativa en la que conste una relación de subvenciones y donaciones (y cualquier transacción que constituya una ventaja económica), con determinación de donante y capital recibido, y un anexo con las condiciones de los créditos o préstamos y la entidad con la que haya contratado, su importe, tipo de interés, plazo de amortización y deuda pendiente (art. 14.3 y 6).

Tal como lo han reflejado los informes del Tribunal, es complicado determinar el alcance y contenido de esta contabilidad, puesto que se trata de entidades con una organización territorial e institucional muy compleja, que siguen modelos muy heterogéneos y realizan actividades muy diversas. En particular, ha sido problemático determinar el ámbito territorial al que debía extenderse, en la medida en que se advertía la ausencia de las cuentas de las sedes locales: frente a la insistencia del Tribunal en que debían recogerse (como también se hacía en el informe GRECO 2013, advirtiendo del riesgo de facilitar prácticas corruptas, a la vista de la importancia de algunas decisiones que se adoptan a nivel municipal), la LOFPP sólo hace referencia al ámbito estatal, al autonómico y al provincial, en el cual se integrarán las cuentas correspondientes al ámbito local y comarcal, si existiese (art. 14.5): sin dejar de señalar las obvias dificultades que para los partidos puede suponer reflejar en su contabilidad la actividad de cientos o miles de agrupaciones infraprovinciales, se trata de una cláusula que no deja claro si la información que se va a poner a disposición del Tribunal tendrá un carácter

exhaustivo, como señala Iglesias (2016: 143)³⁶. También ha indicado el Tribunal que hay que integrar tanto las cuentas de los grupos parlamentarios como, en caso de haber concurrido a un proceso electoral durante ese periodo, la contabilidad electoral, sin perjuicio del control que corresponda ejercer sobre ellas por el órgano competente (el parlamento que las otorga y el propio Tribunal o el órgano similar de ámbito autonómico, en su caso, para las electorales); también se recogen, como ya se dijo, subvenciones recibidas por los grupos políticos constituidos en instituciones locales.

Además, quedan sujetas a esta fiscalización las fundaciones vinculadas a los partidos políticos (disposición adicional séptima), pues se someten las aportaciones que reciban al sistema de control y fiscalización y al régimen sancionador de los partidos políticos, sin perjuicio de las normas propias que les sean de aplicación, aunque en un régimen algo diferente, que lleva a plantearse una vez más la razón de ese diferente trato entre los partidos y sus fundaciones, ya que el control del Tribunal de Cuentas se extiende a la regularidad de aportaciones y de gastos derivados de programas y actividades financiados con cargo a subvenciones públicas. Además de enviar toda la documentación al Tribunal de Cuentas, para ellas sí que se establece la obligación de realizar una auditoría de sus cuentas anuales; deben asimismo informar anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de todas las donaciones y aportaciones recibidas.

Una vez presentadas las cuentas anuales, el Tribunal de Cuentas entregará al partido político justificación de haber efectuado dicha presentación y, en el mes siguiente a la finalización del plazo de presentación de las cuentas anuales, remitirá al Registro de Partidos Políticos y a la Presidencia de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas la relación de los partidos que hayan realizado la presentación, todo ello a los efectos que se indicarán al tratar de las sanciones (art. 14.7).

En cambio, la fiscalización posterior a las elecciones (conviene recordar que durante el periodo electoral las juntas electorales realizan ciertas tareas de carácter meramente administrativo: comunicación de cuentas electorales conforme al art. 124, solicitud de adelantos de subvenciones conforme al art. 127 bis...) sólo alcanza a las formaciones que hubieran alcanzado los requisitos exigidos para recibir subvenciones públicas o que hubieran solicitado adelantos con cargo a ellas, que han de presentar ante el Tribunal de Cuentas una contabilidad detallada y documentada de sus respectivos ingresos y gastos electorales (art. 133.1, todos de la LOREG).

Respecto a la obligaciones de otros sujetos, mientras se establece con claridad en la LOREG (las entidades financieras que hayan concedido créditos y las empresas que hayan facturado por gastos electorales superiores a 10.000 € han de enviar noticia detallada al Tribunal de Cuentas: art. 133.3 y 5), en la LOFPP tan sólo se enunciaba hasta 2015 un deber de colaboración (art. 19), a requerimiento del propio Tribunal, que podría permitir el examen de información proporcionada por entidades con relaciones económicas con los partidos, pero que no ha tenido mayor reflejo en los informes sobre la contabilidad anual. Aparte de regular con carácter general este deber de colaboración para todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, a instancias del Tribunal, la Ley orgánica 3/2015 ha modificado la LOTCu para especificar que las entidades de crédito están obligadas a identificar

³⁶ Quizá eso explique la conclusión a la que llegan Rodríguez Teruel, Baras, Barberà y Barrio (2013: 76): las normas sobre financiación han evitado el clientelismo a nivel estatal, pero no en el local o en el autonómico.

las diferentes cuentas que se refieran a fondos de los partidos políticos y fundaciones y entidades vinculadas a o dependientes de ellos, así como las personas autorizadas a efectuar operaciones de disposición con cargo a dichas cuentas; más concretamente, de las cuentas en las que se ingresen cuotas, deberán aportar datos sobre saldos y movimientos en las fechas o periodos respecto de los que se solicite, sin facilitar en ningún caso los que permitan identificar a personas afiliadas a los partidos políticos, mientras que de las cuentas en las que se ingresen donaciones y otras aportaciones también se facilitará información sobre la identidad de quienes las realicen si el importe acumulado de las aportaciones en un año natural excede de 3.000 € (art. 7.5), todo ello en la línea de mejorar el conocimiento de las relaciones que mantienen con entidades de crédito de la que se hacía eco el informe GRECO 2013.

5.2.2. Informes del Tribunal de Cuentas

En uno y otro caso, la fiscalización da lugar a un informe, de carácter anual o sobre cada proceso electoral. Respecto a los del primer tipo, hay que aclarar que, aunque todos los partidos deben presentar sus cuentas anualmente, en realidad sólo se fiscalizarán obligatoriamente las de los que reciban subvenciones a cargo de presupuestos estatales o autonómicos, quedando a criterio del Tribunal de Cuentas realizar las actuaciones que estime oportunas respecto a los demás partidos (art. 16.2 LOFPP).

El alcance del control viene definido por la LOFPP en un triple ámbito, al afectar a la legalidad de los recursos públicos y privados, a la regularidad contable de actividades económico-financieras y a la adecuación de su actividad económico-financiera a los principios de gestión financiera que sean exigibles conforme a su naturaleza (art. 16.3). Algunas facetas de este control se pueden definir con mayor claridad, sobre todo si tienen un alcance contable: que los estados reflejen la situación financiera y las operaciones económicas, que la documentación contable sea adecuada y suficientemente justificativa... Pero es más complicado que en otros aspectos alcance a ser eficaz, sobre todo por lo que se refiere a la legalidad y regularidad de ingresos privados, difícilmente fiscalizable cuando los datos en los que se basa son los proporcionados por las propias formaciones políticas.

Mención aparte ha de hacerse de la fiscalización de los gastos de seguridad, los únicos que se determinan expresamente y son objeto de una subvención específica: en este ámbito el Tribunal puede llevar un control mucho más adecuado a la técnica subvencional, en la medida en que se trata de comprobar los programas o actividades realizadas durante el ejercicio en ese ámbito, previéndose que, en caso de existir remanente, tenga que ser reintegrado (art. 22 del Real decreto 1306/2011, de 26 de septiembre, por el que se regula la tramitación de las subvenciones estatales anuales para sufragar los gastos de seguridad en que incurran los partidos políticos). El resto de los gastos (salvo los electorales, objeto de un informe específico), al no estar no determinados, no se fiscaliza, de modo que, en el caso hipotético de que un partido declarara gastos *ordinarios*, esto es, los no correspondientes a seguridad, inferiores a la subvención recibida, no está previsto el reintegro del remanente.

El informe sobre esta contabilidad anual debe emitirse en seis meses desde la recepción de la documentación (art. 16.4 LOFPP), plazo que no se respeta: en principio, tendría que estar concluida esa tarea al comenzar el segundo año posterior al del ejercicio que se refiere (el plazo para entregar las cuentas no concluye hasta junio y la fiscalización se desarrolla hasta diciembre), pero en algunas ocasiones ha llegado a demorarse varios años, como el informe

correspondiente a 2008, emitido en junio de 2013... ¡Más de tres años de retraso! Aparte de otras cuestiones sobre organización y carga de trabajo del Tribunal, quizá la entrada en vigor de la Ley orgánica 8/2007 haya contribuido a dilatar de tamaña manera la emisión de ese informe, pues posteriormente ha ido acortando el tiempo que tardaba en concluirlo: en marzo de 2014 aprobó el informe correspondiente a tres ejercicios (2009, 2010 y 2011), mientras que los de los dos últimos años fiscalizados han sido entregados con apenas seis meses de retraso, lo que tampoco puede calificarse como una actuación totalmente desviada, aunque convendría corregirla todo lo posible. Más allá de las reflexiones que se hacen al final de este apartado, habrá que constatar en el futuro los efectos que pueda tener la reforma de marzo de 2015 sobre los informes posteriores, incluyendo el correspondiente a ese mismo año, todavía no aprobado cuando se redactan estas líneas.

En el informe se dejará constancia de la regularidad y adecuación de las cuentas o, en caso contrario, de las infracciones o prácticas irregulares (art. 16.4) y se remitirá, sin perjuicio de la imposición de las sanciones de las que se trata a continuación, a la Comisión Mixta de las Cortes Generales encargada de las relaciones con este órgano (art. 16.5), a la que corresponde aprobarlo: puesto que el Tribunal de Cuentas es un órgano de fiscalización de las cuentas públicas, dependiente de las Cortes Generales, que nombran a sus doce vocales, su informe ha de ser discutido por una comisión parlamentaria, que siempre ha aceptado hasta la fecha las conclusiones recogidas en ese informe. Se trata por tanto de un modelo de control bastante próximo al *parlamentario*, si bien dotado de una primera fase de análisis eminentemente técnico, que marca de modo indudable el pronunciamiento de la citada comisión.

De forma coherente con la regulación de la figura, pero con un alcance absurdo, la Comisión puede acordar, en el plazo de dos meses desde la aprobación del informe y para que dé noticia sobre infracciones o prácticas irregulares, la comparecencia del responsable de la gestión económica de partidos, se dice, que reciban subvenciones electorales y no de las que estén previstas en los correspondientes presupuestos generales (art. 16 bis). Tratándose de una medida que podría tener un cierto alcance (sujeta en todo caso a las condiciones en las que se desarrolla habitualmente el control parlamentario y, más concretamente, la comparecencia de autoridades y particulares que puedan aportar información a las cámaras), se ha cometido un notable error, pues carece de sentido en un proceso que tiene como objeto la fiscalización de cuentas anuales, al que se van a someter en principio sólo las formaciones que reciben estas últimas, prever la comparecencia de los responsables de quienes reciben subvenciones electorales, ya que puede no haber identidad entre unas y otras. Habrá que esperar a su puesta en práctica para comprobar cuál es su alcance: si comparecen todos los responsables, los de las principales formaciones, sólo los de las que hayan cometido alguna infracción, si se convierte en uso habitual o resulta finalmente esporádico, si la mayoría obstaculiza estas comparecencias cuando le resulten molestas...

Respecto a la contabilidad electoral, el informe sobre su fiscalización (destinado básicamente a constatar la cantidad de gastos electorales regulares y justificados) se remite al Gobierno y a la Comisión mixta de las Cortes Generales, a la que corresponde aprobar dicho informe, conforme al cual han de cuantificarse las subvenciones (art. 134 LOREG).

5.3. Publicidad de la contabilidad

Como se señaló al principio de este apartado, un objetivo fundamental del control tiene que estar ligado al conocimiento general sobre las finanzas de los partidos,



puesto que el origen de sus recursos y el destino de sus gastos deberían ser de dominio público, como el desarrollo de su actividad, en relación en ambos casos con el cumplimiento de sus importantes funciones en el sistema democrático: al hilo de la libertad con la que determinan sus elecciones, habría que conocer quién condiciona las decisiones que adoptan, además de que pueda contribuir a desincentivar prácticas corruptas (Martínez Cousinou, 2013: 68, citado por Sánchez Muñoz, 2013: 182).

A este fin apenas había contribuido la publicación de los informes del Tribunal de Cuentas, conforme al régimen general del funcionamiento de este órgano (así lo recoge el art. 16.5 in fine LOFPP): junto con la resolución de la Comisión mixta, se publican en el *Boletín Oficial del Estado* (previamente han sido objeto de publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, en tanto tienen que conocerlo los integrantes de la Comisión mixta). Facilita en todo caso esta tarea la existencia de versiones electrónicas abiertas de ambas publicaciones oficiales, así como que el propio Tribunal, en su página electrónica, también permita el acceso a sus informes.

Se trata en todo caso de textos de notable extensión (los referidos a la contabilidad anual ocupan varios centenares de páginas), con un elevado contenido técnico, lo que no contribuye precisamente al correcto conocimiento de esos datos, que deberían haber propiciado las propias formaciones políticas: así se ha entendido a partir de la reforma de la LOFPP de 2012³⁷, que les obliga a publicar en su página electrónica el balance, la cuenta de resultados y en particular la cuantía de los créditos pendientes de amortización (con especificación de la entidad concedente, el importe otorgado, el tipo de interés y el plazo de amortización), las subvenciones recibidas y, en lo que constituye una de las novedades más importantes de la Ley orgánica 3/2015, también las donaciones y legados de importe superior a 25.000 € con referencia concreta a la identidad del donante o legatario (art. 14.8).

Atendiendo a algunas de las indicaciones recogidas en el informe GRECO 2013, que señalaba que no estaban claros ni los plazos en que debería tener lugar esa publicación ni las sanciones a imponer en caso de incumplir esta obligación, se ha introducido también en 2015 el plazo máximo que tienen, que es de un mes desde la fecha de envío al Tribunal de Cuentas: en todo caso, pues, van a transcurrir varios meses desde la conclusión del ejercicio anual. Dado que son datos que los partidos tienen que poner en conocimiento del Tribunal cada tres meses, podría encomendarse esta tarea, como propone Sánchez Muñoz (2015: 67), al propio Tribunal de Cuentas, que las podría difundir con esa misma periodicidad. En cuanto a las consecuencias que genera su incumplimiento, se ha previsto que se les retengan las subvenciones, como ya se indicó al tratar de éstas (equiparándolas por tanto a las que no están al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social: art. 3.8).

³⁷ Poco después se aprobó la Ley de transparencia, que incluye a los partidos políticos como sujetos a los que se aplican sus disposiciones, pero sólo las relativas a la “publicidad activa” (art. 3), que están determinadas en forma muy genérica y parecen concebidas más bien para las Administraciones públicas, sin que les afecte en cambio lo dispuesto sobre derecho de acceso a la información pública. La falta de concreción acerca de las obligaciones de los partidos no ha sido cubierta por las normas de desarrollo y en las que integran el Derecho de partidos sólo es posible encontrar una mención en la LOFPP, ya reseñada, a este régimen de transparencia (que afecta a las Administraciones que otorgan subvenciones y no a los propios partidos). En todo caso, es indudable la conexión entre las previsiones que se recogen a continuación y los objetivos que se tratan de alcanzar con esas normas sobre transparencia, cuya orientación general debería guiar la práctica de los partidos, más allá de lo que establezcan las normas, corrigiendo así actitudes en absoluto respetuosas de estos principios.

Aunque también se ha ampliado el contenido de esa información (hasta 2015, como ya se indicó, los datos sobre los donantes sólo los conocía el Tribunal de Cuentas), debe hacerse preservando el carácter de “datos especialmente protegidos” que tienen los incluidos en la relación anual de donaciones (disposición adicional segunda de la Ley orgánica 3/2015, no integrada en la LOFPP). Queda por tanto esta materia sujeta al régimen establecido en la Ley orgánica de protección de datos, por lo que, además de no afectar esta publicidad a todas las donaciones (recuérdese que el límite ha quedado fijado en 50.000 €), de esa calificación parece derivarse la obligación de solicitar al donante su consentimiento para que sus datos sean difundidos, que debería prestarse en el momento de efectuar el ingreso (de modo que en caso de negarse la donación no podría realizarse). Ésta parece ser la solución legal al posible conflicto entre esta publicidad y otros bienes, entre los que en ocasiones se ha incluido la libertad ideológica y el consiguiente derecho a no declarar sobre creencias: con Sánchez Muñoz (2013: 193), se podría considerar que es un acto expreso que no permite acogerse a ese derecho³⁸.

En otro orden de cosas, sobre su posible carácter disuasorio, no parece que pueda tener mucha relevancia a la vista de los magros ingresos que reciben los partidos por esta vía. Citando el caso británico, Rodríguez Teruel, Baras, Barberà y Barrio (2013: 96) advierten que la publicidad puede resultar disuasoria, pero para que los partidos acepten donaciones de gran cuantía, ya que les haría aparecer como excesivamente vinculados a los intereses del donante. Convendría en todo caso que al tiempo que se solicita al donante el consentimiento para el tratamiento de sus datos se le informara también de las ventajas fiscales que le puede reportar, circunstancias que no estaría de más haber incluido en la ley.

En fin, sólo las donaciones de más de 25.000 € van a ser objeto de esta publicidad, lo que de entrada supone que únicamente se conocerá un número más bien limitado de donantes, ya que es un importe bastante elevado: de hecho, Ariño (2009: 32), que se muestra partidario cuando menos de equilibrar la importancia entre financiación pública y privada, dando mayor importancia a esta última, sostiene que deberían hacerse públicas las donaciones a partir de cantidades muy inferiores, 100 ó 150 € incluso, criterio que sería bastante más razonable que el actualmente vigente.

Además de esta información, a publicarse en los primeros meses del año siguiente de cada ejercicio, una vez emitido por el Tribunal de Cuentas el informe de fiscalización anual deberán también hacerlo público igualmente a través de su página electrónica en un plazo máximo de 15 días (art. 14.9). Similar obligación se ha introducido para las fundaciones: una vez emitido por el Tribunal de Cuentas el informe de fiscalización tienen que hacer públicos, preferentemente a través de su página electrónica, el balance y la cuenta de resultados así como las conclusiones del informe de auditoría, de forma que esta información sea de gratuito y fácil acceso para los ciudadanos (disposición adicional séptima).

A pesar de todos estos avances, que no son insignificantes, no se ha alcanzado el objetivo deseable en esta materia, que sería el de contar, como señala Sánchez Muñoz (2015: 51 y 65-66) con “una información completa, de fácil acceso, comprensible y disponible en tiempo útil”: no está integrada por todos los elementos que debería incluir, no utiliza un lenguaje accesible para todos, sin especiales conocimientos técnicos ni se proporciona en un régimen de inmediatez, que permita

³⁸ En el informe GRECO 2009 se recogía la preocupación de las autoridades españolas acerca de los problemas de seguridad que podría crear para algunas personas objeto de la acción de bandas terroristas.

formar la voluntad popular conforme se produzcan los hechos, aunque es cierto que a través de internet es posible encontrarla sin mayores dificultades.

5.4. Sanciones

Excluyendo la privación del cargo para los casos de irregularidades en las cuentas de campaña (básicamente porque no son individuales sino de las formaciones políticas, en sistemas de representación proporcional con distritos plurinominales, lo que impide su puesta en práctica, ya que afectaría sólo a una parte de los elegidos en la circunscripción, sin que resulte operativa la repetición de las elecciones que suele generar su aplicación en sistemas que utilizan un sistema de distritos uninominales cuando el candidato electo ha vulnerado las reglas sobre financiación), el ordenamiento español prevé por un lado algunos tipos penales directamente relacionados con las infracciones de estas normas y por otro sanciones de carácter económico, en forma de multas o sobre las subvenciones, que pueden ser reducidas o incluso denegadas a las formaciones políticas, en una materia en la que se han producido numerosas reformas desde la aprobación de la LOREG y la Ley orgánica 3/1987, a la vista de la deficiente regulación que contenía sobre todo esta última.

Comenzando por las más graves, hasta la reforma del Código Penal (CP) operada por Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo (coincidiendo por tanto con la última reforma de la LOFPP), por la que se introduce un nuevo título, el XIII bis, dedicado a los “delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, sólo podían ser sancionadas por la vía penal infracciones cometidas en periodo electoral, en la medida en que la LOREG, en la que se recogen específicamente los delitos electorales, sí incluye desde su redacción inicial algunos relacionados con esta materia (art. 140, 149 y 150). En definitiva, es necesario considerar una vez más este doble ámbito, con regulaciones no siempre coincidentes, de modo que en la actualidad están tipificados los siguientes delitos:

a) Donaciones ilegales (anónimas, por importe superior a 50.000 € o procedentes de personas jurídicas), castigados con pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor; la misma multa y también la pena de prisión de 6 meses a 4 años habrá que imponer si son de importe superior a 500.000 € o superan en esta cifra el límite y si proceden de extranjeros y superan el importe de 100.000 €. Las mismas penas se impondrán a quien entregue esas donaciones (art. 304 bis CP).

b) Participación en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de lo establecido en la ley, castigada con la pena de prisión de 1 a 5 años (art. 304 ter CP)³⁹.

c) Como delitos de los que pueden resultar responsables los administradores electorales de cada formación política, los de falsedad de cuentas (reflejar u omitir indebidamente en las cuentas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, castigado con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses: art. 149 LOREG) y apropiación indebida (apropiarse o distraer fondos para fines distintos de los previstos en la ley, castigado con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses, si los fondos apropiados o distraídos no superan los 50.000 € y de prisión de 2 a 6 años y multa de 12 a 24 meses, en caso contrario: art. 150 LOREG).

³⁹ Con expresa mención a la aplicación de las reglas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, corresponderán las mismas penas a los partidos que sean responsables de los hechos, que pueden llegar incluso a la disolución del partido [en general, sobre este asunto la reciente STS (Penal) 154/2016, de 29 de febrero].

d) Como delito que pueden cometer los funcionarios, incumplir, abusando de su oficio o cargo, las obligaciones relativas a certificaciones en materia de subvenciones por gastos electorales, castigado con las penas de prisión de 3 a 7 años y multa de 18 a 24 meses (art. 140 LOREG).

Al margen de la aplicación de estos tipos penales, la sanción de las restantes infracciones está ligada a la fiscalización del Tribunal de Cuentas⁴⁰, en una gradación que, conforme a los art. 17 y 17 bis LOFPP, prevé:

a) Infracciones muy graves: donaciones ilícitas (que no sean delictivas), incluyendo la asunción por terceras personas de los gastos del partido y los acuerdos ilícitos sobre condiciones de deuda y el incumplimiento durante dos ejercicios consecutivos o tres alternos de la obligación de presentar las cuentas anuales o la presentación de cuentas incompletas o deficientes que impidan al Tribunal de Cuentas llevar a cabo su cometido fiscalizador; en el ámbito electoral también tendrá esta consideración superar el límite de gastos legalmente previsto en un 10 % o más. Serán sancionadas con multa de doble al quintuplo de la cantidad recibida indebidamente o del exceso en el que se haya incurrido y la falta de presentación con multa de entre 50.000 y 100.000 €, con una importante novedad respecto al incumplimiento de esta obligación: la misma Ley orgánica 3/2015 modificó la LOPP para introducir por primera vez en el ordenamiento español un sistema de depuración del Registro de Partidos Políticos, mediante declaración judicial de extinción, entre otros motivos, por no haber presentado cuentas durante tres años consecutivos o cuatro alternos, decisión que corresponde adoptar a la jurisdicción contencioso-administrativa, previo apercibimiento del Registro para que en seis meses los partidos afectados puedan justificar la presentación (art. 12 bis LOPP). En el ámbito electoral, todos los excesos de gastos (con independencia de su calificación) también pueden generar que el Tribunal de Cuentas proponga la no adjudicación o la reducción de la subvención, conforme al art. 134.2 LOREG (en la práctica, sólo se aplica la denegación en caso de que no se entregue contabilidad, mientras que la reducción procedía en caso de rebasar los límites, en una cantidad equivalente al exceso en que se haya incurrido, previsión ahora derogada por la Ley orgánica 3/2015).

b) Infracciones graves: realización de actividades de carácter mercantil, incumplimiento de las obligaciones contables (incluidas la falta de presentación de las cuentas anuales o la presentación incompleta o con deficiencias que impidan al Tribunal de Cuentas llevar a cabo su cometido fiscalizador en supuestos no calificados como muy graves), la falta de un sistema de auditoría o control interno y la superación en más de un 3 y en menos de un 10 % de los límites de gastos electorales. Las sanciones que corresponden a estas infracciones son de multa de entre 25.000 y 50.000 € más el beneficio neto obtenido por la realización de las actividades mercantiles, del doble al quintuplo del exceso del gasto producido sin que en ningún caso pueda ser inferior a 25.000 euros y de un mínimo de 10.000 € y un máximo de 50.000 € para las restantes.

c) Infracciones leves: faltas al deber de colaboración (sancionadas con multa de entre 5.000 y 10.000 €) y superación por los partidos políticos en más de un 1 y hasta un 3 % de los límites de gastos electorales (sanción del doble al quintuplo del exceso, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 5.000 €).

⁴⁰ En realidad, en el ámbito electoral se prevé que las infracciones no delictivas pueden dar lugar a la imposición por la Administración electoral de una multa de 300 a 3.000 € si son responsables autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 € si se realiza por particulares (art. 153 LOREG).

Este sistema resulta mucho más completo que las previsiones anteriores, criticado en el informe GRECO 2011, que inicialmente sólo operaban sobre las subvenciones: no se adjudicaban si no se presentaban cuentas y se reducían si había infracciones, lo que hacía que el control tuviera un carácter hasta cierto punto voluntario, pues los partidos no tenían más incentivo para someterse a él que el de disfrutar de la subvención. Abría la posibilidad, por tanto, de que las formaciones que tuviera recursos suficientes, incluso obtenidos de forma abiertamente irregular, se mantuvieran al margen de ese control; en el ámbito electoral, más concretamente, muchas candidaturas que concurren a elecciones municipales en un número muy reducido de circunscripciones, incluso sólo en una, porque no cuentan con la organización precisa o les resulta excesivamente costoso o complicado, no cumplen con esta obligación, sin que verse privadas de una subvención muy reducida, a la vista del escaso número de votos y concejales obtenidos, les vaya a suponer mayores problemas económicos⁴¹. Ahora ya no es posible eludir la fiscalización del Tribunal de Cuentas, a la vista de las sanciones que se imponen, que pueden llevar incluso a la extinción del partido (que seguramente se va a aplicar más en casos de inactividad de tantas formaciones inscritas en el Registro que para incumplimientos reiterados con carácter deliberado, que por lo demás tampoco se habían producido, ni va a afectar tampoco a esas formaciones de ámbito municipal en tanto la mayoría concurren a las elecciones como agrupaciones de electores).

La posterior introducción de multas, en buena medida por la reiterada reclamación del Tribunal de Cuentas, en razón de la cantidad indebidamente recibida o en la que se produjo el exceso, que ahora se mantiene, pero incrementando el volumen de las sanciones, probablemente obedezca a que no han sido lo suficientemente disuasorias (tampoco se puede saber a ciencia cierta, ya que se introdujeron en 2012, por lo que no ha habido ocasión de constatar su aplicación: recuérdese que el último informe anual que se conoce es del ejercicio siguiente)⁴². Por último, se recogen ahora como infracciones actos que no estaban sancionados en las normas anteriores (acuerdos sobre deuda, cumplimiento de requisitos formales, realización de actividades mercantiles).

Mención aparte merece el tratamiento penal, que por un lado pone fin a esa situación conforme a la cual estaban previstas estas sanciones en el ámbito electoral pero no en el de la financiación *ordinaria*, lo que no tenía mayor justificación, si bien es fácilmente observable que el CP y la LOREG recogen tipos entre los que no se pueden establecer muchos paralelismos (donaciones y financiación ilícita en aquel, falsedad y apropiación en ésta). Al menos, queda clara la relevancia penal de ciertos actos que hasta ahora sólo eran perseguibles por esta jurisdicción acudiendo a tipos no específicamente referidos a la financiación partidista (falsedades, malversaciones, delitos contra la Hacienda pública...), si bien la descripción de algunos tipos no resulte lo suficientemente precisa: como sostiene Olaizola (2015: 2-4), deben reservarse para conductas que supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular, no para perseguir cualquier irregularidad; no se ha tenido en cuenta si en la infracción está involucrada la Administración, para atender en cambio en exclusiva a la cantidad, cuando lo que se protege no es el orden socioeconómico, sino las funciones constitucionales de manifestación de la voluntad popular que cumplen los partidos.

⁴¹ El dato que recoge Iglesias (2016: 142) es suficientemente expresivo: de acuerdo con el informe del Tribunal de Cuentas sobre las elecciones municipales de 22 de mayo de 2011 tenían que haber presentado contabilidad electoral 1.680 formaciones políticas, pero no lo hicieron más de mitad, 881.

⁴² La situación anterior era tan confusa que lleva a Maroto, Anderica, Baleato y Ongil (2013: 31) a preguntarse si las sanciones propuestas llegaron efectivamente a cumplirse.

Finalmente, la LOFPP ha establecido un procedimiento sancionador que es de aplicación en cualquiera de los dos ámbitos en los que se desarrolla esa fiscalización, con lo que por lo demás se despejan todas las dudas que había hasta 2007 acerca del órgano al que correspondía ejercer la potestad sancionadora: según su art. 18, tras la apertura de un periodo de información previa, con audiencia al partido que haya podido cometer la infracción, se inicia con un acuerdo del pleno del Tribunal de Cuentas en el que conste la formación infractora, los hechos que integran la infracción (calificación y posible sanción) y la designación de instructor. Hay un plazo para presentar alegaciones (15 días) y solicitar la práctica de pruebas (también la puede acordar el instructor de oficio; de acordarse, se practicarán en un plazo de 30 días); tras la propuesta de resolución, hay 15 días para presentar alegaciones. La resolución del pleno tiene que recaer antes de que transcurran seis meses desde la iniciación del procedimiento, que caduca si no se resuelve en ese plazo, salvo que la demora la hayan causado los interesados. Cabe recurso ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, con un carácter suspensivo si tienen carácter sancionador. La apertura del procedimiento no impide ejercer la función fiscalizadora e imponer las multas previstas en la LFTCu ni tampoco interrumpe el cómputo de la prescripción.

También se ha diversificado el plazo de prescripción de estas infracciones, que se estableció en 2012 con carácter general en cuatro años, mientras que ahora es de cinco para las muy graves, tres para las graves y dos para las leves, iniciándose el cómputo de estos plazos en el momento de la comisión de la infracción (art. 17.5 LOFPP)⁴³. Hay que recordar en todo caso, sobre todo a la vista del retraso con el que el Tribunal elabora sus informes (aunque reducido en los últimos ejercicios), que para abrir el procedimiento sancionador no es necesario haber concluido el informe de fiscalización, que tiene otro objeto y otro destinatario: no hay que esperar a la aprobación del informe ni mucho menos a la resolución de la Comisión mixta para que el Tribunal de Cuentas ejerza esa potestad sancionadora, que hay que recordar sólo se le otorgó expresamente con la aprobación de la Ley orgánica 8/2007, que reguló asimismo el procedimiento que había de seguir (la Ley orgánica 3/1987 contenía sanciones, pero no especificaba cuál el órgano que debía administrarlas)⁴⁴.

En todo caso, la imposición de las sanciones sigue teniendo repercusión sobre las subvenciones, ya que el Tribunal de Cuentas tiene que vigilar que aquéllas se hagan efectivas antes del libramiento de la siguiente subvención y que se detraiga su importe en el caso de no haber sido satisfechas; en aquellos casos en que el partido político sancionado no tenga derecho a la percepción de subvenciones, debe requerirle para que proceda al ingreso del importe correspondiente a la sanción en el Tesoro Público. Y para el caso de haber hecho efectivo el pago de la sanción impuesta, debe dar traslado a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para que ésta proceda a su recaudación en periodo ejecutivo (art. 17 bis.4).

El papel central que le corresponde al Tribunal de Cuentas en estas tareas de control y la generalizada insatisfacción que ha generado ha dado lugar a críticas no siempre justificadas: algunas se han centrado en la forma de designación de sus miembros, en la medida en que son los partidos (mayoritarios) los que deciden quienes van a formar parte del órgano encargado de fiscalizar sus cuentas, de lo que se derivaría un trato no muy exigente, incluso al contrario, más bien favorable,

⁴³ Coinciden Sánchez Muñoz (2015: 69) e Iglesias (2016: 148) en que el de cuatro años era insuficiente, por lo que había que ampliarlo a fin de evitar que quedaran impunes algunas infracciones.

⁴⁴ En contra del criterio expresado en el texto sobre la posibilidad de abrir el procedimiento sancionador antes de concluir el informe, Iglesias (2016: 128).

como para Maroto, Anderica, Baleato y Ongil (2013: 31), que llegan a calificar de “parapeto” su actuación por ejemplo en el caso Filesa. Sin despreciar estas circunstancias que encajan con la llamada *colonización* por los partidos de esos órganos de control cuya composición depende en todo o en parte de instancias políticas (los controlados en suma deciden sobre los controladores, aunque no tiene un alcance unívoco para todos ellos⁴⁵) y aún menos las que se refieren a algunas decisiones concretas sobre el acceso a esa condición de consejero del Tribunal de Cuentas de quienes no contaban con mayores cualificaciones técnicas o habían ocupado en el pasado (a veces no muy remoto) carteras ministeriales o escaños en el parlamento, que de entrada no propician una situación muy adecuada, a las que se podrían añadir otras sobre medios técnicos y personales (que es muy probable que no sean los suficientes) o a la sobrecarga de trabajo de un órgano que tiene que fiscalizar cuentas del Estado, de comunidades autónomas, de municipios, de empresas y entidades públicas..., pueden encontrarse en la misma configuración de la fiscalización de la contabilidad de los partidos otras deficiencias que explican también e incluso en mayor medida las insuficiencias de ese control.

Por un lado, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Cuentas elabora sus informes a partir de la documentación que le proporcionan los propios partidos, por lo que no puede llevar a cabo, como dice Sánchez Muñoz (2013: 174) “una auténtica labor investigadora”; incluso a pesar de haber transcurrido ya más de 30 años desde que esta fiscalización empezara a practicarse, el Tribunal de Cuentas sigue advirtiendo en ocasiones de que los datos no son completos, no se atienen a la práctica contable o no se aporta la documentación apropiada, defectos que no son tan graves como para haber acarreado la imposición de la sanción correspondiente pero que reflejan la confusión en la que desarrollan sus actividades los partidos.

Las recientes modificaciones legales han ampliado en cierta medida la capacidad de recabar información de otras entidades, pero no cabe esperar de esos cambios ni en realidad de otros que en el futuro pudieran incluso aumentar esa facultad una respuesta enteramente satisfactoria sobre su capacidad para penetrar en la realidad económica de los partidos, salvo que pasara de ser un órgano de control externo a tener otra naturaleza... Quizá entonces fuera mejor encomendar esas tareas a otro órgano, de nueva creación, encargado exclusivamente del control económico de los partidos, con más amplias facultades, prácticamente equiparables a los jurisdiccionales, si bien la existencia de este tipo de órganos tampoco garantiza en sí misma que no haya infracciones ni que se detecten y se sancionen todas las que hay, con rigor y prontitud, aunque quizá sí mayor y más pronta publicidad, sanciones más operativas...⁴⁶.

No hay que olvidar tampoco que, en tanto fiscaliza las cuentas y la gestión económica del Estado, así como del sector público, su control resulta adecuado cuando se centra en los gastos, aspecto sobre cuya legalidad y regularidad puede pronunciarse a partir de la información de que dispone (como ya se ha destacado respecto a los gastos electorales y de seguridad), mientras que resulta mucho más alejada de esa tarea de control contable del sector público la comprobación de esas mismas condiciones respecto a los ingresos, sobre todo de particulares, lo que sin

⁴⁵ Cabe recordar que el Tribunal de Cuentas depende directamente de las Cortes Generales y ejerce algunas de sus funciones por delegación de ellas.

⁴⁶ Un modelo a seguir podría ser, en ese caso, la Comisión nacional de cuentas de campaña y de financiación política creada en Francia en 1990, con la condición de autoridad administrativa independiente, integrada por tres miembros del Consejo de Estado (que tiene atribuidas funciones de justicia administrativa), tres de la Corte de Casación y otros tres de la Corte de Cuentas, con amplias funciones de control y sanción.

duda ha propiciado la descalificación más o menos generalizada que ha merecido el Tribunal de Cuentas.

Bibliografía

- ARIÑO, G. (2009), *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*, Foro de la Sociedad Civil, Madrid.
- DEL CASTILLO, P. (1985), *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
- DOUBLET, Y-M. (1991), *Le financement des partis politiques en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris.
- DOUBLET, Y-M. (1993), "L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 9 avril 1992 sur le financement des partis politiques", *Revue française de droit constitutionnel*, 15, pp. 663-668.
- GÁLVEZ, L. (2010), *Las campañas institucionales: normas, doctrina de la Junta Electoral Central y jurisprudencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- GAVARA, J.C. (2009), "La financiación electoral en el ámbito autonómico". En: GÁLVEZ, L. (coord.), *El derecho electoral de las Comunidades Autónomas: revisión y mejora*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 257-312.
- GONZÁLEZ, S. y MAROTO, M. (2015), "La financiación participativa en partidos como herramienta de cambio político". *eldiario.es* [online], 10 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.eldiario.es/16f84d64> (fecha de consulta: 28 de enero de 2016).
- IGLESIAS, M. (2016), "Dinero y Votos. Un balance crítico de la financiación electoral de los partidos en España". En: CASCAJO, J.L. y MARTÍN DE LA VEGA, A. (coord.), *Participación, representación y democracia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 123-149.
- LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (2014), *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, Comares, Granada.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1993), "La financiación de los partidos y de las elecciones. La legislación interminable", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 37, pp. 107-131.
- MAROTO, M., ANDERICA, A., BALEATO, S. y ONGIL., M (2013), *Qué hacemos con la financiación de los partidos*, Akal, Madrid.
- MARTÍNEZ COUSINOU, G. (2013), *El control de la corrupción política en el ámbito de la financiación de los partidos: actores, intereses y estrategias en España y Reino Unido*, tesis doctoral presentada en la UNED.
- OLAIZOLA, I. (2015), "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP", *Diario La Ley*, 2637, pp. 1-8.
- PAJARES, E. (1998), *La financiación de las elecciones*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- PAJARES, E. (2004), "La financiación y la campaña electoral en los regímenes electorales autonómicos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, pp. 239-268.
- PAJARES, E. (2008), "Algunas notas sobre la regulación constitucional y legal del referéndum a la luz de su (escasa) experiencia". En: CARRILLO, M. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universitat de Barcelona/Ajuntament de Mollet del Vallès, pp. 759-776.
- RIDAO, J. (2014), "La transparencia y el control económico-financiero de los partidos políticos en España. Entre un balance decepcionante y un futuro sombrío", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 7, pp. 211-222.



- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Á. y FIDALGO, E. (2012), “Responsabilidad social, crisis financiera y normalización contable en los partidos políticos españoles”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 74, pp. 239-259.
- RODRÍGUEZ TERUEL, J., BARAS, M., BARBERÀ, Ó. y BARRIO, A. (2013), *Financiación de los partidos y transparencia democrática. Buenas prácticas en Europa y América del Norte*, Fundació Catalunya Europa, Barcelona.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó. (2013), “La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, pp. 161-200.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó. (2015), “La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, pp. 49-82.
- VALERO, A. (2012), “*Citizens United* y la financiación de las campañas electorales en el Derecho norteamericano”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, pp. 433-453.

Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales

Multilevel protection of Human Rights: concept, theoretical framework and current challenges

Carmen Montesinos Padilla
Universidad de Vigo
cmontesinos@uvigo.es

Recibido / received: 09/08/2016
Aceptado / accepted: 18/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3288>

Resumen

El uso de la locución “tutela multinivel” es cada vez más habitual tanto en la literatura especializada, como en los documentos oficiales de instituciones vinculadas, en el ejercicio de sus funciones, con la promoción y garantía de los derechos humanos. Sin embargo, su delimitación conceptual sigue siendo imprescindible. En estas páginas trataremos de definir el concepto que nos ocupa en conexión con el marco teórico en el que se origina, pero matizando este vínculo en atención a la situación actual de la tutela de los derechos más allá de las fronteras de los Estados soberanos. La protección internacional de los derechos humanos ha experimentado avances significativos desde mediados del siglo XX, muy especialmente en el espacio jurídico europeo. Y por esta razón, el análisis del sistema regional europeo ocupará buena parte de las páginas que siguen, en las que no podremos obviar los desafíos a los que se enfrenta hoy el sistema del Convenio de Roma y, por extensión, aquellos otros que, como el interamericano, intentan avanzar en la misma dirección.

Palabras clave

Constitucionalismo multinivel, control de convencionalidad, *ius standi in iudicio*, sistemas regionales de protección de derechos, tutela multinivel.

Abstract

The use of the term "multi-level protection" is increasingly common both in specialized literature and in official documents of institutions related to the promotion and guarantee of human rights. However, its conceptual delimitation remains essential. In these pages we will try to define this concept in connection with the theoretical framework where it was originated. This relationship will be clarified in view of the current situation of the protection of human rights beyond the borders of sovereign States. The international protection of human rights has made significant progresses since the mid-twentieth century, especially in the European legal space. And for this reason, much of the following pages will focus on the European regional system. We cannot ignore the challenges that the system of the Rome Convention is



facing nowadays, and those that are trying to move in the same direction, as the Inter-American System.

Keywords

Multilevel constitutionalism, control of conventionality, ius standi in iudicio, multilevel protection of Human Rights, regional systems of Human Rights protection.

SUMARIO. 1. La tutela multinivel como realidad fáctica 2. El constitucionalismo multinivel como marco teórico 3. Los sistemas regionales de tutela multinivel 4. Accesibilidad, convencionalidad y divergencia de estándares.

1. La tutela multinivel como realidad fáctica

La expresión “tutela multinivel” es de uso cada vez más común entre los especialistas en materia de derechos humanos. Incluso es habitual encontrarla en documentos oficiales de muy diversas instituciones directa o indirectamente vinculadas, en el ejercicio de sus funciones, con la protección de los derechos y libertades de las personas. Y con ella, en general, no nos referimos a otra cosa que al fenómeno de la proliferación de catálogos e instrumentos de garantía que operan en distintos niveles y con distinto grado de eficacia (Bilancia, 2008: 401; Bultroni, 2004: 1). O, en otros términos, a la existencia de varias esferas superpuestas de protección (Torres Pérez, 2010: 277). En definitiva, con la locución tutela multinivel normalmente pretendemos poner de manifiesto, simple y llanamente, la realidad de la expansión del ámbito de protección de los derechos a las esferas internacional y/o supranacional.

Si bien la sede natural de garantía de los derechos sigue siendo el Estado, desde mediados del siglo XX las autoridades nacionales no son las únicas con competencias en la materia. Por poner un ejemplo cercano, en el caso de Europa (en sentido amplio) podemos hablar de tutela multinivel porque nuestros derechos se encuentran garantizados tanto por los textos constitucionales de nuestros respectivos Estados, como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio de Roma), de cuya fiscalización se encarga el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo). También en el marco del Consejo de Europa nos encontramos con la Carta Social Europea, cuyo control ha sido encomendado al Comité Europeo de Derechos Sociales. Asimismo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Luxemburgo (TJUE) debe hacer uso de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como parámetro de control de la actividad normativa de la Unión Europea (UE) y de las instituciones nacionales cuando estas actúan en aplicación del Derecho europeo. Todo ello sin olvidar que en el nivel universal también disponemos de múltiples tratados de muy diversa naturaleza con incidencia en el espacio europeo. Entre los más conocidos, los así denominados Pactos de Nueva York de 1966. Esto es, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDECS), por cuyo cumplimiento velan, respectivamente, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

La realidad fáctica que es la tutela multinivel de los derechos no debiera así comportar muchas más dificultades en su comprensión que las que puedan derivarse del conocimiento del complejo y sofisticado entramado de garantías que la integran. Sin embargo y llegados a este punto, dos matizaciones parecen convenientes. Por un lado, el nacimiento y desarrollo de la doctrina de la tutela



multinivel se han vinculado tradicionalmente a la intensificación del proceso de integración europea (De Marco, 2004: 127-158). Más concretamente, la acuñación doctrinal del término se ha atribuido al insigne jurista alemán Ingolf Pernice quien, desde mediados de la década de los noventa, ha impulsado la conceptualización en términos constitucionales de la ahora UE (Pernice, 2009: 309-348; 1999: 703-750)¹. Por otro, a pesar de la tradicional conexión de la tutela multinivel con las esferas internacional y/o supranacional, cada vez es más habitual el recurso a esta locución para hacer referencia a la sistematización y garantía de derechos y principios en el nivel sub-estatal (De Marco, 2011: 121-141).

2. El constitucionalismo multinivel como marco teórico

Fue efectivamente en el marco del constitucionalismo multinivel donde surgió, como concepto teórico-doctrinal, la tutela multinivel de los derechos. En este sentido se ha apuntado que la gobernanza multinivel, engendrada en el proceso de integración europea, podría entenderse como la génesis misma de la tutela multinivel (Díaz Pérez, 2015)². Y ello ha llevado incluso a afirmar que la tutela multinivel solo llega a comprenderse en su seno (Cardone, 2012: 2). Pero lo cierto es que mecanismos de protección de los derechos más allá de las fronteras del Estado-Nación existen también en América Latina, África o Asia, sin que en ninguno de estos casos podamos afirmar la existencia de un proceso de integración comunitaria análogo al europeo. En Latinoamérica, por ejemplo, si bien cada vez es más habitual la referencia a un *ius constitutionale commune* (Von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi, 2010), no existe una integración en términos equivalentes al supuesto europeo. Pero esta ausencia integradora en modo alguno impide afirmar la existencia de una verdadera tutela multinivel, como fenómeno comprensivo de los mecanismos e interacciones entre los sistemas jurídicos nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) (Ureña, 2013: 17-46). En el mismo sentido debe advertirse que en el caso concreto del proceso de integración europea, todavía son manifiestas las dificultades a las que se enfrenta el ordenamiento de la UE para poder ser catalogado en términos netamente constitucionales. Evidentemente, la aprobación de la CDFUE fue percibida, incluso con carácter previo a la reforma de Lisboa, como un avance significativo en la construcción de una democracia constitucional a nivel europeo (Díez Picazo, 2002: 24-25). Un avance que, consecuentemente, sumó adeptos a la revolucionaria doctrina del constitucionalismo multinivel. Pero la difícil identificación de los Tratados constitutivos con una verdadera Constitución europea no supone impedimento alguno para poder afirmar la realidad de la tutela de derechos en el nivel supranacional. El TJUE ha evolucionado desde una casi exclusiva preocupación por intereses de tipo económico, a una mucho más amplia jurisdicción, que tiene encomendada como tarea expresa hacer cumplir con los derechos humanos (De Búrca, 2013: 168). Si a ello añadimos la encomiable labor del TEDH y el amplio abanico de instrumentos sectoriales en materia de derechos engendrados en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU) con aplicación en el espacio jurídico europeo, no se alcanzan a comprender los motivos que podrían llevar a afirmar que la tutela multinivel de los derechos solo puede entenderse hoy en el marco del así denominado constitucionalismo multinivel.

En definitiva, aun no pudiendo obviar el marco conceptual en el que se origina, la tutela multinivel como realidad fáctica existe con independencia de que

¹ En palabras de Pernice (2015: 544-546), desde su propuesta, la UE es concebida como un sistema constitucional compuesto que debe ser abordado desde la perspectiva de los ciudadanos y cuyo análisis no puede desarrollarse en términos de simple jerarquía, sino de yuxtaposición y pluralismo.

² Según Della Cananea (2010: 294), "in the context of the EU the concept 'multilevel governance' designates a simple thing, that is to say that the Union is a complex organization which is added to those of its Member States and interacts with them, sometimes requiring changes and adaptations".

podamos hablar o no de un sistema constitucional a nivel comunitario. O, si se prefiere, de una Constitución supranacional. Pero es que, además, la virtualidad del término para reflejar la complejidad que caracteriza la actual protección de los derechos, ha incentivado un uso distorsionado del mismo, pues como se ha apuntado en el epígrafe inmediatamente precedente, a día de hoy no falta quien lo vincule con la peculiar situación de los derechos en los Estados políticamente descentralizados. Así, por ejemplo, en el caso concreto de España la expresión tutela multinivel comenzó a proliferar en la literatura sobre la última oleada de reformas que, recién inaugurada la VIII legislatura, impulsó la sistematización de derechos y principios en muchos de nuestros estatutos de autonomía. No siendo este lugar para discutir la legitimidad constitucional ni la conveniencia política de la inclusión de derechos en los textos estatutarios (Canosa Usera, 2007: 61-115, Díez Picazo, 2006: 63-75, Wilhelmi y Pisarello Prados, 2007: 14), sí que ha de advertirse que también en España su sistematización en sede sub-estatal ha sido percibida como un “jalón de la protección multinivel de los derechos” (Castellá Andreu, 2007: 739). De nuevo, no es posible desvincular la tutela multinivel del marco teórico-conceptual en el que se origina, el constitucionalismo multinivel. Pero a día de hoy el uso del primer término trasciende con creces los límites materiales del segundo, al menos en su sentido originario.

3. Los sistemas regionales de tutela multinivel

Abordada la cuestión de la delimitación conceptual de la tutela multinivel y referida la problemática de su exclusiva vinculación al constitucionalismo multinivel, nos adentramos a continuación en los elementos que la caracterizan en cada ámbito regional. Se trata, en definitiva, no solo de esbozar las líneas maestras de los distintos sistemas regionales (y/o supranacionales) de garantía sino, y muy especialmente, de justificar la tradicional preeminencia que se ha atribuido a la tutela multinivel en el espacio jurídico europeo.

Tras la Segunda Guerra Mundial, varios fueron los motivos que impulsaron la articulación de un sistema regional europeo de protección de los derechos humanos. Por un lado, la confianza de Europa occidental en la democracia y en el Estado de Derecho como muros de contención frente a futuros conflictos bélicos (Burgorgue-Larsen, 2012: 1-2). Por otro, el fracaso de la ONU al intentar concluir un tratado de derechos con carácter jurídico vinculante a nivel universal (Shelton, 2008: 16). Desde su aprobación, la Declaración Universal de Derechos Humanos se convirtió en referente internacional. Sin embargo, su falta de eficacia normativa directa (Díez-Picazo, 2013: 155) impulsó un rico desarrollo convencional materializado, entre muchos otros, en los ya mencionados Pactos de Nueva York. Tanto el PIDCP como el PIDESC han sido complementados con Protocolos que prevén sendos mecanismos de denuncias individuales³. Pero ni los referidos Protocolos son de suscripción obligatoria, ni los Comités encargados de velar por su cumplimiento son órganos jurisdiccionales. Y son precisamente el carácter judicial del TEDH y el reconocimiento de pleno *ius standi* al particular los elementos que han permitido atribuir una especial consideración al sistema regional del CEDH (Alston, Goodman, 2013: 920-921; López Guerra, 2013: 333).

El reconocimiento de legitimación activa al particular ante el Tribunal de

³ El art. 28 PIDCP estableció el Comité de Derechos Humanos. Dentro de su actividad de supervisión y control distinguimos tres procedimientos: estudio de informes periódicos, denuncias intergubernamentales y denuncias individuales. A estas últimas se refieren los arts. 1 y 2 del Protocolo Facultativo Primero, en vigor desde el 23/3/1976. Tradicionalmente, el CDESC se ha encargado del análisis de los informes anuales de los Estados parte y de la formulación de las correspondientes recomendaciones. Pero el 10/12/2008, la Asamblea General de la ONU aprobó un Protocolo facultativo que le reconoce competencias para recibir y considerar comunicaciones individuales.

Estrasburgo tras la entrada en vigor del Protocolo 11 ha sido, y sigue siendo, el principal distintivo del sistema europeo⁴. Ello se explica fácilmente si atendemos a la configuración de los demás sistemas regionales. En el caso del SIDH, no obstante las últimas reforma experimentadas por los Reglamentos de la Comisión (CIDH) y de la Corte (CorteIDH), todavía hoy no podemos hablar de plena legitimación activa del particular, cuyas demandas deben pasar el filtro previo de la CIDH, un órgano esencialmente político, cuasi-jurisdiccional si se prefiere, que es quien decide la remisión de los casos a la CorteIDH⁵. La dinámica es muy similar en el caso del Sistema Regional Africano, donde desde la entrada en vigor del Protocolo facultativo a la Carta de Banjul, el Tribunal Africano de Derechos del Hombre y de los Pueblos tiene competencias para conocer de las demandas individuales que le remita la Comisión, con la particularidad de que esta última se ha limitado tradicionalmente a conocer de las demandas individuales que revelan vulneraciones masivas de derechos⁶. Finalmente, la *ASEAN Human Rights Declaration* no contiene compromisos de carácter vinculante para los Estados miembros y, aunque así fuera, la *ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights* no tiene competencias para recibir reclamaciones de carácter individual⁷.

En un contexto como el descrito, no es difícil comprender la preeminencia generalmente reconocida al sistema regional del CEDH. Incluso ha habido quien ha situado el origen mismo de la tutela multinivel en el reconocimiento de *ius standi* al particular ante el TEDH (Revenga Sánchez, 2008: 237). Al fin y al cabo, la concurrencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales puede efectivamente considerarse como (necesario) corolario de la tutela multinivel (Barbera, 2005: 107). Pero en el espacio jurídico europeo, esta multiplicidad de órganos jurisdiccionales con competencias en materia de derechos no solo la integran los jueces y tribunales nacionales y el TEDH, sino también el Tribunal de Luxemburgo. La proclamación de la Carta de Niza supuso la incorporación de derechos como parámetro de control del Derecho derivado. Y su utilización a tales efectos por el TJUE se ha reforzado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que la dotó del mismo valor jurídico que tienen reconocidos los Tratados constitutivos. La cuestión prejudicial ha sido y sigue siendo el principal mecanismo del que disponen los particulares para hacer valer sus derechos ante la jurisdicción de Luxemburgo. Facultad que también puede ejercitarse, aunque con carácter excepcional, a través del recurso de anulación (Montesinos Padilla, 2015: 37-65). Es comprensible, por tanto, que la tutela multinivel se enmarque preferentemente en el espacio jurídico europeo. Sin embargo, el reconocimiento de *ius standi* al particular más allá de las fronteras del Estado soberano representa hoy no solo el mayor logro de la tutela multinivel en el espacio europeo, sino también uno de sus principales desafíos.

⁴ El Protocolo 11, en vigor desde el 1/11/1998, despojó al Comité de Ministros de su función cuasi-jurisdiccional, suprimió la cláusula de aceptación facultativa de la jurisdicción del TEDH, eliminó la Comisión y reconoció pleno *ius standi* al particular (art. 34 CEDH).

⁵ Vid. Medina Quiroga (2011).

⁶ Según el art. 58.1 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27/7/1981, la Comisión solo remitirá a la Asamblea las comunicaciones relativas a casos de vulneraciones masivas de derechos. Y según el Protocolo facultativo, de 9/6/1998, las víctimas de violaciones de la Carta de Banjul no pueden presentar denuncias directamente ante el Tribunal Africano, sino que estas deben pasar por el filtro previo de la Comisión.

⁷ La *Association of Southeast Asian Nations* fue fundada el 8/8/1967, pero no fue hasta el 20/11/2007 cuando los Estados adoptaron en su seno la *Charter of the Association of Southeast Asian Nations*, en cuyo art. 14 se introdujo un mandato de creación de un órgano de protección de derechos. Y a la *ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights* se encomendó el desarrollo de una declaración de derechos, la *ASEAN Human Rights Declaration*, finalmente adoptada el 18/11/2012.

4.- Accesibilidad, convencionalidad y divergencia de estándares

El reconocimiento de plena legitimación al particular para plantear demandas directamente ante la jurisdicción de Estrasburgo fue siempre controvertido. Pero la progresiva evolución del sistema del Convenio de Roma, al que se fueron adhiriendo cada vez más Estados y en el que poco a poco se puso de manifiesto la disfuncionalidad del papel decisor del Comité de Ministros, impulsaron la aprobación del Protocolo 11⁸. Aunque a nadie escapa hoy la trascendencia de la reforma, la plena judicialización del sistema se encuentra en el origen del actual proceso de reflexión sobre el futuro del TEDH. Las violaciones sistemáticas de derechos y el consecuente aluvión de demandas individuales, la falta de implementación de la cultura del CEDH y las reticencias soberanas a la ejecución de las sentencias condenatorias de Estrasburgo, situaron al TEDH al borde del colapso. Y a este escenario han intentado hacer frente las Conferencias de Alto Nivel de los últimos años (Interlaken, Izmir, Brighton y Bruselas), que han tendido al refuerzo de la dimensión objetiva del amparo europeo, restringiendo simultáneamente el acceso a la jurisdicción de Estrasburgo y alimentando el debate entre quienes apuestan por la demanda individual como piedra angular del sistema, y quienes lo hacen por el refuerzo del TEDH como garante del orden público europeo. En el Consejo de Europa se busca hoy, no cabe duda, una difícil armonía entre ambos extremos. Un equilibrio que bascula sobre el omnipresente principio de subsidiariedad que, en el actual contexto europeo, no hace sino demostrar un evidente riesgo de inoperatividad frente tanto a las persistentes reticencias soberanas para dotar de plena efectividad a las sentencias de condena procedentes de Estrasburgo, como a la insuficiente protección dispensada por órganos jurisdiccionales nacionales, gravemente afectados en su funcionamiento por el actual contexto económico, financiero, social y político. Sobre las consecuencias de la plena judicialización del sistema del CEDH han gravitado además las sucesivas reformas de los Reglamentos de la CortelDH y de la CIDH, así como las discusiones doctrinales sobre la evolución del SIDH en su conjunto (Ventura Robles, 2005: 12-22). Pero junto al desafío de la accesibilidad a los órganos internacionales de garantía, nos encontramos hoy con otros muchos retos, entre los que ocupa una posición relevante el de la viabilidad del control de convencionalidad.

En el caso del SIDH la prevalencia, en términos aplicativos, del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el Derecho interno ha sido auspiciada por la propia CortelDH y asumida, en mayor o menor grado, por algunos de sus Estados miembros (Nuevo López, 2015: 143-145). Sin embargo, las amenazas y denuncias efectivas de la Convención Americana (Trinidad & Tobago, Venezuela, Ecuador, República Dominicana) han puesto de manifiesto en los últimos años la vulnerabilidad del Sistema, continuamente sometido a cuestionamientos de legitimidad y especialmente vulnerable como consecuencia de su dependencia económica (Montesinos Padilla y Jiménez Alemán, 2015). Por su parte, en el ámbito regional europeo podemos apreciar ciertas diferencias que, sin embargo, comparten una raíz común con la problemática apenas descrita del SIDH. El TEDH no ha hecho referencia expresa a la cuestión del control de convencionalidad más allá de la proclamación del carácter vinculante de sus resoluciones, cuyos efectos *erga omnes* siguen sin ser plenamente asumidos por los Estados parte. Las precauciones al respecto están más que justificadas en un momento en el que la legitimidad de los sistemas regionales está en el punto de mira. Recuérdese que, con carácter previo al así denominado Brexit y con el derecho al voto de los prisioneros como telón de fondo, el Reino Unido anunció en 2014 una reforma

⁸ Con carácter previo a la entrada en vigor del Protocolo 11 y en los supuestos en los que la Comisión no remitía el asunto al TEDH, el Informe pasaba al Comité de Ministros, al que se reconocía así una función cuasi-jurisdiccional.

legislativa que le permitiera ignorar la jurisprudencia de Estrasburgo. Y esta posibilidad se materializó en Rusia con la aprobación en diciembre de 2015 de una ley que faculta a la Corte Constitucional para examinar eventuales conflictos entre su jurisprudencia y la del TEDH para, en caso de contradicción, dejar sin aplicación las sentencias procedentes de Estrasburgo. En el caso del espacio europeo, la operatividad interna del control varía de un Estado a otro. Así, en el ordenamiento jurídico español, si bien la situación podría cambiar drásticamente tras la entrada en vigor de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, la cuestión del control de convencionalidad ha sido tradicionalmente desatendida por la doctrina (Jimena Quesada, 2014: 117-130). Y los jueces y tribunales nacionales se han limitado al recurso a la interpretación conforme al CEDH⁹.

Pero más allá de la problemática de la accesibilidad y de la planteada por el control de convencionalidad, uno de los principales desafíos a los que parece estar enfrentándose hoy la tutela multinivel de los derechos es el de la confluencia de distintos estándares de protección. El tan vindicado diálogo judicial podría ser una solución. Desde luego, no podemos negar la existencia de diálogo ni de cierta homogeneización de estándares (Ferrerres Comella, 2006: 231-241). Pero las divergencias materiales existen (Safian, 2014) y los riesgos que las mismas entrañan para una mayor protección de los derechos, son evidentes¹⁰. En el caso europeo, el relativamente reciente Dictamen del TJUE núm. 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, ha dado visibilidad a este tipo de enfrentamientos entre las jurisdicciones de Estrasburgo y Luxemburgo. En el mismo, el TJUE rompe con toda esperanza de una próxima adhesión de la UE al CEDH si el correspondiente convenio no se adecua estrictamente a los caracteres definitorios del sistema jurídico comunitario europeo (primacía), poniendo así de manifiesto una subrepticia guerra entre tribunales por la última palabra en materia de derechos. Una contienda en la que, en las más de las veces, los actores implicados parecen haber perdido de vista cuál es el fin último y legítimo de la tutela multinivel: la garantía de una mejor y mayor protección de los derechos de las personas cuando la dispensada por las autoridades nacionales resulta incompleta o insuficiente.

Bibliografía

- ALSTON, P. y GOODMAN, R. (2013), *International Human Rights. The Successor to International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Oxford.
- BARBERA, A. (2005), "Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti". En: *Studi in onore di fausto Cuocolo*, Giuffrè, Milano, pp. 107-121.
- BILANCIA, P. (2008), "Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti". En: *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno*

⁹ Apreciaciones bien distintas merece la aplicación interna del Derecho de la UE. Baste aquí con recordar que, por mor del principio de primacía, en caso de incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y una de Derecho comunitario-europeo (del que ya forma parte la CDFUE), esta última desplaza a la primera, que si bien no puede ser anulada por el TJUE, sí habrá de ser inaplicada por los jueces y tribunales nacionales.

¹⁰ Sirva como ejemplo la polémica suscitada en torno a la Orden europea de detención y entrega, objeto de la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español (ATC 86/2011, de 9 de junio), que entonces puso en entredicho la compatibilidad de la normativa europea con la doctrina de la vulneración indirecta del contenido absoluto del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 91/2000, de 30 de marzo y 177/2006, de 5 de junio). Ante la posibilidad de la aplicación de un estándar más elevado, en su Sentencia en el asunto *Melloni c. España* (Gran Sala), de 26/2/2013, el TJUE apuntó que los estándares nacionales no deben afectar al nivel de protección previsto por la CDFUE ni a la primacía del Derecho de la UE.

- Annuaire*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, pp. 401-425.
- BULTRONI, A. (2004), *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, G. Giappichelli Editore, Torino.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2012), *La Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris.
- CANOSA USERA, R. (2007), "La declaración de derechos en los nuevos estatutos de autonomía", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 61-115.
- CARDONE, A. (2012), *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè Editore, Milano.
- CATELLÁ ANDREU, J. M. (2007), "Hacia una protección 'multinivel' de los derechos en España. El reconocimiento de derechos en los estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120, pp. 723-741.
- DE BÚRCA, G. (2013), "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, disponible en la dirección electrónica: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2319175 (fecha de consulta: 16 de julio de 2016).
- DELLA CANANEA, G. (2010), "Is European Constitutionalism Really Multilevel?", *ZaöRV*, núm. 70, pp. 283-317, disponible en la dirección electrónica: http://www.zaoerv.de/70_2010/70_2010_2_a_283_318.pdf (fecha de consulta: 16 de julio de 2016).
- DE MARCO, E. (2011), "La tutela dei diritti nel quadro del costituzionalismo multilivello dei diritti". En: D'IGNAZIO, G., *Multilevel Constitutionalism tra Integrazione Europea e Riforme degli Ordinamenti Descentrati*, Giuffrè, Milano, pp. 121-141.
- DE MARCO, E. (2004), "La tutela multilivello dei diritti tra enunciazioni normative e garanzie giurisdizionali". En: BILANCIA, P. y DE MARCO, E. (a cura di), Milano, Giuffrè Editore, pp. 127-158.
- DÍAZ PÉREZ, A. (2015), "La protección multinivel y diálogo judicial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Ciencias Jurídicas*, núm. 6, disponible en la dirección electrónica: <https://revistainternacionalcienciasjuridicas.org/2015/12/20/la-proteccion-multinivel-y-dialogo-judicial-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/> (fecha de consulta: 16 de julio de 2016).
- DÍEZ PICAZO, L.M. (2013), *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª Ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- DÍEZ PICAZO, L.M. (2006), "¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, pp. 63-75
- (DÍEZ PICAZO, L.M. 2002), *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Cuadernos Civitas, Cizur Menor.
- FERRERES COMELLA, V. (2006), "El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo". En: SAIZ ARNAIZ, A. (dir.) y ZELAIA GARAGARZA, M. (coord.), *Integración europea y Poder Judicial*, Oñati, IVAP, 231-241.
- JIMENA QUESADA, L. (2014). "Control de convencionalidad y tutela multinivel de los derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial". En: GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M. (dirs), *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Atanzadi, pp. 111-139.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2013), "El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos". En: FERRER Mc-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (Coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos*

- humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MEDINA QUIROGA, C. (2011), “Modificación de los Reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte”, *Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile*, núm. 7, disponible en la dirección electrónica: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/17001/20530> (fecha de consulta: julio 4 de 2016).
- MONTESINOS PADILLA, C. (2015), “A las puertas del TJUE. La frustrada flexibilización de las condiciones de acceso del particular”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 55, pp. 37-65.
- MONTESINOS PADILLA, C., JIMÉNEZ ALEMÁN, A.A. (2015), “Los límites del Sistema Interamericano: denuncias y amagos como respuesta al impacto de la jurisprudencia de la Corte”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 18.
- NUEVO LÓPEZ, P. (2015), “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 50, pp. 141-160.
- PERNICE, I. (2015), “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, núm. 03, pp. 541-562.
- PERNICE, I. (2009), “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *The Columbia Journal of European Law*, vol. 15, núm. 3, pp. 349-408.
- PERNICE, I. (1999), “Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-marking revisited”, *Common Market Law Review*, vol. 36, núm. 4, pp. 703- 750.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., (2008), “Protección multinivel de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea (a propósito de las listas negras y otras anomalías de la Unión”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82, pp. 235-255.
- SAFIAN, M. (2014). “Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union”, *European University Institute Distinguished Lectures, Centre for Judicial Cooperation*, disponible en la dirección electrónica: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/32372> (fecha de consulta: 21 de julio de 2016).
- SHELTON, D.L (2008), *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, New York.
- TORRES PÉREZ, A. (2010), “La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE ¿Incrementa la Carta los poderes de la UE para la regulación de derechos fundamentales?”. En: VVAA, *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Barcelona, Generalitat de Catalunya-Institut d'Estudis Autònoms, pp. 277-307.
- UREÑA, R. (2013), “¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos”. En: BANDEIRA GALINDO, G.R., UREÑA, R. y TORRES PÉREZ, A., *Protección multinivel de los derechos humanos. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 17-46.
- VENTURA ROBLES, M.E. (2005), “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente”, *CEJIL*, núm. 1, pp. 12-22.
- VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.) (2010), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo 1, UNAM, México.
- WILHEMI, M.A., PISARELLO PRADOS, G. (2007), “El reconocimiento de los

derechos, deberes y principios en los estatutos de autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?”, *El Clip*, núm. 42, disponible en la dirección electrónica: <http://www.gencat.cat/drep/pdfIEA/IEA000045974/IEA000045974.pdf> (fecha de consulta: 9 de julio de 2016).

Consulta previa a los pueblos indígenas

Prior consultation to indigenous peoples

Mónica Mazariegos Rodas*
Universidad Rafael Landívar de Guatemala
monicamazariegos@yahoo.com

Recibido / received: 17/08/2016
Aceptado / accepted: 16/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3289>

Resumen

El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en las decisiones que les afectan, cobra una importancia crucial en Latinoamérica en la actual fase extractivista del modelo neoliberal de desarrollo. A pesar de constituirse como un canal que promueve la plena participación indígena, la consulta se encuentra imbuida de una serie de contradicciones profundas ligadas al momento de su origen y desarrollo en los años noventa: el auge de los derechos indígenas en paralelo al auge del neoliberalismo global. La legitimidad de la consulta, esto es, el efecto vinculante de sus resultados, depende así de un uso sagaz del derecho desde el punto de vista contra-hegemónico.

Palabras clave

Pueblos Indígenas; derecho a la consulta previa, libre e informada; consentimiento; constitucionalismo neoliberal; multiculturalismo liberal; uso contrahegemónico del derecho.

Abstract

The right of indigenous peoples to free, prior and informed consultation in decisions that affect them becomes crucial in Latin America in the current neoliberal model of development's extractivist phase. Despite constituted as a channel to promote indigenous bottom-up participation, consultation is imbued with a series of profound contradictions, linked at the time of its origin and development in the nineties: the rise of indigenous rights parallel to the rise of global neoliberalism. The legitimacy of consultation, that is, the binding effect of its results, depends on a clever use of law from a counter-hegemonic point of view.

Keywords

Indigenous peoples; right to free, prior and informed consultation and consent; neoliberal constitutionalism, liberal multiculturalism; counterhegemonic use of law.

* Investigadora en el Instituto de Investigación y Proyección sobre el Estado -ISE-, Universidad Rafael Landívar de Guatemala.

SUMARIO. 1. El derecho a la consulta. Nociones básicas. 2. Consulta y conflictos socioambientales: entre el legalismo y el discurso vital. 3. Límites de la consulta: constitucionalismo neoliberal y multiculturalismo liberal. 4. Consulta vinculante y derecho de veto: “no” es “no”. 5. Conclusión: derecho a la consulta y uso contrahegemónico del derecho.

1. El derecho a la consulta. Nociones básicas

Durante las dos últimas décadas el derecho a la consulta previa, libre e informada ha cobrado en Latinoamérica una importancia sin precedentes, en un contexto de expansión de los derechos indígenas y ambientales, y de una fase extractivista del neoliberalismo que marca la importancia estratégica de los territorios indígenas, que albergan gran parte de los bienes naturales en el mundo.

La consulta es un concepto imbuido de contradicciones profundas que brotan durante el período de discusiones previas a su reconocimiento como derecho, dando cuenta de que lo que se discutía era algo sustantivo: la libre determinación de los pueblos indígenas. El estancamiento en la aprobación de declaraciones de derechos indígenas mostró en su momento las dificultades de los Estados para aceptarla como canal de la libre determinación, esto es, con un efecto vinculante de sus resultados.

La consulta forma parte de un nuevo *corpus* de derechos colectivos enmarcado en nuevos principios de relación entre los estados y los pueblos indígenas, que buscan superar el asimilacionismo y el integracionismo del pasado, y se fundamentan en el derecho de los pueblos a existir de una determinada manera, como sujetos colectivos de derechos con igual dignidad a los demás pueblos y nacionalidades (Vid. Yrigoyen, 2011: 103). A nivel internacional se encuentra reconocida en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169) (1989), en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DDPI) (2007), en la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas (2016) y en otras fuentes de derecho como los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dada la exclusión histórica de las voces indígenas en los espacios de poder y decisión en sus propios estados, este derecho hace referencia a un tipo de consulta específica, sobre decisiones legislativas o administrativas que les afecten. Esto comprende, no solo leyes y políticas generales, sino proyectos extractivos, obras y actividades que afecten sus territorios y bienes naturales. Esta se distingue de otras consultas de carácter general enmarcadas en la participación ciudadana universal, e implica una nueva etapa en el proceso legislativo o administrativo. Por esa razón, no debería quedar supeditada a consultas organizadas como referéndum o plebiscito (Vid. Clavero, 2012a: 1).

Este derecho no se considera una finalidad en sí mismo: es un canal para la participación en la vida pública, un vehículo de la libre determinación, que implica la potestad de los pueblos indígenas de definir las prioridades y el modelo de su propio desarrollo¹. Asimismo, constituye una obligación internacional para los estados, *no*

¹ “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de *decidir sus propias prioridades* en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (Art. 7.1 del Convenio 169). Asimismo, está recogido en el artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos

para las empresas, como tomadores de las decisiones (ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2002: párr. 140; 2004: párr. 142; 2009a: párr. 1058; 2009b: párr. 273-274; Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2009: p. 61). De esa obligación estatal deriva la responsabilidad de propiciar el diálogo y la participación, así como de respetar la decisión de los pueblos.

Según el Convenio 169, la consulta debe ser de *buena fe*, lo que significa que debe llevarse a cabo en un clima de confianza mutua y buscando el acuerdo o el *consentimiento* de las comunidades indígenas, mediante la aplicación de ciertas directrices: que sea mediante procedimientos apropiados y particularmente *mediante sus instituciones representativas*; que los pueblos involucrados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente, por lo menos en igual medida que otros sectores de la población y a todos los niveles de la toma de decisiones que les conciernan, y que la consulta se lleve a cabo según las costumbres y tradiciones de la comunidad (OIT, 2009: pp. 61-62; Convenio 169: arts. 6-7, 15.2; CIDH, 2007: párr. 17).

Según los estándares internacionales, una consulta es válida si su ejercicio cumple con las condiciones de ser *previa, libre e informada*. Que sea *previa* implica que debe tener lugar en todas las fases del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación a su ejecución y a su diseño, es decir, desde la fase exploratoria (Consejo de Derechos Humanos, ONU, 2009: párr. 54-55, 72; CIDH, 2007: párr. 249). Ningún plan o proyecto debería comenzar antes de que ese proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado (véase Rodríguez Garavito y Orduz Salinas, 2012: 15, 63; Clavero, 2012: 2; Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2005: párr. 46; Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas, 2004: párr. 20; y CIDH, 2009b: párr. 286).

Que la consulta sea *libre* significa que se lleve a cabo en un proceso despojado de coacciones, intimidaciones y condicionamientos, no solo de actores y factores externos, sino entre las partes, tanto en cuanto a los contenidos de los planes extractivos, como en cuanto a los mecanismos de consulta. Es libre no sólo cuando se basa en el diálogo y la negociación horizontal, sino también cuando se basa en los mecanismos tradicionales aceptados, conocidos y legitimados por la comunidad². La consulta no puede ser concebida como un acontecimiento puntual, pues entraña una mayor complejidad: implica la puesta en común de contradicciones profundas y quizás inconciliables que necesitan ser conocidas, reflexionadas y comprendidas. Por eso, plantearla significa pensar en un *proceso* integrado por eventos de distinta naturaleza (encuentros, asambleas, talleres, etc.). Una consulta libre debe posibilitar las condiciones para que la comunidad elija, en el máximo y mejor ejercicio posible de su propio criterio, lo que más le conviene y le beneficia. Que pueda *decidir en serio*, y que esa elección sea *respetada*.

Una consulta *informada* es condición para la formación libre del criterio de las comunidades en los procesos de decisión. Comprende básica, aunque no exclusivamente, el acceso a información sobre la naturaleza y el impacto de la intervención, y sobre el proceso de consulta que se va a adelantar y las razones que lo justifican (ver Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA, 2010: párr.

indígenas: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho *determinan libremente* su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

² Esto se sustenta en el Convenio 169 (art. 8), en la Declaración de ONU sobre derechos de los pueblos indígenas (art. 34), así como en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso del Pueblo Saramaka (2008: p. 134).

71). Los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural son indispensables en este marco (art. 7, Convenio 169). La información a las comunidades debe ser puesta de forma *oportuna* (con antelación y regularidad), *completa* (suficiente y apropiada para formar un criterio), *transparente* (que refleje los beneficios e impactos negativos) e *inteligible* (de forma clara y comprensible).

2. Consulta y conflictos socioambientales: entre el legalismo y la urgencia vital

Los dilemas actuales sobre la consulta en Latinoamérica giran principalmente en torno a los conflictos socio-ambientales: aquellos ligados al acceso, conservación y control de bienes naturales, entendidos como una “canasta de recursos a ser aprovechados”, que suponen por parte de los actores enfrentados, intereses y valores divergentes en torno a los mismos, en un contexto de asimetría de poder (Svampa, 2011: 186). La importancia de este debate reside en aquello que subyace a las discusiones legales sobre la consulta: la vida, la salud, la alimentación, el agua... el futuro. Esto es, en el corto plazo, la supervivencia de comunidades rurales enteras, y en el largo plazo, la supervivencia de la humanidad.

En estos conflictos la vida y la muerte se diluyen en una frontera sumamente frágil, porque las luchas sociales ahí no son solo por la dignidad y el control de la propia vida individual y colectiva: las luchas ahí son también por la sobrevivencia, por *mantener cuerpos vivos*. Además del impacto de los megaproyectos en la destrucción de los medios de vida de las comunidades, la presencia de actores armados por disposición del Estado o las empresas (militares, paramilitares, empresas privadas de seguridad, cuerpos ilegales o aparatos clandestinos de seguridad) representa un dispositivo de control, represión y muerte que potencia rupturas generalmente irreversibles del tejido social. Si a esto se suma la criminalización de las personas que defienden el derecho a los territorios y bienes naturales, y el funcionamiento del extractivismo en una lógica de “enclave”, esto es, sin una propuesta integradora de sus actividades con el resto de la economía y de la sociedad, puede entenderse que para las comunidades el pretendido impacto benéfico del extractivismo como modelo de desarrollo sea altamente cuestionable.

A pesar de tener directrices claras en el derecho internacional para la celebración de una consulta efectiva (previa, libre e informada), en la práctica son realmente escasos los procesos ejemplares en América Latina³. La mayor parte de concesiones gubernamentales se otorgan sin consulta o con procedimientos que equivalen a trámites expeditos que no cumplen las condiciones legales y de legitimidad (sin procesos de diálogo previo, empleando mecanismos de presión e intimidación, sin información mínima disponible, sin convocatoria oficial y sin resultados vinculantes). En otros casos se lleva a cabo la consulta luego de una orden judicial o una medida cautelar de suspensión del proyecto, cuando es demasiado tarde: el proyecto ha empezado a desarrollarse y a tener impactos irreversibles, y las condiciones del negocio están cerradas y constituyen un pacto imposible de renegociar sin consecuencias legales para el Estado⁴.

³ Rodríguez y Orduz sistematizan la experiencia del proceso de consulta del Decreto Ley sobre reparaciones y restitución de tierras a pueblos indígenas en Colombia como ejemplo de un proceso que se ha acercado en mucha mayor medida a las tres condiciones de legitimidad (ver: Rodríguez Garavito y Orduz Salinas, 2012).

⁴ Una serie de casos emblemáticos existen para ejemplificar este fenómeno, tanto en las jurisdicciones nacionales latinoamericanas, como en la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso de la petrolera Oxy en territorio U'wa en Colombia, el caso del pueblo Saramaka contra Surinam, el caso del pueblo Sarayaku contra Ecuador, el caso de la carretera en el Tipnis en Bolivia, el caso de la mina Marlin en Guatemala.

Durante mucho tiempo los Estados han negado o evadido su obligación de consultar con una diversidad de excusas, invocando como argumentos su soberanía sobre los recursos en el subsuelo y la ausencia de desarrollo legislativo del derecho. Más tarde, al estallar el conflicto, se suele presentar como un “problema entre los indígenas y las empresas”, eclipsando la responsabilidad del Estado en la garantía de la consulta y en la prevención y mediación de los conflictos. Esta narrativa sustenta un discurso que responsabiliza a las comunidades afectadas de la “paralización” y “oposición” al desarrollo y al progreso, y enmascara la ilegalidad con que actúan tanto el Estado como las empresas (concesiones extractivas inconsultas y arbitrarias, violencia represiva y criminalización de la protesta, corrupción, etc.) y la violación de los requisitos mínimos cuando la consulta se lleva a cabo.

Siguiendo lo anterior, es importante destacar una serie de argumentos legales que sustentan la defensa de la celebración de la consulta a falta de ley específica, amparándose en el derecho internacional:

- a. Los convenios internacionales son normas autoejecutables: tienen aplicabilidad directa y son exigibles ante las autoridades al haber ingresado a los ordenamientos internos;
- b. Las comunidades indígenas cuentan con sistemas institucionales, costumbres, prácticas y procedimientos respaldados por el derecho internacional, para llenar el alegado “vacío” sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la consulta no detalladas en el Convenio 169 y demás instrumentos internacionales (art. 8, Convenio 169; art. 34, DDPI);
- c. Los Estados no pueden incumplir sus obligaciones internacionales invocando su derecho interno (art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados);
- d. Todo tratado vigente obliga a los Estados, quienes deben cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*) (art. 26, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados);
- e. La falta de reglamentación no es excusa para incumplir el Convenio 169 (CIDH, 2009b: párr. 203, 298) y,
- f. Existen criterios supletorios dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por el Foro Permanente sobre las cuestiones indígenas de ONU, para los casos en que no existe una ley o reglamentación respecto del ámbito material de la consulta y el consentimiento (ver Corte IDH, 2008: párr. 16; Foro Permanente para las cuestiones indígenas, 2005: párr. 45).

3. Límites de la consulta: constitucionalismo neoliberal y multiculturalismo liberal

Las ambigüedades y contradicciones internas del derecho a la consulta respecto de los efectos vinculantes de sus resultados, deben analizarse atendiendo a la realidad concreta e histórica del modelo civilizatorio neoliberal en el que emerge, de los intereses que moldean dicho orden, de sus condiciones de posibilidad y de sus relaciones con el derecho⁵. La entrada a la agenda política mundial de la tensa y compleja relación entre empresas privadas, pueblos indígenas y derechos humanos tiene lugar en el marco de dos coordenadas clave para este análisis: el constitucionalismo neoliberal y el multiculturalismo liberal. Su examen conjunto en este texto busca abordar esa relación estructural –a menudo soslayada– entre el derecho y la faceta económica de la globalización.

⁵ En este texto aludo al neoliberalismo como modelo civilizatorio, más que como modo específico de la acumulación capitalista, porque me interesa analizar los conflictos socio-ambientales a partir de una multiplicidad de relaciones de opresión que los caracterizan y no solo a partir de la lucha de clases (véase Santos, 2009: 568-569).

Ambas categorías han tenido un rol crucial, complementario y mutuamente dependiente en la implementación de las medidas de ajuste estructural en América Latina a partir del Consenso de Washington⁶: las reformas del constitucionalismo neoliberal en los años ochenta y noventa, brindaron el andamiaje a la apertura de mercados y la privatización de bienes públicos –fase previa a la intensificación del extractivismo–, mientras que el multiculturalismo liberal les dotó de un “blindaje” de legitimidad, dado por un reconocimiento cultural históricamente negado que recrearía el discurso de los derechos humanos y la democracia –los pueblos indígenas también pueden ser sujetos *emprendedores*. Esa relación se tradujo en contradicciones profundas desde el punto de vista de los derechos humanos: mientras el multiculturalismo liberal y su promesa de igualdad en la diferencia⁷ buscaba remontar la situación de exclusión de los pueblos indígenas por un déficit histórico en el goce de derechos y ciudadanía, los efectos de las medidas de ajuste estructural (debilitamiento de la base fiscal de los gobiernos, privatización de bienes públicos, reducción del presupuesto social, ampliación de las brechas sociales y mayor endeudamiento público, entre otros) recrudecían sus ya precarias condiciones de vida, haciendo cada vez más difícil revertir su situación de desigualdad estructural.

El constitucionalismo neoliberal se funda en la “constitución de libertad” que Friedrich Hayek plantea en los años sesenta, integrando normas garantes tanto de la libertad y la propiedad privada, como del bienestar general. Esa obra, ampliada en los setentas por *Law, legislation and liberty*, se posiciona contra el ascenso de la democracia “ilimitada” (y su justicia distributiva) porque atenta contra las garantías del derecho privado para la propiedad privada y las personas (Vid. Hayek, 1960: 178-182; 2013). La democracia no debía intervenir en la economía, por lo que los políticos no debían intervenir en el “orden espontáneo” del mercado. Los regímenes de Thatcher y Reagan son un emblema de esa afrenta conservadora a los derechos sociales en un contexto de guerra fría⁸.

La posterior expansión de la actividad económica transnacional en el contexto de posguerra fría en los años noventa tuvo consecuencias en el derecho: en esa época tiene lugar el nombramiento de un representante especial de ONU sobre empresas y derechos humanos, y una amplia producción de *soft law* en manuales y directivas de organismos multilaterales (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, etc.) que avanzó con mayor celeridad que el desarrollo legislativo del derecho a la consulta. Las constituciones también experimentaron los impactos de la reconfiguración del poder en la globalización, al incrementar la influencia de los poderes económicos globales frente al Estado. Para muchos países latinoamericanos estos mandatos se constituyeron en una *lex mercatoria* supraestatal a la que debieron subordinarse tanto constituciones como tratados de derechos humanos. Una *lex mercatoria* entendida como derecho

⁶ El Consenso de Washington supone el reemplazo de las ideas Keynesianas basadas en el imperativo de la intervención del Estado por ideas económicas neo-clásicas de un Estado mínimo y la desregulación del mercado, adoptadas en los ochentas en los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido, para luego diseminarse hacia las economías latinoamericanas en transición, a Europa central y del Este, y a los países en vías de desarrollo (vid. Anderson, 2005: 7, 19-20).

⁷ La igualdad en la diferencia es una noción que cuestiona la noción formal de la igualdad, o igualdad ante la ley, “amplificándola” mediante la protección de la diferencia cultural y la propuesta de medidas equiparadoras de la situación de grupos en desventaja.

⁸ Un análisis crítico de la herencia del pensamiento de Hayek puede ampliarse en Pisarello (2001: 169-179) y Gill (1993: 10 y ss.).

transnacional de los negocios o en términos más amplios, como derecho económico⁹.

Simultáneamente, los años noventa representan un punto de inflexión en la historia de incidencia del movimiento indígena en Latinoamérica, en cuanto al reconocimiento de derechos colectivos como la consulta. En esa época arranca una innovadora ola de jurisprudencia por la interpretación progresiva de los nuevos derechos, tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como en algunas cortes nacionales, entre las que se considera pionera la Corte Constitucional Colombiana. Se internacionalizó la preocupación por superar el enfoque integracionista que había caracterizado la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, y el “multiculturalismo” que surge del debate liberal-comunitario sobre la primacía del individuo o la comunidad, que dominó la filosofía política angloestadounidense en la década de los ochenta, comenzó a emplearse en los Estados Unidos de América y Canadá, y de inmediato pasó a la Unión Europea (Reino Unido, Francia, Holanda, Alemania) y a Latinoamérica (Fernández Buey, 2005: 3-4). Will Kymlicka, considerado junto a Charles Taylor y James Tully como uno de los autores representativos de este pensamiento, es uno de los más influyentes en América Latina. Sus tesis han inspirado políticas públicas, propuestas normativas y resoluciones judiciales en los planos nacional e internacional¹⁰.

El multiculturalismo se propone romper la dicotomía derechos individuales-derechos colectivos, fundándose en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes (Kymlicka, 1996: 74-76). Plantea el reconocimiento de *derechos de autogobierno* (con alcance de la comunidad “hacia adentro”: las decisiones de la comunidad “hacia afuera” las asume el Estado); *derechos poliétnicos* (apoyo financiero y protección a prácticas culturales), y *derechos especiales de representación* (escaños en las instituciones centrales del Estado) (Kymlicka, 1996: 46-55). Los alcances de estos derechos se medirán como “protecciones externas”, o medidas para limitar el poder de la mayoría dominante sobre las minorías, mientras que sus limitaciones serán “restricciones internas” a las decisiones del grupo que atenten contra la autonomía individual bajo el pretexto de preservar la cultura (Kymlicka, 1996: 58-71)¹¹.

Ante la incompatibilidad con principios y prácticas de culturas “iliberales” o “antiliberales” el multiculturalismo plantea, en lugar de la imposición del liberalismo, la *liberalización* de las culturas diferentes mediante la *persuasión*, confiando en una especie de “fuerza de atracción”, que el liberalismo podría ejercer sobre ellas a partir de que se comprendan a fondo sus postulados centrales (Kymlicka, 2009: 109)¹².

⁹ La propagación de la *lex mercatoria* en las últimas décadas responde a la expansión de actividades de ETN en su mayoría de origen angloamericano, razón por la cual su influencia central es la tradición del *common law*. Se compone de varios elementos, como los principios generales del derecho en el plano nacional, las reglas internacionales, las costumbres y usos, los contratos tipo y los laudos arbitrales. Véase Santos (2009: 349-357) y Estévez Araujo (2006: 25 y ss.).

¹⁰ En su trabajo “Odiseas Multiculturales”, Kymlicka se propone identificar los dilemas morales y las complejidades jurídicas por las que atraviesan los esfuerzos de las organizaciones internacionales por difundir el multiculturalismo liberal. Ahí se complace por la aceptación de su tesis, difundida globalmente no sólo en el discurso político sino en la codificación en instrumentos internacionales (Kymlicka, 2009: 126-136). Sobre la influencia del multiculturalismo liberal en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, puede consultarse Bonilla (2006: 198-270).

¹¹ Para el liberalismo resultan inaceptables las restricciones internas por obstaculizar la calidad de agentes morales de los seres humanos (véase Carbonell, 2000: 117-118).

¹² Bonilla repasa críticamente las tesis de Taylor, Kymlicka y Tully, centrándose en la tensión entre los valores liberales y la diferencia cultural. Sostiene que esas propuestas no consiguen reconocer e incluir la diversidad cultural sino se limitan a reconocer comunidades liberales culturalmente diversas, ya que los derechos individuales y los valores democráticos deben tener prioridad sobre los valores morales y políticos de las comunidades no liberales. Su análisis sobre el fracaso de estos autores en el

Las reflexiones del multiculturalismo sobre los pueblos indígenas descartan *a priori* toda posibilidad de contradicción con los postulados liberales y reducen la complejidad de conflictos de carácter epistémico, como la discrepancia en las concepciones sobre bienestar, progreso o desarrollo. Esta racionalidad articula un derecho a la consulta que busca la persuasión para el consentimiento indígena, sin considerar la posibilidad de disenso frente al modelo de desarrollo. Así, el multiculturalismo confina el debate en la discrepancia cultural, sin reflexionar sobre la conexión estructural entre dominación cultural y exclusión económica, y menos aún sobre otras relaciones e intersecciones entre las múltiples variantes de la opresión.

La persuasión liberal se ha traducido en la práctica en condicionamientos en las relaciones políticas, comerciales y de cooperación internacional entre los denominados norte y sur global, que más que fundarse en una natural “fuerza de atracción” del liberalismo, reproduce en muchos casos las históricas relaciones asimétricas de poder en el mundo. Los núcleos de estos debates, donde la política exterior, los derechos humanos y la cooperación al desarrollo son centrales, siguen atrincherados en las dicotomías civilización/barbarie y desarrollo/atraso indígena.

Kymlicka argumenta que el multiculturalismo va más allá de cuestiones puramente identitarias, pues aborda asuntos de poder político y recursos económicos, al contemplar unidades políticas que permitan a los pueblos indígenas autogobernarse (Kymlicka, 2003). Sin embargo omite destacar, en primer lugar, que al argumentar que los pueblos indígenas tienen prácticas antiliberales y oponerse a que el autogobierno se base en la libre determinación (Kymlicka, 2009: 93-97) (debiendo ser mediatizado por el Estado liberal para garantizar que las decisiones tomadas guarden sincronía con los postulados nacionales entre los que cuenta el modelo económico), el primer límite del autogobierno es una visión estatocéntrica que en caso de discrepancia se impone *a priori* sobre la visión indígena. En segundo lugar, que el multiculturalismo se acomoda a la fase neoliberal (hoy extractivista) del capitalismo, que es una particular visión de la economía que se encuentra expuesta a chocar frontalmente con otras concepciones. Es imposible entonces, en el marco de un conflicto socioambiental, abrir la discusión sobre la titularidad de los recursos del subsuelo o sobre el poder vinculante de una consulta, y una eventual discrepancia entre las distintas visiones del desarrollo estaría sujeta a una tensión irresoluble, que es la que se encuentra en muchos casos. Así, las tensiones alrededor de los alcances y límites de las protecciones externas y las restricciones internas estarán presentes en muchos de los debates del multiculturalismo crítico y de la jurisprudencia¹³, pasando –no siempre de forma explícita– por la condición colonial del Estado, principal árbitro (y parte a su vez) en los conflictos¹⁴.

reconocimiento y acomodamiento de la diversidad enlaza con el análisis crítico sobre el fracaso de los intentos de la Corte Constitucional colombiana para alcanzar esos mismos objetivos (Bonilla, 2006: 35, 53-98).

¹³ El multiculturalismo crítico se ocupa de las presuposiciones e implicaciones teóricas, filosóficas, pedagógicas y políticas, más que de las expresiones superficiales del multiculturalismo, como respuestas reactivas a las críticas reduccionistas o a las acusaciones fáciles de “corrección política” (Goldberg, 1994: 2).

¹⁴ Hale apunta la interrogante central de estas tensiones: ¿quién lleva a cabo las finas distinciones que determinan cuándo una iniciativa por los derechos culturales de un grupo oprimido necesita protecciones externas, y cuándo esa iniciativa ha “llegado muy lejos”, hasta el campo de las restricciones internas? La respuesta implícita es el Estado. Y esta noción del Estado como árbitro imparcial del conflicto entre derechos colectivos e individuales es profundamente sospechosa, dado que, en cualquier conflicto importante sobre derechos culturales, el Estado es una parte clave (Hale, 2002: 493).

Lo que interesa a mi análisis de la relación entre constitucionalismo neoliberal y multiculturalismo liberal es que el Estado-nación ha dejado de ser la referencia para explicarnos los métodos y dinámicas actuales que el derecho adopta, así como los intereses que protege, siendo sustituido por una economía global que es operada por corporaciones multinacionales cuya naturaleza no pertenece a la arena pública. Esto pone en la mesa la reflexión sobre intereses privados que, no sólo están fagocitando las definiciones de bien común e interés nacional, sino también están determinando las políticas sobre el uso monopólico estatal de la violencia demostrando que, como afirma Anderson, los intereses del Estado están hoy más que nunca vinculados a las fuerzas del mercado global (ver Anderson, 2005: 21). Ello nos interpela a examinar el rol de las corporaciones multinacionales, no como simples agentes económicos, sino como formas de autoridad política, titulares de obligaciones en el campo de los derechos humanos por su capacidad de impactar en la vida de mayorías ciudadanas¹⁵. Asimismo, nos interpela a mantener en la reflexión el hecho de que, en cuanto el discurso indígena en clave de derechos se filtra entre las reivindicaciones de conflictos con consecuencias económicas para las corporaciones multinacionales y sus socios locales, la tensión entre multiculturalismo liberal y constitucionalismo neoliberal cristaliza: los reclamos indígenas dejan de ser “inofensivos” y se convierten en una amenaza que llega a encuadrarse, perseguirse y castigarse legalmente como terrorista¹⁶. Estas contradicciones se encuentran en el ADN del derecho a la consulta.

4. Consulta vinculante y derecho de veto: “no” es “no”

Además del Convenio 169 y las declaraciones de ONU y OEA sobre derechos indígenas, como marco internacional de la consulta, existe una diversidad de normas de naturaleza y orientación diversa sobre la cuestión: reglas vinculantes o de “derecho duro” –*hard law*–, que son los tratados y convenios internacionales y la legislación nacional, así como reglas de “derecho blando o suave” –*soft law*–, que son las reglas no vinculantes de organismos multilaterales (como los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos) y los códigos de responsabilidad social empresarial, que tienen un rol de carácter ético como guías de conducta¹⁷. La diversidad de la naturaleza y contenidos de las normas ocasiona que frecuentemente choquen entre sí, porque establecen parámetros y protegen intereses distintos (vid. Rodríguez Garavito y Morris, 2010: 12-14). El telón de fondo de estos choques lo constituye la dialéctica libre determinación (que reivindican los indígenas) –autogobierno (que conceden los Estados), que en este caso se intersecta con la dialéctica entre la visión de desarrollo extractivista del modelo

¹⁵ Esta reflexión conlleva una serie de debates relevantes sobre la estrecha relación entre la economía y el derecho (y los derechos), que por su amplitud no abordaré, pero vale la pena apuntar: el debate contemporáneo sobre la responsabilidad de los actores no-estatales en la violación de los derechos humanos, el debate sobre la justicia global y el debate sobre la responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos más allá de sus fronteras territoriales.

¹⁶ El enfoque del derecho penal del enemigo es aplicado en diversos países latinoamericanos para encuadrar delictivamente la defensa de territorios y bienes naturales. Es recurrente el juzgamiento de líderes indígenas a partir de leyes de emergencia como las leyes antiterroristas o contra el crimen organizado. El caso mapuche en Chile (Norín Catrimán y otros, vs. Chile) es uno de tantos casos emblemáticos (ver Comisión de Derechos Humanos, ONU, 2009: 17; CIDH, 2010; Corte IDH, 2014).

¹⁷ La distinción *soft law/hard law*; *binding /non-binding law* ha suscitado un debate de hondo calado. Hoy en día se refiere a las normas que -contrario al caso del derecho duro que tiene efectos vinculantes entre los Estados- están libres de la aplicación del principio de *pacta sunt servanda*, así como de la costumbre internacional; enunciados jurídicos que, aunque carecen de fuerza vinculante, no carecen ni de eficacia ni de efectos jurídicos (ver McNair, 1961: 20; Fitzmauri y Elias, 2005: 26-45; Toro Huerta, 2006: 513-549; Mazuelos Bellido, 2004).

neoliberal de los gobiernos y las empresas, y algunas visiones indígenas con una concepción integradora entre los seres humanos y la naturaleza.

Los rasgos definitorios de estos choques son la ausencia de controles reales sobre las multinacionales¹⁸ y el contraste entre la fragilidad de la fórmula derecho internacional de los derechos humanos/responsabilidad social corporativa (*soft law*, no vinculante y carente de mecanismos eficaces de garantía) frente a la solidez del derecho comercial global que protege los intereses de las multinacionales (*hard law*, imperativo, con el monopolio estatal de la fuerza a su servicio)¹⁹.

Por ejemplo, en las discusiones del Convenio 169, las discrepancias relevantes se dieron en torno a la idea de participación. Organizaciones indígenas proponían sustituir participación por *control* de los pueblos indígenas sobre sus condiciones socioeconómicas, mientras que los delegados de los empleadores respaldaban la participación y rechazaban la libre determinación. La consulta fue propuesta como solución intermedia: una discusión pública, un mecanismo procesal previsto para cuando no fuera posible obtener el consentimiento de los afectados. La consulta reemplazó al consentimiento, quedando subordinada al desarrollo económico de una manera tal que ha sido acogida de buen grado hasta por los actores del neoliberalismo global, desde los bancos multilaterales hasta las empresas multinacionales (Rodríguez Garavito, 2012: 41-45)²⁰. Una dialéctica similar se produjo en el caso de la Declaración de ONU, en las discusiones alrededor del reconocimiento del derecho a la libre determinación y en la tensión entre consentimiento-consulta en la definición de un estándar de participación: mientras las organizaciones indígenas exigían el consentimiento, los Estados preferían la consulta al estilo del Convenio 169 (vid. Rodríguez Garavito, 2012: 48-49). Finalmente la Declaración mantuvo ese estándar de consulta pero hizo explícita *la finalidad, no la condición*, de obtener el consentimiento libre e informado, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas, particularmente en relación con el desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art. 32, DDPI). Hoy, como práctica multiculturalista de la gobernanza, la consulta termina concentrándose en los detalles procedimentales de la participación, dejando de lado el antagonismo principal, no genera condiciones para una deliberación profunda, y deja intactas las asimetrías de poder entre los actores, al articular una visión de la esfera pública como espacio de colaboración despolitizado (Rodríguez Garavito, 2012: 32-33; Žižek, 1997: 37-38).

Existe una serie de pronunciamientos sobre la consulta y el consentimiento en informes elaborados por los mecanismos de protección de derechos de los

¹⁸ Las dificultades para articular estos controles se explican atendiendo a la débil posición de los derechos como elemento del discurso neoliberal. Fariñas llama la atención sobre la noción de globalización de los derechos que el neoliberalismo, enfocada en aquellos derechos que no representan límites a la libertad en el mercado, esto es, derechos cuya titularidad recae en el individuo o en las empresas (véase Fariñas, 2005: 67-110).

¹⁹ Zubizarreta ha estudiado a profundidad estas asimetrías y propone como medidas de garantía de los derechos humanos: un Tribunal Internacional de Derechos Humanos, un tratado internacional que ratifique las obligaciones de las ETN, y un centro de ETN independiente y autónomo, que investigue, analice e inspeccione sus prácticas y permita canalizar denuncias (vid. Zubizarreta Hernández, 2009: cap. IV).

²⁰ Según Rodríguez-Piñero, términos como “consulta”, “participación” y “respeto por la identidad” serán clave en un discurso que nunca se redondeó del todo y que apelaba al pragmatismo y valores fácilmente aceptables. Así, aunque hubiese un consenso contra el integracionismo, no existía un discurso alternativo sólido que se impusiera, sino apenas fragmentos de él (Rodríguez-Piñero, 2005: 381).

pueblos indígenas que, si bien no tienen un carácter vinculante, sientan criterios interpretativos. Cabe advertir que la terminología empleada en ellos no es uniforme: las recomendaciones a los Estados varían desde formulaciones débiles como “buscando” o “procurando obtener” el consentimiento, hasta formulaciones fuertes como “obteniendo” o “requiriendo” el consentimiento.

Las empresas están ejerciendo un rol que en buena medida reemplaza y desplaza los deberes del Estado, conformando en la práctica, junto a éste, una misma “parte” en conflictos socio-ambientales que se han transformado en procesos de negociación regidos por una legalidad basada en la libertad contractual, donde se asume de entrada que el pueblo indígena está en pie de igualdad con los demás (Estado y empresas). Estamos, como afirma Rodríguez Garavito, ante la proyección del sujeto jurídico neoliberal al plano de los derechos colectivos indígenas: el “sujeto emprendedor” vestido con el atuendo jurídico de “parte contratante” (Rodríguez Garavito, 2012: 28-29).

A pesar de esa ambigüedad, existe doctrina en el derecho internacional de los derechos humanos contenida en el Convenio 169, la Declaración de ONU, y los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre los casos en los que claramente *no puede autorizarse un megaproyecto extractivo sin el consentimiento previo, libre e informado de los afectados*: a) proyectos a gran escala y de mayor impacto (vid. CIDH, 2007); b) proyectos que impliquen desplazamiento o reubicación de poblaciones (art. 10 DDPI; art. 16.2, Convenio 169); c) proyectos que impliquen almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorios indígenas (art. 29.2 DDPI); d) medidas de salvaguarda de las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (art. 4.2, Convenio 169); y e) actividades militares en territorios indígenas (art. 30 DDPI).

Estos supuestos sustentan no solo el efecto vinculante del disenso indígena, sino también la *obligación del Estado de abstenerse* de seguir adelante con sus planes, en tanto no reciba el consentimiento de los afectados.

Aunque la legislación y la jurisprudencia son claras respecto de estos casos que declaran al consentimiento como *condición* más que como *finalidad* de la consulta, cuando no se alcanza un acuerdo y las comunidades no consienten, estos supuestos no cuentan con mecanismos concretos para detener la decisión que les afecta. Generalmente el Estado aprueba los proyectos y el único largo camino posible para las comunidades es el de la burocracia de los tribunales, cooptada generalmente por los intereses de las empresas²¹. Paradójicamente, esta es la posición general de los organismos internacionales: aunque el Convenio 169 establece que el consentimiento es la finalidad de la consulta y señala supuestos en los que constituye una condición, no existe una interpretación “oficial” del convenio que reconozca efecto vinculante a la posición de los pueblos indígenas. Sucede acaso lo contrario: según una interpretación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ni la consulta debe tener

²¹ Zubizarreta enumera como prácticas corruptas más habituales de las multinacionales: las presiones diplomáticas o políticas, las presiones económicas, los condicionamientos de las ayudas, los sobornos a funcionarios, las becas como contrapartidas, medidas comerciales y estipulaciones de precios. Afirma que, al ser una práctica oculta, la corrupción de las multinacionales es difícil de medir, pero que según datos de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) se calcula que el soborno internacional se acerca a los 150,000 millones de dólares anuales en el mundo. Transparencia Internacional eleva la cifra a los 400,000 millones. (vid. Zubizarreta Hernández, 2009: 128-129).

como resultado el consentimiento o el acuerdo, ni un eventual disentimiento representa veto (Conferencia Internacional del Trabajo, 2011: 860-865).

Entender los derechos a la consulta y al consentimiento a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia, ampliamente aceptados en el derecho internacional de los derechos humanos, implicaría aceptar que el disenso frente a un megaproyecto es parte del derecho a la libertad en clave colectiva: la libre determinación de los pueblos indígenas. La consulta y el consentimiento tienen que ver con la autonomía individual y colectiva de las personas, tanto como los derechos civiles y políticos. Su garantía es fundamental para asegurar las condiciones materiales que posibilitan la libertad, es decir, no solo la posibilidad de desarrollar libremente la propia personalidad en lo individual, sino la posibilidad de definir su propio desarrollo y trazar por sí mismos su rumbo como pueblos, esto es, la posibilidad de determinarse libremente.

5. Conclusión: derecho a la consulta y uso contrahegemónico del derecho

Mi reflexión final parte de la importancia de tener presente la complejidad del contexto de surgimiento de la consulta en los años noventa, caracterizado por esa dialéctica que cristaliza en los conflictos socioambientales actuales: el auge de una lucha indígena por el derecho a la libre determinación, frente al auge de un modelo neoliberal que preparaba sus propias condiciones de posibilidad. Ese “pecado de origen” de articularse dentro de un esquema de “consensos” (más bien hegemónicos), dentro de cuyos márgenes es imposible disentir del modelo de desarrollo, hace que la consulta hoy forme parte de una gramática neoliberal y de un marco de “gobernanza” que se adapta fácilmente a las estrategias y al *soft law*, no solo de organismos multilaterales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, sino de las propias corporaciones y su discurso de responsabilidad social.

No obstante esa limitación -y sin ánimo de simplificar el proceso de consulta como un acto que se dirige a obtener un “sí” o un “no”-, para que este derecho se considere vigente desde el punto de vista del pleno respeto a la condición de los pueblos indígenas de sujetos morales (en lo individual y lo colectivo) y de la indivisibilidad e interdependencia con otros derechos como la vida, el desarrollo, la alimentación, los territorios, los recursos naturales o la libre determinación, su resultado *debe ser respetado*. Esto implica cuestionar la formulación clásica y unidimensional del consentimiento como *aceptación*, que se encuentra ligada a la herencia de la “persuasión liberal” y del paternalismo de Estado característicos del multiculturalismo liberal. Dicha formulación se basa en una concepción reduccionista que oculta la contradicción inherente a cualquier sociedad humana. El derecho a consentir –decir “sí”– niega la autonomía moral de los sujetos de derechos, si niega su correlato básico: el derecho a disentir –decir “no”. El consentimiento entendido desde la dialéctica *consentir-disentir* se funda en la libertad en su versión colectiva: la libre determinación de los pueblos. Desde ese punto de vista complejo, la noción de consentimiento nos debería aproximar al disenso como base del veto.

Así, si la consulta no conduce al consentimiento indígena sobre las medidas propuestas, debería desembocar en un acuerdo entre las partes, y en caso contrario, en la renuncia a imponer medida alguna. Llegar a un acuerdo implicaría abordar la conveniencia del proyecto, el tipo de gestión, la participación de las comunidades en los beneficios, la mitigación de los daños presentes y la proyección precisa y detallada de los daños futuros, previendo las garantías de cumplimiento por parte de las empresas (Clavero, 2012b).

Para que tenga legitimidad y no se reduzca a un trámite protocolario, la consulta debe reivindicarse en una rearticulación decolonial: cumpliendo los requisitos de previa, libre e informada, pero también *vinculante*, como un dispositivo que no solo *promueva*, sino que también *respete las decisiones* comunitarias por fuera de cualquier despotismo, sea este fundado en la persuasión, el “diálogo”, el paternalismo, la seguridad o el orden público. La dinámica debe propiciar la libre determinación y defender que tan importante es el resultado como el proceso. Así planteada, la consulta constituiría una herramienta central para la participación efectiva, y para el diálogo sobre el desarrollo y sus alternativas.

Este planteamiento no parte de cero: a pesar de la corriente hegemónica tratada a lo largo de este texto contra el poder vinculante de la consulta, se cuenta con reconocimientos legales explícitos, con argumentación jurídica sólida, con dispositivos de interpretación como el bloque de constitucionalidad²² y con herramientas desde la práctica judicial y los procesos sociales como fuentes de derecho (como las consultas comunitarias autoconvocadas en el caso de Guatemala) que pueden empujar a dotarla progresivamente de este sentido. Estas pautas deben potenciarse con el argumento del principio *pro persona* que privilegia la vida de los seres humanos por encima de cualquier otro valor o interés (como el lucro), y que está incorporado a instrumentos de derechos humanos ratificados por todos los países. Asimismo, con la defensa del principio de *aplicación directa* de los tratados internacionales, una vez que han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional.

En tiempos en los que la inversión ideológica de los derechos humanos es una táctica cada vez más sutil y el uso del derecho penal para castigar la defensa de los territorios y bienes naturales una práctica cada vez más sofisticada, se vuelve urgente apostar por un uso sagaz del derecho desde el punto de vista contrahegemónico. De lo contrario, tal como se está formalizando hoy por los gobiernos, la consulta acabará con igual sutileza, no necesariamente eliminando los sistemas y prácticas comunitarias de larga duración, pero sí despolitizándolas, neutralizando la energía social de los sujetos de derechos, e invirtiendo los discursos sobre la vida, los territorios y la naturaleza, en contra de sus propios titulares.

Bibliografía

Jurisprudencia, informes y resoluciones de Organismos Internacionales

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, de 15 de junio de 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), aprobada en la tercera sesión plenaria.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1969), *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2007), *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, de 13 de septiembre de 2007, aprobada en la 107a. sesión plenaria.

²² El bloque de constitucionalidad apela a la lectura conjunta e integrada de los derechos incluidos en la constitución y los tratados internacionales, para que se complementen y sostengan entre sí. En el presente caso apelaría a la lectura integrada de los derechos a la consulta, al consentimiento y a la libre determinación, a la luz del Convenio 169, la DDPI, la constitución y demás fuentes de derecho.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), *Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (USA)*.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU (2004), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2004/80.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), *Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009a), *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009b), *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Informe de Fondo No. 176/10, Casos 12.576, 12.611 y 12.612. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros contra Chile*.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (2011), *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1ª), Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, 100ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU (2009), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Ginebra.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C, No. 172.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Serie C No. 185.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, (Fondo, reparaciones y costas).
- FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS (2005), *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*, E/C.19/2005/3, 4º período de sesiones, New York, EEUU.
- FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS (2011), *Informe sobre el décimo período de sesiones*, Consejo Económico y Social, Suplemento No. 23, E/C.19/2011/14.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE POBLACIONES INDÍGENAS (2004), *Documento de trabajo preliminar sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales, que sirva de marco para la redacción de un comentario jurídico sobre este concepto por parte del Grupo de Trabajo, presentado por la Sra. Antoanella-Iulia Motoc y la Fundación Tebtebba*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4, 22º período de sesiones, Ginebra, Suiza.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1989), *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*, Ginebra, Suiza.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2007), *Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Ginebra, Suiza.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, OEA (2010), *El Derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, OEA Ser.L/ VI II CIDH/RELE/INF.

Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- ANDERSON, G. (2005), *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
- BONILLA, D. (2006), *La Constitución Multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- CARBONELL, M. (2001), "Constitucionalismo, Minorías y Derechos", *Isonomía (Publicaciones Periódicas): Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 14, pp. 247-270.
- CLAVERO, B. (2012a), "Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del Derecho Internacional". En: *En defensa de la verdadera consulta*, Bolivia, Somos Sur, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.servindi.org/actualidad/69682> (fecha de consulta: 15 de Julio de 2016).
- CLAVERO, B. (2012b) "¿Derecho de veto? Respuesta a un corresponsal peruano", *blog personal*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://ferreco.blogspot.com.es/2011/06/derecho-de-veto-respuesta-un.html> (fecha de consulta: 15 de julio de 2016).
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván (2006), "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas de Derecho Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 6, pp. 513-549.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J.A. (2006), *El revés del derecho: transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia.
- FARIÑAS, M.J. (2005), *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- FERNÁNDEZ BUEY, F. (2005), *Para el debate sobre multiculturalismo*, Cátedra UNESCO d'Estudis Interculturals, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- FITZMAURI, M. y ELIAS, O. (2005), *Contemporary Issues in the law of treaties*, Eleven, International Publishing, Utrecht.
- GILL, S. (1993), *Gramsci and global politics: toward a post-hegemonic research agenda*. En: GILL, S. (ed.), *Gramsci, historical materialism and international relations*, Cambridge University Press, USA, pp. 1-18.
- GOLDBERG, D.T. (ed.) (1994), *Multiculturalism: A critical reader*, Willey-Blackwell, Oxford UK and Cambridge, USA.
- HALE, Ch. (2002), "Does multiculturalism menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala", *Journal of Latin American Studies*, Vol. 34, pp. 485-524.
- HAYEK, F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Routledge, EEUU.
- HAYEK, F. A. (2013), *Law, legislation and liberty, a new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge and Kegan Paul Ltd., London.
- KYMLICKA, W. (1996), *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona.
- KYMLICKA, W. (2003), *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós Ibérica, Barcelona.
- KYMLICKA, W. (2009), *Las Odiseas Multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós Ibérica, Barcelona.
- MCAIR, (Baron) A. D. (1961), *The law of treaties*, Clarendon Press, Oxford.



- MAZUELOS BELLIDO, Á. (2004), "Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 8, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8> (fecha de consulta: 15 de Julio de 2016).
- PISARELLO, G. (2001), *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Editorial Trotta, Madrid.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2012), *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-, Bogotá.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., ORDUZ SALINAS, N., MORRIS, M. y BURITICÁ, P. (dirs.) (2010), *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y ORDUZ SALINAS, N. (2012), *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-, Bogotá.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., (2005), *Indigenous peoples, postcolonialism and international law. The ILO regime (1919-1989)*, Oxford University Press, Oxford, USA.
- SANTOS, B. (2005), "El uso contra-hegemónico del Derecho en la lucha por una globalización desde abajo", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, pp. 363-420.
- SANTOS, B. (2009), *Sociología Jurídica Crítica, para un nuevo sentido común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid; Editorial Ilsa, Bogotá.
- SANTOS, B. (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural Editores y Centro de Estudios Superiores Universitarios -Universidad Mayor de San Simón-, Bolivia.
- SVAMPA, M. (2011), "Extractivismo neodesarrollista y movimientos sociales. ¿Un giro ecoterritorial hacia nuevas alternativas?". En: LANG, M. y MOKRANI, D., *Más allá del desarrollo*, Quito, Ediciones Abya Yala / Fundación Rosa Luxemburg, pp. 185-216.
- YRIGOYEN, R. (2011), "El derecho a la libre determinación del desarrollo. Participación, consulta y consentimiento". En: APARICIO WILHELMI, M. (ed.), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Barcelona, Icaria, pp. 103-146.
- ŽIŽEK, S. (1997), "Multiculturalism, or the Cultural Logic of Multinational Capitalism", *New Left Review*, No. 225, pp. 28-51.
- ZUBIZARRETA HERNÁNDEZ, J. (2009), *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Hegoa -Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional-, Universidad del País Vasco y OMAL - Observatorio de Multinacionales en América Latina-, España.

Derecho global

Global law

Ángel Aday Jiménez Alemán

Universidade de Vigo

adayjimenez@uvigo.es

Recibido / received: 16/08/2016

Aceptado / accepted: 08/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3290>

Resumen

La globalización jurídica y la generación, aún embrionaria, de un derecho global son manifestaciones del multifacético fenómeno de la globalización, entendida como aceleración y fusión de las relaciones sociales hasta llegar a constituir un todo orgánico. La cada vez más abundante literatura alrededor de este fenómeno no ha permitido aún que se supere la etapa precientífica, especialmente en las disciplinas jurídicas. El derecho no ha sido ajeno a la desterritorialización, aceleración e intensificación de las relaciones sociales, produciéndose una nueva realidad desordenada y múltiple. La globalización jurídica que se viene manifestando, entre otros hechos, a través de la difusión y adopción de semejantes instituciones jurídicas entre ordenamientos jurídicos, cuando no su integración, junto con la transferencia de una mayor capacidad de decisión a órganos de naturaleza jurisdiccional en constante diálogo. A su vez, han proliferado órdenes jurídicos que, desde instancias distintas a las estatales, regulan relaciones sociales que superan el ámbito propio del Estado-nación, planteándose la existencia de un ordenamiento jurídico global.

Palabras clave

Globalización, derecho global, órdenes jurídicos transnacionales, globalización jurídica, pluralismo jurídico.

Abstract

The legal globalization and the generation of a global law -still in early stages- are expressions of the globalization as a multifaceted phenomenon, and understood as the acceleration and merging of social relationships until the constitution of a whole organic body. In spite of the overwhelming literature related to globalization, we have not go beyond a prescientific stage, especially in the legal sciences. Law has been affected as well by the de-territorialisation, acceleration and intensification of social relationships, emerging a new disordered and multiple reality. The legal globalization has been revealing itself by, among other facts, the diffusion and adoption of similar legal institutions in different legal orders, or even their integration, along with the transferring of power to jurisdictional organs in a constant dialogue. At the same time, we have been witnesses of the proliferation of transnational legal orders. From entities that are not the nation-states, they regulate social relationships beyond the jurisdiction of the nation-state, coming up the question about the existence of a global legal order.

Keywords

Globalization, global law, transnational legal orders, legal globalization, legal pluralism.



SUMARIO. 1. Introducción: La globalización como contexto. 2. La globalización del Derecho. 3. El Derecho Global: su naturaleza y sus características. 4. A modo de conclusión.

1. Introducción: La globalización como contexto

Antes de abordar la cuestión del derecho global resulta más que conveniente contextualizarla como una de las manifestaciones del multifacético fenómeno de la globalización. Y es que no cabe duda acerca de la centralidad de este concepto tanto en nuestra época histórica como en las ciencias sociales, protagonismo sólo compartido y desde hace bien poco con el de desigualdad (en concreto desde la publicación de *El Capital en el Siglo XXI* de Thomas Piketty).

Es un término cacareado en los medios de comunicación hasta la náusea, omnipresente más allá de tendencias y, del mismo modo, lleva presente entre los objetos de estudio de los investigadores de forma explícita más de medio siglo, aproximadamente. Tal es así que hay quien afirma como Fontana (2003) que no es posible evitar a lo hora de desarrollar algún tipo de investigación en ciencias sociales hacer una mínima mención a la globalización, con el riesgo de banalización y de reproducción del vacío que ello supone. Sin embargo, y aplicando los conceptos de Kuhn (1971), aún es difícil afirmar que se haya superado la etapa precientífica a su alrededor. Se empiezan a alcanzar consensos, pero las teorías resultan incompletas, quizás en parte por la propia naturaleza de este objeto científico (hecho que como veremos más adelante se agrava en las disciplinas jurídicas). Lo cual también puede ayudar a comprender el recalcitrante halo de novedad que acompaña al término, aunque lleve tanto entre nosotros¹.

Desde que McLughan acuñara la idea de la “aldea global” en 1964 y a partir de su definición, se ha ido incidiendo en las características del fenómeno, siendo sus ejes la aceleración y la fusión de las relaciones sociales hasta llegar a constituir un “todo orgánico”². Los cambios radicales para las relaciones sociales que empezaban a ser patentes en la década de los 60 del siglo XX y que McLughan supo observar y teorizar, no han hecho sino intensificarse de forma paulatina, de ahí que su trabajo nos siga siendo clave, y no sólo como hito fundacional. Con graduaciones, el espacio, el tiempo y el territorio en el que se desarrollan las relaciones sociales se ha unificado permitiéndonos hablar del “todo orgánico” participado por infinidad de elementos interrelacionados en una intensidad diversa.

Así el consenso se ha ido articulando alrededor de la de la globalización como un fenómeno multifacético, que entre sus causas recoge al acelerado cambio tecnológico, la multiplicación de la actividad económica transfronteriza y la miríada de instrumentos con el objetivo de liberalizar las políticas económicas a nivel estatal, regional y mundial³; y que abarca y va más allá de lo económico, de lo político y de lo cultural. En él resulta especialmente difícil enunciar hipótesis de relaciones de causa y efecto, si no poco más allá de la identificación de interrelaciones de determinación y refuerzo de las tendencias que se dirigen en ese sentido: el de la globalización como una *vis atractiva* irrefrenable, que irremediamente va ocupando más espacios de relación social.

¹ El primer uso de este término se suele atribuir a Modelsky (1972).

² Sobre esta concepción, McLughan (1992) y McLughan y Powers (1993).

³ Entre otros muchos estudios sobre esta cuestión se puede acudir al elaborado por Garret (2000).

La globalización ocupa los espacios ya existentes y los nuevos que se generan, desterritorializando las relaciones sociales. Multitud de actividades humanas tienen lugar hoy en espacios que han trascendido al espacio meramente físico, superando todo tipo de límites geográficos, ya sean naturales o jurídicos, siendo irrelevante dónde se hallar quienes participan en esa relación social y quienes resultan por ella influenciados. Por lo tanto, la escala del Estado-nación deviene insuficiente para la comprensión de buena parte de los fenómenos sociales, incluidos los jurídicos, produciéndose una “desestabilización de las viejas jerarquías escalares”, en palabras de Saskia Sassen (2007).

Junto con la desterritorialización de las relaciones sociales, y al mismo tiempo como causa y efecto, tenemos la intensificación de la interdependencia de las relaciones sociales, relaciones que, en su mayoría y hasta no hace mucho, quedaban dentro del marco del Estado-nación como organización social. Se abre así un nuevo espacio real de cooperación y conflicto necesario para atender a las necesidades humanas. Y, a su vez, las relaciones sociales no sólo se desterritorializan y aparecen en un nuevo espacio, se intensifica su interdependencia, sino que además se aceleran. Interrelaciones personales de todo tipo y multitud de constantes flujos de personas, información, capitales y mercancías, realizándose buena parte a tiempo real, lo que incide de nuevo en la unidad de espacio y tiempo mundial. Y todo ello en un proceso de larga duración, gradual, que se intensifica gracias a los avances tecnológicos de todo tipo y que se retroalimenta a través de la multiplicación e intensificación de las relaciones sociales a nivel global. La consecuencia es la práctica unidad del espacio y del tiempo, lo que determina, en diferente grado, la experiencia de más seis mil millones de seres humanos.

Por supuesto que este fenómeno hunde sus raíces en un periodo histórico anterior, por lo que la clave para su comprensión e identificación no reside en el momento de su origen, sino en el de su intensificación. A mediados del siglo XIX ya existían voces conscientes de esta situación, como la de Marx (2004), anunciando el surgimiento de una red comercial universal de bienes tanto materiales como espirituales. Sin embargo, es la intensificación de este proceso hasta el grado que nos permite hablar del todo orgánico lo que permite afirmar la existencia de un único espacio, tiempo y territorio que abarca todo el planeta, lo que caracteriza a la globalización hoy como fenómeno social multifacético. Y entre estas facetas de la globalización, el derecho, parafraseando a Marx, pasaría a ser uno de esos productos espirituales que pasa a formar parte del acervo común global, un derecho-mundo parte a su vez de una cultura-mundo⁴: el germen de un auténtico orden jurídico global común, que sin prescindir de los tradicionales ordenamientos jurídicos, articula y organiza las relaciones sociales en esa unidad espacial y temporal como auténtica “técnica social específica de un orden coactivo”, tal y como Kelsen (1995: 22) definió el derecho.

2. La globalización del Derecho

Como decimos, el derecho no ha quedado ajeno a la globalización. No sólo lo económico y lo político han salido del marco conceptual del Estado nacional⁵. Todo lo contrario, el derecho es una de sus más claras manifestaciones, una manifestación del occidente globalizado, de su cultura-mundo y de sus valores y normas, un mundo, según Goldstein (2001) que se mueve hacia el derecho. La globalización o mundialización jurídica se viene construyendo en ciertos sectores y a base de golpes en diferentes momentos históricos, dinámica que se ha vigorizado a

⁴ Sobre este concepto, ver Lipovetsky y Juvin (2011).

⁵ Entre los múltiples estudios sobre la globalización, *vid.* BECK, U. (1998).



partir de la Segunda Guerra Mundial⁶. Los avances tecnológicos y la aceleración del comercio sobre la base jurídica construida previamente en los espacios coloniales por las potencias europeas, que implantaron sus instituciones jurídicas en sus respectivos territorios y poblaciones de influencia, construyendo lo que conocemos como familias jurídicas, principalmente *common law* y *civil law*, han dado lugar a un fenómeno desordenado y múltiple.

Y por supuesto, este fenómeno también hunde sus raíces en la historia, y mucho antes de la segunda mitad del siglo XX. Aún hoy es palpable el traslado en el espacio de ideas e instituciones jurídicas originarias del *common law*, con el trasplante de principios constitucionales, forma de gobierno, protección de derechos fundamentales y sistema jurídico, tanto con respecto a la producción normativa como a postulados normativos concretos. En Blackstone (1765-1769: 105) podemos encontrar una narración detallada del mecanismo de este proceso. El colonizador inglés portaba consigo su derecho, y estaba legitimado a aplicarlo y adaptarlo a las circunstancias del nuevo entorno por tratarse de un territorio bien no habitado, o bien adquirido por conquista o tratado. Este actor ha de ser sustituido hoy por la empresa estadounidense, que desde la prominente posición de los Estados Unidos en la economía global durante la segunda mitad del siglo XX, actúa como agente difusor del derecho mercantil angloamericano. Cuestión que va más allá del poder económico y de un cierto colonialismo jurídico, sino que entronca con la naturaleza de los ordenamientos jurídicos de la familia del *common law*⁷.

Y otra tendencia que también se viene produciendo en el marco de la globalización jurídica es el surgimiento y preponderancia de una comunidad global de tribunales. En el último siglo hemos pasado de un solo órgano judicial internacional, la Corte Permanente de Arbitraje, a decenas de ellos, como viene analizando Romano (2011). Y a partir de una multitud de órdenes jurídicos transnacionales especializados en ámbitos de regulación específico⁸, una estructura de gobierno mundial está surgiendo, una fuerza política unida por normas jurídicas, procedimientos y redes multilaterales. Y en esta estructura global de gobernanza, el poder de toma de decisiones se encuentra en lo que se viene conociendo tras la denominación de Slaughter (2003) como "una comunidad global" de órganos jurisdiccionales internacionales y nacionales. Sin olvidar que, dentro del estricto ámbito estatal, apenas quedan Estados que no desarrollen formas de *constitutional review*⁹.

Todo ello supone que se ha transferido una gran capacidad de poder desde las instituciones de representación a órganos de naturaleza jurisdiccional en los niveles estatal y supranacional¹⁰. Y visto en conjunto, estamos ante un auténtico nuevo orden mundial¹¹, algo *más allá* del supuesto *diálogo entre tribunales*, parafraseando a Vergottini (2010). Por lo que, podemos afirmar, la globalización jurídica no se está llevando a cabo por un legislador universal, sino por una multitud

⁶ Ver Delmas-Marty (1999: 22).

⁷ Shapiro (1993) desarrolla esta cuestión, planteando la íntima relación entre la regulación mercantil del *common law* y la evolución del capitalismo y de la organización empresarial.

⁸ Halliday y Shaffer (2015) incluyen ámbitos tan diversos como el comercio internacional, los mercados financieros, tributos e impuestos, la seguridad alimentaria, los productos farmacéuticos o el cambio climático.

⁹ Ginsburg (2008) analizó las posibles causas de la universalización de la jurisdicción constitucional, identificando el temor de la clase hasta ese momento dirigente ante la competencia electoral y la pérdida de poder como el motivo principal para la adopción de tribunales constitucionales como mecanismos contramayoritarios.

¹⁰ Hirschl (2007) conceptualizó este fenómeno como juristocracia, producto en parte del interés de las autoridades políticas en evitar su posicionamiento en cuestiones de escaso rédito electoral.

¹¹ Para un análisis detallado, Slaughter (2004).

de jueces y tribunales en comunicación incesante. La gobernanza de la globalización se viene confiando a instituciones burocráticas aparentemente puras, legitimadas por sus conocimientos técnicos, ejerciendo un dominio lógico-racional weberiano, confiando buena parte de la capacidad de decisión, o al menos, las decisiones más importantes y la resolución de conflictos, a órganos de carácter jurisdiccional que han ido mucho más lejos del ideal del juez como *buche de la loi* de Montesquieu. Por lo tanto, hay una huida de los procedimientos de toma de decisiones democráticos a favor de procedimientos tecnocráticos, y sobre todo, a una forma de tecnocracia: la *juristocracia*.

Pero además globalización jurídica también implica la integración entre ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, encontramos de forma destacada la convergencia o integración de las dos familias preponderantes, el *common law* y el derecho civil continental, convergencia que podemos entender como el proceso por el que diversos sistemas jurídicos se asemejan progresivamente, adoptando normas que se pueden identificar como comunes, ya sean sustantivas, adjetivas o incluso instituciones íntegras. Existe consenso doctrinal de que este fenómeno es una realidad al menos en el ámbito del Derecho privado en el espacio normativo común europeo. Espacio paradigmático y auténtico laboratorio, dado que hasta ahora no se había avanzado tanto hacia la integración de ordenamientos a nivel supranacional, y que ha venido ofreciendo una oportunidad de análisis de la integración entre ordenamientos de familias distintas. Y a pesar del próximo abandono del Reino Unido de la Unión Europea, continuará ofreciendo una realidad digna de ser estudiada.

3. El Derecho Global: su naturaleza y sus características

Aparte de la cuestión de la globalización del derecho, no podemos dejar de abordar, aunque sea someramente, la generación muy incipiente de un derecho global. Como hemos afirmado anteriormente, tiempo y espacio se funden y se producen normas que rigen esa nueva unidad social: el derecho y su producción se desterritorializan, se desestatalizan y se privatizan, al menos en parte. Lo cual resulta paradójico si tenemos en cuenta la estrechísima relación entre territorio y derecho propia del derecho preglobal, la íntima relación entre la Tierra y el derecho descrita por Carl Schmitt (2005: 22) en su *Nomos de la tierra*. Una unión triple, en la que el derecho es premio al trabajo, límite y signo público del orden con fundamento en la Tierra.

Esta idea o bien se fractura o al menos se transforma como efecto de la globalización. El marco de globalización jurídica en el que nos situamos trasciende cualquier tipo de relación con el territorio y se caracteriza por normas y procedimientos jurídicos que rigen procesos políticos y económicos transnacionales que determinan a los procesos de producción normativa estatales. La intensificación contemporánea de este fenómeno nos permite hallar normas uniformes transnacionales, múltiples órdenes jurídicos, especialmente en el ámbito económico, como la nueva *lex mercatoria*¹², los principios y convenciones del *Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) mundialmente seguidos y Lando en Europa, entre muchos otros.

Lo cual nos dirige hacia otra tendencia a tener muy en cuenta: En el contexto de la globalización, el paradigma kelseniano de unidad entre Estado y Derecho se diluye, al igual que el principio del Estado como punto último de imputación, como voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra. La validez del orden jurídico sigue descansando en el poder del Estado, pero tanto el orden jurídico como el

¹² Ver, entre otros, Galgano (2003)



poder superan progresivamente sus límites estrictos. Por ello, ya no nos sorprende que buena parte de la creación del Derecho provenga hoy de ámbitos no estatales, enfrentándose de forma directa a la articulación estatal de la creación del derecho, distribuida entre funciones legislativa, judicial y ejecutiva, y aún más importante, a su fundamentación democrática. El “Leviathan 2.0”, siguiendo el análisis de Maier (2012), el moderno Estado-nación que entre 1850-1940 operó como la organización política más eficiente, que no sólo monopolizó el ejercicio legítimo de la violencia sino también la identificación con el ordenamiento jurídico y de la producción normativa, se encuentra en un nuevo proceso de transformación.

Cuestión bien distinta es la de la generación de un auténtico ordenamiento jurídico global o transnacional, conceptos que venimos encontrando en la doctrina a la hora de aproximarse a fenómenos jurídicos que no encajan estrictamente como derecho internacional, pero sí que van más allá de los límites de las jurisdicciones estatales, y que implican la creación de normas en instancias no estatales y que se dirigen a la regulación de relaciones sociales que superan el ámbito que tradicionalmente se viene entendiendo como propio del Estado-nación.

Como efecto de la globalización, el paradigma y la tendencia a identificar el derecho que regula las relaciones sociales más allá de las jurisdicciones estatales desde que Bentham acuñase el concepto Derecho internacional ya no resulta operativa. En realidad, esta concepción no era mucho más que un derecho interestatal, como ha ido demostrado el acontecer de los tiempos y las transformaciones en las dinámicas de las relaciones internacionales. En los años cincuenta del siglo XX se vislumbraba el agotamiento del Derecho internacional como marco de regulación de todas las relaciones que se estaban produciendo más allá de las jurisdicciones estatales. Jessup (1956: 2) fue de los primeros que se encontró en la necesidad de utilizar el término “derecho transnacional”, en lugar del de “derecho internacional”, para referirse a todas las acciones o hechos regulados por el derecho que trascendieren fronteras estatales. Estas acciones y hechos podían implicar a individuos, empresas, Estados, organizaciones de Estados u otros colectivos. Y en la misma década el derecho internacional comenzaba a ser consciente de su imparable sectorización a pesar de su aspiración a ser el derecho común de la humanidad (Jenks, 1958). De la crisis del derecho internacional está surgiendo el derecho global, como afirma Oslé (2008), y para su análisis urge superar la dicotomía derecho estatal – derecho internacional, y lo idóneo es, siguiendo a Twining (2003), el renacimiento de una teoría jurídica general.

Ni siquiera hay acuerdo en la conveniencia del término global a la hora de referirse a esta realidad jurídica. Halliday y Shaffer (2015: 4) apuestan por el uso de la denominación “transnacional”, y no sin razón, dado que el derecho “global” supondría que la ordenación jurídica a la que hace referencia tendría que ser realmente global en su ámbito geográfico, cosa que aún no es. Dado que es cierto el ámbito de ese ordenamiento es diverso, en relación con el objeto de la regulación, lo geográfico y las organizaciones a las que afecta, incluyendo sujetos de derecho público y privado, el concepto “ordenes jurídicos transnacionales” sería más apropiada.

Los debates doctrinales no se quedan en cuestiones conceptuales, sino que van al grado de desarrollo del derecho global o transnacional. Algunos autores como Cassese (2006) no han dudado en afirmar que ya nos encontramos ante un auténtico ordenamiento jurídico global, aunque a los ojos de Romano (1963) bien nos costaría identificarlo. Allot (2007) también se encuentra en una posición próxima, afirmando sin ambages que estamos ante el surgimiento de un sistema jurídico universal, producto de la internacionalización de lo nacional, la

nacionalización de lo internacional, y la universalización creciente de la regulación de cuestiones hasta no hace mucho propias de los sistemas jurídicos estatales. Aún no podemos afirmar que todo el orbe se halle bajo un único conjunto normativo y menos aún que esta haya sido producto de un único ente con capacidad de imponerlo o fruto del consenso de los entes políticos actuales o del mero devenir. La situación a día de hoy es infinitamente más compleja. La realidad es la de un conjunto de órdenes normativos muy diverso que nos permite identificar una serie de tendencias y características.

En la ausencia de una auténtica organización política supraestatal como autoridad superior, lo más que se podría afirmar es el desarrollo de una muy originaria fase de constitución de un ordenamiento jurídico supraestatal compuesto por múltiples órdenes jurídicos. Este ordenamiento jurídico global se basa más en la cooperación que en la soberanía, más en las redes que en las jerarquías, en la pluralidad de actores descentralizados que regulan sectores, en lugar de una única autoridad central. Un derecho fracturado, que fluye, permeable y policéntrico, de acuerdo a las características de Backer (2012), una suerte de sistematización de la anarquía, un regreso del pluralismo jurídico, que nunca se había terminado de ir, un espacio en el que conviven jurisdicciones territoriales y personales, en el que un cierto grado de conflictividad entre jurisdicciones es inevitable, pudiendo incluso llegar ser positivo tal y como lo observa Berman (2009).

4. A modo de conclusión

Frente a quienes aún niegan la realidad jurídica global o transnacional, blandiendo como argumento principal que en el espacio transnacional sólo podemos encontrar una proyección de las relaciones de actores con sede en jurisdicciones estatales, la realidad es que estas relaciones se regulan por un rico, complejo y múltiple cuerpo normativo, que no puede ser entendido con las tradicionales conceptualizaciones de lo “estatal” y de lo “internacional”, como ha observado entre otros Hongju Koh (2001).

Marcel Merle (1982) advirtió sobre la incómoda posición en la que se encuentra el jurista ante la realidad internacional, quien está dirigido irremediablemente a, por un lado, describir la práctica seguida por los sujetos de derecho, y por otro, a construir sistematizaciones que logren comprender la totalidad de las relaciones sociales analizadas. Esta situación no ha hecho sino agravarse ante la sociedad internacional contemporánea, en la que se han desarrollado intensamente las tendencias de la década de los setenta del siglo pasado, una sociedad internacional en la que los Estados observan cómo paulatinamente las relaciones internacionales dejan de ser puramente relaciones interestatales, y comparten escena e incluso protagonismo con una pléyade de actores de todo tipo, aumentando la perplejidad del jurista contemporáneo de formación estatocéntrica y positivista. Sobre todo para el positivista del siglo XX que se ha formado, ejerce y forma nuevos juristas aceptando al Estado en el centro de su “cosmovisión jurídica”.

Sin embargo, el derecho global, no se fundamenta en una organización política, y es entendido como un conjunto no definido de órdenes jurídicos, algunos de tendencia universal, pero en su mayoría dirigidos hacia sectores concretos, que, desde instancias distintas a las Estatales, regulan relaciones sociales que superan el ámbito propio del Estado-nación. Lo que lleva a algunas paradojas del jurista ante la juridificación intensa de las relaciones internacionales que está suponiendo la globalización, incluso la transformación del principio de Ulpiano *ubi societas, ibi ius*, en *ubi ius, ¿ibi societas?* Y lo sitúa ante la necesidad de una auténtica constitucionalización de la nueva realidad jurídica.



Bibliografía

- ALLOT, P. (2007), "The emerging universal legal system". En: NIJMAN J. E. y NOLLKAEMPER A., *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 63-83.
- BACKER, L. C. (2012), "The Structural Characteristics of Global Law for the 21st Century: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity", *Tilburg Law Review*, núm 17, pp. 177-199.
- BECK, U. (1998), *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona.
- BERMAN, P. S. (2009) "The New Global Legal Pluralism", *Annual Review of Law and Social Science* 2009, núm. 5, pp. 225-242.
- BLACKSTONE, W. (1765-1769), *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford, disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp.
- CASSESE, S. (2006), *La globalización jurídica*, Marcial Pons-INAP, Madrid.
- DELMAS-MARTY, M. (1999), *La mondialisation du droit: chances et risques*, Recueil Daloz, Paris.
- MIN SL, R. (2008), *¿?*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- FONTANA, J. (2003), *La globalización en una perspectiva histórica*, Universidad de Oviedo D. L., Oviedo.
- GALGANO, F. (2003), "Lex Mercatoria, Shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 247, pp. 7-20.
- GARRET, G. (2000), "The Causes of Globalization", *Comparative Political Studies*, Vol. 33, núm. 6/7, pp. 941-991.
- GINSBURG, T. (2008), "The Global Spread of Constitutional Review". En: WITTINGTON K. y KELEMAN, D. (eds.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press.
- GOLDSTEIN, J. L. (2001), *Legalization and World Politics* (International Organization Special Issues), MIT Press, Cambridge.
- HALLIDAY, T.C. y SHAFFER, G. (2015), *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HIRSCHL, R. (2007), *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge.
- HUNTER, H. (2001), "The Globalization of Freedom", *The Yale Journal of International Law*, vol. 26, pp. 305-312.
- JENKS, C.W. (1958), *The Common Law of Mankind*, Frederick A. Praeger, New York.
- JESSUP, P.C. (1956), *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven.
- KELSEN, H. (1995), *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F.
- KUHN, T. S. (1971), *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México D. F.
- MAIER, CH. S. (2012), *Leviathan 2.0: Inventing Modern Statehood*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- MARX, K. y ENGELS, F. (2004), *El manifiesto comunista*, Akal, Madrid.
- MCLUGHAN, M. (1992), *Comprender los medios de comunicación: Las extensiones del ser humano*, Paidós, Barcelona.
- MCLUGHAN, M. y POWERS, B. R. (1993), *La aldea global*, Gedisa, Barcelona.
- MERLE, M. (1982), *Sociología de las relaciones internacionales*, Alianza Editorial, Madrid.
- MODELSKY, G. (1972), *Principles of World Politics*, Free Press, Nueva York.

- LIPOVETSKY, G. y JUVIN, H. (2011), *El Occidente globalizado: Un debate sobre la cultura planetaria*, Anagrama, Madrid.
- ROMANO, S. (1963), *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SASSEN, S. (2007), *Una sociología de la globalización*, Katz Editores, Buenos Aires.
- SCHMITT, C. (2005), *El nomos de la tierra: En la historia del pensamiento político*, Editorial Struhart y Cía., Buenos Aires.
- SHAPIRO, M. (1993), "The Globalization of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 1, núm. 1, pp. 37-64.
- SLAUGHTER, A.-M. (2003), "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm 1, pp. 192-218.
- SLAUGHTER, A.-M. (2004), *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton.
- VERGOTTINI, G. (2010), *Más allá del diálogo entre tribunales: Comparación y relación entre jurisdicciones*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- WEBER, M., (2002), *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D. F.
- TAMANAH, B. Z., (2007), *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, *Sydney Law Review*, vol. 30, pp. 375-411.
- TWINNING, W. (2003), *Derecho y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá.

El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional

The principle of legality in International Criminal Law

Rodrigo Lledó
Universidad Carlos III de Madrid
rodrigolledo@hotmail.com

Recibido / received: 12/09/2016
Aceptado / accepted: 16/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3291>

Resumen

Partiendo de la constatación de que en el derecho internacional no existen leyes, en un sentido similar al derecho interno, y que por tanto en ese ámbito no puede regir un principio de legalidad con el mismo significado y contenido (*nullum crimen sine lege*), el presente trabajo pretende dar cuenta de cuál ha sido la comprensión de este principio en el ámbito internacional, donde ha sido más bien definido como un principio de jurisdicción (*nullum crimen sine iure*), que sin embargo de todas formas aspira a cumplir con el estándar internacional en cuanto derecho humano y principio básico de justicia, incluso de la justicia penal internacional.

Palabras Clave

Derecho penal, derecho internacional, derecho penal internacional, principio de legalidad, Corte Penal Internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

Based on the finding that international law has no Acts, in the similar sense as domestic law has, and therefore, in this area cannot apply the principle of legality with the same meaning and content (*nullum crimen sine lege*), this paper seeks to explain what has been the understanding of this principle in the international arena, where it has been more clearly defined as a principle of jurisdiction (*nullum crimen sine iure*), yet anyway aims to meet the international standard as a human right and a basic principle of justice, even international criminal justice.

Key Words

Criminal law, international law, international criminal law, principle of legality, International Criminal Court, European Court of Human Rights.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El principio de legalidad penal en el ámbito internacional. 3. El contenido del principio de legalidad en el derecho internacional. 4. Del *nullum crimen sine lege* al *nullum crimen*



sine iure. 5. Fuentes del derecho penal internacional. 6. El principio *nulla poena sine lege*. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Ya existe en esta revista una voz referida al principio de legalidad penal (Lamarca, 2011). A ella, pues, nos remitimos en cuanto al significado y comprensión de este principio, uno de los pilares fundamentales del derecho penal moderno (Quintero Olivares, 2010: 48; Muñoz Conde y García Arán: 86), en los países de tradición de derecho codificado¹.

¿Cómo se ha entendido tan importante principio penal en el ámbito internacional? Desde luego, la primera y más elemental constatación es que en el derecho internacional no existen leyes, tal y como las conocemos en el ámbito interno, por lo que este trabajo bien podría concluir aquí, señalando con justa razón, que el *nullum crimen sine lege*² no rige en el derecho penal internacional³.

Sin embargo, el principio de legalidad no sólo es un principio elemental de la justicia penal⁴, sino que también se ha transformado en un derecho humano, siendo recogido por las principales convenciones internacionales y regionales de derechos humanos⁵, así como por prácticamente todas las legislaciones del mundo⁶, existiendo un verdadero derecho a la legalidad penal (nombre tomado de Huerta Tocildo, 1993: 81-113).

De este modo, si bien en el derecho internacional no existen leyes propiamente tales, y no puede, por tanto, existir en propiedad un principio de legalidad en idénticos términos al que rige en el derecho penal interno, de alguna manera debe reconocerse la aplicación de los elementos esenciales de este principio, a fin de poder cumplir con un estándar de justicia con pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado, incluso del imputado por un delito internacional. Contribuir a precisar cuál es ese estándar, es el objetivo del presente trabajo⁷.

¹ En oposición al llamado derecho anglosajón o *common law*.

² Como es sabido, se atribuye a Feuerbach, a mediados del siglo XIX, la fórmula latina *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*, o más brevemente *nullum crimen sine lege*. Aun cuando debe advertirse que Feuerbach no utilizó literalmente la expresión *nullum crimen sine lege*, sino las otras tres ya mencionadas (Mir Puig, 2008: 105, nota 2).

³ Hay quien estima que la Corte Penal Internacional infringe el principio *nullum crimen sine lege*, y opina además que todos los esfuerzos por crear una justicia supranacional están cruzados por la ideología de la punición infinita, no siendo más que “una suerte de «represalia individual», aunque lo llamemos derecho penal internacional” (Pastor, 2006: 68, 75 y ss., 85).

⁴ Anticipándose a las críticas, la sentencia del Tribunal de Núremberg señaló que: “la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación de la soberanía sino, en general, un principio de justicia.” (Tribunal de Núremberg, 1946, citado en Gallant, 2012: 315).

⁵ Tras el juicio de Núremberg el principio de legalidad penal fue recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 11.2), dos años más tarde en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 7) y tiempo después en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 15), en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art.9), en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 7.2), y más recientemente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, y su versión revisada del año 2007 (art. 49), así como la Carta Árabe de los Derechos Humanos, de 2004 (art. 15).

⁶ Todos los Estados pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, excepto Bután y Brunei, han adoptado el principio de legalidad, ya sea en sus constituciones, ya sea en sus normas legislativas o por medio de su vinculación a tratados internacionales de derechos humanos (Olásolo, 2013: 24)

⁷ Trabajo que es la síntesis de un trabajo mayor, que es la tesis doctoral del mismo autor de este artículo, de febrero de 2016, por la Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por la catedrática de derecho penal Dra. Da. Carmen LAMARCA PÉREZ.

2. El principio de legalidad penal en el ámbito internacional

El primer antecedente del principio en la esfera internacional lo constituye una Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1935, en el caso *Danzing* (Ferdinandusse, 2006: 222)⁸, en el cual la Corte debió Juzgar si el nuevo Código Penal de la Ciudad Libre de Danzing, que preveía expresamente la aplicación de la analogía⁹, se ajustaba a la Constitución vigente. Si bien la Corte no fijó con precisión cuál debía ser el contenido del principio de legalidad, estableció como criterio general mínimo que: “debe ser posible para el individuo conocer, de antemano, si sus actos son legales o susceptibles de ser castigados” (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1935: 57).

El principio de legalidad penal también ocupó un destacado lugar en los debates que tuvieron lugar durante el transcurso de la Segunda Guerra, como también antes y durante del juicio de Núremberg y los demás juicios locales llevados adelante por los Aliados¹⁰. Son de sobra conocidas las diversas críticas que recibió el Tribunal de Núremberg una vez concluida su labor, las que pueden fácilmente reconducirse a dos, que son, el haber sido una justicia de los vencedores sobre los vencidos, al no haber sido verdaderamente llevada a cabo por un tribunal imparcial con un auténtico carácter internacional; y no haber respetado el principio de legalidad, especialmente lo que dice relación con la irretroactividad penal (Jiménez de Asúa, 1950: 1283)¹¹.

Tras el juicio de Núremberg, el principio de legalidad penal fue recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que prohíbe con toda claridad la aplicación retroactiva de los delitos y de las penas, señalando que la conducta ha debido ser delictiva con anterioridad a la comisión del hecho, según el “derecho” nacional o internacional¹². Como se puede apreciar, la Declaración y las convenciones posteriores hablan de “derecho” nacional e internacional, sin hacer

⁸ El artículo 1º del nuevo Código decía: “Any person who commits an act which the law declares to be punishable or which is deserving of penalty according to the fundamental conceptions of a penal law and sound popular feeling, shall be punished. If there is no penal law directly covering an act, it shall be punished under the law of which the fundamental conception applies most nearly to the said act.” El representante de la ciudad de Danzing sostenía que lo que se pretendía era reemplazar una justicia formal por una justicia real, y que la máxima *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*, en adelante y desde esta nueva perspectiva, debía ser reformulada como *nullum crimen sine poena*.

⁹ Según el art. 1º del Código Penal de 1930: “Sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a ese acto” (citado en Cerezo Mir, 2004: 201, nota 68).

¹⁰ Si bien Kelsen reconocía que varias constituciones prohibían las leyes retroactivas y que el principio de legalidad penal era reconocido por la mayoría de las naciones civilizadas, sostenía que se trataba de derecho interno y no de derecho internacional, por lo que justificaba la aplicación retroactiva de los delitos, por tratarse de un tribunal internacional. Kelsen señalaba: “No hay regla de derecho internacional general consuetudinario que prohíba la promulgación de normas con fuerza retroactiva, las llamadas leyes *ex post facto*” (Kelsen, 2008: 103). Resulta interesante apuntar aquí que, Carl Schmitt escribió un informe en derecho en 1945 para un hombre de negocios que iba a ser juzgado por su supuesta responsabilidad en la colaboración financiera de los crímenes nacionalsocialistas. Muchos años más tarde este informe fue publicado por un profesor de derecho penal con sus comentarios (véase Schmitt, 2006). En este trabajo Schmitt recuerda algunas normas y sucesos que tuvieron lugar bajo el régimen Nazi y que, según la concepción occidental, infringían el principio de legalidad penal. Para Schmitt, sin entrar a valorar lo que denomina “innovaciones legales del régimen nacionalsocialista”, destaca que la irritación que ellas causaron en la opinión pública “demuestra que la proposición «*nullum crimen sine lege*» es universalmente reconocida”, por lo que sería raro que ahora se desconociera la validez del principio. No obstante, advierte de las extraordinarias diferencias de la praxis continental europea, inglesa y estadounidense (Schmitt, 2006: 34-36).

¹¹ Amplias referencias a las opiniones expresadas por juristas de la época en las páginas siguientes.

¹² Así lo recoge la Declaración Universal (art. 11.2), y también el PIDCP (art. 15), el Convenio Europeo (art. 7) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 49.1). Por su parte la Convención Americana habla de “derecho aplicable” (art. 9) y la Carta Africana de “ofensa legalmente punible” (art. 7.2).

referencia a la “ley” o a alguna otra fuente del derecho (nacional o internacional). En general, se tiende a pensar que ello se debe a la necesidad de compatibilizar los distintos sistemas jurídicos, particularmente el sistema de derecho continental codificado y el sistema anglosajón o *common law*¹³. No obstante, los *travaux préparatoires* de la Declaración Universal dan cuenta de que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, no fueron las diferencias entre sistemas jurídicos las que influyeron de manera determinante en la redacción actual de la disposición¹⁴, sino que fue nuevamente el fantasma del juicio de Núremberg, a través de la llamada “enmienda belga”¹⁵, cuyo propósito declarado fue prevenir la posibilidad de que en el futuro los historiadores alemanes usaran la redacción original del artículo para tratar de demostrar la ilegalidad de los juicios sobre crímenes de guerra, especialmente los de Núremberg¹⁶. La enmienda no fue aprobada, pero en cambio se modificó el texto haciéndolo más general, al hacer referencia al “derecho” nacional e internacional¹⁷.

La fallida “enmienda belga” en la Declaración Universal es de un tenor muy similar, cuando no idéntico, al que poco tiempo más tarde sería propuesto, esta vez con éxito, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 7.2)¹⁸ y en el Pacto

¹³ En este sentido, Cerezo nos recuerda que “[e]n Inglaterra no se llevó a cabo el proceso de codificación y no triunfó, por tanto, el principio de legalidad, frutos ambos del racionalismo del Continente europeo, de corte Francés” (2004: 200). Por su parte, Jiménez de Asúa (1964: 390), nos recuerda que en dicho sistema el juez poseía además un “cierto poder autónomo de represión”.

¹⁴ Varios Estados formularon distintas propuestas de una disposición referida al principio de legalidad, todas las cuales hacían referencia a una “ley vigente” o en vigor al momento de la comisión del delito (Schabas, 2013). Se consignan las propuestas de Cuba, de 12 febrero de 1946: “laws in force prior to the act”; Panamá, de 26 de abril de 1946: “a law in effect at the time of the commission of the act”; Chile, en representación del Comité Jurídico Interamericano: “the law in force at the time the act was committed” (ver Schabas, 2013: 533); también una propuesta posterior de Francia, de 16 de junio de 1947: “some law in effect at the time of the act” (ver Schabas, 2013: 791). Incluso la propuesta de Estados Unidos, país de *common law*, disponía “a law in effect at the time of the commission of the act” (ver Schabas, 2013: 714 – 715). La única excepción fue la propuesta presentada por el Reino Unido, que era del siguiente tenor: “No person shall be held guilty of any offence on account of acts or omissions which did not constitute such an offence at the time when they were committed.” (ver Schabas, 2013: 295 [cursiva propia]). En el borrador del Comité de Redacción para una carta internacional de derechos humanos, de 11 de junio de 1947, disponía en su artículo 26: “No one shall be convicted of crime except by judgment of a court of law for violation of a law in effect at the time of the commission of the act charged as an offence, nor be subjected to a penalty greater than that applicable at the time of the commission of the offence.” (Cfr. Schabas, 2013: 532 [cursiva propia]). Un segundo borrador, de 1 julio de 1947, disponía en lo pertinente, ahora en el artículo 10: “No one can be convicted of crime unless he has violated some law in effect at the time of the act charged as an offence nor be subjected to a penalty greater than that applicable at the time of the commission of the offence. No one, even if convicted for a crime, can be subjected to torture.” (ver Schabas, 2013: 932 [cursiva propia]). Un tercer borrador es el de la Cuarta Reunión del Grupo de Trabajo sobre la Declaración de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 1947, que también en el artículo 10, en lo pertinente disponía: “Any person is presumed innocent until proved guilty. No one shall be convicted or punished for a crime or another offence except after fair public trial at which he has been given all guarantees necessary for his defence and which shall be pursuant to law in effect at the time of the commission of the act charged. No one shall be subjected to torture or to cruel or inhuman punishment or indignity”. (Schabas, 2013: 1245 [cursiva propia]).

¹⁵ “This provision shall not, however, preclude the trial and conviction of persons who have committed acts which, at the time of their commission, were regarded as criminal by virtue of the general principles of law recognized by civilized nations.” (Schabas, 2013: 1268). La propuesta es de 12 de diciembre de 1947.

¹⁶ Según consta en el Acta resumen de la 36ª reunión de la Comisión Derechos Humanos, de fecha 13 de diciembre de 1947 (Schabas, 2013: 1268 y ss.; la afirmación del representante belga se encuentra en Schabas, 2013: 1275).

¹⁷ Fue precisamente el Reino Unido y la India los Estados que propusieron, el 24 de mayo de 1948, suprimir la “enmienda belga” en la Declaración Universal, reformulándose el artículo para dejar expresa constancia de que los delitos podían ser establecidos tanto por el “derecho nacional” como por el “derecho internacional” (Schabas, 2013: 1619 y ss.).

¹⁸ Los trabajos preparatorios del Convenio Europeo se encuentran disponibles en formato electrónico (Trabajos preparatorios del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Cabe hacer notar que durante un tiempo varios documentos tuvieron un carácter confidencial, como es el caso de los

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.2)¹⁹, que declaran expresamente que el principio de legalidad no impide el juzgamiento de hechos que son delictivos de acuerdo a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, o por la comunidad internacional, respectivamente. Por su parte, la Convención Americana recurre a una fórmula todavía más genérica de “derecho aplicable”, al tiempo que incorpora perentoriamente la retroactividad de la ley posterior más favorable (art. 9)²⁰.

3. El contenido del principio de legalidad en el derecho internacional

Las convenciones internacionales sólo recogen explícitamente la irretroactividad²¹, y genéricamente la irretroactividad del “derecho”, tanto nacional como internacional. Por ello, debemos acudir a la jurisprudencia para poder conocer en concreto cuál es el estándar establecido, para luego intentar determinar si éste cumple con los parámetros de nuestro tradicional principio de legalidad penal, en cuanto a *lege scripta, stricta, certa y praevia*²².

La concepción del principio de legalidad de la Corte Interamericana (Corte IDH) se inserta de lleno en la tradición de derecho codificado, lo que es consistente con el sistema jurídico seguido por los países latinoamericanos²³, reconociendo expresamente y con el mismo lenguaje, la exigencia de taxatividad o *lex certa* (Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, 1999: párr. 121; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, 2004: párr. 125) y de la irretroactividad o *lex praevia*

correspondientes al artículo 7 del Convenio que aquí nos ocupa, que hoy se han desclasificado y se encuentran disponibles en dos informes compilatorios de 1957 y 1970, que hoy se encuentran disponibles (vid. Preparatory work on article 7 of the European Convention of Human Rights, 1957; 1970).

¹⁹ Para mayores detalles sobre los trabajos preparatorios sobre el Pacto Internacional, ver Gallant (2009: 178 y ss.).

²⁰ Por su parte, la Declaración Americana de Derechos Humanos, de 1948, no recoge el principio de legalidad penal de manera separada, sino que aparece inserto dentro de la protección de otros derechos, pero siempre haciendo referencia a “leyes” preexistentes. Así, el artículo XXV que versa sobre el Derecho de protección contra la detención arbitraria, consigna en el inciso primero que: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por *leyes preexistentes*. En el artículo siguiente, sobre el “Derecho a proceso regular”, tras consagrar el principio de presunción de inocencia, se dispone que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con *leyes preexistentes* y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

²¹ Lo propio acontece en el derecho interno donde, por lo general, las constituciones políticas son en general más bien escuetas y no consagran expresamente todos los elementos del principio de legalidad, los cuales, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia se encargan de derivar del texto positivo. La Constitución Española en el artículo 25.1 sólo recoge de manera explícita la irretroactividad de las leyes penales, y ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que ha deducido de éste y otros artículos de la Constitución los demás elementos del principio. Así por ejemplo, la irretroactividad de la pena, se deriva de las menciones genéricas al sometimiento de la ley de los artículos 9 y 117.1 de la Constitución (ver Muñoz Conde y García Arán, 2010: 99).

²² Tradicionalmente los elementos materiales del principio de legalidad penal son tres, *lex scripta, lex praevia* y *lex stricta*, pero cada vez son más quienes para mayor claridad, dividen este último elemento en dos materias diferenciadas, abordando de manera separada, como un cuarto elemento, la *lex certa*. Así lo hacen entre otros Muñoz Conde, con la salvedad hecha previamente en la nota anterior, y en Alemania Jakobs (1997: 79) y Hassemer (1995: 21-22).

²³ Para mayores aspectos referidos al artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ver: Espejo Yaksic y Leiva García (2012: 399-408). Igualmente, puede consultarse a Olásolo (2013: 31 y ss.), quien advierte que la protección que ofrece la accesibilidad y la previsibilidad puede ser incluso más amplia y favorable al individuo que las rígidas disposiciones de *lex scripta, stricta, certa y praevia*. Lo formula de la siguiente manera: “Es por ello que una aplicación formal de los requisitos *lex praevia, lex scripta, lex certa* y *lex stricta* en este tipo de casos, en lugar del juicio de conocimiento de la antijuridicidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, lleva a un resultado contrario al exigido por el principio *pro homine*, en relación con el ámbito de aplicación del Derecho al recurso judicial efectivo de aquellos que, encontrándose en situación de vulnerabilidad, han sufrido la violencia sistemática o generalizada de quienes han actuado bajo el amparo directo o indirecto de las instituciones públicas.” (2013: 35).

(Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 2001: párr. 107; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, 2004: párr. 177; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, 2004: párr. 125; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, 1999: párr. 121).

Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el que ha tenido que efectuar una conceptualización del principio de legalidad, que pueda ser aplicable tanto en el sistema de derecho codificado como en el sistema anglosajón, habiéndose pronunciado además sobre qué se ha de entender por “derecho” nacional e internacional, así como sobre el inciso segundo, referido a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

En cuanto al concepto de “derecho”, el TEDH ha señalado que “comprende tanto el derecho escrito como el no escrito, lo que implica exigencias cualitativas, que incluyen las de accesibilidad y previsibilidad” (TEDH, *Caso S.W. contra el Reino Unido*, 1995b: pár. 35; *Caso C.R. contra el Reino Unido*, 1995c: pár. 33; *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, 2001a, pár. 50; *Caso K.-H.W contra Alemania*, 2001b: pár. 45; *Caso Korbely contra Hungría*, 2008: pár. 70; *Caso Kononov contra Letonia*, 2010: pár. 185; *Caso Vyerentsov contra Ukraine*, 2013a, pár. 63; *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, 2013b: pár. 66, entre otros)²⁴. En otras ocasiones, no obstante, el TEDH ha matizado, dejando de lado las controvertidas expresiones “derecho escrito” y “derecho no escrito”, señalando en cambio que el concepto de “derecho” comprende tanto a la “ley” en sentido formal (statutory law), como a la “jurisprudencia” (case law) e implica exigencias cualitativas, que incluyen las de accesibilidad y previsibilidad” (TEDH, *Caso Cantoni contra Francia*, 1996: párr. 29; *Caso Başkaya y Okçouglu contra Turquía*, 1999: pár. 36; *Caso Coëme y otros contra Bélgica*, 2000: pár. 145; *Caso E. K. contra Turquía*, 2002a: pár. 51; *Caso Achour contra Francia*, 2006: pár. 42; *Caso Jorgic contra Alemania*, 2007: pár. 100; *Caso Scoppola contra Italia (nº2)*, 2009: pár. 99, entre otros)²⁵.

La doctrina suele destacar que a partir dos casos, S.W. (1995b) y el caso C.R. (1995c), ambos contra el Reino Unido, se ha desarrollado una jurisprudencia bastante arraigada en el TEDH (Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 60), que admite el llamado derecho “no escrito”. Sin embargo, existen otras muchas sentencias en las que ya no se utiliza la dicotomía “derecho escrito” y “derecho no escrito”, sino “ley en sentido formal” (*statutory law*) y “jurisprudencia” (*case law*).

En todas las sentencias del TEDH sobre el art. 7, se hace mención a las exigencias cualitativas de accesibilidad y previsibilidad, teniendo ocasión además de precisarlas en reiterada jurisprudencia.

En cuanto al requisito de la accesibilidad, la doctrina ha destacado que “no ha generado grandes problemas a lo largo de la jurisprudencia, pues alude a una elemental y sencilla exigencia de publicidad de las normas” (Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 60). De hecho, esta exigencia se superpone, en parte, con la previsibilidad, ya que, si lo que dispone la norma penal debe ser previsible para el ciudadano, lógicamente primero debe poder tener acceso a ella, para lo cual ha de estar públicamente disponible (Harris, O’Boyle, Warbrick *et al.*, 2009: 334, nota al pie 32; véase también TEDH, *Caso G. contra Francia*, 1995a).

²⁴ El texto original en inglés señala: “When speaking of ‘law’, Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law and which implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability”.

²⁵ El texto original en inglés señala: “When speaking of ‘law’ Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability”.

Sobre la previsibilidad el TEDH ha señalado algunos criterios para determinar cuándo se cumple con este requisito y cuándo no, tales como el contenido del texto del que se trata, el ámbito que cubre, así como del número y de la calidad de los destinatarios. También ha dicho que la previsibilidad de la ley no se opone a que la persona implicada tenga que recurrir a asesores para evaluar, hasta un grado razonable según las circunstancias del caso, las consecuencias que pudieran resultar de un acto determinado, como ocurre con los profesionales, habituados a ser prudentes en su trabajo, pudiendo esperarse de ellos que pongan un cuidado especial en evaluar los riesgos que supone su conducta (TEDH, *Caso Cantoni contra Francia*, 1996; Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 61).

La doctrina ha intentado conceptualizar este requisito de la previsibilidad, a la luz de los criterios que proporciona el TEDH, despertando ciertas dudas por parte algunos autores, atendida su flexibilidad o falta de concreción, no estando suficientemente claro si se trata de un concepto objetivo (en el cual la previsibilidad se evaluaría en relación con el común de los ciudadanos), o bien de un concepto subjetivo (en el cual la previsibilidad se evaluaría en relación con el ciudadano concreto)²⁶. Hay quien piensa que la previsibilidad “es un estándar de conducta que requiere de un particular conocimiento, o una práctica, de las condiciones que le son jurídicamente exigibles”, y que varía dependiendo de si es o no un profesional o carente de formación (Sarmiento, Mieres y Presno, 2007: 61), como ha expresado el TEDH en el *Caso Cantoni contra Francia* (1996). También se ha considerado que lo que interesa al TEDH es la previsibilidad “jurídica” y no la fáctica, que es indiferente a los efectos del principio de legalidad penal (De Vicente Martínez, 2004: 191), como lo demostrarían los casos *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania* (TEDH, 2001a: párr. 50) y *K.-H.W contra Alemania* (TEDH, 2001b: párr. 45).

Ambas conceptualizaciones, en mi opinión, parecen ser complementarias y no contradictorias. Por una parte el TEDH, según su propia jurisprudencia, habrá de considerar las circunstancias personales y fácticas del caso concreto, pero, por otra parte, a partir de estas circunstancias, valorándolas, deberá construir un estándar de lo que es “razonablemente” exigible en términos de previsibilidad, esto es, un estándar normativo o jurídico. En efecto, y yendo al ejemplo antes citado, muy probablemente la posibilidad concreta de un juicio y una posterior condena no estuvo presente en la mente de los centinelas del Muro de Berlín al momento de los hechos, atendida una “práctica estatal” que justificaba e incluso alentaba tales conductas. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, el enjuiciamiento y la condena eran perfectamente plausibles al ser las conductas contrarias tanto al derecho de la RDA como al derecho internacional, siendo, en consecuencia, jurídicamente previsibles.

Lo que sí podemos descartar por completo, en mi opinión, es que la previsibilidad sea un concepto puramente subjetivo, que evalúe el conocimiento real y efectivo del acusado. En la jurisprudencia del TEDH, recordemos, hay dos conceptos, la previsibilidad y la accesibilidad, que son complementarios y de hecho se superponen, como hemos dicho. La accesibilidad, aunque se solape con la previsibilidad, cobra sentido propio e independiente precisamente aquí. Basta con que la disposición penal haya estado públicamente disponible, que haya sido accesible, para que podamos luego evaluar la previsibilidad dependiendo del contenido de la norma en cuestión. Si el ciudadano no quiere conocer la disposición, no quiere acceder a ella, pudiendo razonablemente hacerlo, la norma le será

²⁶ Huerta reconoce que la previsibilidad persigue dar cierto grado de seguridad jurídica, pero critica que este concepto no haya sido objeto de “excesivas concreciones” (Huerta Tocildo, 2009: 518).

igualmente exigible. Considerados ambos criterios conjuntamente, podemos concluir que, en la jurisprudencia del TEDH, la previsibilidad y la accesibilidad no son criterios subjetivos, sino criterios objetivos a la vez que jurídicos, digamos, criterios de carácter objetivo-normativo.

Sin duda, los conceptos de previsibilidad y accesibilidad persiguen el valor de la seguridad jurídica, esto es, que el ciudadano sepa de antemano “a qué atenerse”²⁷, para lo cual el ciudadano debe poder conocer qué conductas lo harán responsable penalmente. Ello, tanto desde el propio texto, por sí mismo, como con la ayuda de asesoría jurídica, si fuere necesario, como hemos visto.

Ahora bien, desde una perspectiva crítica, hay quien considera que estas exigencias cualitativas de accesibilidad y previsibilidad estarían, aparentemente, destinadas a “compensar” la ausencia de reserva de ley formal en el Convenio y la jurisprudencia del TEDH (Huerta Tocildo, 2009: 518). Sin embargo, en mi opinión, en cuanto accesibilidad y previsibilidad son exigencias cualitativas, ellas tienen relación, no tanto con la jerarquía de fuentes de la norma penal, como con los demás elementos del principio de legalidad. En efecto, en cuanto al mandato de taxatividad o *lex certa*, la previsibilidad opera como una directriz hacia el legislador en cuanto a la necesaria claridad que debe tener un texto normativo. En cuanto a *lex stricta* o prohibición de analogía e interpretaciones extensivas, el TEDH reconoce que, “por muy bien redactado que esté un texto normativo, siempre es necesario interpretarlo, lo que es válido para toda rama del ordenamiento jurídico, incluido el derecho penal”, ya que siempre habrá necesidad de aclarar puntos dudosos, como también de adaptar la norma a nuevas circunstancias, lo que es más intenso en algunos Estados, en los que el desarrollo progresivo del derecho penal se ha dado por vía jurisprudencial, de acuerdo a su tradición jurídica (así está dicho en los siguientes casos: TEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, 2001a: pág. 50; *Caso K.-H.W contra Alemania*, 2001b: pág. 45; *Caso Jorgic contra Alemania*, 2007, pág. 100; *Caso Korbely contra Hungría*, 2008, pág. 70). El TEDH añade, en este mismo sentido, que el artículo 7 “no puede ser interpretado como una prohibición de la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial caso a caso, siempre que el resultado de este desarrollo sea consistente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente previsible” (TEDH, *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, 2001a: pág. 50; *Caso K.-H.W contra Alemania*, 2001b: pág. 45; *Caso Jorgic contra Alemania*, 2007, pág. 100; *Caso Korbely contra Hungría*, 2008, pág. 70).

Si esto es así, ello implica que no sólo el texto legal ha de ser previsible, sino también las interpretaciones jurisprudenciales, lo que nos lleva al problema de la irretroactividad penal o *lex praevia*, tanto de la ley como de la jurisprudencia, tema, este último, debatido en el derecho interno, aunque resuelto recientemente por el TEDH en el caso *Del Río Prada contra España* (TEDH, *Caso Del Río Prada contra España*, 2012: pág. 48).

La previsibilidad y la accesibilidad, entonces, son los criterios que el TEDH emplea para evaluar lo que en derecho interno conocemos como los elementos materiales del principio de legalidad de *lex stricta, certa y praevia*.

Con respecto al artículo 7.2, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en pocas ocasiones, y lo ha hecho sobre todo en algunas decisiones de admisibilidad y

²⁷ Esta es la expresión empleada por Diez-Picazo (2008: 471) para graficar cuál es en esencia la exigencia de taxatividad de la ley penal, ya que si bien la claridad, precisión y determinación absoluta es inalcanzable, existe un mínimo que “resulta constitucionalmente indisponible”.

sentencias (véase la sistematización efectuada en: Casadevall, 2012: 323). Aquí, la pregunta relevante que ha planteado la doctrina es si estamos frente una excepción al principio de legalidad. Notablemente, la mayoría de los autores consultados consideran que el artículo 7.2 es una excepción a la regla general contenida en el artículo 7.1²⁸, de modo tal que –en concepto de estos autores– existiría un grupo de situaciones que estarían excluidas o exceptuadas de la aplicación del principio de legalidad penal en la forma establecida en el Convenio, lo que, incluso, ha llegado a ser considerado como una excepción a la inderogabilidad del principio de legalidad establecida en el artículo 15 del mismo Convenio²⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del TEDH contradice esta común opinión. En el caso *Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina* (TEDH, 2013b), luego de resolver la discusión principal del caso que giraba en torno a cuál de los dos códigos disponía la pena más favorable, el TEDH no pudo dejar de rebatir los argumentos esgrimidos por el gobierno, según el cual los hechos (crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto de la antigua Yugoslavia) eran delictivos de acuerdo con “los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas”, previsto en el artículo 7.2, por lo que –decía el gobierno– no se aplicaba la prohibición de retroactividad de los delitos y las penas. El TEDH señaló que este argumento del gobierno era inconsistente con los *travaux préparatoires*, según los cuales el artículo 7.1 puede ser considerado como una regla general de prohibición de la retroactividad, y el artículo 7.2 es sólo una clarificación contextual de la obligación contenida en ella, que fue incluido con el fin de asegurar que no existiera ninguna duda sobre la validez de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con respecto a los crímenes cometidos durante esa guerra (en este mismo sentido, TEDH, Caso Kononov contra Letonia, 2010: párr. 186). Es claro –añade el TEDH– que los redactores del Convenio no intentaron autorizar ninguna excepción general a la prohibición de retroactividad. El TEDH recordó que ha sostenido en varias ocasiones que ambos párrafos del artículo 7 están interconectados y deben ser interpretados de una manera concordante (TEDH, *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, 2013b, párr. 72³⁰).

4. Del *nullum crimen sine lege* al *nullum crimen sine iure*

Pues bien, es precisamente este estándar del TEDH el que ha sido aplicado por el Tribunal para la ex Yugoslavia (Nilsson, 2007: 58 y ss.) y Ruanda (Trahan, 2010: 142 y ss.). La Corte Penal Internacional contempla expresamente el principio de legalidad penal en su Estatuto³¹, define detalladamente los crímenes de su

²⁸ En Van Dijk *et al.* (2006: 660) se titula el acápite pertinente como “La excepción al párrafo segundo”; Huerta Tocildo (2009: 519 y ss.) también titula el párrafo como “Excepciones al principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables”; Harris *et al.* (2009: 338) “Principios generales de la Derecho de excepción”; y Casadevall (2012: 322) titula “La excepción del párrafo 2”, en el cual afirma que “[e]l párrafo segundo del artículo 7 contiene una excepción o derogación de las garantías contenidas en el párrafo primero”.

²⁹ Van Dijk (2006: 662) afirma: “Como se puede observar, sin embargo, la consecuencia de este párrafo segundo del artículo 7 que, con respecto a ciertos delitos esta garantía no es absoluta, ni en las situaciones referidas en el artículo 15.1 ni en otros casos”.

³⁰ Cita el TEDH el caso *Tess contra Letonia* (dec.), N° 34854/02, 12 de diciembre de 2002, además del ya citado caso *Kononov*.

³¹ Cuyo artículo 22 establece lo siguiente: “*Nullum crimen sine lege*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

competencia, tanto en el Estatuto como en los llamados “Elementos de Crímenes”. Ello no fue casual, sino que fue el fruto de un intenso trabajo académico, denominado más tarde “Proyecto Siracusa”, en el cual participaron, entre otras organizaciones, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Werle, 2005: 69, nota al pie 112). Este proyecto contenía un total de 21 artículos que sintetizaban las principales instituciones de la parte general del derecho penal, muchas de las cuales influyeron en el trabajo de la Comisión Preparatoria (Ambos, 1996: 521).

Desde que en el ámbito internacional no hay leyes, ni Estado, ni Estado de Derecho ni democracia propiamente tal, hay quien opina que todos estos esfuerzos son indeseables (Pastor, 2006: 99 y ss.). Pero, poniendo la mirada en quienes han intentado construir un derecho penal internacional, pese a las dificultades teóricas y prácticas, hay que tomar en consideración varios factores, entre otros, las distintas tradiciones jurídicas.

Así como en el derecho anglosajón es difícil hablar de un principio de legalidad, ya que no todo el derecho penal está basado en la ley desde que coexisten los *Statutory offences* con los tradicionales y antiguos *common law offences*, siendo reconducido a un “principio de juridicidad”; del mismo modo, en el derecho penal internacional los autores han reformulado el principio de forma semejante, llamándolo algunos *nullum crimen sine iure* (Ollé Sesé, 2008: 582), o bien *nullum crimen sine lege* (Ferdinandusse, 2006: 232; Remiro Brotons, 1999: 59-60), pero concibiendo a la *lex* en un sentido amplio, como sinónimo de Derecho.

Cherif Bassiouni lo explica tomando en cuenta “la ausencia de un órgano legislativo internacional”, por lo que plantea que “el principio de legalidad del derecho penal internacional puede ser mejor expresado por la máxima “*nullum crimen sine iure*”, la que es “algo menos restrictiva que las rígidas aproximaciones nacionales positivistas de *nullum crimen sine lege*, que connota una mucho mayor especificidad”. Para Bassiouni, “*nullum crimen sine iure*” incluye prohibiciones legales que surgen tanto del derecho convencional como consuetudinario, los cuales declaran que ciertas conductas son prohibibles o punibles (1996: 268; también en Hormazabal Malarée, 2013: 253-280).

En definitiva, el *nullum crimen sine iure* no prejuzga ni impone un sistema de fuentes. Lo que se exige es que la conducta sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del Derecho Penal, ya sea en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate o en el ordenamiento internacional (Olásolo, 2013: 27).

Aun cuando el principio *nullum crimen sine iure* es indudablemente más flexible que el principio de legalidad en la formulación tradicional del sistema de derecho codificado, de todas formas está limitado por ciertos principios fundamentales, como la irretroactividad de todo derecho aplicable, la cual está sólidamente incrustada en el derecho penal internacional (Cassese, 2008: 44), y los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, que son aplicados en la práctica internacional. Ante ello, hay quien estima que la reformulación del *nullum crimen sine iure* “no altera el núcleo del principio”, en el sentido en que la norma ha de ser previa, con lo que de todas formas hay una barrera a la arbitrariedad, aun cuando la norma esté contenida en un convenio internacional, establecida en la costumbre o en los principios generales de derecho (Hormazabal Malarée, 2013: 256-257).

Ahora bien, en la definición de los delitos se constata que en el proceso de formación de las normas que los contienen ha estado exenta de una política y una

técnica consistente de redacción (Cherif Bassiouni, 1996: 288). Como resultado, muchas de ellas contienen definiciones amplias de los delitos, lo que proporciona mayor libertad al juez y al mismo tiempo representa un problema en términos de *lex certa*.

Este problema se ve agravado porque, bajo el principio *nullum crimen sine iure*, no sólo se incluye la aplicación de los delitos internacionales establecidos en convenciones, sino también aquellos que emanan del derecho consuetudinario.

Se hace así necesario que revisemos cuáles son las fuentes del derecho penal internacional que formarían parte de este *iure* del principio *nullum crimen sine iure*, que a partir de ahora denominaremos principio de legalidad internacional.

5. Fuentes del derecho penal internacional

La condición de híbrido jurídico del derecho penal internacional se manifiesta con fuerza aquí, a la hora de determinar cuáles son las fuentes de este derecho, y particularmente desde cuáles de las fuentes formales pueden emanar los delitos internacionales y su penalidad, ante la ausencia de leyes en sentido estricto.

Se reconoce en general que las fuentes del derecho internacional general son las establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que incluye: los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales y, como secundarias o auxiliares, la jurisprudencia y la doctrina científica. Pero estas fuentes fueron establecidas para un Tribunal internacional que no posee competencia penal, ya que está encargado exclusivamente de resolver los problemas que se suscitan entre los Estados. Sin embargo, en general, se plantea este mismo sistema de fuentes para el derecho penal internacional (Olásolo, 2013: 27; así también Hormazabal Malarée, 2013: 256).

Mientras, en general, es bastante aceptado que se establezcan delitos internacionales mediante un tratado internacional, como es el caso del Genocidio o los Crímenes de Guerra, la polémica surge a la hora de considerar si un delito puede emanar de lo que se ha llamado el “derecho no escrito”, como la costumbre y, todavía más, los principios generales.

Observemos brevemente la evolución del derecho penal internacional, desde perspectiva de las fuentes formales que han establecido los delitos internacionales. El problema no se planteó mayormente en los juicios de Núremberg y Tokio, toda vez que los Tribunales aplicaron exclusivamente el respectivo Estatuto, retroactivamente, con las consabidas críticas a las que ya nos hemos referido. En relación con los tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia, sus respectivos Estatutos definen los delitos en términos amplios, por lo que deben recurrir a fuentes que están más allá de lo expresamente contenido en ellos. En este sentido, los Estatutos sólo efectúan una referencia genérica al derecho internacional humanitario en cuanto derecho aplicable. Fue el redactor del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, el Secretario General, quien propuso que el Tribunal debería aplicar normas que fueran, más allá de toda duda, derecho internacional consuetudinario. Pero además, el Secretario General identificó ese derecho internacional consuetudinario en fuentes precisas, a saber: las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949; el IV Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento anexo, de 1907; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948; y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945 (Report of the Secretary-General Pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808, 1993: párr. 35).

Notemos que se acaba de identificar el derecho internacional consuetudinario aplicable e inmediatamente aparecen varias convenciones internacionales. ¿Cómo es posible esto?

En el derecho internacional general está bastante asentado que una misma norma puede existir como tratado y a la vez constituir una costumbre internacional (Mariño Menéndez, 2005: 442). En lo que respecta al derecho penal internacional, la situación no es diferente. Alicia Gil Gil (1999: 84) y Manuel Ollé Sesé (2008: 562), basados en la “interacción de las distintas fuentes del derecho internacional”, sostienen también que una norma jurídica internacional puede tener simultáneamente el carácter de un tratado internacional y a la vez ser una costumbre internacional y/o un principio general.

De este modo, la Convención contra el Genocidio, si bien nace originalmente como un tratado internacional vinculante únicamente para los Estados parte, en la actualidad forma parte del *ius cogens*, por lo que es vinculante para todos los Estados como una norma de derecho consuetudinario, sean o no parte de esta Convención. Otro tanto es posible decir con respecto a las Convenciones de Ginebra de 1949, y también al Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg aprobadas como “Principios” por la Asamblea General de Naciones Unidas. Los crímenes internacionales, llamados por Ollé Sesé crímenes internacionales de primer grado (2008: 575), tienen para ambos autores el carácter de *ius cogens* (Gil Gil, 1999: 89; Ollé Sesé, 2008: 575).

Ahora bien, las dudas pueden persistir en cuanto a los principios, pero puede afirmarse que el *nullum crimen sine iure* los incluye como una fuente sustantiva de criminalidad, atendido lo dispuesto en los art. 7 (2) del Convenio Europeo³² y del art. 15 (2) del Pacto Internacional³³. Al respecto, Kai Ambos puntualiza que los principios generales de derecho internacional del Pacto Internacional y la Convención Europea no deben entenderse en el mismo sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino que se trata de una referencia a las reglas, también consuetudinarias, desarrolladas a partir del derecho de Núremberg (2006: 36), esto es, los Principios de Núremberg, que más que principios en el sentido tradicional, serían reglas consuetudinarias. En efecto, así lo demostraría el hecho de que el Secretario General de Naciones Unidas haya identificado el Estatuto del Tribunal de Núremberg, más allá de toda duda, como parte del derecho internacional consuetudinario aplicable por el Tribunal para la ex Yugoslavia.

De este modo, podemos convenir en que, independientemente de que los crímenes internacionales que son objeto del derecho penal internacional, que son los crímenes de guerra, contra la humanidad, el genocidio y el crimen de agresión, ellos tienen existencia internacional en calidad de norma *ius cogens*, y pueden ser invocados como Principios (Estatuto y Principios de Núremberg), como tratado o convención (Convención contra el Genocidio, Convenciones de Ginebra de 1949 y de La Haya de 1907), y además como derecho internacional consuetudinario.

Es por ello que es posible sostener, además, que en general estos crímenes satisfacen los estándares de accesibilidad y previsibilidad, girando las dudas y discusiones no en cuanto a la retroactividad o la inexistencia de fuentes, sino más

³² Que establece lo siguiente: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

³³ Que dispone que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

bien en cuanto a los términos amplios en que los delitos están definidos en todos esos instrumentos internacionales (*lex certa*).

Como ya sabemos, la situación mejora bastante en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero no sólo porque mejora la definición de los delitos, sino porque el Estatuto establece un orden jerárquico de fuentes en el artículo 21.

6. El principio *nulla poena sine lege*

Mientras el principio *nullum crimen sine lege* ha experimentado una clara evolución en el derecho penal internacional, estando cada vez más cercano a la tradición de derecho codificado, pese a su mayor flexibilidad; con respecto al principio de legalidad de la pena también es posible evidenciar una evolución, pero un tanto menos significativa.

Los Tribunales de Núremberg y Tokio tuvieron amplia libertad para determinar las penas que aplicaron, incluida la pena de muerte³⁴. Los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda pueden únicamente aplicar penas de prisión. En cuanto a la determinación de la pena, los Estatutos no contienen una pena específica para cada delito, sino sólo criterios, tales como la gravedad del ilícito, las circunstancias personales del condenado y las normas aplicables por los tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda (artículos 24 y 23 de los respectivos Estatutos). La Corte Penal Internacional recoge en el artículo 78 del Estatuto únicamente criterios generales, aplazándose la discusión para el momento de adoptar las Reglas de Procedimiento y Prueba. La Regla 145 es la que finalmente estableció criterios más específicos, conteniendo factores neutros, atenuantes y agravantes, ninguno de los cuales es taxativo. Pese a que el artículo 23 del Estatuto se titula *Nulla poena sine lege*, sólo se limita a señalar que el condenado será penado de conformidad con el Estatuto. Bastante más regulada se encuentra la ejecución de la pena que su misma determinación. Con todo, se establecieron al menos límites máximos de 30 años, siendo la prisión perpetua de carácter excepcional y revisable, de conformidad a los artículos 77 y 110 del Estatuto.

Tampoco las convenciones internacionales que establecen los delitos internacionales imponen pena alguna, como es el caso de las convenciones contra el Genocidio y las de Ginebra de 1949, que solamente caracterizan estos delitos como punibles. Evidentemente, tampoco hay penas específicas tratándose de los delitos consuetudinarios como los crímenes contra la humanidad³⁵.

Por lo visto, es forzoso concluir que en la realidad penal internacional, la legalidad de la pena es bastante reducida, contentándose con estigmatizar la conducta como punible, fijando ciertos límites en cuanto al tipo de penas y topes máximos de privación de libertad y los criterios de determinación de la pena, que en general no son taxativos. Por ello, la doctrina penal, de nuestra tradición jurídica, ha sido en general bastante crítica sobre las insuficiencias de la legalidad de la pena en el Estatuto de Roma (Álvarez García, 2009: 41 y ss.).

Sin embargo, esto no debe inducirnos a confusión y considerar que se trata de delitos sin pena, ya que, como bien dijera hace mucho Quintano Ripollés, la sanción existe, siendo el *quantum* lo que se ignora, y ello de alguna manera entra en el juego de aplicación judicial de las penas (1955: 105).

³⁴ El artículo 27 del Estatuto del Tribunal de Núremberg disponía: "En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa".

³⁵ Con todo, se ha elaborado, de manera privada, un proyecto de Convención sobre Crímenes de Lesa Humanidad (para mayores detalles, véase Ambos, 2012: 1-30).

Pero, ¿satisface esto el principio de legalidad de la pena en su dimensión como derecho humano?

Tanto el artículo 15 del Pacto Internacional como el artículo 7 del Convenio Europeo establecen que, o bien que el delincuente se beneficiará de una ley que disponga de una pena más leve, o bien que no se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida. Ambas redacciones, como se puede apreciar, nos revelan la existencia de una ley o norma que de alguna manera establece un cierto margen punitivo limitado, a fin de poder comparar si la nueva norma establece una pena más o menos grave y así poder evaluar la retroactividad *in bonam partem* o si debemos atenernos a la prohibición de la retroactividad *in malam partem*.

Frente a este escenario una alternativa es simplemente constatar que la realidad actual, en cuanto al principio de legalidad de la pena, no cumple con las convenciones internacionales de derechos humanos. La otra alternativa, es la de Antonio Cassese, quien reconoce que, pese a algunas limitaciones en cuanto a la discrecionalidad de los Tribunales “este principio no es aplicable a nivel internacional, donde la tarificación de la pena no existe” (2008: 51-52).

7. Conclusiones

Admitido el hecho de que el derecho penal internacional debe someterse al principio de legalidad, en la conjugación entre derecho internacional y derecho penal, así como entre el *common law* y el *civil law*, el principio de legalidad internacional ha sido entendido como *nullum crimen sine iure*, estableciéndose más bien un estándar de mínimos, de juridicidad más que de legalidad estricta, expresado en los conceptos de previsibilidad y accesibilidad.

Este estándar ha sido fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que significaría que si nos adecuamos a él, en principio no se violarán los derechos del acusado.

La propia gravedad de los crímenes y el hecho de que los delitos internacionales se basan en delitos comunes subyacentes, como homicidios, secuestros, torturas, etc., que son punibles en todos o casi todos los ordenamientos internos, reduce considerablemente los riesgos de arbitrariedad frente a un principio de juridicidad mínimo.

Si admitimos que estos crímenes internacionales son *ius cogens*, la discusión en cuanto a las fuentes formales del derecho penal internacional disminuye en importancia, ya que no se trata delitos que surjan de manera repentina, como puede ocurrir en el ámbito interno, sino que son bastante bien conocidos y reconocidos en todo el mundo, y son básicamente los mismos delitos de Núremberg, de los Principios de Núremberg, del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de los Estatutos de los Tribunales de la ex Yugoslavia, Ruanda, y finalmente de la Corte Penal Internacional -cuyo Estatuto en este último caso ha debido ser ratificado por los Estados parte.

Por ello, no parece afortunada la expresión “derecho no escrito” para hacer referencia al derecho consuetudinario y a los principios generales, como si fueran normas que estuvieran flotando en el aire o fueran concebidas en la mente del juez y materializadas de improviso en una sentencia. Un verdadero derecho “no escrito” no satisface en ningún caso los estándares de “accesibilidad” primero (pues no habría cómo acceder a él), y “previsibilidad” después. Esto es válido no sólo para el derecho penal internacional, sino que incluso puede afirmarse con respecto al

common law, donde el juez se basa siempre en un derecho escrito para dictar sentencia: sea una “Act” (*statutory offences*) o un precedente, una sentencia previa, también escrita (*common law offence*). Los crímenes internacionales están contenidos en documentos escritos, bien conocidos. Lo que sucede es que en la actualidad se plantea su aplicación universal, y la forma de hacerlo es mediante el derecho consuetudinario, los principios o el *ius cogens*. Pero hablar de derecho no escrito, pareciera ser una impropiedad de lenguaje.

Con respecto al *nullum crimen sine poena* también existe una evolución, pero de menor significación, que difícilmente puede estimarse como satisfactoria, no sólo desde el *civil law*, sino desde las propias convenciones de derechos humanos. Corresponderá a los Tribunales internacionales, particularmente a la Corte Penal Internacional, fijar estándares que le permitan una mayor concreción.

Bibliografía

Jurisprudencia, informes y resoluciones de Organismos Internacionales

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá* (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004a), *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004b), *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (CPJI) (1935), *Opinión Consultiva, Consistencia de Ciertos Decretos Legislativos con la Constitución de la Ciudad Libre de Danzing*, Series A/B N°65, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_65/01_Decrets-lois_dantzikois_Avis_consultatif.pdf (fecha de consulta: 11 de septiembre de 2016).
- PREPARATORY WORK ON ARTICLE 7 OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (1957), *Information document prepared by the Secretariat of the Commission*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH\(57\)6-BIL1674978.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH(57)6-BIL1674978.pdf) (fecha de consulta: 11 de septiembre de 2016).
- PREPARATORY WORK ON ARTICLE 7 OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (19070), *Information prepared by the Registry*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART7-CDH\(70\)10-BIL1338890.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART7-CDH(70)10-BIL1338890.pdf) (fecha de consulta: 11 de septiembre de 2016).
- REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL PURSUANT TO PARAGRAPH 2 OF SECURITY COUNCIL RESOLUTION 808 (1993), S/25704, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf (fecha de consulta: 12 de septiembre de 2016).
- TRABAJOS PREPARATORIOS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf (fecha de consulta: 11 de septiembre de 2016).
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1995a), *Caso G. contra Francia*, N° 15312/89.

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1995b), *Caso S.W. contra el Reino Unido*, Nº 20166/92.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1995c), *Caso C.R. contra el Reino Unido*, Nº 20190/92.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1996), *Caso Cantoni contra Francia*, Nº 17862/91.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1999), *Caso Başkaya y Okçouglu contra Turquía*, Nºs 23536/94 y 24408/94.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2000), *Caso Coëme y otros contra Bélgica*, Nºs 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2001a), *Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, Nºs 34044/96, 35532/97 y 44801/98.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2001b), *Caso K.-H.W contra Alemania*, Nº 37201/97.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2002a), *Caso E. K. contra Turquía*, Nº 28496/95.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2002b), *Caso Tess contra Letonia (dec.)*, Nº 34854/02.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2006), *Caso Achour contra Francia*, Nº 67335/01.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2007), *Caso Jorgic contra Alemania*, Nº 74613/01.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2008), *Caso Korbely contra Hungría*, Nº 9174/02.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Caso Scoppola contra Italia (nº2)*, Nº 10249/03.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2010), *Caso Kononov contra Letonia*, Nº 36376/04.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Caso Del Río Prada contra España*, Nº 42750/09.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2013a), *Caso Vyerentsov contra Ukraine*, Nº 20372/11.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2013b), *Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina*, Nºs 2312/08 y 34179/08.

Monografías, artículos y contribuciones a obras colectivas

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. (2009), *Sobre el Principio de legalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- AMBOS, K. (2012), "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 17, pp. 1-30.
- AMBOS, K. (1996), "Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code", *European Journal of International Law*, Vol.7, núm. 4, pp. 519-544.
- AMBOS, K. (2006), *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Temis, Konrad-Adenauer, Bogotá.
- CASADEVALL, J. (2012), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CASSESE A. (2008), *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York.
- CEREZO MIR, J. (2004), *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, Madrid.
- CHERIF BASSIOUNI, M. (1996), *The Law of International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York.



- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004), *El Principio de Legalidad Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- DIEZ-PICAZO, L. (2008), *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/Civitas, Aranzadi, Pamplona.
- ESPEJO YAKSIC, N., LEIVA GARCÍA, C. (2012), *Digesto de jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984 – Febrero de 2012)*, Abeledo Perrot y Thomson Reuters, Santiago de Chile.
- FERDINANDUSSE, W. (2006), *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, TMC Press, The Hague.
- GALLANT, K. (2012), “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la retroactividad de los delitos y de las penas”. En: MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 315-354.
- GALLANT, K. (2009), *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GIL GIL, A. (1999), *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*, Tecnos, Madrid.
- HARRIS, D., O’BOYLE, M., BATES, E., BUCKLEY, C., HARVEY, P., LAFFERTY, M., CUMPER, P., ARAI, Y. y GREEN, H. (2009), *Harris, O’Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- HASSEMER, W. (1995), *Crítica al Derecho penal de hoy*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- HORMAZABAL MALARÉE, H. (2013), “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”. En: REBOLLO VARGAS, R. y TENORIO TAGLE, F. (dirs.), *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, Barcelona, Bosch, pp. 253-280.
- HUERTA TOCILDO, S. (1993) “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 39, pp. 81-113.
- HUERTA TOCILDO, S. (2009) “El Contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”. En: GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 511-543.
- JAKOBS, G. (1997), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1950), *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1964), *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (2008), *La paz por medio del derecho*, Trotta, Madrid.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2011), Voz: “Principio de legalidad Penal”, *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 1, pp. 156-160.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. (2005), *Derecho Internacional Público, Parte General*, Trotta, Madrid.
- MIR PUIG, S. (2008), *Derecho Penal, Parte General*, Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2010), *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- NILSSON, J. (2007), “The principle nullum crimen sine lege”. En: OLUSANYA, O., *Rethinking International Criminal Law: The Sustantive Part*, Groningen, Europa Law Publishing, pp. 35-64.
- OLÁSULO, H. (2013), “El principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de derecho internacional penal*, Vol. I, pp. 18-42.
- OLLÉ SESÉ, M. (2008), “El Principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos”. En: GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. ALCÁCER GUIRAO, R. y

- VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (coords.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid, Edisofer, pp. 559-582.
- PASTOR, D. (2006), *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1955), *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto francisco de Vitoria, Madrid.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010), *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra.
- REMIRO BROTONS, A. (1999), *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- SARMIENTO, D., MIERES, L., PRESNO, M. (2007), *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona.
- SCHABAS, W. (ed.) (2013), *The Universal Declaration of Human Rights. The Travaux Préparatoires*, Cambridge University Press, New York.
- SCHMITT, C. (2006), *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, Hamurabi, Buenos Aires.
- TRAHAN, J. (2010), *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Human Rights Watch, New York.
- VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN ROJIN, A., ZWAAK, L. (edts.) (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen / Oxford.
- WERLE, G. (2005), *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Crímenes de guerra

War crimes

Alfredo Liñán Lafuente
 Universidad Complutense
alflinan@uclm.es

Recibido / received: 27/01/2016
 Aceptado / accepted: 02/03/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3292>

Resumen

Los crímenes de guerra son comportamientos que vulneran la reglamentación de los conflictos armados. Desde mediados del siglo XIX se comienza a regular, en Convenios internacionales, el trato que se habría de dar a los prisioneros, heridos y población civil así como los modos y medios de combate prohibidos. Surge así el Derecho internacional humanitario, contenido fundamentalmente en los Convenios de Ginebra y el "Derecho de la Haya", que se compone de los Convenios que reglamentan el uso de la fuerza y el modo de conducir los combates en un conflicto armado. La vulneración grave de estos Convenios se considera crímenes de guerra, desde su inicial tipificación en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, pasando por los Tribunales ad-hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda, hasta el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Palabras clave

Crímenes de guerra, *ius in bello*, Derecho internacional humanitario, Derecho de la Haya, crímenes internacionales.

Abstract

War crimes are behaviors that infringe rules of armed conflict. Since the mid-nineteenth century, several International Conventions begins to regulate treatment of the prisoners, wounded and civilians and types of combat prohibited. International Humanitarian Law arises in the Geneva Conventions, and the "Hague law" which regulates the use of force and how must be conducted the fighting in an armed conflict. The grave breach of these Conventions are considered war crimes, from its initial regulation in the Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg, through the ad-hoc international tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, to Article 8 of the Rome Statute.

Keywords

War Crimes, ius in bello, International Humanitarian Law, Hague Law, international crimes.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Los crímenes de guerra en los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y de Tokio. 3. Los crímenes de guerra en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc para la ex Yugoslavia y



Ruanda. 4. Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. 5. Los crímenes de guerra en el Código Penal Español.

1. Introducción.

La guerra provoca, habitualmente, la suspensión o abolición de determinados derechos apreciados como intangibles en tiempos de paz, imponiéndose por la fuerza y la amenaza de las armas la voluntad de uno de los bandos sobre los otros que participan en el conflicto armado y sobre la población civil. La mutación del ordenamiento jurídico llega a tal extremo que se encuentra permitido matar a otras personas (enemigos), respetando las normas del combate.

A lo largo de la historia, las guerras no sólo han provocado la muerte de quienes componían los ejércitos enfrentados, sino que la devastación, la muerte, las torturas, las violaciones, el pillaje, y demás actos criminales se han extendido hacia la población civil de los territorios en guerra.

Las normas sobre la reglamentación de las contiendas armadas se comenzaron a desarrollar, a nivel internacional, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, si bien es cierto que existen ejemplos históricos de códigos de actuación en tiempos de guerra aplicados por determinados Estados y que fueron redactados con la intención de constituir un marco de actuación de lo permitido y lo prohibido en un conflicto armado (Martínez Alcañiz, 2014: 310)¹.

La preocupación por la suerte de los heridos tras las batallas, la especial lesividad de ciertos proyectiles, o la necesidad de protección de la población civil llevó a los Estados a ponerse de acuerdo en la identificación de unos mínimos que habrían de ser respetados en la guerra, que fueron enunciados en los originarios Convenios de la Haya y en los Convenios de Ginebra, a finales del siglo XIX. Con anterioridad, como recuerda Quintano Ripollés (1955: 513), “los actos humanitarios del combatiente, caudillo o soldado eran típicos *beau gestes*, dignos sin duda de ser cantados por poetas, moralistas o retóricos, pero que en modo alguno vinculaban a nadie, ni menos suponían una norma de carácter consuetudinario, sino quizás todo lo contrario”.

El primer instrumento internacional de codificación de un Derecho humanitario a nivel internacional lo constituye la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864 “Para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña”. A partir de este precedente, tuvieron lugar otros convenios que contribuyeron a la extensión y profundización del Derecho humanitario y al desarrollo de las normas sobre la conducción de las hostilidades, entre las que destacan las Convenciones I y IV de La Haya de 1899 y de 1907, y su Reglamento anejo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, cuya vigencia se extiende hasta nuestros días, y las Convenciones de Ginebra de 1906 y las dos de 1929, sobre el trato de prisioneros de guerra y sobre protección a heridos y enfermos en la guerra terrestre.

Por lo tanto, el derecho a al uso de la fuerza o *ius ad bellum* fue reglamentado por unas normas básicas que habrían de cumplir los Estados participantes en la contienda, creándose de este modo el *ius in bello* o derecho aplicable en los conflictos armados (Sloane, 2009: 56).

Así, y como idea inicial, se pueden definir los crímenes de guerra como aquellos comportamientos graves que suponen una infracción de *ius in bello*. El

¹ El Código de Lieber de 24 de abril de 1863 aplicable a las fuerzas armadas de Estados Unidos o el Reglamento para el Servicio de Campaña de 1882 de las fuerzas armadas españolas son buena muestra de ello, y en donde se propugnaban principios del actual Derecho Internacional Humanitario.

crimen de guerra no debe confundirse con el crimen de agresión², pues este último supone la violación del *ius ad bellum* al castigarse el inicio ilícito de una guerra, un acto de agresión no permitido por el Derecho internacional contra otro Estado, mientras que el crimen de guerra constituye una violación del *ius in bello* por las conductas cometidas en el marco del propio conflicto armado.

En el ámbito del *ius in bello*, se diferencian dos variantes que se distinguen por el objeto de protección. Así, el Derecho internacional humanitario o “Derecho de Ginebra”, es el que se centra en la protección de las víctimas de la guerra (población civil, prisioneros, militares heridos y náufragos); y el “Derecho de la Haya” se ocupa del modo en que se conducen las hostilidades y se compone de los convenios y otros instrumentos internacionales que reglamentan el uso de la fuerza (tipo de armas, formas de combate, objetivos protegidos, etc.). No obstante, esta distinción no es precisa, y en muchas ocasiones las normas de ambas regulaciones se superponen, sobre todo a partir de la elaboración de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra pertenecientes, en principio, al derecho humanitario bélico, que incluyen normas relativas a la conducción de las hostilidades (medios, armas, etc.).

El presupuesto para que se pueda cometer un crimen de guerra es que exista un conflicto armado, ya que aquel ha de suponer la infracción grave de las normas que rigen en el contexto bélico. Si no hay guerra – en el sentido laxo del término –, no puede cometerse un crimen de guerra.

2. Los crímenes de guerra en los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y de Tokio.

La existencia de una reglamentación de la guerra no presupone, de por sí, la existencia de una figura delictiva cuando ésta se quebrante. El proceso de codificación de los crímenes internacionales, donde se incluyen los crímenes de guerra, ha sido un largo camino donde se han tipificado algunos comportamientos contrarios al *ius cogens* y se han aplicado tanto por tribunales penales nacionales como internacionales.

No obstante, la tipificación de las conductas ilícitas en tiempos de guerra tuvo lugar primero en las legislaciones penales internas (en códigos penales o leyes militares) encaminadas, sobre todo, a juzgar al enemigo que las cometiese en el territorio. Ello permitió, por ejemplo, que tras la Primera Guerra Mundial, y por imperativo del Tratado de Versalles (Liñán Lafuente, 2015: 37-39), se juzgase a militares alemanes en la Corte Suprema de Leipzig por la comisión de crímenes de guerra³.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los crímenes de guerra adquieren una dimensión internacional al ser considerados como una violación de las leyes y los usos de la guerra y pasan a ser incluidos en el artículo 6. b) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg⁴. En la Carta del Tribunal Militar Internacional

² El crimen de agresión es heredero de la figura del crimen contra la paz que fue incluido en los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio.

³ Tras las negociaciones entre los Estados aliados vencedores de la Primera Guerra Mundial y Alemania, se restringió la lista de las personas que serían acusadas. El primer juicio comenzó el 23 de mayo de 1921 y en total se celebraron 9 procesos completos donde se acusó a 12 personas. La mitad fueron declaradas inocentes y ninguno de los demás condenados cumplió una pena superior a 2 años (Albrecht, 1999: 42-43). Una de las causas de las absoluciones fue la asunción de la obediencia debida como causa de exclusión de la responsabilidad penal. *Vid.* proceso contra el teniente Karl Neuman en The British Cases (1922: 636-637).

⁴ El artículo 6. b) del Estatuto rezaba del modo siguiente: **CRÍMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos**

para el Lejano Oriente también fue incluida la tipificación del crimen de guerra de un modo similar en su artículo 5.b), identificando los crímenes de guerra como violaciones de las leyes y costumbres de la guerra.

Como puede apreciarse, nos encontramos con un tipo penal abierto, que directamente remite a las leyes y costumbre de la guerra, identificándolas como Derecho internacional directamente aplicable y exigible a cualquier persona al formar parte del *ius cogens*. En las sentencias se identificaron los Convenios que componía el *ius in bello*, remitiéndose el tribunal a los Convenios de Ginebra y de la Haya anteriores a la Segunda Guerra Mundial (Quintano Ripollés, 1955: 577)⁵.

3. Los crímenes de guerra en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Los Estatutos de los Tribunales Penales internacionales ad hoc de la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) incorporan la tipificación del crimen de guerra como crimen internacional. Se ha de tener en cuenta que en la fecha en que estos se aprobaron (1993 y 1994) estaban en vigor, hacía muchos años, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 así como sus protocolos adicionales de 1977, como parte del Derecho internacional humanitario.

Así, el Estatuto del TPIY tipifica los crímenes de guerra en dos artículos distintos. En el artículo 2 castiga las “infracciones graves a la Convención de Ginebra de 14 de agosto de 1949”, especificando a continuación las conductas que se consideraran como infracciones graves (torturas, homicidio a la población civil, deportaciones, etc.). Estos comportamientos los distingue, en el artículo 3 del Estatuto, de las “violaciones de las leyes o prácticas de la guerra”, identificando como tales – *sin que esto impida reconocer otras* – el empleo de armas tóxicas, la destrucción sin motivos de ciudades o pueblos, o el pillaje.

En el Estatuto del TPIR los crímenes de guerra se refunden en un solo artículo que se limita a castigar la violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II (PA) de los Convenios, incluyendo una lista de violaciones (violencia, vida o salud de personas protegidas, tortura, mutilación, etc.), pero advirtiendo, eso sí, que la lista no es exhaustiva, y dejando por tanto el tipo penal abierto.

En ambos Estatutos podemos apreciar que los crímenes de guerra son contravenciones graves de conductas contempladas en los Convenios de Ginebra y otros Convenios que reglamentan los medios, modos y formas de combate permitidos.

4. Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El artículo 8 del Estatuto de Roma (ER) tipifica las conductas constitutivas de crímenes de guerra de un modo extenso y detallado, los cuales han de tener lugar en el marco de un conflicto armado, el cual existe, siguiendo la jurisprudencia del

tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes; Disponible en la siguiente dirección (fecha de consulta: 14 de enero de 2016).

http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

⁵ Sirva como ejemplo que uno de los hechos que el Tribunal apreció que habían violado estas leyes de la guerra, fue la promulgación y ejecución del decreto *Nach und Nebel* que acordaba el traslado de prisioneros de las zonas ocupadas al interior de Alemania, para su posterior aniquilación.

TPIY⁶, cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre semejantes grupos en el interior de un Estado.

El Estatuto de Roma distingue dos escenarios posibles dentro del mismo marco típico: conflicto armado interno y conflicto armado internacional. La diferenciación entre ambos tipos de conflicto tiene un origen histórico, pues tradicionalmente se entendía que el derecho internacional humanitario sólo era aplicable a los conflictos internacionales, considerando las guerras civiles como asuntos internos de los Estados (Werle, 2011: 567 y 581). No obstante, los conflictos internos fueron regulados por primera vez a través del art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, y desde entonces han encontrado su reflejo en otros instrumentos internacionales como los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra (en particular el PA II). A pesar de ello, el artículo 8 ER mantiene la distinción entre ambos tipos de conflictos, reservando unos tipos delictivos para los conflictos internacionales que no son aplicables a los conflictos internos, algo que desde el punto de vista de la antijuridicidad material del tipo de injusto carece, en mi opinión, de sentido. Así, se puede identificar una situación en donde la utilización de escudos humanos es considerada un crimen de guerra si se produce en un conflicto internacional (art. 8.2.b) xxiii) y no se encuentra castigada si se comete en un conflicto armado interno.

Los conflictos armados internacionales son aquellos que surgen entre los Estados, las situaciones de ocupación total o parcial de un Estado frente a otro, así como las guerras de liberación nacional donde los pueblos luchan contra la dominación colonial o las fuerzas de ocupación extranjera.

Los conflictos armados internos son aquellos se desarrollan entre las fuerzas armadas de un Estado y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas (art. 1 PA II).

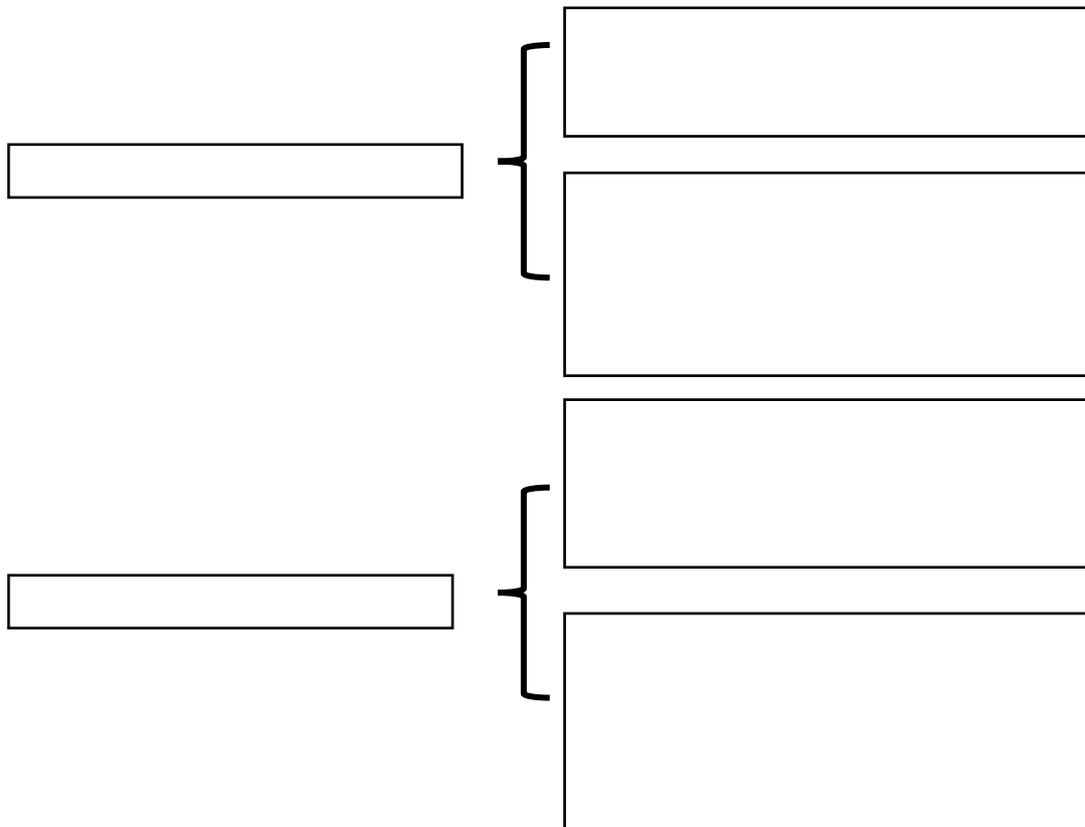
Además, y como ejemplo de lo obsoleto que resulta la distinción en el artículo 8 ER del conflicto interno e internacional, la práctica ha demostrado que existen zonas intermedias. Así, la Corte Penal Internacional se ha visto obligada a desarrollar el concepto de conflicto armado internacionalizado o mixto en los casos en que la confrontación se desarrolla entre un Estado y fuerzas armadas rebeldes apoyadas, directa o indirectamente, por otro Estado. En el caso *Lubanga*, la Corte Penal Internacional estimó que era posible que un grupo pudiese librar en distintas partes del territorio conflictos calificables como internacionales y en otros territorios distintos conflictos identificables como internos, en función de los contrincantes y las circunstancias (Gil Gil, 2015: 791)⁷. En ese caso, se estaría ante conflictos mixtos o paralelos, donde para encuadrar la conducta típica se deberá decidir antes, en qué tipo de conflicto (interno o internacional) se llevó a cabo la acción.

Dentro de esos dos escenarios (conflicto armado interno y conflicto armado internacional) se castigan, por un lado, las violaciones del Derecho internacional humanitario (Derecho de Ginebra) y por otro lado, las infracciones de los usos

⁶ ICTY Prosecutor v. Duško Tadić. AC, "Decision on the Defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction" (IT-94-1-T), 2.10.1995, § 70.

⁷ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, TC I, Judgment (ICC-01/04-01/06-2842), 14.03.2012; También en, ICC, *le Procureur c. Germain Katanga*, TC II, "Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut" (ICC-01/04-01/07), 7.03.2014.

reglamentados en la conducción de las hostilidades (Derecho de la Haya). La estructura de los crímenes de guerra se podría resumir del modo siguiente:



En todo caso, se ha de tener en cuenta que el Estatuto de Roma incorpora en su artículo 8 una limitación a su jurisdicción al exigir, para poder activar su competencia, que los crímenes de guerra se han de cometer *como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes* (Liñán Lafuente, 2016: 395).

El sujeto pasivo de este tipo de crímenes siempre son personas individualizables, aunque en función de la conducta realizada se podría identificar a un sujeto pasivo más genérico, como sucedería en el caso de utilización de armas especialmente dañinas para las personas y para el medio ambiente.

Al examinar los distintos comportamientos que son considerados crímenes de guerra en el art. 8 ER, se puede apreciar la diversidad de los bienes jurídicos que se protegen en función de las distintas conductas típicas. Así se pueden distinguir:

- Delitos contra las personas: vida, salud, libertad e indemnidad sexual, integridad física y/moral, libertad.
- Delitos contra el patrimonio: propiedad y/o posesión, interés cultural, etc.
- Delitos que provocan la vulneración de derechos de defensa (conductas contra el debido proceso, declarar abolidos o suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga).

- Delitos provocados por utilizar métodos de combate prohibidos que afectan a la seguridad de las personas involucradas en el conflicto (ataques sobre objetivos no militares, ataques contra objetos civiles, ataques contra objetos especialmente protegidos, ataques contra personas u objetos protegidos por los signos de la Cruz Roja, Media Luna Roja, León y Sol Rojos, ataques de los que se prevén daños colaterales desproporcionados a personas, objetos o daños duraderos y graves al medio ambiente, ataques contra personal o medios de las misiones humanitarias o de mantenimiento de la paz, uso de métodos pérfidos y traicioneros, etc.).

Únicamente se castiga la comisión dolosa de los crímenes de guerra, por lo que el autor de los mismos, sea militar o civil, tendrá que conocer que se está desarrollando un conflicto armado así como la ilicitud del hecho que lleva a cabo. El conocimiento deberá abarcar, pues, todos los elementos del tipo (aunque respecto del conflicto no sea necesario exigir un conocimiento exacto o exhaustivo, siendo suficiente el conocimiento de su existencia), que se habrá de conjugar con la voluntad del autor de cometer el crimen.

Al analizar las conductas subyacentes de los crímenes de guerra, se puede colegir que en cualquier conflicto armado se suele cometer alguno de los comportamientos descritos en el art. 8 ER, desde los más graves (ataque a la población civil, torturas, etc.) a los menos graves, como apoderarse de bienes del adversario, etc. El hecho de que habitualmente se pueda apreciar la comisión de crímenes de guerra (bombardeos contra objetivos civiles, contra lugares protegidos, etc.) que quedan sin castigo provoca, en mi opinión, la devaluación de la figura criminal. De nada sirve tipificar más de 30 conductas distintas (art. 8 ER) como crímenes de guerra si con posterioridad estos crímenes no son perseguidos. Bien es cierto que el Estatuto de Roma exige que los crímenes de guerra sean graves para poder activar su competencia, y que la misma es subsidiaria, pero si se opta por tipificar la figura penal de un modo tan extenso, se ha de dar una respuesta punitiva adecuada, pues de otro modo, la mayoría de las conductas que pueden ser consideradas crímenes de guerra quedan en derecho penal simbólico⁸.

En la 1ª Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma se plantearon distintos aspectos relacionados con el crimen de guerra. Bélgica presentó una propuesta bastante ambiciosa de reforma del artículo 8 ER, la cual no fue aceptada en su totalidad, pero sirvió para que se adaptase la Resolución nº 5 donde se tipificaron como crímenes de guerra en conflictos internos el empleo de determinadas armas prohibidas desde principios del siglo XX, y que sólo habían sido incluidas en el ámbito de los conflictos internacionales. Así, se incluyeron los artículos 8.d xiii (emplear venenos o armas envenenadas), xiv (emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido material o dispositivo análogo) y xv (emplear balas que se ensanchen o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones). Ciertamente carecía de sentido que utilizar armas envenenadas en un

⁸ Todo ello, sin perjuicio que las dos primeras condenas de la CPI en el caso Lubanga y en el caso Katanga, se haya condenado a los acusados por la comisión de crímenes de guerra. El primero fue condenado por los crímenes de guerra de alistar y reclutar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en los enfrentamientos en la República Democrática del Congo entre septiembre de 2002 y agosto de 2003 (ICC-01/04/06/2842). Katanga fue condenado por crímenes de guerra de homicidios y de matanza premeditada, intento de ataque a la población civil, saqueo de bienes y destrucción de la propiedad, durante el ataque a Bogoro el 24 de febrero de 2003, siendo absuelto de cargos de explotación sexual y violación así como del uso de niños soldado (ICC-01/04-01/07-3484).

conflicto armado internacional fuese considerado crimen de guerra y fuese una conducta atípica si se llevaba a cabo en el marco de un conflicto armado interno.

Como sigue careciendo de cualquier justificación que el art. 8.2.b xx) ER incluya la prohibición genérica de utilizar armas y métodos de guerra que por su propia naturaleza causen daños o sufrimientos innecesarios o surta efectos indiscriminados en la violación de los derechos humanos, para los conflictos armados internacionales y esta prohibición no se contemple en los conflictos armados internos.

No obstante, dicha prohibición carece de efecto práctico, pues el citado artículo sólo entrará en vigor cuando se apruebe un anexo de las armas prohibidas y este se incluya en el Estatuto. Anexo que hasta el momento no ha sido aprobado debido a la poca voluntad de determinados Estados de detallar expresamente cuáles son las armas prohibidas. Este Anexo debería incluir, al menos, armas nucleares, armas biológicas de destrucción masiva, u otras que, por su capacidad mortífera, prevea el que las utiliza que destruirán todo ser viviente en un radio determinado, y el mismo debería ser aplicado a los conflictos internos.

Resulta, cuanto menos contradictorio y desproporcionado, que se considere crimen de guerra utilizar de modo indebido la bandera blanca (8.2.b.vii. ER) o declarar que no se dará cuartel (8.2.b.xii. ER), y que la utilización de una bomba atómica no se considere crimen de guerra porque no esté incluido entre las armas mortíferas que deberían formar parte de un anexo que, a día de hoy y tras 15 años de espera, aún no ha sido aprobado por la Asamblea de los Estados Parte de la CPI.

5. Los crímenes de guerra en el Código Penal Español.

El Código Penal español tipifica los crímenes de guerra en sus artículos 608 a 614 bis bajo el capítulo titulado “De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”. Comienza el Código Penal en el artículo 608 definiendo a las personas protegidas el caso de conflicto armado, que coincide con la regulación internacional (población civil, heridos, enfermos, combatientes fuera de combate, personal de Naciones Unidas, etc.).

Tras ello nos encontramos con distintos delitos que castigan diferentes violaciones de los Convenios internacionales, aunque no exista una referencia directa a los mismos.

El artículo 609 C.P. castiga los delitos cometidos contra las personas protegidas en el marco de un conflicto armado. Nótese que se castiga el mero hecho de poner en peligro, sin que exija, en este supuesto, la causación de un resultado. Así tipifica los ataques contra la vida, la salud, la integridad o la libertad de las personas protegidas. En los siguientes artículos, (609 a 614 C.P.) se castiga la contravención del Derecho de la Haya, tipificando la utilización de métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos en un conflicto armado, así como determinadas conductas contra los derechos de los prisioneros y de la población civil, el ataque y destrucción de bienes culturales e históricos, así como la utilización del engaño, la perfidia y la traición frente a las normas que rigen en una contienda armada.

Como puede apreciarse, desde que comenzó a aplicarse la figura penal de los crímenes de guerra, su núcleo esencial ha permanecido invariable, pues se constituye como una infracción grave de las normas internacionales que rigen en los conflictos armados, si bien se han desarrollado figuras específicas que castigan, por

un lado, la violación del Derecho internacional humanitario, y por otro, la ejecución de métodos, medios y formas de combate prohibidos.

Bibliografía

- ALBRECHT, H. (1999), *Gesichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Nomos, Baden Baden.
- GIL GIL, A. (2015), “Delitos contra el derecho de gentes”. En: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 3ª ed., pp. 750-857
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2016), “Los crímenes de guerra”. En: GIL GIL, A. y MACULAN, E. (Dir.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, pp. 389-414
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2015), *El crimen contra la humanidad*, Dykinson, Madrid.
- MARTÍNEZ ALCANIZ, A. (2014), *El principio de justicia Universal y los crímenes de guerra*. Tesis doctoral. UNED.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1955), *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. CSIC, Madrid.
- SLOANE, R. (2009). “The cost of conflict: Preserving the dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the contemporary law of war”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, pp. 47-112.
- THE BRITISH CASES. (1922), “The British Cases”, *The American Journal of International Law*, 16(4), pp. 633–640.
- WERLE, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional (2ª ed.)*, trad. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia.

Resoluciones de la Corte Penal Internacional:

- ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, TC I, Judgment (ICC-01/04-01/06-2842), 14.03.2012.
- ICC, *le Procureur c. Germain Katanga*, TC II, “Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut” (ICC-01/04-01/07), 7.03.2014.

Resoluciones Tribunal Penal Internacional ex Yugoslavia:

- ICTY *Prosecutor v. Duško Tadić*. AC, “Decision on the Defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction” (IT-94-1-T), 2.10.1995.

Inversión socialmente responsable

Socially responsible investment

Alberto Muñoz Fernández*

Universidad de Navarra

amunfer@unav.es

Recibido / received: 21/07/2016

Aceptado / accepted: 14/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3293>

Resumen

La inversión socialmente responsable supone integrar consideraciones sociales, ambientales o éticas en el proceso de inversión, sin renunciar a la búsqueda de ganancias. Las estrategias que se pueden seguir para incorporar estos elementos son variadas. Históricamente la ISR ha pasado de verse como una cuestión meramente ética, a considerarse que, a largo plazo, el tener en cuenta los riesgos sociales, ambientales, éticos o de buen gobierno es beneficioso para obtener retornos de un modo más sostenible. No es de extrañar que hayan surgido iniciativas desde instancias internacionales, del ámbito bursátil o de los propios inversores para fomentar estas prácticas. También son cada vez más frecuentes las leyes encaminadas a facilitar la ISR.

Palabras clave

Inversión socialmente responsable; inversión ética; sostenibilidad; principios de Ecuador; principios para la inversión responsable; transparencia; aspectos no financieros.

Abstract

Socially responsible investing involves integrating social, environmental or ethical considerations in the investment process without giving up the pursuit of profit. The strategies that can be followed to incorporate these elements are varied. Historically, SRI has evolved from an ethical conduct, to consider that in the long term, taking into account the social, environmental, ethical or governance risks is beneficial for returns on a more sustainable way. It is not surprising that initiatives have arisen from international bodies, the securities sector or investors themselves to promote these practices. Moreover, laws to encourage responsible investment are becoming more frequent.

Keywords

Socially Responsible Investment; ethical investment; sustainability; Equator Principles; principles for responsible investment; transparency; non financial issues.

SUMARIO. 1. Concepto y terminología relacionada. 2. Origen y evolución de la ISR. 3. ¿Cómo se lleva a la práctica? 4. Iniciativas para el fomento de la inversión responsable. 4.1 Introducción. 4.2. Iniciativas en el ámbito bursátil. 4.3. Iniciativas internacionales. 4.3.1. Introducción. 4.3.2. Principios para la Inversión Responsable (PRI Initiative). 4.3.3. Instituciones destinadas específicamente a orientar a las entidades financieras. 4.3.4. El inversor como supervisor y garante

* Este trabajo se enmarca en la EU Action Grant "Business and Human Rights Challenges for Cross-Border Litigation in the EU", 2014- 2016.



del respeto del medioambiente y cuestiones sociales en la realización de grandes proyectos: los Principios de Ecuador. 4.5. Legislación europea y nacional. 5. Críticas a la inversión responsable y valoración final.

1. Concepto y terminología relacionada

Inversión socialmente responsable (ISR) es aquella que asume de modo explícito la relevancia de factores que van más allá de los meramente económicos, como el cuidado del medioambiente, el impacto social, el buen gobierno o aspectos éticos; tiene en cuenta la importancia del buen funcionamiento y la estabilidad del mercado en su conjunto a largo plazo; y es consciente de que la generación de beneficios a largo plazo y de modo sostenible depende de sistemas sociales, medioambientales y económicos que funcionen bien y de modo estable (PRI: 1).

Es importante destacar que la intención de obtener retornos es también un elemento esencial de la ISR, aunque se tomen en cuenta, además, otros factores. En este sentido, los inversores responsables no se diferencian de otros inversores. Por esta razón, algunos autores consideran que las actividades de inversión que por su finalidad social aceptan *a priori* unos retornos inferiores a los del mercado no entran en el concepto de ISR (Sparkes, 2001: 195; Ransome y Sampford, 2016: 11). Lo distintivo de la ISR es que permite la confluencia de los intereses de la sociedad y los del inversor (PRI: 3).

Pese a que algunos autores distinguen la “inversión ética” de la ISR, comprendiendo la primera solamente aquella que se basa en exigir que el destinatario cumpla con los valores de una organización (Sparkes, 2001: 199)¹, parece más adecuado optar por un concepto de ISR que comprendería cualquier inversión que tenga en cuenta aspectos distintos de los meramente económicos. Por eso consideraremos como equivalentes los conceptos ISR, inversión ética o inversión responsable (Ransome y Sampford, 2016: 10).

Cabe considerar, por lo tanto, que la ISR es aquella que busca resultados financieros, pero teniendo al mismo tiempo en cuenta otros criterios. Refleja, en definitiva, una preocupación del inversor por cómo se generan sus beneficios.

Algunos autores optan por definirla como un proceso. Se definiría entonces como “un proceso de inversión que considera las consecuencias sociales medioambientales, tanto positivas como negativas, de inversión en el contexto de un análisis financiero riguroso” (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 224).

Es un término ligado al de la responsabilidad corporativa, que en el Libro Verde de la Comisión Europea de 2001 se definió como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores” (Comisión Europea, 2001); y posteriormente como “la responsabilidad de las empresas por sus impactos sobre la sociedad” (Comisión Europea, 2011). Podríamos decir que la práctica de la inversión responsable debe mover a las empresas a actuar de este modo, o al menos esa es su finalidad². De alguna manera, los inversores responsables están indicando a las empresas en las que invierten qué responsabilidades sociales debe asumir, más allá de los resultados financieros que

¹ En opinión de este autor, en el caso de la “inversión ética” la motivación básica de la organización no debe ser el dinero. Sin embargo, coincidimos con Ransome y Sampford en que toda inversión busca obtener rendimientos, con independencia de que estos se dediquen después a fines altruistas, por lo que no conviene establecer esta distinción (Ransome y Sampford, 2016: 10).

² Esta cuestión ha sido estudiada con detenimiento por Zarbafi, E. M. (2011).

les reporten (Ransome y Sampford, 2016: 12; Zerk, 2006: 24-25). Para cerrar este círculo virtuoso sería necesario que el consumidor actuara también de modo responsable. De esta forma el objetivo de alcanzar un desarrollo más sostenible sería un hecho, tanto para las empresas como de su entorno³: “la contribución de la empresa a la sostenibilidad del entorno en el que compite no sólo no menoscaba sino que, aunque no garantiza, sí que contribuye a la propia sostenibilidad de la empresa” (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 15). Todos los datos señalan la creciente importancia de las empresas en la sociedad y en la economía: cuanto mayor es el poder, mayor es la responsabilidad. En este sentido, la responsabilidad social se debe ver como una oportunidad de cambio. Como ha señalado el Secretario General de las Naciones Unidas, “la sostenibilidad es una necesidad a escala global (...) y Naciones Unidas cree que los inversores tienen un papel esencial para lograrlo” (Ban Ki-moon, 2016).

2. Origen y evolución de la ISR

La mayor parte de la doctrina coincide en señalar como primer hito de la ISR el rechazo de ciertos movimientos religiosos a la financiación de empresas cuya actividad consideraban inmoral, como por ejemplo, el juego, la venta de alcohol o armas. Se considera como antecedente más remoto las prácticas de los cuáqueros que, ya en el siglo XVIII, excluían de sus relaciones económicas a las empresas implicadas en el tráfico de esclavos (Molthan, 2003: XII; Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 225).

No obstante, se considera que el movimiento de la ISR nace en 1970, con las primeras resoluciones de accionistas contra empresas que invertían o que trabajaban bajo el régimen del apartheid en Sudáfrica. Después fueron los propios gobiernos los que establecieron prohibiciones de invertir en este país. Otro hito importante fue la creación en 1971 de un fondo especial para aquellos inversores que no querían obtener beneficios que se derivasen de la Guerra del Vietnam⁴. De las mismas fechas son los primeros estudios que demostraron cómo de las inversiones que no son socialmente responsables se derivan a menudo malos resultados financieros (Molthan, 2003: XIII).

En los años 80 el movimiento se fue institucionalizando ante la creciente concienciación que contribuyeron a crear los grupos pacifistas, ecologistas y pro-derechos civiles. Para unificar a estos activistas se crearon, entre otros, el *American Social Investment Forum* o el *UK Social Investment Forum* (Molthan, 2003: XIII). En los años 90, la aparición de los índices bursátiles a los que haremos referencia, supuso el impulso definitivo de esta tendencia⁵.

Hoy existen numerosas iniciativas privadas, nacionales e internacionales que tratan de fomentar la toma en consideración de factores como el medioambiente, el impacto social y el buen gobierno.

Se puede concluir que si en un primer momento la IR llevaba a “castigar” a las empresas transgresoras (*negative screening* o *divestment*), en los últimos tiempos ha ido ganando fuerza la parte positiva de este movimiento, que lleva a

³ Es la idea que subyace en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible (2002). Como se ha señalado, la empresa responsable y sostenible debe superar planteamientos tácticos e instrumentales, e “integrar la RC [Responsabilidad Corporativa] en los valores, gobierno, estrategia y operaciones” (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 15).

⁴ El *Pax World Club* fue creado por un grupo de Metodistas.

⁵ Sobre los orígenes de la ISR, véase también Ransome y Sampford (2016: 14-20).

apostar por las empresas que se comportan de forma responsable (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 226; Molthan, 2003: XV).

3. ¿Cómo se lleva a la práctica?

Existen diferentes estrategias para llevar a cabo una inversión responsable. Algunos expertos señalan el *screening* o selección, y el activismo accionarial, como las tácticas más frecuentes (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 224). Mientras que el primero se centra en el momento de decidir en qué empresas o proyectos invertir, el segundo se refiere a las posibilidades de influencia que se derivan de ser titular de acciones. En otras palabras, se puede optar por premiar o castigar a las empresas en función de su actuación responsable o irresponsable, o tratar de mejorar el comportamiento de la empresa “desde dentro”.

(a) Dentro de la primera fórmula, el inversor tiene en cuenta dos tipos de criterios: negativos –evitando invertir en empresas, sectores o países que siguen malas prácticas medioambientales, sociales o de gobernanza (ESG)– y positivos –que inclinan a invertir en empresas y proyectos responsables– (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 224).

Teniendo en cuenta los elementos positivos y negativos se adopta la decisión. En función de cómo se ponderen estos factores, los autores mencionados han distinguido varios criterios a la hora de elegir el destino de la inversión: 1) *todo o nada*, que lleva a descartar a las empresas que incumplan un criterio de responsabilidad de los que emplea el inversor; 2) *impacto proporcional*, ante la dificultad de encontrar empresas intachables, se opta por ponderar lo positivo y lo negativo; 3) *impacto directo o secundario*, descartando sólo a las que causan daños directos; 4) *mejor de la industria*, eligiendo a la “más responsable” del sector (incentiva a las empresas a ser las mejores en su ámbito y permite al inversor introducirse en sectores sensibles); 5) *impacto potencial*, cuando además de las reales, se toman en consideración las transgresiones potenciales (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 224-225; Molthan, 2003: XV-XIX).

Cabe, por tanto, la opción de invertir en empresas responsables o dejar de invertir en empresas no responsables. La opción positiva tiene la ventaja de que no reduce significativamente de alternativas de inversión. Además, contra la opción negativa se puede decir que reduce la influencia del inversor sobre una empresa. Por ello, la inversión en empresas responsables y la no inversión en empresas irresponsables es más eficaz que la mera exclusión (Kolstad, 2016: 45-46).

Para poder llevar a cabo cualquier acción que pueda considerarse como inversión responsable es indispensable contar con información fiable. Por ello es preciso contar con fuentes adecuadas, para lo cual existen ya guías de recursos para el inversor responsable que facilitan la gestión de la información⁶.

(b) Dentro de la segunda estrategia, el poder que el inversor tiene como accionista le sitúa en una posición de fuerza para impulsar la RC (Responsabilidad Corporativa) en la empresa. Entre las actuaciones que puede llevar a cabo se han señalado: la elección de los miembros del consejo de administración, la interacción con el equipo directivo, presentación y voto sobre cuestiones relacionadas con ESG, comunicación con los entes reguladores o la decisión de desinvertir (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 225; Molthan, 2003: XIX-XX).

⁶ Un ejemplo de estas guías es Broadhurst, *et al.* (2003).

No es de extrañar que en los últimos años hayan proliferado las recomendaciones de la Unión Europea que animan a fomentar el compromiso de los accionistas, su participación en los asuntos de la sociedad, y a evitar que se vea la titularidad de acciones como una mera inversión que busca el retorno a corto plazo⁷.

4. Iniciativas para el fomento de la inversión responsable

4.1 Introducción

Son numerosas las iniciativas que han surgido desde distintas instancias para fomentar la inversión responsable. Se hará referencia, en primer lugar, a los índices bursátiles que permiten conocer cuáles son las empresas que tienen un mejor desempeño en responsabilidad y sostenibilidad dentro de un mercado de valores. En segundo lugar, se apuntarán algunas iniciativas internacionales de carácter voluntario en cuanto a su adhesión. Finalmente, se tratarán algunas iniciativas que combinan elementos voluntarios y obligatorios y que también pueden tener una incidencia relevante en el ámbito de la inversión responsable.

4.2 Iniciativas en el ámbito bursátil

La preocupación de los inversores por el buen destino de su inversión y por el comportamiento responsable de quienes reciben sus préstamos ha llevado a varias organizaciones de inversores y a otras instancias internacionales a elaborar índices cuyo cumplimiento deberán demostrar las empresas. Es, por lo tanto, una respuesta al interés de los inversores que quieren, por los motivos que sean, actuar de forma correcta y que pretenden evitar que sus inversiones terminen afectando negativamente a los derechos humanos o al medioambiente, o puedan verse implicadas en problemas de corrupción y soborno.

En este sentido cabe destacar algunos índices de sostenibilidad elaborados por el Grupo de Inversores *Dow Jones*. El *DJSI World Index* representa el 10% de las empresas de distintos sectores basado en la “puntuación en sostenibilidad corporativa”. Se evalúa a las empresas en función de unos principios de buenas prácticas en sostenibilidad corporativa. Da una importancia preeminente a la transparencia, al tiempo que anima a las empresas a ser evaluadas dentro de este proceso, en el que se asegura la confidencialidad de la información y que se basa en la confianza que se traduce en no acusar a quienes se retrasan (De Jonge, 2011: 55).

Las empresas se ven atraídas por aparecer en una lista de posibles destinatarios de inversión por estos fondos y ello les incentiva a cumplir con los criterios que establecen los índices. Los fondos de inversión juegan además un importante papel en la ejecución cuando demuestran su voluntad de suspender, cesar o reconsiderar su vinculación con empresas implicadas directa o indirectamente en actividades dañinas. Además de publicar sus políticas de inversión, los fondos también publican sus decisiones de dejar de invertir o de retirar de la lista a empresas. El efecto de estas medidas se extiende también a posibles decisiones que adopten otros inversores, grandes o pequeños, en todo el mundo (De Jonge, 2011: 56).

⁷ En este sentido *vid.* la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial (Bruselas, 9.4.2014), COM(2014) 213 final 2014/0121 (COD).

Además de los *Dow Jones Sustainability Indexes* y los *FTSE4Good*, que son los de mayor impacto en Europa, destaca el *Domini 400 Social Index*, para Estados Unidos (Olcese, Rodríguez y Alfaro, 2008: 228)⁸.

4.3 Iniciativas internacionales

4.3.1 Introducción

Para algunos autores, los compromisos asumidos a través de estas iniciativas, aunque comienzan siendo voluntarios, pasan después a ser de obligado cumplimiento, ya sea por los condicionantes legales, sociales o del mercado (Simons y Macklin, 2014: 84). Como ha señalado John Ruggie (2009), una multinacional que se jacte de cumplir con los deberes de diligencia debida solo puede demostrarlo cumpliendo de hecho con este compromiso. La interrelación que se genera entre gobiernos, empresas, sociedad civil, derecho privado, regulación estatal y autorregulación tanto a nivel nacional como internacional, unido a la presión jurídica, social, ética y del mercado hace difícil trazar una línea divisoria entre lo voluntario y lo jurídicamente vinculante (Simons y Macklin, 2014: 85; McBarnet, 2007: 54).

Sin embargo, muchos autores han puesto en tela de juicio la efectividad de la autorregulación a escala global y en especial en países menos desarrollados (Simons y Macklin, 2014: 85). Puede funcionar en países desarrollados, con instituciones fuertes, donde el estado incentiva a los actores privados a cumplir con los estándares sociales y medioambientales. Sin embargo esto no ocurre a nivel global, donde falta una entidad que mueva los hilos desde la sombra y oriente los comportamientos; falta lo que algunos autores denominan “*shadow of hierarchy*” (Simons y Macklin, 2014: 85)⁹.

Mientras no se rompa con el falso paradigma de que el objetivo de la empresa es maximizar los beneficios de los socios –cada vez más socios institucionales–, el cumplimiento de los códigos estará condicionado a su alineación con esa misión (Simons y Macklin, 2014: 88). Por eso las iniciativas voluntarias deben combinarse con normas vinculantes. En todo caso, las iniciativas basadas en la autorregulación pueden contribuir a crear un consenso sobre normas y crear unas expectativas de comportamiento, y en la medida en que pueden tener efectos en la reputación, las empresas pueden establecer procesos para demostrar su cumplimiento.

4.3.2 Principios para la Inversión Responsable (PRI Initiative)

La acción más importante de ámbito internacional son los Principios para la Inversión Responsable. Esta iniciativa nació amparada por dos instituciones de Naciones Unidas: la Iniciativa Financiera del PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) y el Pacto Mundial de la ONU (UN Global Compact). Actualmente más de 1400 empresas del sector financiero (inversores institucionales) han firmado los Principios.

⁸ Sobre estos tres índices, v. Olcese, Rodríguez y Alfaro (2008: 228-233). Estos autores destacan cuatro ventajas de la pertenencia a estos índices: a) permite una información comparativa con otras empresas en materia de RC; b) añade valor a la reputación y a la marca; c) facilitan una inversión sostenible; d) se difunde una imagen de la compañía implicada con su entorno.

⁹ Es ilustrativo el ejemplo del caso *Kasky v. Nike*, traído por estos autores, en el que se empleó la normativa californiana de consumidores alegándose engaño por unas presuntas afirmaciones falsas sobre el cumplimiento por parte de la marca con sus códigos de conducta en fábricas en el extranjero. *Nike Inc v. Kasky* 123 S Ct 2554 (2003).

Son 6 Principios que giran en torno al reconocimiento del carácter esencial de los asuntos medioambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en las decisiones de inversión. De modo resumido, los principios son los siguientes:

- Analizar e incorporar ESG en la toma de decisiones de inversión: elección de empresas con buen comportamiento, descartar empresas no respetuosas, etc.
- Ser activos en las empresas en las que inviertan o participen, votando, haciendo propuestas al hilo de ESG, etc.
- Procurar que las empresas en las que invierten sean transparentes y publiquen su comportamiento en relación con ESG.
- Promover la aceptación e incorporación de los principios por otras empresas del sector de la inversión.
- Mejorar en la efectividad de la incorporación de los principios a través de la cooperación.
- Publicar las actuaciones y progresos propios en la puesta en práctica de los principios.

Los firmantes forman una red internacional de inversores que trabajan juntos para poner en práctica estos Principios. El objetivo de la iniciativa es comprender las implicaciones de la sostenibilidad para los inversores y apoyar a los firmantes a incorporar estos asuntos en la toma de decisiones de inversión y en sus prácticas de propiedad.

Como objetivo de fondo se pretende que, al incorporar los Principios, los firmantes contribuyan al desarrollo de un sistema financiero global más sostenible.

En cuanto a su funcionamiento, una característica de estos principios y de su aplicación es su carácter voluntario. Ofrecen un amplio abanico de acciones para incorporarlos. Una idea que inspira esta iniciativa es que el proceso de inversión responsable debe adaptarse a la estrategia, enfoque y recursos de cada entidad inversionista.

Al mismo tiempo esta iniciativa permite demostrar públicamente a los inversores su compromiso con la inversión responsable, así como colaborar y aprender con otras entidades sobre las implicaciones de los aspectos delicados a los que se refieren los principios para después incorporarlo en su praxis.

En definitiva, consiste en tener un conocimiento y una visión más amplia de los riesgos y oportunidades que tienen ante sí para colocar su capital de una forma que se alinee con los intereses a corto y largo plazo de sus clientes y beneficiarios.

Cuando menos, esta iniciativa está contribuyendo a reforzar y promover el paradigma de que las cuestiones relacionadas con el comportamiento medioambiental, social y de gobierno corporativo repercuten en el resultado financiero de las empresas, y ayuda a los inversores a ser conscientes de la importancia y responsabilidad de tomarse estos asuntos en serio, y cuando proceda, del deber que tiene de afrontarlos (Donald MacDonald citado en De Jonge, 2011: 56).

4.3.3 Instituciones destinadas específicamente a orientar a las entidades financieras

Cabe citar como ejemplo la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés), perteneciente al Grupo Banco Mundial, que tiene como objetivo facilitar que empresas e instituciones financieras en países en desarrollo creen empleos, generen ingresos fiscales, mejoren el gobierno corporativo y el desempeño medioambiental y contribuyan a las comunidades locales (ICF, *website*).

4.3.4 El inversor como supervisor y garante del respeto del medioambiente y cuestiones sociales en la realización de grandes proyectos: los Principios de Ecuador

Los Principios de Ecuador son un marco de referencia adoptado por instituciones financieras para determinar, evaluar y afrontar los riesgos ambientales y sociales en los que se pueden al financiar ciertos proyectos (*Equator Principles, website*).

Comenzó como una iniciativa de 10 de los principales bancos de 7 países, en diálogo con las ONGs; ahora son 84 bancos, de 35 países, entre los que se encuentran el BBVA, Caixabank, Santander, Popular y Sabadell.

Como ha señalado algún autor, los Principios de Ecuador es una iniciativa que tiene como objetivo llevar a un número importante de entidades del sector financiero a exigir el respeto de un código de conducta que vinculará contractualmente a las empresas (De Jonge, 2011: 24).

Las políticas y principios del Grupo Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional (IFC) impulsan y orientan esta iniciativa. Su ámbito está limitado a instituciones que operan en la financiación grandes proyectos de infraestructuras e industriales. Las instituciones que forman parte de los Principios se comprometen a incorporar los en sus políticas y decisiones de financiación y no financiarán proyectos en los que el cliente no vaya a cumplirlos.

El modo en que estos Principios operan es el siguiente. Como se ha dicho, las Entidades Financieras de los Principios de Ecuador (en adelante EPFI, por su denominación en inglés) se comprometen a no financiar grandes proyectos que no sean conformes con 10 principios específicos.

Se realiza una valoración de los proyectos según el proceso de evaluación medioambiental y social del IFC. Se les asigna una categoría en función del riesgo (A, B o C). Si los proyectos se consideran de riesgo alto o medio (A o B), el solicitante del préstamo debe realizar una evaluación para hacer frente a los riesgos identificados. A continuación se lleva a cabo un proceso de consulta con los *stakeholders* locales afectados, y se les exigirá desarrollar un Sistema de Gestión Ambiental y Social y un Plan para cumplir con las normas aplicables. Si las normas no se cumplen, el cliente y el EPFI acordarán un Plan de Acción de los Principios de Ecuador que incluirá compromisos para cumplir con los requisitos. En este compromiso contractual radica la fortaleza de los Principios.

Además, las EPFI se comprometen a llevar a cabo actividades de asesoramiento. En concreto, explicarán a los clientes el contenido, la aplicación y las ventajas de aplicar los Principios al proyecto previsto y solicitarán al cliente que comunique a las EPFI su intención de adherirse a dichos Principios cuando posteriormente busquen financiación.

Como se ha indicado anteriormente, es una de las iniciativas más próximas a gozar de una fuerza vinculante. No obstante, los Principios contienen una cláusula de “disclaimer” que deja claro que las EPFI consideran los Principios como una referencia no vinculante para el desarrollo de políticas, procedimientos y prácticas internas en cuestiones sociales y ambientales. No son vinculantes: ni crean derechos, ni generan responsabilidad sobre ninguna persona pública o privada. Sin embargo, como ya se ha señalado, la fortaleza de los principios radica en que en los documentos para la financiación se introducen pactos para asegurar que actuará de conformidad con los Principios. Si el prestatario no cumple con estos compromisos, las EPFI tratarán de facilitar que el prestatario cumpla en la medida de lo posible, y si no lo hace en el período de tiempo que se le conceda para ello, las EPFI se reservan el derecho de ejercer las acciones que estimen apropiadas.

El otro aspecto destacado en cuanto al control radica en que para los proyectos que entrañen más riesgo se requerirá el nombramiento de un experto independiente en materia medioambiental y/o social, o se requerirá al prestatario que cuente con expertos cualificados para que verifiquen la información de seguimiento que mantengan con las EPFI. Además, cada EPFI se compromete a publicar al menos anualmente informes sobre sus experiencias e implementación de los Principios teniendo en cuenta las exigencias de confidencialidad.

Siendo una iniciativa loable, existen ciertos aspectos de mejora, como una mayor transparencia en la información por parte de los bancos sobre su compromiso y respeto de los Principios (Banktrack I, 2016), un reconocimiento por parte de los EPFI de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, así como la posibilidad de crear un mecanismo de reclamación en materia de derechos humanos al que puedan acudir las víctimas en proyectos financiados en el marco de los Principios (Banktrack II, 2016).

4.5 Legislación europea y nacional

Son también abundantes las iniciativas que parten de los Estados. Cabe señalar como ejemplo de esta modalidad la legislación inglesa que requiere a los fondos de pensiones declarar en qué medida han tenido en consideración los factores medioambientales, sociales o éticos a la hora de seleccionar, mantener o ejecutar sus inversiones (Molthan, 2003: XI).

La Unión Europea está fomentando este tipo de leyes a través de sus Directivas. Cabe destacar la propuesta de revisión de la Directiva sobre los derechos de los accionistas de 2014¹⁰, que busca incentivar que los inversores institucionales consideren mejor la información no financiera a la hora de tomar sus decisiones de inversión y que se impliquen más en las empresas en relación con estos asuntos.

Otra Directiva importante en este sentido es la 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, sobre divulgación de información no financiera¹¹. Para finales de 2016 los Estados miembros tendrán que transponer la Directiva y exigir a ciertas empresas, entre las que se encuentra las entidades de crédito, a incluir en su informe de gestión un estado no financiero que contenga información relativa a cuestiones

¹⁰ Informe de 12 de mayo de 2015, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial (COM(2014)0213 – C7-0147/2014 – 2014/0121(COD)).

¹¹ Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. La Directiva quiere permitir gran flexibilidad en la actuación para tener en cuenta la “naturaleza multidimensional de la responsabilidad social de las empresas (RSE) y la diversidad de políticas de RSE aplicadas por las empresas, teniendo al mismo tiempo un nivel suficiente de comparabilidad que responda a las necesidades de los inversores y otras partes interesadas, así como la necesidad de ofrecer a los consumidores un acceso sencillo a la información sobre las repercusiones de las empresas en la sociedad” (considerando 3).

Esta Directiva debe suponer un espaldarazo a la inversión responsable en dos sentidos. Por un lado, por facilitar información al inversor sobre la realidad de las empresas en aspectos que van más allá de lo estrictamente financiero, y por otro, por exigir a las propias entidades de crédito (muchas veces inversores) a publicar cómo tienen en cuenta estas consideraciones.

Sin embargo, son muchos los que señalan que los términos que emplea la Directiva y las obligaciones que establece son excesivamente vagos, y que no se establecen criterios claros sobre cómo divulgar los riesgos e impactos negativos de las operaciones de la empresa (Chaplier y Gregor, 2014: 2) y los mecanismos de control de la veracidad de la información son en parte facultativos para los Estados. Existe, por tanto, el riesgo de que la Directiva se convierta en una herramienta de promoción para las empresas que gozan de cierto margen para publicar aquella información que más les beneficie.

También resulta problemático que las instituciones bancarias dependan de la información que las propias empresas-clientes les proporcionen (Simons y Macklin, 2014: 130).

5. Críticas a la inversión responsable y valoración final

Pese a que existen autores que ponen en duda la mayor rentabilidad de las inversiones responsables, sus argumentos son criticables. Señalan que es extremadamente complicado distinguir entre inversiones responsables e irresponsables debido a la falta de claridad y la incoherencia en algunos criterios empleados por los “fondos responsables”. Ponen en duda incluso la falta de una definición clara de responsabilidad social corporativa (Vogel, 2016). Pero, si bien hay que reconocer que las incoherencias pueden llegar a ser inevitables, eso no puede llevarnos a negar la posibilidad de identificar y calificar un fondo como responsable.

Por otro lado, se pone en duda la existencia de información suficiente para llevar a cabo decisiones de inversión responsables. En primer lugar, porque son pocas las empresas que divulgan información sobre ESG. En segundo lugar, porque esa información es a menudo confusa e interesada (Vogel, 2016). Aunque estas afirmaciones son difíciles de negar, hay que contar con que cada vez son más las iniciativas encaminadas a garantizar una información más específica y que permita la comparación entre las empresas. No obstante, sí que es necesario generalizar sistemas de auditoría que garanticen la veracidad de las informaciones.

En todo caso, es indudable que el movimiento de la inversión responsable ha contribuido a concienciar a los inversores de que el riesgo que entraña toda inversión se reduce si se toman en cuenta factores como el medioambiente, los derechos humanos o el buen gobierno.

La transparencia en la información, precisa y comprensible, que permita a los inversores, accionistas y consumidores conocer los datos relevantes en relación con el impacto de las empresas aspectos relacionados con ESG, es, sin lugar a dudas, la clave para que los intereses de los inversores y los de la economía global vayan en la misma dirección.

Bibliografía

- BAN KI-MOON (2016), "Mensaje del Secretario General de la ONU", *Principios para la Inversión Responsable (Brochure en español)*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.unpri.org/about> (fecha de consulta: 18 de julio de 2016).
- BANKTRACK I (2016), *The Equator Principles and transparency*, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.banktrack.org/show/pages/equator_principles#tab_pages_documents (fecha de consulta: 8 de septiembre de 2016).
- BANKTRACK II (2016), *The Equator Principles and human rights*, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.banktrack.org/show/pages/equator_principles#tab_pages_documents (fecha de consulta: 8 de septiembre de 2016).
- BROADHURST, D., WATSON, J., MARSHALL, J., y MOLTHAN, P. (2003), *Ethical and Socially Responsible Investment: A Reference Guide for Researchers*, Walter de Gruyter, Múnich.
- CHAPLIER, J. y GREGOR, F. (2014), *ECCJ briefing. Assessment of the EU Directive on the disclosure of non-financial information by certain large companies*, 2014.
- COMISIÓN EUROPEA (2001), *Libro Verde – Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001) 366 Final.
- COMISIÓN EUROPEA (2002), *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*, COM/2002/0347 final.
- COMISIÓN EUROPEA (2011), *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM (2011) 681 Final.
- DE JONGE, A. (2011), *Transnational Corporations and International Law. Accountability in the Global Business Environment*, Elgar, Cheltenham.
- IFC, Corporación Financiera Internacional. Grupo Banco Mundial, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ifc.org/> (fecha de consulta: el 18 de julio de 2016).
- KOLSTAD, I. (2016), "Three questions about engagement and exclusion in responsible investment", *Business Ethics: A European Review*, vol. 25, Issue 1, pp. 45-58.
- MCBARNET, D. (2007), "Corporate Social Responsibility Beyond the Law, through Law, for Law: The New Corporate Accountability". En: MCBARNET, D., VOICULESCU, A. y CAMPBELL, T. (eds.), *The New Corporate Accountability*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 9-58.
- MOLTHAN, P. (2003), "Introduction". En: BROADHURST, D., WATSON, J., MARSHALL, J., y MOLTHAN, P., *Ethical and Socially Responsible Investment: A Reference Guide for Researchers*, Múnich, Walter de Gruyter, pp XI-XXV.
- OLCESE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J. (2008), *Manual de la empresa responsable y sostenible*, McGraw-Hill, Madrid.
- PRI, *Principles for Responsible Investment website*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.unpri.org/about/what-is-responsible-investment> (fecha de consulta: el 18 de julio de 2016).



- RANSOME, W. y SAMPFORD, Ch. (2016), "Socially Responsible Investment: A Nascent Global Movement". En: RANSOME, W. y SAMPFORD, Ch., *Ethics and Socially Responsible Investment: A Philosophical Approach*, Farnham, Routledge, pp. 9-19.
- RUGGIE, J. (2009), "Opening Statement to UK Parliament Joint Committee on Human Rights", disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/Ruggie-statement-UK-3-Jun-2009.pdf> (fecha de consulta: 18 de julio de 2016).
- SIMONS, P. y MACKLIN, A. (2014), *The Governance Gap. Extractive industries, human rights, and the home state advantage*, Routledge, London-New York.
- SPARKES, R. (2001), "Ethical Investment: Whose Ethics, which Investment?", *Business Ethics: A European Review*, vol. 10, pp. 194-205.
- VOGEL, D. J., "Does Socially Responsible Investing Make Financial Sense?", *The Wall Street Journal*, 28 febrero 2016.
- ZARBAFI, E. M. (2011), *Responsible Investment and the Claim of Corporate Change. A Sensemaking Perspective on How Institutional Investors May Drive Corporate Social Responsibility*, Gabler, Weisbaden.
- ZERK, J. A. (2006), *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge.

Los dilemas de la razón y el progreso en un campo en ruinas; la exposición de la doctrina sansimoniana ¹

The dilemmas of reason and progress in a field in ruins: the doctrine of Saint-Simon: an exposition

Francisco Martínez Mesa
 Universidad Complutense de Madrid
frjmarti@cps.ucm.es

Recibido / received: 20/08/2016
 Aceptado / accepted: 14/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3294>

1. Presentación. Contexto histórico

Desde siempre, el entendimiento humano se ha encontrado enfrentado a un eterno dilema tan difícil de interpretar como igualmente de asumir: el referido a la cuestión de la irreversibilidad de la ruptura con las creencias pasadas. Entre el cúmulo de respuestas formuladas a lo largo de la Historia, muchas de ellas no siempre acertadas, también ha habido algunas que han sido capaces de llevar a cabo un diagnóstico correcto del problema y arrojar alguna luz en torno a la actitud seguida por los hombres al respecto. Una de ellas provino del teólogo y filósofo persa del siglo XI, Al-Ghazali, al afirmar que *no puede haber deseo alguno de regresar al conformismo servil una vez se ha abandonado, ya que para ser un conformista servil es condición previa no saber que uno lo es*. Y es que cuando alguien reconoce que las creencias anteriores, las que siempre ha tenido, son falsas –continuaba– *el cristal del conformismo servil se rompe: queda hecho añicos y no es posible recomponerlo juntándolos de nuevo. Lo único que se puede hacer –concluía– es fundirlos en el fuego para darles nueva forma* (Cfr. Schulz, 2015: 180).

Sirva esta sugerente reflexión, que por supuesto haríamos bien en aplicar a nuestra realidad más inmediata, para situar en su contexto más preciso el escrito que, inédito en nuestro país, a continuación presentamos: la *Exposición de la*

¹ El texto aquí presentado recoge la “Première Seance” de la *Doctrine de Saint-Simon. Exposition. Première Année 1828-1829*, Bureau de L’Organisateur, París, tercera edición, agosto 1831. Valga como curiosidad destacar que el volumen utilizado para la traducción y depositado en la Biblioteca Nacional de Madrid había sido propiedad del abogado Francisco Pi y Margall.

Doctrine de Saint-Simon, una obra colectiva realizada y publicada originariamente en París en 1830 por quienes en su momento se autoproclamaron sus discípulos y acabaron dando lugar a un movimiento muy pronto conocido como sansimonismo.

Esta obra se inscribe en una coyuntura histórica muy concreta –el periodo correspondiente a las décadas inmediatamente posteriores a la Revolución francesa- marcada por una sucesión de acontecimientos políticos vividos como traumáticos en su tiempo (el Terror, el fin del Imperio napoleónico, las exacciones de las tropas de ocupación dirigidas por el Congreso de Viena, la ilegitimidad de los reyes restaurados (Luis XVIII, Carlos X) cuyo impacto había contribuido a extender un sentimiento generalizado de inseguridad e inestabilidad permanente entre la sociedad (Cfr. Martínez Mesa, 2013: 64). Tan extendida se encontraba esta impresión, que buena parte de la opinión pública y el cuerpo social llegó a contemplar la Francia de entonces como un campo en ruinas; una imagen desde luego que parecía tan poco esperanzadora para los ciudadanos franceses como para el conjunto de la humanidad, pues si, a su juicio, ésta había avanzado en la senda de la libertad y el progreso había sido en buena medida gracias a los pasos trazados por aquella nación. A decir verdad, la convulsión de esos últimos tiempos se había traducido en una sucesión de regímenes de todo tipo en un tiempo record, y el resultado de todo ello fue una comunidad política tremendamente escindida, con una diversidad de intereses igualmente divididos. Los padres habían padecido los desastres, pero los herederos todavía no eran conscientes de los logros, muchos de ellos por consolidar aun, de aquella Revolución. El andamiaje del Antiguo Régimen se había ido desmantelando, pero las expectativas depositadas en la edificación de una nueva sociedad respiraban un aire de frustración porque los conflictos seguían persistiendo, como si la libertad individual –recién conquistada- no pudiera conciliarse con la felicidad de una comunidad comprometida en la consecución de sus derechos pero paralizada ante la diversidad de sus intereses (Cfr. Riot-Sarcey, 1998: 43). Y en este contexto complejo tampoco debemos olvidar un último factor a tener en cuenta y de singular importancia en nuestro relato: la emergencia de una generación de jóvenes surgida en el seno de las clases medias, nacida durante la Revolución y formada en las nuevas instituciones educativas creadas durante el Imperio (*École normale supérieure, École polytechnique*), en torno a nuevos criterios de capacidad y mérito, clara encarnación de esa resuelta voluntad de búsqueda de respuestas ante los problemas del país, en este caso, interpuestas desde un actitud de rebeldía, es decir, al margen y contra las instituciones establecidas (Cfr. Spitzer, 1987: 96).

Antes que ellos, efectivamente, otra generación, la revolucionaria, había acabado con todos los dogmas –y no solo con los reaccionarios. Pero su acción no supuso el advenimiento de la verdad, sino todo lo contrario, la extensión del escepticismo y el espíritu crítico, considerados para muchos los verdaderos males de la época. Como respuesta ante semejante panorama, surgirían infinidad de propuestas en un desesperado intento por dar continuidad a las cotas de progreso alcanzadas en los últimos siglos en el terreno material e intelectual sobre la base de unos fundamentos y unas estructuras sólidas y estables.

2. Saint-Simon

Como sostiene Thomas Kuhn, los periodos que discurren entre el fracaso de un sistema de creencias y el afianzamiento de otro nuevo se caracterizan siempre por una explosión de hipótesis contrapuestas, todas ellas regidas por un denominador común: la determinación de aquel punto del pasado donde se ha constatado el error para rectificarlo con vistas al futuro (Cfr. Schulz, 2015: 197). Sustentado sobre la entonces pujante filosofía del progreso, el espíritu científico



trató de servirse del movimiento de la historia y desentrañar las leyes del devenir humano. En este sentido, cualquier indicio, por pequeño que éste fuera, podía ser tremendamente valioso a la hora de dotar de sentido a la realidad y comprender el significado subyacente de aquella caótica sucesión de acontecimientos.

Para algunos, como Claude-Henri de Rouvroy, conde de Saint-Simon (1760-1825) dicho saber, localizado en la cima del progreso de la historia, solo podía desarrollarse de acuerdo a leyes siempre y cuando fueran comprendidas, leídas y conducidas por una nueva jerarquía de hombres ilustrados. Apartado del sensualismo –pasivo- de Condillac, su visión de la sociedad se encontraba alejada de la herencia de Las Luces: percibía ésta como un sistema sometido a leyes de evolución y ruptura comparables a las inscritas en el mundo físico, sólo comprensibles por medio de la historia, aunque a diferencia de Condorcet y en la línea de otro gurú de su tiempo, Victor Cousin, su transcurso discurría de manera discontinua, es decir, con sus avances y sus retrocesos (Picon, 2002: 47).

Desde esta particular visión de la historia, Saint-Simon contemplaba la Revolución francesa como un proceso inconcluso que no había culminado su función primordial, que no era la eliminación del régimen feudal, sino *la organización de un régimen económico y liberal cuyo objeto directo y único es la consecución de la mayor fuente de bienestar posible a la clase trabajadora y productora, que constituye en nuestro estado de civilización, la verdadera sociedad* (Cfr. Oeuvres de Saint-Simon: 1865-1876, III: 89). A su juicio, la sociedad industrial –formada por todos los productores (asalariados y empresarios)- representaba aquel estadio histórico definitivo donde la pasión por la dominación existente en el hombre y ejercida hasta entonces sobre sus semejantes (esclavitud, servidumbre, explotación) desaparecería para realizarse exclusivamente sobre la naturaleza. Con el final de la dominación humana llegaría también el de todas las causas del desorden asociadas a ella: la miseria, la ociosidad y la ignorancia, así como el de los principales males del sistema político contemporáneo: la arbitrariedad, la incapacidad y la intriga (Cfr. Oeuvres de Saint-Simon: 1865-1876, II: 200).

Pero semejante proyecto requería, sin embargo, una gran movilización de energías. Y aunque en un primer momento, el viento fue favorable -su propuesta fue inicialmente bien vista y acogida y por determinados sectores de la burguesía liberal interesados en la modernización e industrialización de Francia- éste no tardó mucho en cambiar. La creciente indiferencia de quienes habían sido sus principales apoyos políticos y financieros –más interesados ahora en alcanzar principios de acuerdo con los conservadores en el poder que en la defensa de los valores de capacidad, libertad y talento como antaño (cfr. Martínez Mesa, 2002: 76-77)- llevó al pensador a abrir su mensaje hacia un público más amplio. Para ello, y en ese afán por difundir su plan a un mayor número, y concretamente a las clases trabajadoras, Saint-Simon no sólo contempló el recurso de los vehículos tradicionales de la oratoria y la palabra escrita, sino también el del potencial contenido dentro del mundo del arte en tanto expresión de sentimiento y eficaz palanca de acción social. Pero, a diferencia de Kant, que buscaba analizar el arte en función de crear valores más desinteresados que encontraran en sí mismos su propio fin, Saint-Simon lo concebía de una manera utilitarista: en su condición de productor de *emociones* y *sensaciones*, es definitiva, de *acción* (Cfr. Oeuvres de Saint-Simon: 1865-1876, VI: 472).

Partidario, nunca lo debemos olvidar, de una revolución desde arriba cuyo objeto último era implantar en su país un modelo de modernización e industrialización, Saint-Simon jamás se rindió pese al desinterés creciente en Francia hacia sus ideas. La espiritualización de su discurso, ya en los postreros

años de su vida, constituyó una buena prueba de ello. Partiendo de la premisa de que las religiones no eran sino sistemas filosóficos materializados, procedió a reivindicar la regeneración del cristianismo sobre la base de un retorno a las que él consideraba sus fuentes –su universalidad y su positividad– con la meta final puesta en la creación de una moral terrestre y positiva que permitiera la realización del hombre en la Tierra y la culminación, en suma, de esa *edad de oro*, inscrita en el aquí y en el ahora (Pétré-Grenouilleau, 2001: 378-379).

3. La Exposición

3.1. Los discípulos

Pero la doctrina de Saint-Simon, cuya primera sesión presentamos, no coincide completamente con lo legado por el maestro tras su muerte en la primavera de 1825. Mucho de lo contenido en sus páginas sólo se explica a partir de quienes fueron convirtiéndose progresivamente en sus discípulos, conformando un grupo, en principio reducido, de jóvenes sedientos de cambio –muchos de ellos pertenecientes a aquella generación post-revolucionaria– atraídos por la novedad de las ideas y el poderoso magnetismo personal del pensador.

Desde siempre Saint-Simon se había rodeado de jóvenes colaboradores de gran valía –como fue el caso de Augustin Thierry, y sobre todo, Auguste Comte–, pero fue en el ocaso de su vida cuando el conde gustó de cultivar adeptos en reuniones pequeñas. Fue pues en aquella época cuando se forjó el núcleo central de discípulos que daría origen después a la escuela sansimoniana (Allemagne, 1930: 27). Tras el funeral del maestro, se constituiría formalmente ese grupo en el que rápidamente se van a distinguir las voces del normalista Olinde Rodrigues, el antiguo carbonario Saint-Amand Bazard o el politécnico Barthélemy-Prosper Enfantin, entre otros. La extracción de muchos de los miembros del ámbito universitario y científico respondía indiscutiblemente a ese ansia de respuestas que, en forma de construcciones sistemáticas y sintéticas, buscaban ofrecer alguna referencia de orden frente aquel paisaje de escombros que representaba la situación de su tiempo. En este sentido, el sansimonismo no iba a tardar en inscribirse dentro de lo que sería una tónica general en la época: la búsqueda de una verdad revelada que legitimara el gobierno de los hombres, y ello a través de la creación y configuración de doctrinas, corpus teóricos supremos concebidos para garantizar la estabilidad del sistema, cuya verdad solo podría ser formulada por aquella jerarquía racional de individuos capaces de comprender las leyes del progreso (Cfr. Riot-Sarcey, 1998: 92).

Comprometidos en la tarea de continuar la obra de su mentor y transmitir sus proyectos, el grupo constituiría a finales del mismo 1825 una sociedad comanditaria con un capital inicial de 50.000 francos, con cuyos fondos se financiaría una revista: *Le Producteur, journal general de l'industrie, des Sciences et des Beaux-Arts*. (Fournel, 1833: 35). Aunque el lema que presidía la publicación: *L'âge d'or qu'une aveugle tradition a placé jusqu'ici dans le passé est devant nous*, remitía inmediatamente al pensamiento de Saint-Simon, habría que esperar al número de abril del año siguiente para que sus editores decidieran presentar explícitamente la misma como el órgano oficial de difusión y divulgación de las teorías del maestro. Hasta entonces, el mensual había ofrecido una selección muy heterogénea de artículos y contribuciones, de orientación principalmente positivista y utilitarista (Briscoe, 1980: 130). Pero tras el cambio de rumbo editorial, buena parte de los colaboradores abandonaron la revista, dejando al frente de la misma a los discípulos más fieles.

Según algunos autores, este giro obedeció a cuestiones coyunturales y, en concreto, al conjunto de problemas políticos, económicos y sociales derivados de los frenos y dificultades que lastraban el proceso de industrialización en el país. Ciertamente, cuestiones como la fragilidad del sistema financiero, la crisis de subconsumo –para muchos, asociada a una mala asignación de recursos- y, sobre todo, el creciente antagonismo instalado tanto en el plano de la producción como en el conjunto del cuerpo social difícilmente podían invitar a participar del radiante optimismo proclamado desde la cabecera de la revista (Larizza-Lolli, 1976: 130). Como respuesta a ello, la reacción de los discípulos consistió en la reafirmación del discurso del maestro si bien insistiendo con mayor énfasis en la extrema urgencia de una reorganización absoluta de la sociedad de acuerdo a criterios de rigurosa jerarquía. Desde su punto de vista, las causas de la crisis, agravada, a su juicio, por la progresiva especialización del trabajo inherente al progreso humano, sólo serían contrarrestadas mediante una adecuada recomposición ideológica de los equilibrios sociales, a partir de un renovado poder espiritual comprometido en la defensa de los valores humanos. Sin embargo, su discurso no tardó en recibir importantes críticas: el hecho de que la organización interna del poder o los límites de su intervención no respondieran a criterios de elección popular sino exclusivamente a los asociados a la capacidad fue muy rápidamente cuestionado por los rivales liberales, que veían en ello una flagrante contradicción con la defensa de los principios de fraternidad y asociación universal también por ellos proclamado, lo que acabó conduciendo a que se tachase a los responsables de la revista de autoritarios y elitistas.

El cierre de la revista en diciembre de ese mismo año, fruto del agotamiento de fondos y editores no supuso, sin embargo, el final de la aventura. Los cronistas del movimiento hablan de una etapa de expansión silenciosa, en la que sus miembros no dejaban de plantearse nuevos proyectos editoriales mientras ampliaban sus lecturas a nuevos autores (Ballanche o Coëssin). Las reuniones entre los miembros eran constantes y al calor de ellas se constata el interés y las expectativas que el pensamiento del maestro aun seguía provocando. El proceso de elaboración intelectual de los discípulos tampoco había decrecido, aunque su ámbito de difusión ya no sería tanto la publicación impresa como la correspondencia epistolar entablada en su seno.

A principios de 1828, los principales miembros del grupo, con Enfantin, Bazard y los hermanos Olinde y Eugène Rodrigues a la cabeza decidieron dar un impulso al movimiento y, en su camino hacia la consecución de una mayor consistencia organizativa del grupo, procedieron a la creación de un sistema de configuración radial estructurado en torno a una serie de círculos concéntricos, destinado a encuadrar a los simpatizantes del movimiento y responder a los objetivos de difusión y crecimiento. Una vez constituido el *Collège*, núcleo y eje creador del corpus teórico, conformado por el más reducido número de discípulos originarios, comenzarían a sucederse reuniones y encuentros con un público interesado, procedente de muy diferentes ámbitos -desde el mundo del arte a la universidad en todas sus ramas (ingeniería, derecho, medicina, etc.).

De dicha labor de proselitismo surgieron las sesiones celebradas a partir del 24 de diciembre de 1828, cuya posterior recopilación –de un total de trece- dio lugar al primer volumen de la Exposición de la Doctrina. Esta obra recogería la transcripción escrita de los discursos pronunciados por los miembros (H. Carnot, P. Talbot, H. Fournel y Ch. Duveyrier) en el curso de aquel primer año. Aunque habría un segundo volumen –correspondiente al periodo 1829-1830- su impacto en relación con el primero fue considerablemente menor. Dado que ningún texto posterior tuvo la trascendencia de la obtenida por las iniciales sesiones de la Exposición, podemos

afirmar sin temor a equivocarnos que nos encontramos ante la obra más difundida y conocida del sansimonismo².

3.2. Temática

Pero más allá de su indudable popularidad ¿qué nos lleva a llamar la atención sobre este escrito apenas conocido en nuestro país? ¿Existen algún tipo de rasgo destacado o alguna aportación original que justifique su inclusión con todos los honores dentro de la historia del pensamiento y la teoría política?

A decir verdad, existe un cierto debate en torno a la originalidad de las ideas difundidas en estas reuniones celebradas en la rue Taranne de París. Para algunos investigadores, la *Exposición* constituye la *summa* del sansimonismo (Cfr. Picon, 2002: 130), en la medida en que, desde el primer momento, es planteada por sus autores como una fuente de autoridad que trata de dotar de coherencia la producción teórica del movimiento, a partir de un discurso analítico donde se conjuga una visión crítica del estado existente y una proyección científica del organismo futuro (Cfr. Charléty, 1969: 55; Briscoe, 1980: 156). Para otros, en cambio, se trata de un escrito sistemático especialmente diseñado para proporcionar una imagen orgánica que luego es muy difícil de sistematizar pues no deja de tener sentido en un lugar y un momento muy concretos (Cfr. Larizza-Lolli, 1976: 150). Y nosotros... ¿Hacia qué posición deberíamos decantarnos? Si, desde luego, como hemos apuntado desde el principio, hemos de atender a la importancia del contexto histórico resulta evidente que deberíamos inclinarlos más bien por esta segunda lectura. Es más, a la vista de las distintas sesiones recopiladas en este libro resulta a todos luces evidente que nos encontramos ante lo que parece la fase de cristalización de un periodo de reflexión teórica del movimiento -una vez cerrado el *Producteur*- durante unos años (1827-1830), como ya se ha señalado, marcados por los problemas económicos y sociales de las postrimerías de la Restauración. Con la nueva década se abriría una nueva etapa para la escuela, donde las crecientes dificultades para adaptarse a los cambios y su afán por diferenciarse de todos los partidos condujeron al proyecto sansimoniano a un punto sin retorno, sumido cada vez más a contradicciones crecientes. Aquel mensaje de esperanza y emancipación lanzado antaño, que tantos adeptos había atraído en un primer momento, acabaría entrando en una profunda crisis de la que ya no pudo salir, a pesar de las proclamas cuasi mesiánicas de las cabezas del movimiento (los *padres* Bazard y Enfantin) (Cfr. Picón, 2002: 71).

Unos años antes, sin embargo, en plena ebullición de análisis y propuestas, el sansimonismo fue capaz de articular una serie de ideas y planteamientos de extraordinaria profundidad y magnitud, cuya inserción en unos momentos de efervescencia política y social no solo nos permiten dar cuenta de la importancia de este movimiento sino también aproximarnos a una serie de temas y argumentos posteriormente recurrentes todavía aun la actualidad.

3.3. Los argumentos de crítica

Desde sus primeras páginas se percibe una manifiesta voluntad por parte de sus autores de afrontar los problemas de su tiempo sirviéndose como base -en la

² Tres ediciones (2.000 ejemplares en la primera de agosto de 1830, 2.000 en la segunda (noviembre), 3.000 en la tercera (agosto, 1831). Además un resumen de la primera sesión -a cargo de H. Carnot- fue publicado en la *Revue Encyclopédique* en noviembre de 1830, siendo posteriormente reimpresso como panfleto con una tirada de 10.000 copias distribuidas en tres ediciones (diciembre 1830-diciembre 1831) (Cfr. Fournel, 1833: 65).

línea de trabajos precedentes- de la metodología propia de las ciencias naturales. Ahora bien, con importante matiz con respecto al pasado: su creciente obsesión por todo cuanto lo que, a su juicio, pudiera interrumpir el curso histórico del progreso, llevó a los miembros del movimiento a optar por un discurso más centrado en la crítica social –para ellos, el verdadero corazón de la crisis- que en la caracterización de los problemas concretos en torno a los cuales se había diseñado originariamente el proyecto sansimoniano (Cfr. Lariza-Lolli, 1976: 200).

Efectivamente, ya desde el arranque de esta primera sesión queda claramente patente la voluntad de ofrecer una doctrina general radicalmente distinta de las propuestas políticas rivales (liberal y reaccionaria) capaz de proporcionar un orden a la anárquica sociedad de entonces. A partir de un juicio severo del mundo contemporáneo, el proyecto sentaba sus bases sobre una concepción voluntarista del progreso con una meta bien precisa -la definitiva regeneración social- y, sobre todo, con unos actores bien definidos –es aquí donde se inscribe la necesaria instauración de una elite investida de una misión de esclarecimiento ideológico. En lo que concierne al primer plano, no cabe duda de que la teoría del desarrollo histórico, con las correspondientes aportaciones previas del maestro, resultó ciertamente eficaz en su tarea de deconstrucción crítica, al interpelar ya desde las primeras páginas unos principios liberales que puestos a prueba por la realidad de los hechos mostraban un balance escasamente positivo (Boireau-Rouillé, 2001:85). Sin embargo, la contraposición de intereses, la dispersión de esfuerzos, el predominio del utilitarismo sobre el espíritu comunitario, o el exacerbado culto a la individualidad, no eran mostrados únicamente como la plaga de su tiempo sino también, y esto es lo más importante, como los principales obstáculos al movimiento del progreso y a los valores de unidad, solidaridad y organización de la actividad material y espiritual reivindicados por la escuela.

Efectivamente, en todo momento el eje de su discurso se iba a hacer discurrir en torno a la existencia de una serie de tensiones perpetuadas en el tiempo y pendientes de resolución ante las cuales ni los partidos liberales ni los partidarios de la tradición nada parecían ofrecer: frente al mal engendrado por el egoísmo y las prácticas sociales y económicas que ello comportaba, poco se podía esperar ni de la supuesta capacidad autorreguladora del capitalismo -defendida por A. Smith o J. B. Say en Francia- ni del progresivo desarrollo del espíritu asociativo y de las estructuras jurídicas y económicas por él inspirado.

Paralelamente, los discípulos trataron de escapar en todo momento de las acusaciones de quienes desde el bando liberal les venían relacionando con los pensadores tradicionalistas (Bonald, De Maistre, Lammenais...) dada su indisimulada nostalgia reaccionaria y su apelación a una sociedad ordenada y jerarquizada. En este sentido, la inscripción de su proyecto dentro de una visión de la historia regida por criterios racionales y científicos asociados al progreso y orientada inequívocamente hacia el futuro, permitió a la escuela esquivar dichas críticas sin por ello renunciar a conectar con las aspiraciones y preocupaciones sentidas por la opinión pública de entonces. Se trataba de hacer comprender al hombre moderno, sometido a los convulsos vaivenes de su tiempo, el significado subyacente y la dirección de un devenir histórico, sometido a la sucesión alterna de fases de expansión (épocas orgánicas) y crisis (épocas críticas), y explicar las distintas etapas de comunión y divergencia, los distintos momentos de asociación y antagonismo constatados en el transcurso de la humanidad.

Aunque, como se ha ido apuntando, su recurso a la Historia no fue en manera alguna original -en este sentido, las influencias fueron múltiples: desde la fundamental del propio maestro a las procedentes de pensadores tremendamente

disparos (Comte, Cousin o Ballanche)- su funcionalidad les permitió asentar las bases de su crítica y simultáneamente propugnar la necesidad histórica y la legitimidad filosófica del nuevo orden propuesto.

Partiendo de ese mismo enfoque, la Doctrina sansimoniana concibió el sistema político como aquel que abarcaba todo el orden social, siendo su objeto el funcionamiento de aquel ser *colectivo*, en cuyo seno todos eran partícipes de las mismas carencias y necesidades. Y, efectivamente, desde la primera sesión ya quedaba patente esa concepción global en la cual quedan integrados los tres ámbitos esenciales de la actividad humana: la ciencia, la industria y las bellas artes. Apelando a su sentido de compromiso y responsabilidad con sus semejantes, los autores se presentaban dispuestos a examinar los males de su tiempo con el rigor de la metodología propia de las ciencias naturales. Siempre, por supuesto, desde la insistencia en la exaltación de la actividad productiva y la lucha contra el parasitismo, la apología de la industria y su papel progresivo, y la necesidad de una organización científica de la obra de transformación de la naturaleza. En este sentido, ya desde el principio quedan despejadas las posibles dudas con respecto a las intenciones del grupo, al proclamar solemnemente su fe en el papel emancipador del trabajo y sus potencialidades regeneradoras y en su reconocimiento de la explotación industrial del mundo como fin supremo, en torno al cual orientar la creatividad humana y la organización de la vida social (Larizza-Lolli, 1976: 210).

3.4. La originalidad de la Exposición

Pero, más allá de estos presupuestos... ¿dónde residía la originalidad de la Exposición con respecto al discurso sansimoniano de los tiempos, por ejemplo, del *Producteur*? A decir verdad, ésta cabría situarse básicamente en la profundización de su análisis y en la intensificación de sus críticas con respecto a una serie de estrangulamientos considerados graves para el sistema, que el resto de la opinión pública no parecía detectar. Este replanteamiento crítico trajo consigo la aparición de temas nuevos que permitieron ampliar sus diferencias con los campos ideológicos tradicional y liberal con los que les había vinculado en el pasado.

La ruptura con el bando liberal iba a ser, desde luego, más significativa. Pues tanto Saint-Simon como sus discípulos habían compartido en el pasado objetivos comunes –especialmente en su defensa, en el ámbito económico-social, de lo que se conoció en su tiempo como *industrialismo* (Cfr. Briscoe, 1980: 28). Sin embargo, ese apoyo se fue progresivamente debilitando. Y uno de los principales motivos fue la creciente propensión del liberalismo, cada vez más instalado en el poder, a exaltar aquellos valores centrales de su discurso especialmente centrados en el plano de la autonomía individual y la autodeterminación. Tal actitud fue interpretada como una traición por parte del sansimonismo, más aun que el maestro, y acabó certificando su distanciamiento con unos valores y un sistema, que, a su juicio, se mostraban muy lejos de responder a sus proclamas oficiales de desarrollo y progreso, y evidenciaban una total impotencia ante la situación de estancamiento económico y el preocupante clima de antagonismo y conflicto social en el que se encontraba inmerso el país.

Como se puede apreciar en esta primera sesión de diciembre de 1828, los autores relacionaban el caos y la anarquía en la que se encontraban sumidos los tres pilares del sistema –ciencia, industria, bellas artes- con el triunfo de las ideas liberales y su apología del individualismo. Desde su punto de vista, el sistema de competencia ilimitada y el libre desenvolvimiento de los intereses individuales no aproximaban a los hombres a sus aspiraciones de racionalidad y civilización sino más bien al contrario, les apartaban de dichos objetivos y les remitían a las mismas

condiciones de conflicto y antagonismo de épocas pasadas. La similitud de este panorama con el presentado desde las filas de los sectores más reaccionarios – defensores del organicismo social- podía invitar a identificar sus discursos³. Por esa razón, como también se observa en estas páginas, los discípulos hicieron todo lo posible para desmarcarse de quienes hacían bandera del retorno al pasado. Ello explicaría su especial énfasis en su fe en el futuro y en la capacidad del hombre para superar sus seculares limitaciones y debilidades a lo largo de la Historia sin mirar atrás, sino solo hacia adelante.

Los nuevos temas que definen la Exposición responderían, en este sentido, a ese nuevo orden de obstáculos ante los cuales los actuales gobernantes se mostraban ciegos e incompetentes. La denuncia de la explotación, es cierto, no era nueva, pero su nuevo enfoque permitía los sansimonianos llamar la atención sobre la persistencia de la esclavitud humana bajo una nueva denominación y, en consecuencia, afirmar que el avance en el camino hacia la emancipación de la humanidad se encontraba lejos de estar culminado. Algo que también era apreciable en el hecho de que, a pesar de la igualdad proclamada, los individuos seguían sin disfrutar de condiciones de vida acordes con sus reales posibilidades y méritos. En todo caso, pese a la amplitud de la crítica –patente, por ejemplo, en las referencias del texto a la situación de la industria de entonces- y su voluntad de extenderla al ámbito a la clase de asalariados, lo cierto es que no se pueden dejar de señalar las limitaciones de un análisis que no examina la formación del beneficio industrial y, en consecuencia, los mecanismos de explotación y opresión, por lo que todo acaba reduciéndose a asimilar la emancipación jurídica-formal con la emancipación económica-social (Cfr. Larizza-Lolli, 1976: 218).

Una segunda cuestión, tampoco absolutamente original, se centraba en la crítica del régimen jurídico de propiedad. En este aspecto, tanto en Saint-Simon como en sus seguidores, el análisis quedaba circunscrito al terreno de su historicidad. En otras palabras, lo que se trataba de transmitir es que el actual régimen de propiedad no se ajustaba a la evolución de los tiempos ni a la etapa definitiva del progreso histórico a la que se aproximaba el hombre. En consecuencia, la única alternativa posible pasaba por evolucionar, dejando atrás las formulas del pasado y adaptarse a la nueva era industrial.

Sin embargo, la Exposición, no se limitó a señalar su obsolescencia. Y al objeto de reafirmar su discurso, introdujo otro elemento de descalificación: a saber, el carácter alienante del régimen de propiedad privada en tanto institución jurídica que inscribe al hombre en un plano de deshumanización y lo enfrenta con sus semejantes. Tal consideración de la propiedad como el dios de los nuevos tiempos explicaría a su juicio, la exacerbación del egoísmo y las reticencias de las clases dominantes a abandonar su posición de privilegio –algo perfectamente perceptible en el escrito cuando examina las tres esferas de la sociedad y sus repercusiones en el mundo de la ciencia o en la esfera de las relaciones sociales e individuales. Los sansimonianos irían más allá y harían extensiva esta crítica al derecho de herencia, procediendo en este caso desde una perspectiva novedosa, al vincularlo con el régimen de propiedad y el clima de ruina moral vigentes.

En esta inicial sesión de la exposición, no obstante, los discípulos no apuntaron tanto a plantear soluciones, como a detectar insuficiencias. Habría que esperar a las siguientes reuniones para encontrar nuevas formulaciones. Sin

³ Uno de los pioneros en la crítica al sansimonismo como doctrina totalitaria, la tenemos en Stendha (1825: 269-285), U. B. Constant (1825: 663-674). Entre los críticos más contemporáneos más representativos destaca Iggers (1970).

embargo, en el final de esta primera conferencia ya queda patente su absoluto recelo hacia el régimen de gobierno representativo, por aquel entonces en el poder, y por extensión hacia cualquier forma política que mantuviera el *statu quo* imperante. A su juicio, los nuevos tiempos exigían un grado de civilización donde la producción constituyera una necesidad colectiva –no individual- que uniera y no atomizara el cuerpo social.

3.5. La deriva final del movimiento. Arte, sentimiento, religión

Ante el cúmulo de resistencias en la sociedad que el proyecto fue encontrando y el juego de contradicciones internas contenidas en su discurso, el mensaje de esperanza y emancipación sansimoniano reaccionaría en el futuro recubriéndose de una inequívoca configuración religiosa, donde la concepción providencialista de la Historia y la exaltación del sentimiento como la más noble de las facultades humanas permitían trascender el creciente orden de obstáculos interpuestos.

La función del arte cobraría entonces un papel fundamental que ya era posible percibir en algunos párrafos de esta sesión: en tanto eficaz vehículo de difusión y propaganda, aparecía concebido como una garantía para la cohesión social y la práctica ciudadana y un privilegiado canal de transmisión con el *poder espiritual* desde el cual gestionar los sentimientos y emotivos del hombre en aras al creciente nivel de maduración e intelectual humano.

El resultado de la deriva místico-religiosa de la escuela, liderada por las dos cabezas supervivientes del grupo, Bazard y Enfantin, y desarrollada teóricamente en las sesiones del segundo año (1829-1830), culminaría con la constitución de la Iglesia sansimoniana en diciembre de 1829. Así pues, y ante la situación persistente de crisis, la respuesta a la necesaria regeneración de los espíritus y al establecimiento de un clima de consenso generalizado –con una jerarquizada élite capaz de llevarlo a cabo- acabó conduciendo al movimiento –muy influido por diversidad de corrientes contemporáneas, de Reid a Stewart o los ideólogos, por ejemplo- a la conformación de una religión laica, que no buscaba retomar los esquemas religiosos tradicionales sino renovar el concepto de divinidad, sustituyendo el dios de los ejércitos por el dios del trabajo y reemplazar la opresión del pasado por la emancipación social pendiente. Un nuevo rumbo, sin embargo, que no impidió el progresivo declive del movimiento, y su creciente pérdida de apoyos en la sociedad.

4. A modo de conclusión

Generalmente adscrito junto al maestro dentro de la dudosa categoría del *socialismo utópico*, el sansimonismo ha tendido a ser conocido en nuestro país como una mera extensión del pensamiento de Saint-Simon, sin apenas recorrido intelectual propio. Valga la publicación de este texto inédito para reivindicar el papel y la obra de un movimiento cuya originalidad no puede dejar de inscribirse en los turbulentos tiempos que le tocó vivir. En efecto, el proceso de instauración del sistema capitalista y de la industrialización en Francia y el tremendo vacío abierto por la Revolución inspiraron una diversidad de propuestas tremendamente apegadas a las condiciones históricas del momento. Pero muchas de ellas quedaron invisibilizadas en el fragor de los acontecimientos, cuando no injustamente asociadas a otros autores y sistemas teóricos posteriores, en un momento en que el nuevo marco capitalista ya se encontraba plenamente instaurado. Y sin embargo, sus críticas al modelo de explotación –la equiparación del trabajo asalariado con la esclavitud-, al régimen de propiedad y a su potencial alienador, las referencias a la

tarea inconclusa de la revolución burguesa –considerada inacabada-, el papel conferido al arte como eficaz instrumento de propaganda y manipulación de masas, o el debate en torno al papel del individuo en un mundo globalizado, son tan sumamente decisivas y claves en las décadas y siglos venideros que no podemos por menos que llevar a cabo un modesto ejercicio de justicia y tratar de restituir a sus verdaderos creadores la autoría de estos temas contenidos en esta interesante pieza (inicialmente concebida para ser pronunciada en público), que nos recuerda, una vez más, la cantidad de tesoros del pensamiento político pendientes aun de recuperar.

Bibliografía

- BOIREAU-ROUILLE, M. (2001). “Les enjeux politiques d'une science des sociétés. Lecture du Producteur, Journal philosophique de l'industrie, des sciences et des beaux-arts, 1825-1826”. En: RIOT-SARCEY, M. *L'Utopie en questions*, Presses Universitaires Vincennes, pp. 81-102.
- BRISCOE, J. B. (1980). *Saint-simonism and the Origins of Socialism in France, 1816-1832*, Columbia.
- CHARLETY, S. (1969). *Historia del sansimonismo*, Alianza.
- D'ALLEMAGNE, H-R. (1930) *Les saint-simoniens, 1827-1837*, Gründ.
- FOURNEL, H. (1833). *Bibliographie Saint-simonienne (1802-1832)*, Alexandre Johanneau.
- IGGERS, G.G. (1970). *The Cult of Authority: The Political Philosophy of the Saint-Simoniens*, Martinus Nijhoff.
- LARIZZA-LOLLI, M. (1976). *Il Sansimonismo (1825-1830), Un'ideologia per lo sviluppo industriale*, Edizioni Giappichelli.
- MARTINEZ MESA, F.J. (2002), “¿Cosmopolitismo o nacionalismo? Apuntes para una reinterpretación del discurso internacional sansimoniano: Saint-Simon” *Foro Interno*, núm. 2, pp. 73-96.
- MARTINEZ MESA, F.J. (2015) “Utopía, cultura crítica y sociedad industrial: una aproximación a la naturaleza subversiva del discurso sansimoniano” en *Foro Interno*, num.13, pp. 63-90.
- PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, O. (2001). *Saint-Simon. L'utopie ou la raison en actes*, Payot.
- PICON, A. (2002). *Les saint-simoniens*, Belin.
- RIOT-SARCEY, M. (1998). *Le réel de l'utopie*, Albin Michel.
- SAINT-SIMON, H. *Oeuvres de Saint-Simon et d'Enfantin*, Vol. 47, E. Dentu, 1865-1976.
- SCHULZ, K. (2015). *En defensa del error*, Siruela.
- SPITZER, A. B. (1987). *The French Generation of 1820*, Princeton U.P.
- STENDHAL (1825). “D'un nouveau complot contre les industriels”. En: V. Del Litto y A. Abravenel (ed.), *Oeuvres complètes*, Ginebra, 1971, pp. 269-285.

EXPOSICION DE LA DOCTRINA DE SAINT-SIMON DE LA NECESIDAD DE UNA DOCTRINA SOCIAL NUEVA

SESION PRIMERA

Señores,

La sociedad, considerada en su conjunto, presenta la imagen hoy de dos bandos enfrentados. En uno se encuentran atrincherados los defensores poco numerosos de la doble organización religiosa y política de la Edad Media; en el otro se sitúan, bajo la denominación bastante impropia de partidarios de las nuevas ideas, todos aquellos que han aplaudido o cooperado al derrumbamiento del antiguo edificio. Es en medio de ambas huestes donde nosotros venimos a aportar la paz, anunciando una doctrina que no predica solamente el horror a la sangre, sino también el horror al combate, independientemente de la forma en que ésta se disfraza. Antagonismo, entre un poder espiritual y un poder temporal, oposición, en honor de la libertad, concurrencia por el mayor bien de todos, nosotros no creemos en la necesidad de ninguna de estas máquinas de guerra, nosotros no reconocemos a la humanidad civilizada ningún derecho natural que la obligue y la condene a desgarrar sus entrañas.

Nuestra doctrina, no lo dudamos, dominará el porvenir de manera más completa que las creencias de la antigüedad en su época; de manera más completa que el catolicismo en la Edad Media, más poderosa que sus mayores, su acción benéfica se extenderá a todos los puntos del globo. Sin duda, su aparición levantará vivas repugnancias, y sin duda también su propagación se topará con numerosas barreras; pero estamos preparados para vencer a unas, así como seguros de que tarde o temprano serán derribadas las otras, porque el triunfo está asegurado cuando se marcha con la humanidad, y no está al alcance de ningún hombre sustraerse de su ley de perfectibilidad.

Recién salidos de un periodo fecundo en desórdenes y sufrimientos, hemos visto cubrir la sima donde todo ello ha sido sepultado junto a las antiguas creencias y los antiguos poderes políticos que han dejado de ser legítimos, pues ya no están en armonía con las exigencias de la sociedad nueva; podría decirse, por tanto, que los corazones, más exhaustos que satisfechos, pueden acoger con amor la ley que un día unirá a todos. Pero el recuerdo reciente de una lucha a muerte, la actitud revolucionaria que todos los sentimientos se creen aun obligados a tomar, retrasan el día de esa unión. Nuestro indócil humor, nuestro hosco odio, nos remiten incesantemente al fantasma del despotismo. En un conjunto de creencias y de acciones comunes, nuestro orgullo solo ve un nuevo yugo, similar a aquel que ha venido de ser roto a costa de tantas lágrimas, y tanta sangre y sacrificios. Todo cuando parece destinado a restablecer el orden y la unidad cobra, a nuestros ojos, ensombrecidos por la desconfianza, la apariencia de una tentativa de involución.

Esta anarquía permanente en el seno de la cual se debate la especie humana, esta laxitud universal de los vínculos sociales parece atemorizar a algunos pensadores; pero la mayoría de ellos, dominados por ideas científicas incompletas, creen que no hay aun los suficientes hechos constatados, las suficientes observaciones recogidas, para la producción de una Doctrina general. Para nosotros, en cambio, ese problema está resuelto. Hemos extendido la mirada más



allá del estrecho círculo del presente y, penetrando en el pasado, nos hemos encontrado saturados y abrumados por los hechos: desde entonces no hemos albergado ninguna duda de que ha llegado el momento de que una nueva concepción abarque y explique las cuestiones y pormenores acumuladas desde hace tantos años. Desde la confianza que nos proporciona convicción tan profunda, presentamos hoy ante vosotros esta concepción. Si es falsa, si resulta ser un sistema tan infructuoso como los demás, no despertará ninguna simpatía, y mantendrá a las poblaciones sumidas en el egoísmo. Pero si es verdadera, si es la fuente fecunda de donde nuestros sobrinos extraerán la felicidad que hoy se nos niega, el impulso de simpatía que excitará en todos los corazones constituirá el testimonio esplendoroso de su legitimidad.

Su valor no debe juzgarse, sin embargo, por el efecto que pueda producir de partida hasta en los espíritus más elevados, pues tal y como se muestra en su disposición actual, un obstáculo se opone a su popularidad: el despectivo recelo, que hacia todo tipo de idea general, siempre han inspirado las limitados hábitos contraídos en el estudio de las especialidades. Generalmente las doctrinas filosóficas suelen ser contempladas como raptos de impotencia, como meros ejercicios de gimnasia intelectual, que a fin de probar su esterilidad suelen presentarse englobadas a una multitud de filosofías aparecidas en todas las épocas. En todo este lenguaje hay una verdad y un error; conviene hacer la distinción antes de ir más allá.

Efectivamente, claro que son impotentes esas fantasías del espiritualismo o del materialismo, que, en todas las épocas críticas, se repiten por igual, independientemente de la forma en que se presenten: efectivamente, claro que son estériles esos aforismos de moralistas, que jamás han producido acto alguno de abnegación, ni han dado un hombre honesto a la sociedad. Pero las recopilaciones de máximas, sentencias, y observaciones morales apáticas, o algunos sistemas sobre el papel de las facultades intelectuales, su esencia y sus resultados, no son concepciones filosóficas. Sólo puede atribuirse tal denominación al pensamiento que abrace todos los modos de la actividad humana, y dé solución a todos los problemas sociales e individuales. Basta decir que no ha habido más doctrinas filosóficas dignas de ese nombre que estadios generales de la humanidad; de hecho, el fenómeno de un orden social regular solo se ha presentado dos veces en la serie de la civilización a la que pertenecemos y sus hechos se han sucedido de manera ininterrumpida desde la antigüedad y la edad media. El nuevo estadio general que ahora anunciamos para el porvenir constituirá el tercer anillo de esa cadena; y aunque no será completamente idéntico a los precedentes, sí ofrecerá algunas analogías sorprendentes con ellos, en relación al orden y a la unidad. Sucederá a los diversos periodos de crisis que nos agitan desde hace tres siglos, y se presentará, en definitiva, como una consecuencia de la ley del desarrollo de la humanidad.

Esta ley, revelada al genio de SAINT-SIMON, y verificada por él sobre una larga serie histórica, distingue dos estados distintos y alternativos de la sociedad; uno, que llamamos estado orgánico, donde todos los hechos de la actividad humana son clasificados, previstos, y ordenados por una teoría general; donde el fin de la acción está netamente definido. Otro, que denominamos estado crítico, donde toda comunión de pensamiento, toda acción de conjunto, toda coordinación han cesado, y la sociedad se dibuja como una aglomeración de individuos aislados, donde los unos se enfrentan con los otros.

Cada una de estas etapas ha ocupado dos periodos de la historia. Un estado orgánico precedió a la era de los griegos, luego conocida como era filosófica, y que

nosotros denominaríamos con mayor exactitud con el título de época crítica. Una nueva doctrina fue producida más tarde, recorriendo todas sus diferentes fases de elaboración y perfeccionamiento hasta acabar por establecer finalmente su poderío político sobre todo Occidente. La constitución de la Iglesia inauguró esa nueva época orgánica que acabaría deteniéndose en el siglo XV, en el momento en el que los reformadores dieron la señal de inicio para la crítica continuada hasta nuestros días.

Las épocas críticas presentan dos periodos distintos; durante el primero, reina una acción colectiva que, restringida en un principio a los hombres más simpáticos, se propaga muy pronto a las masas; su fin, premeditado en los unos, instintivo en los otros, es la destrucción del orden establecido, pero de un orden que suscita todas las repugnancias. Los odios acumulados estallan definitivamente, y pronto solo quedan de la antigua institución algunas ruinas, para dar testimonio de lo que en su día fue una sociedad armónica. El segundo periodo corresponde al intervalo existente entre la destrucción del antiguo orden y la edificación del nuevo. En este punto, la anarquía ha dejado de ser violenta, pero ha devenido más profunda: se da entonces una divergencia completa entre los sentimientos, los razonamientos y los actos.

Tal es el estado de incertidumbre en el cual nos encontramos inmersos, y al que los apóstoles de la libertad no han sabido ni calmar ni suavizar. Gustan de considerar como definitivo este bastardo sistema de garantías, creado improvisadamente para responder a las necesidades críticas y revolucionarias del último siglo. Exhiben como expresión del último periodo del perfeccionamiento social, las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, así como todas esas constituciones a las que sirven de base; proclaman que esta era la gran conquista (*ridiculus mus!*) por la que el mundo había estado trabajado durante muchos siglos. Si se les señala el malestar general, replican con aplomo que esas inquietudes responden a causas pasajeras y accidentales; conciben la lucha de los pueblos y sus dirigentes como parte integrante de la condición humana; concluyen, en suma, que la sociedad ya no tiene nada que esperar, una vez la desconfianza se ha regularizado; argumentan, en favor de las teorías modernas, el rápido desarrollo de las ciencias, la importancia alcanzada por la industria; en cambio, guardan un modesto silencio sobre esa manera de ser del hombre, la única, que sabe hablar al corazón y emocionar; nada dicen tampoco, sobre las bellas artes, a las que restringen a la consideración de mero esparcimiento, un compuesto de imágenes alegres e impresionantes, cuyo fin útil es dotar de encanto el esparcimiento de una fastuosa y onerosa ociosidad.

Echemos un rápido vistazo a las ciencias, la industria y las bellas artes, y veamos si esos tres grandes órganos de la sociedad, considerada como un SER COLECTIVO, ejecutan sus funciones con esa desenvoltura, y sobre todo con esa armonía que mantiene la salud y el vigor del cuerpo social, y facilita el desarrollo de todo lo que le es susceptible. Podremos así apreciar rápidamente cual es la influencia ejercida por la disposición actual de los espíritus sobre las relaciones individuales y sociales.

CIENCIAS

Nuestro siglo está penetrado de una santa admiración ante los progresos que ha visto aparecer; alude con complacencia al gran número de sus sabios; y si se digna retener algún recuerdo del pasado, lo hace para contraponer la sombra con la luz, el sueño con el despertar, y darse así un más brillante homenaje.



Examinemos, con la mayor brevedad posible, si esa pretensión está tan justificada como puede parecer a primera vista.

La ciencia se divide en dos divisiones de trabajo, la que corresponde al perfeccionamiento de las teorías, y la que afecta a su aplicación. Avancemos de partida recordando que, en general, la mayor parte de los científicos desatienden totalmente la primera en beneficio de la segunda. Aquellos sabios que en muy pequeño número contribuyen directamente a hacer avanzar la ciencia se encuentran comprometidos en la senda abierta a fines del siglo diecisiete por BACON. Acumulan experimentos, diseccionan toda la naturaleza, enriquecen la ciencia con nuevos datos, añaden hechos más o menos reveladores a los precedentemente observados; la mayoría verifica, la mayoría va armada con su microscopio, para que ni el más mínimo fenómeno quede fuera de su vigilante exploración. ¿Pero qué sabios clasifican y organizan esos hallazgos acumulados desordenadamente? ¿Dónde están los sabios que guardan las espigas de esta abundante cosecha? Algunas gavillas se descubren por aquí y por allá; pero se encuentran dispersas en el vasto campo de la ciencia; desde hace más de un siglo, pues, ninguna gran visión teórica ha sido creada. Si se pregunta qué vínculo une la atracción celeste y la atracción molecular, qué concepción genérica sobre el orden de los fenómenos preside las investigaciones de los científicos, sea la división de que se trate, o tengan como objeto de estudio los cuerpos brutos o los cuerpos organizados, ninguna de estas cuestiones se encontrará con respuesta, pero tampoco ni la más mínima inquietud por hallarla. Se ha procedido a dividir y subdividir los trabajos, lo cual es muy sensato, indudablemente, pero se ha roto el lazo que los reunía y les proporcionaba una dirección común: a partir de ese momento cada ciencia, vanagloriándose de lo que cada una de ellas califica como su emancipación, ha seguido su camino particular. Como la antigua concepción ya no satisfacía a los descubrimientos modernos, la conclusión a la que se ha llegado es que todo ha de fiarse exclusivamente a investigaciones basadas en la observación, con lo que lo único elevado que ahora nos encontramos son columnas aisladas, pero ningún edificio regular.

Se dirá que existen academias, a la que se encuentran llamados todos aquellos hombres que, en virtud de sus hallazgos, han dado pruebas de una alta capacidad; y, por tanto debería creerse que el terreno de la ciencia está siendo aprovechado por ellos de las manera más amplia y conveniente. Y, en efecto, existen academias, y cuantos miembros las integran son todos poseedores de un gran saber; de hecho, cada uno dispone de su ciencia, algunos incluso disponen hasta de varias. No es éste el lugar donde dictaminar si el espíritu de camarilla que se ha introducido en estas sociedades no ha presidido alguna vez la elección de algún cargo; esa es una de las miserias contemporáneas que nosotros no deseamos volver a sacar; pero sí podemos afirmar de esos cuerpos científicos lo que ya dijimos antes de las ciencias mismas: ninguna gran visión armoniza sus trabajos. Los miembros que las conforman se reúnen en una misma sala, pero ni comparten idea común alguna, ni emprenden trabajo común alguno; que todos portan la misma indumentaria es su único rasgo de unidad, pues ninguna simpatía reina entre ellos. Cada uno se libra a sus investigaciones todas ellas seguramente muy útiles e importantes, pero ninguno se toma la molestia de ver si alguna ciencia cercana podría aclarar sus estudios. Si algunos físicos abandonan la explicación de NEWTON en beneficio de HUYGENS, la sección de física decide por su cuenta el cambio. Y qué decir de las ciencias MORALES Y POLÍTICAS, cuando ellas no se encuentran ni representadas en nuestro Instituto.

El resultado de esta organización viciada de los cuerpos científicos, de esta ausencia de jerarquía intelectual, es que la academia más respetable difícilmente

puede sentirse legitimada a la hora de determinar el estado de los avances obtenidos o de los hallazgos a conseguir; ni para fijar los problemas acuciantes a resolver, ni para apreciar los resultados alcanzados o los esfuerzos empleados; ni para dirigir, en definitiva, los trabajos con rapidez y regularidad, cara al objetivo final de perfeccionamiento. Puede convocar algunos mezquinos concursos para resolver tal o cual cuestión, pero si el público no atiende su llamada, lo que a veces suele suceder, el problema queda pospuesto indefinidamente, y la solución, sin duda necesaria, que el programa reclamaba, queda por hacer.

Tales son las diversas razones a las que cabe atribuir la esterilidad de las academias. El objeto de su fundación, más que ser el de proporcionar una recompensa, un espacio de retiro a los hombres que se han distinguido en la carrera de la ciencia, debía haber sido el de crear asociaciones laboriosas, destinadas a organizar y centralizar los esfuerzos. Pero sin un principio activo, o una autoridad que distribuya el trabajo o juzgue sus frutos... los resultados obtenidos han sido insignificantes, aun cuando los integren personas con las más altas capacidades. Pero ¿qué se puede esperar cuando quienes las integran casi exclusivamente son sabios entregados a trabajos menores y eminentemente prácticos?

Cuanto acontece ante nuestros ojos es la consecuencia de esa ausencia de orden que constatamos. Ante la inexistencia de un inventario oficial de descubrimientos registrados, los sabios aislados se encuentran permanentemente expuestos a repetir experimentos ya realizados por otros, que de ser conocidos, permitiría ahorrar ensayos, a veces tan penosos como inútiles, facilitándoles medios para avanzar hacia adelante. Añadamos a ello también que su tranquilidad tampoco es completa porque se encuentran obsesionados por la existencia de un potencial competidor que esté espigando su campo y (como se dice) llegue a hacer historia; ello les lleva, por tanto, a ocultarse, acelerar y realizar con premura y en solitario lo que requeriría calma y apoyo de la asociación. Sea la forma bajo la que se presente, en definitiva, resultan patentes, los inconvenientes que derivan de una organización que cede el perfeccionamiento de las teorías científicas a las iniciativas individuales. Y ello porque la academia no CONTROLA el progreso, únicamente se contenta con REGISTRARLO.

Hemos afirmado que la mayoría de los científicos se entregan a la práctica. Allí donde la existencia de los científicos no está asegurada de todo punto por una previsión social, el abandono de la teoría pura constituye una realidad; pues para poder entregarse a ella es necesario que confluyan una serie de casualidades asociados al nacimiento en términos de fortuna y alta capacidad, que rara vez tiene lugar. No es que el gobierno no recompense de tanto en cuanto a los científicos, sino que, es incompetente hasta donde más no se puede llegar porque los utiliza en las escuelas, en las facultades, en los arsenales, etc., atrayéndoles hacia la práctica mientras les resta de un tiempo precioso para la teoría. Queda siempre el noble y gran recurso de las sinecuras; pero ¿habría alguien que quisiera pagar ese precio solo por trabajar en paz? ¿Qué espíritu elevado consentiría disfrutar de una función que ya no le llena, cuando siente dentro de él otros verdaderos títulos que hacer valer? ¿Por qué la insultante palabra favor habría de intervenir allí donde es la de justicia la que debería expresar todo? En decir, a cambio de un favor, un poder totalmente ajeno a la ciencia, el científico acaba reducido al mero papel de solicitante y sometido a una servidumbre política y moral completa, que le acaba obligando a optar entre su amor por la ciencia, es decir, por el progreso de la inteligencia humana, y su amor a sí mismo.

Se os dirá, sin embargo, que la sociedad encuentra amplias compensaciones ante los inconvenientes que se señalan; los científicos, obligados, para vivir, a

entregarse a la aplicación, obtienen indudablemente milagros en esa dirección. Este argumento se presenta como una evidencia; pero si uno va a la verificación de los hechos, encontramos funciones en general mal completadas, y en ningún lugar se encuentran dichos milagros. La desgana y el hastío afloran en los trabajos que no se aman; la vida transcurre entre lamentos, y las altas capacidades pasan por la tierra y se extinguen, después de no haber aportado a la sociedad más que una magra parte de los servicios que hubiera podido rendir. Suponed que un hábil ingeniero fuera llamado a calcular, contar y hacer esparcir una pila de piedras sobre una gran vía; probablemente esta labor sería peor desempeñada por él que por un subalterno, mientras que aquella tarea mucho más importante que estaba llamado a realizar no fuera hecha. Puesto que hablamos de la aplicación, ¿no resulta evidente que la primera y más grande aplicación en la que habría de centrarse la ciencia debería ser la enseñanza? Sin embargo, existe una discordancia completa entre el cuerpo científico y el cuerpo enseñante; se podría decir, con todo rigor, que no hablan la misma lengua. Ninguna medida general es tomada solo para el progreso, a medida que son alcanzadas, pasan inmediatamente a la educación; y si esto no es así, como es el caso, no existe ninguna escala amplia y segura que permita descender de la teoría a la práctica.

De esta manera, sin querer desprestigiar a los hombres que, gracias a sus vigiliadas, rindieron servicios a la sociedad, aunque a distancia de los DESCARTES, PASCAL, NEWTON, LEIBNITZ, sin pretender, pues, denigrar sus trabajos, a menudo de una capacidad poco común, nos sentimos obligados a admitir que no hay ningún gran pensamiento filosófico que domine o dirija las concepciones científicas actuales. De todo su conjunto, solo podemos extraer una rica colección de hallazgos particulares; un museo de bellas medallas, a la espera de una mano que las sepa clasificar. El desorden de los espíritus ha invadido las mismas ciencias, ofreciendo un desalentador espectáculo de completa anarquía. Proclamemos, por tanto, para terminar, que es en esta ausencia de unidad de la vida social donde hay que situar la causa del mal, y en el descubrimiento de esa unidad la clave de su remedio.

INDUSTRIA

Posiblemente se hayan exaltado aún más las maravillas de la industria que las de la ciencia: procedamos pues a apreciar los esfuerzos desarrollados en esta dirección.

Aquí, como en las ciencias, tampoco trataremos de negar cuantos progresos han sido realizados. Resulta evidente que las ciencias, recientemente dirigidas hacia la aplicación, han arrojado luz sobre diferentes ramas de la tecnología; y más evidente es todavía que, al servirse de los esfuerzos de nuestros predecesores, hemos dejado ya a éstos atrás. La cuestión, por consiguiente, no es saber si la industria ha obtenido conquistas, que nadie aplaudirá más que nosotros; lo que realmente nos importa es determinar si la marcha de su camino hacia las mejoras podría haber sido más rápido aun de lo que ahora lo es. Para ello vamos a proceder a observar la industria a la luz de tres grandes aspectos: 1º la parte tecnológica; 2º la organización del trabajo, esto es, la repartición de los esfuerzos de producción, habida cuenta de las necesidades del consumo; 3º la relación de los trabajadores con los propietarios de los instrumentos del trabajo.

En el estado avanzado en el que encuentran la ciencia y la industria, la segunda se presenta como debía ser, en materia de tecnología, una derivación de la primera, una aplicación directa de sus resultados en la producción material, y no solo una simple colección de procedimientos rutinarios, más o menos confirmados



por la experiencia. Nada, sin embargo, hay organizado a la hora de hacerla salir de las estrechas vías donde aún la vemos inserta, y poder situar así las prácticas industriales a la altura de las teorías científicas. También aquí todo se encuentra todavía a expensas de la suerte incierta de las luces individuales. Los ensayos, generalmente largos y perjudiciales, suelen ser los únicos medios empleados por los industriales para la apreciación de sus procedimientos; ensayos que cada uno de ellos se ve obligado a repetir, pues, en virtud de la concurrencia, a todos les interesa cubrir de misterio, a fin de conservar el monopolio, las invenciones que alcanzan. Si se opera un acercamiento entre teoría y práctica, siempre resulta fortuito, aislado, e incompleto.

Evidentemente, pese a todas estas trabas, cabe hablar de avances; pero ¿a qué coste? ¿Qué de esfuerzos perdidos, qué de capitales dilapidados, y qué congoja al pensar en los fundadores de aquellos más bellos establecimientos sin apenas frutos! En la industria como en la ciencia, no encontramos más que esfuerzos aislados; pues el único sentimiento reinante es el egoísmo. El industrial se preocupa poco de los intereses de la sociedad. Su familia, sus instrumentos de trabajo, y esa fortuna personal que se esfuerza en alcanzar, he ahí toda su humanidad, su universo y su Dios. Quienes así orientan su carrera, solo divisan enemigos; aguardarles, espiarles y arruinarles: en esto se resume toda su felicidad y gloria. ¿Y en manos de quién, por tanto, han quedado la mayor parte de los talleres e instrumentos de la industria? ¿En las manos de aquellos que podrían extraerles el mejor partido posible en interés de toda la sociedad? Por supuesto que no. Generalmente se encuentran manejados por gerentes incompetentes, cuyo interés personal no basta por enseñarles lo que ya deberían saber.

Otros Inconvenientes no menos graves aparecen también en la organización del trabajo. La industria, como ya hemos dicho, posee una teoría, a través de la cual se puede ver cómo producción y consumo pueden y deber estar armonizados en todo momento. He aquí, sin embargo, que esta teoría constituye también el principal origen del desorden; los economistas parecen haberse planteado el siguiente problema:

Teniendo en cuenta que los jefes son más ignorantes que los gobernados, considerando también que, lejos de favorecer el desarrollo de la industria, estos jefes quieren ponerle trabas, y que sus delegados son enemigos natos de los productores, ¿qué organización industrial debería convenir a la sociedad?

Laissez faire, laissez passer! tal ha sido la solución imperativa, tal ha sido el único principio general que ellos han proclamado. Ya sabemos bastante bien bajo qué influencia fue creada esta máxima; porta su fecha con ella. Los economistas han tratado de resolver así, de un plumazo, todas las cuestiones que atañen a la producción y a la distribución de las riquezas; han confiado al interés personal la realización del gran precepto, sin pensar que cada individuo, independientemente de la penetración de su mirada, no sabe, desde el lugar en que habita, y desde el fondo del valle, juzgar el conjunto de lo que no se puede descubrir sino desde la cima más elevada. Nosotros somos testigos de los desastres que han sobrevenido a partir de ese principio de circunstancia, y si hay que citar ejemplos impactantes, estos se acumularían en masa a la hora de testimoniar la impotencia de esa teoría llamada a fecundar la industria. Hoy en día, si reinan algunos privilegios exclusivos, algunos monopolios, la mayoría solo se dan en las disposiciones legislativas. De hecho, la libertad es grande y la máxima de los economistas es aplicada generalmente en Francia e Inglaterra. ¡Y bien! ¿Cuál es el panorama que se presenta ante nuestros ojos? Cada industrial, privado de guía, sin otra brújula que sus observaciones personales, siempre incompletas, por muy extendidas que sean

sus relaciones, trata de informarse sobre las necesidades del consumo. Cuando un rumor circula en torno a una rama de la producción con buenas perspectivas; todos los esfuerzos, todos los capitales se dirigen inmediatamente hacia ella, precipitándose todos a ciegas; nadie se toma el tiempo de preocuparse de la medida oportuna, de los límites necesarios. Los economistas aplauden ante el panorama de esta vía abarrotada, porque el gran número de contendientes les permite demostrar que el principio de concurrencia se ha visto cumplido. ¡Por desgracia! ¿Pues qué resulta de esta lucha a muerte? Algunos afortunados vencen...: pero a costa de la ruina completa de innumerables víctimas.

La consecuencia necesaria de esta producción desmesurada, en ciertas direcciones, de esos esfuerzos incoherentes, es que el equilibrio entre la producción y el consumo se encuentra permanentemente perturbado. De ahí las innumerables catástrofes, las crisis comerciales que vienen a aterrorizar a los especuladores e interrumpen la ejecución de los mejores proyectos. Asistimos a la ruina de hombres probos y laboriosos, mientras la moral se presenta lastimada con ejemplos similares; porque la conclusión a la que se llega es que para triunfar, aparentemente, no basta con la honestidad y el trabajo; uno debe volverse insensato, taimado, astuto; y vanagloriarse incluso de serlo: sin embargo, una vez se franquea ese paso, todo está perdido.

Añadamos a ello que el principio fundamental, LAISSEZ FAIRE, LAISSEZ PASSER, parte de la suposición de que un interés personal siempre está en armonía con el interés general, suposición que un sinnúmero de hechos vienen a desmentir. Eligiendo una entre mil, ¿no resulta evidente que si la sociedad busca su interés el establecimiento de máquinas de vapor impediría al obrero que vive del trabajo de sus brazos unir su voz al resto de la de la sociedad? La respuesta a esta objeción es de todos conocida; en el caso de la imprenta, por ejemplo, se sostiene que da trabajo a más hombres ahora que al número de copistas que había antes de su invención, con lo que se concluye que, por tanto todo acaba nivelándose. ¡Admirable conclusión! Pero, hasta que se complete esa nivelación, ¿qué haremos con los miles de hombres hambrientos? ¿Nuestros razonamientos les consolarán? ¿Soportarán su miseria con paciencia, ya que según los cálculos estadísticos dentro de un cierto número de años, tendrán pan?

Seguramente la mecánica no tenga nada que ver aquí, pues crea lo que le inspira su genio; pero la previsión social debería intervenir de manera que las conquistas de la industria no sean cómo las de guerra; los cantos fúnebres no deben mezclarse con los de júbilo.

El tercer aspecto sobre el cual se puede contemplar la industria es el referido a la relación entre trabajadores y poseedores de los instrumentos del trabajo o de los capitales. Pero esta cuestión está vinculada a la de la constitución misma de la propiedad, la cual será objeto de un examen en profundidad más tarde, ya que constituye uno de los aspectos generales de la reforma social de la nueva doctrina, y no conviene anticiparse sobre el carácter que presenta en las sociedades actuales. En todo caso solo insistir en que las tierras, los talleres, los capitales, etc., solo pueden ser aprovechados de la mejor manera posible cara a la producción siempre y cuando estén confiados en manos de quienes mejor les pueden sacar partido, es decir, las capacidades industriales. Hoy en día, sin embargo, la capacidad por sí sola constituye un título débil para el crédito; antes de adquirir ya se tiene que poseer. El azar del nacimiento reparte a ciegas los instrumentos de trabajo sean cuales sean, y si el heredero, el propietario ocioso los pone en las manos de un trabajador diestro, el mejor producto, la primera ganancia siempre va al propietario incapaz o perezoso .

¿Qué concluir de todo lo precedente, si no es que los resultados que nosotros admiramos serían sobrepasados con mucho, sin los males que ahora constatamos, si la explotación del globo estuviera regularizada y por consiguiente, una visión general presidiera esta explotación? Es esa unidad y ese sistema lo que nos falta. Los líderes de la sociedad han gritado: ¡Sálvese quien pueda! Y cada miembro de ese gran todo se ha diseminado exclamando: ¡Cada uno a lo suyo; Dios para NADIE!

BELLAS ARTES

Después de haber mostrado la ausencia de un objetivo común en las ciencias y en la industria, solo nos resta lanzar una mirada sobre las bellas artes para poder examinar todos los ámbitos de actividad del hombre.

Cuando uno se remonta a los siglos de PERICLES, AUGUSTO, LEÓN X, LUIS XIV, y luego retorna al siglo XIX, no puede sino sonreír, pues a nadie se le ocurre establecer un paralelo; al menos en este punto todo el mundo está de acuerdo. Es verdad que los diarios nos consuelan ante esta desgracia, asegurándonos que somos eminentemente positivos; pero esta explicación apenas constituye un pobre motivo de consuelo para quienes conocen el verdadero sentido de ese adjetivo mágico del que sin embargo tan sorprendentemente se abusa.

Nosotros también apreciamos un estado de marchitamiento y languidez de las bellas artes; y lo atribuimos a causas fundamentales; resulta pues especialmente interesante remontarse a estas causas, pues nos permitirán después ver cuál es el verdadero papel de las bellas artes, y cual es para nosotros el alcance de esa palabra.

Las bellas artes constituyen la expresión del sentimiento, es decir, una de las tres maneras de ser de la humanidad, sin las cuales no habría lenguaje; sin ellas habría lagunas en la vida individual, y lagunas en la vida social. Es debido a ellas que el hombre se encuentra determinado a los actos sociales, a reconocer su interés privado en el interés general; son las fuentes de la abnegación, de los afectos vivos y tiernos. La declaración que se hace hoy en día con cierta complacencia, en torno a su inferioridad, constituye una revelación desgarradora del estado actual frialdad de los sentimientos generales e incluso de los sentimientos individuales. ¿A qué papel han quedado reducidos, cuando se contempla su expresión como un signo de impotencia, cuando se les desprecia como si no fueran más que un mero divertimento?

Están constituidas las bellas artes de dos partes: la poesía o la animación, y la forma o la técnica. Es la primera, sin duda, la que determina a la otra; y sin embargo, hemos visto a la poesía desaparecer, mientras la perfección técnica sobrevive. Hoy en día, casi todo se concentra exclusivamente en la forma; en cambio, la naturaleza de los afectos de la cual aquella debería ser intérprete apenas es considerada. Cuando apreciamos una obra de arte lo hacemos independientemente de su impacto sobre nuestras simpatías, es decir, nos limitamos a contemplarlo bajo un único aspecto. De ahí la indiferencia con la que las bellas artes nos llegan y nos abandonan. Añadamos a ello, de paso, que hoy los verdaderos artistas, los hombres vivamente inspirados, solo reflejan sentimientos antisociales, pues las únicas formas poéticas que se encuentran son la sátira y la elegía. Este es el lenguaje actual de las almas tiernas, de las organizaciones privilegiadas; y, sin embargo, ambas también se encuentran presentes en los sentimientos sociales, ya sea como expresión apasionada de la desesperación, ya sea de un desprecio en todo cuanto hay de puro y sagrado. Pero no nos

detengamos más tiempo en una cuestión que abre una vía tan fácil a la crítica del presente, y adentrémonos en las relaciones sociales, generales e individuales, donde encontraremos las causas de la decadencia de las bellas artes, y verificaremos al tiempo el desorden que permite intuir el panorama ya trazado en el terreno de la actividad científica e industrial.

Más arriba hemos dicho lo que había que entender por las palabras épocas orgánicas, épocas críticas; y hemos comentado que el paganismo hasta SOCRATES, y el cristianismo hasta LUTERO, habían constituido dos estadios orgánicos; bosquejemos algunos de sus rasgos.

La base fundamental de las sociedades de la antigüedad fue la ESCLAVITUD. La guerra constituía para los pueblos el único medio de aprovisionamiento de esclavos, y por consiguiente, de las cosas apropiadas para satisfacer las necesidades materiales de la vida; entre ellos, los más fuertes eran los más ricos; su industria se limitaba a saber saquear. ¡Desgraciado el débil que no pudiera soportar el peso de la armadura! El pensamiento dominante de esos pueblos, su meta cotidiana, era la guerra; todas sus pasiones, todos sus sentimientos respondían al grito de guerra, y sus emociones más fuertes tenían como origen el amor de la patria, el odio al extranjero. La madre misma daba las gracias a los dioses cuando se le traía el escudo del hijo. Recorred la Grecia, recorred la Italia, sólo escuchareis el fragor de las armas; Roma solo dejó de ser Roma cuando el templo de Jano fue cerrado.

¿Deberíamos sorprendernos entonces de la pujanza de las bellas artes en aquella época? Una misma pasión animaba todos los corazones, un único fin los dirigía, un único pensamiento les impulsaba a la abnegación; en aquel entonces, abnegación e inspiración poética eran inseparables.

Una vez el cristianismo, fraguado a partir de la escuela de SOCRATES, acabó con la esclavitud; una vez, al coste de mil sufrimientos, los preceptos del Evangelio, aplicados a la política bajo el nombre de catolicismo, otorgaron a la sociedad una organización nueva, en armonía con sus necesidades, la fe devino una patria espiritual, común a todos los hijos de CRISTO; y a pesar de los odios y el egoísmo de todas las naciones, la nueva patria vio renacer un nuevo amor; y también vio renacer las grandes abnegaciones y las grandes inspiraciones. Ocho cruzadas sucesivas, en el corto intervalo de dos siglos, no debilitaron el fervor de los pueblos; y los siglos de LEÓN X y de LUIS XIV vinieron a coronar la gran obra del cristianismo y el feudalismo que ya tendría más que algunos instantes de existencia, o más bien de agonía, pues después de quince siglos, la organización de la edad media comenzó a verse amenazada por todas partes.

El clero, incapaz de continuar la misión divina que había iniciado, había abandonado a los débiles que debía proteger, y se había subordinado a los sucesores de CÉSAR; por su parte, la nobleza que también se había consagrado, bajo el nombre de caballería, a la defensa del débil, acabó por retirarse a las brillantes antecámaras del gran rey; y los laicos, al apoderarse poco a poco de la ciencia y de la riqueza, derribaron, con sus poderosas armas, la coalición impía que creía en la perpetuación de la explotación del hombre por el hombre.

No es este el lugar donde relatarla larga lucha que preparó la emancipación completa del hombre a través de la abolición de la servidumbre; todos sabemos cuál ha sido el resultado de esa lucha iniciada desde finales del siglo XV. Ahora vivimos en medio de los despojos de la sociedad de la edad media, despojos vivos, que lanzan aun sus lamentos a nuestro alrededor. Nuestra única meta no ha sido otra,

recordando estos hechos, que establecer el carácter distintivo de nuestra época, y constatar que asistimos a una de aquellas que hemos venido a designar bajo la denominación de críticas.

La impronta de las épocas críticas, como la de los grandes fracasos, es el egoísmo. Todas las creencias son abolidas, todos los sentimientos comunes, apagados, el fuego sagrado ya no tiene vestales. El poeta ya no es el cantor divino, a la cabeza de la sociedad para servir de intérprete al hombre, para otorgarle leyes, para reprimir sus inclinaciones más retrógradas, para revelar las dichas del porvenir, y sostener, excitar su marcha progresiva: no, el poeta ahora solo encuentra cantos siniestros. Unas veces se arma de la fusta de la sátira, su verbo se expresa en palabras amargas; se desata contra toda la humanidad, empuja al hombre hacia la desconfianza y al odio hacia sus semejantes; otras veces, con una voz débil, le canta en versos elegíacos los encantos de la soledad, se entrega a un mar de ensueños, le pinta la felicidad en el aislamiento; y, sin embargo, si el hombre, seducido por esas tristes improntas, se aparta de sus semejantes, lejos de ellos solo encuentra desesperación. Pero ese lenguaje ya no tiene el poder de mantenerse; en el ocaso de una época crítica ya no se conmueve al hombre hablándole al corazón, sino haciéndole ver que su fortuna está en peligro; observad a los actuales líderes de la crítica; cuando ellos han tratado de popularizar su sistema, ¿han llamado a nuestros poetas, a nuestros pintores, a nuestros músicos? ¿Qué habrían hecho? Nada, porque ellos solo pueden tocar en nosotros las cuerdas que responden a los deseos individuales. Por eso su respuesta ha consistido en evocar el fantasma del feudalismo, nos lo han presentado todo armado, dispuesto, por un lado a recuperar el diezmo, y de otro a arrebatar a los adquirentes de bienes nacionales sus propiedades. Más recientemente, cuando se ha llevado a cabo un ataque formidable contra la libertad de prensa, contra el paladín de nuestras libertades (como se dice, en lenguaje de tribuna) ¿se ha recurrido para defenderla, a consideraciones generales, morales? Muy poco. ¡De todos es conocido el escaso número de hombres dispuestos a tomar partido por lo que llamamos interés general! Se ha optado más prudentemente por algo más positivo; se han redactado peticiones en defensa de los libreros, los impresores, los papeleros, los encuadernadores, los carteleros, etc.

¡Ah! Decimos: las bellas artes dejan de tener voz cuando la sociedad ya no tiene amor; porque la poesía no es la intérprete del egoísmo. Para que el verdadero artista se revele necesita un coro que repita sus cantos y acoja su alma cuando ésta se libere.

Pero si no existen afecciones sociales, ¿son entonces los afectos individuales los que se encuentran muy desarrollados? Aunque la generación actual se refugia con orgullo en esa esfera cuando se la acusa de egoísmo, parece preocuparse demasiado, sin embargo, para encontrarse a salvo de ese reproche. ¿Cómo se forma en la actualidad ese vínculo tan tierno por el cual un sexo se une al otro para compartir las alegrías y las penas de la vida? Todos sabemos lo que es un buen matrimonio, por oposición a lo que llamamos un matrimonio desafortunado. ¡Pobres jovencitas!, se os pone a subasta como a los esclavos; en los días de fiesta se os engalana para ponerlos en valor; y, a menudo, en su desvergüenza, vuestro padre pone vuestros encantos en la balanza, para así tener que poner un poco menos de dinero ante el indigno esposo que os regatea. Es cierto, y lo decimos con alegría, que hay hombres que repudian este odioso tráfico, pero siguen siendo muy pocos y aun objeto de sorna.

Se podría creer que las afecciones paternas y filiales, aquellas que nacen, por así decirlo, el día en que recibimos la vida no son de la clase de sufrir tan

grandes alteraciones; y sin embargo, todas las simpatías están encadenadas, de manera que la causa que debilita a las unas actúa igualmente sobre las otras; así pues, para alcanzar su más pleno desarrollo, el sentimiento necesita realizarse con todo su esmero ¿O no hemos visto a la filosofía poner en duda fríamente los deberes recíprocos de padres e hijos? Y las herencias ¿alguna vez habían aliviado tanto el dolor, habían acallado antes las lágrimas?

Todos estos males, todas esas miserias, las constatamos con dolor, pero sin amargura. Pues corroen la sociedad, y la aniquilarán si ellas le son inherentes. Al señalar al EGOÍSMO, ponemos el dedo en la llaga más profunda de las sociedades modernas; pues reina con autoridad tanto sobre las naciones como sobre los individuos. En la edad media, gracias al vínculo religioso, se ha podido ver, a pesar de los odios nacionales, a los pueblos de Europa elevarse de común acuerdo para marchar hacia un objetivo común. Los soberanos actuales han intentado restablecer entre ellos una asociación, pero sus esfuerzos solo han tenido como resultado una especie de parodia del pasado, bajo el título de Santa Alianza. Ese pacto europeo, fundado sobre intereses estrechos, y concebido únicamente ante el temor a un movimiento revolucionario, carecía del aliento vital que animaba a la antigua confederación, y no podía tener sino una existencia efímera; perseguía lo mismo que ya había intentado vanamente en otras épocas, asegurar el mantenimiento del equilibrio europeo, problema éste insoluble, en tanto en cuanto los pueblos de Europa no se sientan unidos por una meta común; mientras se mantengan como hasta el momento, cargados de desconfianza los unos con respecto a los otros, entregados a su individualidad, y hostiles a todo poder que no encuentren unido a su propio destino (que ignoran pero buscan), los miembros de esta gran familia europea no se sentirán, como en tiempos de aquella fraternidad espiritual de los cristianos, ligados a un mismo deber, a una misma ley moral.

Nosotros hemos llorado ante las recientes desgracias de Italia y España; habíamos visto a estos pueblos luchar por emanciparse y adoptar una forma de gobierno que nosotros afirmamos amar: Pero ¿Hemos hecho algo por ellos? Sólo PROMESAS inútiles. Los GRIEGOS masacrados a millares han implorado nuestra piedad; ¿nos hemos embarcado en una cruzada? No, ¡Nos hemos limitado a celebrar fiestas y conciertos y recaudar estériles limosnas a cuenta de nuestras sobras!

¿Se podría decir que han sido los gobiernos los responsables de haber reprimido el ímpetu de las naciones europeas, y que sin las trabas impuestas por ellos, nos habríamos lanzado al auxilio de nuestros hermanos y vengado su derrota? América, ese país modélico que no cuenta con el pretexto banal de la coerción ejercida por su gobierno ¿ha hecho algo? Hay que decir para su deshonra que, ¡ha fijado acuerdos comerciales con los TURCOS para su APROVISIONAMIENTO! Algunas zonas de América del Sur han querido sacudirse del yugo español que pesa aun sobre ellas; los Estados Unidos, tan henchidos aun por los recuerdos amargos de la metrópoli; los Estados Unidos, allí en cuyo seno aún resuenan los ruidos de las cadenas recién rotas, ¿han facilitado en algo la emancipación de sus compatriotas? No. ¿Se han ofrecido a ayudar con sus finanzas a la república de Haití a la hora de pagar su rescate? No. Nunca. Ese pueblo libre, que según se afirma, se ha sacudido de todos los prejuicios de la vieja Europa; ese pueblo, por delante de todos los pueblos en vías de civilización, ¡se ha manifestado contra la existencia de un pueblo emancipado, de una nación de negros!

¡Ah! Sin duda, el cuadro que acabamos de trazar de la época actual resultaría desgarrador si éste constituyera la imagen del estadio definitivo de la humanidad. Afortunadamente, un mejor porvenir le espera, y el presente, a pesar de

los vicios, contiene mucho de ese futuro hacia el cual volcamos todas nuestras esperanzas, todos nuestros esfuerzos.

Para destruir un orden social que ya no era posible, se ha proclamado la libertad, y ninguna idea podía ser más poderosa contra las jerarquías justamente derrotadas para la estima de los pueblos; pero cuando se ha querido aplicar esa idea, ya sea en Europa o en América, cara a la construcción de un NUEVO ORDEN SOCIAL, se ha dado la situación que acabamos de bosquejar. Parece creerse que la solución del problema tenía que consistir en poner el signo menos delante de cuantos términos se encuentran asociados a la edad media, pero esa extraña solución sólo ha engendrado ANARQUÍA; los publicistas de nuestra época se han hecho eco de los filósofos del XVIII, sin caer en la cuenta que su misión era precisamente la INVERSA. Han prolongado los ataques con el mismo ardor como si el enemigo estuviera aun presente, y han acabado agotados combatiendo un fantasma.

¿Ha llegado el momento de la producción de una Doctrina social nueva? Todo parece presagiarlo; la gravedad del mal, los clamores infructuosos de algunos filántropos, o las expresiones de sufrimiento de las inteligencias elevadas. Desde hace varios años M. GUIZOT y sobre todo M. COUSIN, han revelado alguna cosa que otra de ese siglo dieciocho, proclamado durante mucho tiempo como el último estadio del progreso del espíritu humano. SAINT-SIMON ya tuvo ocasión de dirigir sus agradecimientos al primero, en un post-scriptum que nosotros recogemos aquí. En cuanto al segundo, se le ha visto, hace algunos años, aportar como conclusión definitiva de la filosofía, la concepción del GOBIERNO REPRESENTATIVO, es decir, el estado político que el primer cuarto del siglo XIX ha venido desarrollándose. Nosotros, que ni abrazamos la edad media ni el constitucionalismo, vamos más allá de los límites del presente; el régimen actual, aun modificado, aun perfeccionado, nos sigue pareciendo algo provisional, porque en su base sigue residiendo el vicio que padece. Sin embargo, nosotros no somos ingratos con los defensores de este sistema; reconocemos que constituye un obstáculo beneficioso frente a las tentativas reaccionarias de los antiguos intereses generales; que también funciona como contrapeso frente a una fracción de la sociedad, que podría sembrar el desorden en una población europea, cuya primera exigencia debe ser la paz. Pero no esperamos nada de sus esfuerzos con respecto a la organización de los pueblos; porque, al igual que la guerra, la crítica solo tiene poder para destruir, y en este sentido, la crítica hoy ya ha cumplido su misión. Se acerca el momento en el que las naciones abandonarán los emblemas de un liberalismo irreflexivo y desordenado, para entrar con amor en un estado de paz y felicidad, renunciando a la desconfianza y reconociendo que puede existir sobre la tierra un poder legítimo.

Echando una mirada atenta a las relaciones sociales hemos comprobado que todos los lazos que unían a los hombres en el pasado están rotos, y lo manifestamos sin ningún pesar; ni siquiera lloramos al ver extinguido el amor a la patria, pues a nuestros ojos el egoísmo de las naciones, ese sentimiento tan puro, que antaño ha inspirado tan nobles abnegaciones, tan generosos sacrificios, ha de dejar paso a un sentimiento más puro, más grande, más fecundo: el amor de la familia universal de los hombres. ¿Habrá que rechazar todavía las nociones de yugo o despotismo, que muchos espíritus inquietos siguen asociando aun hoy con la palabra poder? ¡Ah! Señores, bendigan con nosotros el yugo que se impone por convicción, y que satisface todos los sentimientos contenidos en el corazón del hombre; bendigan un poder cuyo único pensamiento es impulsar a los pueblos hacia la vía del progreso y fecundar todas las fuentes de la prosperidad pública. La doctrina que anunciamos debe adueñarse del hombre en su totalidad, y dotar a las tres grandes facultades humanas de un objetivo común, de una dirección armónica.

A través de ella, las ciencias avanzaran en conjunto y en unidad, hacia su más rápido florecimiento; la industria, regularizada en interés de todos, ya no ofrecerá el espantoso espectáculo de una arena de combate; y las bellas artes, animadas otra vez por una viva simpatía nos revelarán los sentimientos de entusiasmo de una vida común, cuya agradable influencia también se hará sentir en los más secretos gozos de la vida privada.

Puertas abiertas y buenos vigilantes

Joan Navarro¹

Sociólogo, socio y vicepresidente de Llorente & Cuenca

jnavarro@llorenteycuenca.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3295>

Una mala regulación y un peor desempeño

¿Es comprensible que un alto cargo del Ministerio de Defensa, con competencia directa en la regulación y compra de armamento, pase, 14 días después de cesar en su responsabilidad, a ser directivo de una empresa que, durante su mandato, recibió 1.200 millones de euros de su Ministerio? ¿Es comprensible que, dentro de los dos años de incompatibilidad que la ley establece, un consejero de un órgano de regulación acabe en una filial o fundación de una empresa sobre la que ese organismo había emitido resoluciones? No, no es comprensible, puede ser legal, pero no es comprensible. Precisamente para evitar estos casos (y, al parecer, bastantes más) el Gobierno estableció en 2006 una ley de incompatibilidades de sus Altos Cargos y creó una Oficina de Conflictos de Intereses para dirimirlos.

La prevaricación, el cohecho o el tráfico de influencias son delitos penados en el Código Penal. Pero la dificultad de identificar si un funcionario o alto cargo ha tomado una decisión motivado por una recompensa futura, generando de este modo un perjuicio a la Administración, determinó que se adoptara una legislación para proteger el interés general mediante desincentivos a un hipotético intercambio de favores, obligando a hacer públicos los datos de actividad, a registrar los datos patrimoniales, obligando a inhibirse en las decisiones que puedan afectar a intereses pasados o presentes, directos o de familiares y otras personas relacionadas, y estableciendo periodos en los que no se puede prestar ningún tipo de servicio o actividad a empresas o intereses sobre los que se ha actuado desde la responsabilidad pública. Para muchos directivos públicos, estos requisitos han supuesto auténticos esfuerzos de reciclaje profesional; para otros, está a la vista, no.

Casos como los comentados pueden ser legales porque la ley se pueda sortear, es decir: que esté mal hecha, pero también porque incurran causas que

¹ Fue Director del Gabinete del Ministro de Administraciones Públicas (2004-2007) durante el periodo en que se aprobó en “Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la AGE y la ley 5/2006 de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la AGE.

hagan que aplicar una incompatibilidad no tenga sentido; por ejemplo, porque el alto cargo nunca tuvo participación directa en las decisiones, o porque precisamente estas eran sus empresas de origen y nunca intervino en una decisión que la pudiera beneficiar. Lo malo es que nunca lo sabremos, no hay obligación de dar cuenta de qué criterios determinaron que no se aplique la incompatibilidad y, por lo tanto, no sabremos con qué criterios se ha autorizado la actividad privada. La falta de transparencia, y sobre todo la falta de independencia de esta oficina que, dependiendo del ejecutivo, tiene como misión juzgarse a sí misma, no ayuda a la generación de confianza, sino todo lo contrario.

Yo participé en la elaboración de la ley 5/2006 de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la AGE, modificada por el PP en 2015. La primera ley fue insuficiente; la segunda, mejoraba algunas cosas, empeoraba otras y no resolvió ninguno de los problemas de la anterior. En un contexto donde la desconfianza de los ciudadanos respecto de sus poderes públicos ha pasado de la duda sobre si tenemos una buena administración a la certeza de no tenerla, los apañes administrativos no solo no resuelven nada, sino que ayudan a empeorar la percepción social sobre el funcionamiento de lo público. Y la percepción de nuestros ciudadanos, hoy, es que los políticos se protegen entre ellos y se relacionan ilegítimamente con los poderes económicos, una percepción que, pese a casos como los mencionados, es injusta con nuestra Administración, es injusta con la gran mayoría de nuestros políticos y de nuestras empresas y, además, supone un serio riesgo para la legitimidad de nuestra democracia.

Un lamentable debate político: crear desconfianza nos debilita.

Una mala ley y un peor desempeño, así como la más absoluta falta de tacto, de transparencia y de voluntad de rendir cuentas, forman parte del peor servicio que la Administración, los propios altos cargos y los miembros del Gobierno pueden hacerse a sí mismos y a la democracia, pues no hay nada más corrosivo para la democracia que la falta de confianza; bueno, sí, la absoluta convicción de que nos engañan.

No puedo estar más de acuerdo con los que afirman que, pese a los constantes casos de corrupción que minan nuestra convivencia, estos se conocen porque en nuestro país las fuerzas y cuerpos y de seguridad funcionan, la fiscalía muestra (suficiente) independencia y la justicia es lenta, pero actúa. Tenemos una Administración que, pese a las convulsiones que estamos viviendo en nuestro sistema político, atiende razonablemente bien los servicios públicos, así como un cuerpo político sobre el que no hay más sospechas de corrupción que en los países de nuestro entorno. Pero ni atender razonablemente bien los servicios públicos ni ser igual de corruptos que los vecinos debieran ser nuestros objetivos. La ley es mala y las prácticas peores; y lo peor de las malas prácticas, por muy aislados que sean los casos, es que son la gasolina que alimenta la demagogia y el populismo.

“Prohibiremos las puertas giratorias” resume el grito de indignación que casos incomprensibles (y otros muchos comprensibles, pero igualmente utilizables) arranca los aplausos en cualquier mitin o nutre titulares de periódico. Tras la convicción de que “todos los políticos son iguales”, qué menos que evitar que estos “nos sigan robando” tras abandonar el cargo. Ser político se está convirtiendo en una actividad de riesgo, desprestigiada, mal pagada, con una dura carrera de entrada y un futuro incierto. Pero no conocemos otra forma mejor de gestionar los asuntos públicos que implicándonos en ellos. No queremos políticos profesionales, pero queremos que resuelvan los más intrincados problemas, precisamente aquellos



que no tienen una solución científica aceptada y sobre los que la verdad es siempre más que opinable. El trabajo de los políticos requiere del más delicado arte del consenso. Aspiran a que su decisión, puesto que raramente será ni cierta ni verdadera, al menos sea compartida. Minar la confianza en los políticos y en la Administración hace imposible ese espacio compartido, lo que va bien a demagogos y chamanes, y a lo que ayuda la masiva presencia de exministros en consejos de empresas reguladas o que expresidentes del gobierno trabajen para intereses extranjeros.

Creo firmemente que necesitamos puertas abiertas entre lo público y lo privado. Necesitamos parlamentarios y altos cargos que hayan desarrollado carreras brillantes en el sector privado, lo que sin duda aumentaría la eficacia de lo público y la comprensión de la economía y la empresa por parte de sus responsables. Necesitamos directivos privados que hayan tenido experiencia pública, serian más realistas sobre los límites de lo público y entenderían mejor su misión en defensa del interés general. Y para esto necesitamos que el ejercicio público esté sometido a los máximos controles, pero también al máximo reconocimiento. ¿Qué podríamos esperar de un Consejo de Ministros donde todos sus miembros fueran funcionarios de los altos cuerpos del Estado? Pues lo mismo que esperaríamos si sus miembros solo hubieran tenido carreras políticas: incapacidad para entender la complejidad de España.

Un poco de polémica, pero muy cordial.

También creo firmemente en la profesionalización de la política. Como decía, su complejidad requiere oficio, arte y experiencia, algo que debe ser perfectamente complementario a la pasión e intensidad con la que debemos afrontar los retos de nuestra sociedad. Pero, ¿qué profesional lo es, en una sociedad postindustrial, si desempeña su función siempre en el mismo puesto? Algo que, por cierto, es de aplicación también a los funcionarios. Por tanto, pedir profesionalización en lo público y exigir que los altos cargos sirvan en el mercado, y que los directivos privados tengan experiencia de servicio público, no es contradictorio, sino más bien una posición racional. Lo público y la función política, la gestión de la Administración y la representación institucional, que no es lo mismo pero sirve al mismo ciudadano, deben estar sometidos a criterios de eficacia y de confianza, imposibles de aplicar si obligamos a ciudadanos y directivos privados, por una parte, y a políticos y funcionarios, por otra, a transitar siempre en orillas separadas.

Se pregunta mi querida Elisa, en su interesante reflexión en este mismo espacio, en relación al fenómeno de las puertas giratorias: “¿aumenta el talento disponible en el sector público y en el privado, o más bien es una manera de capturar al regulador o de conseguir una mayor cercanía con el Poder o de ejercer el lobby en sombra?” Y su respuesta, “en un estado de fuertes tintes clientelares”, nos habla de “pandillas de fieles” funcionarios de partidos “que saltan de un cargo público a otro” con más que sobradas dudas sobre su capacitación. ¿Cómo negar la evidencia, precisamente en el país que inventó el “turnismo”?

Pero la desconfianza ante la evidencia de que las cosas funcionan mal no es la respuesta. Hay “fontaneros de partido” tanto o más preparados que altos funcionarios del Estado, pues la política, esa profesión de riesgo, es también una envidiable actividad que, pese a sus miserias, conecta con lo mejor, no solo lo peor, del ser humano. Servir a tu comunidad, la satisfacción de ver cómo lo que ayer eran problemas serios hoy son recuerdos y saber que en algo has contribuido, es algo cuya satisfacción no supera ningún éxito en el sector privado. La respuesta no es cerrar la puerta de la Administración ante la voluntad de colonización de los partidos.



La respuesta es recolonizar los partidos por los ciudadanos. Reprofesionalizar la Administración no pasa por impedir que nuestros altos funcionarios trabajen luego, o hayan trabajado antes, en el sector privado. La respuesta es exigir que lo hagan en unas condiciones en que lo público gane más, que lo privado. Un político profesional no puede ser una persona condenada a estar toda su vida luchando por cargos públicos sucesivos, porque el desprestigio de lo público impida que el sector privado valore sus habilidades y conocimientos. De la misma forma que un directivo, profesional o empleado del sector privado será mejor profesional si ha tenido ocasión de conocer la complejidad de lo público.

¿Cómo mejoramos esto?.

"¿Hay algo peor que la mala política? Sí, su ausencia, la mentalidad antipolítica".

"Estamos haciendo un diagnóstico equivocado de la situación, como si el origen de nuestros males fuera el poder de la política y no su debilidad". No me canso de citar a Innerarity en su obra: "Política en tiempos de indignación".

Necesitamos puertas, puentes y... buenos vigilantes. La desconfianza ante el vigilante no puede llevarnos a dinamitar los puentes. "Es una obligación cívica de primera magnitud que entendamos mejor la política, porque sólo así podemos juzgarla con toda la severidad que se merece"; otra vez Innerarity.

Apuesto por profesionalizar la política, entendiendo profesionalización como lo contrario a estancamiento. También abogo por abrir las puertas entre lo público y lo privado, en beneficio de la sociedad, no del cargo público; por tanto, bajo un severo control. Mi última provocación será defender que no necesitamos una ley que persiga el abuso, sino que necesitamos una ley que busque restablecer la confianza de los ciudadanos respecto de sus cargos públicos. Abundaré: no dudo que tanto el PSOE, en 2006, como el PP, en 2015, pretendieran con sus respectivas iniciativas legislativas desincentivar favores "en diferido"; estoy seguro, además, de que la regulación ha logrado desincentivar comportamientos deshonestos, pero la falta de transparencia en las resoluciones, la falta de independencia del organismo respecto de los cargos analizados, y el limitado ámbito de su actuación (solo afecta a altos cargos de la AGE), han logrado que, incluso en aquellos casos en que la actividad privada se produce tras muchos años de separación de lo público, siempre exista la sospecha.

Necesitamos un comportamiento ejemplarizante, no solo eficiente. Necesitamos saber que nuestros cargos públicos son los primeros que persiguen, como principales perjudicados, el comportamiento deshonesto. "Políticos que controlan a políticos", en acertada expresión del profesor Gómez-Yáñez. Necesitamos una Oficina de Conflictos de Intereses, que responda ante el Parlamento, con un presidente de reconocido prestigio (menos influenciable y removible que un alto funcionario) a quien encarguemos la misión de eliminar sospechas, no solo de evacuar expedientes.

Ayudaría imitar los mejores mecanismos relativos a las denuncias, por lo que esta oficina debe contar con recursos y capacidad de inspección, y también con capacidad de actuar contra quien levanta sospechas infundadas o difama.

Los conflictos de intereses deben resolverse en función del "cursus honorem", revisando los periodos de incompatibilidad, incluso incorporando exclusiones vitalicias en algunos casos, como claramente requiere la actividad de

los expresidentes y algunos ministros, con las correspondientes compensaciones, plenamente al alcance de una sociedad como la española.

Necesitamos ampliar el ámbito de actuación de la Oficina de control de incompatibilidades y conflictos de intereses a quienes tienen capacidad de tomar decisiones públicas relevantes: consejeros independientes en el sector público, altos funcionarios (en especial la inspección, la abogacía del Estado o los comisarios de policía) parlamentarios (como reclama el informe GRECO del Consejo de Europa) y ampliar estas medidas a jueces, fiscales, las administraciones autonómicas y algunos municipios (todo ello, con las debidas cautelas y límites).

La Oficina debería contar con un código ético y el asesoramiento de expertos, y sobre todo con una audaz política de transparencia, aunque proteja cuantos datos de carácter privado sean necesarios. No se trata solo de ser eficaz o, mejor dicho, solo es posible ser eficaz en una sociedad desconfiada cuando se rinden cuentas y se presta atención a las exigencias ciudadanas. Solo así se achica el espacio de la duda y la demagogia.

El fenómeno de las puertas giratorias

Fernando González Barroso
Transparencia Internacional España
fernando.gonzalez@transparencia.org.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3296>

Una mala regulación y un peor desempeño

El fenómeno de las “puertas giratorias” como bien ha señalado Elisa de la Nuez, se caracteriza por un movimiento de entrada y salida del sector privado al público y del público al privado, de personas que han ocupado altas responsabilidades en las instituciones del estado. Principalmente acotados, en nuestro país, a cargos que han ejercido responsabilidades políticas en sectores de actividad económica; tales como la energía, la banca, la construcción, la sanidad, o la defensa. Un sector este último, que aparece poco en la prensa vinculada a estos casos de puertas giratorias pero que a mi juicio es paradigmático del fenómeno, en la persona del actual Ministro de Defensa, Pedro Morenés. Una persona que en las últimas décadas ha ocupado importantes puestos de responsabilidad en los gobiernos de Aznar, como Secretario de Estado de Defensa, y después Secretario de Estado de Seguridad, para finalmente ocupar la máxima responsabilidad ministerial con Rajoy. En el interregno ha ocupado importantes cargos en los consejos de administración de los complejos empresariales del lobby de la defensa. Es conocida y está acreditada su vinculación con MBDA complejo empresarial dedicado a la fabricación de misiles, por poner un ejemplo.

Es cierto que este fenómeno de las “puertas giratorias” no es nuevo en nuestro país, baste recordar que ya el ex presidente Calvo Sotelo ocupó un cargo en el consejo de administración de la antigua FENOSA, o Felipe González miembro del consejo de administración de Gas Natural, y más reciente el ex vice-presidente Rodrigo Rato en Bankia.

Por tanto el fenómeno ni es nuevo, ni privativo de nuestro país, nuestros vecinos están afectados por este mismo problema. Prueba de ello es que un estudio realizado por la OCDE en 2009 sobre el fenómeno del “revolving door” demostró que el 75% de los altos cargos en Reino Unido provenían de la empresa privada; es decir que aprovechaban su paso por el sector público para hacer contactos y conocer el funcionamiento de las administraciones y volvían a sus empresas para seguir vigilando sus intereses. En Francia, ocurre algo parecido, y lo ha llevado al Código Penal, que establece en su art. 432-13 tres años de prisión y una multa de 200.000 euros para aquellos altos responsables públicos que desempeñen actividades privadas vinculadas a su ámbito de decisión política, hasta tal punto que



el Presidente Hollande hizo firmar a todos los miembros de su gabinete un código ético, o deontológico, por el que se comprometían a observar la máxima integridad y honradez en el ejercicio de las responsabilidades públicas; todo ello, para evitar el fenómeno del “pantouflage” y el conflicto de intereses.

En nuestro país lo nuevo es que este fenómeno de las puertas giratorias ha tomado una relevancia especial en el contexto de crisis económica, que ha metamorfoseado en crisis política e institucional, en el que ese “no nos representan” que enarbó el 15 M simbolizaba un divorcio lento que se ha venido produciendo en nuestro país entre las élites políticas y económicas, y el resto de la ciudadanía, que en los momentos más duros de la crisis observaban atónitos como familias humildes incluso mayores, eran desahuciados de sus hogares sin mayor compasión ni respuesta desde las instancias política, sin poder apelar a ningún tipo de justicia en defensa de estas situaciones, mientras los más altos representantes de las instancias políticas encontraban cobijo y suelos suculentos por pertenecer a consejos de administración de grandes empresas que le pagaban por acceder a su agenda de contactos, o bien, devolviendo favores prestados.

Por cierto, no debemos olvidar que este no es un fenómeno exclusivo de la Administración General de Estado, en las Comunidades Autónomas, y en los gobiernos locales, nos encontramos con el mismo problema. Conocido es el caso del ex consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid Juan José Güemes que tras dejar su cargo, pasó a ocupar un puesto relevante en el consejo de administración de Unilabs.

Como refiere Elisa, en España tenemos regulado el conflicto de intereses recientemente la Ley 3/2015 de 30 de marzo, regula el ejercicio de los altos cargos de la Administración General de Estado, de su articulado, cabría resaltar por ejemplo, la creación de la Oficina de Conflicto de Intereses, ubicada en el Ministerio de Economía y Administraciones públicas, órgano encargado de vigilar y controlar el ejercicio profesional y la actividad de los responsables públicos, y de aquellos que proceden del sector privado y pasar a ocupar cargos públicos. Es de señalar, que son dos años el tiempo que debe pasar desde que un cargo público pasa a la actividad privada, no pudiendo ocupar cargo en ninguna empresa perteneciente a un sector sujeto a regulación estatal. Sin embargo, el régimen de sanciones parece insuficiente. La ley trata de frenar el problema, pero deja resquicios suficientes como para que su incumplimiento, en caso de falta grave, tampoco lleve aparejada una sanción realmente importante para el afectado.

Es verdad, que es una materia compleja de regular, de forma que sea posible que el sector público se nutra de personas con competencias, conocimientos y experiencia en sectores complejos, y que su vuelta a la actividad no sea muy lesiva para el afectado de modo que el sector público no tenga capacidad ni atractivo para estos talentos. Pero no es menos cierto, que en un modelo de estado como el nuestro, clientelar y en el que priman las relaciones de confianza y lealtad política sobre los conocimientos y experiencia técnica, el sector público tiene muy limitada esta capacidad. La pregunta sería: ¿cómo permitir una fluidez en estos trasposos entre lo público y lo privado preservando la integridad y honestidad en el ejercicio de cargo público? Probablemente, una vez más, la ley tenga un alcance limitado, pero no despreciable, tener que hablar de cómo favorecer comportamientos éticos y honestos; también en el ejercicio de la actividad privada, porque no olvidemos que las grandes empresas; estas grandes empresas que fichan a los altos cargos, son también las que están en el punto de mira de los grandes casos de corrupción vinculados a la contratación pública; el principal nicho de la corrupción en nuestro país. En este punto, y sin ánimo ni mucho menos de

agotar el debate, se me ocurre, tomando el testigo de lo expresado por Elisa en sus últimas reflexiones, quizás la solución sea la resultante de un conjunto de medidas, entre las que no descartaría el Código Penal, como nuestros amigos franceses, pero también habría que seguir trabajando un aspecto fundamental, cual es el de la profesionalización de la Función Pública Directiva en nuestro país. El Estatuto Básico del Funcionario Público de 2007, ya fue un comienzo para desbrozar este terreno, que parece haber quedado en dique seco consecuencia de las medidas destinadas a la racionalización de las administraciones públicas y su adelgazamiento, en el contexto de crisis y ajuste de los últimos años, pero que más temprano que tarde habrá que retomar porque será una, no la única, pero si una de las palancas de cambio que encauce este problema a niveles más razonables, y limitados. Asimismo, servirá para avanzar en la modernización y necesaria profesionalización de las administraciones, su despolitización. A través de procesos selectivos meritocráticos y de formación en competencias y capacidades de dirección y liderazgo, con una componente fundamental en los aspectos éticos y de integridad en el ejercicio público. De esta forma además se aclarará y sentarían las bases para una relación entre la alta dirección pública, y el nivel político, en base competencia y méritos profesionales, y no lealtades personales o de partido, que ha sido y continúa siendo la tónica general en nuestras administraciones, politizadas hasta unos niveles absolutamente insoportables para la necesaria higiene y legitimidad política e institucional de nuestro sistema político, por no hablar de las importantes distorsiones que ello produce como consecuencia de la ineficacia de unas organizaciones públicas mal dirigidas, y políticas públicas capturadas por los grupos de interés.

Es verdad, se puede objetar, que esta no será la solución definitiva, ni mucho menos, de hecho en Reino Unido donde el nivel de profesionalización de la función pública llega hasta los niveles más altos, continúan padeciendo un importante problema de “revolving door”, además de otros problemas consecuencia de la profesionalización al más alto nivel. Les invito a visualizar la serie de los 80’s “Yes Minister” en uno de los capítulos en tono jocoso se ve cómo un ministro llega a su despacho y depende absolutamente de sus subordinados profesionales para todo, sin haberlos podido elegir, sin ser de su confianza, ni conocer la organización ni sus lógicas, ni haberse sometido a ninguna elección democrática. Sin embargo; este, ahora en nuestro país no es el problema, sino el contrario. Por tanto, esta medida, junto con otras, además de la contundente repulsa y condena social, deben limitar estos comportamientos, hasta niveles mínimos. Mientras tanto, educar a nuestras nuevas generaciones en el aprecio y valoración de lo público, y del interés general, es fundamental como medida preventiva.

RINCÓN DE LECTURAS
BOOK FORUM

El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia. Autores, orígenes y contextos.

Sebastián Escámez Navas

(2014) Universidad Nacional Autónoma de México,
México D.F., 316 pp.

Paloma de la Nuez

Universidad Rey Juan Carlos

paloma.delanuez@urjc.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3297>

No parecen buenos tiempos para el tipo de tolerancia que defiende el autor de este magnífico libro y, como él mismo reconoce, la polisemia del concepto tampoco ayuda mucho. Lo que los ciudadanos entienden hoy en día por tolerancia adquiere a menudo un significado confuso, contradictorio o incluso pervertido, lo que acarrea consecuencias negativas para el ideal liberal sobre el que se sustentan nuestras democracias. Precisamente por eso, trata Sebastián Escámez de encontrar una concepción correcta de la tolerancia; una tarea ardua y difícil para la que el autor se prepara describiendo, analizando y comparando las diferentes teorías que históricamente se han dado de la tolerancia y, sobre todo, las que en las últimas décadas han defendido autores de la talla de I. Berlin, J. Rawls o M. Walzer entre otros.

En este sentido, su libro es también un ejercicio de Historia de las Ideas, en el que mezclando deliberadamente el pasado con el presente se rastrean las huellas históricas del concepto actual de tolerancia, señalando de paso las continuidades o las reinterpretaciones que se han ido produciendo. Y puesto que las sociedades en las que hoy en día más se debate sobre la tolerancia son fundamentalmente las sociedades democráticas que se fundamentan en los principios liberales característicos de la civilización occidental, es sobre todo en la doctrina política liberal, entendida en un sentido amplio, en la que el autor busca respuestas.

La tolerancia está hoy en el centro del debate político. Fundamentalmente por la cada vez mayor diversidad de las sociedades contemporáneas en las que, no solo individuos sino sobre todo colectivos, aspiran no ya a la tolerancia sino a igual respeto y consideración; al reconocimiento de sus diferentes identidades grupales, a que se reconozca públicamente el valor de otras formas de vida. Y es esta politización de las identidades, lo que ha hecho replantearse a la filosofía política contemporánea hasta qué punto la tolerancia entendida como un mal menor: soportar al que no nos gusta en aras de la estabilidad y la paz social (lo que ahora se llama tolerancia negativa o pasiva porque se abstiene de intervenir y de hacer nada), continúa siendo adecuada para la convivencia en sociedades donde ya no existe una fuerte homogeneidad cultural.



De hecho, algunos ni siquiera quieren ya usar el término tolerancia; un término que encuentran sin sentido en un Estado de Derecho. Hablar de tolerancia sería anacrónico, ominoso e inadmisibles porque en un Estado Democrático de Derecho todos tenemos igual dignidad y los mismos derechos y libertades. Además, se denuncia que la misma idea de tolerancia es eurocéntrica, otra manifestación más de imposición cultural: el que soporta es el que tiene el poder de hacerlo. En realidad, como ya advirtiera Goethe, “todo el que tolera, ofende”.

Pero al ser el pluralismo actual un pluralismo sobre todo identitario, la cuestión que se plantea ahora es la de hasta qué punto la exigencia de ese reconocimiento es compatible con una democracia liberal, sobre todo cuando -como señala el autor de este libro- el individualismo consustancial al liberalismo se ha exacerbado considerablemente. Como señala S. Escámez, el individualismo se entiende hoy en día como la exigencia de que se respeten todos los puntos de vista, todo lo que uno diga y haga sin necesidad de ofrecer argumentos racionales. Tolerancia significa así que nadie se atreva a enjuiciar las creencias de nadie y que haya que aceptar las opiniones ajenas sin razón ni reflexión. La posición central del individuo, reforzada por un tipo de capitalismo desregularizado y flexible, impone el relativismo: todo vale y todo es respetable y, como no hay debate ni discusión, la democracia se convierte en un agregado de las preferencias que se revelan en los sondeos y en las encuestas.

Nos encontramos entonces con una tolerancia gregaria muy vinculada al auge de la sociedad de masas que el autor no duda en denunciar como exaltación de la mediocridad, siguiendo en este punto muy de cerca a J. Stuart Mill porque, en definitiva, no se trata de proteger creencias o convicciones profundas, sino de respetar estilos de vida, cambiantes y superficiales sobre los que no se debe discutir ni argumentar. De este modo, la tolerancia se convierte en algo banal.

A todo ello se suma, en una especie de vuelta al Romanticismo, la celebración actual de todo lo emocional. El redescubrimiento de las emociones en las ciencias humanas influye poderosamente en ese abandono del racionalismo moral que ha influido tanto en la teoría política de las últimas décadas. Ahora lo que hay que tolerar son las emociones del ciudadano como si todos los afectos fueran lo mismo (la ira, la compasión, el amor, el odio...). El descubrimiento (o redescubrimiento) del ciudadano sentimental, la recuperación de las pasiones, las emociones y los sentimientos para la vida pública, incluida la deliberación democrática sobre leyes o políticas públicas, margina esa filosofía moral abstracta y racionalista a la que parece adherirse Escámez. Y eso en el mejor de los casos, porque el “giro afectivo” que se ha producido en las ciencias sociales y que ha llegado también a la teoría política, implica en muchos casos el convencimiento de que las personas forman sus juicios, creencias y opiniones políticas condicionados -sino determinados- por sus afectos, conscientes o no. Se habría, pues, sobrevalorado el papel de la razón en la ética y la política. En realidad, las opiniones políticas no serían más que la expresión de puras preferencias personales e incluso elegir, por ejemplo, entre democracia o despotismo o entre nacionalismo y cosmopolitismo, sería una cuestión de gustos personales que son siempre singulares y subjetivos.

En vista de esta situación, nuestro autor busca la posición normativa que mejor puede justificar la tolerancia, tratando de recuperar un concepto legítimo y eficaz. Para ello, su guía y mentor será el filósofo de Harvard J. Rawls del que conoce su pensamiento en profundidad. Como él mismo reconoce, Berlin, Walzer o

Rorty no le convencen tanto. Sin embargo, en algunos aspectos se separa también de las tesis rawlsianas, porque considera que su defensa de la tolerancia no debe apoyarse tanto en que el liberalismo constituya nuestra tradición y nuestra cultura política, sino en que se apoya en argumentos que pueden persuadirnos a todos. En sus propias palabras: “La fuerza normativa de la cultura liberal no le viene dada, en última instancia, por su carácter de una tradición de una comunidad política particular; sino por integrar un conjunto de ideas y valores que los miembros de una sociedad moderna puedan compartir a pesar de sus diferencias”.

Escámez recuerda que en el pensamiento de J. Rawls, la tolerancia es tanto una virtud que se le presupone a los ciudadanos, incluso con anterioridad a la elección de los principios de justicia, como un principio de legitimidad. Esa predisposición a la tolerancia es fundamental para conseguir la justificación de un orden político estable sin necesidad de compromisos metafísicos entre visiones comprensivas incompatibles. Los ciudadanos de Rawls son respetuosos y razonables, cumplen con el deber de civilidad que consiste, entre otras cosas, en escuchar al que no piensa como nosotros, admitir las cargas del juicio y evaluar sus razones ecuanímente. Como se ve, Rawls es optimista. Confía en el diálogo, el acuerdo y la reciprocidad porque sus ciudadanos valoran la libertad para llevar a cabo un proyecto racional y ético de vida. Ahí es nada.

Escámez también confía en el ideario liberal democrático y en esa capacidad de integración que permite combinar coexistencia y diferencia. Cree, a la manera habermasiana, en las virtudes de la deliberación y del compromiso. Para él, el racionalismo dialógico es una virtud. Adquirir convicciones consciente y reflexivamente, así como estar dispuesto a revisarlas y a tener en cuenta todos los puntos de vista manifestados públicamente, fomenta una práctica razonable de la tolerancia. En realidad, su ideal es un Estado social y democrático de derecho, deliberativo, lo que supone mantener un orden político justo en el que se proteja la libertad de los ciudadanos dejando espacio para la crítica. Un Estado de corte socialdemócrata que exige acciones dirigidas a generar una situación de respeto por las diferencias humanas en condiciones de igualdad material y simbólica.

Todo esto suena muy bien. El problema -como se ha señalado a menudo- es que esta concepción de la tolerancia parte de unas premisas previas que son, cuanto menos, difíciles de contrastar. Confiar en que los individuos son o desean ser reflexivos y racionales, dispuestos a someter a crítica y revisión sus convicciones más queridas, a escuchar a los que no opinan como ellos, siempre en un entorno de respeto y racionalidad, parece más un deseo que una realidad. No sabemos cuántos ciudadanos existen de verdad con esas características, ni si son así sus representantes políticos, pero tenemos sobradas razones (algunas extraídas de la experiencia política española reciente) para dudar de que los ciudadanos y/o sus representantes sean capaces de ponerse en el lugar del otro, debatir, deliberar y llegar a acuerdos razonables si éstos no responden plenamente a sus intereses. Pensemos, sin ir más lejos, en situaciones de la vida cotidiana como una reunión de vecinos o una reunión de padres en un colegio... Incluso parece ser que los experimentos llevados a cabo para poner en práctica las tesis de la democracia deliberativa no han dado los resultados esperados.

Por eso, quizás sea más realista confiar más (al estilo de un liberalismo de corte escéptico y pragmático), en las leyes, las instituciones y los valores compartidos que en las supuestas virtudes ciudadanas. Además, no se entiende muy bien por qué en una época de “tolerancia gregaria”, esas mismas personas individualistas y narcisistas que reclaman el respeto al estilo de vida de cada cual sin necesidad de dar argumentos y razones, van a estar dispuestas a llevar a cabo

ese ejercicio de racionalidad y virtud cívica y moral que exige, por ejemplo, la teoría de John Rawls.

Otra cuestión problemática muchas veces discutida, es la de si este tipo de tolerancia es válida solo para un modelo de sociedad con una cultura política determinada y si por eso mismo es imposible que los que no comparten esa cultura política, aunque vivan en nuestras sociedades, acepten una tolerancia cuyo valor ni comprenden ni comparten. Los individuos pueden preferir una vida devota o el sentido de pertenencia y lealtad al grupo, que el ser una persona razonable y libre que entiende la tolerancia como la exigencia de no intervenir “contra ideas y prácticas que lesionan razonablemente nuestras convicciones”.

Porque no es cualquier filosofía, sino la filosofía política liberal, la que une la tolerancia con la autorreflexión y la autonomía. Su concepción de una vida humana buena es aquella en la que el valor principal es la autonomía personal: la vida valiosa consiste en ser un individuo autónomo; un individuo libre, racional, y razonable que evalúa y revisa sus concepciones del bien y que ejerce su responsabilidad para hacerse cargo de su vida.

Pero como dirían los comunitaristas, la autonomía también es fruto de una comunidad cultural. Es la forma de vida liberal la que presupone que se adquieren las creencias consciente y reflexivamente; la que asume que el tolerante está dispuesto a superar prejuicios irracionales, aunque también podría cuestionarse - como de hecho ocurre-, qué idea de razón se defiende y qué se entiende por razonable porque, al final, parece que lo razonable es lo liberal y que incluso la normatividad humana mínima parece identificarse básicamente con los valores liberales, como si los valores humanos comunes mínimos fueran los de la tradición occidental.

Por eso, en la teoría de Rawls, el Estado liberal puede alentar legítimamente determinados estilos de vida y desalentar o excluir otros, como los que entran en conflicto directo con los principios de justicia porque defiendan, por ejemplo, la discriminación o la represión de las personas. También en el caso de religiones que sólo pueden mantener su concepción del bien controlando la maquinaria estatal y ejerciendo la intolerancia, debe quedar claro que “tal religión dejaría de existir en la sociedad bien ordenada del liberalismo político”.

Sin embargo, también afirma Rawls que la justicia como equidad respeta las pretensiones de quienes de acuerdo con su religión desean huir del mundo moderno, pero siempre en el supuesto de que “quienes lo hagan reconozcan los principios de la concepción política de la justicia y aprecien sus ideales políticos de la persona y la sociedad”. El liberalismo político podría exigir incluso que “la educación de los hijos incluyera cosas tales como el conocimiento de sus derechos constitucionales” porque se debe garantizar que nadie sea ignorante de sus derechos básicos.

Es difícil no ver en este caso que el Estado liberal, supuestamente neutral, promueve en realidad los valores básicos del liberalismo y, entre ellos, el de la tolerancia y, por eso, se considera legítimo estimular su adquisición y promoverla a través de la educación, las leyes y las instituciones. La educación moral es una educación para la autonomía.

En definitiva, la estructura básica de un régimen constitucional “se formula en términos de ciertas ideas intuitivas fundamentales que se consideran latentes en la

cultura política de una sociedad democrática”. Se afirme o no explícitamente, parece claro que se asume que la forma de vida liberal es preferible.

Sebastián Escámez no elude estas cuestiones. Conoce en profundidad el tema y la vasta literatura que ha generado y, a pesar de la cantidad de autores, temas e ideas de los que se ocupan sus páginas, el libro está muy bien estructurado y muy bien escrito, aunque quizás se eche un poco de menos que en su análisis profundo y meditado se encuentren pocos ejemplos de casos concretos que seguramente ayudarían a comprender mejor las consecuencias de las diferentes teorías sobre la tolerancia.

Aquellos que se dedican a la Historia de las ideas saben que tarde o temprano éstas deberán enfrentarse con la realidad. Por eso, iremos concluyendo este texto con la noticia recogida hace unos meses en la prensa, relativa a un colegio de una ciudad europea que ha eximido a dos niños (varones) de darle la mano a la profesora (a modo de saludo obligatorio al comenzar las clases), porque su religión les prohíbe dar la mano a una mujer. No pueden tocar a ninguna que no sea su futura esposa, pero a los profesores varones sí les saludan.

¿Qué deberíamos hacer en este caso? ¿El rechazo de los niños a dar la mano a la profesora ha de tomarse como una manifestación de que su religión no pertenece a las doctrinas comprensivas razonables y que, por lo tanto, no debe ser tolerada? ¿Viola esa religión derechos fundamentales básicos? ¿Va en contra de la dignidad de la profesora y de las otras niñas de la clase? ¿Se viola el imperativo kantiano de no hacer lo que rebaja a otros cuando se niega el saludo al profesor porque es una mujer? ¿Pueden esas actitudes cumplir con el deber cívico de justificar las posiciones de manera aceptable por el conjunto de los ciudadanos? ¿Estarán dispuestos los padres de esos niños o la comunidad religiosa a la que pertenecen, a revisar reflexiva y críticamente su actitud frente a la profesora? ¿O somos nosotros los que debemos hacerlo? ¿Por qué habrían de querer ellos relativizar sus convicciones o revisar el valor de sus ideas morales? ¿Y por qué nosotros sí? Lo que parece que ocurre más a menudo es que no se aplica un criterio claro y distinto para resolver estos dilemas, sino que acaban siendo los jueces los que deciden caso por caso.

Como muy bien se dice en el texto que comentamos, hay que asumir que el orden político no se puede ajustar por entero a los valores que uno sustenta. Por eso, la tolerancia exige reciprocidad. I. Berlin añadía, además, que debíamos ejercer la “comprensión imaginativa”, que teníamos que intentar entender la prioridad que los que no son como nosotros otorgan a sus valores. Lo que ocurre es que al lector le da la impresión de que ésa es una actitud que solo se le exige a los que precisamente la defienden, como si los valores prioritarios de los otros fueran más valiosos que los que son prioritarios para nosotros. Como si la dignidad y la libertad, por ejemplo, no fueran valores primordiales para nuestra cultura política y nuestra identidad personal, y cuyo logro ha sido muy a menudo el resultado de mucho tiempo, esfuerzo y sufrimiento. Las mujeres, también en las sociedades liberales que acogen a otras culturas, tienen derecho a exigirles a éstas igual respeto e igual reconocimiento. Como escribiera W. Whitman, citado por M. Nussbaum, “quien degrada a otro, me degrada a mí”.

Es muy comprensible que, sobre todo para los filósofos y pensadores que se dedican a la teoría, la tolerancia negativa o prudencial no suscite gran entusiasmo moral, pues es cierto que tolerar a otro que nos disgusta no exige nada más que abstenerse de intervenir y uno puede seguir viviendo cómodamente con sus prejuicios. Este tipo de tolerancia estratégica - como la que defiende J. Gray, más

escéptico y por lo tanto más conservador- que se conforma con un *modus vivendi* que no exige virtudes ideales a los ciudadanos, consigue, como mucho, llegar a ciertos acuerdos o compromisos, pero permite la convivencia pacífica, que no es poco. Pensemos en el gran avance que supuso la defensa de ese tipo de tolerancia durante las guerras de religión en Europa. Que se dejara de perseguir, torturar y asesinar por motivos religiosos, aunque se dejara de hacerlo por razones políticas o pragmáticas y no tanto porque se escuchasen las voces de los defensores de la paz y la libertad de conciencia, puede que no sea el ideal al que debemos aspirar, pero para el que va a dejar de ser una víctima potencial de la tortura y el asesinato, es desde luego un gran avance. A todos nos gustaría que los demás comprendieran, aprobaran y respetaran nuestras creencias y nuestro ideal de vida, que fueran capaces de ponerse en nuestro lugar y cuestionarse críticamente sus convicciones, pero como probablemente conseguir ese objetivo requiera aun de mucho tiempo, no está de más que, mientras tanto, valoremos ese tipo de tolerancia negativa que separa lo público de lo privado y que, si somos sinceros, es la que la mayoría de nosotros practicamos en nuestra vida diaria casi sin darnos cuenta.

Algunos autores como M. Walzer creen que la tolerancia varía según las comunidades y que no existe un valor universal al margen del contexto. Es esta otra cuestión muy debatida en la literatura: si existe o no un mínimo código moral universal que haga posible un gran acuerdo sobre el fundamento de la tolerancia y sobre lo que debe o no ser tolerado. Sin embargo, si una tradición concreta y particular como la tradición occidental es la que, no sin muchos problemas, ha conseguido establecer un modelo de convivencia pacífica que resulta eficaz y que ofrece muchas ventajas (ventajas por las que, por cierto, buscan vivir en esas sociedades gentes de otros lugares del planeta), no deberíamos cuestionarla -como hacen algunos- por su origen, sino plantearnos si los efectos de ese tipo de tolerancia son positivos para cualquier ser humano venga de donde venga. Puede que la fuerza normativa de la cultura liberal no le venga dada por ser una tradición de una comunidad política particular, sino por integrar ideas y valores que todos los miembros de una sociedad moderna puedan compartir, pero el que deba su origen a una tradición particular tampoco debería ser ningún problema. No deberíamos rechazar los logros que la humanidad ha conseguido, sobre todo en el terreno de la dignidad, los derechos y las libertades individuales, porque sean el producto de una u otra cultura o civilización. Si todos los seres humanos tienen la capacidad de sufrir, si abominan de la crueldad (en palabras de Rorty), el que la tolerancia sea debida a unos u otros no debería ser en absoluto lo más importante.

En fin, son éstas cuestiones difíciles y complicadas, pero por ello precisamente el libro de Sebastián Escámez está llamado a convertirse en una referencia fundamental para todo aquel que quiera profundizar sobre estos temas. Un libro que, además de ofrecer una exposición crítica y una revisión histórica del concepto de tolerancia, deja entrever unas convicciones y unas aspiraciones morales basadas en su compromiso con la defensa de la tolerancia como virtud y en su confianza en que es posible discrepar razonablemente sobre las distintas visiones del mundo.

RINCÓN DE LECTURAS
BOOK FORUM

El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia. Autores, orígenes y contextos.

Sebastián Escámez Navas

(2014) Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 316 pp.

Las razones de la tolerancia y liberalismo¹

Manuel Toscano Méndez

Universidad de Málaga

mtoscano@uma.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3298>

Resulta un truismo afirmar que la tolerancia es uno de los valores máspreciados de nuestras sociedades democráticas y pluralistas. Se trata además de un concepto que, al igual que la libertad individual, está indisolublemente vinculado a la tradición de pensamiento liberal, hasta el punto de que muchos ven en los debates históricos sobre la tolerancia religiosa una de las raíces señeras del liberalismo. Todo ello, sin embargo, es perfectamente compatible con la existencia de importantes desacuerdos sobre el significado de la tolerancia, las diferentes formas en que cabe justificarla o sus límites. Como señalaba David Heyd hace algunos años, nuestra celebración del valor de la tolerancia no viene acompañada por una confianza filosófica comparable en cuanto a su comprensión (Heyd, 1996, p.3).

Por ello hay que valorar la oportunidad e interés del libro de Sebastián Escámez, *El pensamiento liberal contemporáneo sobre tolerancia*. Como bien señala Fernando Vallespín en el Prólogo, se trata del estudio más completo del que disponemos en español sobre un tema tan controvertido e intrincado. Es un trabajo ciertamente ambicioso, que prácticamente no deja sin tratar ninguna de las cuestiones o aspectos relevantes (históricos, conceptuales, sociológicos o normativos) que encontramos en la extensa literatura sobre la tolerancia. Así, en el capítulo primero rastrea la génesis histórica de las ideas liberales de tolerancia, mientras que en el segundo realiza un análisis conceptual que se abre paso a través de la profusa polisemia del término. En los capítulos tercero y cuarto se pregunta si la tolerancia tiene sentido en el Estado social y democrático de Derecho y aborda los nuevos retos a los que se enfrenta en las condiciones sociológicas de la modernidad tardía. Y en los cuatro capítulos que conforman la tercera parte del libro examina el papel de la tolerancia en la reflexión de destacados pensadores liberales contemporáneos, como Isaiah Berlin, Michael Walzer, Richard Rorty, John Gray y,

¹ Agradezco a Isabel Wences y al equipo editorial de *Eunomía* la amable invitación a participar en la discusión sobre el libro de Sebastián Escámez en la sección Book forum de la revista. Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación I+D *Civic Constellation II: Debating Democracy and Rights* (FFI2014-52703-P).

last but not least, John Rawls. Los que hemos seguido la trayectoria académica de Sebastián Escámez, sabemos hasta qué punto este libro es un proyecto largamente meditado, ajeno a las urgencias hoy tan frecuentes en muchas publicaciones, y confeccionado con rigor y cuidado. Aunque la obra ofrece una rica panorámica de problemas, debates y autores sobre la tolerancia, Escámez no se limita a exponer los puntos de vistas de los autores tratados, sino que entra en discusión crítica con ellos y presenta al lector un balance con los mejores argumentos para comprender el sentido y el valor de la tolerancia.

No es casualidad que el libro termine con Rawls, pues Escámez está más cerca del liberalismo político rawlsiano que de ningún otro planteamiento liberal actual (2014, p. 99); si bien ello no es obstáculo para que exponga algunas reservas críticas en relación con las ideas del así llamado segundo Rawls. Tales críticas son significativas, pues apuntan a lo que Escámez considera la mejor justificación de la tolerancia. Lo llamativo es que esa justificación dialógica conduce a Habermas antes que a Rawls. Por eso, es pertinente preguntarse si otras versiones del liberalismo, que tratan de conjugar el pluralismo de valores con el ideal de autonomía personal, como es el caso del liberalismo perfeccionista de Joseph Raz, son adecuadamente consideradas en el libro.

Si tuviera que señalar el capítulo central del libro, destacaría el segundo, pues allí persigue los objetivos cruciales para una teoría de la tolerancia: de una parte, poner orden y claridad en la diversidad de significados asociados al término tolerancia; y, por otra, fijar una posición acerca de cómo justificar la tolerancia y dónde trazar sus límites (2014, p. 79). Este segundo objetivo adelanta la discusión de la tercera parte, pues la posición adoptada acerca de la justificación le servirá después como piedra de toque a la hora de examinar los diferentes planteamientos liberales contemporáneos en torno a la tolerancia.

Un libro de esta enjundia inevitablemente abre interrogantes y suscita dudas sobre los que valdría la pena discutir por extenso. Dada su variedad temática, hay muchos detalles interesantes aquí y allá que merecerían atención, ya sea en el recorrido histórico, en el análisis conceptual, en las consideraciones jurídicas o sociológicas, o en la discusión normativa, pero en los que es imposible detenerse. Por razones de espacio, centraré mis comentarios en unos pocos puntos que me parecen de especial relevancia. En primer lugar, me ocuparé del sentido de la tolerancia que desarrolla en ese capítulo segundo y para ello desarrollaré la discusión en torno a las llamadas “circunstancias de la justicia”. Entre ellas destacaré la importancia de la ponderación de razones como la clave para entender la virtud y también la forma que cobra todo principio de tolerancia. Por último, me ocuparé del tratamiento que el libro da al liberalismo perfeccionista propuesto por Joseph Raz y argumentaré que constituye una de las principales debilidades de esta obra, por lo demás muy meritoria.

1. Las circunstancias de la tolerancia

Para clarificar la noción de tolerancia Escámez aborda la tarea de tres modos distintos. Por una parte, al comienzo del capítulo, delinea algunos de los desarrollos contemporáneos en la evolución del concepto hacia una interpretación más generosa o positiva, a la que se adhiere, o su asociación con las demandas de reconocimiento sobre lo que se muestra más cauto. Esos nuevos usos de la tolerancia, o la complicada polisemia del término, remiten a diferentes experiencias históricas y casos típicos de diversidad y conflicto. Como bien argumenta a lo largo del libro, no es lo mismo la tolerancia de dogmas y cultos religiosos, allí donde el poder político estaba vinculado a una confesión religiosa y basa sobre su ella su

legitimidad, que los conflictos que las identidades colectivas y prácticas culturales, o la diversidad de estilos de vida, generan en un sistema constitucional democrático, que garantiza iguales derechos a sus ciudadanos. En segundo lugar, Escámez considera de gran interés distinguir entre la tolerancia como virtud, como principio político y como práctica social. Por último, lleva a cabo la habitual discusión sobre lo que en la literatura especializada se llaman “las circunstancias de la tolerancia”. Se trata de examinar las condiciones que han de cumplirse para que estrictamente podamos calificar una conducta o actitud como tolerante. Curiosamente Escámez deja para el final esta discusión, siendo la forma habitual de proceder en el análisis del concepto, y por ella me gustaría comenzar.

En la terminología que emplean los filósofos morales, la tolerancia es un “concepto denso” (*thick*), con un claro sentido valorativo y unas condiciones fácticas de aplicación. Las circunstancias de la tolerancia tratan de formular esas condiciones específicas de uso. Esas condiciones admiten diferentes interpretaciones, por lo que bien cabe hablar de diferentes concepciones del concepto de tolerancia, como Escámez recuerda en la introducción (Forst, 2013, p.17 y ss.). Según explica, las cuatro circunstancias siguientes tendrían que concurrir para hablar de tolerancia: 1) la existencia de diversidad social; 2) la lesión de una convicción; 3) la competencia adecuada de quien tolera; y 4) la ponderación de razones. Conviene puntualizar que tales circunstancias servirían para definir propiamente la virtud de la tolerancia y también la práctica, según nos dice, pero sólo de manera tangencial tendrían que ver con la tolerancia en tanto que principio (p.121). No lo veo tan claro y por ello empezaré por la virtud.

Cabe enunciar con algo más de parsimonia esas circunstancias. Así decimos de un agente A que tolera X si: a) A tiene un juicio desfavorable o negativo sobre X que justifica su rechazo o disgusto; b) A tiene la capacidad de actuar de algún modo en contra de X; c) pero se abstiene de hacerlo y, por tanto, permite X de acuerdo con alguna razón que prevalece sobre la que justifica el rechazo. Hay varios puntos que quisiera considerar a continuación. El primer elemento necesario sería el juicio negativo sobre X y el rechazo que justifica, lo que supone obviamente diferencias de opinión o comportamiento entre quien tolera y quien es tolerado. Conviene preguntarse por el carácter de ese juicio desfavorable o cómo de importantes han de ser las razones para el rechazo, un asunto controvertido en la literatura. Además, señalaré que la noción de competencia es ambigua aquí. Y, por último, sostendré que la clave de la tolerancia como virtud estriba en el balance de razones que justifica que A permita X. Precisamente la ponderación de razones que justifica la tolerancia permite ver mejor la relación entre virtud y principio.

Las dos primeras circunstancias no pueden darse por separado y cabe refundirlas en una sola, puesto que sólo aquellas diferencias que provocan desaprobación, disgusto o rechazo pueden dar lugar a la tolerancia. Aquello que se tolera, X, se define siempre por un juicio negativo y es visto por quien tolera como algo equivocado, indeseable o deficiente; es decir, malo en algún sentido. Además, ese juicio negativo tiene carácter práctico, es decir, da al agente razones para una cierta gama de posibles acciones en contra de X: entre otras, para rechazar, condenar, oponerse, impedir, prohibir, perseguir o castigar X, según el caso. Ese juicio desfavorable, junto con las razones para actuar que implica, es lo que Escámez trata de captar al hablar de “lesión de una convicción” o “convicción herida” (p.123). Confieso que ese tipo de expresiones figuradas nunca me han convencido, a pesar de ser habituales la literatura (por ejemplo, Schmidt, 1992), pues pueden llevar a una visión innecesariamente estrecha de la tolerancia. El juicio negativo bien puede aparecer implícito en una actitud o sentimiento de rechazo, si entendemos que actitudes y emociones tienen un contenido cognitivo y, lejos de ser

meras reacciones favorables o desfavorables, responden a razones. Y, sobre todo, ¿por qué deberíamos suponer que el juicio negativo o la actitud desfavorable tienen que ver únicamente con creencias morales o convicciones de valor de especial significación para el agente?

Aquí encontramos una de las controversias clave a la hora de interpretar las condiciones de la tolerancia: si el juicio negativo ha de responder a las convicciones morales de quien tolera, de modo que otras consideraciones, de gusto, afecto o inclinación, por ejemplo, serían irrelevantes. Por una parte, cabe argüir que las relaciones interpersonales ofrecen abundantes ocasiones para la tolerancia que no dependen estrictamente de un juicio moral, como sucede con la indumentaria estrafalaria del yerno en el famoso ejemplo de Mary Warnock. Si no, reduciríamos considerablemente el ámbito de la tolerancia, especialmente en lo que se refiere a la vida cotidiana. En sentido contrario, cabe alegar, como recuerda Escámez, una de las paradojas célebres en torno a la tolerancia, la del racista tolerante. De acuerdo con la cual, una persona sería considerada más tolerante cuantos más prejuicios o más fuertes sean sus sentimientos de rechazo a otros, con tal de que se contenga de actuar por ellos.

La posición de Escámez ante esta polémica muestra cierta ambivalencia. Por un lado, no quiere estrechar excesivamente el ámbito de la tolerancia; por otro, entiende que la paradoja u objeción del racista tolerante es del todo pertinente si queremos hablar de la tolerancia como una virtud o ideal moral. Finalmente, pesa más esto último y por ello defiende como requisito de la tolerancia que “no estemos ante la lesión de una convicción incorrecta” (p.127); o dicho de otro modo, que el juicio negativo sobre lo tolerado sea verdadero, apropiado o correcto. Me temo que en la discusión se están mezclando dos cosas distintas: una cosa es la clase de juicio de que se trate y otra muy distinta si el juicio, de la clase que sea, es válido o está justificado. Las convicciones del racista pueden ser de gran importancia para él, no una mera inclinación, y estar bien arraigadas en su visión moral o religiosa del mundo, si piensa por ejemplo que Dios ordena que las razas no se mezclen; sin embargo, está equivocado. La opinión de Warnock sobre la facha con la que se presenta su yerno, en cambio, puede ser acertada, aunque verse sobre un asunto relativamente trivial. Como he sostenido en otro lugar, lo que importa no es tanto el *tipo de consideraciones* que justifican el rechazo como el hecho de que las consideraciones en cuestión *justifiquen* el rechazo (Toscano, 2000).

Otras cosas confluyen en esta confusión. En algún caso se debe a un error grosero, como cuando Nicholson afirma que “los sentimientos no están moralmente fundados y no pueden ser el fundamento de ninguna posición moral”. Si lo segundo es ciertamente controvertido, lo primero es hoy difícilmente sostenible y es lo que importa en la presente discusión. En términos generales, el error consistiría en pensar que sentimientos, actitudes o deseos carecen de contenido cognitivo como las creencias y por tanto no responden a juicios o razones. También juega un papel la idea de que podemos trazar una línea divisoria clara entre consideraciones morales y otras consideraciones de valor, lo que está lejos de estar claro a la luz de las enormes dificultades que encuentran los filósofos morales para establecer tal separación. No es sólo que cualquier forma de trazar la demarcación depende de alguna teoría ética y en consecuencia es filosóficamente controvertida, sino que resulta controvertida de un modo más radical, puesto que hay perspectivas filosóficas que niegan la posibilidad misma de aislar las consideraciones morales como tales. No es cuestión de desarrollar aquí un asunto tan intrincado, pero sí de señalar que afecta a ciertas cosas que se dicen sobre la tolerancia, por ejemplo cuando se marca el contraste entre justificaciones prudenciales y propiamente morales, algo a lo que no es ajeno el planteamiento general de Escámez.

Por último, atendiendo a ejemplos de la vida cotidiana, podríamos preguntarnos si en algunos casos lo que toleramos en los demás no son conductas inmorales, sino que nuestro juicio desfavorable apunta a ciertas deficiencias. Torpezas, falta de habilidad, pequeñas manías, hábitos irritantes, despistes y un largo etcétera podrían entrar aquí. Pensemos en el colega que se alarga sin medida en sus intervenciones orales para exasperación de los presentes, o en la afición al tabaco de nuestra pareja. En este punto las fronteras entre la tolerancia, la paciencia, la resignación o la condescendencia no son fáciles de trazar. Ciertamente esto viene a señalar el carácter vago o la textura abierta del concepto de tolerancia, en la medida en que, junto a los casos claros, centrales o típicos, de tolerancia, hay que considerar una franja de casos inciertos o dudosos en los que, a pesar de conocer los hechos pertinentes, no sabemos si el concepto se aplica o no². Tampoco debería sorprendernos que los contornos de la tolerancia resulten borrosos o inciertos, puesto que es un rasgo habitual de los conceptos valorativos y endémico en el lenguaje ordinario³.

Si pasamos a la tercera circunstancia, Escámez explica que el agente que tolera ha de tener la “competencia adecuada” para ello. Vista así, con ella se refiere a la relación normativa de quien tolera con quien es tolerado, si es competente para actuar en contra de lo tolerado, ya sea prohibiéndolo, impidiéndolo, castigándolo o de alguna otra forma. En este sentido podría hablarse de si el agente que tolera tiene *derecho* a intervenir en contra de lo que rechaza, si no fuera porque bajo el término “derecho” cabe entender cosas distintas y se presta a equívoco, como sabemos desde Hohfeld. En cambio, otros autores han puesto simplemente como condición que “la persona que tolera ha de tener el poder de interferir, influir o suprimir la práctica ofensiva” (Mendus 1989, p.9), o “está en condiciones de no ser tolerante” (Schmidt, 1992, p.79). El propio Escámez pasa después a hablar bien de la capacidad para obstaculizar o impedir, o del poder para hacerlo (pp.129-130), con lo que alimenta la ambigüedad entre ambas interpretaciones. Poder (*power*) puede entenderse estrictamente como la facultad o potestad para alterar los derechos u obligaciones de otros agentes (o de uno mismo); por tanto, como una posición normativa o derecho en sentido hohfeldiano, de segundo orden, que está implicado necesariamente en actos normativos como prohibir o castigar. Tales poderes normativos pueden ser tanto públicos, si pensamos en un juez o una legislatura, como privados, como en el caso de las promesas. Y también puede tomarse en un sentido descriptivo como la mera capacidad de actuar contra otro agente o influir sobre él de algún modo. Así lo vemos cuando escribe: “El poder no sólo se manifiesta en la capacidad directa de prohibir o permitir una conducta. También es poder la facultad que un actor individual tiene para, potencialmente, condicionar el comportamiento de otros agentes mediante su influencia (...)” (p.130). Como es obvio, uno puede tener el poder de influir sobre otros, impidiéndoles *de facto* actuar como quieren, sin por ello tener la competencia normativa o el derecho a hacerlo.

Este asunto del poder o la competencia normativa tiene importancia si reparamos en que, como se ha dicho, quien tolera tiene razones para una gama variada de acciones en contra de aquello que se tolera. Como ha señalado entre otros Joseph Raz (1986, 1987), los autores liberales han centrado justificadamente su atención en el uso de la coacción; y así sucede cuando hablamos de perseguir, castigar, prohibir, etc. No es posible subestimar la importancia histórica que ha tenido la regulación de la coacción y el uso de la fuerza en la historia de la

² Por poner otro tipo de casos dudosos, cabe preguntarse si uno puede ser tolerante con sus propios defectos o comportamiento, una cuestión que parece chocante puesto que la literatura se centra en las relaciones interpersonales o intergrupales.

³ Sobre los fenómenos de vaguedad y textura abierta, cfr. Toscano, 2015.

tolerancia, pues basta con pensar en la persecución de herejes siglos atrás o la despenalización de la homosexualidad y otras conductas sexuales en los años sesenta y setenta del siglo XX. Sin embargo, como se ve bien en muchas formas cotidianas de intolerancia, hay otros modos de manifestar el rechazo o la hostilidad que no pasan por el empleo de la fuerza o la coacción. El caso de la homosexualidad puede ser ilustrativo. Recordemos que, en el conocido debate entre H. L. A. Hart y Patrick Devlin sobre la despenalización de la homosexualidad y la prostitución, el segundo identificaba el rechazo moral de la sociedad con la expresión de los sentimientos de intolerancia, indignación y asco por parte del hombre de la calle (Hart, 1959). Por supuesto, la fuerza de la ley y la amenaza de castigo que representa pueden causar mucho sufrimiento a las personas, como explicó Hart elocuentemente. Pero incluso sin ella, esas manifestaciones sociales de rechazo, aversión o indignación, a las que cabe añadir otras expresiones ofensivas, de menosprecio o humillación, pueden tener graves costes para quien los sufre, creando un entorno opresivo y hostil.

Si la tolerancia supone contener una intolerancia previa o sobreponerse al rechazo, como suele decirse, es importante contemplar el abanico de posibles acciones a restringir, según las circunstancias. Hay casos centrales y claros como la coacción o el recurso a la violencia; otras manifestaciones de rechazo, sin embargo, nos acercan a la franja de casos dudosos a la que antes nos referíamos al hablar de la textura abierta del concepto. Y se trata de un aspecto ciertamente importante para Escámez al menos por dos razones. Primero porque es sensible a las nuevas formas de diversidad social en nuestras sociedades tardomodernas, que se expresan a través la multiplicidad de estilos de vida y experiencias vitales, de un lado; y de otro, por la existencia de minorías culturales, cuyas prácticas son visibles en los espacios cotidianos de convivencia social como la calle, la escuela o los hospitales. Y, segundo, porque en relación con esas nuevas demandas de tolerancia defiende la conveniencia de una concepción más generosa y positiva de la tolerancia, abierta a quienes son diferentes.

2. La ponderación de razones y la forma del principio de tolerancia

Llegamos finalmente a la ponderación de razones, la cuarta de las circunstancias señaladas. Sorprendentemente a la que menos espacio dedica, apenas un párrafo, siendo la clave para entender la tolerancia como una disposición virtuosa. El tolerante es quien, teniendo razones para rechazar y actuar de alguna forma en contra del objeto tolerado, se abstiene de hacerlo, o al menos restringe algunas acciones adversas, y lo hace por alguna razón. De otra forma, no cabría distinguir al tolerante de quien sencillamente deja hacer por inadvertencia o falta de voluntad. Esa razón para contenerse de actuar en contra o de manifestar el rechazo, todas las cosas consideradas, es la que justifica en definitiva la tolerancia. Toda la discusión sobre la justificación de la tolerancia versa sobre cuáles son las buenas razones por las que es correcto que el agente se contenga de actuar en contra de lo que rechaza, a pesar de que lo considera equivocado, indeseable o malo en algún sentido.

De esa razón que justifica la abstención o contención depende en principio que la acción o disposición del tolerante pueda ser considerada virtuosa, pues es la única forma de responder a la apariencia paradójica de la tolerancia: ¿qué habría de bueno en permitir algo malo? Más aún, si hemos de considerar la tolerancia una virtud, ello dependerá del juicio que merezca el balance de razones del que tolera, considerando tanto las que le llevan a rechazar como las que finalmente le llevan a contenerse y permitir. Ahora podemos entender mejor lo anteriormente señalado sobre las razones válidas o pertinentes para el rechazo. Si no hay buenas razones

para rechazar en primer lugar, la tolerancia sería inapropiada o estaría de más. Pero, sobre todo, el valor de la disposición radicará en la clase de las razones que nos llevan a no actuar siguiendo la razón para el rechazo, es decir, si justifican realmente que nos contengamos de actuar en contra. De ahí la importancia de no caer en el elogio indiscriminado de la tolerancia, como es bastante habitual; como bien explica Escámez en su libro (y antes otros como Arteta o Garzón Valdés), hay formas indeseables, nada virtuosas, de tolerancia.

Conviene atender a algunas consecuencias de lo dicho hasta ahora sobre la ponderación de razones como clave de la tolerancia y creo que Escámez está de acuerdo en lo esencial del análisis anterior sobre la virtud de la tolerancia. Lo que no veo es que quepa trasladarlo a la práctica de la tolerancia, como piensa (p.121). Si entendemos la tolerancia como práctica de un modo laxo, entendiéndola como un “arreglárselas con lo diferente”, según la expresión de Williams, no parece que el análisis de las circunstancias desarrollado sea aplicable. Más bien habría que concluir que el coexistir con los que son diferentes es compatible con una amplia gama de actitudes y motivaciones como las que señala Michael Walzer: la resignación estoica, la indiferencia, la curiosidad o el entusiasmo. Ninguna de las cuales, salvo la primera con las debidas reservas, encajaría en el análisis anterior de la virtud de la tolerancia. Las tres últimas no cumplen, para empezar, con la condición del juicio adverso y las razones para rechazar lo que se tolera.

En cambio, sí parece del todo pertinente para pensar en la tolerancia como un principio, al contrario de lo que piensa Escámez. De hecho, es natural pensar en la tolerancia como un principio de contención según las líneas indicadas. Un principio de esa naturaleza vendría a señalar la clase de razones que justifican que el agente se abstenga de actuar en contra de X a pesar de sus razones para rechazar X. Ciertamente, un principio de tolerancia restringe ciertas conductas del agente contrarias a X, pero lo característico es que prescribe al agente que se contenga de actuar según ciertas razones (las razones que tiene para actuar en contra de lo tolerado). En otra parte he defendido que hemos de entenderlo como principio de restricción que opera sobre las razones por las que el agente puede actuar en contra de X, es decir, que nos da una justificación para no actuar de acuerdo con ciertas razones que el agente tiene (Toscano, 2000). Así concebido, un principio de tolerancia funcionaría como una justificación para excluir ciertas razones para actuar en contra de lo tolerado⁴.

De hecho, basta considerar algunos ejemplos históricos para corroborar o ilustrar esta explicación. En el caso de la célebre *Carta sobre la tolerancia*, debemos entender el planteamiento de Locke en el sentido de que la tolerancia exige que las actuaciones del magistrado civil no estén basadas en consideraciones de fe o persigan fines religiosos. En otras palabras, como un principio de restricción que afecta a las razones para actuar de los poderes públicos, excluyendo que tome en cuenta ciertas razones como guía de conducta. Y algo similar puede decirse del no menos famoso *harm principle* propuesto por John Stuart Mill en *On Liberty*, pues deberíamos entenderlo como un principio de contención que fija límites al uso de la coacción sobre las personas, pero lo hace restringiendo la clase de razones por las que obrarían así; por ejemplo, el propio bien de la persona concernida no sería suficiente. Lo mismo cabe decir cuando Rawls habla de aplicar la tolerancia a las doctrinas comprensivas y hasta la filosofía misma en su liberalismo político. También en este caso la tolerancia parece funcionar como un principio que excluye

⁴ Para explicarlo recurría allí a la idea de razones de segundo orden excluyente, a saber, razones para no actuar de acuerdo con ciertas razones, explicada por Joseph Raz (1990, pp. 35-48) como elemento importante del razonamiento práctico.

buenas razones, puesto que restringe las razones que, de acuerdo con las condiciones de justificación públicas, cabe legítimamente invocar para justificar el uso de la coacción entre ciudadanos libres e iguales, al menos en lo que respecta al orden constitucional y las cuestiones de justicia básicas.

Ya se trate de virtud o del principio, hay otras implicaciones interesantes que se siguen de lo dicho sobre el balance o la ponderación de razones que caracteriza a la tolerancia. Por ejemplo, algunas afectan al modo en que cabe justificar la tolerancia. El asunto es complicado, pero pondré un ejemplo. A menudo se dice que el escepticismo o el relativismo justifican la tolerancia y es conocida la frase de Chesterton, según la cual la tolerancia sería la virtud de quienes no creen en nada. Nada más lejos de la realidad de acuerdo con el análisis anterior de las circunstancias. Lejos de no creer en nada o abstenerse de juzgar, el tolerante tiene un juicio adverso sobre el objeto de tolerancia y cree tener razones para actuar en contra o manifestar su rechazo. Por si fuera poco, además juzga que tiene una buena razón para no actuar siguiendo su primer juicio negativo. Por supuesto, puede equivocarse, pero su contención estará justificada si sus razones son acertadas o correctas. La conciencia de la falibilidad de nuestros juicios, al menos en ciertas materias, es una buena razón para andarse con prudencia a la hora de actuar en contra de lo que nos parece malo. Pero falibilismo no es escepticismo y pensar que uno puede estar equivocado implica que cabe buscar cuál sea el juicio verdadero o correcto. El sostener que no cabe conocimiento acerca de cuestiones morales o de valores no puede servir como fundamento de la virtud de la tolerancia; al contrario, descarta la creencia en su valor. El escéptico puede vivir y dejar vivir, pero estaría más cerca del indiferente que de la actitud compleja de quien tolera⁵.

A la permisividad basada en el escepticismo o en cierto relativismo blando, por cierto, dedica Escámez algunas de las mejores páginas del libro (pp. 177-182). En ellas explica incisivamente los riesgos que acarrea esa “inflación de la tolerancia”, que responde al descrédito de la racionalidad y a la vez lo refuerza, así como sus efectos corrosivos sobre el debate político y la misma concepción de la democracia.

Hay otra cuestión en relación con la actitud compleja del que tolera, descrita por medio del balance o la ponderación de razones. Se habla tanto de la necesidad de la tolerancia en situaciones de diversidad y conflicto entre personas y grupos que pasamos por alto que implica la división interna de quien tolera: un conflicto entre sus razones para rechazar y las razones que justifican que se contenga de actuar según esas razones de rechazo. En ese equilibrio radica la peculiar dificultad y la tensión inevitable que representa la tolerancia. Conviene subrayarlo cuando se la presenta como una virtud más bien modesta. Lo es en un sentido, pero no es menos cierto que también es una disposición exigente o difícil, basta con que la comparemos con actitudes más simples de rechazo o aceptación sin más. Hay que recordarlo porque es habitual afirmar que la tolerancia es una virtud de mínimos, y por ello o bien hay que darle una interpretación más generosa y amplia, como hace Escámez, o bien se alega que es una virtud desfasada en sociedades democráticas como la nuestra. De acuerdo con esto último, si cumplió un importante papel

⁵ En lo que respecta al relativismo baste con una explicación elemental de por qué hay que descartarlo como justificación de la tolerancia, en una línea distinta. Obviamente, por relativismo no cabe entender nada por el estilo de “unos creen una cosa y otros la contraria”, que se limitaría a describir desacuerdos. Si hablamos de juicio morales o de valor, es una posición metaética sobre el estatuto o la objetividad de tales juicios. Por contraste, el juicio negativo acerca de lo tolerado o las razones para abstenerse de actuar en contra son propiamente juicios normativos. Se trata de planos distintos y el planteamiento metaético no implica nada en cuanto a cómo debemos actuar.

histórico abriendo paso a conquistas tan importantes como la libertad de conciencia, hoy estaría fuera de lugar en un régimen constitucional que garantiza iguales derechos a los ciudadanos.

Se trata de dos cuestiones importantes en la reflexión filosófica sobre el valor de la tolerancia. Escámez argumenta convincentemente contra lo segundo, señalando un punto crucial: la convivencia en libertad requiere una cierta atmósfera social y ciertas disposiciones cívicas de los ciudadanos, entre ellas la tolerancia, con objeto de asegurar el uso efectivo de los derechos y oportunidades garantizados por la ley. Como mencionábamos a propósito de la homosexualidad, actitudes socialmente hostiles pueden ser suficientemente disuasorias. Por lo demás, es un asunto en el que se dejan ver las ventajas de abrir la discusión sobre la tolerancia a la vida cotidiana y las relaciones interpersonales, sin poner el foco exclusivamente en la vida pública y la política. La necesidad de tolerancia en la vida privada y las relaciones personales ilustra muy bien hasta qué punto es un ingrediente imprescindible para convivir con los demás.

Lo que nos lleva a la primera cuestión, crucial para Escámez, de cómo entender adecuadamente la disposición del tolerante en una sociedad democrática y pluralista como la nuestra. Curiosamente, la tolerancia goza de prestigio social entre nosotros a la vez que de cierta mala reputación: entendida como el permitir algo equivocado o indeseable, parece una disposición reticente, cuando no mezquina, puesto que el permiso va acompañado inevitablemente de un juicio negativo o desfavorable. Más aún, quien permite podría no hacerlo y tiene razones para ello. Este es un punto inevitable en la discusión sobre la tolerancia. Por ello un análisis como el anterior, centrado en la actitud y razones de quien tolera, debería complementarse con el punto de vista de quien es tolerado. A nadie le gusta ser tolerado, hay que entenderlo. Por supuesto, siempre es preferible ser tolerado a no serlo, pero también se ve bien que la tolerancia aparece casi siempre como una suerte de *second best*. Por recurrir a un ejemplo muy usado, el hijo gay no quiere que sus padres lo toleren y pide algo más, seguramente comprensión o aceptación. En un artículo muy recomendable, Leslie Green (2012) ha señalado los tres factores que explican por qué nos incomoda ser tolerados. Primero está la distribución desigual de poder que sugiere en muchas circunstancias, allí donde el que permite tendría el poder o la capacidad para impedirlo, pero se retiene. Segundo, en muchos casos la tolerancia es de corto alcance o se ofrece con renuencia o de forma condescendiente, por ejemplo cuando se despenalizan ciertas prácticas pero siguen siendo rechazadas socialmente como perversas o degradantes. Y, al final, está el juicio negativo del tolerante sobre lo tolerado, del que hemos hablado suficientemente: si A tolera la conducta de B es porque juzga de forma negativa esa conducta y tiene razones para oponerse a ella o manifestar de alguna forma su rechazo. Normalmente, B no compartirá el juicio negativo y a nadie le gusta ser puesto bajo una luz desfavorable.

Si entiendo bien a Escámez cuando defiende una concepción positiva o más generosa de tolerancia, su propósito sería el de remover los dos primeros factores señalados por Green, manteniendo con todo el tercero. Esto último no se puede tocar si queremos seguir hablando de tolerancia. Sin razones para rechazar no habría necesidad de tolerancia y hablaríamos entonces de otra clase de disposiciones de aceptación, comprensión o reconocimiento. La cuestión, por tanto, es cómo dar una interpretación más abierta o positiva sin convertir a la tolerancia en algo distinto. Eso significa admitir que hay algo necesariamente incómodo o indeseable en la posición de quien es tolerado, que se podrá mitigar pero nunca eliminar. Eso marca un límite claro a la reinterpretación posible, como Escámez tiene que reconocer.

Lo que no termino de ver claro es lo que Escámez señala como lo más distintivo de “la concepción activa o positiva de la tolerancia”, cuyo elemento esencial sería “el escuchar y tomar en serio en cuanto oferta normativa la posición del otro’, a pesar de la inicial reprobación que pueda suscitarlos” (p. 87). Y lo explica del modo siguiente: “Ello implica una disposición a reformar el propio juicio y, gracias a ello, reformular los términos de la convivencia de modo que incluya puntos de vista hasta entonces excluidos”. Si en esta disposición a ofrecer términos equitativos de cooperación asoma la razonabilidad rawlsiana, en la frase anterior se trasluce la concepción dialógica de la racionalidad, de filiación habermasiana, que maneja Escámez en el libro. Según su explicación, esa concepción positiva consiste no en un abstenerse y dejar hacer, sino en hacer algo como es atender a las razones del otro y someterlas a consideración. Pero se atiende a las razones del otro porque se ha superado el rechazo inicial, según nos dice. Mi duda es si no hay aquí dos cosas distintas que deberían distinguirse: por una parte, la disposición a reformar nuestro juicio a la luz de las razones relevantes, vengan de quien vengan, es una exigencia racional; mientras que el contenerse de actuar siguiendo nuestro juicio desfavorable, por otra, sí alude específicamente a la tolerancia. La contribución característica de la tolerancia, cuando se habla de la apertura a las posibles razones del otro, radica en ser una condición que permite la discusión racional. Y me pregunto si no habría que buscarla también en el potencial transformador que representa la ponderación de razones antes delineada. Lo confirma el peligro que algunos han visto históricamente en la tolerancia: el tolerante tiene razones para rechazar o impedir, pero se abstiene de actuar de acuerdo con ellas; más aún, esas razones que nos llevan a rechazar no son todo lo que cuenta y hay razones de más peso ante las que deben ceder. El juicio adverso y las razones para actuar que genera quedan así subordinadas ante consideraciones de más peso. Ahí está la virtualidad de la ponderación de razones o, como seguramente preferiría decir Escámez, su carácter reflexivo⁶.

Por tanto, en mi opinión, la clave para esa concepción más abierta o positiva del concepto habría que buscarla más bien en el balance de razones del tolerante, del que venimos hablando, si atendemos a los dos aspectos en los que puede variar según distintas interpretaciones. Por un lado, éstas pueden concebir de modo más o menos amplio la gama de razones para actuar en contra y de las que debe abstenerse si tolera; como señalábamos, pueden ir mucho más allá de la imposición violenta o la coacción y extenderse a otras manifestaciones de rechazo, según los casos. Pero, sobre todo, la clave estará en la clase de razones por las que el tolerante excluye actuar siguiendo sus razones en contra, es decir, en la justificación misma de la tolerancia. Como sabemos por lo menos desde Locke, cabe reunir un variado elenco de argumentos de diferente clase y alcance para justificar la tolerancia. La propia *Carta sobre la tolerancia* es un perfecto ejemplo de esta acumulación de justificaciones diversas. Es cierto que algunas justificaciones no funcionan bien, como veíamos con el escepticismo, pero ello no es obstáculo para dar la bienvenida al hecho de que diferentes justificaciones válidas de la tolerancia coexisten, se solapan y se refuerzan en muchos casos. Tal pluralidad de justificaciones argumentales es un buen síntoma de la existencia de una cultura de la tolerancia en nuestras sociedades. Pero la calidad de las razones para tolerar varía considerablemente y no es lo mismo el respeto por la autonomía de la otra persona que el cálculo prudencial de los costes que tendría la imposición sobre el otro en determinadas circunstancias. Ahí está el *quid* de una concepción más generosa, porque la justificación o la razón por la que tolera determina, por así decir,

⁶ Con todo, esa dimensión dianoética o epistémica de la tolerancia, señalada en el libro, es algo que merecería ser explorado con mayor atención y cuidado. Enlazaría, además, con el creciente interés por las virtudes epistémicas en los debates contemporáneos.

el espíritu con que se ofrece la tolerancia. De ello es bien consciente Escámez, puesto que uno de los vectores argumentales del libro está en asentar la tolerancia sobre la idea del respeto, si bien admitiendo que hay diferentes formas de articular esa relación.

3. Malentendidos sobre el liberalismo perfeccionista

Hay una interesante tensión en la estructura argumental del libro, o al menos así me lo ha parecido, pues Escámez admite que hay una gama variada de justificaciones de la tolerancia disponibles al tiempo que defiende que hay una justificación mejor dentro del repertorio. Esta línea de justificación por la que se decanta le lleva a las condiciones del autogobierno colectivo de ciudadanos libres e iguales en una sociedad pluralista, especialmente en lo que se refiere a los requisitos normativos que ha de cumplir la comunicación pública entre ciudadanos. Como él mismo confiesa, sus simpatías claramente se inclinan por el liberalismo político de Rawls y, tanto en lo que se refiere a la virtud como al principio, su teoría de la tolerancia le parece la “adecuada para las democracias liberales contemporáneas” (p.99). Sin embargo, no le convence un aspecto importante del segundo Rawls, que desconcertó a tantos rawlsianos de primera hora, cuando éste apela a las ideas compartidas dentro de nuestra cultura pública liberal para elaborar su concepción política de la justicia y de la tolerancia. En su lugar, curiosamente Escámez se inspira en Habermas para buscar los fundamentos de la tolerancia liberal en los presupuestos normativos de la argumentación. Dicho de otra manera, Escámez entiende que un planteamiento liberal, si ha de hacer frente a las posibles objeciones de los no liberales, no puede apelar a la tradición o a la cultura pública de una sociedad liberal, sino que ha de responder con argumentos normativos (p.109). La concepción dialógica de la racionalidad y la ética del discurso argumentativo le ofrecen el marco normativo que necesita para esa justificación centrada sobre la comunicación de los ciudadanos y el autogobierno de estos en una sociedad pluralista.

No voy a entrar en los detalles de su interpretación de Rawls, o en la congruencia con esas bases normativas que busca en la racionalidad dialógica. Más bien voy a señalar en las páginas que me quedan lo que considero una carencia de *Pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia*; al menos, mi principal objeción al libro. De la variedad de concepciones liberales contemporáneas sobre la tolerancia que repasa en el libro, hay una a la que no presta adecuada atención, si no malinterpreta en sus aspectos esenciales. Me refiero al liberalismo perfeccionista de Joseph Raz, ahora que hace treinta años de la publicación de *The Morality of Freedom* (1986). Quitando las menciones aquí y allá, el escueto tratamiento del planteamiento de Raz queda confinado al epígrafe III del capítulo VII (pp.270-273).

No es cosa de echar en falta al autor que nos gusta, entre los muchos autores que cabría estudiar. Hay razones por las que un filósofo como Raz merece especial atención en un libro como éste. Ante todo, porque su teoría plantea una defensa de la tolerancia basada en el ideal de autonomía personal y, aunque hemos hablado de una pluralidad de justificaciones de la tolerancia, muchos ven en esta clase de argumentos, basados en el valor de la autonomía, la justificación típicamente liberal de la tolerancia. En este sentido, los argumentos que despliega en *The Morality of Freedom* recogen y reelaboran el legado de John Stuart Mill en *On Liberty*, pues ofrecen una articulación detallada de las ideas de tolerancia, autonomía y pluralismo con objeto de ofrecer una fundación moral del *harm principle*. Así entendido como heredero de Mill, Raz es el representante contemporáneo más sólido de eso que Rawls llama “liberalismo comprensivo”, la

clase de liberalismo al que opone expresamente su liberalismo político. Siendo la versión filosóficamente más sofisticada del liberalismo rival, merece mayor atención.

Pero, además de estas razones generales, caben otras razones digamos *ad hominem*. Pues hay diversos pasajes en los que Escámez apela al ideal de autonomía personal a lo largo de su discusión de la tolerancia. Así, por ejemplo en la p. 114 dice:

“(...) el Estado debe promover los valores básicos del liberalismo y la democracia con vistas a *favorecer el libre desarrollo de la personalidad* de los ciudadanos y para *proteger las facultades e instituciones que les brindan la oportunidad de autogobernarse tanto individual como colectivamente*”.

El pasaje admite una lectura en la línea de Mill y se ajustaría perfectamente a la defensa del valor de la autonomía y las obligaciones que conlleva, de acuerdo con la explicación de Raz. En la página anterior defiende que es necesario dar espacio a la crítica de las tradiciones y formas de vida, evitando los intentos de blindarlas frente a la discusión y las opiniones críticas. Y añade a continuación algo en lo que estoy de acuerdo: “De lo contrario, si las creencias y formas de vida se reducen a rasgos identitarios que no pueden ser cuestionados sin que se entiendan humilladas las personas, se suprimen las condiciones que permiten a los individuos adquirir sus convicciones consciente y reflexivamente, y revisarlas del mismo modo” (p.113). Pero las condiciones que permiten a los individuos la adquisición y revisión, si llega el caso, de sus convicciones de valor acerca de cómo llevar una vida buena son condiciones para la autonomía. Por si hubiera duda, Escámez expresamente lo apunta en el enunciado que sigue: “Estas condiciones son un elemento importante de la justificación del respeto y de la tolerancia *en razón de la autonomía (...)*”⁷. Hay otros pasajes, pero basten estos para mostrar el interés para Escámez de una concepción de la tolerancia basada en el respeto por la autonomía de las personas, como la de Raz. Éste sostiene que tenemos una obligación de tolerancia entre las obligaciones que exige el respeto por la autonomía de las personas, entre las que se encuentran las de favorecer o promover las condiciones de la autonomía, en una línea similar a la que trazan los pasajes citados.

¿Por qué entonces no presta la atención suficiente a la obra de Raz? Mi impresión es que la falta de interés responde en realidad a un problema de interpretación. Uno lo sospecha en una de las primeras apariciones de Raz en el libro, cuando Escámez enuncia tres líneas argumentales que podrían justificar la concepción activa o positiva de tolerancia y enrola a Raz en la segunda, que describe así: “el segundo, que la inclinación a la comprensión de lo diferente constituye un valor básico de una forma de vida, *la nuestra*, de bondades prácticas manifiestas” (p.99, cursivas del autor). Ni la formulación del argumento suena a Raz ni la compañía en la que se le emplaza, con Rorty y Walzer, es un buen indicio. El argumento de Raz a favor de la tolerancia descansa sobre el valor de autonomía personal como ideal moral e ingrediente de una vida buena, no sobre la comprensión de lo diferente. La referencia a que ese valor es parte de “nuestra forma de vida” no mejora las cosas en la medida en que parece relativizar dicho valor. Algo con lo que conviene tener cuidado si llega a entenderse como una afirmación sociológica de que en nuestra cultura se aprecia ese valor o los miembros de una sociedad pluralista como la nuestra lo tienen por algo bueno. Simplificando, una fórmula del tipo “X es valioso porque nosotros, dentro de nuestra forma de vida, pensamos que es valioso” es claramente insatisfactoria como

⁷ Las cursivas son mías aquí y en la cita anterior.

justificación de la tolerancia, como se recordó a propósito de Rawls. Y, desde luego, no cabría atribuírsela a Raz.

Esa impresión errónea se confirma cuando vamos a las páginas que dedica al liberalismo perfeccionista en la tercera parte del libro. En ellas uno sigue sin reconocer el planteamiento de Raz, a pesar de que allí Escámez afirma expresamente que este autor “representa el liberalismo perfeccionista más elaborado” (p.270, nota 713). Peor aún, se tiene la impresión de que ha equivocado el blanco de las críticas, de modo que ninguna de ellas tiene que ver con un planteamiento como el de Raz. Según Escámez, la justificación de la tolerancia de un liberal perfeccionista tendría un cariz netamente comunitarista y vendría a reivindicarla como parte de nuestra forma de vida liberal. Unas páginas antes explica cuáles son los problemas a los que se enfrenta la defensa de la tolerancia que ofrece el liberalismo perfeccionista:

“Este liberalismo perfeccionista presenta, sin embargo, diversos problemas, como la falta de coherencia interna con la que cuenta, ya que la forma de tensión crítica que mantiene con respecto a los valores comunitarios no se compadece con el significado auténtico de la autonomía, y el ignorar el hecho de que el pluralismo realmente existe en las sociedades democráticas modernas así como el carácter postradicional de estas sociedades” (p.258).

Como se ve, se trata de dos objeciones distintas, pero relacionadas. La primera caracteriza al liberalismo perfeccionista como un intento de conciliar la concepción liberal de la autonomía personal con las críticas comunitaristas al individualismo liberal, insertando esa autonomía en las prácticas sociales de una comunidad liberal. Así, la “reflexividad” que caracteriza a la autonomía liberal, según la expresión de Escámez, vendría a tener “una raíz comunitaria, consistente en ser el valor propio de la forma de vida liberal” (p.270). Por tanto, dicha autonomía sería el resultado del proceso de socialización en una cultura liberal. Si en una sociedad así, como añade, las conductas autónomas se premian y se castigan las que no lo son, habrá que concluir que en una sociedad liberal hemos de ser autónomos a la fuerza.

Pero esto último es un error. Como ha explicado Raz entre otros, es un completo contrasentido forzar, coaccionar o manipular a alguien para obligarlo a ser autónomo; simplemente los medios son inconsistentes con el fin que se busca. Por ello Raz distingue entre el *ejercicio* de la autonomía y las *condiciones* de ésta, que requieren ciertas capacidades cognitivas, un abanico significativo de opciones y, no menos importante, independencia individual. El único modo de promover la autonomía es siempre indirecto, garantizando o favoreciendo sus condiciones, pero no cabe hacer que nadie lleve una vida autónoma. Por eso las consideraciones de Escámez sobre el daño a la autonomía resultan confusas sin hacer esa distinción, y aún más cuando señala al propio agente como el autor del daño si renuncia al ejercicio de la autonomía. Dirigir el curso de nuestra vida a través de nuestras decisiones y de acuerdo con los fines y proyectos que consideramos valiosos es siempre una cuestión de grado, afectada por numerosas circunstancias. Siendo la autonomía moralmente valiosa, dice Raz, tenemos razones para ser autónomos en nuestras vidas, pero las obligaciones que derivan de este valor se refieren a las condiciones de la autonomía y, de forma especial, al desarrollo de aquellas capacidades cognitivas, habilidades físicas o rasgos del carácter que son necesarias, aunque no suficientes, para ser autónomos (Raz, 1987).

Tampoco la descripción del liberalismo comunitarista casa con Raz y, en consecuencia, la objeción no le alcanza, por ejemplo cuando reprocha al liberalismo

perfeccionista su desprecio por el componente dianoético de la tolerancia al estilo de Mill. En otras palabras, Escámez reprocha a este liberalismo que reivindique la tolerancia como un patrón de conducta en el que hemos sido socializados quienes vivimos en sociedades liberales; lo que reformulado vendría a decir que ser autónomos es nuestra manera de seguir la moral establecida. De ahí su crítica al liberalismo perfeccionista:

“(...) el valor que las personas autónomas conceden a la capacidad de reflexionar sobre sus fines no proviene de que se trate de un rasgo central de su específica forma de vida, sino de que la gente aprecia la reflexividad como una manera de relacionarse con el mundo (...)” (p.271).

Sin duda, suscribo el sentido de las palabras de Escámez y un liberal perfeccionista como Raz también lo haría, aunque lo expresaría de un modo distinto. No es el momento de exponer aquí la concepción de la racionalidad de Raz, basta con señalar que consiste en reconocer, responder y aplicar las razones que hacen al caso tanto a la hora de pensar como de actuar. En ese sentido, los fines y proyectos que perseguimos responden a razones y, si llegamos a descubrir que estábamos equivocados con respecto a nuestras razones para perseguir un determinado proyecto, lo abandonaríamos en condiciones normales. Por tanto, la autonomía no puede desgajarse de la capacidad para examinar el valor de los fines que perseguimos y las razones para actuar conforme a ellos, lo que implica poder revisarlos a la luz de nuevas consideraciones relevantes. La reflexividad de la que habla Escámez no suena tan diferente de esta capacidad para evaluar y seguir razones que caracteriza a un agente racional.

Es cierto cuando añade que esa actitud reflexiva no tiene por qué ser incompatible con seguir una tradición, puesto que quien sigue una determinada tradición lo hace porque encuentra en ella aspectos valiosos y tiene, o cree tener, razones para actuar o comportarse de una determinada manera. El *ethos* liberal consistiría en el ideal de un individuo autónomo que es en parte el autor de su propia vida, lo que supone que es capaz de formar, perseguir y revisar una concepción de la vida buena de acuerdo con los fines, proyectos y relaciones que juzga valiosos. La condición de agente racional está presupuesta naturalmente en lo anterior. Además, el ideal de autonomía liberal descrito por Raz no implica ninguna clase de individualismo abstracto o atomismo social, un tópico tan repetido como carente de base textual en la tradición liberal que va de Mill hasta Rawls o Raz. Y es, conviene subrayarlo, un ideal moral parcial y un componente de la vida buena, pero no lo único que importa en ésta. Tal afirmación sería de nuevo un contrasentido, puesto que la autonomía consiste en elegir entre opciones y fines valiosos que perseguir o realizar en nuestras vidas. Su valor depende del valor de los proyectos y compromisos que desarrollamos y dan sentido a la vida.

Por último, tenemos la objeción de que el liberalismo perfeccionista no reconocería el pluralismo realmente existente en las sociedades democráticas actuales. La objeción sólo se entiende si suponemos que para esta clase de liberalismo nuestras sociedades serían moralmente homogéneas y cohesionadas por una cultura de la autonomía. Lo que implicaría, como se señaló, cierta intolerancia hacia todo lo que no se ajuste a esa cultura de la autonomía. Nada de lo cual, de nuevo, se aplica al liberalismo perfeccionista de Raz. La acusación de no reconocer la diversidad cultural o el pluralismo de las sociedades contemporáneas no es pertinente, tratándose de un autor que ha planteado la defensa liberal del multiculturalismo en un artículo célebre (1994). A lo que hay que añadir que es, como Berlin, uno de los más destacados defensores de la doctrina del pluralismo de valores, lo que implica la existencia de formas y estilos de vida caracterizadas por

valores y formas de excelencia distintas e incompatibles entre sí, lo que genera inevitablemente conflictos y antagonismos. Nada en el liberalismo perfeccionista de Raz sugiere una cultura moral homogénea, ni tampoco el valor moral supremo de la autonomía. Por el contrario, el valor de la autonomía cobra sentido contra el fondo de conflictos entre opciones y formas de vida que encarnan diferentes valores y resultan en muchos casos incomparables. El ideal de autonomía en Raz implica el pluralismo de valores y a su vez una sociedad plural, atravesada por conflictos de valor, exige tolerancia. Aunque quepan variadas justificaciones de la tolerancia, aquella que apela al respeto por la autonomía de las personas parece captar un argumento atractivo y genuinamente liberal.

Referencias

- ESCÁMEZ, S. (2014), *El pensamiento liberal contemporáneo sobre tolerancia. Autores, orígenes y contexto*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- FORST, R. (2013), *Toleration in Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GREEN, L. (2012), "Sobre ser tolerado", en Kramer, Grant y otros (comps.), *El legado de Hart*, Marcial Pons, Madrid, pp. 363-388.
- HART, H. L. A. (1959), "Inmorality and Treason", *The Listener* (30 July), p. 162.
- HEYD, D. (ed.) (1996), *Toleration. An Elusive Virtue*, Princeton University Press, Princeton.
- MENDUS, S. (1989), *Toleration and the Limits of Liberalism*, Macmillan, London.
- RAZ, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- (1987), "Autonomy, Toleration and the Harm Principle", en Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, pp. 313-333.
 - (1990), *Practical Reasons and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed.
 - (1994), "Multiculturalism: A Liberal Perspective", en *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford.
- SCHMIDT, A. (1992), "Las circunstancias de la tolerancia", *Doxa* 11, pp. 71-85.
- TOSCANO, M. (2000), "La tolerancia y el conflicto de razones", en Rubio Carracedo, J., Rosales, J. Mª y Toscano, M., *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, pp. 171-188.
- (2015), "Conceptos vagos, ambigüedad y textura abierta. La reflexión de Gabriel Bello sobre el concepto de vida humana", en Guerra Palmero, Mª J. y Hernández Piñero, A. (eds.), *Éticas y políticas de la alteridad*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 321-247.

RINCÓN DE LECTURAS
BOOK FORUM

Feliz de honrar la crítica: Respuesta a Paloma de la Nuez y Manuel Toscano.

Sebastián Escámez Navas

Universidad de Málaga

sebastian.escamez@uma

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3299>

Tengo que comenzar esta intervención agradeciendo a Isabel Wences, al equipo editorial de *Eunomía* y, desde luego, a Paloma de la Nuez y Manuel Toscano el haber hecho posible esta discusión sobre *El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia*. Me siento muy afortunado por el privilegio de la crítica de dos colegas por los que siento un gran afecto y no menos respeto intelectual. Como cabía esperar, De la Nuez y Toscano han sabido destacar lo que de bueno tiene el libro... al igual que sus aspectos más cuestionables y hasta deficitarios. No obstante, las reflexiones tanto de De la Nuez como de Toscano poseen un valor independiente del libro a partir de cuyo comentario se producen. A mi juicio, contienen elementos originales y novedosos para pensar la tolerancia. Me temo que tal novedad no puede predicarse tanto de mis siguientes palabras, en las que no he podido evitar incluir algunas repeticiones de lo escrito en el libro.

1. ¿Confiar en la tolerancia a expensas del derecho? ¿Una concepción de la tolerancia idealista?

Como advierte De la Nuez, la concepción de la tolerancia que comparto, y a partir de la cual examino críticamente el resto de teorías, es sustancialmente la *liberal política* de John Rawls (1993). De hecho, la tercera parte del libro puede leerse como una justificación de por qué me convence la manera de entender la tolerancia por parte del filósofo de Harvard más que las ideas al respecto del comunitarismo, la filosofía posmoderna u otros liberales, como Isaiah Berlin, John Gray, Michael Walzer o Richard Rorty.

Coincido con Rawls en confiar la articulación del pluralismo característico de las democracias liberales al principio de tolerancia, en el ámbito institucional, y a la virtud de la tolerancia, en el ámbito cívico, considerando que existe una estrecha relación entre el primero y la segunda. El principio de tolerancia “condena la imposición de una forma autoritaria de creencia religiosa o... moralidad personal” (Cohen, 1994, p.1505), lo cual se expresa de tres maneras en una organización política ajustada a los principios de la justicia rawlsianos: la protección de las libertades frente a coacciones, característica del Estado de derecho; la promoción de las libertades frente a contingencias, característica del Estado social; y la remisión del régimen de libertades a un acuerdo entre los ciudadanos, característica del Estado democrático. Para que tal organización se establezca de modo estable, debemos contar con una ciudadanía *razonable* en términos de Rawls o, lo que es lo



mismo según sostengo en los capítulos segundo y octavo, contar con que los ciudadanos se muestren dispuestos a ejercitar la virtud de la tolerancia en un doble sentido. El primero, que estaría en consonancia con la clásica noción de tolerancia como principio de contención, consistiría en no apoyar políticas que impliquen la imposición de una forma de vida particular más allá de lo necesario para sostener la cooperación social conforme al propio concepto de tolerancia; el segundo, que se correspondería con una comprensión más ambiciosa o positiva de la tolerancia, supondría que los ciudadanos se mostraran abiertos a reformular los términos de la convivencia de una manera que incluyese puntos de vista hasta un cierto momento excluidos, lo cual conlleva la facultad de revisar sus propios juicios. Estas inclinaciones virtuosas entroncan con valorar la libertad como fundamento de la organización política: la libertad individual para llevar a cabo un proyecto racional de vida de acuerdo con la propia concepción existencial y la colectiva de autogobernarse como sociedad de iguales.

Según Paloma de la Nuez, Rawls es demasiado optimista y yo no lo soy menos. Se pregunta, con razón, dónde se encuentran esos ciudadanos (o sus representantes) dispuestos a respetar y escuchar al diferente, deliberar con él y someter a revisión el apego por sus propias convicciones. La abundancia de contraejemplos de virtud cívica impediría confiar la vigencia del principio de tolerancia a la expectativa de una ciudadanía tolerante. Por lo mismo, la realización del principio de tolerancia en su expresión positiva resultaría aún menos probable: el individualismo narcisista generalizado, con su privatización a ultranza de la razón, ha dado lugar, incluso, a entender la tolerancia como que nadie se atreva a enjuiciar las creencias de nadie y deban aceptarse las opiniones ajenas sin razón ni reflexión (Arteta, 1998). En lugar de todo esto, De la Nuez apuesta por “confiar más (al estilo de un liberalismo de corte escéptico y pragmático), en las leyes, las instituciones y los valores compartidos que en las supuestas virtudes ciudadanas”.

No cabe duda de que, en una sociedad moderna y en las relaciones con terceros, la autonomía no se concibe en otro lenguaje que no sea el jurídico. El derecho arbitra mecanismos para que el coste de actuar conforme al civismo imprescindible para la convivencia permanezca bajo. La libertad de arbitrio individual queda asegurada por normas coercitivas antes que por las virtudes de los ciudadanos y la legitimación del derecho depende de procedimientos jurídicamente institucionalizados que regulan la formación de la voluntad común. Todo esto es tan cierto como que “las instituciones jurídicas de la libertad decaen sin las iniciativas de una población *habituada* a la libertad”, por decirlo en palabras de Habermas (1998, p.197).

El derecho hace valer, incluso coactivamente, la presuposición de que la ciudadanía en su conjunto actúa de acuerdo con el principio de tolerancia en lo que toca al respeto de los derechos subjetivos. Esto también involucra a la dimensión dianoética de la tolerancia: así, el valor de una resolución judicial depende de que el juez haya prestado atención suficiente a los argumentos presentados por las partes y los considere imparcialmente, además de atenerse a pautas de interpretación jurídica generalmente aceptadas. Sin embargo, los temas más controvertidos y respecto de los cuales se demanda habitualmente tolerancia —como la eutanasia, la enseñanza de valores en la escuela o la vestimenta pública del burka—conllevan a menudo discrepancias sobre cómo entender los derechos fundamentales. Tales discrepancias traen causa de la indeterminación de las normas regulatorias de aquellos derechos, necesaria para que sirvan de soporte a la intervención pública sobre una sociedad muy compleja, cambiante e internamente diferenciada. Debido a esta indeterminación y sus razones, cabe considerar como *razonables* los *desacuerdos* referidos. Desacuerdos razonables en cuyo ámbito la tolerancia como

principio informador de la interpretación y aplicación de los derechos encuentra su lugar por excelencia, según sostengo en el capítulo tercero del libro. El derecho no ofrece una respuesta inequívoca ante estos conflictos y la posibilidad de una buena solución política depende de la capacidad de entendimiento de los ciudadanos y sus representantes, de su disposición a sobreponerse al rechazo suscitado por las posiciones ajenas para alcanzar acuerdos o culminar negociaciones con éxito. De otro modo, no se obtendrá un desarrollo normativo inclusivo y se llegará inexorablemente a una sobrecarga política de la función judicial.

Conforme a lo dicho, la apelación a la virtud de la tolerancia no constituiría una alternativa a la confianza en el derecho, sino su complemento necesario. Esto es, por lo demás, especialmente cierto en lo referente al extenso ámbito de la convivencia que el derecho deja en manos de los ciudadanos; en lo referente al control de aquellos prejuicios susceptibles de provocar ofensas sin consecuencias jurídicas. ¿Le parece a Paloma de la Nuez demasiado exigente o *denso* apelar a la *virtud* de la tolerancia en vez de al más *ligero* y liberal *valor* de la tolerancia en lo referente a todos estos supuestos? Con referencia a esto, confieso que mi recurrente consideración de la virtud de la tolerancia en el libro es, de entrada, deudora de la concepción de la tolerancia como virtud por parte de la filosofía analítica inglesa, en la que encontré claves para comprender un concepto endiabladamente polisémico (particularmente en Horton, 1994; 1996). Sin embargo, no me parece arriesgado afirmar que la operatividad de los valores públicos, y en particular de la tolerancia, depende en buena medida de su incorporación a los estándares y expectativas que definen nuestros roles: ser virtuoso es practicar bien un rol socialmente necesario o importante (Dagger, 1997, p.14).

Al igual que los valores, las virtudes poseen un carácter contrafáctico que las hace, en principio, resistentes a su desprecio por parte de aquellos llamados a ejercerlas. La crítica del moralista, del adversario político, del ciudadano crítico o del periodista sirve para rehabilitarlas cuando son ignoradas. Aunque, ciertamente, esto solo vale para unas virtudes mientras su hegemonía no decaiga en favor de otras. De ahí la importancia que tiene fomentar las condiciones de las que, en general, depende el mantenimiento de un *ethos* democrático y liberal y, en particular, un régimen de tolerancia viable para una sociedad determinada. Ciertamente, el racionalismo moral de Rawls no incide lo suficiente en qué sea necesario para que los ciudadanos de carne y hueso adquieran esa facultad de ser razonables (y por ende tolerantes), facultad de la que, circularmente, depende la estabilidad de los principios de la justicia y, con ellos, la eficaz vigencia del principio de tolerancia. Yo tampoco lo hago en mi libro y, en este sentido, la crítica de Paloma de la Nuez es pertinente.

Del mismo modo que otros bienes públicos que dotan de significado a nuestra vida en común y de los que emanan demandas y obligaciones para los ciudadanos, la tolerancia debe aprenderse. Esto supone educar en la escuela y fuera de ella; socializar, también a los adultos (como se ha hecho respecto a la violencia de género), en los valores y competencias que sostienen la tolerancia. Entre estos valores, están la justicia y la solidaridad, pues faltando la expectativa de la reciprocidad, no puede prosperar la tolerancia, ni tampoco si una parte de la sociedad se siente excluida sistemáticamente de los beneficios que genera la cooperación. Asimismo, para preservar el bien de la tolerancia, es preciso que se entienda que aquella no puede dar pábulo a la emotividad sin más, que es algo que mantengo en el capítulo cuarto apoyándome en Arteta (1998). No cabe establecer los límites de la tolerancia a demanda de cada cual, sino que es preciso al respecto dialogar racionalmente, con la adquisición de las competencias que ello implica. De no entenderse esto, incluso la base emocional de la convivencia y el patriotismo, la

simpatía hacia los conciudadanos de la que hablaba Adam Smith, se verán socavadas (Smith, 1759 [1976], pp.23-24 y 317; Moreno, 2016). Precisamente por la importancia que concedo a la educación cívica, reivindico la tolerancia como *virtud*, como modelo de excelencia moral a valorar en cuanto mérito.

Pensando en España, me parece lamentable que no haya sido posible un pacto de Estado referente a un currículum básico de educación para la ciudadanía que integre valores y competencias como los referidos. No menos lamentable, la ausencia de otro acuerdo político sobre el liderazgo correspondiente a los medios de comunicación públicos para difundir una cultura de la tolerancia, lo cual supondría, entre otras cosas, que reflejaran el pluralismo mejor de lo que lo hacen. Más discutible, pero no menos valioso a mi juicio y no solo para nuestro país, es que los procesos de socialización mencionados promuevan la conciencia de la propia vulnerabilidad y los conflictos internos como raíz de los fenómenos de intolerancia. La generalización de esta suerte de programa de politización de lo personal remite a una reflexión sobre los límites del perfeccionismo que me interesa mucho en este momento.

2. La dimensión dianoética de la tolerancia forma parte de su significado común y del de la tolerancia como ideal en una democracia pluralista

En su comentario, De la Nuez reivindica la tolerancia del *dejar hacer*, incluso en la versión minimalista de un *modus vivendi*, como una fórmula realista por ajustada a la economía moral de nuestro mundo. Nada que objetar a este respecto. Mis reservas hacia la defensa que hace John Gray (2001) de la tolerancia como *modus vivendi* tienen más bien que ver con su pretensión de que el pluralismo de formas de vida es irreductible, tanto en términos filosóficos como pragmáticos. Yendo a lo segundo, como plantea De la Nuez, la gestación europea u occidental de los valores liberales no empece su potencial para el entendimiento mutuo más allá de su contexto genético. De hecho, coincido con Benhabib (1997, pp.15-19) en que la modernización política y moral hace mucho que trascendió sus fronteras originarias. Para mucha gente en muchas partes del mundo, que algo sea correcto como norma depende de su justificabilidad mediante argumentaciones racionales que podemos suponer convincentes todo el tiempo y frente a cualquiera, dado el estado del conocimiento. Hasta los fundamentalistas emplean argumentos racionales para justificarse cuando pretenden persuadir a los de fuera de su comunidad tradicional o religiosa, y a los de dentro en la medida en que se encuentran irremisiblemente *contaminados* por la modernidad. De todo eso hablo en el capítulo sexto del libro y por eso no me convence Gray cuando postula que estamos irremisiblemente condenados a no entendernos debido al carácter inconmesurable de valores presentes en las diversas formas de vida. Es cierto que la vigencia del liberalismo no supone el final de los conflictos políticos. Resulta polémico el significado de nociones básicas del liberalismo como la prioridad política de un amplio sistema de libertades personales: las discusiones políticas y jurídicas acerca de los límites de unas libertades con relación a otras tienen carácter endémico. Sin embargo, no es menos cierto que la aceptación del ideario liberal democrático constituye una especie de *lingua franca*, a través de la cual puede lograrse un acuerdo sobre las referidas cuestiones disputadas. Un acuerdo que los afectados acepten como algo legítimo.

Mi interés por la dimensión activa o positiva de la tolerancia no proviene, insisto, de ningún desprecio por la tolerancia entendida como disposición a abstenerse a intervenir contra lo que disgusta o se desapruueba. Según advierte Manuel Toscano, soy muy consciente —y en eso sigo a Rawls— de que la efectividad y persistencia del sistema de derechos civiles y políticos depende de una

actitud generalizada de vivir y dejar vivir. No obstante, también estoy persuadido de que la existencia de un régimen basado en el reconocimiento de un amplio esquema de iguales derechos a sus ciudadanos repercute en el significado de la tolerancia como *ideal* moral y político. En cuanto ideal para una democracia liberal, la tolerancia debe formularse de manera que no se vea cuestionada por la *paradoja del racista tolerante* y ello supone que no implique considerar paladín de la tolerancia al homófobo o racista visceral que contiene sus impulsos violentos. Resulta sensato no reconocer mayor mérito cívico a quien tolere más por sobreponerse a mayores prejuicios. En su lugar, debe exigirse como requisito de la tolerancia que *no estemos ante la lesión de una convicción* (o emoción o gusto, acierta Toscano al propugnar que no se estreche innecesariamente el concepto) *incorrecta* o, al menos, *inapropiada*. Al actuar así, no hacemos más que asumir que la práctica de la tolerancia se encuentra inserta en un contexto más amplio de normas y valores: del mismo modo que hay prácticas que (como el asesinato) no merecen ser toleradas porque no deben ser permitidas, otras prácticas (como dispensar igual trato a la persona de otra raza) no pueden constituir un objeto propio de la tolerancia porque no es correcto objetarlas. Estas últimas prácticas exigen una forma más directa de respeto (Horton, 1996, pp.30-32).

Cuáles objeciones quepa apreciar como razonables o, como poco, adecuadas y cuáles no es algo que depende del contexto *ético*, de los valores particulares de una sociedad. En general, en las democracias contemporáneas, no es razonable cuestionar el derecho de todo ciudadano a un régimen igual de derechos, independientemente de su género, raza, religión, ideología u orientación sexual. Así, por ejemplo, estando en consonancia la sensibilidad estética de una sociedad democrática con sus valores políticos (lo cual puede predicarse de las grandes ciudades españolas), no constituiría materia de tolerancia que dos personas del mismo sexo manifiesten públicamente su amor conforme a los usos públicos que rigen para las parejas heterosexuales, pues nada habría que censurar razonablemente al respecto. Por contraposición, sí que me parecen correctamente censurables las declaraciones contrarias a la *ideología de género* del clero católico, lo que no quita para que deban tolerarse por los poderes públicos, ya que no hacerlo supondría mayor daño y peligro para el sistema de libertades (Rawls, 1971, §35, §§56-59). Ahora bien, la adopción homoparental, aun cuando reconocida legalmente en lugares como Portugal o México, no se halla aún consolidada en su cultura política. Ello permitiría considerarla allí objeto adecuado de tolerancia por parte de los particulares, aunque no de los poderes públicos. Claro, que este juicio de adecuación a buen seguro será disputado por activistas del movimiento LGTB, del mismo modo que el Movimiento Familiar Cristiano disputará que sean rechazables las condenas de la *ideología de género*. Qué deba considerarse respeto y qué tolerancia resultará controvertido siempre que no se trate de ámbitos de diversidad comúnmente reconocidos, ante lo cual no hay referencia más cierta que la de lo taxativamente protegido en cada momento por los derechos fundamentales. En consonancia, me parece pertinente hablar de tolerancia del uso del *hiyab* en los colegios, en España, al depender esto de la normativa interna de los centros. La normativa catalana, que permite con carácter general el *hiyab* para hacer prevalecer el “derecho a la escolarización”, cabría interpretarla igualmente como un ejercicio de tolerancia para evitar un mal mayor.

Una repercusión importante de condicionar el valor de la tolerancia a que sea, al menos, adecuado el rechazo al que se sobrepone es que aquella pasa a conllevar también restricciones del juicio. La virtud de la tolerancia implica que no se mantenga un espectro excesivo de objeciones respecto a actos ajenos. La superación de prejuicios irrazonables forma así parte de lo que significa llegar a ser tolerante, lo cual casa con una de las acepciones ordinarias de la noción de

tolerancia. Esto trae aparejado que, en las personas, el ideal moral o cívico de tolerancia se identifique con una virtud del carácter, “algo adquirido hasta el punto de que se convierte en hábito, algo querido por la voluntad y que acaba siendo asimismo objeto de deseo” (Camps, 1990, p. 24).

Ahora bien, el requerimiento de que el rechazo al que se sobrepone la tolerancia sea correcto no excluye que pueda devenir virtuoso abstenerse de imponer los propios gustos cuando se *tiene derecho* a ello (Horton, 1996, p.33). El valor de muchas tradiciones y estilos de vida en las sociedades modernas es prácticamente el de una preferencia estética y la buena convivencia depende, en parte, de la disposición de las mayorías a acomodar los hábitos minoritarios; lo cual supone una superación de prejuicios colectiva. Con relación a esto, es muy valioso destacar, como hace Toscano, la importancia de la tolerancia que consiste en abstenerse de manifestar desprecio y crear un entorno opresivo y hostil. Aunque, en mi libro, postulo reformular la tolerancia para que incluya, incluso, la renuncia “a la dominación por quienes se benefician de una estructura estable de incentivos y cargas” (p.130), no insisto lo suficiente en el aspecto cotidiano y horizontal de la tolerancia, constitutivo del carácter más o menos tolerante de una sociedad.

Por lo expuesto, el sistema normativo básico o de primer orden que justifica el rechazo inicial de un agente sí que repercutiría en el mayor o menor valor moral de la tolerancia. Lo que no quita para que esté de acuerdo con Toscano, Garzón Valdés (1992, p.18) o Schmitt (1992, p.77) en que tal valor proviene fundamentalmente de las razones de segundo orden que terminan por desbancar las que inicialmente sostienen la aversión. También estoy de acuerdo con Toscano en que la tolerancia conlleva lidiar con alguna dificultad. Precisamente por ello, muestro cierta reserva en emplear la noción de “principio de tolerancia” en el contexto del Estado constitucional democrático. A diferencia del Estado confesional moderno, no es la “tolerancia” de las minorías, sino el respeto por la diversidad, el fundamento de las libertades de credo y opinión. Sin embargo, la importancia histórica de la tolerancia en la conformación de las democracias pluralistas justifica que se continúe apelando al principio de tolerancia para referirse a un modo institucional que evita someter los fines políticos a valores religiosos o éticas particulares. Además, identificar un régimen no discriminatorio con aquel en que rige el *principio de tolerancia* permite recordar que la vitalidad del sistema de derechos pasa por que los ciudadanos renunciemos a imponer nuestras convicciones, por trascendentes que nos parezcan, esto es, depende de la generalizada virtud de la tolerancia (Rawls, 1993, p.xvii y ss.).

En atención también al componente sacrificial de la tolerancia, declaro en el libro que no me entusiasma el uso de la tolerancia como denominación genérica de cualquier forma de articular la diversidad. Si, dentro de tal categoría de definiciones de la tolerancia, prefiero la de Bernard Williams (*to put up with... the other, differing group*) es porque retiene la idea de que el trato con lo distinto “conlleva alguna dificultad, lo cual supone fidelidad respecto al sentido original y etimológico de la tolerancia” (1996, p.120). Este *arreglárselas con el otro* puede consistir en una indiferencia producto de la convivencia continuada con lo distinto, según Williams (1996), lo cual cabe reconocer como tolerancia si, como sostengo, aquella también se entiende consistente en restricciones del juicio.

Apreciar que ciertas restricciones del juicio forman parte de lo que es común entender por tolerancia implica reconocerle una dimensión dianoética. El aspecto *activo* o *positivo* de tal dimensión residiría en “escuchar y tomar en serio en cuanto oferta normativa la posición del otro” a pesar de la inicial reprobación que pueda suscitarlos. Toscano admite el potencial transformador de las propias ideas

inherente a la tolerancia y lo atribuye a la ponderación de razones que implica. Coincido con él en eso, cuando señalo en el libro que las justificaciones de la tolerancia como respeto han apuntado a modificar la escala de valores de las personas y que incluso las defensas estratégicas de la tolerancia conllevaron subordinar la finalidad de salvar las almas de los súbditos a la de preservar la unidad del cuerpo político bajo la autoridad del rey (pp. 22, 89). Sin embargo, según Toscano, mientras el contenerse de actuar siguiendo nuestro juicio desfavorable sí aludiría específicamente a la tolerancia, la disposición a reformarlo a la luz de razones relevantes, vengan de quien vengan, sería una exigencia racional que no cabría identificar con la tolerancia sin violentar su concepto.

La distinción de Toscano es muy perspicaz y me hace, sinceramente, dudar de la pertinencia de incluir como parte de la tolerancia las actividades de “escuchar y tomar en serio” la postura de quien de entrada reprobamos. Sin embargo, ¿no es la apertura hacia las ideas de otro el correlato epistémico de sobreponernos a la resistencia a considerarlas, provenga tal resistencia de convicciones o meramente de nuestro apego a lo usual? En disputas carentes de significación práctica (cuestión ésta circunstancial antes que esencial), admito que no procede vincular tal apertura con la tolerancia. En cambio, sí que procedería hacerlo cuando lo que se dirime tiene consecuencias morales, políticas o estéticas; máxime en un contexto democrático, allí donde gobernar sin discriminar lo minoritario pasa por generar una opinión pública que lo apoye. En consonancia con esto, encontramos la manera en que Rawls (1993, pp.51-54) define lo *razonable* (aquello que se orienta a realizar el principio de tolerancia): como una disposición a “proponer y *aceptar* términos equitativos de cooperación social” o a “reconocer las *cargas del juicio*”.

3. ¿El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia? ¡Si falta Joseph Raz!

Termino esta respuesta a los comentarios de Paloma de la Nuez y Manuel Toscano admitiendo el defecto mayor de *El pensamiento liberal contemporáneo sobre la tolerancia* constatado por Toscano. Ciertamente, no he prestado a Joseph Raz la atención que merece como teórico liberal de la tolerancia y no se trata de un filósofo cualquiera. Por una parte, como señala Toscano, Raz es el representante contemporáneo más sólido de lo que Rawls denomina *liberalismo comprensivo*, con el que el *liberalismo político* rawlsiano rivaliza. No habiendo considerado suficientemente las tesis de Raz, la justificación de mi preferencia por la teoría de Rawls tiene el valor provisional de no haberse enfrentado a una lectura profunda del liberalismo perfeccionista del primero. En el libro, me limito a abordar una versión simplificada del perfeccionismo liberal, compuesta por la lectura del notorio Sartori (2001) y de literatura secundaria, respecto de la cual probablemente mis conclusiones sean correctas, pero solo menciono a pie de página que Raz ha desarrollado algo más elaborado. Por otra parte, dado mi interés por la dimensión dianoética de la tolerancia, resultaba de especial interés teoría de la tolerancia fundamentada en la autonomía, como es la de Raz.

No dispongo de buenas excusas para no haber estudiado la obra de Raz hasta ahora. Siempre ha estado entre mis planes hacerlo e igualmente siempre he encontrado un motivo para postergarlo, por no ser plenamente consciente de su valor para mi investigación. Agradezco a Manuel Toscano sus comentarios que me urgen a leer a Raz y encaminan con ello la continuación de mis reflexiones sobre la tolerancia desarrolladas a partir del legado liberal. Tales reflexiones deberán reposar más en el examen de casos particulares, como acertó a sugerir Paloma de la Nuez: he procurado comenzar a hacerlo en estas mismas páginas.

Bibliografía

- ARTETA, A. (1998), “La tolerancia como barbarie”, en: CRUZ, Manuel (ed.), *Tolerancia o barbarie*, Barcelona, Gedisa, pp. 51-76.
- BENHABIB, S. (1997), *Nous et les Autres. El diálogo cultural complejo en una civilización global*, Valencia, Episteme.
- CAMPS, V. (1990), *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa.
- COHEN, J. (1994), “A More Democratic Liberalism”, *Michigan Law Review*, núm.92, pp.1503-46.
- DAGGER, D. (1997), *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford, Oxford University Press.
- GADAMER, H-G. (2001), *Verdad y método I*, Salamanca, Sígueme.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1992), “No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, *Claves de razón práctica*, núm. 19, pp. 16-23.
- GRAY, J. (2001), *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Barcelona/ Buenos Aires, Paidós
- HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta.
- HORTON, J. (1994), “Three (Apparent) Paradoxes of Toleration”, *Synthesis Philosophica*, núm. 17 (1/ 1994), pp. 7-20.
- (1996): “Toleration as a Virtue”. En: HEYD, D. (ed.), *Toleration: an Elusive Virtue*, Princenton, Princenton University Press, pp. 28-43.
- MORENO, Carmelo (2016), “Sympathy for my Fellow Citizens? Dilemmas of Adam Smith’s “Impartial Spectator” in Modern Multinational Democracies”, ponencia presentada en el Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Polonia, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.ipsa.org/my-ipsa/events/istanbul2016/paper/sympathy-my-fellow-citizens-dilemmas-adam-smith%C2%B4s-impartial-specta> (fecha de consulta: 26 de julio de 2016).
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Oxford, University Press.
- (1993), *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.
- SARTORI, G. (2001), *La sociedad multiétnica*, Madrid, Taurus.
- SCHMITT, A. (1992), “Las circunstancias de la tolerancia”, *Doxa*, núm. 11, pp. 71-85.
- SMITH, A. (1759 [1976]), *The Theory of Moral Sentiments*, Oxford, Oxford University Press.
- WILLIAMS, Bernard (1996), “Toleration: An Impossible Virtue?”. En HEYD, D. (ed.), *Toleration: an Elusive Virtue*, Princenton, Princenton University Press, pp. 17-28.

RINCÓN DE LECTURAS
RECENSIONES

Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional.

Perfecto Andrés Ibáñez.
(2015), Trotta.
Madrid, 560 pp.

Miguel Fernández Núñez
Universidad Autónoma de Madrid
mfn7@alu.ua.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3300>

El libro de Andrés Ibáñez constituye una de las aportaciones más valiosas al estudio de la función judicial de las últimas décadas. *Tercero en discordia* despliega una inusual erudición, aunada a la profundidad de análisis y a la dilatada pericia profesional del autor; el resultado es un exhaustivo panorama de la jurisdicción, sustentado en todo momento en un ingente material teórico y jurisprudencial. Si a este dato se añade el sugestivo prólogo de Luigi Ferrajoli con que se abre el libro, la necesidad de presentarlo se vuelve aún más trivial. Con todo, esta recensión aspira a introducir el contenido de la obra así como a examinar algunas ideas que lo vertebran a fin de poder dar pequeña cuenta del gran valor de este libro.

Con el propósito de analizar la situación actual de la función judicial, el autor se vale de un amplio espectro de materiales de análisis y de información (entre otros, textos clásicos y actuales de filosofía jurídica, de derecho penal, de epistemología, jurisprudencia, prensa); sin embargo, su investigación no se circunscribe solo a elementos sincrónicos pues al interrogarse sobre el estado actual del quehacer judicial, Andrés Ibáñez dirige su atención al origen y devenir del juez, desde un anti-modelo heredado en que el juzgador era un subalterno leal al poder ejecutivo hasta la actual figura del juez constitucional. Pero si en la realidad elementos del modelo conservador y constitucional tienden a coincidir con demasiada frecuencia, no por ello pierde vigencia el modelo ideal. En toda su obra, el autor concibe y preconiza el paradigma constitucional como modelo de referencia, no como mero encaje, para el actual sistema judicial. Se trata, sin duda, de un ideal normativo muy exigente en cuanto a estándares, métodos, procedimientos, instituciones, en el que cada componente resulta crucial. A partir de ahí, la obra describe los desajustes o manifiestas incongruencias que se plantean respecto a este ideal. En sentido inmediato, se trata de una hábil disección de logros y carencias (notables carencias) del actual sistema judicial, en sentido mediato, es una seria propuesta de enmienda.

El hilo general de la obra, la dimensión cognoscitiva de la función judicial, lleva a concebir los elementos como garantías recíprocas y coherentes en aras del enjuiciamiento; no obstante, en el proceso se abordan muy distintos aspectos que guardan identidad parcial entre sí: Partiendo de la “dificultad” de la comprensión y aceptación de la jurisdicción en el Estado constitucional (cap.1), se traza un panorama diacrónico de los presupuestos históricos (cap.2) así como de las premisas teóricas (cap.3); seguidamente se examina el anti-modelo de “juez heredado” (cap.4) para analizar su elogiada antítesis, el juez constitucional (cap.5). En el cap. 6 se analiza la independencia judicial mientras que en el 7 el modo de organizarla. Seguidamente, se aborda la imparcialidad (cap.8), las dos dimensiones del enjuiciamiento, “poder” y “saber” (cap.9) pasando por las nociones poco pacíficas de la convicción judicial (cap.10) y la aplicación de la ley (cap.11). Las garantías judiciales son vistas como un eslabón especialmente relevante (cap.12), a la par que son complementadas con la deontología y el bagaje cultural del juez (cap.13); en las antípodas, se encuentra la ampulosa anti-estética judicial (cap.14). Los últimos capítulos examinan el actual ensanche del sistema judicial y la presencia de nuevos actores: se aborda la cuestión de las irregularidades de los poderosos (cap.15), la falta de idoneidad del jurado para ejercer su función (cap.16), el asociacionismo judicial, aspecto clave para una práctica comprometida (cap.17), el Ministerio Fiscal, “instituto en la ambigüedad” (cap.18) y la preocupante incidencia de los medios de comunicación (cap.19). Como queda patente, la estructura del libro consiente al lector tanto un panorama exhaustivo como un estudio parcial.

Desde esta perspectiva, seguidamente se analizan la independencia e imparcialidad judicial como dos de los principales ejes de la obra.

Independencia.

La independencia es un “valor nuclear de la jurisdicción [...según] el ciudadano medio” (p.213), entendida como “garantía de garantías” orgánicas y procesales (pp.139-141), que da sentido a la idea de juez natural y predeterminado por la ley. Al mismo tiempo es también un “valor difícil e incómodo” (p.161).

Y es que la independencia judicial externa (de la magistratura) se ve afectada de muy distintas maneras: a través de la política de nombramientos (especialmente, la elección parlamentaria de los vocales del CGPJ), las relaciones peligrosas de la política y del legislativo (leyes singulares o retroactivas, alteración de ideales reservas de competencia), el tipo de selección (que carece de la objetividad necesaria y que previene el pluralismo), los controles jerárquicos de movilidad y sueldo. En lo que atañe a la independencia interna (del juez en sí) son otros los riesgos: la “carrerización” de la judicatura (con el riesgo, además, de una carrera paralela a través del tráfico de influencias y del paso de la judicatura a la designación política y viceversa), subalternidad y sumisión, degradación del marco (disfuncionalidades burocráticas, infradotación, sobrecarga y lógica productivista), estructura jerarquizada y vertical e idéntico sistema de instancias y recursos (con el consiguiente conformismo hacia el vértice). La alternativa constitucional pasa, en cambio, por un modelo horizontal, lejos del gobierno político de los jueces (p.141), y exige de estos un perfil ético y estético de la independencia en sus actuaciones y en sus convicciones (pp.157-161).

Apreciar debidamente el rol de la función judicial no es tarea fácil: a esto alude el magistrado emérito al hablar de “dificultad” de la comprensión y aceptación del papel de la jurisdicción en el estado constitucional, una dificultad que el autor identifica especialmente con “el fortalecimiento del papel de la legalidad” (p.39) y que “conecta esencialmente con el propio modelo” (p.36). El juez solo debe estar

sometido directamente a la ley y al derecho (art.103.1 CE), una sujeción a la ley material en cuanto coherente con la Constitución (p.78). Esto excluye toda mediación jerárquica, política o de otra índole (p.80) y alienta al juez a “una cultura de la desobediencia” (Borrè cfr. en 166) a cualquier otra clase de lealtades. La virtud constitucional del orden judicial no radica en ser un poder bueno sino “en ser el poder otro, desde el derecho” (p.41), con una “cierta dimensión de contrapoder” (p.202). En este sentido, la relevancia de este rol -a menudo incomprendido- es la naturaleza contramayoritaria del papel constitucional judicial. El papel del poder judicial arranca de la necesidad de dotar a los derechos fundamentales y al derecho de una institución de garantía de su efectividad (p.84). De aquí que la propia independencia en cuanto garantía deba estar rigurosamente garantizado (p.87).

Dentro del examen diacrónico que realiza el autor (que arranca de la Edad Media), resulta especialmente digno de mención el anti-modelo de juez heredado que toma mayor pie en el momento post-revolucionario francés. El paradigma napoleónico concibe al juez como parte integrante de la administración en una organización jerárquica de carrera y sometida a sanciones disciplinarias (pp.93 y ss). En virtud de esta concepción, el precedente era seguido por razones de potestas del emisor, no por la ratio de la decisión, lo que arroja un *stare decisis* no jurisdiccional sino político-administrativamente inducido (p.97), con las consiguientes impunidad de cara al exterior y sumisión dentro del sistema judicial. Todos estos rasgos constituyen un anti-modelo de juez heredado, de formación castrense, que en buena medida sigue vigente a pesar de la difícil compatibilidad con el modelo constitucional de juez. La oposición para acceder a la judicatura es un primer peldaño en esta singular adhesión a la vocación judicial: una oposición memorística, irreflexiva, de una disciplina penitencial; inidónea, en cambio, para evaluar racionalmente la calidad del conocimiento, que es lo que debería tener en cuenta la oposición, estrictamente informada por los principios de mérito y capacidad (p.107). Partiendo de esta noción de juez en simbiosis con el ejecutivo, la obra examina también el fenómeno de la adhesión generalizada al fascismo por parte de la judicatura en países como Italia y Alemania. Un modelo estatal que había producido magistrados a su imagen y semejanza, como jueces del poder (p.113), no tuvo dificultad para guiarlos en una posterior deriva autoritaria. La actitud de aceptación de los valores políticos dominantes se había inscrito en la naturaleza de los jueces y había hecho de ellos, en medio del conflicto social imperante, defensores de una legalidad monoclasa, instrumentos del ejecutivo (pp.115-116).

En Italia existe un juego de palabras (en la línea de Heidegger) que consiste en decir “la filosofía no sirve a niente” con el sentido de que la filosofía no está al servicio de nadie. De forma semejante y con el mismo propósito polémico, quizás quepa decir que “la judicatura es ingobernable” en el sentido de que su control no es susceptible de gobierno. Y no lo es si por gobierno entendemos elección y definición de medios y fines, con una cierta discrecionalidad y en relación de sujeción (p.164) sino que lo será, en todo caso, de administración con las deseables notas de autonomía. El gobierno del poder judicial no solo es un inadecuado reflejo del control de las particulares funciones que deben ser desempeñadas, sino que supone una auténtica desfiguración de dichas funciones puesto que el gobierno es entendido de hecho en una acepción política, con la intromisión insidiosa del ejecutivo en el ámbito del poder judicial, con la considerable merma de la independencia judicial. La asunción del poder judicial en el organigrama administrativo está lejos de haber sido conjurado en el panorama actual: resulta paradójico que el “revolucionario” (Alzaga, cfr. en 182) Consejo General del Poder Judicial, que debía suponer un hito en el camino por la independencia judicial externa, sea uno de los grandes iconos de la injerencia política de forma tácita o escandalosamente explícita, un lugar de “endémica colonización partidista” (p.32),

que pasó del “control hegemónico (...) de la vieja guardia transfranquista” (p.185), a través de la sobrerrepresentación de la jerarquía, hasta el sistema actual de designación parlamentaria de vocales. Andrés Ibáñez reivindica un Consejo General que refleje en su composición el pluralismo de valores presentes en la judicatura que preconiza la Constitución, una representatividad ideal (p.200) en una suerte de gobierno autónomo (p.202). Pero ¿cómo va a haber independencia cuando, como sucede actualmente, faltan autonomía y legitimidad? (p.207).

La independencia no se encuentra aislada sino imbricada fuertemente con la imparcialidad de esta manera: la independencia permite la imparcialidad que, a su vez, es presupuesto de la objetividad del juicio. Como se ha puesto de manifiesto antes, el magistrado emérito defiende la implicación y el carácter conexo entre las garantías: la consagración estatutaria de las orgánicas como precondition de eficacia de las procesales, “a través de las cuales la independencia se hace imparcialidad en la fijación de los hechos y la aplicación del derecho en el caso concreto” (p.88). Empero, no todas las garantías son solo instrumentales: si la función judicial es instrumental en la defensa de los derechos y, por ello, siguiendo las categorías de Ferrajoli (Principia iuris cfr. en 88 y ss) es una garantía secundaria respecto a los derechos, algunas garantías procesales asociadas a la función son genuinas garantías primarias, esto es, derechos fundamentales.

Imparcialidad y valoración del hecho.

Si bien se encuentran íntimamente relacionados, Andrés Ibáñez estima que si la independencia tiene un carácter esencialmente político, la imparcialidad parece ser el atributo del titular en cada caso concreto. La imparcialidad exige que el juez actúe como el hobbesiano “tercero” o el beccariano “investigador indiferente de la verdad”, como sujeto extraño a los intereses de partes, que emite decisiones en base a un saber “de cuya consistencia depende la legitimidad del resultado” (p.88). Desde una óptica subjetiva, el juez tiene que estar prevenido de sí mismo pues solo ello consiente una aproximación eficaz y neutral a los datos empíricos. Imparcialidad es, ante todo, garantía de conocimiento (p.215) pero su relevancia es patente en múltiples dimensiones: 1. Política: la inserción de la magistratura en un marco estatal preconstituido, con jueces aleatoriamente asignados; 2. Jurídica: en relación con las partes procesales (carácter contradictorio, igualdad de armas) y con el objeto del juicio; 3. Epistémica: puesto que el enjuiciamiento stricto sensu se mueve en las reglas de la inducción probatoria (con unos métodos y pautas acotadas del método científico); 4. Ética: honestidad intelectual, falta de compromiso (con sus preconcepciones y con las partes procesales).

La imparcialidad, “garantía y presupuesto de la calidad de conocimiento” (p.215), es piedra angular del juicio justo y debe ser puesta en relación con la función esencialmente cognoscitiva de la jurisdicción. El proceso debe estar orientado por alcanzar la verdad procesal (“de suficiente calidad inductiva”, p.231), de modo que la imparcialidad ante las partes y ante el material probatorio es un prerequisite para lograr esa “verdad de calidad”. Una vez cumplidas las garantías procesales, el enjuiciamiento como tal procede por un camino epistémico, bajo las reglas de la inducción probatoria (p.219). Pero aquí no hay interrupción entre las dimensiones jurídico-formal y epistémica pues es esta hacia la que se deben orientar los trámites (p.231).

Ferrajoli (siguiendo a su vez a Foucault, cfr. en 229) considera que el proceso está conformado por dos dimensiones: la del poder, que concibe el proceso como un conjunto de trámites y la del saber, que entiende el juicio en una acepción epistémica, cognoscitiva. La dimensión del saber se ha visto frecuentemente

oscurecida por la del poder. Sin embargo, la función judicial va tomando conciencia del carácter prevalente del primero sobre el segundo y en este cabo resulta fundamental la presunción de inocencia pues determina la priorización del saber. La contradicción actual del juzgador es sustrato en que apoyar la prueba; a menudo se identifica regularidad de la prueba con la calidad convictiva: es el caso de diligencias de instrucción, a las que se atribuye valor probatorio, de modo que, al faltar contradicción, a pesar de su licitud, no constituyen un objeto sobre el que medie buen conocimiento (p.246) o el caso de lectura de diligencias practicadas en el sumario; ingresar en el cuadro probatorio no es sinónimo de que algo quede probado efectivamente y esto deriva de que la valoración del cuadro no es de naturaleza jurídico-formal (los trámites, el poder) sino de raíz lógica, sometida a las reglas de la inducción probatoria. La falta de contradicción tiene una repercusión heurística indudable pues “cuanto más se sustrae a la refutación, tanto mayor es la exposición al error” (Ginzburg, cfr. en 246). De modo que la posición dialéctica del contradictorio permite un cuadro probatorio más exhaustivo y garantizado en sentido epistémico.

En este punto, Andrés Ibáñez presenta como otro anti-modelo que no tiene cabida en el paradigma constitucional el de la íntima convicción (pp.254 y ss), entendida como una especie de acceso al conocimiento por iluminación, inconfesable y cercano al sistema premoderno de las ordalías. El hecho es analizado inconscientemente, de acuerdo con un “objetivismo ingenuo” (González Lagier, cfr. en 256), y en el caso de prueba directa inmediatamente a través de percepción sensorial, inmune a cualquier tipo de control. Naturalmente, semejante concepción de la prueba es del todo improcedente en la actual situación del debate. El enjuiciamiento de la premisa epistémica (Redondo, cfr. en 256) se produce siguiendo la lógica inductiva a partir de pruebas indiciarias (sin mayor distinción que la fiabilidad o el número de indicios). Los instrumentos propios del proceso dan lugar a una verdad de calidad, reflejada en la motivación, la cual “demanda la apertura de un espacio en el que se explique y se justifique por qué a partir del material antes presentado se ha llegado a la conclusión que se expresa bajo la forma de hechos probados.” La motivación es asimismo una forma de aclararse, que, de no expresar fluidez, muestra la necesidad de replantearse el criterio (p.283).

Es el método, con la asunción *ex ante* intelectualmente honesta del deber de motivación (con la autoconsciencia que esto reclama), presupuesto para alcanzar dicha verdad de calidad (p.270). Como queda patente, más allá de las dimensiones procesales y de garantía de la motivación, su relevancia es, antes que nada, epistémica.

Como conclusión, cabe decir que si en el actual paradigma constitucional la idoneidad de una decisión debe ser medida por su motivación, el libro de Andrés Ibáñez constituye una reivindicación comprometida de una mejor práctica a través de la mejor teoría.

RINCÓN DE LECTURAS
RECENSIONES

Robert Owen: textos del socialista utópico

José Ramón Álvarez Layna (ed.)
(2015), Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
Madrid, 484 pp.

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Autónoma de Madrid
ricardo.cueva@uam.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3301>

La verdad es que hacía mucho que uno había perdido la esperanza de ver traducida una parte significativa de la obra de Robert Owen. Ahora gran desconocido en nuestro país, su importancia para el socialismo no puede quedar a un lado en ningún caso, y menos aún, considerando la gran relevancia que tuvo su pensamiento en la construcción del movimiento obrero británico. Sus escritos tienen escasa fortuna hoy, quizás dada la escasa profundidad filosófica de sus páginas, pero tal extremo no debería hacernos olvidar la eficacia que desplegó en su época como organizador y activista, como auténtico defensor de una nueva religión para la Humanidad (p.411, o “de la caridad”, como él mismo también diría, p.246) que acabara con sus principales males y la depositara en la ruta hacia la felicidad y el progreso.

Y es que ese eudemonismo es lo que asoma precisamente una y otra vez en los textos aquí recopilados (“el fin del gobierno es hacer a los gobernados y a los gobernadores felices”, p.98, pues “el hombre nace con el deseo de obtener la felicidad”, p.90), propios de un espíritu ilustrado que nos informa acerca de la evidente conexión entre estas ideas y las del socialismo moderno que aparece ya a principios del siglo XIX, a través de obras como la suya o como la de los cartistas, entre otras muchas, por citar algunos ejemplos pertenecientes a idéntica área anglosajona. Owen, contemporáneo de Jeremy Bentham (quien además llegaría a asociarse con uno de sus proyectos), siempre estuvo preocupado por evitar el mayor mal posible al grupo más amplio de personas (“asegurar la felicidad para el mayor número”, p.343) porque no podía quedar justificado “una trivial ganancia para unos pocos, en oposición al sólido bienestar de tantos millones de seres humanos” (p.134), y en esto su parentesco con el utilitarismo que afluía una u otra vez en los movimientos sociales y reformistas británicos resulta evidente. Su esperanza, así, era la de fomentar la racionalidad del ser humano y contribuir a la supresión de sus miedos, supersticiones y perjuicios (pp.153-54), pero por medios graduales y pacíficos, ya que era claramente hostil a los conflictos que dieran al traste con la



armonía que perseguía para la vida social (“si todos los hombres estuvieran entrenados para ser racionales, el arte de la guerra quedaría reducido a un saber inútil”, p.93). El camino que trazaba con el fin de obtener esta meta fue volviéndose más ambicioso: comenzó por proponer sus planes a personalidades de la vida pública, dedicándole incluso un ensayo a “Su Alteza Real el Príncipe Regente del Imperio Británico” (p.47) y apelando a las instituciones tradicionales (p.115), para sumergirse después en una irrefrenable actividad con la que obtenía socios, entusiastas y apoyos financieros concretos que sirvieran para poner en pie sus proyectos de asentamientos.

La fe más o menos ciega que le sustentó para apoyar su ambición transformadora, fue sin duda su creencia en la idea de que el ser humano cometía errores y acciones inmorales, se prestaba a la degeneración o al vicio, sólo en tanto en cuanto no se emancipara de sus *circunstancias*. Su mensaje, en este sentido, no podía ser más claro: “desde los más lejanos tiempos ha sido normal en el mundo actuar desde la suposición de que cada hombre forma su propia personalidad, y que en consecuencia se le puede hacer responsable de todos sus sentimientos y hábitos, para que en consecuencia al mérito fuera la recompensa para algunos y el castigo lo fuera para otros. Todo sistema que se ha establecido entre los hombres ha estado fundado en estos principios erróneos” (p.80). Lógicamente, y bajo tal idea, Owen desplegó su crítica contra el clero de las distintas iglesias (al respecto, la “Segunda Ponencia sobre la Nueva Religión” contenida en la antología resulta muy reveladora) y fue uno de los puntales de la secularización que avanzó por Europa en su tiempo, cosa en absoluto extraña si consideramos que rechazaba la tradicional asignación de culpabilidad tan cara a los credos religiosos.

Por tanto, y en todo caso, su línea de actuación, siempre por etapas, se centraba en la formación de una generación inicial que luego diera paso a otras instruidas en el conocimiento de la misma forma y que impidiesen la reproducción de los males y penurias de la sociedad que Owen advertía, como por ejemplo los acarreados por el hambre, la miseria y, desde luego, el desempleo de una buena parte de los habitantes del imperio británico. Por tanto, lo que cabía hacer era construir un auténtico modelo educativo (incluso en fases, como demuestra una de sus conferencias pronunciadas en Manchester en 1839, pp.449-53 esp.), con el fin de que los seres humanos aprendieran por fin a ser libres, incluso “mentalmente” (p.353). Actuar *sobre* las circunstancias, así, de manera que pudiera transformarse las actitudes y capacidades del individuo, pero hacerlo además de forma *colectiva*, al unísono, reuniendo la fuerza de todos. La emancipación, pues, era una tarea solidaria y del conjunto, aunque siempre redundara a continuación en un provecho individual, ya que Owen no vislumbraba escisión relevante entre el bien público y el particular (p.97).

Este último aspecto, así, era además el que le hacía preguntarse una y otra vez cómo conseguir esa acción solidaria que fomentara la aparición de grupos organizados social, administrativa y productivamente (en torno al agro y las manufacturas), y para él la solución era la creación de células compuestas de cierto número de personas que pusieran en práctica sus ideales y que conformaran entre ellos auténticos contratos o pactos para confederarse (“pactos científicos y sistemáticos”, p.404). La base de estas “asociaciones voluntarias independientes” (p.242), poblados (p.44), sociedades (p.447) o asentamientos (p.176), tendrían como base una organización racional del trabajo en la que existirían menos horas de labor y más de asueto y aprendizaje, merced a los hallazgos tecnológicos y las mejoras en los cultivos y la industria. Su antimalthusianismo resulta claro al respecto, ya que para Owen “el conocimiento de la ciencia existente, y bajo la dirección adecuada”, permite al individuo “producir comida igual a más de diez

veces su capacidad de consumo” (p.177), de modo que “puede hacerse que la capacidad de crear riqueza avance perpetuamente a un ritmo progresivamente más acelerado” (p.284). La sobreproducción (p.285) y la depresión de salarios, habitualmente seguidos del hambre y el desempleo, de acuerdo con los ciclos y fluctuaciones económicas correspondientes del sistema en vigor, pueden por tanto quedar suprimidos mediante otro nuevo modelo de producción que implante las medidas adecuadas, entre otras, la creación de empleo público (pp.73, 122) y la institución de protección para la vejez y la enfermedad (pp.95, 291), así como la cesión de viviendas (p.94). Las condiciones materiales de vida, de este modo, son básicas para cualquier progreso humano, para su felicidad en suma (p.474). Al fin y al cabo, Owen tenía muy claro que el trabajo o las “clases trabajadoras” (p.284) debían conformar el eje de cualquier sociedad que quisiera avanzar y defendió todo tipo de medidas para que ocupara ese lugar “natural”, hasta el punto de señalar la especial desprotección de las habilidades manuales (pp.86, 283 y 284). Así, “debe considerarse que la mayor parte de la población pertenece o ha surgido de las clases trabajadoras; y de ellos tenemos la felicidad y la comodidad de todos los rangos, sin excluir a los más altos, que así se han visto especialmente beneficiados” (p.86).

Por supuesto, en el camino, el filántropo galés se encontró con diversos obstáculos e intentó superarlos a golpe de timón, aunque fuera por ello tildado de paternalista en numerosas ocasiones, sin desanimarse, y tornando más radical el tono de sus escritos. De esta forma, y si bien al principio su enemigo principal era la ignorancia en abstracto, que él cree poder liquidar con el concurso de la buena voluntad de hombres preclaros en general (p.97), después se ve obligado a perfilar de manera más acentuada su proyecto, con lo cual prevé construir una nueva teoría sobre el valor del trabajo (pp.286, 289), critica el mecanismo del mercado (pp.461, 176 y 371), y por último, y aquí ya augurando posteriores autores menos precavidos, defendiendo la abolición de la propiedad privada y la modificación de la estructura familiar a través de cambios en la institución matrimonial, dado que ambas se encontraban inexorablemente unidas (p.466).

A medida que Owen se pronuncia en todos estos términos, es claro, se acentúa su utopismo, se radicaliza pese a su persistente renuncia a toda actuación violenta. Pese al fracaso de *New Harmony* en América, y del rechazo de la petición del territorio tejano (1828, para evitar una confrontación, según el mismo afirma, que en efecto se produjo ocho años más tarde), su optimismo invencible le conduce una y otra vez a poner en marcha experiencias reales, prácticas sociales nuevas que pretendían alumbrar un nuevo futuro para la Humanidad. Su influencia en sus coetáneos fue bien real, y los owenitas contribuirían de forma importante al cartismo y por tanto, aun de forma indirecta, algo de su legado quedaría en la formación de la Primera Internacional. Justo es decirlo, ya sin un Owen que fallecería en 1854 y cuya amable propuesta, siempre un tanto apolítica y sin pretensiones de sustentar toma alguna del poder, no parecía concordar con el contexto estremecedor que vivía Europa a partir de las revoluciones de 1848 y así pronto parecería claro que hombres con mayor decisión política y menos reacios al desembarco brusco tomarían las riendas de los movimientos emancipadores: era el momento de Marx y Engels, Bakunin o Blanqui. Recordemos, al respecto, que para Owen la democracia era subsidiaria a su proyecto social, siempre descentralizado en unidades administrativas cuyos principales cargos debían rotar (p.457), basado en el espíritu cooperativo y benevolente y en la libertad de permanecer de sus participantes (p.382).

Fuera de España, y concretamente en el Reino Unido, siempre han existido varias ediciones de gran valor sobre los textos owenitas y uno de sus principales artífices, especialista en el autor y en general en los movimientos sociales del siglo XIX, ha sido Gregory Claeys, profesor de la *Royal Holloway* de Londres y autor, entre otros volúmenes, de *Citizen and Saints. Politics and anti-Politics in Early British Socialism* (1989). Precisamente es él quien redacta unas líneas que presentan brevemente esta antología de Owen, editada por José Ramón Álvarez Layna con gran mérito y que cuenta asimismo con un prólogo de Julio Seoane.

Y es que el traductor al cuidado de esta compilación publicada por el CSIC ha realizado una labor titánica, provisto de un entusiasmo que resulta fácil de percibir en el volumen. Álvarez Layna nos ofrece así un texto necesario para la comprensión de un autor que no merece el olvido, sino por el contrario, un estudio más pausado de lo que fueron sus ideas e influencia. Quizás esto es lo que haya intentado el propio Álvarez en otro libro que ha publicado recientemente, *Robert Owen, Socialista Utópico* (Mac Graw Hill, 2015), ya que tal extremo se echa en falta en una introducción demasiado somera pero que sin duda se ha querido sacrificar en aras de la extensión compiladora. La antología owenita editada por el CSIC han sido fruto de una selección rigurosa, su importancia resulta manifiesta y traza perfectamente el recorrido vital e intelectual del filántropo, aunque puedan faltar notas que contextualicen las diferentes fases de su trabajo e incluso una cronología que también vendría bien al lector, a quien se le presuponen demasiados conocimientos. Pero tales detalles no ensombrecen en absoluto lo que resulta un esfuerzo altamente meritorio, que cuida la selección de los términos al máximo, dada la confusión fácil que pueden suscitar su significado por las circunstancias específicas de la redacción inicial, y un orden de los textos impecable que nos deposita de una a otra etapa del discurrir de Robert Owen, atrayendo paulatinamente nuestra atención de modo que podemos comenzar con el filántropo institucionalista y finalizar la lectura con un socialista más vehemente y dispuesto a radicales transformaciones, pues “sin igualdad de condición, no puede darse virtud permanente o estabilidad en la sociedad” (p.464) .

RINCÓN DE LECTURAS
RECENSIONES

LA ILUSTRACIÓN. Y POR QUÉ SIGUE SIENDO IMPORTANTE PARA NOSOTROS

Anthony Padgen
(2015) Alianza Editorial
Madrid, 542 pp.

Carlos Alonso Mauricio
Universidad Carlos III de Madrid
caralons@der-pu.uc3m.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3302>

El libro de Padgen no se nos presente como una simple monografía dedicada a estudiar de manera concreta aquellos aspectos más relevantes del pensamiento de la Ilustración, haciendo un análisis más o menos general de las conclusiones alcanzadas y refiriendo una breve relación de autores representativos. Todo lo contrario. Nos encontramos ante un trabajo que encierra un saber enciclopédico y un abrumador conocimiento de autores y obras que queda reflejado en las continuas citas que realiza el autor, acompañado todo ello de un profundo conocimiento de las relaciones personales y la correspondencia sostenida por algunos de los más influyentes pensadores de occidente.

El objetivo del libro no parece ser transmitir al lector con claridad y concisión la relevancia de esta época de la historia del conocimiento a través de una detallada explicación de los descubrimientos o avances logrados por los pensadores que la desarrollaron, sino que se nos presenta una narración ágil y estructurada en una forma casi dialógica entre los grandes pensadores de la ilustración. Los temas y los problemas se suceden en una secuencia de propuestas y opciones diferentes en función de la época de su producción y del autor de las mismas. Es, en definitiva, una obra que asume plenamente la filosofía ilustrada de la crítica racional como *leitmotiv* de su narración y nos conduce a descubrir la complejidad y riqueza de una época fundamental de la historia de las ideas y fundacional del occidente que hoy vivimos. La Ilustración no es un proceso lineal de avance del conocimiento científico, social o político, sino un periodo de encuentro, enfrentamiento y cambio de la forma de ver y enfrentarse a la realidad del momento y, en definitiva, “la Ilustración nos importa aún porque nosotros, los europeos occidentales, somos herederos suyos. Por tanto, no es ocioso que aspiremos a comprenderla en profundidad” (Padgen, 2015, p. 12).

La Ilustración, como evidencia Padgen en su obra, es una época determinada por la insumisión intelectual a las verdades preexistentes, al método



escolástico y a la colonización del conocimiento por parte de la teología. El descubrimiento de América y la quiebra de la unidad de la fe en Europa con la Reforma, debilitaron la posición hegemónica de los teólogos escolásticos en el pensamiento filosófico y esta situación fue, finalmente, el punto de partida de una forma de pensar que cambiaría el mundo.

Pero, como afirma el autor, estos dos acontecimientos, a saber, la ampliación del mundo conocido y la ruptura de la unidad de la fe, siendo relevantes, no explican por sí solos la pérdida de la influencia intelectual de la escolástica y la teología y la aparición de la nueva forma de pensamiento ilustrada. “Lo que al final acabó con el poder y el crédito de la Iglesia católica y de todas las iglesias no fue la Reforma, sino las terribles guerras de religión que se produjeron” (p. 62). La caída de la Iglesia como institución de referencia intelectual de la sociedad europea hizo desaparecer todas las certezas, no sólo religiosas, sino también morales y políticas sobre las que las sociedades europeas se habían organizado. Era necesario encontrar otros argumentos distintos y alejados de la revelación o la divinidad para justificar la convivencia social, las formas de gobierno, el mismo derecho o los métodos de investigación vigentes hasta el momento. Aparece entonces el germen del pensamiento ilustrado, el recurso a la razón.

Expone en este momento Padgen el surgimiento de la teoría del derecho natural moderno, alejado, más bien, apartado de los principios que lo habían regido en los últimos siglos, es decir, separado de la idea de Dios, y de la idea de la revelación como forma de conocimiento de su contenido (pp. 72 y ss.). La secularización del derecho natural implicó necesariamente la separación del principio de sociabilidad de sus antecedentes teológicos, es decir de Santo Tomás de Aquino y su antecedente clásico Aristóteles y sus ideas de sociabilidad natural (p. 91), para situarlo en el plano de la necesidad, más bien, la conveniencia o la mera tendencia a la unión social, surgía así el concepto de estado de naturaleza y la teoría contractualista para explicar el origen de las sociedades y de las formas de gobierno (pp. 94 y ss.).

En la obra se abordan con un prolijo análisis de títulos relevantes y autores imprescindibles otros muchos temas fundamentales que ocuparon el pensamiento ilustrado y que algunos de ellos, aún hoy, siguen estando vigentes en el debate teórico y político contemporáneo. Encontramos el debate sobre cuáles son las fuentes esenciales que influyeron en los pensadores ilustrados, apareciendo el estoicismo como una teoría fundamental para entender los conceptos de sociabilidad, de ley de cosmopolitismo y, sobre todo, de razón. Siguiendo, a continuación, las reflexiones sobre el papel de la religión en relación a la moral social o, incluso, a la política. Relata Padgen la contestación de los ilustrados contra los dogmas de la Iglesia, el estudio y sometimiento de los mismos a la crítica racional y la exigencia de la separación de la moral religiosa de la política y la ética de la sociedad (pp. 127 y ss.)

También se investigan las aportaciones de los ilustrados al estudio del método de las ciencias naturales y su posible aplicación al estudio mismo del ser humano, la creación de una “ciencia del hombre” que incluía la reflexión sobre la esencia del hombre, es decir, aquellos atributos que nos hacen acreedores de la pertenencia a un mismo grupo humano, reflexión heredada del cosmopolitismo estoico, y que obligó a abordar, por ejemplo, la cuestión de la esclavitud y la relación entre los europeos y los pueblos indígenas, salvajes en los términos del momento. Existía, ya desde el siglo XVII, pero fundamentalmente en la época ilustrada una “necesidad acuciante de comprender científicamente al hombre” (pp. 182 y ss.)

A este debate contribuyó extraordinariamente el surgimiento de una nueva corriente literaria, los libros de viajes, que tuvo un extraordinario acogimiento pero que, de hecho, la mayoría de los *philosophes* consideraba inferior al conocimiento especulativo que éstos cultivaban. En este sentido podemos encontrar el desarrollo de teorías tendentes a justificar las diferencias sociales entre los distintos grupos observados en el mundo basadas en cuestiones tales como el clima, las costumbres, las tradiciones o usos sociales entre otras, todas ellas encaminadas a argumentar la existencia de un concepto universal de humanidad y, por tanto, la imposibilidad de calificar a los grupos humanos unos como inferiores y otros como superiores, teorías éstas surgidas, fundamentalmente, en el siglo XIX (pp. 233 y ss.). También podemos encontrar en relación a la homogeneidad del género humano una interesante, profunda y eminentemente actual reflexión sobre el origen del pensamiento feminista en este periodo histórico, reconociendo muchos de los grandes autores la inconsistencia de los argumentos que sostenían la inferioridad del sexo femenino al tiempo que, por otra parte, destacadas mujeres, pertenecientes en exclusiva a la élite intelectual y económica fundamentalmente francesa, comenzaron a destacar y a ocupar posiciones relevantes en sus sociedades (pp. 294 y ss.).

Toda esta amplísima variedad de discusiones, reflexiones y debates surgidos y sostenidos en la Ilustración se podían enmarcar en uno mucho más amplio y general que sería, en definitiva, la incesante búsqueda de un modelo de civilización, de sociedad civilizada y la pretensión de identificarla con la sociedad europea ilustrada, en contraposición al resto de formas de organización social observadas en otras partes del Planeta como África, las sociedades indígenas de América o los pueblos descubiertos en el Pacífico. Ahora bien, como nos informa Padgen, surge un extraordinario debate en relación a la gran civilización del lejano oriente, cada vez más conocida y estudiada, que era China. Podemos encontrar a destacados intelectuales panegiristas de la civilización China que elogiaban y, de hecho, consideraban superior la estructura moral de la sociedad oriental a la europea, así como muy relevantes autores que desarrollaban lecturas opuestas respecto de esta sociedad, como era el caso de Montesquieu, quien basándose en una división de las formas de gobierno de origen clásico, consideraba a China un modelo de despotismo, muy alejado del ideal republicano mixto entre la democracia y la aristocracia (pp. 301 y ss.).

El objetivo final, último, del periodo ilustrado y la meta a la que, ineluctablemente, les conducían sus reflexiones era a plantear la existencia de un concepto común de humanidad y de una idea de patria superior al concepto conocido de nación. De este modo, sobre la base del concepto de patria cosmopolita desarrollado por el estoico Cicerón, comienzan a construir “lo que podríamos calificar de patriotismo cívico moderno. Bondadoso, generoso, amplio de miras” y con un referente claro, la humanidad en su conjunto, que hace superar las lealtades hacia la familia, la comunidad o la nación en la que vivimos para mirar más allá de nuestras propias, y estrechas, fronteras y conseguir una norma de conducta que tenga como verdadera finalidad el bien común de la humanidad en su conjunto. Esto es a lo que, posteriormente Immanuel Kant llamaría “patriotismo mundial” (pp. 325 y ss.). Esta era la verdadera ambición de la Ilustración, “crear una ciencia humana históricamente fundamentada que facilitara la llegada de una civilización universal, capaz de hacer de los seres humanos individuos independientes, autónomos, libres de los dictados que vengan desde arriba o desde abajo, conocedores de sí mismos y dependientes sólo los unos de los otros para sobrevivir” (p. 403).

Pero al periodo ilustrado no le han faltado detractores y contestaciones a lo largo de los siglos siguientes y, precisamente a sus “enemigos” dedica Padgen el último capítulo de su libro (pp. 405 y ss.). Ya desde épocas muy cercanas a la propia Ilustración podemos encontrar críticas feroces al periodo y a las, supuestas, consecuencias del mismo, achacando al pensamiento ilustrado la forma de entender el mundo que llevó a la Revolución Francesa a la instauración del terror por parte de Robespierre y su concepto de razón y virtud. Más allá de estas primeras críticas no han faltado autores representativos, destacando entre ellos, por ejemplo, Alasdir MacIntyre, que han acusado a la Ilustración de separar al individuo de todo sustrato moral, abandonándole al debate estrictamente racional produciendo así “una cultura falta de dirección y de metas” (p. 430).

Al terminar el libro completo cobra sentido su título, la reflexión inicial sobre la importancia que tiene aún hoy la Ilustración para nosotros termina aclarándose cuando el lector, finalmente, se percató de que este periodo histórico no nos aporta certezas y conceptos concretos, no nos sirve para resolver todas nuestras dudas o, si quiera, para hacer nuestra convivencia social más sencilla, sino que su importancia está en habernos dotado un método de entender e investigar el mundo, su importancia radica en haber ampliado las fronteras del conocimiento y la conciencia humanas y, sin duda, en haber definido los conceptos que aún hoy estructuran nuestra propia cosmovisión, las ideas de libertad, de individuo, de razón, de humanidad, de moral, y tantas otras, cambiaron en este periodo histórico fundamental, y con ellas, cambió el mundo en el que hoy seguimos viviendo.

RINCÓN DE LECTURAS
RECENSIONES

Nuevos retos y amenazas a la protección de los derechos humanos en la era de la globalización

Ana Gemma López Martín (ed.),
Javier Chinchón Álvarez (coord.)
(2016), Tirant lo Blanch
Valencia, 302 pp.

Jorge Rodríguez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid
jorgro04@ucm.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3303>

La era de la globalización ha abierto frentes que, si bien hasta ahora parecían dormidos, su situación actual hace irremediable su inmediato tratamiento. Igualmente, los avances tecnológicos han traído como consecuencia la aparición de nuevos retos que necesitan ser abordados pues, hasta ahora, no contaban con un tratamiento concreto en Derecho internacional. Estas dos realidades constituyen los pilares sobre los que se fundamentan el libro que seguidamente se pasa a analizar y que supone sin duda, una pieza imprescindible para todo aquel que quiera asomarse al estado actual del Derecho internacional.

El libro comienza abordando una de las principales deficiencias presentes dentro de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. La importancia de contar con una regulación de esta amalgama de derechos deriva precisamente del estado actual de la sociedad internacional y, directamente, de los efectos que se desprenden de la propia globalización, la cual, como bien se presenta en el título de esta obra (“retos y amenazas”), incita a reinterpretar ciertos extremos que afectan, *inter alia*, al propio ordenamiento internacional. En efecto, la profesora Ana Gemma López Martín, en el capítulo inaugural de esta obra, realiza un nutrido repaso sobre el estado de inferioridad de este conjunto de derechos. Centrada sobre todo en su posición de inferioridad con respecto a los derechos civiles y políticos, la autora analiza los pasos que la comunidad internacional ha ido dando en aras de que cuenten con una eficaz y verdadera protección; consciente de que las nuevas realidades económicas y políticas damnifican directamente el epicentro de toda una serie de novedosas reivindicaciones, las cuales no se encontraban en liza a lo largo de toda la segunda mitad del s. XX.



La importancia por aquel entonces de blindar los derechos civiles y políticos tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial supuso que los derechos económicos, sociales y culturales fueran concebidos, como bien se apunta, como derechos de *segunda generación*. Ello trajo como consecuencia que, de la simple letra del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado en 1966, coetáneo al Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP), pueda derivarse la conclusión de que los Estados no pretendieran su aplicación directa e inmediata, sino que esta dependiera, en fin, de los recursos disponibles de los mismos; y fueran considerados, en cualquier caso, como no justiciables.

No obstante, la precaria situación de determinados colectivos, que rozan la exclusión social cuando no se encuentran ya hundida en ella desde hace décadas, ha activado la compleja “maquinaria legislativa” de la comunidad internacional en pos de equiparar estos *derechos de segunda* a los civiles y políticos. Una buena muestra de estos avances la tendríamos en la entrada en vigor en 2013 del celebrado Protocolo Facultativo al PIDESC. De esta forma, contamos, al fin, con una decente fiscalización de las obligaciones internacionales de los Estados en materias tales como: el derecho al trabajo, derecho a disfrutar de unas condiciones de trabajo equitativas, derecho de huelga, derecho a la seguridad y asistencia social, derecho a un nivel de vida adecuado, derecho a la vivienda o derecho a la salud física y mental.

Del mismo modo, fruto del intento de las Naciones Unidas por brindar una mejor protección a determinados colectivos que demandan una atención más sensible, nació la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, orientada a la protección de los derechos de este sector social; cuya implementación en España es tratada en el Capítulo II por el profesor Rubén Carnerero Castilla.

A este respecto, es imprescindible para una comprensión global de lo que supone la adopción de este tratado, lo que resalta el autor antes de abordar su contenido: las personas discapacitadas son acreedoras de todos los derechos reconocidos en los ordenamientos internos y en el internacional, sin embargo, lo que pretende abordar la Convención de 2006 es el íntegro y completo disfrute de los mismos. Este tratado no implica la creación de derechos específicos para las personas con discapacidad, sino que contiene normas de obligado cumplimiento para sus Estados Parte, en aras de que los mismos no pongan trabas a que las mismas puedan ejercer los mismos derechos que las que no tienen dicha condición.

El Capítulo está centrado en el caso de España y en cómo el Estado implementa los principios reconocidos en la propia Convención dentro de sus propias políticas públicas, a saber: respeto de la dignidad, autonomía individual, la participación en la vida pública, o la accesibilidad al transporte, entre otras. Este monitoreo, como ya ocurría en el caso del PIDESC, es encargado a un Comité, cuya función consistirá en valorar el cumplimiento de, en este caso, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Tras resaltar la composición y los métodos de trabajo del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, el autor se adentra en el examen del régimen jurídico vigente que protege y blindo los derechos de las personas con discapacidad en España y el examen que el Comité realizó del mismo, en respuesta al informe presentado por el Estado.

El informe del Estado trata multitud de extremos de especial interés para las personas discapacitadas (algunos mejor regulados que otros por la legislación española), como pudieran ser: los sistemas nacionales de control del respeto de los derechos de las personas con discapacidad; las condiciones de accesibilidad a servicios públicos; la legislación española sobre la igualdad de oportunidades y no discriminación; la potestad del tutor legal de retirar la medicación a una persona discapacitada cuando no se pueda recabar su consentimiento expreso; la posibilidad de interrumpir el embarazo (más allá de las 22 semanas) cuando al *nasciturus* se le diagnostique una enfermedad “grave e incurable”; o la esterilización de las personas discapacitadas. No obstante, cobra especial interés, en mi opinión, por su gravedad y falta de regulación, una situación concreta que el profesor Rubén Carnerero recoge y que hasta la fecha siguen sin ser regulada por el ordenamiento jurídico español, como es la situación de las mujeres discapacitadas (habida cuenta de la propia posición de la mujer en nuestra sociedad), en especial, en caso de desempleo o de ser víctimas de agresión por contener una triple (o cuádruple) situación de vulnerabilidad: mujer, discapacitada, desempleada y/o agredida. Esta realidad, que a día de hoy no cuenta con legislación alguna que la regula (ya dentro de la legislación laboral, ya dentro de la legislación específica de mujeres maltratadas), cuenta con una especial gravedad que habría de invitar a las instituciones públicas a brindar mecanismos concretos que permitieran la integración y la protección de estas mujeres en la sociedad española.

Como hemos podido apreciar en los anteriores capítulos, la globalización ha supuesto que determinados derechos, que se encontraban en una segunda línea del ordenamiento internacional antes de la erupción de este fenómeno, hayan pasado al centro del debate debido a su frágil posición. Sin embargo, las características que le son propias a la globalización también han supuesto la aparición de otros *retos y amenazas* desconocidos hasta entonces, en forma de nuevas maneras con las que contará el individuo para relacionarse y comunicarse.

En efecto, la aparición de Internet en el centro de la vida pública y social de casi el conjunto de las sociedades comunidad internacional ha precedido a la aparición de nuevos modos de interrelacionar entre los individuos, lo que ha traído consigo, irremediablemente, nuevos modos de conculcar derechos humanos. Este será el planteamiento central de tres capítulos de esta obra, centrados cada uno de ellos, en tres derechos directamente vinculados con la posición central con la que cuenta Internet en las actuales sociedades.

El primero de estos capítulos, autoría de la profesora Clara Cordero Álvarez, versa sobre el derecho a la intimidad y su nueva regulación como derecho especialmente vulnerable debido a la aparición de estos “nuevos modos” con los que cuenta el individuo no ya solo para comunicarse, sino, incluso, para desarrollarse como tal. A este respecto, la autora apela al nacimiento de un nuevo concepto de intimidad ya exclusivamente contextualizado dentro del mundo virtual. El individuo decide ahora qué partes de su vida privada pretende hacer pública y quién puede tener acceso a ellas. Por tanto, teniendo este presupuesto en mente, el rango de su derecho a la intimidad será extensible tanto a aquellos extremos que el usuario ha querido hacer “públicos”, como a aquellas personas que previamente ha aceptado como “accesibles” a esa información. Así, cualquier extralimitación tanto en el contenido de esa información, como en quién tiene acceso a la misma, supondría una vulneración de su derecho a la intimidad.

De esta forma, la aparición de esta nueva intimidad “contextualizada” ha traído consigo no solo un actualizado concepto de “intimidad”, sino también nuevos modos de infracción (sobre todo teniendo en cuenta la pluralidad de potenciales

infractores al tratarse de un medio global), así como nuevas posibilidades de solucionar posibles conflictos que pudieran aparecer en relación a la conculcación del derecho a intimidad en la red; destacando el arbitraje como principal alternativa a la vía judicial.

En segundo lugar, la posición de Internet como uno de los ejes centrales de las comunicaciones entre personas ha supuesto que el derecho a la protección de datos personales sea entendido como uno de los derechos “emergentes” dentro de este (no tan) nuevo contexto globalizado. Este derecho es tratado por la profesora Clara Cordero en relación expresa con el derecho a la intimidad y más en profundidad por la profesora Esther López Barrero, la cual analiza su regulación concreta dentro del Consejo de Europa, la Unión Europea y en el ordenamiento jurídico español, dentro del Capítulo IV.

Acerca de la regulación nacional, este capítulo se basa en su mayor parte en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional (en concreto del artículo 18.4 de la Constitución española) y la Ley Orgánica 5/1999. Esta regulación no es baladí pues el crecimiento sistemático de Internet produce, como bien anota esta autora, que la circulación de datos se eleve hasta casi el infinito y que cualquier dispositivo en casi cualquier parte del mundo pueda tener acceso a esa infinidad de datos. Ello trae consigo que la regulación de este particular goce de una especial y sensible protección habida cuenta del volumen de información personal al que se puede tener acceso.

En tercer lugar, la protección de datos ha empezado, igualmente, a obtener cada vez una mayor importancia habida cuenta del uso masivo del que han venido disfrutando los principales buscadores de Internet, los cuales son auténticos contenedores de información personal, que, nosotros, los usuarios, vertemos cada día en los mismos. De hecho, Google, como principal exponente de estos novedosos prestadores de servicios, ha sido el principal afectado por toda una extensa regulación (o intento de regulación) de lo que (ya) se ha empezado a conocer como “derecho al olvido”. La profesora Paula López Zamora define este derecho, en su contribución a la obra (Capítulo V), como la necesaria eliminación de los resultados de las búsquedas que el buscador almacena siempre que se encuentre en relación con el nombre propio de una persona física.

El desarrollo de este concepto por parte de la justicia europea lo realiza dicha autora en base a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-131/12. No obstante, previamente en el capítulo se esbozan unos trazos generales, en base a la situación española, que nos pondrán en antecedentes. En ellos se trata la reclamación de un particular a la Agencia Española de Protección de Datos de 2010 acerca de la aparición de ciertos datos personales tanto en Google Spain (o Google Inc.) como en el periódico La Vanguardia. Las conclusiones que sacamos al respecto de la resolución emitida por el órgano anterior no parecen resolver el tema más allá de unas directrices generales, las cuales habrán de aplicarse caso por caso, pero sin dar, en fin, una solución concreta. Y es que habrá de atenderse a la relevancia y/o importancia pública de la persona afectada, así como a los datos específicos que son públicamente accesibles. Así, se deberá tener en cuenta el interés público tanto de la persona como de la información que es accesible para poder ejercer, o no, el derecho a que esa información sea eliminada definitivamente.

Teniendo lo anterior como base del análisis que la autora realiza, se concluye que estamos nuevamente ante la eterna disputa en derecho del conflicto de intereses entre el derecho al honor individual y el derecho a la información pública; traspasada ahora la discusión al terreno virtual. Sin embargo, como bien se

anota en el capítulo, la sentencia plantea ciertas directrices que el buscador afectado pudiera aplicar para ponderar cuál será el derecho que hubiera de prevalecer en cada caso concreto; por ejemplo: naturaleza sensible de los datos, carácter de personaje público, minoría de edad, exactitud de los datos o la inclusión de opiniones en vez de hechos, entre otros. Pese a que lo anterior sirve de clara orientación para la empresa, como bien dice la profesora Paula López, no es menos cierto que los afectados por la decisión verán cómo un órgano que, careciendo de autoridad para ello, les estará violentando un derecho de los que son acreedores; pudiendo, en consecuencia, acudir, en el caso de España, a la Agencia de Protección de Datos. Y es que, como en cualquier asunto en el que intervengan ambos intereses (honor – información), estaremos siempre lejos de llegar, en lo que concierne al derecho, a una solución única, final y equitativa.

La globalización, junto con los avances tecnológicos que han venido de la mano, ha generado la proliferación de grandes conglomerados empresariales, cuyas operaciones e influencia se extienden y afectan a varios Estados; incidiendo, en numerosas ocasiones, en el respeto de derechos humanos de los ciudadanos de aquellos territorios donde prestan servicio. El trabajo que presenta la profesora Carmen Otero García – Castellón en el Capítulo VI analiza las posibles obligaciones que en materia de derechos humanos puedan ser exigibles a este tipo de empresas, en aplicación tanto del Derecho internacional público, como del Derecho internacional privado. Del mismo marco jurídico propuesto por la autora se concluye, como pone de manifiesto a lo largo del estudio, que la responsabilidad de que el sector privado actúe en base a la legalidad en derechos humanos será compartida entre las empresas y sus obligaciones para con el Derecho internacional privado, y por los Estados y las que le son propias según el Derecho internacional público.

Una de las posibilidades que se plantea es la de la posible extraterritorialidad de las normas de un Estado en materia de derechos humanos; posibilidad que, si bien está generalmente aceptada en materia de derechos civiles y políticos, no es así en derechos económicos, sociales y culturales (cuya justiciabilidad, ya vimos en el análisis del capítulo inaugural de esta obra, es aún una tarea pendiente). Si bien los Estados no son responsables de los comportamientos de los entes privados, solo una efectiva colaboración y actuación de los mismos puede provocar que determinadas actuaciones, que conculcan derechos humanos, queden prohibidas, o al menos reguladas, en cualquier Estado en el que operen las empresas transnacionales.

En el plano específico de las empresas, la profesora Carmen Otero pone encima de la mesa el controvertido debate generado en torno a la posibilidad de que estas se erijan en auténticos sujetos del Derecho internacional, lo que facilitaría la imposición de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Actualmente, ante la ausencia de normas internacionales claras que regulen el comportamiento de las empresas, la única posibilidad al respecto la encontramos en determinadas normas emanadas del seno de ciertas organizaciones internacionales que, efectivamente, prescriben normas sobre comportamiento en respeto a los derechos humanos, las cuales pueden ser suscritas unilateralmente por empresas y Estados. Entre ellas, la autora analiza las siguientes: dentro del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, contamos con los Principios rectores de NU sobre empresas y derechos humanos. Dentro de la Organización de Cooperación y Desarrollo, la Guía para las empresas multinacionales y los principios para la gobernanza corporativa. Y, en el seno de la Unión Europea, la Guías de comportamiento para la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.

En otro orden de cosas, la proliferación de conflictos en todo el globo sitúa la necesidad de alcanzar nuevos medios para mantener y promocionar la paz en una de las prioridades de la comunidad internacional. La Organización de Naciones Unidas (ONU), como organización internacional con proyección universal, se convierte, de hecho, en uno de los actores principales (sino en el principal) en esta aspiración. El profesor José Antonio Perea Unceta esboza, en su contribución a esta obra en el Capítulo VII, las distintas operaciones de mantenimiento de la paz lideradas por esta organización, habida cuenta de la ampliación del concepto “paz”; al incluirse en los quebrantamientos de la misma, las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos. Esta ampliación del término ha redundado, por tanto, en una mayor presencia de la ONU tanto en los contextos donde va a involucrarse directamente, como en el tipo de medidas adoptadas. Entre ellas encontramos, por ejemplo, la investigación de crímenes de guerra y a sus autores, la promoción de derechos humanos y la creación de instituciones democráticas.

El profesor José Antonio Perea realiza un completo análisis de cuáles han sido las principales consecuencias y actuaciones del Consejo de Seguridad tras la inclusión de este más amplio concepto de “paz” dentro del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Entre ellas destaca la emprendida tras la declaración de independencia unilateral de Rhodesia del Sur, las declaraciones emitidas en contra del sistema del *apartheid* en Sudáfrica o las tomadas tras las violaciones de derechos humanos en el conflicto de la antigua Yugoslavia. También son destacables las operaciones de mantenimiento de la paz una vez finalizada la Guerra Fría en la República Democrática del Congo, Darfur, Sudán del Sur, Liberia, Costa de Marfil, Haití o Afganistán. El autor nos describe las principales características que ostentan estas operaciones, así como cuáles serán las dificultades y repercusiones que las mismas pueden acarrear durante las distintas acciones emprendidas por ellas, como pudieran ser: la ausencia de consentimiento y cooperación de las partes implicadas, uso de la fuerza para la protección de la población civil, investigación de crímenes internacionales y la reconstrucción de las instituciones civiles y promoción del Estado de Derecho.

Entre las conclusiones a las que el profesor José Antonio Perea arriba, hemos de destacar aquella que recuerda algo sumamente interesante y útil hoy en día visto el desarrollo y las consecuencias dejadas por aquellos conflictos que han tenido lugar tras los atentados del 11 de septiembre de 2001: cualquier operación de mantenimiento de la paz ha de tener en cuenta la opinión de la población y evitar, en cualquier caso, la imposición de un modelo político preconcebido, pues estos no tienen por qué ser exportables a todos los países.

Otro de los retos que merecen especial atención dentro de la era de la globalización la representan los numerosos casos de impunidad de las violaciones de derechos humanos. La representación de esta impunidad latente no la representan simplemente las violaciones acaecidas en los conflictos abiertos hoy en día, sino también la impunidad que arrastran las violaciones perpetradas en enfrentamientos pasados.

Sobre las mismas, el rol que ha de jugar la Corte Penal Internacional (CPI) empezó a considerarse fundamental desde el mismo momento de la adopción de su Estatuto allá por 1998. El profesor Javier Chinchón Álvarez, sin embargo, en el Capítulo VIII, pone el foco en una tendencia que parece preocupantemente recurrente en no pocos círculos académicos y, también, en la propia sociedad civil; y no es otra que, tras la comisión de graves violaciones de derechos humanos, dirigir la mirada ya casi por defecto a la CPI como el primer paso a dar para la persecución penal de los responsables de las mismas.

En efecto, tras la comisión de estos graves actos de violación de derechos humanos se suele preguntar, como primer recurso, por las posibilidades de dicho tribunal internacional para entrar a conocer de los mismos, en una suerte de ya (peligrosa) asunción de que los Estados no procederán a perseguirlos en ningún caso. Será aquí donde, acertadamente, este autor venga a recordarnos la (todavía) vigencia de la obligación internacional de los Estados de investigar y el espíritu con el que este tribunal nació y que, a la fecha, no ha cambiado: el principio de complementariedad de la CPI. Y es que si partimos de un principio tan general dentro del Derecho penal como es su consideración de la *última ratio*, el mismo ha de ser igualmente aplicado a la propia actuación de tal tribunal, el cual habrá de entrar a conocer de un asunto solo en caso de que el Estado haga dejación de sus funciones de persecución penal de aquellos crímenes cometidos dentro del territorio bajo su jurisdicción.

Por otro lado, el profesor Javier Chinchón también recuerda otro principio fundamental para un correcto funcionamiento de la CPI: la obligación de cooperar de los Estados. Si bien ellos mismos serán los que voluntariamente acepten la competencia de este tribunal para conocer los casos que se cometan dentro de sus jurisdicciones (contando con que se integren en algunos de los tipos penales que este tribunal puede investigar), la cooperación para que la Corte pueda lograr sus objetivos durante la investigación es también crucial para que estos lleguen a buen puerto. No obstante, según este autor, la mayor cooperación que los Estados puedan brindarle no solo a la CPI, sino al conjunto de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad, será mediante el ejercicio del primer principio al que él mismo se refería al comienzo: hacer valer sus obligaciones internacionales en materia de justicia. Únicamente si esto es así, si la CPI consigue funcionar como un mero complemento, al ser considerados los Estados como el primero y principal perseguidor de los crímenes más aberrantes para la comunidad internacional, entonces, y solo entonces, este tribunal podrá, efectivamente, funcionar y cumplir los objetivos para los que realmente fue creado.

Como hemos visto, los Estados habrán de ostentar, en cualquier caso, el primer recurso de las víctimas para ejercitar su derecho a que se persiga penalmente a los autores de haber violado sus derechos humanos. El análisis de estos derechos de las víctimas, y de cuáles serán las obligaciones concretas de los Estados para concretarlos, vendrá a cargo del profesor Manuel Ollé Sesé en el Capítulo IX.

La necesaria protección del individuo y, en concreto, de su dignidad como un bien jurídico propio dentro del ordenamiento internacional, ha dado pie al reconocimiento de dos obligaciones principales para los Estados, imprescindibles para la defensa de los derechos de las víctimas de los más graves crímenes contra los derechos humanos. El primero de ellos será el deber de respetar, asegurar y proteger. El segundo el de su garantía, el cual se materializará en el deber de brindar los recursos apropiados a las víctimas para, una vez cometida la violación, activar los mecanismos estatales disponibles para que se incoe una investigación penal, se juzgue a los responsables y, en su caso, sean condenados.

Como puede observarse, hoy en día esta doble obligación estatal brilla por su ausencia en multitud de escenarios, no solo porque en numerosas ocasiones son los propios Estados los que cometen estos crímenes contra su propia población (dejando a un lado cualquier indicio que se parezca al respeto, aseguramiento o protección de los derechos humanos), sino porque una vez cometidos, y con independencia de que el Poder Ejecutivo y/o Legislativo del Estado en cuestión haya cambiado (tanto da puesto que en Derecho internacional rige el principio de la

sucesión de Estados), tales hechos en raras ocasiones son investigados consecuentemente.

Sin embargo, tal y como analiza exhaustivamente el profesor Manuel Ollé, las obligaciones estatales en esta materia, así como los derechos de los que son acreedoras las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, están perfectamente acreditadas tanto en el Derecho internacional convencional como en numerosos textos declarativos, lo que da muestras del interés y la gravedad de la que goza hoy en día esta materia.

Debido a ello, tal y como acredita el autor, en el plano internacional (tanto universal como regional) contamos con varios instrumentos a los que la propia víctima puede acceder para que el Estado haga efectivas sus obligaciones internacionales y pueda proteger los derechos de los que ella es acreedora. Ostentando el Estado, como se viene reiterando, la primacía en este ámbito, el necesario conocimiento de estos hechos por parte de tribunales de corte penal ha derivado en que, por un lado, tribunales domésticos de terceros Estados puedan conocer de los mismos en aplicación del principio de justicia universal (que tantas alegrías dio en España y tanto dolor causó su enterramiento deliberado por parte de diferentes Gobiernos) y, por otro lado, los tribunales internacionales *ad hoc* y mixtos, así como la propia CPI.

Después de haber tratado la situación de la justicia y la impunidad en un nivel global/internacional, pasamos a continuación al plano nacional. Y es que, en los últimos años, las reivindicaciones de un colectivo concreto de víctimas, las que sufrieron la represión de la Guerra Civil y el franquismo, vienen, afortunadamente, formando parte de la agenda pública, gracias, sobre todo, a los colectivos y asociaciones memorialistas; cuyas reivindicaciones forman parte de obligaciones para el Estado español, no solo éticas o morales (por el desamparo que sufren), sino también jurídicas.

Juan José López Ortega condensa perfectamente en el Capítulo X las tres reivindicaciones principales de este colectivo: verdad, justicia y reparación. Aglutinadas todas ellas en una suerte de nuevo derecho a la memoria histórica; o lo que podría ser lo mismo, un derecho a que el Estado aplique, haciendo efectivas sus obligaciones internacionales, instrumentos típicos de la llamada justicia de transición.

Tal y como identifica este autor, España tuvo una oportunidad ideal de hacer efectivas estas obligaciones tras la firma y posterior ratificación de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la cual contenía obligaciones internacionales para sus Estados Parte que se identificaban perfectamente con los requerimientos de las víctimas. Ello cobra aún más importancia teniendo en cuenta la tan esperada y necesaria consagración convencional del derecho a la verdad; derecho que se erige en parte central y nuclear para las víctimas de las desapariciones forzadas, que son, posiblemente, los hechos que mayor daño han producido a las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo. En efecto, con la adopción de la conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica, España tenía la oportunidad de remendar lo que vino violando en los últimos 40 años de democracia. No obstante, excepto algunos avances que recoge perfectamente este autor, referentes al derecho a la reparación de las víctimas, no se reconoce ningún otro progreso en este “derecho a la memoria histórica”, algo en lo que coinciden todos los mecanismos del sistema universal de protección derechos humanos pertenecientes que han visitado o examinado a España en los últimos años.

En concreto, respecto al derecho a la verdad, son remarcables tres aspectos: la falta de creación de una, en palabras del Comité contra la desaparición forzada, “comisión de expertos independientes”, órgano principal para la materialización de este derecho, como bien se puede demostrar en la experiencia comparada. Por otro lado, las dificultades en el acceso a los archivos contenedores de tal información. Y, por último, las dificultades y trabas administrativas y burocráticas para la exhumación de las fosas comunes, que, en palabras de Juan José López Ortega, constituyen una auténtica “negación de la sepultura”.

También se encuentran graves deficiencias en lo concerniente al derecho a la justicia, campo monopolizado en el debate sobre la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo por la permanencia de la Ley de amnistía de 1977. En efecto, como bien se detalla en el capítulo, es arriesgado juzgar la legalidad de la misma aplicando los cánones presentes, sobre todo en materia de Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, pese a que este autor arguye que no estaría del todo claro la vigencia en aquel momento de una norma internacional que obligara a perseguir las mayores violaciones de derechos humanos, la ratificación por parte de España (meses antes de aprobar la Ley de amnistía) del PIDCP ya facultaba a todos los ciudadanos del Estado a interponer un recurso ante la jurisdicción española. Igualmente, la aprobación de la Constitución española en diciembre de 1978 permitía la derogación de toda ley que fuera opuesta a su contenido (disposición derogatoria 3), lo que, debido al reconocimiento del derecho a un recurso efectivo en la Carta Magna, nos hace dudar si la Ley de amnistía no iría en contra de lo que posteriormente se aprobó.

Por último, Juan José López Ortega hace mención a otras víctimas que muchas veces parecen alejadas o ajenas a este colectivo como son los niños que fueron sustraídos de sus madres al nacer, los que sufrieron la violencia institucional sufrida durante los años de la transición (lo que ha dado pie a ciertos autores separen a estas víctimas en un grupo independiente, conocidas como “víctimas de la transición”) y aquellos que sufrieron detención incomunicada.

En el Capítulo XI, como colofón a esta obra y tomando como marco general las directrices europeas en Estado de Derecho, Lydia Vicente Márquez realiza un amplio repaso a todas aquellas reformas y novedades legislativas que, de un modo u otro, han acertado las libertades individuales de la ciudadanía y han ido construyendo, conforme se iban aprobando, un férreo cerco sobre todo a aquellos derechos y libertades que crean todo el marco en el que se encuadra el derecho a la justicia.

De esta forma, encontramos reformas que directamente mutilan el propio acceso de la ciudadanía en condiciones de igualdad a los tribunales de justicia, entre ellas: la Ley de Justicia Gratuita de 2012 (que, *inter alia*, ha reducido el número de casos contenciosos administrativos –aquellos que juzgan la actuación de las instituciones públicas– un 15,5%) o la Ley de Tasas (que iguala los costes de las mismas, pagando todas las personas jurídicas, ya sean PYMES o grandes empresas, la misma cantidad).

Por otro lado, el Estado de Derecho se ve, además, amenazado tras la adopción de tres leyes y reformas concretas. Por un lado, la reforma de la Ley del Consejo General del Poder Judicial que atenta contra la misma independencia judicial, debido a que los miembros del Consejo serán elegidos por acuerdo de los partidos políticos. Por otro lado, la aprobación de la Ley de Seguridad Ciudadana, la cual, entre otras notables deficiencias que la autora relata, otorga un mayor margen de discrecionalidad y arbitrariedad a las autoridades para decidir la adecuación de

una conducta a la legalidad vigente (penal o administrativa) e impone unas multas desproporcionadas a las ilegalidades recogidas en la misma norma. Por último, la reforma del Código Penal, que introduce tipos penales con formulaciones muy vagas que permiten una interpretación demasiado amplia por parte de las autoridades competentes.

Teniendo de esta forma una visión amplia de las reformas judiciales que se han venido llevando a cabo en los últimos tiempos, vemos cómo, actualmente, en España, contamos con un grave déficit de calidad democrática, habida cuenta del estado casi crítico con el que cuentan ciertas garantías constitucionales como la independencia de poderes, el principio de legalidad o la libertad de expresión. Todo ello ha puesto en jaque, innecesariamente, a un, puede que ahora mal llamado, Estado de Derecho.

Tras todo lo visto y analizado hasta aquí, podemos afirmar que el presente libro constituye una obra de imprescindible lectura que nos orienta por todos los frentes abiertos en el campo del Derecho internacional en un escenario tan complejo como en el que nos encontramos en la actualidad. La variedad e importancia de los contextos que se examinan muestran una realidad inexcusable: el necesario respeto de las obligaciones internacionales de los Estados para un tan deseable como complicado respeto global a los derechos humanos.