



eunomia
Revista en Cultura de la Legalidad

ISSN 2253-6655

NÚMERO 12
Abril-septiembre 2017



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

www.uc3m.es/eunomia

ISSN 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
PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO (SECRETARIA ACADÉMICA),
Universidad Rey Juan Carlos, España
ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, Instituto de Filosofía del Centro Superior de
Investigaciones Científicas, España
JOSÉ MARÍA SAUCA CANO (DIRECTOR), 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
RUBÉN GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

Programa en Cultura de la Legalidad
Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia
Universidad Carlos III de Madrid
Calle Madrid 126-128

ÍNDICE

Presentación

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

Estudios

<i>Seguridades personal y social como derechos humanos</i> Bartolomé Clavero	10
<i>Antropo (andro) centrismo y especie. Ideología y naturalización del especismo en tiempos liberales</i> Rafael Vázquez García y María Sánchez Fernández	26
<i>Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la constitución</i> Pedro A. Caminos	39
<i>Sustitución constitucional y objeción democrática: una tensión aparente</i> Fernando Alonso Tovar Uricocchea	62

Foro y ágora

<i>La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo</i> Agustí Cerrillo i Martínez	77
<i>La gobernanza económica de la Unión Europea: ¿activar los frenos de emergencia?</i> Pedro Chaves Giraldo	92
<i>El referéndum autonómico</i> Daniel López Rubio	115
<i>Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada</i> Lara Redondo Saceda	131

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Tecnocracia (y cultura jurídica)</i> Andrea Greppi	147
--	-----

<i>Régimen/Régimen político</i> Santiago Carassale	163
<i>Demagogia</i> Sergio Ortiz Leroux	169
<i>Isegoría cosmopolita</i> Helga Lell	180
<i>Interseccionalidad</i> María Caterina La Barbera	191
<i>Paternalismo</i> Macario Alemany	199
<i>Ponderación</i> Jorge Alexander Portocarrero Quispe	210
<i>La expresión "Nulidad de Derecho Público" en el derecho chileno</i> Claudio Agüero San Juan	224
<i>Delitos Societarios</i> Gonzalo Quintero Olivares	235
<i>Litigio de interés público</i> María Carlota Ueín	246

Releyendo a...

<i>Carl Schmitt: Estado, Movimiento Pueblo. La triple articulación de la unidad política</i>	
<i>Carl Schmitt. Estado y complejidad social</i> Enrique Serrano Gómez	256
<i>Carl Schmitt. Estado, Movimiento Pueblo. La triple articulación de la unidad política</i> Joseba Miren García Celada, Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares	268

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Modelo Social y límites al crecimiento en el antropoceno</i> Luis Moreno y Daniele Conversi	310
---	-----

BOOK FORUM

<i>Cecilia Güemes (2016), Tráame suavemente. Confianza social en Latinoamérica, Argentina bajo la lupa</i>	315
Mirka Torres	
<i>Cecilia Güemes (2016), Tráame suavemente. Confianza social en Latinoamérica, Argentina bajo la lupa</i>	319
Virginia Trevignani	
<i>Respuesta agradecida a las reseñas de Mirka Torres y Virginia Trevignani</i>	322
Cecilia Güemes	

RECENSIONES

<i>Pablo Santolaya Machetti e Isabel Wences (coords.) (2016), La America de los Derechos</i>	327
Sara Turturro Pérez de los Cobos	
<i>Liborio L. Hierro (2016), Los derechos humanos. Una concepción de la justicia</i>	335
Carmen Pérez González	
<i>Riccardo Guastini (2014), Interpretar y argumentar</i>	339
Ricardo Cueva Fernández	
<i>Cristina Blasi Casagran y Mariona Illamola Dausà (Coords.) (2016), El control de las agencias del Espacio De Libertad, Seguridad y Justicia. Contrapeso necesario a su autonomía</i>	344
Anna Ayuso	

LISTA DE EVALUADORES

<i>Lista de evaluadores de los números 1-12 de Economía. Revista en Cultura de la Legalidad</i>	352
---	-----

Presentación

Foreword

José María Sauca
Universidad Carlos III de Madrid
Director de la revista *Eunomía*

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3666>

Entregamos al lector el número 12 de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. El número doce es uno de los números de más consolidado simbolismo: desde las doce tribus de Israel a los doce dioses principales griegos o a los doce apóstoles cristianos; desde los doce signos del zodiaco a los doce caballeros de la Mesa Redonda o a las doce estrellas en la bandera de la Unión. Este *doce* siempre se presenta como una expresión de completitud, de perfección; la imagen clásica del cerramiento de círculo. Como decía Jorge Guillén, *Todo completo: ¡Las doce en el reloj!* En esta duodécima entrega de *Eunomía* estamos lejos de estos logros de perfección pero seguimos en el ánimo de ofrecer al lector un producto acabado que aúne rigor con interdisciplinariedad, actualidad con interés y originalidad con profundidad.

En línea con la estructura tradicional de la revista, abrimos con la sección de *Estudios* en la que recogemos cuatro aportaciones. La primera viene de la mano de Bartolomé Clavero. El historiador del Derecho desarrolla un análisis sobre la deficiente articulación entre seguridad individual y seguridad nacional desde el punto de vista normativo y recaba sus fuentes en el Derecho internacional y en el Derecho constitucional comparado. La segunda recoge el trabajo conjunto de Rafael Vázquez García y María Sánchez Fernández en el que se aborda una reflexión sobre una temática novedosa y de indudable relevancia filosófico política. A partir de una crítica a los límites del racionalismo liberal ilustrado, desarrollan las características del *especismo* como una perspectiva liberadora y antidiscriminatoria. La tercera, obra de Pedro A. Caminos y la cuarta, de Fernando Alonso Tovar Uricoechea, abordan el estudio de dimensiones institucionales de la constitución. El primero sostiene que en la aplicación judicial de la constitución se distinguen tres tipos: resolutive de casos, identificativa de normas y operativa de aplicabilidad. El segundo sostiene que la teoría de la sustitución constitucional sirve para paliar el déficit de legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Creo que esta variedad de métodos y de temáticas dan cuenta de la riqueza y relevancia de las perspectivas que entendemos propias de una cultura de la legalidad.

La sección de *Foro y Ágora* pretende seguir dando cuenta de cuestiones actuales en la materia. Agustí Cerrillo nos ofrece un análisis de las recientes modificaciones normativas en materia de control de los conflictos de intereses, con especial atención a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado. Pedro Chaves expone unas pautas de interpretación de las consecuencias que ha generado la gestión política de la

crisis económica en el seno de la Unión Europea, apostando por una fórmula federal como respuesta a la crisis de legitimidad de la misma. Daniel López Rubio analiza la regulación de la institución del referéndum en España y reflexiona en torno a la constitucionalidad de una eventual convocatoria de un referéndum de autodeterminación en Cataluña. Finalmente, Lara Redondo aporta un examen teórico de la cuestión de la gestación subrogada. Desde que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 5 de octubre de 2010 habilitó la inscripción de la paternidad de niños nacidos mediante este tipo de gestación, siempre que sea fuera de España y se cumplan ciertos requisitos; la relevancia de la nulidad de pleno derecho decretada para estos contratos, por parte de la Ley 14/2006, se ha resquebrajado y requiere atención del legislador. La autora examina los fundamentos de esta fórmula de gestación desde las premisas de la autonomía de la mujer.

La sección de *Voces en Cultura de la Legalidad* suma diez nuevas entregas que reflejen la pluralidad de métodos y de contenidos que entendemos incluidos en un universo conceptual de la Cultura de la Legalidad. Las cuatro primeras responden a una inspiración filosófico-política: el primer par de referencia sistémica –*tecnocracia* y *régimen político*- y el segundo de referencia ideológica –*demagogia* e *isegoría*-. Sus autores, respectivamente, son Andrea Greppi, Santiago Carasale, Sergio Ortiz y Helga Hell. Las tres subsiguientes presentan un carácter filosófico jurídico: *Interseccionalidad*, *Paternalismo jurídico* y *Ponderación*. Sus autores respectivos son MariaCaterina Labarbera, Macario Alemany y Jorge Alexander Portocarrero. Finalmente, las voces con referencia dogmático-jurídica son *Nulidad en Derecho Público*, *Delitos societarios* y *Litigio de interés público*. Los publicistas respectivos son Claudio Agüero, Gonzalo Quintero Olivares y Carlota Ucin. En su conjunto suponen una variada nómina de investigadores de España e Italia y de Latino américa.

La sección de *Releyendo a...* recupera un trabajo de Carl Schmitt escrito en 1933. No parece requerir esfuerzo especial argumentar la influencia que el publicista alemán ha tenido –y sigue teniendo- en la teoría del Derecho público y la filosofía política contemporánea. Puede sorprender, sin embargo, su pertinencia en una revista como la presente. Desde luego, no cabe presentarle como un autor relevante de la cultura de la legalidad, quizá más bien resultaría adecuado, como señala Roberto Bueno (2016: 23), adscribirle a una *cultura totalitaria* o, como dice Silva-Herzog, a una *jurisprudencia para la ilegalidad* (2003: 9). De esta manera, podría decirse que traer a colación a Schmitt es una forma de presentar el anverso de la argumentación justificativa de la democracia y del estado de Derecho; algo así como examinar estos conceptos a través de su negativo fotográfico. Más relevante resulta, sin embargo, la pertinencia temporal de reparar ahora en el autor. Un trabajo reciente sobre Schmitt señalaba que «no vivimos en la misma coyuntura histórica. Nuestro tiempo está marcado por dos fechas: 1945, cuando los fascismos perdieron la guerra y han sido condenados por los países civilizados y 1989, fecha de la caída del Muro de Berlín que ha consagrado el colapso del comunismo soviético y el fin de la hostilidad de Rusia a ciertos valores “occidentales”: la economía de mercado y el pluralismo político. La historia atormentada que Carl Schmitt conoció no es la nuestra» (Robinet, 2016: 2). Obviamente, tiene razón en que no es lo mismo; probablemente, ni siquiera proceda recordar aquella apostilla de Marx a Hegel sobre que la historia se repite... pero como una farsa (2003: 10); sin embargo, creo que hay contenidos y pasajes del texto ahora publicado que pueden ser leídos con ojos actuales y la construcción ideológica del pensador *filonazi* en la efervescencia de 1933, evoca preocupaciones contemporáneas, desconfianzas geopolíticas equivalentes y, de últimas, discursos funcionalmente parangonables. Finalmente, y desde una perspectiva más académica, quisiera señalar que el texto no había sido

traducido al español. Cuenta con las versiones italianas de Delio Cantimori (1935) y Giorgio Agamben (2005); francesa de Agnès Pilleul (1997) e inglesa de Simona Draghici (2001) pero ninguna castellana. Sorprende este vacío y creo que la labor de Joseba Miren García Celada y de Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares lo ha venido a colmar. Asimismo, Enrique Serrano nos ofrece una reflexión introductoria sobre el autor, el trabajo y significado.

La última sección *el Rincón de lecturas* mantiene las tres subsecciones. El *Debatiendo*, como corresponde a los números pares, pone sobre el tapete una polémica. Aquí son Luis Moreno y Daniele Conversi quienes analizan las presiones y riesgos que soporta el modelo europeo de estado social a la luz de los denominados modelos *neoesclavista* y *remercantilizador* que, por demás, aceleran los efectos perversos del cambio climático. El *book fórum* se dedica a la monografía recientemente publicada por Cecilia Güemes sobre la confianza social en Latinoamérica e intervienen Mirka Torres y Virginia Trevignani, así como la propia autora. Finalmente, la subsección de *Recensiones* ha seleccionado cuatro aportaciones críticas de Sara Turturro, Carmen Pérez, Ricardo Cueva y Anna Ayuso sobre cuatro monografías recientes consideradas como relevantes para la línea editorial de la revista.

Más allá de los contenidos del número, quisiera significar que también hemos estimado adecuado publicar la lista de los pares evaluadores de las propuestas de publicación que hemos recibido desde la puesta en marcha de la revista. Hemos esperado hasta el número doce –seis años– para publicar una nómina que garantice el anonimato del evaluador de cada trabajo singularmente considerado. Apuntalado este objetivo, estimamos, sin embargo, que es necesario publicar la lista como un acto de justicia y dar a conocer los nombres de todos estos académicos y académicas –casi doscientos– que han realizado una exigente y dura labor intelectual con rigor y detenimiento. Ha sido un trabajo de un valor incalculable que, sin duda, se incrementa al significar que se ha realizado con total generosidad, liberalidad y desinterés. En la medida que pueda ser representativo de la revista, quedé aquí constancia del mayor de mis reconocimientos y gratitud a todos ellos.

En esta misma línea, quisiera terminar esta presentación con unas líneas de homenaje a la Profesora Carmen Pérez González que ha sido la secretaria académica de *Eunomía* desde su fundación allá por el 2011. Su promoción a responsabilidades directivas de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid hacen imposible que pueda seguir desempeñando simultáneamente la exigente labor de gestionar la secretaría de la revista. Sin duda, es una pérdida relevante para su funcionamiento pero quedan el consuelo de que sigue en su órbita académica y la gratitud de todos los que, de una u otra forma, pertenecemos a esta comunidad, por su extraordinario trabajo todos estos años. ¡Gracias Carmen!

El testigo ha sido retomado, ya en la preparación del presente número, por la nueva secretaria académica. Se trata de la Profesora Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado, del área de historia del pensamiento político de la Universidad Rey Juan Carlos en Madrid y colaboradora de *Eunomía* desde su puesta en marcha. Sirvan estas líneas también para darle la bienvenida a esta labor, agradecerle la disposición a aceptar el empeño y desearle que alguna satisfacción compense la intensidad y dificultad de la tarea que ha asumido. ¡Bienvenida!

En definitiva, entregamos al lector un nuevo número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* y lo hacemos puntualmente respetando su periodicidad semestral, cumpliendo con los protocolos de gestión ante los autores y de



evaluación de los trabajos por pares en condiciones de anonimato. Mantenemos la estructura de la revista y queremos pensar que también la coherencia de la línea editorial. Los autores siguen diversificando sus instituciones de filiación y aumenta su internacionalización. Quizá sea el fruto de que han ido con ella muchas horas de trabajo de autores, evaluadores, editores, traductores... Ojalá todas ellas resulten útiles.

Referencias bibliográficas:

Roberto Bueno, «Carl Schmitt y la corrosión del Estado de Derecho por la cultura totalitaria» en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, nº 69, 2016, pp. 23-38.

Carlos Marx, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Madrid: Fundación Federico Engels, 2003.

Jean-François Robinet. «L'Etat selon Carl Schmitt», en *Phiolopsis*, Mercredi, 24 août 2016, pp. 1–30.

Jesús Silva-Herzog Márquez, «Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad», en *Revista de Derecho*, Vol. XIV - Julio 2003, pp. 9-24.

ESTUDIOS

Seguridades personal y social como derechos humanos

Individual and Social Securities as Human Rights

Bartolomé Clavero
Universidad de Sevilla
clavero@us.es

Recibido / received: 02/11/2016
Aceptado / accepted: 17/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3639>

Resumen

La seguridad como asunto de derechos humanos no es una categoría unívoca en el cuerpo de los instrumentos del derecho internacional. Sus dos principales materializaciones, la genuina de seguridad personal y la sobrevenida de seguridad nacional, mantienen unas relaciones de tensión que estorban la construcción y puesta en práctica de un derecho humano a la seguridad personal y colectiva. En búsqueda de articulación de las diversas manifestaciones, más de dos, de la noción de seguridad en el terreno de los derechos humanos, ha venido a proponerse una categoría inclusiva de seguridad humana en relación a todo el despliegue actual del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, una conjugación entre seguridades sigue hoy en día constituyendo no un logro, sino un reto.

Palabras clave

Seguridad humana, seguridad nacional, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho constitucional mexicano.

Abstract

Security as an issue of human rights is not a univocal concept in the set of international legal instruments. Its two major manifestations, personal security since an early stage and, subsequently, national security, maintain with each other a kind of tense relations that hinder the construction and implementation of a specific human right to personal and collective security. Searching for an allegedly fully comprehensive concept of security encompassing its multiple manifestations –more than two– in the present-day field of international human rights law, a new category has been coined, that of human security. Nevertheless, a coherent conjugation between all those currently coexisting meanings does certainly not constitute yet nowadays an achievement, but a challenge.

Keywords

Human security, national security, international human rights law, international humanitarian law, Mexican constitutional law.



SUMARIO: 1. Seguridad y seguridades. 2. Derecho individual a la seguridad en sociedad. 3. Adversidad de la seguridad nacional. 4. Derecho humanitario y seguridad colectiva. 5. Excurso de derecho constitucional mexicano. 6. Seguridad de seguridades, ¿humana o humanitaria? 7. En conclusión, seguridad y derechos.

1. Seguridad y seguridades

Me dispongo a abordar la función de la seguridad en relación a los derechos desde el punto de partida del reconocimiento de la misma como tal, como derecho, por parte del cuerpo normativo de orden internacional que tiene su arranque en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Una excursión a derecho constitucional, en particular al mexicano, se debe a la procedencia de este ensayo¹, pero también a la comprobación de que su caso ayuda a reflexionar sobre problemas respecto a la seguridad que surgirán al contemplar el orden internacional de derechos humanos. La palabra *seguridad* no hace falta que la definamos. Importarán sus adjetivaciones.

De entrada, ya anuncio que nos toparemos con alguna que otra sorpresa. La idea de seguridad deja de ser diáfana al situarse en el terreno de los derechos humanos. Un sentido originario, el de *seguridad personal*, y otro sobrevenido, el de *seguridad nacional*, veremos que mantienen unas relaciones de tensión e incluso de contradicción que estorban, si no llanamente en casos impiden, la construcción y puesta en práctica de un derecho humano a la seguridad personal que además presenta desde un primer momento una dimensión colectiva. La cuestión primordial se cifra a mi juicio en el detalle de que no opera una categoría unívoca cuando venimos al campo del derecho.

En procura de articulación de las diversas manifestaciones de la noción de seguridad en el ámbito de los derechos humanos, que no se reducen al par dicho, la personal y la nacional, está proponiéndose una categoría inclusiva de *seguridad humana* que ha venido a resolverse en mera *seguridad humanitaria*, conduciéndose el asunto al terreno del llamado derecho internacional humanitario que reduce sustancialmente el alcance y la exigencia de los derechos humanos. Comprobaremos todo esto. Una conjugación entre seguridad personal y seguridad colectiva veremos que sigue hoy constituyendo no un logro, sino un reto (Tadjbakhsh y Chenoy, 2007, parte I, cap. 5).

Me propongo hacer un ejercicio bastante simple, mas espero que productivo. Voy a proceder sencillamente a la lectura de normas, de algunas entre las principales de derechos humanos y de derecho humanitario, para ver cómo se materializa la seguridad. Sorpresas surgirán desde la primera, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Cosas que están muy a la vista son a veces las que menos se advierten.

2. Derecho individual a la seguridad en sociedad

Comencemos entonces por el registro de los pronunciamientos interesantes a la seguridad que se contienen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así también ofrezco la oportunidad de que el lector o la lectora adviertan por su

¹ Ha sido ponencia en un seminario académico-militar sobre *Defensa Nacional y Derecho Internacional Humanitario* (Universidad Anáhuac, Huixquilucan, Estado de México, 18-20 de octubre, 2016). Agradezco a las evaluaciones anónimas para la publicación en *Eunomia* el beneficio de sus críticas.

cuenta, sin esperar a mi comentario, la sorpresa que he anunciado, si realmente tal les resulta:

Art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

La sorpresa indudablemente no se encuentra en la primera comparecencia, la del derecho a *la seguridad de su persona*, la de todos y cada uno, todas y cada una, de los individuos humanos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento y cualquier otra condición (art. 2.[1]). Según como aparece junto al derecho a *la vida* y el derecho a *la libertad*, el derecho a *la seguridad* es más que derecho humano. Es uno de los tres pilares básicos para la asunción y el ejercicio de los derechos humanos: vida, libertad y seguridad *de la persona*.

En el despliegue consiguiente de los derechos humanos y en el momento preciso de la transición de los derechos civiles y políticos a los derechos económicos, sociales y culturales, surge la sorpresa para la perspectiva hoy imperante de los derechos humanos como derechos *de la persona* en el sentido de derechos individuales. Es el momento del artículo 22 igualmente ya reproducido. Releámoslo extremando la atención. Conviene mirarlo con ojos inocentes para suspender los efectos de dicha visión imperante.

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”, seguridad explícitamente basada en “la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”, derechos “indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, la dignidad y la personalidad del individuo, de todas y todos, de cada una y cada uno. Resulta así un derecho colectivo a la seguridad, complementario del derecho individual, cuya dimensión *social* se relaciona en especial con la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel tanto internacional como intraestatal, “habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado”, con este principio implícito de progresividad: a más recursos públicos, más compromiso exigible para la prestación estatal de seguridad individual y colectiva.

Hoy puede extrañar este empleo del sintagma de *seguridad social* para significar, no un sistema de previsión y cobertura de riesgos e infortunios de carácter personal, laboral o familiar, sino de algo de mucha mayor entidad y amplitud como sea la integridad de la dimensión colectiva del derecho humano a la seguridad con su énfasis primario en el entero conjunto de derechos económicos, sociales y culturales. La seguridad social en su sentido restringido comparece también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero evitándose precisamente el empleo del sintagma:

Art. 25.1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Derecho a los seguros aparece en la versión inglesa como *right to security* y en la francesa como *droit à la sécurité* (de las versiones rusa y china no sé para controlarlas; el árabe no era todavía lengua oficial de Naciones Unidas)². Para lo que hoy se entiende por seguridad social, se evita el uso de un adjetivo, *social*, que se reserva para la acepción más abarcadora. He dicho para hoy y debe decirse que también para entonces, pues el concepto restringido de seguridad social ya estaba acuñado al menos en español, inglés y francés. Quien ha estudiado más cuidadosamente este extremo concluye que hubo problemas entre lenguas con palabras que indicaban sistemas públicos o privados de aseguramiento, así como descuidos finales de redacción (Morsink, 1999: 199-210), pero no parece que por ahí se halle la razón decisiva.

Hay una indudable lógica, luego perdida veremos ahora de qué forma, en el juego tanto entre uno y otro sentido de seguridad social como, más en el fondo, entre seguridad en sociedad y seguridad de la persona, impidiendo esto que la primera se redujera al sentido hoy entendido en la expresión de seguridad social. Frente a lo que suele presumirse, la opción preferente por el término de *persona* sobre el de individuo para el sujeto de los derechos humanos respondía a reservas profundas respecto al segundo. Persona quería aún distinguirse de individuo para concebirse en relación constitutiva con la sociedad (Moyn, 2015; Clavero, 2016b, cap. 3). Seguridad de la persona podía entonces requerir y hasta conllevar *seguridad social*.

Cuando se adopta, en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos ya existía en el seno de la organización internacional, desde su misma fundación en 1945, un concepto de seguridad, otro distinto. Como se expresa desde el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, “la paz y la seguridad internacionales” constituyen su objetivo primordial. La palabra da nombre al Consejo de Seguridad, su organismo superior junto a la Asamblea General. La Carta invoca los derechos humanos (arts. 1.3, 13.1b, 55c, 62.2, 68 y 76.c), pero no los vincula a su objetivo definitorio de *seguridad internacional* ni a las funciones específicas del Consejo de Seguridad. De hecho, éste ha tardado en utilizarlos para la motivación de sus resoluciones (Ramcharan, 2002a).

3. Adversidad de la seguridad nacional

Es bien sabido que el desarrollo más directo de la Declaración se efectúa bifurcándose en un par de tratados, uno el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el otro el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados ambos en 1966 y entrados en vigor para los Estados parte en 1976³. Al primero le corresponde el desarrollo del derecho a la seguridad personal

Art. 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación

² Para versiones en lenguas no oficiales de Naciones Unidas, inclusive muchas tampoco oficiales de Estados, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/UDHR/Pages/SearchByLang.aspx> (fecha de consulta: octubre de 2016),

³ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx> (fecha de consulta: octubre de 2016), el sitio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos con las correspondientes normas internacionales, estos pactos y todos los instrumentos que van a citarse.

formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

¿A cuál Pacto le corresponde el desarrollo del derecho a *la seguridad social* en el sentido que aquí interesa, el colectivo complementario del personal? Resulta que a ninguno, ni al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 22, el de dicha *seguridad social*, es en la Declaración Universal el gozne entre unos y otros derechos, los civiles y políticos de una parte y los económicos, sociales y culturales de otra. Es la clave que articula, una clave que desaparece en el desarrollo por medio de los Pactos. Por decirlo así, uno concluye en el artículo 21 y otro comienza en el artículo 23.

Y no quedan ahí las sorpresas. Una seguridad desaparece y otra al tiempo comparece: la *seguridad nacional*, una seguridad desconocida en el catálogo de derechos humanos de la Declaración Universal y que hace su acto de comparecencia repetidas veces en ambos Pactos (seis en el de Derechos Civiles y Políticos y dos en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Y siempre lo hace de la misma forma, una forma adversativa. Baste el ejemplo de su doble aparición en el segundo, en el de derechos económicos, sociales y culturales

Art. 8. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; (...) c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos (...).

Obsérvese por qué digo que la comparecencia es adversativa. La *seguridad nacional* de los Pactos no aparece como una manifestación del derecho humano a la *seguridad social* de la Declaración, a la seguridad particularmente cimentada en el compromiso de los Estados con los derechos económicos, sociales y culturales, sino de una forma y a unos efectos muy distintos. Aparece entre las *limitaciones* de los derechos humanos, limitaciones que no se restringen a *la protección de los derechos y libertades ajenos*, sino que se extienden no sólo además a la *seguridad nacional*, sino también al *orden público* y, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a la *moral pública*

Artículo 12. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para

proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto (...).

La adversidad es recíproca por supuesto. Una vez que la seguridad nacional comparece a los efectos de permitir la limitación del ejercicio de los derechos humanos, éstos, los derechos humanos, se constituyen naturalmente en límites de las políticas de seguridad nacional. Así lo manifiesta el Pacto de Derechos Civiles y Políticos escorándose además a favor de la misma al admitir el estado de excepción en el derecho internacional, del que se tiene sobrada experiencia en el ámbito estatal:

Art. 12.1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Y siempre que no afecte a determinados derechos humanos que se tienen así por los verdaderamente intangibles. A nuestros efectos, entre seguridad nacional y seguridad personal, la cuestión sustancial se cifra entonces en cuál sea la naturaleza, el contenido y el alcance de la primera, de la *seguridad nacional*. ¿Se trata de la defensa de una comunidad humana, con lo que estaríamos en otro modo, más bien problemático por adversativo, de referirse a la *seguridad social* en su sentido amplio, o más sencillamente se trata de la seguridad del Estado, de los Estados miembros de Naciones Unidas y signatarios de los Pactos? ¿Cómo, si estuviésemos en el segundo caso, podría realmente conjugarse la seguridad nacional con los derechos humanos?

De momento, en materia de seguridad, las categorías han cambiado con el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos por medio de los Pactos. Consiguientemente, con el eclipse del artículo 22 de la Declaración, *seguridad social* puede venir a significar sin más problema en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales seguridad social conforme al sentido restringido

Art. 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Art.10.2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

No entremos ahora en cuestiones colaterales para nuestro asunto de la seguridad, como las muy sensibles implicadas en este último artículo con su virtual repercusión discriminatoria de la mujer mediante su dedicación de género a los cuidados familiares. Sigamos centrándonos en nuestro punto actual. Ya hemos advertido los dos primeros pasos relevantes del derecho internacional de derechos humanos con su giro pronunciado desde la *seguridad social* de la Declaración a la *seguridad nacional* de los Pactos, a salvo siempre la *seguridad personal*. Al respecto convendrá añadir todavía un par de pinceladas referentes al contexto complejo y vidrioso de dicha inesperada e invasiva aparición de la seguridad nacional en el terreno de los derechos humanos.

No se piense que se trata de una mera regresión. Para entenderla, lo que no quiere decir que, para justificarla, el primer contexto a tener en cuenta es el del proceso, entre 1948 y 1966, del colonialismo a la descolonización. La Declaración Universal se había producido por iniciativa de potencias coloniales con la expectativa de convertir los derechos humanos en cobertura ideológica de la continuidad del colonialismo (Mazower, 2009). Y que la Declaración podía operar efectivamente de este modo lo experimentaron los pueblos colonizados, inclusive los indígenas en el interior de los Estados. Conforme algunos accedían a la independencia y pasaban a ser miembros de Naciones Unidas, fueron situándose en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos con serias cautelas; entre ellas, la de afirmar la *soberanía nacional*, la de los nuevos Estados, ante la incesante presión neocolonial (Clavero, 2014: cap. 2).

En el espacio de las Américas, conviene añadir otra pincelada. Tras los Pactos de 1966, una doctrina y una práctica de *seguridad nacional* que arrasaba con los derechos humanos se convirtió en la cantinela de legitimación y de estimulación de dictaduras militares y de otros regímenes groseramente autoritarios que recurrían igualmente al ejército en función de represión interior y no de defensa exterior. El mismo concepto de seguridad nacional en este segundo sentido ha sufrido en la cultura política latinoamericana una derivación que le lleva a significar ante todo la defensa del Estado frente a la propia ciudadanía o a sectores de la misma (Rivas Nieto, 2008).

4. Derecho humanitario y seguridad colectiva

No vamos a seguir aquí al detalle la evolución ulterior de las categorías de seguridad en el derecho internacional de los derechos humanos y en la política global de las Naciones Unidas. Si de esto se tratara, tendríamos que llegar hasta la franquicia internacional a la exasperación de la seguridad nacional ante el terrorismo transnacional. No hará falta extenderse para apreciar el estado actual de la cuestión categorial estricta. Bastará a mi juicio con que confrontemos un par de instrumentos internacionales respecto a un supuesto de inseguridad, el del desplazamiento forzoso. Me refiero al Protocolo Segundo, de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, *relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, y a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007. Vamos a comparar entre un instrumento de derecho que hoy se dice humanitario, tal Protocolo, y otro de derechos de derechos humanos, dicha Declaración.

El Protocolo mismo se sitúa en un momento neurálgico de tránsito desde el derecho de guerra entre Estados hacia lo que ha venido a llamarse *derecho internacional humanitario*, derecho de aplicación también a los conflictos armados internos. Tal es el nombre que se le da al derecho de la guerra cuando se extiende a este otro tipo de contiendas bélicas⁴. Con el cambio de denominación se abre la posibilidad de que, como comprobaremos, se le abstraiga del supuesto bélico convirtiéndosele en un mínimo exigible de salvaguarda de derechos humanos en cualesquier circunstancias. Es historia con claroscuros que conviene advertir, aunque sea aquí sumariamente.

El derecho internacional que hoy se dice humanitario comenzó a formarse,

4

Disponible

en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx> (fecha de consulta: octubre de 2016) el sitio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos donde puede verificarse denominación y contenido, con los crímenes de guerra en apartado distinto.

no por guerras internacionales, sino durante una contienda intestina por parte beligerante en clave más de efectividad bélica que de tratamiento humano (Witt, 2012; Giladi, 2012). El tránsito mismo no está exento de pérdidas, como fundamentalmente la de tipificación neta de ilicitud de la agresión por parte de Estados incluso cuando proclaman, como ya fuera usual en tiempos coloniales, razones humanitarias y responsabilidades de proteger conforme al criterio unilateral de quien interviene, R2P *-responsibility to protect-* en taquigrafía de hoy (Gozzi, 2015; Moyn, 2017). Marco estos extremos por intentar que dejemos también en suspenso la mirada complaciente que, ya sólo por el nombre, suele aplicarse hoy al llamado derecho internacional humanitario, un derecho nacido como derecho de guerra y para la guerra y no desprendido por completo de sus orígenes⁵.

Vengamos a concentrarnos en nuestro punto. En el Protocolo Segundo de los Convenios de Ginebra no deja de comparecer la seguridad. Lo hace en concreto la seguridad personal de carácter ya sabemos que más bien restrictivo

Art. 17. Prohibición de los desplazamientos forzados. 1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

No es la única referencia del Protocolo a la seguridad personal, pero otras no van más allá y ésta ya es de por sí significativa. Para un supuesto tan extremo de inseguridad colectiva como el de *los desplazamientos forzosos* por acción del Estado, la seguridad personal aparece en términos de salvaguarda, no estrictamente en los de derecho. Apreciaremos esto mejor con la confrontación anunciada.

Veamos entonces cómo contempla este mismo supuesto del desplazamiento forzoso el segundo instrumento anunciado, el de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, un instrumento de derechos humanos crucial en su progresivo desarrollo en cuanto que derechos tanto individuales como colectivos. He aquí el tratamiento que depara a dicho supuesto

Art. 7. 1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Art. 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Obsérvese bien. Junto a la seguridad personal aparece la seguridad

⁵ Ante la mitología imperante sobre el tracto histórico de un *ius in bello* doctrinal, beligerante de otra forma Anghie (2005), que estaría en el origen del derecho de guerra contemporáneo, el que a su vez desemboca en el derecho internacional humanitario, insisto en un respaldo de bibliografía reciente: Witt (2012), para la formación del primer instrumento normativo contemporáneo sobre derecho de guerra con objetivos no muy humanitarios, así como para su incidencia directa en el desenvolvimiento ulterior de tal derecho; Giladi (2012), para la significación no humanitaria de la misma categoría de humanidad por aquellos tiempos del siglo XIX; Gozzi (2015), para el tracto colonial de la R2P, y Moyn (2017), para la pérdida del ilícito de agresión abriendo el campo en tiempos poscoloniales a políticas intervencionistas de presunta motivación humanitaria.

colectiva y no precisamente en término de seguridad nacional: *el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad*. Y hay más. Una vez que la seguridad colectiva es un derecho de cara al Estado y no una mera salvaguarda suministrable por el mismo, el supuesto de desplazamiento forzoso por acción del Estado no puede dejar de tomar en cuenta dicho mismo derecho colectivo no identificado con la seguridad nacional: *no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado* del colectivo afectado, junto a otros requisitos no menos básicos, obligando así al replanteamiento del manejo de la seguridad al menos en el caso de afectar a indígenas (Doyle, 2015). Para este sujeto colectivo resulta en definitiva una *seguridad comunitaria* que cabe relacionar con la *seguridad social* de la Declaración Universal. En algo la recupera.

La seguridad nacional remite y el derecho humano puede más integralmente emerger. Cabe que haya relación entre lo uno y lo otro. A nuestras alturas, haber extendido a otros conflictos armados el derecho de guerra entre Estados, transmutándole el nombre a derecho humanitario, puede tener en casos el efecto de un desplazamiento del derecho internacional de los derechos humanos propiamente dicho. Así, en nuestro ejemplo, a una comunidad indígena bajo amenaza de desplazamiento forzoso por iniciativa del Estado en lucha con un grupo armado, por política o por narcotráfico, corresponde que se le aplique la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas por encima o, mejor, en vez del Protocolo Segundo de los Convenios de Ginebra. La primera cuenta con un valor normativo propio superior al usual de una declaración⁶.

La diferencia sustancial de estándares entre los dos instrumentos acabamos de apreciarla. Con la Declaración se tienen derechos y garantías; con el Protocolo, protección y supeditación. No en vano, en esta comparación, sólo la primera es norma propiamente de derechos humanos. En situaciones de emergencia donde los derechos humanos, comenzando por la vida, la libertad y la seguridad, se hallan en sumo riesgo, no es indiferente optar por uno o por otro instrumento o, en general, por el derecho humanitario o por el de derechos humanos. Opera hoy una tendencia a privilegiarse el primero hasta el punto de eclipsarse el segundo, constitucionalmente éste reconocido y todo como vamos a ver en México. Si el derecho dicho humanitario en ocasiones resulta ahora una alternativa, como en sus tiempos lo hacía fácilmente el derecho de guerra, es por desplazamiento de las exigencias de los derechos (Arnold y Quéniwet, 2008).

Conviene aquí especialmente la advertencia porque, en el espacio de la cultura política latinoamericana, dictaduras militares y regímenes autoritarios han podido dejar el poso del entendimiento de una ubicación de los límites de la seguridad nacional, en el sentido de seguridad del Estado, que los sitúa en el ámbito del derecho internacional humanitario y no en el del bastante más exigente del cuerpo normativo de los derechos humanos en toda su integridad y con todo su alcance. Hay casos bien a la vista.

5. Excurso de derecho constitucional mexicano

El caso de México puede ilustrarnos. Precisamente, como está indicado desde el comienzo, esta reflexión procede de una invitación a un encuentro académico-militar en Huixquilucan sobre *Defensa Nacional y Derecho Internacional Humanitario*, no sobre defensa nacional y derechos humanos en su integridad, tal y como si el

⁶ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: octubre de 2016) arts. 38 y 42, con mandatos conminatorios dirigidos específicamente a los Estados.

derecho humanitario pudiera tomarse como un referente autónomo. Es algo que se ha hecho posible, como ya sabemos, por el cambio de denominación del derecho de guerra. ¿No chocaría una convocatoria sobre *Seguridad Nacional y Derecho de Guerra*?

La seguridad personal se registra como motivo de derecho en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos desde su fecha original de 1917: “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa (...)” (art. 10). Una referencia incidental contiene también la misma a la *seguridad de la nación* (en art. 20.VI: “serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación”)⁷. Es en 2004 cuando adviene una reforma constitucional sobre *seguridad nacional* ciñéndose a la asignación de competencias a instancias federales, sin otro desarrollo. Se faculta al Congreso “para expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes” así como a la Presidencia para “preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación” (artículos constitucionales 73.XXIX-M y 89.VI)⁸.

En principio, una reforma constitucional para atribuir a los poderes legislativo y ejecutivo federales la competencia en seguridad nacional en su sentido propio de defensa exterior resultaría extraña. Es lo que corresponde en un orden federal, no confederal, y nadie había puesto en duda que así fuese. La clave está en las referencias a *la seguridad interior* y a *las investigaciones correspondientes*. La reforma vino a esto, a asignar competencias a las fuerzas armadas hacia el interior, respecto a la propia población, lo que en un orden federal puede comenzar por plantear problemas con las entidades federativas y las municipalidades. De hecho, a lo que vino fue a prestarse cobertura a un entendimiento de la seguridad nacional que ya se estaba practicando con los efectos previsibles, en manos militares, tanto de magnificar delitos como de minimizar garantías. La doctrina referida sobre seguridad nacional característica de una cultura latinoamericana de Estados se tiene con creces bien a mano (Curzio, 1998). Todo ello lo confirmará el desarrollo reglamentario anunciado que advino a los pocos meses, a menos de un año. En 2005, la Ley de Seguridad Nacional presenta un concepto amplio de su objeto por aplicarse tanto a la defensa exterior como al orden interior⁹.

Antes de la reforma constitucional, mediante leyes ordinarias, la categoría de *seguridad nacional* con tales implicaciones ya se encontraba establecida. La propia Ley de Seguridad Nacional de 2005 puede asumir expresamente (art. 8-IV) la concepción contenida en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002, sustituida recientemente, en 2016, por otra de similar denominación. La primera ya ofrecía la definición de la seguridad nacional mantenida sustancialmente hasta hoy. Aparecía en términos adversativos como límite de la transparencia¹⁰

⁷ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf (fecha de consulta: octubre de 2016).

⁸ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_156_05abr04.pdf (fecha de consulta: octubre de 2016).

⁹ Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac.pdf> (fecha de consulta: octubre de 2016).

¹⁰ Gamboa et al., Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos, 2007. La ley federal actual,

Art. 3. Para efectos de esta Ley [la de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental] se entenderá por: (...) XII. Seguridad nacional: acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional.

La concepción, en una ley como en las otras, resulta claramente la adversativa, con los problemas consiguientes para los derechos que no dejan a su vez de ponerse como límites para el empeño de la seguridad nacional. No estamos, sin embargo, en el escenario de los Pactos Internacionales de derechos humanos por las razones sencillas de que en ellos la seguridad nacional no se entiende como defensa interior de Estado y de que los derechos guardan en ellos una neta prevalencia de entrada. Donde estamos es en una tradición de defensa del Estado que comienza por practicar la opacidad generando espacios nada propicios para la seguridad personal y colectiva¹¹.

En suma, lo menos que puede decirse sobre el alcance efectivo de la reforma constitucional de 2004 es que la subsiguiente Ley de Seguridad Nacional dista de despejar las inquietudes suscitadas por la cobertura que ofrece a la continuidad de la intervención militar como fuerza regular de policía. Añádase que esto queda patente a pesar de los esfuerzos doctrinales entendiéndose que la constitucionalización de la función militar de policía interior puede conducir a una actuación libre de razones o intereses de Estado en cuya virtud la *seguridad nacional* acabará deviniendo *seguridad ciudadana* con las debidas garantías y en pie de igualdad, sin discriminaciones a su vez de clase, etnia, género ni posición política (Ramos García, 2005). ¿Esta posibilidad existe?

No se ven visos. En 2008, una nueva reforma constitucional, ésta sobre *justicia penal y seguridad pública*, lo que ha venido, en cuanto interesa a esta segunda como competencia gubernativa, no judicial, es a acrecentar tales inquietudes ante la consolidación de una concepción y una práctica poco halagüeñas para las garantías de los derechos que al tiempo dice pretenderse¹². Señálese también que, en los tiempos sucesivos a la reforma constitucional de 2004, las evidencias no han faltado frente al desempeño de la competencia policial por el ejército (Amnistía Internacional, 2009).

No cabe decirse que la admisión de la seguridad nacional por el derecho internacional de los derechos humanos esté a su vez prestando cobertura a tal evolución del derecho constitucional mexicano. En Naciones Unidas se constata. En 2010, el “principal motivo de preocupación” que expresa respecto a México el Comité de Derechos Humanos, el órgano supervisor del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se debe al “despliegue de las fuerzas armadas para garantizar la seguridad pública”¹³.

de 2016. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP.pdf> (fecha de consulta: octubre de 2016).

¹¹ Para un término de comparación más realista y menos complaciente que el del informe recién citado de la Cámara de Diputados mexicana, Cobain (2016, cap. 5).

¹² Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>; http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008 (fecha de consulta: octubre de 2016).

¹³ Con abundancia de “violaciones de derechos humanos que al parecer son perpetradas por militares”: Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fME%2fCO%2f5&Lang=en pars. 4 y 11 (fecha de consulta: octubre de 2016).

A este efecto debe también consignarse una ulterior reforma constitucional, de 2011, que ha supuesto nada menos que la incorporación a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos del derecho internacional de los derechos humanos (Clavero, 2013). Ahora entra la seguridad en forma no adversativa, como derecho, ante todo. El término constitucional de referencia ha de ser ahora, sin género alguno de duda, no el derecho humanitario, sino los derechos humanos en su integridad. Ya sólo por esto, la institucionalización del ejército como agente de seguridad resulta más que dudosa¹⁴.

Podríamos emprender más excursos, pero no nos extendamos. Podría interesar el caso del actual derecho español con su empleo adversativo a fondo de la seguridad ciudadana (Martín, 2017). O más podría hacerlo el momento presente de Colombia, donde, tras décadas de conflicto armado interno, está actuándose, por parte del Estado, de las mismas Naciones Unidas y de la guerrilla que se aviene a acuerdos de desarme, como si el estándar estuviera marcado por el derecho internacional humanitario y no por el de derechos humanos y como si las exigencias y garantías de los derechos constitucionales estuvieran igualmente a disposición política¹⁵. ¿No les suena todo esto?

6. Seguridad de seguridades, ¿humana o humanitaria?

Ahí tenemos la cuestión: ¿cómo dentro de unos Estados que teóricamente se atienen al derecho de los derechos humanos el derecho a la seguridad ha acabado entrando en contradicción con la seguridad de los derechos? (Susín y Bernuz, 2014). Podría pensarse que al menos en el seno de Naciones Unidas habría de cundir la sensación de que, entre los polos no bien conjugados de la seguridad personal de los derechos humanos y la seguridad internacional de las políticas a esta escala, existe un maremágnum de inseguridades. No es el caso, pero alguna conciencia hay. No faltan en el ámbito internacional quienes hacen el esfuerzo de lograr la conjugación entre seguridades con los mimbres que aquí estamos manejando, los normativos de derechos humanos de las Naciones Unidas. Tenemos incluso un testigo, perito y actor, todo en uno, muy cualificado, Bertrand Ramcharan. Convoquémosle.

Ramcharan es un abogado y académico guyanés y cosmopolita; durante más de tres décadas, ha sido oficial al servicio de Naciones Unidas. Trabajó en la oficina del Secretario General a cargo de las relaciones con el Consejo de Seguridad, donde se caracterizó por su empeño en que éste motivase sus resoluciones en derechos humanos. Entre otros cometidos, fue adjunto del Alto Comisionado para los Derechos Humanos e, interinamente, durante un año, alto comisionado él mismo¹⁶. Tras estas experiencias de oficial internacional, impulsa y preside una organización no gubernamental ni intergubernamental consagrada a la potenciación del Examen Periódico Universal de los Estados ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁷.

Pertrechado con esta experiencia, Ramcharan ha venido a centrar su obra

¹⁴ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: octubre de 2016) art. 30 dejándolo claro para el caso indígena.

¹⁵ Clavero (2016a: cap. 4, *Apéndice* y la *Adición* del cap. 3).

¹⁶ Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/Ramcharan.aspx> (fecha de consulta: octubre de 2016).

¹⁷ Disponible en: <https://www.upr-info.org/en?qclid=CIHb3fuW-s8CFdIW0wode0MGVQ> (fecha de consulta: octubre de 2016).

de reflexión académica en el binomio de seguridad y derechos humanos. Adopta una categoría de *seguridad humana* que intenta articular las seguridades de diverso nivel, desde la *seguridad internacional* del Consejo de Seguridad hasta la *seguridad personal* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con la *seguridad nacional* de los Estados de por medio. Aquí se cifra el problema. Ramcharan se esfuerza por la vinculación de todas las seguridades, incluidas la internacional y la nacional, a los derechos humanos, pero en este cuadro no tiene cabida la necesidad de seguridades colectivas no reducibles a la nacional, como ya se contemplaba por la Declaración Universal y como hemos comprobado que opera en la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Ramcharan no hace por recuperar la *seguridad social* de la primera ni por atender a la *seguridad comunitaria* de la segunda. Es una laguna ancha y profunda en la articulación de seguridades (Ramcharan, 2002a, b y c).

A la hora de la verdad de su puesta en práctica, la categoría presuntamente integradora de la *seguridad humana* tiende a situarse en el ámbito de emergencia del derecho internacional humanitario y no en el más amplio de los derechos humanos en su integridad. En la práctica como en la teoría, intenta conjugar las seguridades dadas, la personal, la nacional y la internacional, sin cuestionar la problemática evolución que ha conducido a esta tríada tan reductiva. Con esto Ramcharan no aporta algo realmente sustancial, salvo su preocupación justamente humanitaria, lo que en el mundo actual no es en absoluto de despreciar. De hecho, sintomáticamente, las primeras proposiciones de la categoría en apariencia nueva de *seguridad humana* no fueron acogidas de forma que pudiera decirse apreciativa de alguna novedad (Burgess y Owen, 2004).

La *seguridad humana* sustancialmente se circunscribe a la *seguridad personal* pretiriendo en efecto la *seguridad social* o *colectiva* no menos importante por lo usual en situaciones de emergencia. *Seguridad humana* suele reducirse entonces a *seguridad humanitaria*, seguridad centrada en el amparo de la vida y la integridad física personales; seguridad atendida al estándar mínimo del derecho humanitario. Es algo tan fundamental como insuficiente. La noción además opera como si, entre lo personal y lo internacional, sólo existiera lo nacional, lo colectivo identificado con los Estados.

Procuremos guardar siempre el sentido de la proporción. Con todo ello no se está abogando por la *seguridad nacional* en su reducción estatal, algo tan comprobadamente arriesgado para los derechos humanos, pero tampoco está así impidiéndose que dicho entendimiento se reproduzca y siga aplicándose. Por poner un ejemplo de contraste, esta noción de la seguridad humana toma en consideración colectiva a los sectores indígenas no como sujetos de derechos propios, sino como contingentes vulnerables a ser objeto de protección por parte de los Estados¹⁸.

La categoría de *seguridad humana* como presuntamente integradora y articuladora de seguridades individual y colectiva está alcanzando más eco en la literatura internacionalista que en el derecho internacional. En la primera se le reduce en efecto a seguridad humanitaria (Estrada-Tanck, 2016). En el segundo brilla de momento por su irrelevancia dejándole expedito el espacio a la seguridad

¹⁸ Ramcharan (2002c: 10-11) "Respect for human rights (...) includes protection of children and women, of minorities, indigenous populations, internally-displaced persons, migrants"... , como si, según transcurre el libro, se redujeran a ser todos ellos, la mujer inclusive, "vulnerable groups" no susceptibles de ejercicio autónomo de derechos ni siquiera en cuanto que objetivo a alcanzar. No hay que recordar que tanto mujeres como indígenas cuentan con reconocimientos específicos de derechos que así se ignoran.

nacional. Y la personal es la sola que se atiende como asunto de derechos humanos. La referida instancia supervisora la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de los Derechos Humanos, así lo demuestra con su Observación General más reciente. Se dedica a la seguridad personal sin permitirse referencia a otras seguridades salvo, en términos adversativos, a la nacional, como el mismo Pacto al cabo¹⁹.

7. En conclusión, seguridad y derechos

Tratándose de derechos humanos, el problema radica tanto en lo que se contempla de más como en lo que no se observa en absoluto. No consiste en que se tome en consideración una seguridad llamada nacional por relación a la sociedad que constituye un Estado, sino que se le colacione como factor de limitación admisible de derechos y no como una dimensión colectiva de la seguridad en cuanto que condición y objeto de los derechos mismos. Para la propia seguridad personal, el problema, en fin, no se encuentra en lo que va consiguiéndose, sino en lo que sigue descuidándose. O en lo que se ha perdido y no hace por recuperarse.

¿Recordamos el planteamiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos? Es ahí precisamente donde la seguridad categóricamente figura como derecho humano y como más que derecho humano. Junto a la vida y la libertad, constituye la base de sustentación y la condición de ejercicio de todos los derechos humanos. Y esto no se queda en un postulado de mero principio, sino que se conduce a una consecuencia de verdadero peso. La seguridad como derecho humano no se reduce por la Declaración a seguridad de la persona individualmente considerada, sino que se lleva a la necesidad de que la misma cuente con un sostenimiento material.

La seguridad personal ha de completarse así, conforme a la Declaración, con la *seguridad social* sustentada por el reconocimiento y la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, de todos ellos en el conjunto inescindible que forman con los derechos civiles y políticos. Tal es el perno de conexión y articulación entre unos derechos y otros. En la Declaración preceden los de carácter civil y político, mas, a los efectos de un derecho integral a la seguridad, la primacía la toman los derechos económicos, sociales y culturales. Todo esto se oscurecería luego por una filosofía de generaciones entre derechos marcando la prioridad neta de los civiles y políticos.

Aquí no nos hemos ocupado de filosofías, sino de normas. Y en el terreno normativo el giro se produce por el mismo desarrollo directo de la Declaración mediante los Pactos con una bifurcación que resulta disociación. Comienzan por perder dicho perno de conexión y articulación entre derechos, el de la *seguridad social* como sustentación material de la seguridad personal. A lo cual se añade que, en este mismo lugar de la seguridad colectiva, en el vacío que así se produce, hace su entrada triunfal la categoría de la seguridad nacional con el sentido virtual de seguridad del Estado, no entonces de la persona. Pudiera ser complementaria de la misma si se recondujera a los términos de la *seguridad social*, pero no queda garantizado ni ha sido por lo general así.

La entrada de la seguridad nacional en el campo de los derechos humanos se efectúa ya de origen en unos términos adversativos respecto a los mismos. La

¹⁹ Observación General n° 35, *Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, 2014. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f35&Lang=en (fecha de consulta: octubre de 2016).

relación de complementariedad que habría de darse entre seguridad individual y seguridad colectiva queda así cortocircuitada. La posibilidad de desarrollo en esta materia de seguridad hacia un rumbo definitivamente adverso a los derechos queda así expedita. El caso de los desenvolvimientos recientes del derecho constitucional mexicano resulta bien ilustrativo. Y no es excepcional. Por la confluencia en curso entre derecho internacional y derecho constitucional, el fenómeno no remite. Más bien se dilata.

La introducción de la seguridad nacional como defensa del Estado en el ámbito de los derechos humanos y la tendencia a suplir el derecho de los derechos humanos por el derecho llamado humanitario, con el efecto adicional que entre lo uno y lo otro se produce de neutralización de entendimientos comunitarios del derecho a la seguridad, están permitiendo estragos de todo tipo de derechos por provocación y consolidación de inseguridades personales y sociales.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2009), *México. Nuevos informes de violaciones de derechos humanos a manos del ejército*, Londres, Amnesty International Publications.
- ANGHIE, A. (2005), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ARNOLD, R. y QUÉNIVET, N. (eds.) (2008), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- BURGESS, J. P. y OWEN, T. (eds.) (2004), *Security Dialogue*, setiembre, Special section on what is 'human security'.
- CLAVERO, B. (2013), "México: Constitucionalización de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas", Argumentación jurisprudencial. Actas del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica: ¿Cómo argumentar los derechos humanos?, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 3-26.
- CLAVERO, B. (2014), *Derecho global: Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta.
- CLAVERO, B. (2016a), *Constitucionalismo Latinoamericano: Estados Criollos entre Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Olejnik.
- CLAVERO, B. (2016b), *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile, Olejnik.
- COBAIN, I. (2016), *The History Thieves: Secret, Lies and the Shaping of a Modern Nation*, Londres, Portobello.
- CURZIO, L. (1998), "La seguridad nacional en México: balance y perspectivas", *Revista de Administración Pública*, núm. 98, monográfico sobre Seguridad nacional, pp. 9-29.
- DOYLE, C. M. (2015), *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The transformative role of free prior and informed consent*, Londres, Routledge.
- GAMBOA, C. et al. (2007), *Transparencia y Acceso a la Información Pública. Estudio de Antecedentes, Marco Jurídico Actual, Derecho Comparado de Diversos Países y de las Entidades Federativas, y de las Iniciativas Presentadas en el Tema*, México, Cámara de Diputados.
- ESTRADA-TANCK, D. (2016), *Human Security and Human Rights under International Law: The Protection Offered to Persons Confronting Structural Vulnerability*, Oxford, Hart.
- GILADI, R. (2012), "A Different Sense of Humanity: Occupation in Francis Lieber's Code", *International Review of the Red Cross*, núm. 885, monográfico sobre Occupation, pp. 81-116.

- GOZZI, G. (2015), *Umano non umano. Intervento umanitario, colonialismo, "primavera arabe"*, Bolonia, Il Mulino.
- MARTÍN, S. (2017), "Estado punitivo y derechos constitucionales: pasado y presente", a publicarse en *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, 105.
- MAZOWER, M. (2009), *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press.
- MORSINK, J. (1999), *Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press.
- MOYN, S. (2017), "From Aggression to Atrocity: Rethinking the History of International Criminal Law", a publicarse en Heller, Kevin J. et al. (eds.), *Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford University Press. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2805952> (fecha de consulta: octubre de 2016).
- MOYN, S. (2015), *Christian Human Rights*, Filadelfia, Pennsylvania University Press.
- RAMCHARAN, B. G. (2002a), *The Security Council and the Protection of Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- RAMCHARAN, B.G. (2002b), *Human Rights and Human Security*, Dordrecht, Springer.
- RAMCHARAN, B.G. (2002c), *The United Nations High Commissioner for Human Rights: The Challenges for International Protection*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- RAMOS GARCÍA, J. M. (2005), "Seguridad ciudadana y la seguridad nacional en México: hacia un marco conceptual", *Revista Mexicana de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm, 194, pp. 33-52.
- RIVAS NIETO, P. (2008), *Doctrina de seguridad nacional y regímenes militares en Iberoamérica*, Alicante, Club Universitario.
- SUSÍN, R. y BERNUZ, M. J. (coords) (2014), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza.
- TADJBAKHS, S. y CHENOY, A. M. (2007), *Human Security: Concepts and Implications*, Londres, Routledge.
- WITT, J. F. (2012), *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, New York, Free Press.

ESTUDIOS

Antropo (andro) centrismo y especie. Ideología y naturalización del especismo en tiempos liberales

Anthropo (andro) centrism and species. Ideology and naturalization of specism in liberal times

Rafael Vázquez García
Universidad de Granada
rvazquez@ugr.es

María Sánchez Fernández
Universidad de Granada
mariasf93@correo.ugr.es

Recibido / received: 18/09/2016
Aceptado / accepted: 18/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3640>

Resumen

La pretendida falta de emocionalidad en los juicios políticos derivados del uso de la razón ilustrada ha supuesto la generación de un contexto biopolítico que ha tasado todo el orden conocido entre lo racional y positivo y (frente a) lo irracional y despreciado. En este segundo orden de irrationalidades se han depositado, en situación de marginalidad, de "lo otro", todos aquellos discursos y comunidades apartados del patronímico de referencia: el hombre blanco occidental ilustrado.

En el siguiente trabajo exponemos cómo a través de la construcción de este discurso hegemónico, de raíz premoderna pero intensificado por la narrativa ilustrada, se ha pretendido naturalizar un orden asimétrico en la relación entre especies, que denominamos especismo. Este especismo, sostenemos, no es sino una derivación más del androcentrismo como discurso dominante que se expresa en otras marginalidades como el patriarcado, el racismo, el clasismo o el capacitismo.

Palabras clave

Antropo (andro) centrismo, biopolítica, hegemonía, Ilustración, especismo.

Abstract

The alleged lack of emotionality in political judgments derived from the use of enlightened reason has led to the generation of a biopolitical context that has assessed the entire order known between the rational and positive and (versus) the irrational and despised. In this second order of irrationalities, all those discourses and communities that are isolated from the reference patronymic (the white man in modernity period), have been located in a situation of marginality.

In the following work we show how through the construction of this hegemonic discourse,



premodern but intensified by the enlightened narrative, has been tried to naturalize an asymmetric order in the relation between species, which we call speciesism. This speciesism, we maintain, is but a derivation of androcentrism as a dominant discourse that is expressed in other marginalities such as patriarchy, racism, classism or capacitism.

Keywords

Anthropo (andro) centrism, biopolitics, hegemony, Enlightenment, speciesism.

SUMARIO. 1. Hegemonía antropo (andro) céntrica y orden liberal racional (no emocional). 2. Biopolítica antropocéntrica y consenso hegemónico liberal. 3. Especismo como discriminación y proyección antropo (andro) céntrica. 4. Algunas conclusiones.

“Y la razón puede que sea ésta: que si el discurso verdadero no es ya más, en efecto, desde los griegos, el que responde al deseo o el que ejerce el poder; en la voluntad de verdad, en la voluntad de decir, ese discurso verdadero ¿qué es por tanto lo que está en juego sino el deseo y el poder?”
(Foucault, M. *L'ordre du discours*, 1970)

“Las actitudes que adoptamos los “normales” hacia una persona que posee un estigma, y las medidas que tomamos respecto de ella, son bien conocidas. Creemos, por definición, que no es del todo humana”
(Goffman, E. *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, 1963)

1. Hegemonía antropo (andro) céntrica y orden liberal racional (no emocional)

La mística del proyecto moderno pretendió con ostensible éxito durante décadas enarbolar la razón como instrumento del conocimiento y del progreso frente a la aparentemente desquiciada irracionalidad de las emociones, a quienes había pretendido sepultar en el cementerio del *ancien regime* junto a la religión. De esta forma, los accesos feministas de principios del siglo XIX, la lucha obrera frente al capitalismo decimonónico o la resistencia frente a la colonización quedaron no pocas veces desacreditados como erráticos impulsos de la sentimentalidad femenina, la irracionalidad utópica de los engañados obreros o la incontrollable tenacidad del ofuscado subalterno frente a los propagados beneficios de la civilización. Las emociones fueron conceptuadas, en consecuencia, según este marco, como fuerzas irracionales que bloquean la acción, producen heteronomía, como algo ajeno a nuestro yo verdadero, es decir, nuestro yo consciente (Máiz, 2010).

El pensamiento patriarcal masculino ha centrado la ética en el valor de la ley y de la justicia, que aun siendo un valor de gran relevancia no pocas veces ha resultado frío y distante, y lo que es peor, inoperativo e injusto. Desde el feminismo se ha puesto de relieve el valor del cuidado, como complementario a la justicia y que procede de sentimientos como la compasión, la solidaridad o incluso la responsabilidad. Razón y sentimientos se alimentan mutuamente y, además, son los sentimientos los que motivan el comportamiento y no la razón. Así, sólo un conocimiento que armonice razón y sentimiento puede llevarnos a asumir responsabilidades morales (Camps, 2011).

La mística de la racionalidad es la que ha venido postrando el papel de las



emociones en la vida democrática al olvido. En no pocas ocasiones estas pretensiones de marginalidad han querido justificarse como intentos para salvaguardar la presunta neutralidad de los juicios políticos y como parapetos frente a los propósitos populistas de manejar la arena política. Sin embargo, y como señalaba Daniel Innerarity, “esta despolitización de lo sentimental es uno de los factores que más empobrecen nuestra vida pública. Los sentimientos pueden estar al servicio de la renovación de las democracias, aunque para ello tengamos que pensar de otra manera su articulación. Que la política y el sentimiento se excluyen mutuamente es uno de los mitos modernos que debemos revisar, un corolario de otras contraposiciones como la de razón-sentimiento, conocimiento-emoción, cultura-naturaleza, hombre-mujer, público-privado, de cuyo simplismo no se obtiene nada bueno, ni en orden a comprender nuestra realidad social ni para intervenir positivamente en ella” (Innerarity, 2009).

Tanto en *Hiding from Humanity* (2004) como en *Political Emotions* (2013), Nussbaum ha desglosado el papel de la repugnancia, la vergüenza, el miedo, la compasión o el amor en ámbitos como la justicia, la constitución del patriotismo y en la vida democrática. En un trabajo anterior, *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions* (2001), ya señaló la compasión como un sentimiento moral que debiera ser cultivado por las instituciones y la educación públicas. Para ella, las sociedades liberales, sin tener que amenazar en lo más mínimo el respeto por el pluralismo, puede emplear un ideal moral de este tipo, y promover una educación afectiva que aspire a suscribirlo. En su concepción, las emociones son cognitivas, es decir, están imbuidas de inteligencia y discernimiento sobre los objetos que nos rodean. Y, además, son evaluadoras, porque encierran un pensamiento “sobre la relevancia o importancia de dicho objeto” (Nussbaum, 2001: 23).

Hablar de la emociones en términos de cogniciones-evaluadoras no implica afirmar la existencia de algún tipo de cálculo o cómputo. Muy al contrario, sentir una emoción supone abrirse al valor de cosas que existen fuera de los propios sujetos y, en cierta medida, abandonar el objetivo del control absoluto sobre nosotros mismos y lo que nos rodea. Esta diferencia es fundamental a la hora de encarar la concepción de la razón práctica que desarrolla Nussbaum, porque aquellas teorías que reducen el razonamiento a cálculo de intereses o a un análisis de tipo coste-beneficio destacan el ideal de autocontrol despreciando la vulnerabilidad constitutiva y constructiva de los seres humanos.

2. Biopolítica antropocéntrica y consenso hegemónico liberal

En este contexto liberal de pensamiento impositivamente racional y, sobre todo, durante el período de la segunda posguerra mundial, el escenario político y académico deviene tan altamente consensual que la labor de la Teoría Política Crítica dejó, incluso para algunos, de tener sentido. La funeraria afirmación de Peter Laslett, en 1956, de que la vieja filosofía política estaba muerta parecía extenderse sin remedio. Las luchas y movimientos no pudieron hacer emerger y visualizar el conflicto, que realmente existía, pero que fue fagocitado por el consenso. Tras los convulsos sesenta y las a posteriori desvanecidas esperanzas en su potencial transformador, la izquierda europea se centraliza con la renuncia a cualquier inspiración marxista a través de un giro al centro que reafirma el propósito liberal de convertir la política en pura gobernabilidad, despolitizando así la democracia y vinculándola irreversiblemente al consenso. De esta manera, podría afirmarse que la tradición occidental de pensamiento ha tendido a identificar la política con la mera administración de asuntos ajenos a ella, esto es, gestionar leyes de otros ámbitos sociales (especialmente el ámbito económico) que se consideran ya dadas e

inalterables. Esta interesada identificación entre lo político y la política supone entonces que la política ha de ser entendida como una mera relación entre actores, demandas y sistema político, en la que no tenemos que preguntarnos por la constitución misma de los actores, de las demandas ni del sistema político. Todo ello embadurnado en la idea del buen orden, fundamentada a su vez en la seguridad individual y la violencia del Estado. Y dando sentido a todo, el uso interesado del “lenguaje consensuado”, y la consiguiente imposibilidad de percibir y conocer fuera de un sentido ya dado, esto es, con neutralidad.

La hegemonía dominante del proyecto moderno, especialmente desde el último cuarto de siglo XIX, en los términos de “ideología total” de Karl Mannheim, intenta desligar precisamente las motivaciones económicas y la psicología de los intereses del análisis de la realidad social, presentando así la realidad mediante un mera descripción funcional, aséptica, neutral, “concretándose a una descripción objetiva de las diferencias estructurales de las mentalidades que operan sobre una base social diferente” (Mannheim, 1941: 51). Sin embargo, como ya precisó Gramsci, la construcción de cualquier aparato hegemónico que pretende –y hasta requiere– dirigir, precisa asimismo recrear, de forma consciente e intencionada, todo un nuevo campo(s) ideológico(s), toda una reforma de la conciencia y una forma precisa de conocimiento y socialización en el conocimiento (Gramsci, 1975). Queremos decir con ello que la construcción y difusión de la ideología liberal no debiera verse como un accidente histórico producto de la evolución de la humanidad hacia un progreso determinista fijado de antemano, sino como un dispositivo ideológico sumamente estructurado y concentrado en la voluntad de crear verdades. Se trata de todo un meta-proyecto de dominación, una hegemonía completa, una teología pretendidamente secular, al tiempo que una teleología que prefija, anuncia y construye el camino a seguir: nada resulta, por ende, sobrevenido en esta empresa de inclusiones y exclusiones, de lo bueno y lo malo, lo correcto y lo desviado. Los dispositivos de verdad requieren asimismo una lógica de verdades que, a fuerza, debe resultar tan lógica que aparezca como indiscutible. Unas verdades normalizadas que anulen e incluso desactiven de antemano cualquier pretensión de cuestionamiento y propuesta de alteridad, y que diluyan precisamente y para siempre la misma “voluntad de verdad”. El poder del Estado transformado y refinado en biopolítica, en una suerte de gubernamentalidad neoliberal, establece una alianza-fusión Estado y mercado con un poder omnímodo de control, coacción y castigo, constituyéndose en un mecanismo mucho más eficiente para la producción de verdad que el estado liberal en el siglo XIX y, por supuesto, que el absolutismo monárquico, el imperialismo romano o cualquier otra forma jurídico-política de control a la que podamos remontarnos. “Pues esta voluntad de verdad, como los otros sistemas de exclusión, se apoya en un soporte institucional: está a la vez reforzada y acompañada por una densa serie de prácticas como la pedagogía, como el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, como las sociedades de sabios de antaño, los laboratorios actuales” (Foucault, 1999:10).

Aun cuando “lo otro” resulte imposible de esconder, habrá de interpretarse en todo caso como una desviación de lo normal, una falla respecto al modelo a seguir, una alteridad no admisible y frente a la cual caben principalmente dos estrategias. Por un lado, la recuperación del desviado y su vuelta a la normalidad. El enfermo mental, el homosexual, el salvaje no occidental, el descarado nacionalista de una minoría estatal...a todos se les ofrece la oportunidad de reconducirse para situar su conducta en los límites de lo aceptado, de lo aceptable. La segunda estrategia consiste en la negación, la expulsión, la marginación de todos aquellos que son intrínsecamente diferentes en términos biológicos y/o culturales, sin posibilidad de redención, para siempre a las afueras de la normalidad. Entre ellos, las mujeres, los racialmente distintos y, por supuesto, los pertenecientes al resto de especies ajenas

a la humana: los “animales”.

A partir de aquí el proyecto ilustrado moderno puede verse como un dispositivo de control, en términos foucaultianos, y un mecanismo “normalizador”, dando cartas de verdad incuestionable a lo que consideramos como normal, que pudiera ser masculino frente a lo femenino, el blanco frente al no blanco, el occidental frente a los otros, el adinerado frente al pobre sin recursos, el “capaz” frente al “incapaz”, el productivo frente al no productivo... el humano frente a la bestia animal.

Sin embargo, esta visión liberal pretendidamente racionalista siempre estuvo mediada, cuando no construida directamente, por y a partir de viscerales emociones, ocultando en no pocas ocasiones la profunda irracionalidad de sus propuestas, el desmedido carácter emocional de sus anclajes más sagrados. Cómo si no entender el desarrollo en los dos últimos siglos de los estados nación como proyectos nacionalistas y ultranacionalistas (véase la cambiante conformación de las fronteras), xenófobos y racistas en no pocos casos, patriarcales, insostenibles medioambientalmente y ensimismados en el más declarado especismo.

3. Especismo como discriminación y proyección antropo (andro) céntrica

Delimitar qué es y en qué consiste exactamente el especismo supone un ejercicio de honestidad moral o un intento de huida de los propios prejuicios. Como señala Horta, las diversas formulaciones que se han dado del mismo responden a un intento de justificar una diferenciación moral entre individuos de distintas especies sin recaer en el prejuicio y la arbitrariedad que, como cualquier tipo de discriminación, supone el especismo (2007: 17).

El especismo cuenta con una larga tradición histórica. Si bien existieron voces disidentes a las que no suele hacerse memoria justa en este aspecto (Pitágoras, Porfirio, Plotino, Séneca, Plutarco, San Juan Crisóstomo, San Basilio de Cesarea y San Francisco de Asís, Michel de Montaigne, David Hume, entre otros), lo cierto es que el discurso que ha trascendido hasta hoy no reserva a los animales mayores consideraciones que las de ser un mero instrumento al servicio de los seres humanos. Aristóteles sostenía en la *Política* que

“las plantas existen para los animales, y los demás animales, en beneficio del hombre; los domésticos para su utilización y su alimentación, y los salvajes –si no todos, al menos la mayor parte de ellos–, con vistas a la alimentación y a otras ayudas, para ofrecer tanto vestidos como otros utensilios” (2003: 93-94).

Las religiones, especialmente las monoteístas, frecuentemente han minusvalorado la posición de los animales dentro de la esfera de la existencia, otorgándole un puesto de simple servicio al hombre. En el siglo XVII, Descartes afirmaba que los animales no eran más que autómatas que no poseían alma ni conciencia, desprovistos de entendimiento, debido a lo cual no podrían sentir dolor, placer ni emociones. Para el liberalismo posterior del siglo XVIII y XIX, los animales quedaban igualmente excluidos de la comunidad moral. Si bien, tal y como expresaba Kant, no debíamos causarles daño de forma gratuita, y puesto que no disponen de intereses moralmente significativos, los humanos no tenemos ningún tipo de obligación directa respecto a los no humanos.

A grandes rasgos, podríamos decir que el especismo es la discriminación de

quienes no pertenecen a una cierta especie (o especies). Con “discriminación” nos estamos refiriendo a una “diferenciación desfavorable injustificada” sin llegar a posicionarnos sobre si todas las diferenciaciones desfavorables carecen de un fundamento moralmente aceptable (Horta, 2007: 45-48). Lo justificable o injustificable de esa consideración diferenciada va a ser el núcleo de los debates en torno a la cuestión animal. Podemos presuponer que, en cualquier caso, quien se posicione a favor del especismo va a intentar, al menos, hacer honor a nuestra herencia ilustrada y aportar argumentos razonables, escapando así de un *especismo definicional* que sostenga la diferenciación moral entre especies sin mayores explicaciones (Horta, 2007: 18-19). Las justificaciones que suelen aportarse para disculpar posiciones especistas suelen ser de tipo *capacitista*, tanto en un sentido restringido (los intereses de los animales no humanos son moralmente menos relevantes que los de los animales humanos porque ellos no tienen una determinada capacidad, que puede ser comunicarse –tal y como lo concebimos los seres humanos– o tener una capacidad de raciocinio más o menos complejas), como en un sentido más amplio de tipo relacional (los intereses de los animales no humanos son moralmente menos relevantes porque no pueden tejer relaciones de una determinada complejidad). De esta última índole son las explicaciones que intentan contrarrestar el llamado *argumento de los casos marginales*. Según este prisma, existen algunos individuos humanos que no cumplirían, temporal o permanentemente, los requisitos establecidos para ser incluidos en la comunidad moral. A esto, algunos autores como Mary Midgley (1983) contestan diciendo que si bien estos seres humanos no estarían incluidos en nuestras consideraciones y deberes morales directos –en un sentido kantiano–, los fuertes vínculos que los une a individuos que sí lo están permitirían incorporarlos en calidad de “miembros honorarios” (Lara y Campos, 2015). Michael Goldman se suma a estas consideraciones y afirma que los deberes morales sólo pueden emerger entre seres con capacidad de tejer relaciones de esfuerzo por asegurar la reproducción social (2001: 59). En cualquier caso y como señala Horta, cabría cuestionar la imparcialidad en el establecimiento de criterios sean estos de tipo relacional o capacitista. Podría suceder que dichos criterios descansaran sobre un *prejuicio especista* que seleccionara los criterios de manera sesgada e invirtiera el proceso de razonamiento. Así, en lugar de establecer unos criterios moralmente relevantes con imparcialidad y comprobar posteriormente quiénes los satisfacen, estos serían elegidos de acuerdo al propósito fijado previamente para ellos; propósito que bien podría ser justificar la priorización de los intereses humanos sobre los de los animales (2007: 37).

Antes de continuar cabe puntualizar que aunque comúnmente el término especismo ha estado fuertemente vinculado al *antropocentrismo*, sería incorrecto presuponer la equivalencia e intercambiabilidad de ambos términos (Faria y Paez, 2014; Horta, 2007). Aunque ciertamente guardan una estrecha relación, sucede que podemos imaginar diferenciaciones por cuestión de especie que no recaigan en ninguna parcialidad a favor de los seres humanos, es decir, que escapen del antropocentrismo. Esto ocurre, por ejemplo, cuando defendemos férreamente los derechos de animales domésticos a recibir un trato digno pero ignoramos el bienestar y la vida de los animales no humanos que nos visten y alimentan. No obstante, lo común al usar este término (y la acepción que emplearemos a lo largo de este artículo) es referirse a un especismo antropocéntrico llevado a cabo por sujetos humanos hacia individuos de otras especies y que asigne una centralidad moral a la satisfacción de los intereses humanos.

Esta idea de *antropocentrismo* hace referencia a un concepto normativo que opera en el ámbito moral. Sin embargo, el término ha sido también empleado para hacer referencia a la manera única y diferente del resto en que los seres humanos

percibimos, concebimos y juzgamos el mundo en tanto que dotados de cierta estructura neuronal y sensorial (Riechmann, 1995: 30-32). Este tipo de *antropocentrismo epistémico*—o lo que Andrew Dobson denomina *human-centered anthropocentrism* (2000)—describe el hecho de que “los seres humanos consideran y juzgan el mundo desde el punto de vista de los seres humanos, y que ellos son para sí mismos la especie animal más importante” (Riechmann, 1995: 32). Expresado como una característica inherente al ser humano, este tipo de antropocentrismo parece inevitable y, por tanto, fuera de todo cuestionamiento moral. No obstante, esta distinción entre antropocentrismo moral y epistémico —que ha articulado varios debates en el seno del ecologismo— presenta ciertos problemas y su utilidad es ciertamente limitada. Sucede que este antropocentrismo epistémico sufre con demasiada frecuencia una transmutación hacia una dimensión normativa, tal y como discurre Bernard Williams al afirmar que

La palabra “especismo” ha sido empleada para describir una actitud que algunos ven como nuestro mayor prejuicio en favor de la humanidad. Resulta más esclarecedor llamarlo “humanismo” y no es un prejuicio. Ver el mundo desde un punto de vista humano no es algo absurdo para los seres humanos (Williams, 2006 en Faria y Paez, 2014: 100).

En este párrafo no sólo sienta Williams una equivalencia cuestionable entre *especismo* y *antropocentrismo*, sino que además justifica una posición moral (favorecer la humanidad) sobre lo inevitable del antropocentrismo epistémico. Esta extensión artificiosa de nuestras capacidades cognitivas hasta alcanzar una posición moral determinada llega a confundir el *ser* con el *deber ser*. Los argumentos del tipo “los seres humanos no podemos evitar concebir y juzgar el mundo desde una perspectiva humana y, por tanto, es moralmente lícito favorecerlos sobre los animales” se encuentra con una incómoda analogía que afirma que «el no poder evitar ser un hombre blanco heterosexual y concebir y juzgar el mundo desde tal posición, otorga la legitimidad necesaria para favorecer a los hombres blancos heterosexuales sobre el resto de personas».

Resulta difícil precisar cuándo surgió el especismo. Pese a su larga trayectoria, suponemos que al igual que todos los *-ismos* imaginables (sexismo, racismo, heterosexismo, capacitismo, etc.), el especismo es un constructo social, una práctica cultural afianzada que se funde aparentemente y por antigüedad con aquello comúnmente considerado como *lo natural*. En este error incurren autores como Stephen G. Post (1993), quien ve el argumento último de la naturalidad del especismo en la “lealtad de especies”, un trato favorable hacia miembros de la especie propia resultado de milenios de evolución y selección natural (en LaFollette y Shanks, 1996:4). Habría que precisar, no obstante, qué entendemos por “natural” y qué pretendemos aludiendo a la supuesta naturalidad de ciertas prácticas. Secundar la naturalidad del especismo en su larga tradición puede dar lugar a incómodas comparaciones con otras opresiones como la esclavitud, que no pueden ser justificadas por su larga vigencia. Más aún, aun si admitiéramos el especismo como algo verdaderamente natural —al igual que podríamos considerar ciertos impulsos o la violencia—, ello no niega *per se* la necesidad de una intervención moral que regule o erradique su puesta en práctica.

No obstante, existe otra cara de la moneda a menudo no contemplada. Si excavamos en la tradición de nuestra relación con los animales podemos descubrir un paradigma previo al especismo o, al menos, en connivencia con éste. Algunos autores (Ryder, 2000; Patterson, 2002) ven en ciertas manifestaciones culturales como el arte rupestre o diversas mitologías un “sentido de parentesco compartido” que fusiona animales y humanos en deidades (Isis, Horus, Anubis) y otras criaturas

(sirenas, esfinges, centauros...). Patterson establece un punto más o menos concreto de inflexión en nuestra relación con los animales no humanos. Para este autor, el inicio de la progresiva domesticación de los animales –hace aproximadamente 11.000 años– afectó directamente la forma en que nos relacionábamos con ellos, y, como consecuencia entre los seres humanos (Patterson, 2002: 10). Parece plausible sospechar –y así lo sostienen algunas teorías sobre el arte rupestre (Montes, 2012)– un cierto respeto, si acaso no una consideración de iguales, por parte de las sociedades cazadoras y recolectoras hacia los que fueron sus presas pero también sus predadores. En las sociedades agricultoras y ganaderas, en cambio, la esclavización de quienes hasta entonces habían sido nuestros “hermanos” y sus crueles métodos, que fueron además uno de sus elementos fundacionales, no habrían sido posibles sin un distanciamiento emocional y una negación del parentesco compartido. Para la psicóloga estadounidense Melanie Joy esta “anestesia emocional” es una respuesta ante el malestar que nos produce el desajuste entre nuestros valores y nuestra conducta. Así, mediante diversos mecanismos distorsionamos nuestra percepción sobre los animales no humanos y transformamos la empatía en apatía, desconectándonos emocionalmente de nuestra experiencia opresora (Joy, 2015: 24-25). El principal mecanismo desarrollado para ahogar ese malestar, podemos suponer, fue una concepción jerárquica y antropocéntrica de la naturaleza en la que los seres humanos aparecen separados insondablemente del resto de criaturas. Justificar este abismo ontológico y nuestra superioridad moral ha sido desde entonces nuestra mayor ansiedad. No obstante, esta anestesia o ceguera emocional opera asimismo dentro de la propia especie. La tesis de Patterson conecta directamente la práctica de la domesticación con otros tipos de opresiones para las que también fue necesario un distanciamiento y una justificación que paliara nuestra angustia. La institucionalización de esta violencia sentó unas bases en nuestro pensamiento que comenzaron a operar en otros ámbitos de la vida social, creando sociedades más opresivas y jerárquicas basadas en el dominio de unos pocos sobre el resto. Así lo testimonia el historiador Keith Thomas, que opina que “la domesticación de los animales creó una actitud más autoritaria en tanto que el control humano sobre las criaturas inferiores proveyó la analogía mental sobre la que se asientan muchos arreglos políticos y sociales” (en Patterson, 2002: 11). Una vez normalizada la esclavitud de los animales, resultó sencillo dar un paso más hacia diversas formas de esclavitud y opresión humanas.

Así pues, podemos imaginar el especismo no sólo como parte de un antropocentrismo moral sino como un elemento de un androcentrismo mucho más extenso. Un “andro-” al que, además de ser humano varón, cabe asociarle otras características como ser adulto de raza blanca, pertenecer a la clase media o alta de un país occidental de tradición cristiana, poseer unas determinadas capacidades o características físicas, psíquicas o sexuales. Este casi imperceptible cambio de sufijo opera creando una pureza ontológica que se transforma en requisito previo para una membresía plena en la comunidad moral. Como plantea Erving Goffman hay algo que nos desagrade de los discapacitados, de los lisiados, de los homosexuales, de los enfermos mentales, incluso de aquellos de una minoría racial o religiosa, algo que los separa de “lo normal”, que los aleja de “lo normal”, un estigma que nos incomoda y que los separa (Goffman, 1960); una cartografía de diferencias que convertimos en desigualdades arraigadas en todos los ámbitos de la vida, desde lo material hasta lo simbólico, pasando por el propio cuerpo vivido y su subjetividad. Desigualdades-pilares de las que se nutre ricamente el capitalismo y de las que ya es hasta consustancial.

Es por esto que el especismo se ha insertado pronto en un mapa de intersecciones: el propio término nació intencionadamente ligado al racismo y al

sexismo como una herramienta psicológica que por analogía a estas discriminaciones forzara a la reflexión del especismo como una cuestión ética y política.¹ Desde el feminismo, han sido varias las autoras que se han ocupado de este tema, en la mayoría de los casos centrándose en uno de los usos más polémicos del especismo: el consumo de carne. En *The Sexual Politics of Meat* (1990), Carol J. Adams señala las jerarquías sexuales, raciales y de clase a las que responde el reparto de alimento, de manera que las “ciudadanas y ciudadanos de segunda” consumen “alimentos de segunda (frutas y vegetales)”². Esta autora sitúa en el consumo de carne el origen de la desigualdad de género: mientras esta fuera un recurso económico valioso, quienes controlaran la carne ostentarían el poder. Engels también se pronunció en este sentido con anterioridad y planteó la teoría de que la domesticación animal por parte de los varones cabezas de familia permitió la acumulación de excedentes ganaderos y el comercio. Una vez convertidos estos recursos en propiedad privada, los hombres se aseguraron la conservación de los mismos para sí y sus herederos mediante el control de la sexualidad femenina y el matrimonio monógamo (en Lerner, 1990). En un plano más conceptual, otras feministas han trazado una clara conexión entre la opresión y explotación sexual de los cuerpos de las mujeres y de los animales (especialmente las hembras) para consumo masculino o humano (Joy, 2015; Aph Ko, 2014).

Desde la lucha contra el racismo se ha señalado que, al igual que los argumentos pro-racistas aceptan la existencia de un orden natural con razas superiores, el especismo plantea de forma paralela la existencia de una especie superior a la cual las demás quedan supeditadas (Spiegel, 1996). De una manera más o menos cuestionable, lo cierto es que se han explotado hasta la saciedad las analogías entre los tratos y artefactos empleados en los sistemas esclavistas y lo que Isaac B. Singer denomina el *eterno Treblinka* de los animales. Patterson (2002) dedica su primer capítulo a establecer este tipo de similitudes materiales entre animales y esclavos. El empleo de estas comparaciones como recursos metafóricos ha sido contestado desde diversos frentes (Milligan, 2015: 103-114). Uno de los más frecuentes confunde la analogía entre dos sistemas opresivos con una comparación entre animales y un determinado grupo de personas –que en todo caso tampoco debería resultar degradante. También suele darse por sentado que el sufrimiento de las víctimas del holocausto o de la esclavitud fue incomparablemente peor que el de los animales, pero desde luego esta sugerencia no se sostiene ni por la cantidad, ni por la intensidad ni por la duración del sufrimiento infligido sobre unos y otros (McJetters, 2014). En cualquier caso, ninguno de los argumentos que legitimen estas comparativas debería hacerse desde una posición de privilegio a riesgo de herir sensibilidades de las verdaderas víctimas de estos sistemas. Aph Ko (2016) reivindica en este sentido la necesidad de una nueva epistemología que se aleje del modelo eurocéntrico de aproximarse a la opresión. Para ella, el esquema de las intersecciones no sólo resulta falaz, sino que refleja el privilegio de quien puede permitirse ver las opresiones como experiencias que operan independientemente y que “chocan” en determinados puntos o momentos. Desde esta perspectiva sería incorrecto decir que las personas de color –como muchas de ellas se autodenominan– son tratadas “como” animales, sino que especismo y racismo

¹ Richard D. Ryder, quien en 1970 acuñó por primera vez el término, declaraba años más tarde que “decir que una especie tiene derecho de explotar al resto es ser culpable del prejuicio del especismo, del mismo modo que afirmar que una raza tiene derecho a subordinar a otra raza es racismo” y que “especismo y racismo son ambos prejuicios basados en la apariencia” (Ryder, 2011: 39-40).

² Un estudio llevado a cabo por Marcia Hill Gossard y Richard York (2003) concluye que el consumo de carne de la comunidad negra y asiática en Estados Unidos supera al de la blanca. Pese a no centrarse en factores de índole psicológica o cultural, los autores aventuran basándose en la bibliografía existente que esto pueda deberse a una asociación de la carne con un estatus privilegiado por parte de aquellos «tradicionalmente marginados».

serían parte de una misma cosa. Como elemento catalizador propone la categoría de “sub-humano/a”, donde se ubicarían todas aquellas existencias, todos aquellos cuerpos que no tienen cabida en nuestro “andro-” blanco, adulto, heterosexual, de clase media o alta, de país occidental y creencias cristianas, con unas determinadas características físicas y psíquicas proclamadas unilateralmente como “capacidad”.

Esta aproximación viene a sumarse a la compleja relación de identidades que ya puso de manifiesto el feminismo negro en la década de los 60 y que desde entonces ha ido profundizando en una pregunta fundamental: ¿quién es el sujeto político? Como señala Cristina Vega, necesitamos nuevos esquemas “menos ordenados y jerarquizados, pero sí articulados” (en Gil, 2011: 29). Uno de los propósitos de este artículo es el señalar, nombrar y desnormalizar; tratar de romper esa pureza ontológica que ya sólo opera en nuestro imaginario, como bien sugiere Donna Haraway (1984). Pese a su contenido fuertemente teórico, estos debates tienen importantes implicaciones políticas y legales que se pueden plasmar en un cierto proteccionismo de grado variable hacia los animales no humanos o en una impunidad absoluta de prácticas especistas. En cualquier caso, en juego entran intereses corporativos económicos, cuestiones medioambientales y aspectos de la vida cotidiana como el vestido, la alimentación o incluso el ocio, que se sitúan en un extremo de la balanza y se miden contra la sintiencia y el sufrimiento animal. No se trata pues, de rendir cuentas ante un observador imparcial, sino más bien de buscar la coherencia racional en la complejidad del mundo en el que vivimos. Hemos llegado a comprender la injusticia de discriminar en base a una lotería natural rawlsiana: ahora sólo queda dar un paso más.

4. Algunas conclusiones

El trabajo ha pretendido poner de manifiesto que la incongruencia del proyecto ilustrado de la modernidad al pretender desproveer los discursos hegemónicos de emocionalidad y la deliberada construcción artificiosa de “normalizaciones” ha profundizado en la generación de un paradigma de referencia que denominamos antropo (andro) centrismo. Dicho modelo funciona de facto como un acontecimiento biopolítico en el que lo apartado del mismo es considerado anormal, disfuncional, inferior y hasta pernicioso y, por ende, es perseguido, sometido y marginado. En este sentido, sostenemos, que el especismo podría ser percibido como parte de un antropocentrismo o androcentrismo mucho más extenso, que igualmente discrimina a mujeres, minorías étnico-raciales o clases sociales bajas. Se trataría de un estigma más allá de la propia especie, pero con un funcionamiento similar, si bien reforzado, puesto que lo extraño, lo diferente son unas características diferenciadoras entre especies más que dentro de la misma especie.

Es por ello, que el especismo haya recibido importantes críticas desde posiciones feministas o desde posiciones fuertemente opuestas a los sistemas de dominación capitalistas. También la lucha contra el racismo ha señalado que, al igual que los argumentos pro-racistas aceptan la existencia de un orden natural con razas superiores, el especismo plantea de forma paralela la existencia de una especie superior a la cual las demás quedan supeditadas. Puede, pues, afirmarse que las posturas especistas poco difieren de aquellas que justifican el racismo, el heterosexismo, la homofobia, el clasismo o el capacitismo en el seno de la especie humana.

Bibliografía

ADAMS, C. J. (1990), *The Sexual Politics of Meat: A Feminist Vegetarian Critical Theory*. Cambridge: Polity Press.

APH KO (2014), "5 Reasons Why Animal Rights Are a Feminist Issue". Everyday Feminism, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://everydayfeminism.com/2014/12/animal-rights-feminist-issue/> (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2016).

APH KO (2016). "Why Animal Liberation Requires an Epistemological Revolution." Aphro-ism, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://aphroism.com/2016/02/24/why-animal-liberation-requires-an-epistemological-revolution/> (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2016).

ARISTÓTELES (2003), *Política*. Santa Fe: El Cid Editor.

CAMPS, V. (2011) *El gobierno de las emociones*. Barcelona: Herder.

CAVALIERI, P. (2003). *The Animal Question: Why Nonhuman Animals Deserve Human Rights*. New York: Oxford University Press.

DOBSON, A. (2000). *Green Political Thought*. London: Routledge.

FARIA, C. y PAEZ, E. (2014) "Anthropocentrism and Speciesism: Conceptual and Normative Issues", *Revista de bioética y derecho* (32): 82-90

FEDERICI, S. (2010) *Calibán y la bruja: mujeres, cuerpo y acumulación*. Barcelona: Traficantes de sueños.

FOUCAULT, M. (1999). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets.

FREY, R. G. (1980). *Interests and Rights: Case Against Animals*. Oxford: Oxford University Press.

GOFFMAN, E. (1963) *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*. Nueva York: Penguin.

GOLDMAN, M. (2001) "A Transcendental Defense of Speciesism". *Journal of Value Inquiry*, 33: 59-69.

GRAMSCI, A. (1975) *EL materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*. México: Juan Pablos Editor.

HORTA, O. (2007) *Un desafío para la bioética. La cuestión del especismo*. Universidad de Santiago de Compostela.

HORTA, O. (2010) "What is Speciesism?" *The Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 23: 243–266.

INNERARITY, D. (2009) "El gobierno emocional". *El País*, miércoles 4 de marzo de 2009.

JOY, M. (2013) Por qué amamos a los perros, nos comemos a los cerdos y nos vestimos con las vacas. Una introducción al carnismo. Madrid.: Plaza y Valdés.

LAFOLLETTE, H. y SHANKS, N. (1993) "Animal Models in Biomedical Research: Some Epistemological Worries". *Public Affairs Quarterly*, 7 (2):113-130.

LEAHY, M. (1991) *Against Liberation: Putting Animals in Perspective*. Londres: Routledge.

LERNER, G. (1987) *The Creation of Patriarchy*. Oxford: Oxford University Press.

LÓPEZ, M., FILIPPETTI, A., RICHAUD DE MINZI, V. y CRISTINA, M. (2014) "Empatía: Desde la percepción automática hasta los procesos controlados". *Avances en Psicología latinoamericana*, 32(1): 37-51.

MACHAN, T. (2004) *Putting Human First. Why We are Nature's Favourite*. Oxford: Rowman and Littlefield.

MÁIZ, R. (2010) "La hazaña de la razón: la exclusión fundacional de las emociones en la teoría política moderna". *Revista de Estudios Políticos*, 149: 11-45.

MANNHEIM, K. (1941) *Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica

MCRUER, R. (2006) *Crip Theory: Cultural Signs of Queerness and Disability*. Nueva York: NYU Press.

MILLIGAN T. (2008) *Animal Ethics: The Basics*. Londres: Routledge.

MONTES GUTIÉRREZ, R. (2012) "Teorías interpretativas del arte rupestre". *Tiempo y sociedad* (9):5-22.

MOSTERÍN, J. y RIECHMANN, J. (1995) *Indagación sobre el lugar de los animales en la moral y el derecho de las sociedades industrializadas*. Madrid: Talasa.

NUSSBAUM, M. (2001), *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press.

NUSSBAUM, M. (2004) *Hiding From Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. Princeton University Press. Princeton.

NUSSBAUM, M. (2013) *Political Emotions: Why Love Matters for Justice*. Harvard University Press. Cambridge

PATTERSON C. (2002) *Eternal Treblinka: Our treatment of animals and the holocaust*. New York: Lantern Books.

POSNER, R. (2004) "Animal Rights: Legal, Philosophical and Pragmatic Perspectives", en C. Sunstein y M. Nussbaum (eds.) *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press.

PRESTON, D. Y DE WAAL, F. (2002) "Empathy: Its ultimate and proximate bases". *Behavioural and Brain Sciences*, 25: 1-72.

RYDER R. (2000) *Animal Revolution: Changing Attitudes towards Speciesism*. Oxford: Berg.

RYDER R. (2011) *Speciesism, painism and happiness: A morality for the twenty-first century*. Exeter: Imprint Academic.



SINGER, P. (1975) *Animal Liberation: a New Ethics for our Treatment of Animals*. New York: Random House.

SPIEGEL, M. (1996) *The Dreaded Comparison: Human and Animal Slavery*. New York: Mirror Books.

TORRES, B. (2014) *Por encima de su cadáver. La economía política de los derechos animales*. Madrid: Ocho dos cuatro ediciones.

YOUNG, I. M. (1990) *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.

Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la constitución¹

A conceptual reconstruction of the judicial application of the constitution

Pedro A. Caminos
Universidad de Buenos Aires
pcaminos@derecho.uba.ar

Recibido / received: 07/03/2016
Aceptado / accepted: 17/02/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3641>

Resumen

En este artículo, se distinguen tres maneras en que los jueces aplican las normas jurídicas constitucionales. En primer lugar, esas normas pueden ser aplicadas directamente para resolver un caso. En segundo lugar, la constitución es utilizada para identificar otras normas del sistema jurídico. Finalmente, las normas constitucionales operan como condiciones para la aplicabilidad judicial de otras normas jurídicas. En este trabajo, se analizará en qué consiste cada uno de esos usos.

Palabras clave

Constitución, control de constitucionalidad, validez, aplicabilidad.

Abstract

This paper will distinguish between three ways in which courts may apply the norms of a constitution. On the one hand, those norms maybe applied directly to solve a case. On the other hand, may be used to identify other norms of the legal system. Finally, constitutional norms may be understood as conditions for the applicability of other norms. This paper will analyze each of those uses.

Keywords

Constitution, judicial review, validity, applicability.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Definiciones operativas. 2.1. Constitución y constitucionalismo. 2.2. El control de constitucionalidad

¹ El presente ensayo forma parte de un trabajo más amplio elaborado en el marco de una estancia de investigación doctoral que se desarrolló en el *Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto* de la *Università degli Studi di Genova*, Italia, durante los meses de abril y mayo de 2015, la cual fue posible gracias a un subsidio otorgado por la Secretaría de Relaciones Institucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). El autor le agradece a Riccardo Guastini, Alejandro Calzetta, Lisandro Gómez y a un evaluador anónimo por sus generosos comentarios a las ideas y borradores que fueron formando el camino hasta este trabajo. Por supuesto, los errores que el lector encuentre aquí no les pueden ser imputados a ellos de ninguna manera.

y sus clasificaciones. 2.3. Delimitando los alcances de este trabajo. 3. Aplicación directa e identificación de otras normas jurídicas. 3.1. Un modelo sencillo de aplicación de normas. 3.2. El primer uso de la constitución: aplicación directa de las normas constitucionales. 3.3. El segundo uso de la constitución: la identificación de otras normas jurídicas. 3.4. La constitución y la identificación de normas jurídicas. 4. El tercer uso de la constitución: condición de aplicabilidad de las normas jurídicas. 4.1. Aplicabilidad interna y externa de las normas jurídicas. 4.2. El concepto de jerarquía formal entre normas jurídicas. 4.3. La interpretación. 4.4. Especificación, ponderación e implementación. 4.5. ¿Cuál es la relevancia de la distinción entre condiciones de identificación y condiciones de aplicación?. 5. Decisiones interpretativas y dogmática constitucional.

1. Introducción

¿Cuáles son las maneras en que los jueces usan las normas de una constitución? En este trabajo, en los apartados 3 y 4, intentaremos responder, de manera relativamente extensa, a la primera pregunta. A partir de esa respuesta, en el apartado 5, sugeriremos de qué manera ella puede incidir en la dogmática constitucional, dejando así abierta la puerta para una futura investigación sobre ese tema. Antes de avanzar con esa tarea, sin embargo, deberemos ofrecer algunas definiciones y delimitar el marco del presente trabajo.

2. Definiciones operativas

2.1. Constitución y constitucionalismo

El concepto de constitución, como todos los del vocabulario jurídico-político, admite muchos sentidos diversos y, a veces, conflictivos entre sí. A los efectos de este trabajo, una constitución consiste en: (i) normas formuladas en un documento escrito que (ii) definen a los departamentos de gobierno, establecen procedimientos e imponen materias habilitadas y prohibidas para que ellos dicten normas, (iii) estipulan un procedimiento que vuelve más difícil de reformar el texto del documento (o directamente está prohibido hacerlo, en todo o en parte), (iv) en caso de antinomias, está previsto que las normas constitucionales tengan una jerarquía formalmente superior a las normas no constitucionales, (v) establecen una “ideología común”, (vi) están concebidas para durar en el tiempo de manera indefinida, (vii) en muchos casos, están formuladas en un lenguaje relativamente general y abstracto (Besson, 2005, pp. 291-292; Raz, 1998, pp. 153-154; Marmor, 2007, pp. 91-93).

Esta definición, ciertamente, no coincide con el uso habitual del término constitución, pues, especialmente en virtud de los requisitos (iii) y (iv), muchos ejemplos de constituciones modernas quedarían afuera de nuestro concepto. La razón por la cual adoptamos esa definición más restringida es de tipo metodológico pues nuestro objetivo es, precisamente, el de analizar los usos que los jueces le dan a las normas constitucionales en aquellos contextos en los que la constitución tiene esas características, y no otras.

Ahora bien, una constitución, así definida, puede abrazar diferentes tipos de teorías políticas o ideologías. Sin embargo, hay una ideología en particular que podemos encontrar plasmada en la mayoría de las constituciones de los países occidentales, y que resulta de especial importancia para este trabajo. Se trata del constitucionalismo. De acuerdo con Samantha Besson (2005, p. 292), el

constitucionalismo es un “credo” que puede tomar formas extremadamente diferentes pero que, en líneas generales, sostiene que el poder político debe ser ejercido solamente de acuerdo con disposiciones constitucionales y sujeto a restricciones constitucionales. Tales restricciones incluyen: i) la separación de poderes, ii) un sistema efectivo de frenos y contrapesos entre los departamentos de gobierno², y iii) garantías de derechos fundamentales mínimos.³

El contexto en el que el constitucionalismo adquiere su sentido histórico y político en la actualidad es uno de aceptación generalizada del principio democrático de legitimación del poder político. De acuerdo con ese principio, se suele considerar que una comunidad política debe estar conformada por individuos libres e iguales que se autogobiernan. En la medida en que el constitucionalismo propone como principio de legitimidad que el poder político sólo pueda ser ejercido en base a disposiciones constitucionales y limitado por restricciones constitucionales, se ha vuelto ya un lugar común sostener que existe una tensión, quizás irresoluble, entre democracia y constitucionalismo. Sin embargo, en la medida en que, según se argumenta en ocasiones, determinado tipo de decisiones no debe ser dejado en manos de la política democrática o de una simple mayoría de votantes, entonces el constitucionalismo configura el instrumento elegido en muchos países para sustraer a esas decisiones del alcance del pueblo o de sus representantes (Marmor, 2007, p. 90).

Es interesante advertir que una constitución que adopte la ideología del constitucionalismo puede ser adoptada por una comunidad política democrática. De ese modo, esa comunidad puede expresar su compromiso con un conjunto de valores a los cuales pretende proteger en el futuro frente a posibles decisiones de los departamentos de gobierno constituidos por la constitución. Esos valores podrían consistir, entre otras cosas, en los propios principios constitutivos de una comunidad democrática.⁴ De ese modo, el origen democrático de la constitución salvaría las objeciones que, desde el punto de vista de la democracia, pueden hacerse a las restricciones al poder político que propone el constitucionalismo. En una visión así, la genuina democracia tendría lugar durante los momentos constituyentes, mientras

² Cabe aclarar aquí que la muy usada expresión *división de poderes* puede entenderse de dos maneras diferentes (Guastini, 2014, pp. 463-466). Por un lado, puede utilizarse para aludir a la noción de *separación de poderes*, es decir, a la circunstancia de que a cada departamento de gobierno se le asigna un conjunto específico de competencias que serán ejercidas con total independencia de los otros departamentos. Por otro lado, la expresión es usada también para referirse a la existencia de un *sistema de frenos y contrapesos* en el que, si bien se asignan competencias a cada departamento de gobierno, el ejercicio de las mismas no es independiente de los demás pues existen relaciones entre ellos, especial pero no exclusivamente, relaciones de control. El control de constitucionalidad, que constituye el objeto principal de este trabajo, suele constituir uno de los dispositivos institucionales de control entre departamentos de gobierno propios de los sistemas de frenos y contrapesos.

³ Mientras que Besson (2005) distingue entre constitución y constitucionalismo, otros autores, como Raz (1998) y Marmor (2007), colapsan el constitucionalismo en el concepto de constitución. Esto los lleva a considerar que la existencia de un sistema de control de constitucionalidad también es una característica propia del concepto de constitución cuando, en verdad, como habremos de argumentar, dicho sistema es un rasgo del constitucionalismo.

⁴ El compromiso de una comunidad política con ciertos valores que se expresa en una constitución puede ser interpretado como una forma de “precompromiso”, es decir, un compromiso que resulta *lógicamente previo* a las decisiones que el gobierno habrá de adoptar en nombre de la comunidad. Si una comunidad se compromete en su documento constitucional con los valores democráticos, entonces el “precompromiso” puede consistir en una serie de restricciones a la capacidad decisoria del gobierno pero que, paradójicamente, permite mantener la existencia de la forma democrática a lo largo del tiempo (Holmes, 1995, pp. 134-177; sobre los mecanismos institucionales mediante los cuales se suele implementar el precompromiso, véase Elster, 2002, pp. 111-192). Una formulación similar ha sido propuesta por Garzón Valdéz (1989, 143-164) quien sostiene que la constitución identificaría ciertos bienes humanos básicos que quedarían “fuera” de la negociación política en el ámbito legislativo, conformando un “coto vedado” al legislador. Para una idea similar a la del precompromiso y una crítica a algunos de los mecanismos habituales concebidos para su implementación, véase Schmitt (1994, pp. 45-55).

que la política ordinaria, por diferentes razones, no contaría con un grado elevado de legitimidad democrática. De ese modo, las restricciones constitucionales permitirían salvaguardar las decisiones auténticamente democráticas frente a los momentos de política ordinaria, expresados en la legislación (Ackerman, 1991). Sin embargo, en la medida en que tales restricciones se traduzcan en mecanismos institucionales que no sean democráticos, es decir, en procedimientos que no respeten la igualdad entre los miembros de la comunidad política, el problema persistirá. Una razón de ello es que, como sugiere Waldron (1998, pp. 282-285), las propias restricciones constitucionales generan desacuerdos con respecto a su contenido y alcance, razón por la cual, aun cuando su origen fuera democrático, esa circunstancia no es suficiente para considerar como democrática a su especificación y aplicación por parte de instituciones no democráticas.

2.2. El control de constitucionalidad y sus clasificaciones

Más allá de los déficits que, en términos de legitimidad democrática, pueda traer aparejado el constitucionalismo, y el consiguiente juicio negativo de valoración que podemos efectuar por ello, lo cierto es que las constituciones que nos interesa analizar en este trabajo han adoptado alguna forma de constitucionalismo y, por lo tanto, pretenden establecer, entre otras cosas, un sistema de frenos y contrapesos entre los departamentos de gobierno que permita garantizar la efectividad de las restricciones constitucionales. Uno de los mecanismos más utilizados para alcanzar ese fin es el de crear un sistema de *control de constitucionalidad*. Esto es: se le asigna a un órgano o institución la competencia para controlar si las leyes y los otros actos de gobierno respetan las restricciones que la propia constitución establece. Los sistemas de control de constitucionalidad presentan muchas variaciones entre los distintos países que los han adoptado. A continuación, inspirados en gran medida por un trabajo reciente de Ferreres Comella (2009), efectuaremos algunas distinciones para clasificar a los diferentes sistemas de control.

(a) *La distinción entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional. Centralización y descentralización de la jurisdicción constitucional.* En un sistema *monista* de control de constitucionalidad, los funcionarios judiciales encargados de ejercer la *jurisdicción ordinaria*, i.e., la aplicación de normas jurídicas no constitucionales para resolver casos individuales, tienen también la función de ejercer el control de constitucionalidad. En cambio, en un sistema *dualista*, el órgano o institución que tiene la función de ejercer el control de constitucionalidad carece de competencia para ejercer la jurisdicción ordinaria, razón por la cual sólo tiene *jurisdicción constitucional*. Un sistema *dualista puro* es aquél en el que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional no tiene ningún tipo de relación con los órganos que ejercen la jurisdicción ordinaria. Es impuro, en cambio, en la medida en que tales relaciones existan.⁵ A su vez, en un sistema *centralizado*, se asigna a

⁵ Las relaciones pueden ser: a) orgánicas, si el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional integra el mismo departamento de gobierno que los órganos de la jurisdicción ordinaria, b) por el procedimiento de selección, si los miembros del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional son designados por el mismo procedimiento que los tribunales que ejercen la jurisdicción ordinaria, c) revisión de casos, si el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional puede revisar la conformidad a la constitución de las decisiones que se adoptan en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, y d) asignación de funciones propias de la jurisdicción ordinaria, cuando al órgano que ejerce la jurisdicción constitucional se le confieren funciones propias de la jurisdicción ordinaria, tales como la justicia electoral o el procesamiento criminal de ciertos funcionarios gubernamentales. En la medida en que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional caiga en alguna de estas categorías, entonces no podrá ser clasificado como "puro". Al mismo tiempo, un sistema dualista puede perder "pureza" si son los órganos de la jurisdicción ordinaria los que pueden ejercer algún tipo de jurisdicción constitucional, sin que ella sea plena. Ello puede ocurrir en los casos en los que se da el fenómeno conocido como

un único órgano o institución la tarea de ejercer la jurisdicción constitucional. Si el sistema es *descentralizado*, en cambio, dicha función es atribuida a varias instituciones.

(b) *Tiempo y modo de ejercer el control*. Asimismo, los sistemas de control de constitucionalidad pueden variar según el *momento* y el *modo* en que es ejercido. Con respecto a la primera dimensión, el control se puede ejercer en tiempo *anterior* o *posterior* a que una ley sea formalmente promulgada. En lo que hace al alcance, el control puede tener lugar *en concreto*, lo cual quiere decir que se analiza la constitucionalidad de una ley que fue aplicada a un caso particular, al efecto de resolver ese caso particular, o *en abstracto*, supuesto en el cual se analiza el contenido de la ley con independencia de la existencia de un caso particular al cual ella haya sido aplicada.

(c) *Efecto del control de constitucionalidad*. En cuanto respecta a los *efectos* del control, si la norma legal es considerada como contraria a la constitución, entonces puede ocurrir que⁶: (i) la norma quede formalmente derogada (efecto genérico o *erga omnes*), ya sea con efecto prospectivo (*ex nunc*) o retroactivo al momento en que aquella fue formalmente promulgada (*ex tunc*); (ii) el órgano que determinó la inconstitucionalidad tiene prohibido aplicarla para resolver un caso particular⁷; (iii) el órgano que determinó la inconstitucionalidad de la norma tiene prohibido aplicarla a un caso particular y la *reenvía* a la legislatura, la cual está obligada a darle tratamiento para decidir si la ratifica o no; en este último supuesto, la norma quedará formalmente derogada a partir de ese momento; (iv) el órgano que determinó la inconstitucionalidad debe aplicar igualmente la norma inconstitucional, pero también debe poner en conocimiento de esa inconstitucionalidad a la legislatura.⁸

(d) *Objeto del control de constitucionalidad*. Asimismo, como ha señalado Waldron (2006, pp. 1357-1358), el control de constitucionalidad presenta variaciones según que se refiere a: (i) cuestiones estructurales de la constitución, como el federalismo, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, o (ii) a la conformidad de la legislación con ciertos derechos, reconocidos en la constitución. En tal sentido, el control puede ser total o parcial, según que el órgano de la jurisdicción constitucional tenga competencias para aplicar la totalidad de las normas formuladas en la constitución, o sólo algunas de ellas.⁹

“efecto horizontal de los derechos constitucionales”, así como también cuando los jueces están obligados a interpretar las leyes “de conformidad” con la constitución o, por último, cuando son los jueces los que deben “certificar” una cuestión constitucional para remitirla al órgano que ejerce la jurisdicción constitucional.

⁶ Si bien no aludimos expresamente a los supuestos de “interpretación conforme” de una ley a la constitución, dicho fenómeno queda comprendido en los supuestos analizados. En efecto, si una disposición legislativa admite diferentes interpretaciones, entonces si se establece que una de ellas es inconstitucional, será dicha interpretación la que: a) quedará derogada para el futuro, o b) no será aplicada en el caso particular, aplicándose otra interpretación que sí se considere acorde a la constitución.

⁷ Existe un supuesto especial del caso (ii) que, por sus características, lo acerca al caso (i). Se trata de la hipótesis en la que el órgano que determinó la inconstitucionalidad tiene prohibido aplicarla para resolver un caso particular y, en virtud de la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes, dicha prohibición también se extenderá a casos análogos.

⁸ Los supuestos (i), (ii) y (iii) caen dentro de lo que Waldron (2006, pp. 1354-1357) denominó versiones *fuertes* del control de constitucionalidad, mientras que (iv) configuraría la versión *débil* del control. Tushnet (2008) y Garbbaum (2013) han trabajado sobre las distintas variantes de sistemas débiles de control y las han contrastado con los sistemas fuertes.

⁹ Un ejemplo interesante sobre las variaciones en cuanto al objeto del control proviene derecho público francés. La constitución francesa instituye un órgano, el Consejo Constitucional, que tiene la facultad de controlar la “*conformidad con la Constitución*” de leyes que todavía no hayan sido promulgadas (artículo 61). Asimismo, dicho órgano puede, luego de que una ley entró en vigencia, controlar si ella perjudica a “*los derechos y las libertades que garantiza la Constitución*” siempre que, en el marco de un proceso judicial, se alegare tal cosa, y el Consejo de Estado o la Corte de Casación remitieran la

(e) *El acceso a la jurisdicción constitucional*. Finalmente, existen variaciones con respecto a la manera en que se puede acceder e instar al órgano que ejerce el control a que lleve adelante su tarea: (i) actuación “de oficio”: si el órgano puede actuar sin ningún tipo de petición externa; en este supuesto, la actuación puede consistir en una *facultad*, si el órgano puede decidir cuándo ejercerá el control, o un *deber*, si está obligado a ejercerlo siempre; (ii) en base a una petición de otro sujeto. Las peticiones podemos clasificarlas en: (a) el “desafío constitucional”, que se da cuando una institución pública o una minoría legislativa tienen legitimación para plantear la inconstitucionalidad de una ley; (b) la “acción popular”, que consiste en que cualquier persona particular puede plantear la inconstitucionalidad de una ley; (c) la “cuestión constitucional”, que surge a partir de un caso particular que debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria y, para ello, se necesita controlar la constitucionalidad de alguna de las leyes aplicables¹⁰; (d) el “recurso constitucional”, que tiene lugar cuando las partes en un caso particular pueden recurrir la decisión de la jurisdicción ordinaria ante el órgano de la jurisdicción constitucional para que controle la adecuación de aquélla a la constitución.

2.3. Delimitando los alcances de este trabajo

Dado que el interés de nuestro trabajo es explicar de qué manera la constitución puede ser utilizada como condición de identificación y como condición de aplicación del derecho, nuestro análisis se concentrará en los sistemas monistas descentralizados (habitualmente denominados “sistemas difusos”). Ello es así porque, en ese supuesto, un mismo tribunal debe ejercer la jurisdicción ordinaria, y para eso, debe identificar las normas jurídicas como paso previo a aplicarlas, así como también puede ejercer el control de constitucionalidad.

En cambio, no nos encargaremos de los sistemas dualistas, que en general son centralizados (i.e., los que habitualmente se denominan “sistemas concentrados”). Sin embargo, creemos que algunas de las cosas que explicaremos aquí pueden echar luz sobre el funcionamiento de tales sistemas, de modo que cuando ello ocurra, haremos alguna referencia tangencial a los mismos.

En cuanto a los efectos del control, nuestro interés está en aquellas versiones fuertes del mismo, sobre todo en las que la inconstitucionalidad de una norma importa una prohibición de aplicarla para resolver un caso particular.

En lo que hace al momento y alcance del control, nuestra investigación se enfocará exclusivamente en los sistemas de control *posterior* y en *concreto*, vale decir, a aquellos casos en los que una ley ya promulgada es aplicada a un caso particular y el control de constitucionalidad es ejercido para resolver ese caso particular.¹¹ Es importante aclarar que la idea de que el control de constitucionalidad

cuestión al Consejo para su estudio (artículo 61-1). Por lo tanto, parecería que el alcance de la jurisdicción del Consejo es total cuando ejerce el control previo, pero parcial, cuando ejerce el control posterior. Ello es así porque en el primer caso controla la conformidad con la constitución *tout court*, mientras que en el segundo caso sólo controla que no se perjudique a los derechos y libertades garantizados por la constitución.

¹⁰ Las cuestiones constitucionales, a su vez, pueden ser planteadas: (I) por las partes, cuando los tribunales de la jurisdicción ordinaria también ejercen la jurisdicción constitucional; (II) por el tribunal de la jurisdicción ordinaria, cuando el sistema es dualista, supuesto en el cual el tribunal “certifica” la cuestión constitucional y la remite al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

¹¹ Mientras que los sistemas de control *previo* tienden a evaluar la constitucionalidad de las normas de un modo “abstracto”, los sistemas de control *posterior* tienden a hacerlo de modo “concreto” aunque, como ha señalado Guastini (2014, p. 468), “*la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas no puede ser plenamente aprehendida ‘en abstracto’, es decir, antes que sean interpretadas y concretamente aplicadas a casos individuales*”. En tal sentido, Fallon (2000, p. 1324) ha señalado que, en el contexto de los Estados Unidos, la forma más “abstracta” que el control de constitucionalidad puede adoptar en algunas ocasiones siempre surge a partir de un planteo o litigio “concreto”.

debe ejercerse para la resolución de casos particulares *no prejuzga* sobre la posibilidad de que los jueces evalúen la constitucionalidad de las normas de un modo más o menos “abstracto” o “concreto”. Lo que es relevante a efectos de este trabajo es que la decisión que sea resultado del control de constitucionalidad forma parte de una decisión más amplia, consistente en la resolución de un caso particular.

Por último, en lo que hace al acceso al control, nuestro interés se reducirá a los casos de petición a través de “cuestiones constitucionales” y a aquellos supuestos en los que los tribunales pueden ejercer “de oficio” el control de constitucionalidad.

3. Aplicación directa e identificación de otras normas jurídicas

3.1. Un modelo sencillo de aplicación de normas

En un sentido muy simple, diremos que la *actividad* de aplicar una norma consiste en incluirla como una premisa en un razonamiento práctico prescriptivo. El *resultado* de esa actividad será la emisión de un acto de habla cuya dimensión *ilocutiva* consistirá en prescribir una *acción*.¹² Para aplicar una norma, se requiere determinar que, en un caso individual, se dan las condiciones de aplicación que configuran el supuesto de hecho de la norma. En otros términos, que en el caso individual se instancian las propiedades que componen el caso genérico regulado por la norma. Una norma, entonces, correlaciona un caso genérico con una solución, es decir, con una acción deónticamente calificada (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 37). La acción y el sentido de la prescripción que conforman la dimensión ilocutiva del acto de habla deben coincidir con la acción y su calificación deóntica dadas por la norma como condición para decir que la norma fue aplicada.¹³

Una *consecuencia* posible de la aplicación de una norma, que coincide con la dimensión *perlocutiva* del acto de habla, será la realización de la acción prescripta.¹⁴ En caso de que ello ocurra, diremos que si el acto de habla fue lo que motivó la actuación del agente, entonces éste *cumplió* con la norma. Si, en cambio, el agente realizó la acción por un motivo diferente, entonces meramente actuó *en conformidad* con la norma (Raz, 1980, p. 203). En ambos casos, la acción será considerada como *correcta de acuerdo con la norma*. Si la acción prescripta es omitida, entonces

¹² Las normas también pueden ser aplicadas a través de razonamientos prácticos *justificatorios*. Mientras que la prescripción tiene un sentido prospectivo, pues nos indica qué deberemos hacer, una justificación tiene un carácter retrospectivo, pues alude a lo que deberíamos haber hecho. En el derecho, es usual encontrar discursos justificatorios pues los debates que tienen lugar en un juicio se refieren a hechos ya pasados y, en consecuencia, a si las acciones respectivas están justificadas o no. Sin embargo, tales discursos justificatorios tienen una dimensión prospectiva también, pues su objetivo es el de prescribir qué se deberá hacer con el agente que actuó en el pasado: ¿se debe condenarlo? ¿se debe absolverlo?. Por ello, nos concentraremos en los discursos prescriptivos.

¹³ Ciertamente, siguiendo a Alchourrón y Bulygin (1975, pp. 205-208), es posible distinguir entre dos clases de sentencias judiciales. Por un lado, hay *sentencias declarativas*, que se caracterizan por responder a planteos clasificatorios y que tienen la forma “*i pertenece a q*” o “*i no pertenece a q*”. Por otro lado, hay *sentencias normativas*, las cuales se caracterizan por responder a una pregunta sobre el *status* normativo de la conducta de una persona, generalmente el demandado en un proceso. En este trabajo nos interesan especialmente las sentencias normativas. La diferencia entre una sentencia normativa y otra declarativa, en los términos en los que las planteamos, es que una sentencia del segundo tipo culminaría con un acto de habla asertórico, en lugar de con uno prescriptivo.

¹⁴ El lector habrá advertido que no pretendemos aquí desarrollar una teoría sobre los actos de habla. Utilizaremos algunas nociones provenientes de dicha teoría, de manera intuitiva, para ilustrar nuestros argumentos, pero sin ninguna pretensión ulterior. Nuestra fuente sobre la teoría de los actos de habla es Austin (1962).

dicha omisión será *incorrecta de acuerdo con la norma*.¹⁵ Cuando la norma en cuestión sea una norma jurídica, entonces se hablará de licitud o ilicitud, juricidad o antijuricidad, y así sucesivamente (Raz, 1980, p. 122).

3.2. El primer uso de la constitución: aplicación directa de las normas constitucionales¹⁶

En el apartado anterior, explicamos en qué consiste la actividad de aplicar normas jurídicas. Pues bien, una manera bastante básica de usar a la constitución en la aplicación judicial es, precisamente, incluir en el razonamiento práctico prescriptivo a una de las normas formuladas en el documento constitucional. Esta manera de usar a las normas constitucionales tiene, por cierto, profundas consecuencias prácticas y es de suma importancia. Sin embargo, no le dedicaremos más espacio que estas pocas líneas. Ello se debe a que este uso de primer orden de las normas constitucionales, es decir, su inclusión directa en el razonamiento práctico que concluye con la prescripción de una acción, no es suficiente para entender el rol especial que tiene una constitución dentro de un orden jurídico. Dicho papel peculiar de las normas constitucionales se relaciona con el hecho de que ellas cumplen una *función de segundo orden*, es decir, que se trata de normas que regulan a otras normas. En otros términos, el uso más interesante de la constitución no es el de su inclusión directa en un razonamiento práctico prescriptivo, sino el de establecer las condiciones bajo las cuales una norma puede ser satisfactoriamente incluida en un razonamiento tal. En este trabajo distinguiremos dos usos de segundo orden de la constitución, y a ellos les dedicaremos nuestra atención en las páginas que siguen.

3.3. El segundo uso de la constitución: la identificación de otras normas jurídicas

Como explicamos antes, la actividad de aplicación de normas en general consiste en incluirlas en un razonamiento práctico prescriptivo. Por lo tanto, la más

¹⁵ Los actos de habla prescriptivos tienen una dimensión de ajuste mundo-lenguaje, es decir, que es el mundo el que debe ajustarse a lo prescripto en el acto de habla. La prescripción es el criterio para determinar si las acciones que tienen lugar en el mundo son correctas o incorrectas, según que se ajusten, o no, a ella. La distinción entre la dirección de ajuste mundo-lenguaje, propia de las prescripciones, y la dirección de ajuste lenguaje-mundo, características de las aserciones, fue introducida por Anscombe (1963, pp. 56-57; cfr. Searle, 1979, pp. 3-4).

¹⁶ El lector advertirá que, en la explicación que proporcionaremos en los dos apartados siguientes, la identificación de normas se tiene como una tarea relativamente sencilla, en la cual no se plantea ningún problema interpretativo. Sin embargo, está claro que si, como asumimos nosotros, una constitución es un documento escrito, entonces ella solamente incluirá *formulaciones de normas* que deberán ser interpretadas. La razón por la cual simplificamos el modelo, excluyendo a los problemas interpretativos, no responde a un pecado de ingenuidad sino a una razón pragmática: nuestro interés es ilustrar de qué manera *las normas constitucionales* son aplicadas directamente o sirven para identificar a otras normas jurídicas. Que la constitución tenga que ser interpretada para determinar cuáles son las normas constitucionales es un problema conceptualmente independiente de establecer cómo es que esas normas se aplicarán o cómo nos permitirán identificar a otras normas jurídicas. Al mismo tiempo, el resultado del procedimiento legislativo, regulado por las normas constitucionales, tampoco es una norma, sino una ley, es decir, un texto, compuesto también por formulaciones normativas, objeto de interpretación. Sin embargo, nosotros mantendremos el modelo simplificado y diremos que el procedimiento legislativo produce normas. Aquí sí puede plantearse una distorsión conceptual seria. Sin embargo, en la medida en que las normas jurídicas sean formulaciones normativas interpretadas, si las normas constitucionales permiten identificar a esas formulaciones normativas, entonces ellas habrán colaborado, aunque sea parcialmente, con la identificación de las normas. Más adelante en el trabajo, sin embargo, deberemos refinar nuestro modelo y analizaremos algunos de los problemas que suscita la interpretación constitucional.

específica actividad de aplicar normas *jurídicas* presupone, necesariamente, que existe una forma de identificar a ese tipo especial de normas. Ahora bien, se han seguido dos estrategias para identificar a una norma como jurídica. La primera de ellas procura determinar qué es lo que la hace “jurídica” (por ejemplo, que ella prescriba un acto coactivo). Y luego, a partir de esa clasificación, propone elaborar una noción de sistema jurídico como un conjunto de normas jurídicas, entendidas de ese modo. No es este el lugar para dar cuenta de las dificultades que esa estrategia trae aparejada, las cuales ya han sido individualizadas por Alchourrón y Bulygin (1975, pp. 103-107). Sólo diremos que la segunda estrategia permite resolver la cuestión sin generar los mismos inconvenientes y, por esa razón, la adoptaremos. Esta segunda estrategia invierte el camino seguido por la primera: una norma se considera jurídica cuando ella pertenece a un *sistema jurídico*. Un sistema jurídico, a su vez, es un sistema normativo que incluye al menos una solución cuyo contenido es un acto coactivo (Alchourrón & Bulygin, 1975, p. 106). Por lo tanto, *para identificar a una norma como jurídica es necesario determinar si ella pertenece a un sistema jurídico*.

En líneas generales, existen dos grandes formas para determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico, cada una de ellas relacionada con dos formas distintas de producción normas. Según la primera de ellas, a la que denominaremos concepción *dinámica* de la pertenencia, el criterio para determinar la pertenencia de una norma está dado por la forma en que, según otras normas del sistema, se ejercen los poderes normativos relacionados con la promulgación y derogación de normas. Esto implica que, en un momento determinado, ya contamos con un sistema normativo el cual, entre otras cosas, incluye normas que regulan el ejercicio de tales poderes normativos. En ese supuesto, el concepto de sistema jurídico tiene un carácter *momentáneo* (Raz, 1980, p. 34). Sin embargo, al ponerse en ejercicio los poderes normativos de promulgación y derogación, el contenido de tal sistema se modifica. Si el concepto de sistema jurídico alude, entre otras cosas, a un conjunto de normas en un momento determinado, entonces cuando se modifica su contenido en otro momento, se pasa de un sistema jurídico a otro. El conjunto de sistemas jurídicos sucesivos que se forma a partir del ejercicio de los poderes de promulgación y derogación de normas regulados por normas del propio sistema se denomina *orden jurídico* (Alchourrón y Bulygin, 1976). Lo relevante de esta concepción es que si una persona desea aplicar una norma por entender que es una norma jurídica, deberá entonces demostrar que ella pertenece a un sistema jurídico en virtud de haber sido promulgada de acuerdo con la forma en que las normas de otro sistema, de un momento anterior, del mismo orden jurídico regulan el ejercicio del poder normativo de promulgación.

La otra concepción sobre la pertenencia de las normas, basada en otra manera de producir normas, a la que denominaremos concepción *estática* de la pertenencia, sostiene que es posible *derivar*, a partir del contenido de las normas que conforman un sistema jurídico, otras normas nuevas. Para ello, además del contenido de las normas, sería necesario contar con un conjunto de reglas de inferencia que determinen cómo llevar adelante la derivación. Existen dos grandes familias de derivación normativa estática: aquellas cuyas reglas de inferencia responden a criterios formalmente deductivos y aquellas que siguen otro tipo de criterios. En ocasiones, esa distinción es trazada para argumentar que las normas que surgen a partir del primer tipo de derivaciones sí pueden considerarse correctamente como parte del sistema, mientras que ello no ocurriría con las segundas. Sin embargo, ambas estrategias de derivación plantean problemas para una concepción positivista del derecho pues, en ningún caso, la existencia de la norma depende de un *hecho social*, sino que, en cambio, su existencia se sigue de las reglas de inferencia. Por lo tanto, si uno adhiere a la tesis de las fuentes sociales, no puede luego aceptar que por el hecho de que sea posible derivar una norma a partir del contenido de las normas de un sistema jurídico y de la aplicación

de ciertas reglas de inferencia, que aquélla pertenezca al sistema jurídico (Raz, 1995, pp. 227-230; Marmor, 2001, pp. 69-70). No obstante, en la medida en que los jueces, abogados y juristas utilicen de manera efectiva alguna o algunas de esas normas que es posible derivar de manera estática, entonces contaremos con un hecho social que puede ser computado por una teoría positivista. Esta solución, sin embargo, introduce el problema de que el criterio de pertenencia ya no sería exclusivamente el de la creación de normas de acuerdo con las prescripciones de otras normas, sino que, además, debería computarse la efectividad de las normas como criterio de pertenencia. Y una vez que incluimos un segundo criterio, deberíamos estar preparados para explicar cómo es que ambos pueden convivir o por qué no deberíamos dar primacía al segundo en lugar de al primero.

Como vemos, la concepción estática plantea serios problemas teóricos.¹⁷ Pero no nos ocuparemos mayormente de ellos aquí pues, a los efectos de nuestro trabajo, nos resulta suficiente con la concepción dinámica de la pertenencia de normas a un sistema jurídico.¹⁸ Para explicar de qué manera una constitución constituye una condición para la identificación de normas jurídicas debemos tener en cuenta que, en la concepción dinámica, para poder identificar a una norma como jurídica, i.e., como perteneciente a un sistema jurídico que forma parte de un orden jurídico, debemos comprobar si ella fue promulgada a través de un ejercicio de poderes normativo que satisfaga la regulación impuesta por otras normas que forman parte de un sistema jurídico (anterior en el tiempo) del mismo orden jurídico. Obviamente, con este criterio, corremos el riesgo de incurrir en una regresión al infinito pues, para determinar la pertenencia al sistema jurídico de esas normas que regulan el ejercicio de poderes normativos, deberemos establecer si, a su vez, ellas fueron promulgadas a través de un acto de ejercicio de poderes normativos, regulado por otras normas de un sistema jurídico (anterior en el tiempo) perteneciente al mismo orden jurídico.

¹⁷ Dentro de la propia teoría de los sistemas normativos, se ha sugerido que, en parte, esos problemas provendrían del hecho de que los sistemas jurídicos se consideran clausurados bajo la noción de consecuencia lógica. Esto significa que un sistema jurídico está conformado por los enunciados de la base del sistema junto con todas sus consecuencias lógicas. Algunos autores consideran que la clausura mediante la noción de consecuencia lógica no es un elemento necesario de los sistemas jurídicos. De ese modo, las consecuencias de la base del sistema, i.e., las normas derivadas a través de razonamientos deductivos, no pertenecerían al sistema. Sin embargo, ellas serían aplicables por los jueces, en virtud de un argumento fundado en la racionalidad: si se acepta una norma N_1 y otra norma N_2 , entonces también debe aceptarse a las normas implicadas por ellas, so color de incurrir en irracionalidad. De ese modo, los jueces deberían identificar un conjunto de normas aplicables para poder dictar una sentencia y la tarea de la dogmática jurídica sería la de sistematizar ese conjunto de normas. La ventaja de esta manera de encarar la cuestión radicaría en que la pertenencia al sistema de una norma seguiría conectada a hechos sociales que los generen, en particular, los actos de promulgación de una autoridad normativa, al mismo tiempo que se explicaría la relevancia que tienen las normas derivadas en la práctica jurídica. Para una formulación reciente de esas ideas, véase Navarro y Rodríguez, (2014, pp. 218-240). Sin embargo, no estoy del todo seguro que esta manera de argumentar sea satisfactoria para autores como Raz o Marmor. A modo de conjetura, uno podría pensar que si el objetivo de cierta versión de positivismo excluyente es el de impedir que los jueces incorporen en su razonamiento práctico a otras razones que no sean las que pueden identificarse a través de fuentes sociales, entonces argumentos como el que proponen Navarro y Rodríguez persisten en admitir esa posibilidad. En tal sentido, Raz y Marmor podrían sugerir una tesis de las fuentes sociales de las normas aplicables, y atacar la posición de Navarro y Rodríguez de este modo: en la medida en que la mera asunción de racionalidad de los agentes *no es un hecho social*, sino un recurso heurístico, entonces por el hecho de asumir que los jueces son racionales, no podemos asumir también que las consecuencias lógicas de la base de un sistema son, por ello únicamente, aplicables por los jueces. Necesitaríamos que exista un hecho social, por ejemplo, una norma que las vuelva externamente aplicables, i.e., un criterio de aplicabilidad, para poder considerarlas de ese modo.

¹⁸ La razón de ello es que, como vimos, las normas derivadas en la concepción estática presuponen que hay otras normas que integran el sistema jurídico. Si podemos explicar, en virtud de la concepción dinámica, cómo es que estas últimas integran el sistema, entonces habremos establecido de qué manera la constitución también permite identificar, aunque indirectamente, a las normas derivadas según la concepción estática.

La solución teórica a este problema es estipular que un determinado conjunto de normas constituye lo que se denomina *normas originarias* del sistema jurídico el cual será, entonces, el primer sistema del orden jurídico (Caracciolo, 1988). Ese conjunto de normas originarias estará conformado, entre otras cosas, por normas que regulan el ejercicio de los poderes normativos de promulgación y derogación. En la medida en que dichos poderes sean ejercidos, se irá desarrollando la secuencia de sistemas del orden jurídico.

3.4. La constitución y la identificación de normas jurídicas

Como se recordará, cuando caracterizamos más arriba el concepto de constitución dijimos que una constitución define a los departamentos de gobierno, y establece procedimientos e impone materias habilitadas y prohibidas para que ellos dicten normas. Por lo tanto, así entendida, una constitución formula en su texto a normas que regulan el ejercicio de los poderes normativos de promulgación y derogación.

Ahora bien, aunque no se trata de una necesidad conceptual, las constituciones suelen ser, además, las normas históricamente originarias de un orden jurídico. En general, las constituciones son dictadas en momentos excepcionales, como los que tienen lugar luego de una guerra de liberación en contra de una potencia extranjera, o a continuación del derrocamiento de un monarca absoluto o de una transición desde un gobierno autoritario a uno democrático, o como punto final de una guerra civil. Los momentos constitucionales suelen marcar una *ruptura*, aunque sea parcial, con el pasado. La ruptura no tiene por qué ser violenta. Sin embargo, lo relevante es que dictar una constitución suele simbolizar el momento en que surge un nuevo orden político y jurídico o en el que el orden vigente se ve drásticamente modificado.

Por lo tanto, en la medida en que se den tales condiciones, no hay dificultad en considerar que las normas constitucionales conforman el conjunto de las normas originarias de un sistema jurídico, a partir del cual, a medida que los poderes normativos de promulgación y derogación sean puestos en ejercicio, se conformará la sucesión de sistemas jurídicos del orden jurídico. Aquí tenemos que hacer frente a dos posibles objeciones antes de pasar al punto siguiente.

La primera objeción es que una concepción dinámica de la pertenencia de normas es puramente formal, mientras que una constitución, de acuerdo con nuestra definición, impone límites materiales al ejercicio de los poderes normativos de los departamentos de gobierno. Antes de responder a esta objeción, quizás sea conveniente explicar qué entendemos por un límite material y cómo se diferencia de los aspectos más propiamente formales de la concepción dinámica. En un sentido estructural, las normas que regulan el ejercicio de poderes normativos están compuestas, por un lado, de una *definición* de quién ejercerá el poder de que se trate. Tal definición puede consistir, por ejemplo, en establecer un órgano, determinar cómo y por quiénes estará integrado, la duración del mandato de las personas que lo integrarán, cómo serán remunerados, etcétera. Por otro lado, dichas normas también incluyen una enumeración de las *condiciones de procedimiento* que deberá satisfacer el órgano definido anteriormente para que se pueda decir que ejerció un poder normativo. Esas condiciones pueden consistir en reunir ciertas mayorías, cumplir con algún formalismo textual¹⁹, que un funcionario firme un documento o que determinado texto sea publicado en un boletín del gobierno. Como vemos, la definición de quién ejercerá el poder normativo y de las

¹⁹ Por ejemplo, en la Argentina, el artículo 84 de la constitución establece que cuando el Congreso sanciona una ley, la misma deberá incluir la siguiente fórmula: “El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ...decretan o sancionan con fuerza de ley”.

condiciones procedimentales para hacerlo se refieren a cómo ejecutar un acto que configure un ejercicio de ese poder normativo.

Los límites materiales regulan el *contenido* del acto de ejercicio de un poder normativo y, en líneas generales, lo hacen calificando deónticamente la acción de incluir o excluir cierto contenido de un acto de promulgación o derogación. Un ejemplo podría ser el de una disposición, como el artículo 18 de la constitución argentina, que establece que: “*Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes*”. Si la norma formulada en esa disposición es interpretada como un límite material, entonces estará prohibido para el legislador promulgar una norma que prevea la pena capital para el delito de traición a la patria.

La objeción sobre los límites materiales puede responderse de la siguiente manera. Por un lado, que la concepción dinámica no es incompatible con la inclusión de límites materiales en la promulgación o derogación de normas. La existencia de límites materiales es contingente pero, cuando se da, no es de ningún modo inconsistente con la concepción dinámica. Por otro lado, en la medida en que no establezcamos de antemano, como una cuestión conceptual, cuál es el contenido que tales límites materiales deben tener, entonces el propio concepto de un “límite material” puede ser interpretado de modo formal, es decir, como un límite definitorio de la competencia del órgano. Una constitución puede establecer límites materiales con los más diversos contenidos y de acuerdo a las más distintas ideologías. Lo que no cambia es la forma en la que los límites materiales operan: si el contenido de un acto de ejercicio de un poder normativo no cumple con lo previsto por él, entonces el resultado de dicho acto no puede ser identificado como una norma de un sistema que pertenezca al mismo orden jurídico del cual forma parte el sistema al que pertenecen las normas que regulan el ejercicio del poder normativo.

La segunda objeción tiene que ver con el hecho de que habíamos considerado que, en general, las normas constitucionales son las normas originarias del sistema jurídico. Sin embargo, en nuestra definición de constitución, admitimos la posibilidad de que exista un procedimiento de reforma de la constitución, aun cuando el mismo deba ser distinto y más complejo que el previsto para la promulgación de leyes ordinarias. Cuando ese procedimiento tiene lugar, el resultado es que tendremos normas constitucionales derivadas, no originarias. Pues bien, en realidad, esta objeción no da en el blanco. Nuestra intención es la de explicar cómo una constitución puede servir como una condición para la identificación de normas jurídicas. En la medida en que las normas constitucionales originarias nos permitan identificar a las otras normas, incluso las que sean el resultado de una reforma constitucional, entonces la constitución seguirá cumpliendo su papel. De hecho, sólo podremos identificar a las normas constitucionales reformadas como jurídicas utilizando a las normas constitucionales previas a la reforma. Las modificaciones constitucionales, entonces, no afectan nuestro argumento.

Ahora que ya explicamos de qué manera una constitución puede servir para identificar a las normas como pertenecientes a un sistema jurídico, podremos pasar a analizar de qué manera la constitución puede operar como una condición de aplicabilidad de las normas jurídicas.

4. El tercer uso de la constitución: condición de aplicabilidad de las normas jurídicas

4.1. Aplicabilidad interna y externa de las normas jurídicas

La distinción entre un orden jurídico y los distintos sistemas jurídicos que lo conforman, que mencionamos en el apartado anterior, permite elaborar un modelo teórico sofisticado para pensar la relación entre normas y tiempo. En tal sentido,



cada norma que forma parte de un sistema puede, en principio, ser aplicada mientras dicho sistema se mantenga y mientras ella siga perteneciendo al sistema o a los que lo sucedan. La norma, entonces, tiene un “tiempo interno” al sistema al que pertenece, es decir, que su ámbito de aplicación temporal coincide, en principio, con su pertenencia a un sistema jurídico, así como a los sucesivos sistemas del orden jurídico, en tanto ella no sea derogada. Imaginemos, ahora, que dicha norma, en un momento posterior, es derogada. De ese modo, ella no formará parte, a partir de ese momento, de los sucesivos sistemas jurídicos que conforman el orden jurídico al que pertenecía su sistema jurídico. Sin embargo, podría ocurrir que, en virtud de alguna norma del sistema actual de dicho orden jurídico, los jueces tengan la obligación de aplicar esa norma derogada para resolver un caso actual. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con el principio de la ley penal más benigna. Si una persona comete un delito en el momento en que estaba vigente la norma en cuestión, y el juez debe resolver el caso en un momento en que dicha norma fue derogada, y se promulgó otra en su lugar que establece penas más duras para el delito, en virtud del principio de la ley penal más benigna, el juez debe aplicar la norma vigente al momento de la comisión del delito. Por lo tanto, las normas tienen también un “tiempo externo” al sistema al que pertenecen, que las vincula con el orden jurídico y que puede volverlas judicialmente aplicables en momentos en los que el sistema jurídico no las incluye (Bulygin, 1982).

Estas ideas inspiraron a otros autores, como Navarro y Moreso (1997), a trabajar de manera cuidadosa en la existencia de normas que regulan la aplicabilidad judicial de las normas jurídicas. En el ejemplo del principio de la ley penal más benigna, la norma que lo establece le impone al juez la obligación de aplicar la norma que imponga la pena menos severa en relación al delito que se investiga. Si ocurriera que la norma que pertenece al sistema al momento en que el juez debe resolver el caso no cumpliera con dicha condición, entonces el juez tiene *prohibido aplicarla* y está *obligado a aplicar otra norma que sí cumpla con dicha condición*. En la literatura especializada, se suele denominar criterios de aplicabilidad y de inaplicabilidad a estas normas que regulan la aplicabilidad judicial de las normas jurídicas. Este concepto permite distinguir entre dos tipos de aplicabilidad de las normas jurídicas. Por un lado, una norma es *internamente aplicable* a un caso individual si éste configura una instancia de las propiedades que constituyen el caso genérico que la norma correlaciona con una solución. Por otra parte, una norma es *externamente aplicable* a un caso si, además de ser ella internamente aplicable, existe otra norma, que pertenece al sistema jurídico, y que le impone al juez la obligación de aplicarla para resolver ese caso. Finalmente, una norma es *externamente inaplicable* a un caso si, siendo ella internamente aplicable, existe una norma que pertenece al sistema jurídico, y que le impone al juez la prohibición de aplicarla para resolver ese caso.

La importancia de los conceptos de aplicabilidad e inaplicabilidad externas de las normas jurídicas es que identificar a una norma como perteneciente a un sistema jurídico no es condición necesaria ni suficiente como para que el juez la incluya como una premisa en su razonamiento práctico. Dado que, habitualmente, los sistemas jurídicos incluyen una norma que les impone a los jueces el deber de aplicar las normas de ese sistema, solemos dar por sentado que las normas jurídicas son aplicables judicialmente por el mero hecho de ser jurídicas. Lo relevante es, sin embargo, que todas las normas del sistema jurídico, excepto una, son externamente aplicables si existe una norma que obligue a los jueces a resolver casos aplicando las normas de ese sistema. Como el lector sospechará, la única norma que no es externamente aplicable, aunque tampoco externamente inaplicable, es la propia norma que impone ese deber. Los restantes criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad, que son, a su vez, externamente aplicables en función del deber judicial de aplicar las normas del sistema jurídico, configuran o bien excepciones al criterio general, cuando, por ejemplo, ordenan inaplicar las normas

del sistema jurídico del momento en que el juez debe resolver el caso e imponen aplicar normas de otros países (como ocurre con el derecho internacional privado) o normas de otros momentos del orden jurídico (p. ej., en el caso del principio de la ley penal más benigna); o bien configuran especificaciones que permiten resolver antinomias en el sistema, como ocurre con los criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

Otro aspecto relevante de los conceptos de aplicabilidad e inaplicabilidad externa es que ellos tienen como objeto a normas jurídicas. Es decir: la aplicabilidad o inaplicabilidad externa es una propiedad de normas jurídicas, vale decir, de normas que pertenecen a un sistema jurídico que, a su vez, pertenece al mismo orden jurídico al que pertenece el sistema al que pertenecen los criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad.²⁰ Por lo tanto, antes de poder decir que una norma es externamente aplicable o inaplicable, debemos determinar si ella es una norma jurídica. La propiedad de una norma de ser externamente aplicable depende de que tenga la propiedad de ser una norma jurídica.

4.2. El concepto de jerarquía formal entre normas jurídicas

Este último aspecto es especialmente importante a los efectos de este trabajo. En efecto, uno de nuestros objetivos es explicar que la constitución puede ser utilizada de dos maneras diferentes en las instancias de aplicación del derecho. Por un lado, como ya vimos, la constitución permite identificar a las normas jurídicas. Sin esa etapa de identificación, no sería posible comenzar con la actividad de aplicar normas jurídicas. Pero además, como explicaremos a continuación, la constitución puede ser entendida, como un conjunto de condiciones de aplicabilidad de las normas jurídicas identificadas previamente. Todo esto presupone que algunas de las normas de la constitución operan como condiciones de identificación, mientras que otras actúan como condiciones de aplicabilidad.²¹

El concepto utilizado frecuentemente para explicar la preferencia de las normas constitucionales por sobre las leyes ordinarias en las instancias de aplicación del derecho es el de “supremacía constitucional”. Sin embargo, la noción de supremacía admite muchas interpretaciones distintas y, probablemente, genere más confusión que claridad. Por ello, parece sensato recurrir a otro concepto. Al preferirse a una norma sobre otra en la instancia de aplicación, se está estableciendo una jerarquía entre normas. Existen distintos tipos de jerarquía normativa (Guastini, 1999; Pino, 2008, pp. 12-17). Aquí nos interesaremos por un tipo especial, que es el de la jerarquía material. Una norma jurídica N_1 es jerárquicamente superior a otra norma jurídica N_2 si y sólo si se dan cuatro condiciones: (i) que cada una de las normas pertenezca a un subconjunto distinto de normas del mismo sistema, C_1 y C_2 , los cuales se diferencian porque el o los criterios por los cuales sus normas respectivas pertenecen al sistema jurídico son distintos entre sí²², (ii) que ambas normas sean internamente aplicables a un caso

²⁰ Ciertamente, un criterio de aplicabilidad puede hacer que una norma que no pertenece a ningún sistema jurídico del orden jurídico sea externamente aplicable a un caso. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho internacional privado, cuando impone la aplicación de normas de un país extranjero.

²¹ Dorf y Adler (2003) han elaborado la distinción entre lo que ellos llaman condiciones constitucionales de existencia y de aplicabilidad en la constitución de los Estados Unidos.

²² Pero, no es necesario que dentro de un subconjunto se utilice un único criterio. Lo relevante es que los criterios varíen *entre* subconjuntos. Así, por ejemplo, podemos distinguir al subconjunto de las normas promulgadas de acuerdo con el procedimiento legislativo y el subconjunto de las normas promulgadas de acuerdo con el procedimiento de dictado de actos administrativos. En esos casos, cada subconjunto responde, en principio, a un único criterio. El subconjunto de las normas constitucionales, a su vez, estará conformado por las normas originarias y por aquellas promulgadas

individual, (iii) que exista una inconsistencia en la solución prevista por cada norma, y (iv) que un criterio de inaplicabilidad perteneciente al sistema jurídico establezca que, si se dan las tres condiciones anteriores, entonces el juez tiene prohibido aplicar la norma perteneciente a C_2 para resolver ese caso individual. Es interesante advertir que la pertenencia a los subconjuntos no tiene por qué restringirse a las normas que pertenecen al sistema del momento en que el juez debe resolver el caso. Es perfectamente posible ampliar su membresía a normas pertenecientes a otros sistemas del mismo orden jurídico, siempre que se mantenga el criterio de pertenencia en cada caso. Cuando se dice que las normas constitucionales tienen “supremacía” lo que se quiere decir, en el sentido relevante aquí, es que ellas tienen mayor jerarquía material que todas las normas que pertenecen a los demás subconjuntos de normas.

La jerarquía material es relevante, entonces, en supuestos de inconsistencia entre dos normas jurídicas. Esto presupone que, previamente, ambas fueron identificadas como normas jurídicas. Por ello, *antes de aplicar una norma jurídica*, un juez debe *identificar* a las normas que resultan aplicables en principio al caso. Si ocurriera que, entre las normas identificadas, hubiera una norma constitucional y otra de jerarquía material inferior, y ambas fueran inconsistentes, entonces el juez tiene prohibido aplicar la segunda. Esto es que, luego de la identificación, se da una etapa de *evaluación de la aplicabilidad externa* de las normas identificadas. Luego de haber llevado adelante esas dos etapas, el juez estará en condiciones de efectuar la aplicación en sentido estricto, pues ya habrá identificado a la norma jurídica que incluirá como premisa en su razonamiento.

De ese modo, hemos podido explicar de qué forma la constitución es una condición de aplicabilidad de las normas jurídicas. Para que una norma jurídica sea aplicada por un juez para resolver un caso individual ella debe cumplir con la condición de no ser inconsistente con las normas constitucionales. En este punto, se vuelve importante explicar de qué manera puede darse tal inconsistencia. Para ello, tendremos que, previamente, refinar las herramientas teóricas con las que veníamos trabajando.

4.3. La interpretación

Como habíamos advertido, el modelo utilizado hasta el momento es uno bastante sencillo, en el cual no tenían lugar los problemas interpretativos. Sin embargo, ahora es necesario dar cuenta brevemente de ellos para poder completar nuestra comprensión sobre la aplicación judicial de normas jurídicas. Según nuestra definición, la constitución es un documento escrito en el cual se *formulan* normas. El texto de la constitución está conformado, entonces, por *formulaciones normativas*. Una norma constitucional será el significado que, a través de una actividad denominada *interpretación*, se le adscribe a una formulación normativa que aparece en la constitución. Asimismo, habíamos dicho que el lenguaje del documento constitucional suele contener expresiones genéricas y abstractas. De ese modo, existen muchos significados jurídicos posibles para cada formulación constitucional. Para aplicar una norma jurídica es condición que ella no sea inconsistente con ninguna norma constitucional. Sin embargo, una misma formulación normativa contenida en la constitución puede admitir diversas interpretaciones, es decir, que distintos significados le pueden ser atribuidos. Por lo tanto, la actividad de aplicar normas jurídicas presupone que se ha efectuado un trabajo de interpretación

de acuerdo con el procedimiento de reforma constitucional. Aquí, como vemos, el subconjunto responde a dos criterios. Pero, dado que esos dos criterios son diferentes de los utilizados en relación a los otros dos subconjuntos, no es posible que una misma norma pertenezca simultáneamente a más de un subconjunto.

constitucional.²³ Establecer el contenido de las normas constitucionales que operan como condiciones de aplicación de las restantes normas jurídicas es necesariamente el resultado de una interpretación.²⁴ De hecho, la propia decisión de distinguir a las disposiciones de la constitución según que ellas formulen condiciones de identificación o condiciones de aplicación parece constituir una elección interpretativa (Dorf y Adler, 2003, pp. 1130-1135).

4.4. Especificación, ponderación e implementación

Dadas las características del texto constitucional, es habitual que a sus disposiciones se les adscriban significados que son, ellos mismos, abstractos, abiertos, vagos e indeterminados, y a los cuales denominaremos “principios”. La consecuencia de ello es que, a la hora de resolver casos concretos, los jueces deben recurrir a una etapa adicional en la interpretación, en la cual *especificarán* el principio a los efectos de construir una regla que tenga la estructura de una correlación entre un caso genérico y una solución.²⁵ En algunas circunstancias, puede ocurrir que las reglas que resultan de la especificación entre dos principios indiquen soluciones incompatibles entre sí. En tal caso, es habitual que los tribunales utilicen algún mecanismo de *ponderación* entre principios para determinar a cuál de las reglas especificadas a partir de ellos debe darse preferencia (Alexy, 2002). En ambos casos, el resultado de la especificación y la ponderación es que obtenemos una norma que puede ser aplicada a un caso individual.²⁶ Si la solución que ella ordena es inconsistente con la que viene ordenada por otra norma no constitucional, cuya identificación también depende de la interpretación de una determinada formulación normativa, entonces, en virtud de la mayor jerarquía formal de la norma constitucional, el juez tendrá prohibido aplicar la otra norma para resolver el caso individual.²⁷

En este punto, conviene efectuar una distinción ulterior pues la especificación

²³ Una cuestión muy debatida es si el propio texto de la constitución impone algún tipo de límite a las posibles interpretaciones. En general, las posiciones varían desde un escepticismo muy fuerte al reconocimiento de que, en el mejor de los casos, el texto de la constitución canaliza la elección en materia interpretativa, pero no la elimina (Tribe & Dorf, 1991, p. 33).

²⁴ *Mutatis mutandis*, lo propio ocurre con las normas constitucionales que operan como condición para la identificación de las normas jurídicas. Asimismo, dado que el legislador, en general, elabora textos, entonces la identificación de normas jurídicas no constitucionales requerirá: (i) la identificación de cierto texto como una ley, para lo cual se apelará a las normas constitucionales, (ii) una interpretación de ese texto, es decir, una atribución de significado a sus formulaciones normativas.

²⁵ Richardson (1990, pp. 295-297) describe las condiciones que deben satisfacerse para llevar adelante la especificación.

²⁶ Lo que cambia es la forma en que dicha norma es identificada. En un caso, el de la especificación, la constitución es leída directamente como estableciendo una regla que permite una aplicación más bien subsuntiva, mientras que, en el segundo caso, la constitución es entendida como un conjunto de principios que deben ser ponderados antes de identificar una regla. Sullivan (1992b) efectuó una descripción de las diferencias interpretativas dentro de la Suprema Corte de los Estados Unidos con respecto a cómo interpretar el texto de la constitucional en esta materia (pp.76-83).

²⁷ En la literatura se suele discutir si la distinción entre reglas y principios es conceptual o meramente gradual. Para la primera opción, cada tipo de norma tiene una estructura diferente y una forma distinta de aplicación, la subsunción, para las reglas, y la ponderación, para los principios. Para la segunda, en cambio, la estructura de las normas siempre sería la misma, la de las reglas, y, aunque habría diferencias de grado con respecto a su abstracción, generalidad o vaguedad, siempre se aplicarían mediante subsunción. En el texto, el término “principio” es utilizado de manera intencionalmente ambigua tanto para referirse a normas que tienen una estructura distinta de las reglas (principios *stricto sensu*), como a reglas que son especialmente vagas, abstractas y generales. La razón de ello es que la manera en que una disposición de la constitución sea leída, como un principio en sentido estricto o como una regla, depende de decisiones interpretativas, las cuales son lo bastante fluctuantes entre una y otra opción.

y la ponderación no agotan las formas en que es posible interpretar el texto de la constitución para aplicarlo judicialmente. Para entender en qué consiste esa tercera alternativa es importante tener en mente que en los sistemas de control monistas descentralizados, a los que habitualmente se denomina como sistemas “difusos”, se le suele encargar a un tribunal supremo la tarea de efectuar *interpretaciones finales del texto de la constitución*. En tal caso, se da un fenómeno interesante pues dicho tribunal tiene la última palabra en la interpretación judicial de la constitución pero, al mismo tiempo, no tiene el monopolio interpretativo, pues comparte la función interpretativa con otros tribunales. Por lo tanto, en un sistema tal, el tribunal supremo no sólo interpreta la constitución para resolver casos, sino que también tiene la función de elaborar criterios que puedan guiar la aplicación judicial de la constitución por parte de los otros tribunales. Para cumplir con esa función, el tribunal supremo elabora tests y doctrinas operativas que colaboran con la tarea de *implementar* la constitución (Fallon, 2001, cap. 3).

La razón por la cual estos tests y doctrinas configuran un método distinto radica en que, para analizar si una norma formulada en una ley es o no constitucional, los jueces no efectúan, en sentido estricto, una especificación a partir del principio constitucional que resulte apropiado al caso individual. En lugar de ello, elaboran una regla o un procedimiento que toma en cuenta no sólo el principio constitucional apropiado, sino también otras consideraciones entre las cuales, por ejemplo, se incluyen: ideales últimos de justicia, el costo que una decisión puede tener para los intereses gubernamentales, la capacidad institucional de los tribunales para administrar y dar efectividad a cierto tipo de derechos, el riesgo de cometer errores dado el marco de incertidumbre en que se toman las decisiones y la aceptabilidad democrática que una decisión pueda tener a la luz del fenómeno de los desacuerdos razonables (Fallon, 2001, cap. 4, sección “Some Varieties of Value Arguments”).

En suma, se trata de un procedimiento que es similar a la ponderación, pero la diferencia radica en que aquello que es objeto de ponderación no se limita a principios constitucionales materiales sino que, además, se incluyen consideraciones de tipo institucional, que requieren una definición sobre el propio rol del poder judicial. Es interesante señalar, en este punto, que los debates acerca de si el texto de la constitución debe ser leído como formulando reglas o principios también puede ser entendido como una disputa sobre el papel institucional de los tribunales.²⁸ En cualquier caso, el diseño de los tests y doctrinas operativas que permiten implementar la constitución a los tribunales, al no tener en cuenta únicamente a los principios constitucionales apropiados, puede tener el efecto de que la solución correcta de un caso, de acuerdo con el test o la doctrina operativa, no coincida con la solución correcta del caso, de acuerdo con la especificación del principio apropiado. Analicemos un ejemplo de cómo ello puede ocurrir.

En los Estados Unidos, la libertad de expresión tiene un papel central en el sistema constitucional. Ello se debe, en gran medida, a la necesidad de que, en el marco de una república democrática, sea posible desarrollar debates públicos que sean “robustos, desinhibidos y vigorosos”, para permitir que los ciudadanos cuenten

²⁸ La distinción entre los diferentes métodos de interpretación es importante, entonces, no tanto porque cada forma de argumentar produzca resultados sustantivos distintos, sino porque ellos son importantes a la luz de “*valores institucionales que trascienden la solución de cada caso*” (Sullivan, 1992a, p. 309). En ese trabajo, la autora argumenta que la ponderación es un mejor método que su alternativa porque es importante que los tribunales expliquen sus decisiones, y los métodos alternativos tendrían menos capacidad para hacer explícitas las razones de la decisión. En otro trabajo, Sullivan (1992b, pp. 112-122) analizó con más detalle cómo es que las posiciones de los jueces sobre la elección entre reglas y estándares (en materia de precedentes, de interpretación del texto de la constitución y de formulación de doctrinas operativas) pueden responder a diferentes concepciones sobre el rol del poder judicial, en el sentido de que tanto unos como otros están de acuerdo en diferenciar al derecho de la política, manteniendo así la legitimidad del poder judicial. Sin embargo, discrepan sobre cuál es la mejor forma de lograrlo.

con la mejor información posible para tomar decisiones. Sin embargo, no toda forma de expresión goza de protección constitucional. La difusión de información falsa o inexacta, por ejemplo, no está protegida pues ella no contribuye a que los ciudadanos cuenten con mejor información. En tal sentido, si el principio constitucional de la libertad de expresión se formulara del siguiente modo: “Está prohibido que los jueces condenen, civil o criminalmente, a personas por difundir información verdadera”, entonces no podríamos luego obtener una especificación formulada de este modo: “Está prohibido que los jueces condenen, civil o criminalmente, a personas por difundir información falsa sobre temas de interés público, salvo que se pruebe en juicio que sabían, al momento de difundirla, que la información era falsa”. Esta segunda formulación no es una especificación de la primera, pues en un caso se busca proteger a quienes difundan información verdadera mientras que, en el otro, se protege a quienes difunden información falsa.

Sin embargo, este fue el paso que dio la Suprema Corte de los Estados Unidos en el célebre caso “New York Times v. Sullivan” (376 US 254, 1964), al elaborar la doctrina de la real malicia. En virtud de esa doctrina operativa, las personas que difundan información falsa sobre cuestiones de interés público gozan de la protección de la libertad de expresión pese a que, en verdad, la difusión de información falsa no podría considerarse como protegida a partir de una especificación, en sentido estricto, del principio que protege la libertad de expresión. Para evitar que el accionar judicial pudiera estimular a las personas a adoptar conductas de autocensura, la Suprema Corte elaboró esa doctrina que, en lo esencial, invierte la carga de la prueba en casos de difusión de información falsa sobre cuestiones de interés público, haciendo que sea muy difícil obtener una condena judicial en tales casos.

En resumen, cuando los tribunales elaboran tests y doctrinas operativas, la eventual inconstitucionalidad de una norma formulada en una ley se seguiría no de la inconsistencia entre ella y un principio constitucional, o una especificación de un principio constitucional, sino de la incompatibilidad que pudiera haber entre ella y el test o doctrina operativa operable. Esto, obviamente, plantea el problema de que existan “experiencias recalitrantes”, en las cuales el resultado del caso previsto por el test o doctrina operativa sea diferente del que resultaría de la especificación del principio constitucional apropiado (Schauer, 1991, cap. 2). Sin embargo, ése es el precio que, prácticamente de manera inevitable, se paga cuando se desea “jugar con reglas”, en lugar de con principios.

4.5. ¿Cuál es la relevancia de la distinción entre condiciones de identificación y condiciones de aplicación?

En este punto, alguien podría argumentar que la distinción que estamos proponiendo entre condiciones de identificación y condiciones de aplicación es, en la práctica, irrelevante. En un sistema monista descentralizado, como el que estamos estudiando aquí, da lo mismo, diría el hipotético objetor, que un juez no identifique a una norma como perteneciente al sistema jurídico o que, haciéndolo, la considere inaplicable al caso. En ambos supuestos, la consecuencia práctica es una y la misma: el juez no aplicará esa norma para resolver el caso.

La objeción tiene un grano de verdad en la medida en que es cierto, tanto si no se identifica a una norma como jurídica como si se da el caso de que ella fuera jurídica pero inconstitucional, que el resultado de ello es que no será incluida como premisa en un razonamiento práctico ulterior. Sin embargo, las diferencias entre ambas nociones son relevantes desde varios puntos de vista. En primer lugar, desde un plano conceptual o teórico, la identificación del derecho es, como vimos, un paso necesario para la aplicación del derecho en general. Por lo tanto, incluso los

jueces de la jurisdicción ordinaria deben tener en cuenta a las condiciones de identificación del derecho para poder cumplir con su tarea. Las condiciones de aplicación, en cambio, parecen ser propias de la jurisdicción constitucional en los sistemas descentralizados o “difusos”. Ello se debe a que, en segundo lugar, la propia noción de *controlar la constitucionalidad de una ley* presupone que hay, en primer lugar, una ley identificada como tal que es susceptible de control. Las condiciones de identificación permiten, precisamente, establecer cuándo el legislador actuó como tal. Las condiciones de aplicación conformarán, a su vez, un criterio para evaluar, y controlar, aquello que el legislador *hizo*. Si una ley no satisface las condiciones de identificación, entonces, sencillamente, no podremos decir que el legislador actuó de determinada manera pues, en verdad, no podremos atribuirle ninguna acción al legislador. La idea de un control de constitucionalidad sobre las leyes, en los sistemas descentralizados o “difusos”, pierde parte de su sentido si pensáramos que el problema es uno de puramente identificar normas.

En tercer lugar, una norma que no satisface las condiciones de aplicación, pero sí las de identificación, sigue siendo, como cuestión de principio, una norma que pertenece al sistema jurídico. Por lo tanto, si se reformara la constitución, modificándose la cláusula en la que se fundó el juicio sobre la inaplicabilidad, la norma en cuestión pasaría a ser aplicable en lo sucesivo. Ello da cuenta de un argumento habitual en los debates sobre el control de constitucionalidad: que una interpretación judicial sobre la constitución puede ser superada a través de una reforma constitucional. En cambio, no ocurre lo mismo cuando se considera que una norma no satisface las condiciones de identificación. En un caso así, la norma no forma parte del sistema jurídico y, por ello, una eventual reforma de la constitución no cambiaría ese juicio. Sería necesario, luego de reformar la constitución, promulgar una nueva norma con el mismo contenido que la que tenía la norma original.²⁹

Por último, en cuarto lugar, la distinción entre condiciones de identificación y condiciones de aplicabilidad permite dar cuenta del fenómeno consistente en que, cuando se trata de identificar a una norma como jurídica, el juicio en cuestión es a todo o nada: la norma pertenece o no pertenece a un sistema jurídico. En cambio, el juicio sobre las condiciones de aplicabilidad es en relación a un caso: si el caso fuera otro o si el contexto en el cual el caso se desarrolla fuera diferente, entonces la norma, juzgada inaplicable en relación a un caso, pero perteneciente al sistema jurídico, quizás pueda ser considerada aplicable a esos otros casos y contextos.

Existe un aspecto, sin embargo, en el que la distinción no produce resultados apreciables. Se trata de la discutida cuestión del error que puede cometer una autoridad final de aplicación del derecho al decidir si una norma satisface, o no, las condiciones de identificación y las de aplicabilidad. En ambos supuestos, la decisión será incorrecta, desde el punto de vista del derecho, aunque los efectos que ella pueda tener, tanto con respecto al caso objeto de decisión, como a casos futuros, dependerán, en definitiva, de lo que regulen las normas del sistema. Después de todo, finalidad no equivale ni implica infalibilidad.

5. Decisiones interpretativas y dogmática constitucional

En el apartado anterior, habíamos visto que, al elaborar tests y doctrinas

²⁹ Algunos textos constitucionales, así como ciertas prácticas interpretativas de algunos tribunales, estipulan que alguno o algunos artículos de una constitución, o su adhesión a ciertos valores fundamentales, no pueden ser objeto de una reforma constitucional (Ferrerres Comella, 2009, pp. 106-107). Si tuviéramos que clasificar a ese tipo de restricciones, diríamos que ellas forman parte de las condiciones de identificación del derecho, y no de las condiciones de aplicabilidad, pues configuran límites materiales al ejercicio de la competencia de reformar el texto de la constitución.

operativas para la implementación de la constitución, se podía generar que la solución de los casos individuales, de acuerdo con tales tests y doctrinas, no coincidiera con la solución que se seguiría a partir de la especificación de los principios constitucionales apropiados al caso. Esto apunta a la existencia de un salto entre la constitución y la forma en que ella es aplicada judicialmente. En el caso de los tests y las doctrinas operativas ese salto se explica, en parte, por el hecho de que los tribunales consideran, entre otras cosas, su propio rol institucional a la hora de diseñar aquellos tests y doctrinas.

En un sentido más general, podemos pensar que esas consideraciones institucionales sobre el rol de los tribunales resultan relevantes no sólo a la hora de establecer la estructura y alcance de los tests y doctrinas operativas para la implementación de la constitución, sino también para encarar la tarea interpretativa de la constitución en general. A partir de esta intuición, algunos autores, como Sager (1978), desarrollaron la teoría de que ese tipo de consideraciones guía la decisión judicial de *subaplicar* (o, incluso, de no aplicar) ciertas disposiciones de la constitución, con el argumento de que otros departamentos de gobierno están en mejores condiciones de hacerlo.

Estas ideas nos permitirán elaborar una tipología de las decisiones interpretativas que los jueces debe adoptar a la hora de aplicar la constitución, sea como condición de identificación, sea como condición de aplicabilidad: (i) la primera decisión consiste en establecer si una cláusula de la constitución puede ser, o no, invocada para resolver un planteo efectuado ante el tribunal; (ii) luego, se debe establecer si dicha cláusula puede ser, o no, objeto de interpretación judicial (v.gr., si existen “cuestiones políticas no justiciables”); (iii) una vez que se determinó que una cláusula puede ser objeto de interpretación judicial, se debe establecer si la facultad judicial de interpretación es exclusiva (o, en cambio, compartida con otros departamentos de gobierno) y si no fuera exclusiva, si el juez debe mostrarse deferente frente a la interpretación efectuada por otro departamento o si, en cambio, puede reemplazar la interpretación de aquél por la suya propia³⁰; (iv) la cuarta decisión interpretativa radica en determinar el tipo de norma que resultará de la interpretación (¿una regla o un principio?) o bien el procedimiento apropiado para aplicarla para resolver casos (especificación, ponderación, implementación); (v) la quinta decisión interpretativa consiste en establecer si la norma constitucional que surge de la interpretación será considerada como una condición de identificación o como una condición de aplicación.

En este punto, podemos preguntarnos cuál es el rol de la dogmática constitucional. Creemos que, en cada orden jurídico concreto, la buena dogmática deberá reconstruir adecuadamente cuál es la respuesta que los tribunales le dieron a cada una de las decisiones interpretativas que describimos en el párrafo anterior. Luego, en una segunda etapa, será posible analizar si esas respuestas pueden ser sistematizadas o si, en cambio, las respuestas judiciales configuran un desordenado e incoherente conjunto de ideas. En cualquier caso, una vez efectuada la reconstrucción, la dogmática estará en condiciones de evaluar y criticar la ideología que subyace a las decisiones judiciales. Pero lo que no puede ocurrir es confundir las respuestas a las preguntas interpretativas que dan los tribunales con las propias preferencias interpretativas del jurista. Ello, además de mala dogmática, parece constituir un genuino caso de mala fe intelectual.

Bibliografía

ACKERMAN, B., 1991. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts:

³⁰ Por ejemplo: un tribunal supremo puede considerar que las cláusulas de la constitución que regulan su propia competencia sólo deben ser interpretadas por el propio tribunal.

Harvard University Press.

ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1975. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.

ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1976. Sobre el Concepto de Orden Jurídico. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 1976, pp. 3-23.

ALEXY, R., 2002. *A Theory of Constitutional Rights*. Traducido del alemán por J. RIVERS. Oxford: Oxford University Press.

ANSCOMBE, G. E. M., 1963. *Intention*. 2a ed., Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

AUSTIN, J. L., 1962. *How to Do Things with Words*. Editado por J. O. Urmson. Oxford: Clarendon Press.

Besson, S., 2005. *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*. Portland: Hart.

BULYGIN, E., 1982. Time and Validity. En: A. A. Martino, ed., 1982. *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. Amsterdam: North Holland.

CARACCILO, R. A., 1988. *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DORF, M. C. y ADLER, M. D., 2003. Constitutional Existence Conditions and Judicial Review, *Viginia Law Review*, 89(6), pp. 1105-1202.

ELSTER, J., 2002. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Traducido del inglés por J. MUNDÓ. Barcelona: Gedisa.

FALLON, Jr., R. H., 2000. As-Applied and Facial Challenges and Third Party Standing, *Harvard Law Review*, 113 (6), pp. 1321-1370.

FALLON, Jr., R. H., 2001. *Implementing the Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, edición Kindle.

FERRERES COMELLA, V., 2009. *Constitutional Courts & Democratic Values. A European Perspective*. New Haven: Yale University Press.

GARDBAUM, S. (2013) *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Nueva York: Cambridge University Press, edición Kindle.

GARZÓN VALDÉS, E., 1989. Representación y Democracia, *Doxa*, 6, pp. 143-164.

GUASTINI, R. 1999. Jerarquías Normativas y Normas Supremas. En: *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Traducido del italiano por J. FERRER BELTRÁN. Barcelona: Gedisa.

GUASTINI, R., 2014. El Poder Jurisdiccional en el Estado de Derecho. En: *Otras Distinciones*. Traducido del italiano por A. CALZETTA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HOLMES, S., 1995. *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*.



Chicago: University of Chicago Press.

MARMOR, A. 2001. Exclusive Legal Positivism. En: *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.

MARMOR, A., 2007. Are Constitutions Legitimate?. En: *Law in the Age of Pluralism*. Nueva York: Oxford University Press.

NAVARRO, P. E. y MORESO, J. J., 1997. Applicability and Effectiveness of Legal Norms, *Law and Philosophy*, 16(2), pp. 201-219.

NAVARRO, P. E. y RODRÍGUEZ, J. L., 2014. *Deontic Logic and Legal Systems*. Nueva York: Cambridge University Press.

PINO, G. 2008. *Diritti Fondamentali e Ragionamento Giuridico*. Turín: Giappichelli.

RAZ, J., 1980. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System*. 2a ed., Nueva York: Oxford University Press.

RAZ, J., 1995. Authority, Law and Morality. En: *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Edición revisada, Nueva York: Oxford University Press.

RAZ, J., 1998. On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. En: L. Alexander ed., 1998. *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Nueva York: Cambridge University Press.

RICHARDSON, H. S., 1990. Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems, *Philosophy & Public Affairs*, 19(4), pp. 279-310.

SAGER, L. G., 1978. Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, *Harvard Law Review*, 91(6), pp. 1212-1264.

SCHAUER, F., 1991. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.

SCHMITT, C., 1994. *Legalidad y Legitimidad*. Traducido del alemán por J. DÍAZ GARCÍA. Buenos Aires: Struhart.

SEARLE, J. R., 1979. A Taxonomy of Illocutionary Acts. En: *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*. Nueva York: Cambridge University Press.

SULLIVAN, K. M., 1992a. Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing, *University of Colorado Law Review*, 63, pp. 293-317.

SULLIVAN, K. M., 1992b. Foreword: The Justices of Rules and Standards, *Harvard Law Review*, 106, pp. 22-123.

TRIBE, L. H. y DORF, M. C., 1991. *On Reading the Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

TUSHNET, M., 2008. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.

WALDRON, J., 1998. Precommitment and Disagreement. En: L. Alexander, ed., 1998. *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Nueva York: Cambridge University Press.

WALDRON, J., 2006. The Core of the Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal*, 115, pp. 1346-1406.

Sustitución constitucional y objeción democrática: una tensión aparente

The constitutional replacement and the democratic objection: an apparent tension

Fernando Alonso Tovar Uricoechea ¹
Fundación Universitaria Juan de Castellanos - Colombia
fertovaru@gmail.com

Recibido / received: 18/10/2016
Aceptado / accepted: 03/02/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3642>

Resumen

La teoría de la sustitución constitucional es una construcción jurisprudencial a través de la cual se sustenta el control judicial de las reformas constitucionales en Colombia tomando como base los vicios de competencia. En este trabajo se observará una aproximación teórica en relación con este concepto y, además, se explicará de manera elemental el problema de la llamada “objeción democrática” al control de constitucionalidad de las leyes (entiéndase incluidas las reformas constitucionales) para finalmente formular una contestación tomando en cuenta la teoría de la sustitución constitucional.

Palabras clave

Sustitución constitucional, mutación constitucional, objeción democrática, test de sustitución, poder constituyente, poder de reforma.

Abstract

The constitutional replacement theory is a jurisprudence construction that supports the judicial review of constitutional amendments in Colombia, taking on account the main idea that the power to amend the Constitution is different from the power to replace it. In this paper I will make a theoretical approach to this concept. Besides, I will explain in an elemental way the problem of the democratic objection to the constitutional control of the law (even the amendments), and finally I will answer to that objection having on account the constitutional replacement theory.

Keywords

Constitutional replacement, constitutional mutation, democratic objection, replacement test, constituent power, reform power.

¹ Abogado por la Universidad Santo Tomás de Colombia, sede Tunja, Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en convenio con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Profesor de Derecho Constitucional de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos de Tunja. Twitter: @FerTovarU

SUMARIO. Introducción. 1. La teoría de la sustitución constitucional. 2. La teoría de la sustitución: ¿ejercicio hermenéutico o mutación constitucional?. 3. Análisis del juicio de sustitución. 4. La objeción democrática frente a la teoría de la sustitución y su respuesta. 4.1. La objeción democrática. 4.2. Una respuesta a la objeción democrática desde la teoría de la sustitución. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Con la aparición de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, cuyo origen se remonta a la sentencia C-551 de 2003, surgió un nuevo matiz relacionado con el constructo doctrinario de los límites al poder de reforma en el contexto jurídico – político de este país. Dicho matiz, se concreta en la diferenciación de los conceptos de poder constituyente y poder de reforma: en primer lugar, el poder constituyente se trata de un poder político, creador, fuente de la elaboración de la norma constitucional, el cual es ajeno a la esfera del control jurisdiccional, es decir se trata de un poder ilimitado o absoluto (A. Negri, 1994 p. 18); y por otro lado el poder de reforma consiste en la facultad de modificar la Constitución, la cual es propia del órgano legislativo como principal representante del pueblo. Se trata de un poder constituido supeditado a los controles y límites establecidos en la norma superior, los cuales pueden ser materiales o formales². Hasta aquí, bien se podría afirmar que no hay ningún nuevo aporte y que a grandes rasgos lo que hemos acotado ya ha sido decantado ampliamente por la teoría constitucional. Sin embargo, la distinción conceptual entre poder constituyente y poder de reforma se enmarca como una vital premisa respecto de lo que se entiende como sustitución constitucional.

Así las cosas, la sustitución constitucional consiste en el reemplazo de uno o varios elementos definitorios³ de la identidad y/o el concepto de Constitución, cuya invalidez subyace de la incompetencia del órgano de reforma para efectuar la eliminación de aquellos elementos. Este fenómeno se explica entendiendo que la facultad de reformar la Constitución no cobija la supresión de principios estructurales de ésta, sin los cuales la misma no sería reconocible, pues aquella facultad de sustituirla corresponde de manera exclusiva al constituyente originario.

Todo esto configura la interpretación que la Corte le ha dado al artículo 241,

² Materiales cuando una Constitución establece disposiciones o partes que no pueden ser reformadas, como la italiana que prohíbe modificar la forma republicana de ese Estado; y son límites formales cuando la Constitución establece cuáles son los trámites y requisitos para su reforma.

³ La Corte Constitucional colombiana no ha establecido un concepto unívoco acerca de lo que debe entenderse por “elementos definitorios de la Constitución”; sin embargo, podría señalarse que se trata de un conjunto de principios que reflejan los rasgos de identidad de la misma, es decir, se trata de elementos sin los cuales la Constitución no sería la misma o no podría entenderse como tal; por ejemplo cambiar la forma republicana del Estado colombiano por una monarquía, entraña una afectación a un elemento definitorio de la Carta, y más tratándose de un Estado que desde su origen siempre ha sido una república. No obstante, lo que sí ha señalado la Corte en varias sentencias es que corresponde al Juez constitucional determinar cuáles son esos elementos definitorios y ver si han sido reemplazados. Aunado a esto también se ha afirmado que la teoría de la sustitución es una doctrina en desarrollo, por lo cual ha de analizarse caso por caso, tal y como ha sido acotado en varias sentencias como la C-1040 de 2005, C-141 de 2010, C-574 de 2011, entre otras. Por último debe aclararse que la expresión “elementos definitorios” es sinónima de otras como principios estructurales, definitorios o axiales de la Constitución.

numerales 1 y 2 de la Carta colombiana⁴ en la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia C-551 de 2003, doctrina que ha tenido varios detractores, incluso al interior del Alto Tribunal. Quienes rechazan esta teoría, argumentan entre otras cosas que se trata de una interpretación errónea del artículo precitado, pues lo que en verdad se debe deducir es que la Corte está únicamente investida con la potestad de decidir sobre la validez de las reformas (y referendos reformativos), tomando como base exclusivamente las cláusulas que establecen los procedimientos para el perfeccionamiento jurídico de las modificaciones constitucionales. Por esta razón, los contradictores de la teoría de inconstitucionalidad por sustitución han señalado que aquella doctrina va en contra vía de la Carta, como quiera que en la práctica la Corte termina efectuando un control material de constitucionalidad⁵, el cual nunca fue establecido por el constituyente, y se estaría soslayando el principio de legalidad, pues la Corte Constitucional es también un órgano constituido. Esta afirmación será analizada en el presente trabajo de tal forma que se logre establecer si el razonamiento jurídico efectuado por el Alto Tribunal ha sido apropiado o por el contrario nos encontramos frente a una posible mutación de la Constitución originada en la interpretación de la Corte.

Por otro lado, la teoría de la sustitución refleja una vez más el problema de la dificultad contra mayoritaria u objeción democrática al control de constitucionalidad, la cual se resume en el cuestionamiento a la revisión de leyes y/o reformas (emanadas de representantes elegidos por el pueblo), por parte de jueces constitucionales carentes de legitimidad popular. En ese sentido, es mi intención proponer una respuesta desde la doctrina mencionada a esta objeción, para así concretar una contestación satisfactoria desde el punto de vista democrático.

Así las cosas, se procederá en primera medida a matizar el concepto de sustitución constitucional para después contrastarlo con las nociones básicas de la teoría de la mutación, luego se abordarán los aspectos más relevantes del juicio o test de sustitución que la Corte ha implementado y finalmente se ha de plantear lo referente al tema de la objeción democrática que ha sido mencionado en el párrafo anterior.

1. La teoría de la sustitución constitucional

La sustitución de la Constitución es un fenómeno de connotación política y jurídica a la vez, es evidentemente política por cuanto quienes pudieren sustituir la Carta son los órganos políticos como el Congreso o una Asamblea Constituyente, o inclusive de manera indirecta el Gobierno Nacional cuando formula un proyecto de reforma constitucional; es decir, son los actores políticos quienes desde su esfera de intervención pueden participar en el fenómeno de sustitución de la Carta Política. Ahora, la connotación jurídica del fenómeno de sustitución constitucional subyace de

⁴ El artículo 241 de la Constitución colombiana y sus numerales 1 y 2 señalan: “*ARTICULO 241.A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.* 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.” (subrayado fuera de texto).

⁵ Esta postura se puede observar con claridad en los salvamentos de voto de los Magistrados Pinilla y Sierra formulados en la sentencia C-588 de 2009.

dos factores: el primer factor se explica teniendo en cuenta que la sustitución ocurre como consecuencia de una reforma o un cambio constitucional de la Norma Fundamental del ordenamiento; y el segundo factor se explica partiendo de la idea que la sustitución no es *per se* inválida, siempre y cuando el órgano sustituidor posea la facultad de llevarla a cabo. Por ejemplo, una Asamblea Constituyente tiene la potestad de sustituir uno o varios elementos de una Constitución vigente, es más esta potestad (competencia) incluye la de cambiar totalmente la Carta por otra distinta. No así sucede cuando es un órgano de reforma el que sustituye la Norma Superior, como quiera que la facultad de reformar no trae implícita la de reemplazar, subvertir o eliminar elementos sobre los que se cimienta la identidad y/o el concepto de una Constitución.

Lo anterior, implica el desarrollo de un principio fundamental en todo ordenamiento jurídico como es el principio de legalidad, el cual establece que a los servidores públicos solo les es permitido hacer lo que señalan la Constitución y las leyes. En ese sentido, como se ha podido observar, básicamente la doctrina de la sustitución se fundamenta en el hecho de que los órganos de reforma no pueden so pretexto de enmendar la Carta sustituir o reemplazar elementos definitorios de la misma, ya que ello implicaría el desconocimiento del principio de legalidad, además de soslayar la propia identidad constitucional.

2. La teoría de la sustitución: ¿ejercicio hermenéutico o mutación constitucional?

El primer tratadista que se atrevió a escribir sobre la mutación constitucional fue Georg Jellinek a principios del siglo XX en su ensayo “Reforma y Mutación de la Constitución”, en dicha obra el jurista alemán se empeñó en clasificar los tipos de mutación, partiendo de una definición elemental de este fenómeno, esto es concibiéndolo básicamente como una modificación no formal de las cláusulas constitucionales sin afectar su tenor literal (G.Jellinek, 1991).

Bajo esa lógica y a la luz del artículo 241 de la Constitución de Colombia (anteriormente citado), procederemos a analizar si con la inserción de la doctrina de inconstitucionalidad por sustitución mutó la disposición antes mencionada vía interpretación de la Corte Constitucional.

Ciertamente la cuestión recae sobre lo que se entiende respecto de la expresión “vicios de procedimiento en su formación”⁶. Así las cosas, podemos decir que cuando hablamos de vicios de procedimiento en la reforma constitucional, nos referimos a la inobservancia de las reglas que establecen el cauce que han de seguir los respectivos trámites para lograr el perfeccionamiento del acto jurídico, mediante el cual se efectúa la modificación de una o varias disposiciones constitucionales. Esta construcción conceptual, surge a partir de una noción de vicios del procedimiento legislativo, que en definitiva se aplica a la reforma; pues ésta a su vez se encuadra como un producto del legislador.

Desde el punto de vista de la ley, se admite una clasificación bipartita entre vicios formales y vicios materiales; no obstante no cabe aplicar el concepto de vicio material de la reforma en el ordenamiento colombiano, pues la Constitución no contempla la existencia de cláusulas de intangibilidad o inmodificables y además proscribió a la Corte Constitucional la potestad de realizar juicios materiales en el

⁶ Es decir, vicios de procedimiento en la formación de las reformas constitucionales o de las leyes a través de las cuales se convocan referendos reformativos

examen de constitucionalidad de las reformas, reduciendo la competencia de este órgano a decidir única y exclusivamente la validez de las enmiendas en relación con los vicios de procedimiento en su formación.

Así las cosas, es procedente ahora determinar los alcances del concepto de vicios de procedimiento planteado en el artículo 241 superior, de tal modo que podamos aclarar si es posible equiparar el vicio de procedimiento al vicio de forma y al de competencia.

Al respecto la profesora Paloma Biglino Campos, relaciona dos clasificaciones de los vicios de la Ley formuladas por dos autores: la primera, propuesta por Alessandro Pizzorusso, consiste en clasificar los vicios en materiales y formales, entendiendo que estos últimos suponen la inobservancia del procedimiento (P. Biglino, 1991, p. 101); la segunda clasificación la realiza Gustavo Zagrebelsky, en la cual distingue los vicios sustanciales, procedimentales y de competencia, entendiendo que la categoría procedimental abarca los vicios formales (P. Biglino, 1991, p. 101).

En el contexto de la Constitución de Colombia, debemos acudir a su tenor literal para así establecer el significado de vicios de procedimiento. En ese sentido, se observa que el artículo 241 de la Carta otorga la función de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra actos reformativos, solo por “vicios de procedimiento en su formación”, de igual modo concede al Juez Constitucional la facultad de decidir con anterioridad al pronunciamiento popular sobre la validez de las convocatorias al pueblo para adelantar un referendo constitucional o la aprobación de una asamblea constituyente, bajo el presupuesto de los vicios de procedimiento en la formación del acto.

De lo anterior, se infiere que, si bien el constituyente utilizó el término vicios de procedimiento, no los diferencia de los vicios formales. A esta conclusión llegamos luego de observar en conjunto el texto constitucional, ya que el artículo 242, numeral 3 señala que: “*Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.*” (subrayado fuera de texto). Bajo esta premisa sería inocuo afirmar que la Carta establezca un término de caducidad para vicios formales y no lo señale para los vicios de procedimiento; del mismo modo se observa que la expresión “vicios de forma” aparece una sola vez en la Constitución, sin que de ello derive una intención del constituyente de distinguir entre los dos enunciados; es decir, de acuerdo con la literalidad de la Norma Suprema colombiana, colegimos que se trata de sinónimos.

Sin embargo, hay sectores de la doctrina que sostienen que la forma se distingue del procedimiento como una categoría general que concentra todos los requisitos que no son de contenido, lo cual incluye presupuestos que no hacen parte del procedimiento en estricto sentido (P. Biglino, 1991, p. 103). Dicho en otras palabras, se puede decir que la forma es el género y el procedimiento la especie.

Ahora, en el entendido que la forma es una categoría general, cabría incluir dentro de la misma el presupuesto de la competencia (G. Zagrebelsky, 1988), como quiera que todo acto jurídico efectuado por una autoridad no competente, carece de validez. De modo que la observancia impecable por parte del órgano de reforma de los procedimientos señalados en la Constitución y la Ley, no lo exime de un juicio de competencia, en virtud de los principios de legalidad y supremacía de la integridad constitucional. De esta manera hemos de concluir que el ejercicio interpretativo realizado por la Corte no muta el contenido del artículo 241; sino que lo optimiza a través de un método sistemático, armonizándolo con los principios antes

mencionados.

3. Análisis del juicio de sustitución

Para el análisis del juicio o test de sustitución, no nos vamos a detener en los casos concretos de cada uno de los fallos que componen la línea jurisprudencial; pero sí tendremos que abordar el desarrollo evolutivo que ha tenido este método.

Al principio, para soportar la ocurrencia de una sustitución constitucional, bastaba con señalar la supresión de un principio definitorio de la Constitución, el cual sería eventualmente reemplazado como consecuencia de la reforma y a su vez explicar los motivos por los cuales podría deducirse el reemplazo de un principio de esta categoría (Sentencia C-551 de 2003). Luego, con las sentencias C-970 y C-971 de 2004, se avanzó hacia una estructura lógica del test de sustitución, donde en primer lugar se debe enunciar el elemento definitorio de la constitución que podría ser sustituido, posteriormente se ha de determinar los alcances de la reforma y finalmente se contrasta el principio definitorio con la misma, para así poder establecer si hay sustitución constitucional o no. De otro lado, el gran aporte a esta doctrina, es sin duda el juicio de sustitución legado en la sentencia C-1040 de 2005. En este fallo la Corte asumió una mayor carga argumentativa a la hora de motivar la existencia o no del fenómeno de sustitución. No se trataba únicamente de señalar un principio definitorio de la Carta con sus efectos, determinar los alcances de la norma respecto del principio definitorio y establecer si la reforma reemplazaba el principio definitorio. A partir de aquel fallo, además se tendría que hallar múltiples referentes normativos al principio definitorio, es decir que este último debe desarrollarse a lo largo del entramado constitucional; no en un solo artículo ya que la Carta colombiana no estableció la existencia de cláusulas pétreas o inamovibles. De otra parte, debe quedar absolutamente claro en el caso respectivo, que se observa cabalmente el reemplazo de un elemento definitorio de la Constitución y no una simple contrariedad, modificación o afectación de este. Por último, si el nuevo elemento definitorio no es armónicamente compatible con la Constitución, esto es, si aún con la nueva incorporación no se puede afirmar que la Carta sigue cobrando plena vigencia en relación con los demás aspectos que le dan identidad, se colige que el legislador ha sustituido la Norma Fundamental y por ende ha excedido su competencia que es la de reformar mas no sustituir la Constitución.

Un buen ejemplo de la aplicación de este test, lo encontramos en la sentencia C-588 de 2009, fallo en el cual se estudió la constitucionalidad del Acto legislativo 1 de 2008 que reformó el artículo 125⁷ de la Carta, norma que fija ciertas reglas sobre el acceso de la ciudadanía a empleos públicos, dentro de las cuales está el concurso de méritos como requisito previo a entrar a la carrera administrativa.

Con dicha reforma, se creó una disposición transitoria⁸ cuya finalidad era la

⁷ El artículo 125 de la Constitución colombiana señala: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)” (Subraya fuera de texto)

⁸ La disposición transitoria que dio paso a la carrera administrativa sin necesidad de concurso es la

de inscribir de manera automática en la carrera administrativa a funcionarios que se encontraban nombrados en provisionalidad, sin necesidad de un concurso público durante un período de tres años. Al estudiar la reforma, la Corte encontró que dicha modificación implicaba una sustitución constitucional del principio democrático, pues se privaba a la ciudadanía de acceder a cargos públicos de manera transparente; es decir, que el acceso a la carrera administrativa también es desarrollo del principio democrático, el cual implica el derecho a elegir, ser elegido y desempeñar empleos públicos. Y no solo eso, sino que también desarrolla el principio de igualdad pues un concurso público como acceso a la carrera administrativa, presupone que haya igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades e igualdad de condiciones.

En ese orden de ideas, se observan dos principios o elementos definitorios de la Constitución: igualdad y democracia, que son desarrollados a lo largo de la Constitución⁹ y sustituidos con ocasión de la reforma precitada; es decir no se trata de dos artículos o disposiciones aisladas, su afectación en el caso concreto implica la creación de una norma que no es armónicamente compatible con la Carta, pues es difícil sostener que una disposición como esta es más democrática y promueve condiciones de igualdad, cuando la regla anterior contenía mayores garantías en relación con estos principios.

Ahora volviendo al test de sustitución, la imposición de una carga en la argumentación está plenamente arraigada en la jurisprudencia de la Corte. A tal punto que se convirtió en un requisito fundamental el de alimentar con argumentos y razonamientos este test, tanto para demandantes que alegan vicios de competencia en las reformas a la Constitución; como para el Alto Tribunal en la fundamentación de sus propias sentencias.

El aumento de la carga argumentativa en la consolidación jurisprudencial de este test, deja entrever cierta intención de la Corte Constitucional de demostrar que no se trata de un juicio material frente a los cambios de la Constitución; pues el artículo 241 es categórico al señalar que la función de la Corte se circunscribe a pronunciarse exclusivamente con base en vicios de procedimiento. Esta última reflexión ha sido refrendada en las sentencias C-574 de 2011, C-249 de 2012, C-288 de 2012, C-1056 de 2012 y C-579 de 2013, que podríamos decir continúan desarrollando la teoría de la sustitución constitucional. Pero además contemplan un paso adicional como es el de efectuar el denominado “test de efectividad de la reforma” que también ha sido traído a colación en la providencia C-588 de 2009 y mencionado por primera vez en la sentencia C-551 de 2003.

De acuerdo con el test de efectividad, se debe observar la norma antes y

siguiente: **“PARÁGRAFO TRANSITORIO:** Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. (...)”

⁹ Por ejemplo, el principio democrático tiene múltiples referentes normativos en la Constitución como son: el artículo 3 el cual señala que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo; el artículo 40 que establece los derechos de los ciudadanos, entre ellos el de elegir, ser elegido y ocupar cargos públicos; el título IV contiene reglas sobre la participación democrática y los partidos políticos, entre otras tantas disposiciones que dan cuenta del desarrollo constitucional de este principio.

después de la reforma. Si su contenido sigue siendo el mismo, no se trata de una reforma; sino de una “decisión política particular”¹⁰. Esta nueva etapa del juicio de sustitución por así llamarla entraña tres criterios esenciales: el primer criterio como ya lo habíamos señalado consiste en verificar si las disposiciones modificadas son idénticas a las disposiciones constitucionales antes de la reforma, de manera que si las normas son idénticas, no se trataría de una reforma sino de una (valga la redundancia) decisión política particular; el segundo criterio implica la prohibición de reformas *ad hoc* destinadas a una sola persona, o a un grupo específico de personas soslayando el principio de generalidad de las normas; y finalmente el último criterio señala la prohibición de reformas tácitas, esto es que se sustituyan principios estructurales de la Constitución frente a los cuales no iba dirigida la reforma (G. Ramírez y P. Robledo, 2013, p. 595).

Además de lo anterior, se incorporan nuevos criterios que podríamos decir respetan la pervivencia de la línea jurisprudencial;¹¹ sin embargo, tienden a modularla o racionalizarla con la finalidad que no se desdibuje el papel de la Corte en cuanto a sus potestades y la propia función de fungir como el supremo intérprete de la Constitución.

El primero de los criterios es la cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad, el cual se refiere a la carga argumentativa que ha de asumir el accionante cuando formula los cargos de sustitución, pues no cualquier reforma implica que se esté sustituyendo la Constitución. El segundo criterio consiste en la precisión conceptual, la cual implica hacer claridad en que no se trata de un juicio material de la reforma, es decir que no se toma como parámetro de inconstitucionalidad de la enmienda cualquier disposición constitucional, debe ser un principio definitorio el que es reemplazado o subvertido. Por último, el tercer criterio establece la sujeción metodológica del juicio de sustitución; esto debe entenderse como un límite que se impone la Corte a sí misma, en aras de no caer en una discrecionalidad excesiva, es decir que el Tribunal Constitucional, así como exige a los accionantes suficiencia en los argumentos en las demandas de inconstitucionalidad, debe asumir su propia carga interpretativa y argumentativa siguiendo estrictamente el precedente jurisprudencial, mucho más teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo que ha tenido el test de sustitución (G. Ramírez y P. Robledo, 2013, p. 597).

Para concluir este punto, merece la pena destacar la evolución jurisprudencial del test de sustitución y la incorporación de nuevos elementos que en general enriquecen esta doctrina. No obstante, hemos de tomar distancia respecto del test de efectividad de la reforma, por cuanto a nuestro juicio más que tratarse de un control material implícito originado en el estudio de los vicios de competencia; consiste en un control material evidente, pues ello entraña el comparar las disposiciones constitucionales antes y después de una reforma buscando que no haya identidad entre ellas, en definitiva este no puede ser un parámetro de validez, mucho menos cuando se cuenta con herramientas muy razonables en las distintas etapas del juicio de sustitución. Si bien podemos señalar que existe una pretensión de generalidad y abstracción de las normas constitucionales, esto no es un principio

¹⁰ Esta expresión resulta algo problemática si tenemos en cuenta que el control de constitucionalidad se ejerce respecto de normas jurídicas y no sobre decisiones políticas. Como quiera que se trata de una potestad otorgada en los estrictos términos señalados en la Constitución, la Corte carece de facultades para enjuiciar decisiones políticas.

¹¹ Tal y como se puede verificar en la sentencia C-288 de 2012, en la cual se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 03 de 2001, a través del cual se incorporó el principio de sostenibilidad fiscal en la Constitución.

absoluto ni tampoco un elemento definitorio de la identidad de la Constitución. Además, resulta contradictorio que la Corte emplee criterios para evitar caer en juicios materiales frente a los cambios constitucionales y por otro lado emplee un test que consiste en verificar la literalidad del texto constitucional antes y después de una reforma. Se trata entonces de un juicio material evidente, pues su razón de ser más que verificar un exceso en la competencia del legislativo; se convierte en analizar en forma directa el contenido de una norma constitucional antes y después de su modificación, y en caso de que sus efectos sean los mismos, dice la Corte no es una reforma.

4. La objeción democrática frente a la teoría de la sustitución y su respuesta

En la teoría constitucional contemporánea, hay un tema que siempre ha estado en boga y este es el de la objeción democrática al control de constitucionalidad que ejercen los jueces respecto de las leyes. La propuesta del control de constitucionalidad se encuentra plenamente arraigada en el ordenamiento colombiano, incluso desde antes que Kelsen publicara su obra “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional” en 1928, pues con la reforma de 1910¹², se introdujo en la Carta la acción pública de inconstitucionalidad, es decir la posibilidad de que los ciudadanos pudieran impugnar ante la Corte Suprema de Justicia, la validez de las leyes por su contradicción con la Constitución. En la actualidad hay sectores de la doctrina que se oponen al control de constitucionalidad ejercido por los jueces, por considerarlo una institución antidemocrática, considerando la legitimidad con la que cuenta el legislativo al ser un órgano directamente elegido por el pueblo. Esta crítica crece sobre todo si hablamos del control al poder de reforma, el cual ha sido reprochado incluso por autores afines al control de constitucionalidad.¹³

En este acápite vamos a señalar con claridad los principales argumentos en contra del control de constitucionalidad, y fijaremos un posicionamiento respecto de esta tensión buscando siempre hacerlo de la manera más objetiva posible, además teniendo en cuenta la construcción conceptual y normativa de la teoría de la sustitución constitucional.

4.1. La objeción democrática

Jeremy Waldron es quizá el teórico más reconocido que arremete en contra del control de constitucionalidad de las leyes (también de las reformas). Su argumento fundamental se basa en la deficiencia de legitimidad democrática para restringir al órgano legislativo, que sí cuenta con ella. Para Waldron, propugnar a favor de la supremacía interpretativa de la Corte Suprema de Justicia, señalando las deficiencias propias de la democracia, equivale a legitimar a la monarquía o a la Cámara Alta del Reino Unido. Teniendo en cuenta las imperfecciones de la Cámara Baja, de acuerdo con este autor lo correcto sería revisar, corregir y mejorar el proceso democrático en vez de privilegiar un procedimiento aristocrático (D. Peña,

¹² Me refiero al Acto Legislativo 3 de 1910, reforma que dio origen al control de constitucionalidad concentrado en el ordenamiento jurídico colombiano.

¹³ Por ejemplo, Jorge Carpizo rechazaba la idea que un Tribunal Constitucional ejerciera un control de constitucionalidad respecto de las reformas; como excepción a esta regla planteaba la validez de este control siempre y cuando aquella potestad estuviera expresa y clara en la Constitución, tanto por vicios materiales como de procedimiento, estrictamente en los términos señalados en ella. Cfr. J. Carpizo, “*El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional*”, Revista Boletín Mexicano de derecho comparado, num. 125, UNAM, México D.F., 2009, pp. 785 – 794.

2013, p. 227) como se pensaría que es el control judicial de constitucionalidad. Este autor otorga un valor superior al legislador por su legitimidad democrática, en otras palabras, asume que la única valoración legítima jurídica subyace de las mayorías parlamentarias, que por la misma razón poseen libertad de configuración legislativa, la cual se sustenta en la forma de elección de sus miembros y en los procesos deliberativos tendientes a solucionar los desacuerdos existentes en la sociedad plural que representan (D. Higuera, 2011, pp. 261 y 262). De igual modo considera que no es justificado que un órgano que no es elegido popularmente resuelva asuntos que pueden ser decididos en sede política, cuestiona por ejemplo el hecho que los jueces, también toman sus decisiones de acuerdo a la regla de la mayoría, en ese sentido no podría justificarse aquel argumento (R. Gargarella y J.L. Martí, 2005, p. 28), Waldron privilegia el razonamiento en sede parlamentaria por ser más abierta y franca, de lo que podría ser en sede judicial (R. Gargarella y J.L. Martí, 2005, p. 30).

De otra parte, según Víctor Ferreres existen tres circunstancias que provocan la aparición de una objeción democrática al control de constitucionalidad, que podríamos aludir en los siguientes términos: 1) la poca legitimidad democrática de origen del juez constitucional; 2) la rigidez constitucional y 3) la existencia de controversias en la interpretación de la Constitución (V. Ferreres, 2012, p. 43). La primera circunstancia hace referencia a la manera en la que son elegidos los jueces constitucionales, por ejemplo hay ordenamientos en los cuales son elegidos por el parlamento para periodos específicamente señalados (V. Ferreres, 2012, p. 44), así las cosas, se puede afirmar que gozan de mayor legitimidad que en otros sistemas, por ejemplo donde pudieren ser elegidos por los mismos tribunales;¹⁴ la segunda circunstancia, hace referencia a ordenamientos donde la revisión constitucional es compleja y en muchas ocasiones políticamente inviable dificultando al hacedor de leyes efectuar una respuesta frente a declaración de invalidez de la norma aprobada;¹⁵ finalmente la tercera circunstancia, sobre aspectos controversiales en la interpretación de la Constitución, dan cuenta de los casos difíciles, donde es poco probable que haya consenso en los tribunales constitucionales, viéndose compelidos a acudir a la regla de la mayoría, y de este modo el argumento objeción democrática toma aún más fuerza; pensemos en casos como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo, aquí la cuestión (con tintes retóricos si se quiere) que surge es si la solución de esa clase de controversias conviene atribuir las al parlamento o a los jueces (J. Waldron, 2005, pp. 274 y 275).

Ahora, si llevamos la objeción democrática al ámbito de la teoría de los vicios competenciales (sustitución constitucional), su argumento toma una gran relevancia, especialmente si nos hacemos los siguientes planteamientos: 1) ¿Cómo puede ser legítimo que un Tribunal conformado por nueve magistrados (no elegidos democráticamente) determine los límites competenciales del órgano legislativo en relación con la revisión de la Constitución?; y 2) suponiendo que la teoría de la sustitución constitucional es ampliamente aceptada por el pueblo, como quiera que este es el creador de la Constitución, sería el encargado de establecer los elementos esenciales de la Constitución; así las cosas, si el pueblo aprueba directamente o por medio de sus representantes una reforma constitucional, es porque considera que la materia enmendada no representa un elemento definitorio de la Constitución (C. Bernal, 2011).¹⁶ Contestaremos estos planteamientos en el

¹⁴ En Colombia antes de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia, ejercía funciones de juez constitucional, sus integrantes eran elegidos por la misma corporación, de manera que en el contexto de la idea expuesta, tenían un mayor déficit de legitimidad democrática.

¹⁵ Naturalmente aquella respuesta sería una reforma constitucional.

¹⁶ Este planteamiento fue realizado por el profesor Carlos Bernal Pulido en la ponencia titulada

siguiente punto en el cual procederemos a dar una respuesta a la objeción democrática como argumento contrario a la teoría de la sustitución constitucional.

4.2. Una respuesta a la objeción democrática desde la teoría de la sustitución

La objeción democrática desde su perspectiva más radical, tiene un serio problema y es el de caracterizar al órgano legislativo como una institución infalible por el hecho de su legitimidad democrática. Consideramos que esta objeción puede ser más o menos aceptada, dependiendo del contexto jurídico en el que se desarrolla. Por ejemplo, en Estados donde el control de constitucionalidad difuso está instituido, puede resultar más razonable verter argumentos en contra de este, teniendo en cuenta que cualquier juez puede inaplicar normas legales en caso de encontrarlas incompatibles con la Constitución, lo cual en cierto modo desconoce la dignidad democrática del legislador; es decir no causa el mismo impacto que una norma sea inaplicada por un Juez Municipal, que por la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, De Vega ha señalado que el Estado Constitucional se apoya en dos pilares fundamentales, como son el principio democrático y el de Supremacía de la Constitución (P. De Vega, 1985, p.15) y es que la función principal de la Constitución es limitar el ejercicio del poder político (R. Guastini, 1999, pp. 169 y 170), de manera que si se rechaza radicalmente el control de constitucionalidad, se ataca indirectamente el concepto de Constitución, con todo lo que ello conlleva (derechos fundamentales, garantías democráticas, separación de poderes y hasta el Estado de Derecho).

Waldron soslaya el hecho de que los parlamentos son instituciones que obedecen a intereses políticos que pueden ser o no altruistas; pero en todo caso conformados por partidos políticos con identidades ideológicas que persiguen objetivos comunes. Un parlamento sin límites constitucionales reales puede fácilmente establecer una dictadura, legitimar la violación de los derechos humanos y hasta desconocer las mínimas garantías democráticas, por ejemplo para que haya una oposición al gobierno de turno o para que haya alternancia en el acceso al poder. Por supuesto que hay que revisar las instituciones democráticas, corregirlas y mejorarlas; pero ¿mientras tanto qué? Sin duda, no hay un mejor mecanismo para garantizar los derechos constitucionalmente establecidos, que el control de constitucionalidad tanto difuso como concentrado.

Aun cuando pareciera que los conceptos de Constitución y democracia son incompatibles, es posible armonizarlos en el Estado Constitucional, es decir con la puesta en marcha de la democracia constitucional, que desde una perspectiva elemental significa el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, la cual se legitima en el establecimiento de un orden democrático. La democracia constitucional es una garantía de la efectividad de los derechos y libertades fundamentales gracias a su protección jurídica, que por supuesto viene incluida en el control de constitucionalidad. Asimismo, Bovero defiende esta idea al señalar que una democracia completamente inconstitucional, es susceptible de convertirse en una mayoría tiránica, usurpadora (M. Bovero, 2006, pp. 35 – 41) y desde luego según nuestro punto de vista, también incontenible.

Ahora, contestar a la objeción democrática afirmando que es legítimo el control de constitucionalidad de las leyes y los actos de revisión, por cuanto así lo

“Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución constitucional. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, presentada en el VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional: Diálogos con el mundo, realizado en octubre de 2011 en la ciudad de Bogotá, Colombia.

establece la Constitución, y esta a su vez por su carácter normativo, vincula a todas las instituciones del Estado, sería una premisa tautológica y en últimas no justifica que un selecto grupo de juristas organizados en un tribunal, declaren la invalidez de leyes aprobadas por legisladores votados por millones de personas. Sin embargo, Alexy propone una salida interesante frente a esta objeción a la cual merece la pena adherirse (al menos los defensores del control judicial de constitucionalidad). El autor parte del supuesto que todos los poderes estatales emanan del pueblo. Por ende, esta premisa exige que tanto el parlamento como el Tribunal Constitucional, sean considerados representantes de este. El parlamento ha de representar políticamente a los ciudadanos, y el Tribunal Constitucional ejerce la representación argumentativa del pueblo; así, frente a los excesos del legislativo, el Tribunal no actúa contra el pueblo; sino en nombre del pueblo (R. Alexy, 2004, pp. 75 y 76).

En ese orden de ideas, nos permitimos formular la respuesta a los planteamientos realizados en el numeral anterior: frente a la cuestión de legitimidad de la Corte Constitucional para fijar límites competenciales al poder de reforma, diríamos que esta tiene su origen en la representación argumentativa que ejerce la Corte, en el entendido que todos los poderes estatales emanan del pueblo y a su vez se justifica en la intención de conjurar el ejercicio arbitrario de las mayorías legislativas, que de actuar sin control, podría subvertir el Estado constitucional, esta misma respuesta aplica para la determinación de elementos definitorios de la Constitución por parte del Alto Tribunal, que con base en su representación establece dichos elementos; más allá de la crítica metodológica que se pueda realizar, lo cual forma parte de otro debate.

Para finalizar este punto, es fundamental entender que la legitimidad democrática y la legitimidad judicial representan argumentos que se encuentran en tensión constante. Si la legitimidad democrática se sustenta en la elección popular de representantes, la judicial se cimienta en la producción de decisiones razonablemente fundamentadas. Así, la actuación del parlamento es controlada en sede constitucional, frente a excesos y omisiones; y de igual modo la producción de decisiones arbitrarias con fundamentos deficientes, es susceptible de ser limitada por el legislativo a través modificaciones constitucionales, o incluso por el pueblo a través de la activación del poder constituyente rompiendo con la norma primigenia. Es más, la emisión de sentencias jurídicamente bien fundamentadas que lleguen a ser insatisfactorias en un alto grado también pueden llegar a ser causa de una ruptura constitucional y la instauración de un nuevo ordenamiento (obviamente se trataría de un caso extremo). Y es que finalmente si se va a terminar sustituyendo la Constitución, ¿por qué no dejar que sea el constituyente originario el que establezca nuevos elementos definitorios de una Carta o excluya los mismos de la anterior?, ¿acaso no es esto más democrático que permitir que el legislativo suprima garantías esenciales y características de un ordenamiento bajo la bandera de la democracia de mayorías?

Conclusiones

El control de constitucionalidad ejercido bajo la doctrina de la sustitución constitucional, implica un juicio procedimental respecto de los actos reformativos, toda vez que el factor competencia se convierte en un presupuesto de validez y además los enjuiciamientos materiales de las modificaciones constitucionales están proscritos.

El control de constitucionalidad por vicios de competencia, es decir la inconstitucionalidad por sustitución conlleva un control material implícito que se

soporta en la metodología que se debe llevar a cabo para concluir que el órgano de reforma ha excedido su competencia.

La Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones no ha mutado el tenor literal del artículo 241 superior, sino que ha efectuado un ejercicio de interpretación textual y sistemática, ya que optimiza los principios de legalidad y supremacía constitucional al diferenciar las potestades de reformar y sustituir la Constitución.

La Corte Constitucional como órgano constituido ejerce la guarda de la Constitución por mandato del constituyente, en ese sentido funge como representante argumentativo del pueblo y como tal limita los excesos del legislador dentro de los cuales está el de sustituir la Constitución.

La exigencia argumentativa que asume la Corte y a su vez impone a los eventuales accionantes contesta a la objeción democrática en términos de razonabilidad, pues no frente a cualquier argumento la Corte va a invalidar una reforma por vicios de sustitución. Desde esa perspectiva es deferente con el órgano de reforma; y más teniendo en cuenta que en sede política más allá de fijarse en los argumentos, lo que vale son los votos en uno u otro sentido, lo cual dista del control de constitucionalidad donde a pesar de que también se aplica la regla de la mayoría, la construcción argumentativa de las sentencias es el principal aspecto legitimador de dicho control.

La teoría de la sustitución representa una postura democrática al establecer que las alteraciones de elementos axiales de la Constitución deban ser decididas por el constituyente originario (el pueblo) y no por el legislador, a quien corresponde ejercer el poder constituido de reforma.

La evolución jurisprudencial ha permitido la incorporación de nuevos elementos que han enriquecido el test de sustitución y a su vez han propendido por modularlo o racionalizarlo. Sin embargo, figuras como el test de efectividad o eficacia de la reforma podrían terminar desdibujando el papel de la Corte como quiera que llevado a la práctica implica el desarrollo de un juicio material explícito de los actos reformativos de la Constitución, el cual no ha sido autorizado por el constituyente.

Bibliografía

ALEXY, R. (2004), "Derechos fundamentales y derechos humanos." En: *El Derecho Contemporáneo. Lecciones Fundamentales para su estudio*, Pachuca, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, pp. 59 – 76.

BERNAL PULIDO, C. (2011), "Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución constitucional. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia". En: HENAO PEREZ, J.C. (Ed.). *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo – VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 400 – 426.

BIGLINO CAMPOS, P. (1991), *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

BOVERO, M. (2006), "Prefacio." En: SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México D.F., Fondo de Cultura Económica –



Universidad Nacional Autónoma de México.

CARPIZO MCGREGOR, J. (2009), “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, num. 125, pp. 735 – 794, 2009.

DE VEGA, P. (1985), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos.

FERRERES COMELLA, V. (2007), *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARGARELLA, R, y MARTÍ, J.L. (2005), “Estudio Preliminar.” En: WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 13 – 48.

GUASTINI, R. (2014), *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GUASTINI, R. (1999), “Sobre el Concepto de Constitución”, *Cuestiones constitucionales*, num.1, pp.161 – 176.

HIGUERA JIMÉNEZ, D. (2011), “El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho”, *Principia Iuris*, num. 16, pp. 203 – 249.

JELLINEK, G. (1991), *Reforma y Mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

KELSEN, H. (2001), *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

NEGRI, A. (1994), *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Librerías Prodhufi.

PEÑA RANGEL, D. (2013), “Constitucionalismo Popular Contestatario”, *Isonomía*, num. 38, pp. 225 – 243.

RAMÍREZ CLEVES, G. y ROBLEDO SILVA, P. (2014), “La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: El control por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, num. 18, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 587 – 620.

SALAZAR UGARTE, P. (2006), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México D.F., Fondo de Cultura Económica – Universidad Autónoma de México.

WALDRON, J. (2005), *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.

ZAGREBELSKY, G. (1988), *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino.

Jurisprudencia

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-551 de 2003, Magistrado



Ponente EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1200 de 2003, Magistrados Ponentes, MANUEL JOSÉ CEPEDA y RODRIGO ESCOBAR GIL.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-970 de 2004, Magistrado Ponente, RODRIGO ESCOBAR GIL.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-971 de 2004, Magistrado Ponente, MANUEL JOSÉ CEPEDA.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1040 de 2005, Magistrados Ponentes, MANUEL JOSÉ CEPEDA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS, y CLARA INÉS VARGAS.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-588 de 2009, Magistrado Ponente, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-141 de 2010, Magistrado Ponente, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-574 de 2011, Magistrado Ponente, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-249 de 2012, Magistrado Ponente, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-288 de 2012, Magistrado Ponente, LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1056 de 2012, Magistrado Ponente, NILSON PINILLA PINILLA.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579 de 2013, Magistrado Ponente, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

FORO Y ÁGORA

La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo¹

A missed opportunity in the prevention of conflict of interest in the State Administration. A brief analysis of Law 3/2015, of 30 March

Agustí Cerrillo i Martínez
Universitat Oberta de Catalunya
acerrillo@uoc.edu

Recibido / received: 20/09/2016
Aceptado / accepted: 30/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3643>

Resumen

Este artículo analiza los diferentes mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses que ha recogido la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado. Asimismo, observa cómo esta norma no ha sido suficientemente ambiciosa para mejorar el régimen jurídico de la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado y para hacer frente a las limitaciones que en la práctica se han venido observando en el pasado en la aplicación de los mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses.

Palabras clave

Alto cargo, conflictos de intereses, integridad, corrupción.

Abstract

This paper analyses different mechanisms to prevent conflict of interest stated by Law 3/2015, of 30 March, on the work of public sector officials in State Administration.

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto “Transparencia, Integridad e Innovación Democrática” del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad (DER2014-57391-C2-2-R).

Additionally, it states how this law has not been sufficiently ambitious to improve the legal regime of prevention of conflict of interest in State Administration and to face the limitations that had occurred in the past when applying these mechanisms to prevent conflict of interest.

Keywords

Public sector officials, conflict of interest, integrity, corruption.

SUMARIO. 1. Los conflictos de intereses como antesala de la corrupción 2. La prevención de los conflictos de intereses en legislación vigente 2.1. El deber de información sobre determinadas actividades, bienes o situaciones. 2.2. La prohibición de desarrollar determinadas actividades: el régimen de incompatibilidades y prohibiciones y sus excepciones. 2.3. La información y la formación en materia de conflictos de intereses. 3. La reacción frente la existencia de un conflicto de intereses. 4. Los mecanismos de vigilancia y control: la Oficina de Conflictos de Intereses. 5. Valoración final: una oportunidad perdida para innovar en la prevención de los conflictos de intereses.

1. Los conflictos de intereses como antesala de la corrupción

El Plan de Regeneración Democrática presentado en septiembre de 2013 contempló la necesidad de codificar las obligaciones y los derechos de los cargos públicos a través de una ley. También previó dar mayor publicidad de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales y reforzar la Oficina de Conflictos de Intereses².

Para dar respuesta a estas cuestiones, se adoptó la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado (en adelante, LEAC)³. Esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado con el objetivo de garantizar que el ejercicio del cargo se realice con la mayor transparencia, legalidad y en ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas (Preámbulo y art.1 LEAC).

El objetivo de las próximas páginas es presentar las principales novedades que comporta la LEAC por lo que se refiere a la prevención de los conflictos de intereses y valorar su futura efectividad como mecanismo para fortalecer la integridad en la Administración General del Estado.

Los conflictos de intereses implican una contraposición entre el desarrollo de una función pública y los intereses privados de un cargo público cuando estos intereses pueden influir indebidamente en el desempeño de las responsabilidades públicas (OECD, 2003: 4). A pesar de la diversidad de situaciones en las que se puede dar un conflicto de intereses y que generalmente se recogen en diferentes definiciones de los conflictos de intereses⁴, la LEAC ha circunscrito esta noción

2

Disponible

en:

http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/200913Enlace_RegeneraciónDemocrática.aspx (fecha de consulta: septiembre 2016).

³ Véase un análisis del proceso de elaboración y aprobación de la ley en Pérez Monguió y Fernández Ramos (2016: 42-47).

⁴ Así, por ejemplo, según la OCDE, "un conflicto de intereses implica un conflicto entre una tarea pública y los intereses privados de un empleado público, en el que el empleado público tiene intereses

únicamente a la toma de decisiones por parte de un alto cargo y no a cualquier situación en la que se pueda encontrar en el ejercicio de sus responsabilidades públicas⁵. En efecto, según esta norma, “un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos”⁶.

Los conflictos de intereses si no están bien gestionados pueden dar lugar a casos de corrupción en la medida en que la corrupción no es sino el provecho de un conflicto de intereses para la satisfacción de un interés propio de un alto cargo concretada en la obtención de una ganancia incumpliendo el marco de referencia existente (Cerrillo i Martínez, 2014a: 40). La corrupción supone que el interés privado del alto cargo se impone por encima del interés público para la obtención de un beneficio.

A la vista de lo anterior se pueden señalar cuatro elementos que caracterizan los conflictos de intereses:

a) La intervención de un cargo público

De acuerdo con la LEAC, los siguientes altos cargos pueden verse incurso en un conflicto de intereses⁷

- miembros del Gobierno y Secretarios de Estado;
- Subsecretarios y asimilados; Secretarios Generales; Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla; Delegados del Gobierno en entidades de Derecho Público; y jefes de misión diplomática permanente;
- Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados;
- Presidentes, Vicepresidentes, Directores Generales, Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno;
- Presidente, Vicepresidente y el resto de los miembros de los diferentes órganos de gobierno y directores, secretarios o equivalentes de los órganos de regulación y de supervisión (CNMC, CTBG, AIRF, CNMV, CSN);
- titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros.

Además, deben tenerse en cuenta al identificar los conflictos de intereses otros sujetos cercanos a los propios altos cargos. En esta dirección, no se puede desconocer la influencia a la que se pueden ver sometidos los altos cargos por los intereses de otras personas pertenecientes a su círculo más cercano (familiares,

privados que podrían influir indebidamente en el desempeño de sus funciones y responsabilidades públicas” (OECD, 2003: 4).

⁵ Respecto a la definición del conflicto de intereses debe la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (art. 24) introduce un concepto más amplio que el previsto en la LEAC.

⁶ Artículo 11.2 LEAC. Como tuvimos oportunidad de señalar en la comparecencia en el Congreso de los Diputados en relación con las iniciativas sobre la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo que se refiere al proyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado, “el proyecto de ley lleva a cabo una regulación más restrictiva del conflicto de intereses de la que venía haciendo la Ley de Conflictos de Intereses y, en cambio, con la nueva ley puedan verse excluidas de esta consideración” (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 549, de 24 de abril de 2014: 9).

⁷ Véase en detalle el art.1 LEAC. A pesar de la larga relación de cargos que se engloban bajo la noción de alto cargo, la doctrina ha criticado la ausencia de un concepto de alto cargo a la vista de la relación de altos cargos que hace la legislación. Por todos, Carro Fernández-Valmayor (2010: 27).

personas con las que se tenga cuestión litigiosa pendiente, amistad íntima o enemistad manifiesta; personas jurídicas o entidades con las que el alto cargo o sus familiares hayan tenido relación laboral o profesional (art.11.2 LEAC).

b) El interés privado que pueda tener en un asunto público

Para que exista un conflicto de intereses es necesario que la decisión que vaya a adoptar el alto cargo pueda afectar a un interés privado o verse influido por él. El interés privado puede ser personal, de naturaleza económica o profesional. En particular, la LEAC incluye entre los intereses personales a los que pueda afectar la decisión los siguientes⁸

- los intereses propios;
- los intereses familiares, incluyendo los del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad;
- los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente;
- los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta;
- los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento;
- los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

c) La colisión entre el interés privado y el interés público concretado en la toma de decisiones públicas

El conflicto de intereses supone la colisión de un interés privado con un interés público. La LEAC concreta esta colisión en el hecho que una decisión pueda suponer un beneficio o un perjuicio a un interés privado del alto cargo. De este modo, restringe el alcance de la noción de conflicto de intereses a cualquier otra situación en la que se pueda encontrar el alto cargo en el ejercicio de sus funciones públicas.

El conflicto de intereses no exige que la colisión sea real, sino que también puede ser aparente, es decir, donde parece que el interés privado puede influir de forma inapropiada en el ejercicio de sus funciones, aunque no sea el caso. Sin embargo, la definición recogida en la LEAC no parece que incluya los conflictos aparentes.

En cualquier caso, el conflicto de intereses no se debe entender únicamente como un beneficio que la decisión puede suponer en los intereses privados sino también como un perjuicio para los intereses personales del alto cargo.

d) El impacto en el deber de ejercer de forma objetiva de las funciones y responsabilidades públicas

La LEAC recuerda que los altos cargos deben servir con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir

⁸ Art.11.2 LEAC. Bassols observa que la LEAC no define los intereses personales sino que simplemente se limita a hacer una enumeración perfeccionada de las causas de abstención previstas en la Ley 30/1992 (Bassols Coma, 2015).

indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades⁹. De este modo, el conflicto de intereses debe afectar al desarrollo imparcial y objetivo de las actividades públicas.

2. La prevención de los conflictos de intereses en legislación vigente

La LEAC establece diferentes mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses. En particular, esta norma persigue “un análisis previo de la posible existencia de conflictos de intereses” (Preámbulo).

Estos mecanismos persiguen evitar que surjan los conflictos de intereses a través de la identificación o la evitación de situaciones que puedan dar lugar a su aparición o existencia. También pretenden dar una respuesta ante los conflictos de intereses que puedan haber surgido. En particular, la lectura de la LEAC permite identificar diferentes obligaciones de información que persiguen detectar la posible existencia de un conflicto de intereses¹⁰. Asimismo, establece distintas prohibiciones para desarrollar determinadas actividades por parte de los cargos o empleados públicos que puedan generar un conflicto de intereses. También reconoce, aunque con menor detalle, otros mecanismos que con carácter complementario a los anteriores tratan de prevenir los conflictos de intereses a través de la formación, la información o el asesoramiento a los cargos públicos.

A continuación, se expone brevemente la regulación que hace la LEAC de estos mecanismos de prevención de los conflictos de intereses.

2.1. El deber de información sobre determinadas actividades, bienes o situaciones

El deber de información se concreta en la declaración por parte del alto cargo de información relativa a sus ingresos, actividades, patrimonio o intereses con el fin de poder identificar si concurre alguna situación que potencialmente o de manera efectiva pueda constituir un conflicto de intereses.

La lectura de la LEAC permite identificar los siguientes deberes de información para prevenir los conflictos de intereses:

A. El deber de información sobre las actividades desarrolladas

Los altos cargos deben declarar aquellas actividades que hayan realizado con anterioridad a la toma de posesión del cargo o las que realicen una vez que hayan cesado en el desempeño del mismo. Estas actividades deben declararse en el plazo de tres meses ante el Registro electrónico de Actividades de Altos Cargos a cargo de la Oficina de Conflictos de Intereses presentando un certificado de las dos últimas declaraciones anuales presentadas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art.16.1 y 16.2 LEAC).

Para las comprobaciones que se deban realizar, la Oficina de Conflictos de Intereses puede solicitar información al Registro Mercantil, al Registro de Fundaciones y a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. También puede obtener información directamente de la Agencia Estatal de la Administración

⁹ Véase al respecto el art.11. LEAC.

¹⁰ En estas páginas, la atención se centra en la regulación relativa a la Administración General del Estado prevista en la LEAC. Respecto a los mecanismos de prevención de los conflictos de intereses en la administración autonómica y local véase un análisis general en Cerrillo i Martínez (2014a).

Tributaria siempre que así lo haya autorizado el alto cargo (Art.16.1 y 16.2 LEAC).

El Registro electrónico de Actividades es público (Art.21. LEAC).

B. El deber de información sobre bienes y derechos

Los altos cargos deben informar de su patrimonio a través de la presentación al Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos del certificado de su última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio, si tienen obligación de presentarla o de un formulario cumplimentado equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Los altos cargos también deben aportar una copia de la declaración anual de la declaración correspondiente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas desde el inicio hasta el cese del cargo que deben acompañar de una certificación de la AEAT de estar al corriente de las obligaciones tributarias (arts. 17.2 y 17.3 LEAC). La presentación se debe llevar a cabo en el plazo de tres meses desde su toma de posesión y cese (art. 17.1 LEAC). Sin embargo, a diferencia de lo que hacía la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, la LEAC no prevé el deber de información del patrimonio de los familiares de los altos cargos¹¹. La LEAC tampoco establece que los altos cargos deban facilitar información sobre regalos, viajes y otros beneficios que pueda recibir tanto el propio alto cargo como los partidos, asociaciones o entidades en los que forme parte durante el ejercicio de su responsabilidad pública.

El Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales tiene carácter reservado (art. 21.3 LEAC). Únicamente tienen acceso al mismo, además del interesado, el Congreso de los Diputados, el Senado, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal (art. 21.3 LEAC). Sin embargo, se prevé que se publicará en el Boletín Oficial del Estado el contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos omitiéndose aquellos datos referentes a la localización de los bienes y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares (art. 21.5 LEAC).

2.2. La prohibición de desarrollar determinadas actividades: el régimen de incompatibilidades y prohibiciones y sus excepciones

La LEAC establece diversas obligaciones de hacer o de no realizar determinadas actividades donde puede surgir un riesgo de que exista un conflicto de intereses. Estas prohibiciones responden a una presunción *iuris et de iure* sobre la existencia de un riesgo para el interés general en el caso de que un alto cargo realice alguna de las actividades prohibidas. Más allá de lo previsto en la LEAC, el alcance de algunas de las previsiones vendrá determinado por otras normas, así como por los códigos de conducta de los altos cargos que se puedan adoptar¹².

A. El régimen de incompatibilidades y sus excepciones

La incompatibilidad es una prohibición de desarrollar otras actividades diversas a la actividad pública por parte de los cargos y empleados públicos durante el desarrollo

¹¹ En efecto, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado preveía que el cónyuge o persona con quien el alto cargo conviva en análoga relación de afectividad pueda voluntariamente formular la declaración de los bienes y derechos patrimoniales (art.12.1).

¹² Tanto la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno como la mayoría de leyes de transparencia autonómicas incorporan un código de conducta de los altos cargos. Véase al respecto Ponce Solé (2016).

de las responsabilidades públicas.

La LEAC prevé que los altos cargos deben ejercer sus funciones con dedicación exclusiva. De este modo, con carácter general no podrán desempeñar cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán percibir otras remuneraciones con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas o de una actividad privada simultánea (art. 13 LEAC).

A pesar de esta prohibición, la LEAC establece diferentes excepciones tanto para desarrollar actividades públicas como privadas.

B. El deber de abstención

Los altos cargos están obligados a no intervenir en un procedimiento administrativo concreto cuando su participación pueda generar un conflicto de intereses¹³. En este caso deberán abstenerse de participar en la decisión afectada por el conflicto de intereses.

Cuando un alto cargo se encuentra en una causa de abstención ello conllevará su sustitución en la tramitación del procedimiento administrativo en cuestión.

En particular, la LEAC se remite a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público para concretar las causas de abstención previstas entre las que destacan las siguientes¹⁴

- tener interés personal en el asunto de que se trate;
- ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado;
- tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados;
- compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato;
- tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de los interesados;
- haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate;
- tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

C. Las limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese: la prevención de las puertas giratorias

La LEAC persigue evitar que cuando un alto cargo ha cesado en su responsabilidad pública puede realizar una actividad laboral o profesional en la que se aproveche de los contactos o la información recopilada durante el ejercicio de su cargo¹⁵.

¹³ De todos modos, como apuntan Fernández Ramos y Pérez Monguió el deber de abstención “no es solo aplicable a la intervención en los procedimientos en sentido formal o estricto sino también a todo tipo de actuaciones administrativas” “no sólo a los actos resolutorios, sino también a los actos de trámite” (2012: 56 y 57).

¹⁴ Art.23.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁵ Al respecto, se puede traer a colación que es frecuente que los grupos de presión fichen como consejeros independientes a ex presidentes, ex ministros o ex secretarios de estado (Francés, 2013: 40, 120).

Con esta prohibición se pretende limitar los conflictos de intereses que se pueden derivar de las conocidas como puertas giratorias. Las puertas giratorias hacen referencia a aquellas situaciones en las que un cargo público una vez ha cesado de su responsabilidad accede a una entidad privada lo que puede llevar a favoritismos, abusos de poder, trato discriminatorio o ausencia de objetividad e imparcialidad. Las puertas giratorias constituyen una de las principales amenazas para la integridad de los altos cargos en la medida en que pueden condicionar las decisiones que tomen, entre otros motivos, por la voluntad de ganarse los favores de los que puedan ser sus futuros empleadores o por el uso de la información y los contactos adquiridos durante el ejercicio del cargo en beneficio propio o de terceros¹⁶.

Para evitar las consecuencias negativas que se pueden derivar de las puertas giratorias, la LEAC prevé que los altos cargos no podrán prestar servicios en entidades privadas (o en entidades que pertenezcan al mismo grupo societario) que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado durante los dos años siguientes a su cese (art. 15.1 LEAC). Tampoco podrán celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración pública en la que hubieran prestado servicios siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía (art. 15.5 LEAC).

En particular, según la LEAC un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

- cuando el alto cargo suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al derecho privado en relación con la empresa o entidad de que se trate;
- cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.

La propia LEAC prevé una excepción a la regulación en relación a aquellos altos cargos que quieran reincorporarse a la empresa privada en la que ya hubiesen ejercido su actividad profesional con anterioridad a ocupar dicho cargo¹⁷.

Para poder supervisar el adecuado cumplimiento de estas limitaciones, la LEAC prevé que durante el periodo de dos años los altos cargos deberán declarar a la Oficina de Conflictos de Intereses las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio quien se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar en el plazo de un mes (arts. 15.6 y 15.7 LEAC).

D. Las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias y control y gestión de valores y activos financieros

La LEAC también prevé que los altos cargos no podrán tener participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o empresas subcontratistas de otra que tenga contratos públicos, o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado (art. 14.1 LEAC).

¹⁶ Véase un análisis de los riesgos para la integridad que pueden generar las puertas giratorias en Cerrillo i Martínez (2016a).

¹⁷ Art.15.4 LEAC. De todos modos, como recordaba Jiménez Asensio, este supuesto es poco frecuente (1996: 257).

Esta limitación también se establece para las participaciones inferiores en el caso de sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, siempre y cuando supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación (art.14.2 LEAC).

La LEAC prevé que, en el plazo de tres meses, el alto cargo tendrá que enajenar o ceder a un tercero independiente las participaciones y los derechos inherentes a las mismas durante el tiempo en que ejerza su cargo (art.14.3 LEAC). Todo ello deberá declararse en el Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales y deberá contar con el informe favorable previo de la Oficina de Conflictos de Intereses (art.14.3 LEAC).

La LEAC también prevé que los altos cargos deberán contratar a una empresa autorizada a prestar servicios de inversión para la gestión y administración de las acciones y activos financieros. Estas empresas deberán administrar la cartera de valores exclusivamente de acuerdo con las directrices de rentabilidad y riesgo sin poder recibir instrucción alguna de los altos cargos (art.18 LEAC).

E. La prohibición de recibir regalos

La recepción de un regalo por parte de un alto cargo o empleado público puede poner en entredicho el desarrollo de su actividad de acuerdo con los parámetros de objetividad e imparcialidad¹⁸. De este modo, puede generar un conflicto de intereses.

La LEAC no ha previsto una prohibición de recibir regalos u otros beneficios por parte de los altos cargos. Sin embargo, sí lo ha hecho la LTAIBG que incorpora como principio ético que los altos cargos no aceptarán regalos, favores o servicios en condiciones ventajosas que superen los usos habituales, sociales o de cortesía y puedan condicionar el desarrollo de sus funciones¹⁹. Sin embargo, no se define ningún criterio para concretar el alcance de estos conceptos jurídicos indeterminados. Por ello, sería útil y oportuno como mínimo adoptar unos criterios, por ejemplo, estableciendo una cuantía máxima para los regalos²⁰.

F. Las prohibiciones de contratar

Las prohibiciones de contratar son aquellas causas que impiden adjudicar un contrato a determinadas personas. En la actualidad, el TRLCSP prevé diferentes supuestos en los que un empresario no podrá contratar con la administración pública²¹. Las finalidades de las diferentes prohibiciones de contratar son diversas. Su incumplimiento supondrá la nulidad del contrato²².

2.3. La información y la formación en materia de conflictos de intereses

El conocimiento de las situaciones que pueden comportar un conflicto de intereses y

¹⁸ Desde el punto de vista de la neurociencia se ha puesto de manifiesto la influencia subconsciente de los regalos en las decisiones que toman sus receptores (Mlodinow, 2013).

¹⁹ Algunas normas autonómicas han sido más taxativas al respecto. Véase al respecto la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (art. 55.1.m).

²⁰ Así lo ha hecho, por ejemplo, la Ordenanza de Transparencia y Buen Gobierno de la Diputación Provincial de Jaén [BOP 13 de marzo de 2015].

²¹ La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública ha ampliado los supuestos de exclusión que pueden prever las legislaciones estatales. Al respecto, Medina Arnáiz (2014), Fernández Mallol (2014).

²² Art. 32, b) TRLCSP.

de los diferentes mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico para prevenirlos constituye un potente instrumento para garantizar la integridad de los altos cargos.

En esta dirección, la LEAC prevé que los altos cargos deben conocer las obligaciones que conlleva el ejercicio de sus funciones y, en particular, de las obligaciones de declarar sus actividades y patrimonio en los diferentes registros²³. Para ello, es importante que puedan recibir una formación sobre esta cuestión²⁴.

Más allá de la formación que puedan recibir los altos cargos con carácter general, puede ser útil que puedan recibir un asesoramiento sobre las medidas a emprender ante una situación determinada. Para ello, la LEAC dispone que los altos cargos podrán formular en cualquier momento consultas sobre la procedencia de abstenerse en asuntos concretos a la Oficina de Conflictos de Intereses (art.12.5 LEAC).

3. La reacción frente la existencia de un conflicto de intereses

La reacción frente a un conflicto de intereses que ya ha surgido o se ha manifestado puede canalizarse a través de diferentes mecanismos. En esta dirección, la LEAC prevé un régimen sancionador para aquellos supuestos en que se infrinjan las diferentes normas reguladoras de los conflictos de intereses²⁵.

Este régimen complementa otros mecanismos de reacción ante los conflictos de intereses como la anulación de las decisiones afectadas para corregir las consecuencias materiales que se puedan derivar de la existencia del conflicto de intereses u otras consecuencias sobre los propios afectados que pueden ser de orden disciplinario o, incluso, penal²⁶.

Por lo que respecta a las sanciones, se consideran infracciones muy graves el incumplimiento de las normas de incompatibilidades; la presentación de declaraciones con datos o documentos falsos y el incumplimiento de las obligaciones en relación con la gestión de acciones y participaciones societarias (art. 25.1 LEAC). Entre las infracciones graves, la LEAC incluye la no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes registros, tras el apercibimiento para ello; la omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en la LEAC y el incumplimiento reiterado del deber de abstención (art. 25.2 LEAC). Finalmente, se considera infracción leve la declaración extemporánea de actividades o de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el requerimiento que se formule al efecto (art. 25.3 LEAC).

Respecto a las sanciones, las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 26.1 LEAC). Además, la sanción por infracción muy grave comprenderá la destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos; la pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese en el caso de que la llevara aparejada; la obligación de restituir las cantidades que, en su caso, se hubiesen percibido indebidamente en relación a la

²³ Véase en esta dirección lo previsto en el art.10.1 LEAC.

²⁴ Véase al respecto el art.10.2 LEAC.

²⁵ Asimismo, debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre que, según Descalzo “consagra un régimen sancionador que tiene en las infracciones en materia de conflicto de intereses un pilar fundamental” (Descalzo González, 2017).

²⁶ Véase, en este sentido, el art. 441 CP.

compensación tras el cese (art. 26.2 LEAC). Además, las personas que hayan cometido las infracciones muy graves o graves no podrán ser nombradas para ocupar ninguno alto durante un periodo de entre 5 y 10 años (art. 26.4 LEAC). Las faltas leves se sancionarán con amonestación (art. 26.5 LEAC).

4. Los mecanismos de vigilancia y control: la Oficina de Conflictos de Intereses

La prevención y la reacción frente a los conflictos de intereses exigen la existencia de una infraestructura institucional que vele por su cumplimiento y dé apoyo a los altos cargos en el cumplimiento de las obligaciones y las prohibiciones previstas²⁷.

En la Administración General del Estado, el seguimiento y la gestión de la normativa sobre conflictos de intereses corresponden a la Oficina de Conflictos de Intereses. La Oficina de Conflictos de Intereses es el órgano competente para la gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos y del resto de obligaciones previstas en la LEAC.

La LEAC le ha querido dotar “de una mayor garantía de competencia y elevando su rango administrativo y el control parlamentario del candidato elegido para el nombramiento” (Preámbulo LEAC). De este modo, la Oficina de Conflictos de Intereses actúa con plena autonomía funcional (art. 19.1 LEAC). Sin embargo, en su configuración no dejar de ser un órgano adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, lo que constituye un límite significativo en su eficacia e independencia en materia de prevención de los conflictos de intereses²⁸.

Entre otras funciones, la Oficina de Conflictos de Intereses gestiona el régimen de incompatibilidades de los altos cargos; requiere a quienes sean nombrados o cesen en el ejercicio de un alto cargo el cumplimiento de las obligaciones previstas en la LEAC, lleva y gestiona los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, instruye los expedientes sancionadores y elabora los informes previstos en la LEAC²⁹.

5. Valoración final: una oportunidad perdida para innovar en la prevención de los conflictos de intereses

La pluralidad de mecanismos para prevenir y hacer frente a los conflictos de intereses que incorpora la LEAC constituye un valioso instrumento para fortalecer la integridad pública, luchar contra la corrupción y, en última instancia, favorecer el buen gobierno³⁰.

²⁷ En esta dirección se puede traer a colación, por todos, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción prevé que cada estado parte garantizará la existencia de un órgano o diversos órganos encargados de luchar contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley, prevenirla a través de la aplicación de las políticas de prevención, supervisar y coordinar la puesta en práctica de las diferentes políticas y educar y difundir los conocimientos en materia de prevención de la corrupción (arts. 6 y 36).

²⁸ Como recuerdan Pérez Monguió y Fernández Ramos el avance que supone que la Oficina de Conflictos de Intereses pase de ser una subdirección general a una dirección general es francamente escaso (Pérez Monguió y Fernández Ramos, 2016, 49). Igualmente, Descalzo critica que este órgano está carente no sólo de independencia sino también de autonomía (Descalzo González, 2017).

²⁹ Véanse al respecto, los arts. 19.4, 22, 23, 24 y 27.2 LEAC.

³⁰ Al respecto, Descalzo recuerda como “la lucha contra las malas prácticas personales detectadas en el interior de las organizaciones públicas nutre y da sentido a la actual idea del buen gobierno en nuestro Derecho” (Descalzo González, 2017). A pesar de ello, Bassols Coma señala que resulta

Sin embargo, la aprobación de esta norma no ha sido suficientemente ambiciosa para mejorar el régimen jurídico de la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado y hacer frente de manera más sólida a las limitaciones que en la práctica se están observando en la aplicación de esta regulación³¹. De hecho, tal y como se desprende de la lectura de las páginas precedentes, no se observa que la LEAC constituya una novedad significativa en la regulación de los mecanismos de prevención de los conflictos de intereses que existían en España a pesar de la voluntad manifestada en el Plan de Regeneración Democrática de reforzar los mecanismos para luchar contra la corrupción³².

En primera instancia, se puede observar que la LEAC ha restringido la noción de conflicto de intereses respecto a su precedente Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado que se refería al conflicto de intereses como cualquier situación en la que se encuentre el alto cargo y no únicamente a cuando se tome una decisión. También se aleja de las definiciones realizadas a nivel internacional por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos o el Consejo de Europa.

Por lo que respecta a los deberes de información y a los diferentes mecanismos previstos al respecto, no se puede desconocer que la regulación vigente está más orientada al cumplimiento formal de dichos deberes que al aseguramiento de la calidad de la información facilitada. De hecho, en la práctica se pueden observar las limitaciones de este mecanismo. En esta dirección, se puede traer a colación el informe elaborado por la Oficina Antifrau de Cataluña donde se observa que, con frecuencia, los altos cargos presentan declaraciones incompletas o no se modifican las declaraciones realizadas cuando varían las circunstancias declaradas³³.

Respecto a las prohibiciones de desarrollar determinadas actividades también se observan diferentes limitaciones en la legislación vigente. Tal vez la primera limitación esté vinculada a la propia eficacia de las normas ante la dificultad de comprobar, por ejemplo, la concurrencia de alguna causa de abstención durante la tramitación de un determinado procedimiento administrativo. Asimismo, a pesar de la regulación vigente, las previsiones incorporadas en la LEAC no son suficientes para evitar los conflictos de intereses cuando se producen las puertas giratorias tal y como con frecuencia nos recuerdan los medios de comunicación. Por ello, para prevenir los conflictos de intereses sería necesario complementar estas medidas con otras como el fortalecimiento del compromiso ético de los altos cargos; la prohibición de que la información conocida en el ejercicio del cargo pueda ser utilizada en beneficio propio o de terceros mientras no sea accesible para el resto de los ciudadanos; el conocimiento público de la actividad desarrollada tanto durante el ejercicio del alto cargo como con posterioridad a su cese o la regulación de la actividad de influencia o *lobby* por parte de los grupos de presión³⁴.

sorprendente que la LEAC omita toda referencia a la corrupción (Bassols Coma, 2015).

³¹ En la misma dirección Pérez Monguió y Fernández Ramos (2016: 49).

³² Al respecto se puede traer a colación el informe sobre la gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña elaborado por la Oficina Antifrau de Cataluña que observa que "las instituciones y sus representantes perciben las herramientas de gestión de los conflictos de interés como meras obligaciones formales que se deben cumplir en vez de verdaderos instrumentos para asegurar la imparcialidad y la objetividad de sus servidores públicos" Oficina Antifrau de Catalunya (2016: 153).

³³ Oficina Antifrau de Catalunya (2016: 13).

³⁴ Algunas comunidades autónomas han regulado la actividad de influencia de los grupos de presión.

Además, sería necesario reforzar algunas de las prohibiciones que en la actualidad se definen de manera un tanto laxa. Este sería el caso de la prohibición de recibir regalos. Probablemente la mejor manera de dar respuesta a los riesgos para la integridad pública que se pueden derivar de la recepción de regalos por parte de los altos cargos y evitar que puedan surgir conflictos de intereses por este motivo sería simplemente prohibir la posibilidad de que los altos cargos puedan recibir regalos. Si no, como mínimo sería oportuno fijar un valor económico máximo de los regalos que se pueden recibir y dar la máxima publicidad a la recepción de regalos, como mecanismo para evitar los conflictos de intereses a través de la creación de un registro público o la difusión de un listado en el portal de transparencia.³⁵

Además, más allá de definir unas sanciones que puedan tener un mayor efecto disuasorio, sería preciso asegurar la aplicación del régimen sancionador ante las infracciones de lo previsto en la LEAC. En esta dirección, llama poderosamente la atención que, según el Informe sobre el cumplimiento de los altos cargos de las obligaciones previstas en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en el primer semestre de 2016 únicamente se ha incoado un procedimiento sancionador en aplicación de la LEAC y se han resuelto 3³⁶.

Asimismo, sería necesario fortalecer los mecanismos de vigilancia y control y, en particular, la Oficina de Conflictos de Intereses³⁷. La Oficina de Conflictos de Intereses debería reforzar su autonomía y dotarse de mayores recursos. También, debería ampliar sus funciones en relación al fomento y el control de la integridad en las administraciones públicas y el análisis e investigación de denuncias relativas a conflictos de intereses. Además, sería útil que pudiese contar con la colaboración ciudadana en la prevención de los conflictos de intereses. Para ello, la Oficina de Conflictos de Intereses debería establecer canales para la denuncia o la información sobre conflictos de intereses y garantizar la protección de los denunciantes e informantes³⁸.

En última instancia, se podrían incorporar otros instrumentos que en otras latitudes ya han empezado a tener resultados positivos como, por ejemplo, los pactos de integridad. Los pactos de integridad son un acuerdo entre una administración pública y las empresas licitadoras o las asociaciones o entidades que

Al respecto, podemos traer a colación la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Catalunya (arts. 45 y ss).

³⁵ Al respecto, se puede observar como algunos códigos de buen gobierno establecen el valor máximo que pueden tener los regalos de acuerdo a los usos habituales, costumbres sociales o atención protocolaria. En particular, por ejemplo, el Código ético institucional de la Xunta de Galicia establece 90 euros; el Acuerdo de 5 de noviembre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid establece 50 euros no pudiéndose acumular de regalos por un valor superior a 150 euros provenientes de una misma persona o el Código de Conducta y Buen Gobierno del Ayuntamiento de Torrelavega que prevé un máximo de 20 euros. Asimismo, en algunos casos se prevé la creación de un registro de regalos, como, por ejemplo, en el caso del Ayuntamiento de Madrid.

³⁶ Resolución de 20 de julio de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (BOE núm. 179 de 26 de julio de 2016).

³⁷ En esta dirección, resulta de interés la comparecencia del profesor Agustí Cerrillo en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados en relación con las iniciativas sobre la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo que se refiere al proyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado el 24 de abril de 2014 (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 549 :10).

³⁸ Sobre la colaboración ciudadana en la prevención de los conflictos de intereses, véase, Cerrillo i Martínez (2014b).

representen sus intereses por el que se comprometen a seguir un procedimiento de contratación transparente y evitar cualquier práctica que pueda ser considerada como corrupción³⁹.

En conclusión, la LEAC ha consolidado un sistema de prevención de los conflictos de intereses que se impulsó con la aprobación de la Ley 5/2006, de 10 de abril. Sin embargo, tal y como se desprende de la lectura de las páginas precedentes, no se observa que la LEAC constituya una novedad en la regulación de los mecanismos de prevención de los conflictos de intereses ni de respuesta a algunos de los problemas que se han observado en su aplicación⁴⁰. En efecto, la LEAC no ha supuesto una innovación del régimen de prevención de los conflictos de intereses que permita fortalecer suficientemente los mecanismos para garantizar la integridad pública y dar respuesta a la baja efectividad de los mecanismos que han estado vigentes hasta el momento de su aprobación.

Bibliografía

- BASSOLS COMA, M. (2015). "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo* (172), pp. 27-60.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2010). "Ética pública y normativa administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 181, pp. 9-37.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014a), *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014b). "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 35, pp. 43-71.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016a), *Beyond Revolving Doors: The Prevention of Conflicts of Interests through Regulation*, Public Integrity.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016b). "Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos". En: GIMENO FELIÚ, J. M., VILLOIRA MENDIETA M. y TEJEDOR BIELSA J.C. (Eds.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona, Atelier, pp.185-211.
- DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2017). "El buen gobierno de los altos cargos", *Revista General de Derecho Administrativo*, 44.
- FERNÁNDEZ MALLOL, A. L. (2014). "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno", *Revista española de la Administración local y Autónoma*, 2 (julio-diciembre).
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2012), *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- FRANCÉS, J. (2013), *¡Qué vienen los lobbies!*, Destino, Barcelona.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1996), *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*, Instituto Vasco de

³⁹ Véase al respecto, Cerrillo i Martínez (2016b).

⁴⁰ Al respecto se puede traer a colación el informe sobre la gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña elaborado por la Oficina Antifrau de Cataluña que observa que "las instituciones y sus representantes perciben las herramientas de gestión de los conflictos de interés como meras obligaciones formales que se deben cumplir en vez de verdaderos instrumentos para asegurar la imparcialidad y la objetividad de sus servidores públicos" (Oficina Antifrau de Catalunya, 2016: 153).

- Administración Pública, Oñati.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2014). “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”. En: FERNÁNDEZ TORRES, J. R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Eds.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, pp. 299-344.
- MLODINOW, L. (2013), *Subliminal: Cómo el inconsciente gobierna tu comportamiento*, Crítica, Barcelona.
- OECD. (2003), *Recommendation of the Council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, París.
- OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA. (2016), *La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya*, Oficina Antifrau de Catalunya, Barcelona.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016). *El estatuto de los altos cargos*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- PONCE SOLÉ, J. (2016). “Códigos éticos y de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales”. En: VILLORIA MENDIETA, M. (Ed.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Madrid, Tecnos, pp. 257-286.

La gobernanza económica de la Unión Europea: ¿activar los frenos de emergencia?¹

The economic governance of the European Union: activate the emergency brakes?

Pedro Chaves Giraldo
Asesor político en el Parlamento europeo
pedro.chavesgiraldo@europarl.europa.eu

Recibido / received: 09/10/2016
Aceptado / accepted: 30/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3644>

Resumen

El presente artículo se propone abordar una cuestión: el impacto de la Nueva Gobernanza Económica (NGE) en la UE en lo que hace a la calidad democrática del proceso de integración europea y a la legitimidad del mismo. El texto aborda aspectos como el impacto de la gestión económica de la crisis en la confianza ciudadana en el proceso de integración europea; el fin de la idea de la unidad europea como un proceso progresivo, incremental e irreversible. Por último, intentaré poner de manifiesto hasta qué punto la NGE supone un cambio en la naturaleza constitucional de la Unión con severas implicaciones en la calidad democrática del proceso decisional.

Palabras clave

Unión Europea, democracia y legitimidad, gobernanza económica, crisis económica, euro.

Abstract

This paper aims to address one issue: the impact of the New Economic Governance (NGE) in the EU on the democratic quality of the European integration process and its legitimacy. The text addresses aspects such as the impact of economic crisis management on citizen confidence in the process of European integration. The end of the idea of European unity as a progressive, incremental and irreversible process. Finally, I will try to show how much the NGE implies a change in the constitutional nature of the Union with severe implications in the democratic quality of the decision-making process.

¹ Quiero agradecer a los revisores por sus valiosas aportaciones, creo que han hecho posible que el texto sea ahora mejor que en su versión inicial, siendo mía, obviamente, la responsabilidad por los resultados. Deseo dar las gracias también a Sigfrido Ramírez, a Christakis Georgiou y a Dimitri Zurstrassen por su tiempo y disposición para discutir de estas y otras ideas alrededor del futuro de la UE.

Keywords

European Union, Democracy and legitimacy, Economic governance, Economic crisis, euro.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La crisis económica y sus consecuencias no previstas. 3. Los datos demoscópicos y la crisis de la unión. 4. La NGE y la democracia. 5. Una gobernanza económica que se pretende despolitizada. 6. La crisis del “consenso constitucional”. 7. Un nuevo equilibrio institucional. 8. Conclusiones.

1. Introducción

Walter Benjamin (2008: 70) polemizó contra la idea ingenua de las revoluciones como locomotoras de la historia mundial. En sus Tesis *Sobre el concepto de Historia* se planteaba, más bien, que si se permitía que la locomotora circulara —a más velocidad si cabe— por los mismos railes construidos por las sociedades anteriores, lo más probable es que nos precipitésemos inexorablemente hacia el abismo, hacia un desastre mayúsculo. “Pero tal vez se trata de algo por completo diferente — plantea Benjamin—. Tal vez las revoluciones son el manotazo hacia el freno de emergencia que da el género humano que viaja en ese tren”.

Sugerir esta imagen, en un artículo donde se aborda la cuestión de la gobernanza económica de la Unión, puede parecer significar un posicionamiento cercano al tradicional euroescepticismo que ha conocido en la victoria del *Brexit* un singular momento de gloria. Pero no es el caso. En esta ocasión activar los frenos de emergencia puede servir para interrogarse abiertamente por la dirección del viaje, por la velocidad del tren, por el modo en el que se construyen las vías y estaciones. En particular, y por lo que hace a la gobernanza económica y al euro, sobre la relación entre su institucionalidad y los resultados de la misma tanto en términos sustantivos como en lo que hace a la correspondencia con la democracia y la legitimidad. Porque la realidad económica, social y política pone en cuestión la conveniencia de seguir el rumbo y la velocidad, como si nada ocurriera. Sin cambios sustantivos el descarrile del tren puede considerarse como muy probable. De hecho, probablemente nunca antes una crisis europea había suscitado una ola tan extendida de preocupación sobre el futuro mismo del proceso de integración.

El presente artículo se propone abordar una cuestión: el impacto de la NGE en la UE en lo que hace a la calidad democrática del proceso de integración europea y a la legitimidad del mismo. Para ello explicaré en la primera parte el significado de la crisis económica como crisis del euro y como crisis de las expectativas respecto a la integración económica. Es importante este hecho, aparentemente alejado de la pretensión enunciada del artículo, porque el impacto de la crisis económica ha quebrado dos ideas recurrentes que formaban parte del *mainstream* político y académico hasta el momento: la primera es la idea de “Una Unión para todos”, un enunciado que hacía referencia a que el proceso de integración no sólo concernía a todos los países participantes, sino que se presumía que el proceso mismo estaba pensado para garantizar niveles crecientes de homogeneidad y encuentro en todos los planos. La segunda idea quebrada al calor de los efectos de la crisis es que el proceso de integración europea debía entenderse como un proceso incremental y progresivo. Es decir, los pasos en el proceso de integración, fueran grandes o pequeños, eran irreversibles y acumulativos. Lo que tenía una incidencia adicional en la articulación y

funcionamiento de las instituciones: a más integración más importancia de las instituciones supranacionales (Comisión y Parlamento) y una subordinación creciente de la lógica intergubernamental a esta inexorable, a lo que parecía, tendencia.

El resultado de los cambios introducidos por la gobernanza económica ha impactado en la opinión pública y han afectado a la legitimidad del proceso mismo de integración, cosa que intentaré mostrar en este trabajo. Por último, propondré una interpretación de la NGE y de su impacto.

2. La crisis económica y sus consecuencias no previstas

Los efectos de la crisis económica en Europa resultan suficientemente conocidos para no insistir particularmente en los mismos. No obstante, las cifras resultan abrumadoras en materia de desempleo, pobreza y crecimiento de la desigualdad.

Según Eurostat (2016) la tasa de paro para agosto de 2016 quedaba establecida en el 10,1% en la zona euro y en el 8,6% en el conjunto de la Unión. Con el mantenimiento de disparidades notables entre las tasas de paro de Alemania (4,2%) o la República Checa (3,9%) y Grecia (23,4%) o España (19,5%). Con los actuales datos el paro se encuentra a niveles de 2009 y la variación respecto a 2015 es relativamente pequeña: ha disminuido en 40 mil personas en los 28 y ha aumentado en 8 mil personas en la zona euro. Lo que resulta relevante en relación con las expectativas iniciales es que desde 2008, el origen de la crisis, las disparidades en las tasas de empleo y de paro se han incrementado de forma particularmente más marcada en el seno de la zona euro (Bruno, 2015: 16-22).

Otros datos económicos ponen de manifiesto la creciente dualización social²: 125 millones de pobres en Europa hoy y una concentración creciente de la riqueza. Según muestra el siguiente gráfico publicado en el Informe de OXFAM (2015: 19), la distribución de la riqueza en Europa está produciendo un creciente desequilibrio social con consecuencias políticas y culturales de todo tipo (Gráfico 1).

El debate sobre la desigualdad y sus efectos ha conocido una popularidad inesperada después del trabajo de Thomas Piketty (2014). Un monumental trabajo de investigación colectiva donde, en particular, dos de las conclusiones resultan relevantes para lo que nos ocupa: la condición política de la distribución económica, y ésta como la resultante de un conflicto estructural en el que están involucradas varias variables. Es decir, la igualdad o la desigualdad no son un fenómeno natural, sobrevenido en función de decisiones económicas más o menos acertadas. Dice Piketty (2014: 36): “La primera conclusión es que hay que desconfiar de todo determinismo económico en este asunto: la historia de la distribución de la riqueza es siempre profundamente política y no podría resumirse en mecanismos puramente económicos”.

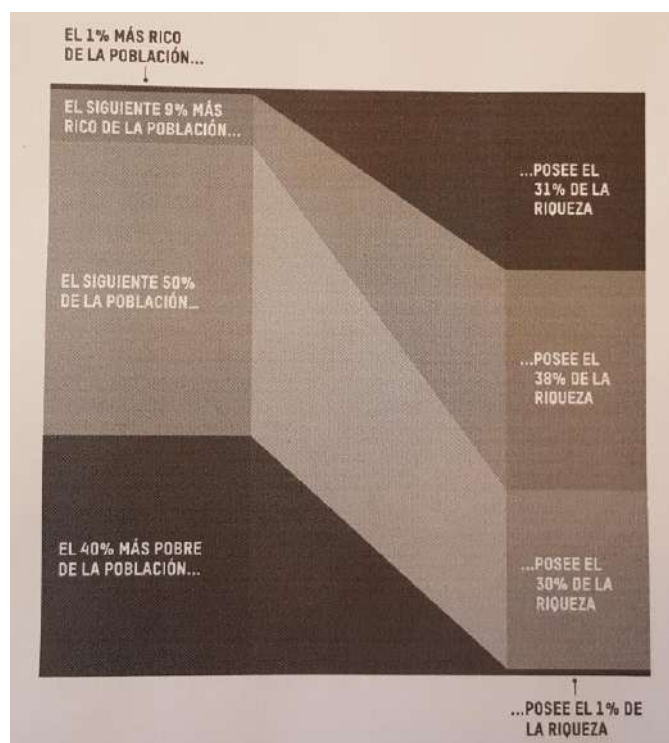
Pero no es el único trabajo sobre la materia, amén de una buena cantidad de informes de organismos oficiales –incluidos la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE, 2016) y el Banco Mundial. Por ejemplo, Göran Therborn (2015) defiende la idea de la desigualdad como un orden sociocultural y de cómo los procesos de distribución están interconectados a través de lo que hemos denominado “globalización”. En términos más directamente politológicos conviene recordar que tanto para la teoría liberal como para la teoría neoclásica, la pluralidad

² Aunque no es motivo de este trabajo, conviene no perder de vista los conocidos efectos de la desigualdad económica en la desigualdad política.

de actores es una garantía de libertad y democracia. La concentración de la riqueza y la desigualdad que lleva aparejada es la antesala de todas las tiranías (Crouch, 2016).

Junto a la creciente dualización social que expresaba, entre otros, el informe de Oxfam, comprobamos el mismo proceso en materia económica: el incremento de la divergencia desde 2010. La aparente convergencia que se había producido entre el norte y sur de Europa entre 2000 y 2010 –el sur crecía más deprisa que el Norte, sus salarios medios se incrementaban y aumentaba también su gasto público,

Gráfico 1. La distribución de la riqueza en Europa según OXFAM



Fuente: OXFAM, Basado en datos de Credit Suisse.

especialmente en el ámbito social- contribuía, de hecho, a reforzar la competitividad de los países del norte y a degradar la de los países del Sur. Los desequilibrios reales relacionados con una diferente estructura de costes y de saldo exterior se cobraron su buena factura con el comienzo de la crisis a partir de 2008.

Podríamos convenir en que se han formado tres grupos de países con un comportamiento claramente diferenciado: un pequeño núcleo formado por Alemania, Países-Bajos y Austria que presentan cuentas saneadas, excedentes exteriores considerables (7,8% del PIB en Alemania y 10,6% en los Países Bajos), prácticamente ausencia de desempleo y que superaron en 2014 los indicadores de producción de antes de la crisis.

En el lado opuesto los países del sur (Italia, España, Portugal y Grecia) combinan un importante retroceso de su producción en relación con 2007, tasas de paro elevadas o muy elevadas y déficits presupuestarios importantes. Un tercer grupo de países, Francia sería el ejemplo, combinan datos positivos, como haber superado en 2014 los niveles de producción pre-crisis con niveles de desempleo en la zona media; déficits elevados o saldos exteriores negativos.

Pero tal y como señala Stiglitz (2016: 47) o Fitoussi (2010: 247-268), junto a las diferencias económicas han aparecido importantes divergencias respecto a las convicciones y las actitudes, a los aspectos normativos sobre lo que debe esperarse de una buena sociedad o de una sociedad bien gobernada y a la capacidad de cooperación y solidaridad entre ellas.

El modo en el que se implantó el euro ha estado siempre sometido a sospecha. Se han criticado, básicamente, dos aspectos: el primero que la puesta en marcha de la moneda única no se acompañó de otras instituciones imprescindibles para garantizar la solvencia y legitimidad de la moneda; el segundo tipo de críticas se refiere al hecho de que el euro no fue acompañado de otras medidas macroeconómicas que evitaran el impacto asimétrico de futuras crisis económicas en economías claramente diferentes. Stiglitz (2016: 39) sugiere que el principal factor que permite el funcionamiento óptimo de una moneda única es un “parecido suficiente entre los países”. A su juicio la centralidad de las preocupaciones presupuestarias, bautizadas finalmente como *criterios de convergencia*, conducían, en realidad, a hacer más divergentes las economías. La desigualdad entre países junto a las obligaciones presupuestarias impuestas por los criterios de convergencia contribuían ellas mismas a la divergencia. Ésta es también la opinión de Aglietta (2014: 94-95) para quien la convergencia nominal de las tasas de interés debidas a la unificación financiera ha conducido a una divergencia real de las economías. Su opinión es que las autoridades alemanas son, en su mayor parte, las responsables de la obsesión presupuestaria, exigencias obligatorias que impedirían los déficits excesivos y que dieron como resultado el Pacto de Estabilidad adoptado en Amsterdam el 17 de junio de 1997. Para Aglietta “ese pacto consagraba anticipadamente la condición incompleta del euro”.

A eso se ha unido un presupuesto europeo claramente insuficiente y la ausencia de instituciones políticas en condiciones de asegurar la legitimidad de la moneda única y de las decisiones vinculadas a las respuestas post-crisis. Ha faltado el orden constitucional que está explícito en la aceptación social de una moneda y que garantiza su viabilidad económica y también política. Esto es tanto más llamativo, cuanto que el euro no ha dejado de ser, desde el comienzo y por encima de otras cosas, un proyecto político. Algunas reflexiones sugieren (Poiates, 2012) que el real déficit democrático de la UE es la ausencia de políticas europeas y que la condición para un cambio es, entre otras “...an EU Budget capable of providing the Union with necessary financial muscle to address and prevent future crisis”.

En términos más doctrinariamente económicos, el euro no reunía alguna de las condiciones básicas para ser una *zona monetaria óptima* y no fue capaz de dotarse de los dispositivos adecuados para responder a las situaciones de crisis: ajuste de precios y salarios, ajustes presupuestarios internos, movilidad de la mano de obra y un mecanismo de transferencias presupuestarias entre los estados miembros.

La realidad muestra que las expectativas iniciales respecto a la articulación virtuosa entre mercado único y moneda única están lejos de haberse satisfecho. Si la implantación de la moneda única debía incrementar la competencia, permitir una convergencia de precios y una mejor distribución de recursos sobre el territorio y reforzar la unión económica, tales cosas no han ocurrido como hemos visto y las previsiones apuntan a una tendencia divergente que se va a consolidar. Para 2017 se espera que el PIB por habitante sea un 50% inferior a la media europea en Grecia y Portugal, un 23% menos en España, un 17% en Italia, mientras que en Alemania será un 21% superior.

Conviene, en este punto incorporar un argumento que nos ayuda a dimensionar la crisis política de la Unión: la crisis es, sobre todo, el resultado de la insostenibilidad de la arquitectura institucional de la Unión (Joerges, 2014: 25-45). En el epicentro de este omnicompreensivo análisis la articulación de dos procesos: la ambición democrática del proceso de integración y su sujeción a la ley y por otro lado los problemas de legitimidad relativos a la construcción de un mercado sin Estado. El entrecruzamiento de ambas dinámicas pudo parecer virtuoso mientras el proceso de integración europeo generaba ganadores netos, pero la crisis puso de manifiesto que la regulación económica de la crisis producía ganadores y perdedores y la estructura institucional parecía carecer de mecanismos que garantizaran la legitimidad de la actuación de las instituciones de la UE ante el conjunto de la sociedad europea. Es el fin del famoso “consenso permisivo” y la apertura de un proceso de politización creciente de los diferentes demos de Europa en relación con el proceso de integración.

3. Los datos demoscópicos y la crisis de la unión

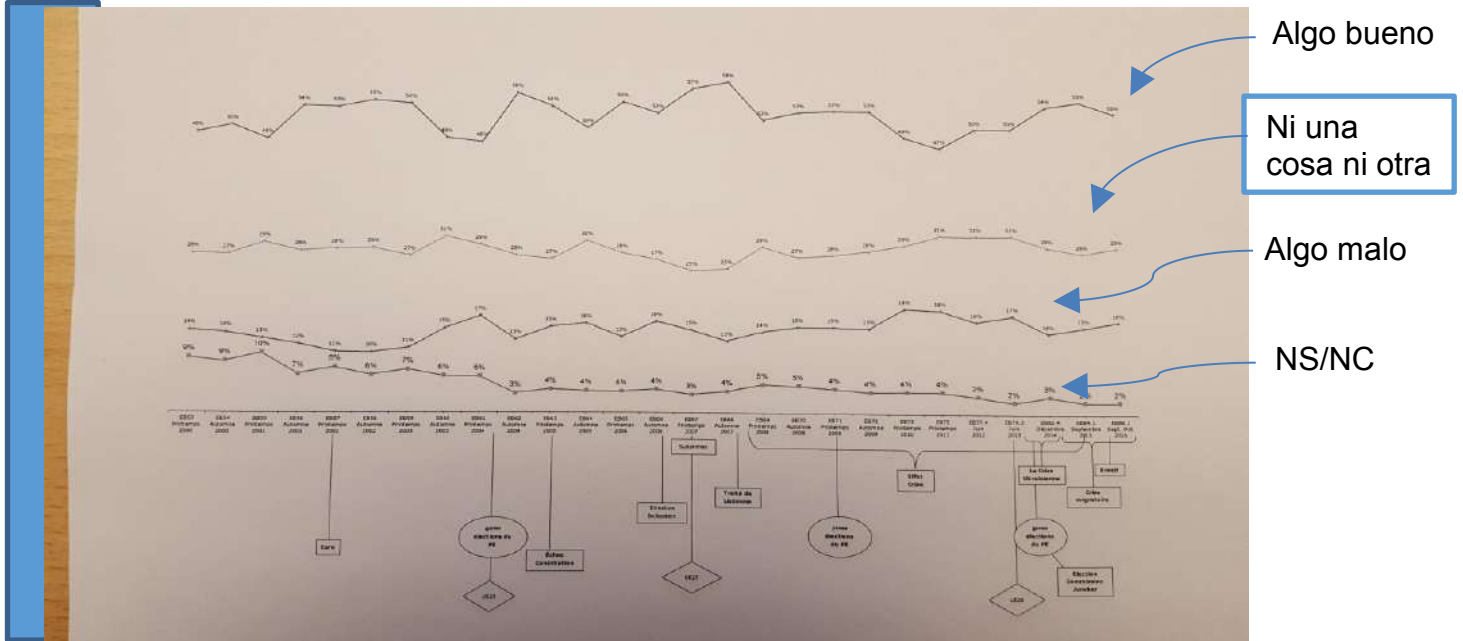
Los datos que ponen de relieve que la Unión no camina en la dirección de la convergencia sino de la divergencia son consistentes y perturbadores. La situación se hace particularmente crítica porque a la visibilidad de una realidad que cuestiona el ideal de la convergencia se suman las consecuencias de “políticas públicas” de nivel europeo que tienen un impacto asimétrico en los diferentes países. Uno de los impactos no previstos de esta situación ha sido el incremento significativo de la politización alrededor de la intervención europea, particularmente intensa en los países del sur de Europa, una caída consistente del apoyo al proceso de integración y una creciente crisis de legitimidad del proyecto mismo.

Las encuestas (EPRS, 2015; Debomy, 2013; Bréchon, 2014; Hobolt, 2015) reflejan al menos cuatro períodos en relación a la oscilación de la opinión pública respecto al proceso de integración europea. A partir de finales de 2007 comienza el cuarto período, en el que nos encontramos, y en el que los indicadores declinan de manera significativa hasta finales de 2013 para comenzar a recuperarse ligeramente desde la primavera de 2014.

En el otoño de 2007, el 58% de los europeos juzgaban que la pertenencia de su país (Gráfico 1) a la UE era una buena cosa (contra un 13% que pensaban que era negativa; un 25% ni buena ni mala y un 4% de no-respuestas). Este resultado se establecía a continuación en un 52%, después en un 53% hasta el otoño de 2009, y finalmente en 49% en la primavera de 2010, es decir, una bajada global de nueve puntos. En el intervalo, el número de los que juzgaban como una mala cosa la pertenencia de su país a la Unión aumentaba cinco puntos, permaneciendo minoritario en un 18%.

Gráfico 1: Pertenencia a la Unión Europea

De manera general, ¿piensa usted que para (NUESTRO PAÍS), formar parte de la Unión Europea es...?

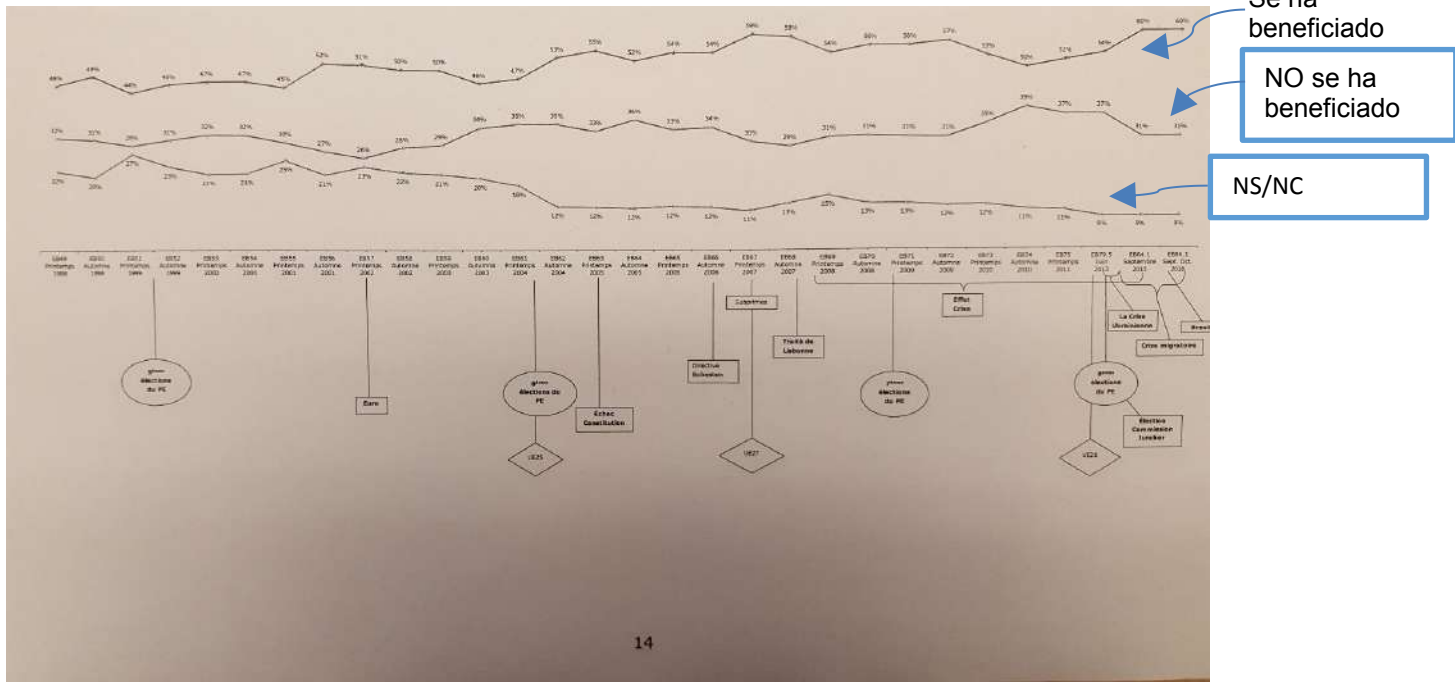


Fuente: Nancy, J. (2016) *Grandes évolutions de l'opinion publique à l'égard de l'Union européenne.*

El porcentaje de ciudadanos para los cuáles su país se había beneficiado (Gráfico 2) de su pertenencia a la Unión se establecía en un 58% en el otoño de 2007 (contra un 29%, con un 13% de no respuestas), después un 54% en la primavera de 2008, remontaba ligeramente al 56%, después al 57% hasta el otoño de 2009, para bajar de nuevo al 53% en la primavera de 2010 (menos de cinco puntos desde el comienzo de este período) y al 50% en el otoño (ocho puntos menos). Durante esta última oleada de encuestas, el 39% se decían de acuerdo con la idea de que su país no había sacado beneficio de su pertenencia a la UE (con 11% de no respuestas), es decir diez puntos más en tres años: la distancia entre respuestas afirmativas y negativas se ha aproximado.

Gráfico 2: Beneficio por la pertenencia a la UE

Considerando todos los aspectos, ¿cree usted que (NUESTRO PAÍS), se ha beneficiado o no de su pertenencia a la Unión Europea?



Fuente: Nancy, J. (2016) *Grandes évolutions de l'opinion publique à l'égard de l'Union européenne*

Comparando estos resultados con los de los períodos precedentes se constata que el nivel del primer indicador³ se encontraba, en la primavera de 2010, ocho puntos por debajo del de la primavera de 1985, 22 puntos por debajo del techo de la primavera de 1991 y próximo a su mínimo histórico después de 25 años.

Para el segundo indicador, en el otoño de 2010 el resultado era idéntico. Durante esta última oleada de encuestas, ese resultado era 9 puntos inferior al máximo conocido en la primavera de 1991 y al de 2007, pero sensiblemente superior (de nuevo 9 puntos) a su mínimo histórico de la primavera de 1997.

Estos dos datos son relevantes entre otras razones por la siguiente: hasta el comienzo de la crisis la evaluación de la UE era claramente favorable en relación con los gobiernos y la gestión de los asuntos nacionales. El acercamiento entre ambos tipos de respuesta pone de manifiesto la pérdida definitiva de la condición de la UE como un espacio despolitizado y de gestión eficiente de los procesos económicos. La UE pasa a ser percibida en el mismo espacio de comprensión que los gobiernos y las instituciones nacionales y sufre del mismo descrédito, desafección y desconfianza. Dicho de otro modo, si hasta el comienzo de la crisis los gobiernos eran el problema y la UE podía imaginarse como una eventual

³ 1) pertenencia: De manera general, piensa usted que el hecho para (su país) de formar parte de la Unión Europea es: ¿una buena cosa/una mala cosa/Una cosa ni buena ni mala? (NSP). 2) Beneficio: Considerando todos los aspectos: ¿cree usted que (su país) ha sido beneficiado o no por su pertenencia a la UE? Beneficiado/No beneficiado/ (NSP).

alternativa, después de los dos primeros años, la UE pasa a ser valorada de manera similar que los gobiernos nacionales.

El caso griego es paradigmático: solo hasta después de los dos primeros años de la crisis, el apoyo a la UE no decae de manera significativa; durante ese primer período el actor señalado con el dedo por su nefasta gestión es el Fondo Monetario y la UE aparece incluso, frente a toda evidencia, como un freno a la presión de los organismos internacionales y una alternativa posible a la política de recortes. Solo después de ese período de tiempo, la evidencia del papel jugado también por la Unión inclina la balanza a favor de las críticas a la UE.

Durante este período, sin embargo, el apoyo a la moneda europea ha vivido una erosión menor que la de los indicadores precedentes. De hecho, ese apoyo permanece mayoritario en el conjunto de la UE (un 53% contra un 40%) y aún más en la zona euro (66%) donde las mayorías favorables son claras en casi todos los países. Este apoyo se expresa, al menos con tanta intensidad como en la media de la zona, en los países del Norte ("los prestamistas potenciales") (Holanda, Alemania y Finlandia especialmente). La ciudadanía de estos países, a la que a veces se ha mostrado como inclinados a rechazar la moneda única se muestran en realidad vinculados a la misma incluso cuando arrecian las críticas en esos países sobre la laxa gestión pública que ha conducido a la situación actual. No obstante, la vinculación con el euro es menos neta en los países del Sur, en aquellos que han sufrido de manera más intensa la crisis, convertidos -el caso de España es paradigmático- en euro-pesimistas.

Esto significa al menos cuatro cosas relevantes que deben ser tenidas en consideración: la primera es que el análisis demoscópico refleja un cambio sustancial respecto al significado del papel de la UE. Si hasta ahora, la UE había sido reivindicada como un paraguas protector frente a los riesgos de la globalización, las incertidumbres de las crisis económicas y/o la mala gestión de los gobiernos nacionales, desde ahora la UE ha pasado a formar parte de las instituciones problemáticas que son evaluadas de acuerdo a su intervención y resultados. Y el balance resulta claramente crítico respecto a la UE.

La segunda cosa a considerar es que la idea expresada, entre otros, por Stiglitz respecto a una divergencia creciente en términos normativos respecto al futuro de la UE tiene consistencia estadística. Son reconocibles, con matices, dos líneas de fractura cuya evolución es incierta: Norte-Sur relacionado con cuestiones económicas y sociales y Este-Oeste donde el estado de derecho y la cuestión migratoria ocupan papeles centrales. En general, una dinámica centrífuga en varias direcciones.

El tercer factor, hace referencia a cómo la evolución de la crisis se ha cobrado una víctima colateral e inesperada: *la europeización*,⁴ un concepto paraguas que pretendía dar cuenta de un proceso acumulativo y creciente de convergencia alrededor de valores, ideales y buenas prácticas en el que terminarían por encontrarse todos los países. La europeización sería tanto una teleología del proceso de integración como un mecanismo incremental de convergencia. Funcionaría como un ascensor para los países recién incorporados y sería la resultante del *spin off* virtuoso del proceso de integración. Pues bien, de manera

⁴ En la Introducción del libro de Featherstone y Radaelli (2003) se da cuenta de las diferentes definiciones e interpretaciones alrededor de este concepto. La tipología del concepto incorpora su dimensión histórica, su capacidad de adaptación institucional, la adaptación a las políticas públicas y al proceso político. Finalmente, europeización sería un "conceptual framework", un marco conceptual en condiciones de cobijar diferentes aproximaciones teóricas.

consistente con el “retorno de los estados” que las encuestas detectan, la europeización se diluye o, cuando menos, deja de ser un factor atemperador de las prácticas competenciales entre estados.

El cuarto aspecto, pone de manifiesto una crisis de legitimidad democrática del proceso de integración europea. Siendo conscientes de que el uso de este concepto es problemático cuando hablamos de entidades no-estatales, podemos utilizar la clasificación canónica ofrecida por Jeremy Bentham (Piedrafita, 2013) y que distingue entre *legitimidad de resultados*, relacionada con la capacidad de una organización para producir políticas que mejoran la vida de la ciudadanía; *legitimidad sustancial*, que hace referencia a la protección y promoción colectiva de valores y de una identidad común; y *legitimidad procedimental* que es el respeto por principios de representación democráticas y equilibrio de poderes. Desde cualquiera de los puntos de vista, los resultados de la gestión de la crisis ponen en evidencia la quiebra de legitimidad tangible del proceso de integración. Los datos estadísticos a los que hemos hecho referencia anteriormente hablan de la desafección ciudadana relacionada con una percepción cada vez más problemática de la capacidad de la UE para mejorar, de manera efectiva la vida de su ciudadanía; igualmente hemos hecho referencia a la consistencia estadística que da cuenta de una creciente fractura Norte-Sur y Este-Oeste y, por último, la idea de una quiebra de la democracia en la gestión de la crisis –el caso griego como ejemplo- se ha venido a añadir al tradicional tema del “déficit democrático de la Unión”, es decir, el estatuto problemático de su arquitectura institucional en relación con la democracia.

De alguna manera los tres elementos que forman parte de la legitimidad han colapsado simultáneamente: han fracasado de manera evidente los *resultados* económicos en relación con las expectativas; los *procedimientos* plantean tanto un problema de representación como de *accountability* y la UE carece hoy de un *Thelos*, de una narración que de sentido y sustancia ética al proceso de integración. El principal valor de la UE era presentarse como la respuesta supranacional a los excesos del nacionalismo representados por las dos Guerra Mundiales. Pues bien, parece que esa respuesta carece hoy de significado político preciso.

4. La NGE y la democracia

La crisis puso de manifiesto los fallos de una gobernanza económica que descansaba sobre principios orientados a la neutralidad monetaria y presupuestaria y a la puesta en marcha de reformas estructurales que, supuestamente, permitirían un alza del crecimiento potencial y una disminución de la tasa de paro. Este “gobierno mediante reglas” muy querido al modelo ordo-liberal alemán, proponía una articulación de instituciones supranacionales, básicamente relacionadas con el control monetario y de la inflación, cuyo paradigma es el Banco Central Europeo, y una coordinación intergubernamental de las políticas económicas. La Unión monetaria se construyó sobre la premisa optimista de que tanto para conjurar como para gestionar las crisis bastaba con una cooperación voluntaria de los estados y su compromiso para evitar crisis presupuestarias.

En la práctica se pusieron en marcha y se articularon dos fórmulas de “cooperación”, la que podemos convenir en llamar *soft governance* a través del *método abierto de coordinación* y que ha conocido diferentes instituciones, como las *Orientaciones de Política Económica*; las *Orientaciones en Política de Empleo* o el *Proceso de Colonia*, un diálogo macroeconómico en el que participaban el Ecofin, los Ministros del Trabajo y Asuntos sociales, la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y empresarios y sindicatos y cuyo objetivo era incrementar el crecimiento económico y el empleo sin alterar la estabilidad de precios. Este modelo buscaba

conseguir resultados a través del diálogo y la cooperación voluntaria entre diferentes instituciones y actores.

El segundo proceso, de *hard governance*, estaba basado en un mecanismo claro de sanciones materiales con el objetivo de “atar las manos de los estados” y cuyo mejor ejemplo es el *Pacto de Estabilidad y Crecimiento*.

Para Degryse (2012) esta diferencia expresaría un compromiso presente desde comienzos de los años 80 entre monetaristas y keynesianos y que significó una división y un reparto reconocible en términos de acuerdos y tratados. El *Tratado de Maastricht* sería, según esta concepción, la expresión de la voluntad monetarista y la *Estrategia de Lisboa* y el *Método Abierto de Coordinación* la opción de los keynesianos. El fracaso sin paliativos de la estrategia de Lisboa y las insuficiencias del Método abierto, frente a la contundente realidad de las exigencias relacionadas con el Pacto de Convergencia ponen de relieve el camino recorrido y hacia donde se ha inclinado, finalmente, la balanza.

En términos reales la gobernanza económica que Maastricht pone en pie está basada en tres características principales: la coordinación de las políticas económicas de los estados miembros; la prohibición (salvo circunstancias excepcionales) de cualquier forma de solidaridad financiera entre los estados y la prohibición de financiación monetaria de los estados a través del Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales; y límites a los déficits fiscales y deuda pública. Curiosamente, la primera reforma de este modelo –en 2005- tiene lugar después del incumplimiento por parte de Alemania y Francia de los indicadores de déficit fiscal.

En su conjunto este modelo de gobernanza económica fracasó en su capacidad de gestión de la crisis por varias razones coincidentes: **una insuficiente vigilancia de los desequilibrios macroeconómicos**, especialmente cuando los estados no tenían a su disposición el recurso de las devaluaciones monetarias para responder a las divergencias de competitividad y precios; **la ausencia total de coordinación de políticas presupuestarias**, a pesar del artículo 121 del Tratado que consideraba la coordinación de las políticas económicas como una “cuestión de interés común” y de las GOPE (Grandes orientaciones de Política Económica), en la práctica tal coordinación no ha existido; **una subestimación de las interdependencias entre los estados miembros**, de manera que se ignoró el impacto que las asimetrías estructurales podrían tener en el desempeño económico para el conjunto de la zona; **la marginalización del presupuesto comunitario como herramienta de la política económica**, el presupuesto de la Unión está no solo lejos de sus equivalentes federales, incluso cuando estos son limitados como en el caso de Estados Unidos, es que es un presupuesto incapaz de convertirse en un instrumento para una política económica proactiva.

Last but not least, en términos políticos, la crisis ha hecho saltar por los aires el artificio constitucional construido desde Maastricht. Este compromiso constitucional, referido a la euro-área consistía en la combinación de la centralización de la política monetaria con la descentralización de las políticas, económicas, presupuestaria y fiscal conectadas con la moneda común. En la búsqueda de una entente que permitiera a todo el mundo sentirse relativamente cómodo, el recurso de los *opting-out* (las exenciones voluntarias a determinado tipo de políticas) creó, de hecho, la realidad de diferentes constituciones económicas. No obstante, la situación económica favorable hasta el año 2008 permitió una convivencia relativamente amable de estas diferentes realidades. El éxito del Brexit y la agudización de otras dinámicas centrífugas (especialmente las referidas al

tratamiento de los refugiados/as), ha puesto de relieve que esa diversidad había facilitado el desencuentro entre Estados y sociedades y ponía en riesgo mismo el proceso de integración.

La NGE sería el conjunto de respuestas adoptadas por las instituciones europeas como respuesta a la crisis. Estaríamos ante la tercera reforma de la gobernanza económica aunque por su naturaleza existe un cierto consenso académico en considerar que tanto por la acumulación de novedades, como por el impacto y consecuencia de las mismas hay que referirse a una *Nueva Gobernanza Económica*. No se trata, obviamente, de ningún viraje radical respecto a las orientaciones básicas de la política económica, se trata, más bien, del modo en el que las nuevas instituciones y mecanismos creados han impactado en la estructura política de la Unión y han creado una nueva situación política e institucional, con importantes repercusiones para el proceso de integración.

Roland Erne (2015), resignificando las palabras de Duraó Barroso en 2010, habla de “una revolución silenciosa” poniendo el énfasis en la novedad punitiva y automática de los nuevos mecanismos de gobernanza económica.

En el ámbito del constitucionalismo algunos autores (Menéndez, 2012; Escudero, 2015) enfatizan la idea del “cambio constitucional” al que la sucesión y acumulación de pequeños cambios nos ha conducido. La tesis de esta aproximación, defendida por Menéndez (2012: 43) sería la siguiente: *“el gobierno de la crisis que Europa sufre desde 2007 ha desencadenado un proceso de mutación constitucional de la UE (y por ende de sus estados miembros, especialmente de los estados de la eurozona). Las numerosas medidas puntuales (...) han conducido a una profunda transformación del derecho constitucional europeo, tanto en sus aspectos estructurales como sustantivos”*.

La enunciación de las novedades pone de manifiesto la magnitud de los cambios realizados

- Planes de ayuda a la balanza de pagos para Hungría, Letonia y Rumania, planes de “salvamento” de Grecia, Irlanda y Portugal y planes de ayuda a la recapitalización del sistema financiero para España y Chipre.
- La puesta en marcha de un mecanismo europeo de estabilización financiera y de un Mecanismo Europeo de Estabilidad (MES) con una capacidad de préstamo de 500 mil millones de euros y cuyo objetivo es garantizar la estabilidad financiera en la zona euro.
- La reforma del Pacto de Estabilidad y de crecimiento, por la vía del “six pack” y la puesta en marcha del proceso del semestre europeo para una vigilancia presupuestaria y macro-económica reforzada de los estados miembros. A través de la creación del mecanismo de *Procedimiento por déficit excesivo*, la Comisión puede iniciar un proceso que culmine en la exigencia para un determinado país de someterse a un programa de reformas estructurales. La vigilancia macro-económica se realiza en el marco del nuevo *Procedimiento por desequilibrios económicos*, este procedimiento puede impulsar recomendaciones específicas para determinados países, incluso sanciones.
- El semestre europeo, un ciclo anual de vigilancia y coordinación de las políticas presupuestarias y económicas.
- La adopción de un Pacto Euro+ para reforzar la disciplina presupuestaria y un reforzamiento de la coordinación de las políticas económicas en la zona euro.
- La adopción del “Two pack” para la vigilancia ex ante de las políticas presupuestarias y económicas.
- La adopción del Tratado de Estabilidad, coordinación y gobernanza y la inscripción de la “regla de oro” del equilibrio presupuestario en el derecho nacional.

Estamos ante un conjunto de políticas con implicaciones desiguales en diferentes niveles: hay cambios en las competencias asignadas a diferentes instituciones de la UE; hay cambios en las relaciones entre las instituciones de la Unión que implican un reforzamiento de las instituciones no representativas; parece que de una manera muy contundente la *soft governance* se subordina a la *hard governance*.

En resumen, los cuatro pilares sobre los que se articulan estos mecanismos serían los siguientes: **vigilancia fiscal**; **vigilancia macroeconómica**; **coordinación socio-económica** y **asistencia financiera**. Un pack completo que busca ser ampliado y completado con las propuestas recogidas en el *Informe de los cinco presidentes* (Juncker, 2016). Se trata de un documento de análisis y perspectiva que pretende mejorar la gobernanza económica mejorando su diseño institucional y sometiendo a los Estados a un exhaustivo control previo de sus finanzas públicas. El documento lleva este nombre porque es el resultado de la colaboración institucional de las cinco instituciones político-económicas de la Unión: Comisión Europea, Consejo Europeo, Parlamento Europeo, ECOFIN y Banco Central Europeo. Aun cuando conviene matizar que se trata de un documento propio de la Comisión, que asume por tanto la gestión política del mismo, en estrecha colaboración con el resto de las instituciones mencionadas.

El documento ambiciona avanzar hacia procesos de Unión reales en el ámbito económico, financiero, presupuestario y político. En lo que hace al último aspecto el documento señala lo siguiente: "...una Unión Política que sienta las bases de estas tres Uniones a través de un reforzamiento auténtico del control democrático, de la legitimidad y de las instituciones" (Juncker, 2016: 5).

Para lograr esto el documento propone la creación de un sistema de Autoridades de competitividad, "encargado de realizar un seguimiento de las políticas y de los resultados en materia de competitividad" y con capacidad para orientar a los actores sociales "...que deberán tener en cuenta las orientaciones de las autoridades durante las negociaciones salariales". Se propone también un *Procedimiento de Desequilibrio Macroeconómico* (PDM) reforzado; el documento señala que el PDM "no debe utilizarse sólo para detectar desequilibrios, sino también para fomentar la realización de reformas estructurales a través del semestre europeo". Se señala la necesidad de prestar mayor atención a los resultados en materia de empleo y en el ámbito social; se busca reforzar la coordinación de las políticas económicas en el marco del semestre europeo simplificando sus contenidos para hacerlo más eficaz y claro.

En el ámbito bancario se consideran una serie de medidas que refuercen el papel del *Mecanismo Único de Supervisión*, la novedad más relevante es la creación de un *Sistema de Garantía de Depósitos Europeo* (SGDE); en este contexto la Unión de los mercados de capitales se considera una prioridad. En la idea de reforzar lo que el documento denomina "políticas presupuestarias responsables" se propone la creación de un *Consejo Fiscal Europeo Consultivo* cuyo objetivo sería una evaluación pública e independiente sobre el modo en el que los presupuestos y su ejecución se ajustan a las directrices europeas.

La propuesta democrática se refiere en lo fundamental a tres cuestiones: la primera es reforzar los "diálogos económicos" entre el Parlamento Europeo y el Consejo, la Comisión y el Eurogrupo en el marco de los debates sobre el semestre europeo. Reforzar también la cooperación alrededor de la Semana Parlamentaria Europea organizada por el Parlamento Europeo en cooperación con los Parlamentos Nacionales, en este espacio el Informe sugiere una presencia de

representantes de la Comisión y el Consejo; así como otras iniciativas que ya tienen marco legal, como la presencia de un comisario en el Parlamento Nacional que lo solicite para que explique las recomendaciones dirigidas a su estado en el marco del Procedimiento por Déficit Excesivo.

5. Una gobernanza económica que se pretende despolitizada

Los datos económicos que hemos venido presentando alertarían sobre la bondad de las medidas tomadas y, más bien, sugerirían la conveniencia de repensar su funcionamiento y sus objetivos. Desde el año 2011, fecha en la que podemos datar el comienzo de la NGE con la puesta en marcha del *six-pack*, la evolución económica en la Unión en general y de manera más específica en la zona euro, ha sido decepcionante. No es el lugar, este artículo, para hacer balance de las propuestas económicas alternativas al estado de cosas actual, pero cuando menos cumple tomar conciencia de las contradicciones implícitas en la situación en la que nos encontramos: de una parte, el impacto modesto de las medidas económicas en relación con sus objetivos, de otra parte, su altísimo coste social y, por último, la inconsistencia democrática de las propuestas. Es decir, la falta de relación existente entre los problemas democráticos detectados y la dimensión política de las propuestas formuladas.

Sin voluntad de ser exhaustivo quisiera mencionar los que, considero, elementos más relevantes de esta gobernanza económica en términos democráticos.

6. La crisis del “consenso constitucional”

Hemos comentado más arriba como, según la interpretación de Sergio Fabbrini (2014 y 2015), la crisis económica ha quebrado el “consenso constitucional” salido de Maastricht. Los arreglos entre lo supranacional y lo intergubernamental se establecieron sobre la base de un acuerdo subyacente que formaba parte de los valores compartidos del proceso de integración: “Una Europa para todos”, es decir, un proceso de integración inclusivo e incremental, que no dejaría a nadie fuera y cuya dinámica se vería reforzada por la constatación de una convergencia económica real entre los países de la Unión. La zona Euro funcionaría como la avanzadilla de esa promesa explícita de “progreso para todos”. Pues bien, la crisis parece haberse llevado por delante este consenso básico. La base de esta quiebra se encuentra en que no se ha satisfecho el elemento básico que contribuía a cimentar un entramado complejo: la convergencia creciente de los sistemas económicos y de las condiciones de vida. Por lo visto hasta ahora, los resultados económicos que ha posibilitado la gobernanza económica no invitan a pensar que se pueda revertir la situación de divergencia creciente entre el norte y el sur de Europa, por ejemplo.

Junto a esta “mutación constitucional”, otros factores se suman para adornar esta singular construcción constitucional que la NGE propone (Perrut, 2016; Brinke, 2016; Dobbels, 2014; Tosato, 2016; Bauer, 2014).

En primer lugar, el hecho de que la naturaleza jurídica de los textos es heterogénea. Nos encontramos con 8 textos comunitarios (7 reglamentos y una directiva) junto a Tratados intergubernamentales que generan pesadas constricciones para los estados y otros (Como el pacto euro+) que son declaraciones que no imponen obligaciones.

Hay una geografía sin límites que incorpora varios perímetros diferentes de

Estados cuyo lugar depende de su relación con las medidas específicas: hay 28 Estados miembros de la Unión para una parte del *Six-Pack* y 19 miembros de la zona euro para otra parte del *Six-Pack* para el *Two-Pack* y el MES; 25 estados para el Tratado sobre la Estabilidad y Coordinación de la Gobernanza Económica (TSCG); 24 estados para el Pacto Euro+. Y las modalidades de voto varían según el marco jurídico: voto por mayoría cualificada (o mayoría simple, depende) para los estados de la UE o aquellos de la zona euro afectados por *Two-pack* o el *Six-pack*; mayoría cualificada invertida de miembros de la zona euro en el marco del TSCG; para el Mecanismo Único de Supervisión (MES), las decisiones del Consejo de Gobernadores se toman, según el objeto, o bien de común acuerdo o bien mediante una mayoría cualificada del 80% (en algunos casos del 85%).

Igualmente, las Instituciones de la Unión que intervienen en los procedimientos varían según el dominio afectado: semestre europeo, medidas de asistencia etc.

La complejidad de los procedimientos, por ejemplo, en el Curso del semestre europeo 2016, se desarrollan tres procedimientos acompañados de numerosos documentos

- El examen del presupuesto agregado de la zona euro, sobre la base del marco macro-económico suministrado por el Examen anual de crecimiento, conduce a recomendaciones de la Comisión discutidas por el Euro-grupo y adoptadas por el Consejo. Y semejante galimatías institucional ocurre con el seguimiento de los presupuestos nacionales y el procedimiento de desequilibrio macro-económico.

El sistema es muy trabado y confuso, procedimental y técnicamente, de manera que se hace muy difícil, salvo para personas con una *expertise* técnica suficiente, el seguimiento global del proceso. Por lo que se refiere a los responsables políticos y parlamentarios nacionales, en el mejor de los casos “se hacen una idea aproximada de los que el sistema implica”.

7. Un nuevo equilibrio institucional

La gestión de la crisis económica, con su asimétrico reparto de posibilidades de intervención entre las instituciones y el desorden constitucional e institucional alimentado por la maraña de tratados, acuerdos, normas e instituciones, ha ocultado el desplazamiento institucional que se ha producido en las instituciones europeas: la centralidad creciente del Consejo Europeo y la reinención de la Comisión Europea como un *secretariado político* del Consejo.

Del análisis de tres dominios específicos relacionados con la gobernanza económica: la estabilidad financiera, la coordinación flexible de las políticas nacionales y la supervisión del sector financiero y la vigilancia de la política económica, podemos concluir dos cosas que solo aparentemente pueden parecer contradictorias: el reforzamiento del papel de la Comisión y su desplazamiento a tareas técnico-ejecutivas.

Desde el comienzo de la crisis la iniciativa política frente a la misma, es decir, la necesidad de encontrar respuestas “europeas” al tsunami económico-financiero que se estaba produciendo colocó al Consejo Europeo al frente del triángulo institucional comunitario. La visibilización de lo que Europa hacía, quedaba encarnado en las cumbres de jefes de estado y de gobierno, en sus declaraciones y comunicados finales. Incluso, algunos estados adquirirían una relevancia singular como artífices o impulsores de las medidas más conocidas y visibles. Recordemos el papel atribuido inicialmente al tándem Merkel-Sarkozy (Merkozy) y, en general a la colaboración franco-alemana.

En las primeras modalidades de asistencia financiera, por ejemplo, la Comisión se encargaba del préstamo de los capitales y de su distribución, si bien era el Consejo el que tomaba la decisión sobre las condiciones. En la segunda modalidad de asistencia financiera, inicialmente encarnada por el FESF, la tarea de distribuir los 440 mil millones de euros de créditos globales fue delegada a una nueva organización que tomó la forma de una sociedad anónima registrada en Luxemburgo. Ha ocurrido lo mismo con el Mecanismo Europeo de Estabilización que ha sustituido al anterior.

La participación de la Comisión en la troika –junto con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo- es muy relevante en el plano técnico y nada desdeñable en el político. La Comisión se encarga de la evaluación de las necesidades y de negociar el protocolo del acuerdo con el país afectado, pero la gestión es compartida con las otras dos instituciones. En su dimensión política fue tan llamativo como conocido el conflicto del Fondo Monetario con la Comisión a la que reprochaba su insistencia en imponer planes de austeridad que el Fondo consideraba contraproducentes. Tanto en este caso como en el conflicto que se produjo con Hungría en 2012 a propósito de la negociación del segundo programa de ayuda para este país⁵, parece que la Comisión ejerce sus prerrogativas intentando articular virtuosamente dos exigencias: su papel de guardián de los tratados y su voluntad de dar satisfacción al papel de los países acreedores.

El caso de la gestión de la crisis con Grecia puso de manifiesto el papel secundario de la Comisión Europea. Su objetivo fue el de intentar mediar entre el gobierno griego y las otras instituciones realmente significativas, particularmente el Consejo y el *Ecofin*. Los resultados de su gestión fueron decepcionantes para la Comisión misma, tal y como el Presidente de la Comisión se encargó de repetir, reiteradamente.

En suma, el cambio más llamativo en la relación de fuerzas entre las instituciones hace referencia a la consolidación de un modelo de gobernanza basado en reglas y procedimientos que reparten de un modo nuevo las responsabilidades: la capacidad decisional para el Consejo, Banco Central y *Ecofin*, la gestión especializada y técnica para la Comisión y un Parlamento con capacidades limitadas de control y obligado –por razón de sus reales prerrogativas institucionales- a una situación de subordinación respecto a las demás instituciones.

Las medidas contempladas en el *six-pack*, *two-pack* o en el Semestre europeo han desplegado una extensa panoplia de procedimientos: infracción por déficit excesivo, sistema de alerta rápida para la evaluación de la situación macroeconómica de los países, calendario pautado del semestre europeo, procedimiento relativo a los desequilibrios macroeconómicos y presupuestarios.

La mayoría de estos mecanismos operan a partir de indicadores estadísticos que señalan las zonas de confort y de riesgo y/o disparan las alertas, con procedimientos previstos de intervención, consejo, asesoramiento y exigencias. Naturalmente, en este contexto las capacidades de la Comisión siguen siendo significativas, políticamente significativas: comisiones de asesoramiento, visitas a los países, recomendaciones etc., pero es evidente que el “papel político” de la Comisión ha perdido relevancia en favor de otros actores, singularmente del Consejo. Es el precio del paso de una dinámica supranacional a otra claramente

⁵ Hungría pidió un segundo programa de ayuda a su balanza de pagos en 2011, pero las negociaciones se suspendieron cuando la Comisión inició un proceso de infracción relacionado, entre otros problemas, con la independencia del Banco Central húngaro.

intergubernamental.

Por otra parte, este modelo de dirección de la crisis descansa sobre una idea tecnocrática de la gestión de la misma: indicadores estadísticos, alertas automáticas, Consejos de expertos independientes etc. Se trata de un enfoque que ha sido criticado porque parece desconocer la dimensión política del debate sobre el significado mismo de la crisis, sobre su gestión y sobre la relación con los resultados, particularmente en el Sur de Europa, pero no solo. Curiosamente, la emergencia y consolidación de una extrema derecha que hace de la crítica a la tecnocracia y burocracia de Bruselas su caballo de batalla, afecta de manera más relevante a los países del centro y este de Europa, los menos golpeados por la crisis económica.

Hay coincidencia en defender la idea de que el Parlamento Europeo ha sido la institución política que más ha ampliado sus capacidades institucionales, hasta el comienzo de la crisis. En primer lugar, porque el desplazamiento institucional de la Comisión al que hemos hecho referencia limita la capacidad real del Parlamento para controlar el poder ejecutivo. Como señala Castillo (2015: 124): “La Comisión rinde cuentas ante el Parlamento, pero la Comisión no controla necesariamente las grandes orientaciones políticas del Consejo Europeo. Es por ello que el Parlamento no puede, por lo tanto, más que controlar una parte del poder ejecutivo”.

Por otra parte, la capacidad de control de los parlamentos nacionales sobre sus ejecutivos, en relación con los presupuestos económicos generales, ha disminuido sensiblemente, de manera que las exigencias del semestre europeo imponen una agenda muy estricta y los pactos intergubernamentales firmados sugieren varios círculos de soberanía diferentes en intensidad, según el país sea acreedor o deudor. Para los casos de países deudores o en situación de riesgo económico, Fasone (2014) sugiere que “...can jeopardise the effectiveness of the landmark principle of ‘no taxation without representation’ in the EU”.

En el triángulo institucional europeo el Parlamento ha quedado relegado a un ambiguo espaciado institucional. No deja de ser cierto que tiene el papel de co-legislador en lo que hace a la unión bancaria, acceso a información en algunos casos y puede organizar audiencias públicas. Puede tomar la iniciativa de invitar a otras instituciones, incluso a los estados individualmente (bajo ciertas condiciones) y recibe los informes de la Comisión referidos a la implementación de los programas de ajuste macro-económico. En el marco del semestre europeo, el papel del Parlamento es más significativo e incluye la condición de co-legislador en algunos procesos y tiene el protagonismo en la organización de las “semanas parlamentarias” con los parlamentos nacionales, además de poder expresar sus opiniones en el borrador del Estudio Anual de Crecimiento y en las recomendaciones para cada país.

Se trata, en todo caso, de competencias muy alejadas tanto de las facultades legislativas ordinarias como de las condiciones para ejercer un control parlamentario digno de tal nombre. Se trata, en el mejor de los casos, de opciones de información, de participación en la fase legislativa sólo en algunos asuntos particulares y de “influencia institucional” en general.

Es posible afirmar que se ha sustituido la confrontación Comisión-Parlamento Europeo, por otra del tipo: Consejo Europeo-Ecofin y Banco Central.

La propuesta de los cinco presidentes no mejora las cosas en este sentido: el alcance de los cambios sigue haciendo del Parlamento Europeo una Cámara con

capacidades disminuidas e imposibilitada para ejercer una función siquiera sea de control político.

Dada la dimensión europea de las medidas e instituciones esta “capacidad de control” se ha alejado desde el comienzo de la crisis de las competencias de los Parlamentos nacionales. En un sistema que, desde sus orígenes, acumulaba conocidas carencias democráticas, este nuevo modelo de gobernanza ha incrementado la ilegibilidad del modelo, su opacidad y su falta de control.

Siguiendo los modelos de gobernanza propuestos por Crum (2013), destacamos la consolidación de lo que él denomina *federalismo ejecutivo*, un modelo caracterizado, según su definición, por el incremento de competencias en el nivel supranacional, pero donde el control político permanece en los estados y la vigilancia se realiza a través de procesos despolitizados e instituciones tecnocráticas.

Este modelo implica que el conjunto del proceso político opera más allá de un efectivo control parlamentario, tanto a nivel europeo como nacional. Por otra parte, la lógica de poder en condiciones de producir cambios se explica y entiende desde parámetros internacionales donde la discrecionalidad de los estados aumenta y se superpone a los procedimientos establecidos, cuando los hay, a la transparencia deliberativa y decisional o al derecho mismo al autogobierno.

En la dinámica del proceso de integración la consolidación de este modelo ayuda a entender esa creciente opacidad decisional, la ilegibilidad del sistema a la que hemos hecho referencia y la creciente centralidad de los estados. Se han creado nuevas dinámicas como la confrontación entre estados acreedores y estados deudores o la evidencia de diferentes sociedades con diferentes niveles de calidad democrática: no es lo mismo el Parlamento alemán que el Parlamento griego.

Estos factores alejan el proceso de integración de la posibilidad de constituir una arena pública europea y sujetos socio-políticos articulados a partir de dinámicas de conflicto específicamente europeos.

Una salida democrática implicaría cambios sustanciales en la dinámica política e institucional, los cambios pensables alrededor de un modelo de *federalismo democrático* implicarían, ahora mismo, activar los frenos de emergencia. El riesgo mayor, en estos momentos, es que la salvación del euro se haga a costa de la condena eterna de todo lo demás, empezando por la democracia. Empezamos a vivir una situación histórica similar a la de ese reino francés que nunca había conocido tanta gloria al tiempo que sus habitantes nunca habían vivido peor.

8. Conclusiones

Visto el desarrollo de los acontecimientos tanto en el interior de la propia UE como en el exterior de la misma, las cuestiones relativas a la gobernanza económica y sus consecuencias aparecen como una cuestión relevante, sin duda, pero no como el único quebradero de cabeza que hoy amenaza el proyecto de integración europea.

No es la primera vez que la UE se encuentra en una crisis que parecería situar el proceso mismo a los pies de un abismo sin retorno posible. De hecho, en la mitología europeísta figura la narración de una Europa construida a golpe de crisis sucesivas, como si la adrenalina del vértigo ante el fracaso hubiera estimulado una imaginación puesta al servicio de seguir avanzando por la senda del proyecto compartido. Eso dice algo, también, sobre la improvisación e incoherencias que el

proceso de integración ha mostrado en ocasiones. Pero más importante aún, a mi juicio, es la evidencia de que estamos ante una arena política en construcción, una suerte de *working in progress* permanente que nos advierte de la inconsistencia de las perspectivas teleológicas respecto a lo que la UE terminará siendo.

Pero esta no parece una crisis como las demás. En esta aparecen nuevos elementos que muestran una dimensión desconocida respecto a los desafíos a los que se enfrenta el proyecto de integración y los recursos disponibles para encontrar respuestas: el *Brexit* y la evidencia de que se ha roto un mito: la UE es el club del que nadie quiere irse; la victoria de *Trump* y su lenguaje hosco y amenazador contra los, otrora, respetados aliados y su posicionamiento claro a favor del *Brexit* introducen un elemento novedoso y volátil en la política internacional en general y en el proceso europeo en particular. Junto a estos elementos “circunstanciales” aparece una tendencia consistente y progresiva al desplazamiento hacia Asia del motor de la economía global y una pérdida relevante de protagonismo europeo en todos los indicadores.

Este “exterior amenazante” incrementa la presión sobre los procesos internos de la UE y hace más frágil la cohesión imprescindible para abordar los desafíos económicos y políticos que la situación plantea. Por otra parte, las lógicas políticas y la dinámica institucional que hasta ahora habían servido para ir trampeando los problemas han mostrado sus límites. La coalición virtuosa: élites políticas+secretismo negociador+intergubernamentalismo ha salvado la UE en múltiples ocasiones, con acuerdos in extremis después de sonoros desencuentros. Pero esa articulación también tuvo sus consecuencias en términos de legitimidad para el proceso de integración, en la medida en que se constataba con regularidad que la ciudadanía europea carecía de opciones para intervenir de manera efectiva en el proceso de integración y en la resolución de sus situaciones críticas. Mientras que el juego de la integración ofreció beneficios a todos los jugadores, el “consenso permisivo”, un acuerdo tácito de apoyo a la dinámica europea, funcionó como fuente de legitimidad pasiva de las decisiones que se iban tomando. Pero la crisis ha puesto de manifiesto el fin de ese consenso y ha evidenciado de manera crítica que, en breve tiempo, la UE ha pasado a convertirse en parte de los problemas y no de las soluciones.

Los procesos de NGE tienen consecuencias en varios órdenes que afectan de manera directa tanto a la legitimidad del proceso de integración como a la calidad de las decisiones democráticas. Ya hemos mencionado el colapso global y simultáneo de los tres elementos que conforman la legitimidad de los procesos políticos, pues bien, a la gobernanza económica no le alcanzan los resultados, son muy cuestionables sus procedimientos y han contribuido a que el *ethos* del sueño europeo resulte irreconocible o, cuando menos, poco estimulante.

Los resultados no acompañan, en primer lugar, respecto a hacer visible que hay una salida de la crisis clara y evidente que, cuando menos, ofrezca expectativas razonables de recuperar ciertos estándares de calidad de vida perdidos en estos últimos años, especialmente por las clases medias. Pero no acompaña, tampoco, en segundo lugar, porque ha puesto de relieve que las economías de los diferentes países están lejos de converger y que los niveles de especialización diferenciada pueden consolidarse en un escenario muy poco favorable: una periferia dependiente y subordinada a un núcleo duro con mejores *performances* económicas.

En tercer lugar, el euro, símbolo de la UE que *piano piano* llegaba lejos, se ha convertido en un elemento más de disputa y de confrontación. Y las propuestas de salida del euro han ido ganando adeptos de manera creciente. Bien es verdad

que la moneda común sigue siendo una referencia mayoritariamente aceptada, pero en el volátil contexto en el que nos encontramos cualquier mala noticia puede tener un efecto imprevisto.

Podría pensarse que las alternativas que se han puesto encima de la mesa para el futuro nos permiten visibilizar soluciones y alternativas que van al encuentro de los problemas señalados: déficit democrático creciente, crisis de legitimidad, desafección ciudadana, incremento de los populismos anti-UE. Pero si nos guiamos por los documentos y señales emitidas tanto por la Comisión como por el Consejo y expresados ambas voluntades en el Documento de los Cinco Presidentes, no está claro que los remedios alcancen para ofrecer respuestas a los problemas que forman parte ya de las evidencias.

Las mejoras propuestas en el diseño institucional de la Unión Económica y Monetaria (unión bancaria, Consejos de la Competencia, unión fiscal) pueden contribuir a hacer más previsible y transparente el proceso, lo que sería una contribución importante para mejorar la legibilidad de la dinámica institucional. Se trata, sin embargo, de una propuesta fundada en un diseño tecnocrático: expertos sin responsabilidad política que regulan procesos con un alto impacto en la vida de las poblaciones. Esta consolidación de la voluntad tecnocrática frente al debate y control político democrático no parece la mejor opción en tiempos convulsos y de impugnación global del proyecto por, precisamente, su condición tecnocrática y alejada de la ciudadanía europea.

Las propuestas tienen, además, un impacto muy negativo en términos de incentivos políticos: no se estimulan las alternativas democráticas y se privilegian las normas y procedimientos de base tecnocrática. Sin la intención de provocarlo, sin duda, pero está desconsideración de los procedimientos democráticos y la férrea voluntad de mantener el proceso de integración protegido de la voluntad popular por mor de mantener su condición técnica, continúa alimentando la confluencia inesperada de las diferentes corrientes euroescépticas en una matriz populista que hace la batalla final contra la UE un eje central de representación política.

Por otra parte, la creciente intergubernamentalización del proceso, la centralidad política del Consejo, el desplazamiento de la Comisión a la condición de un secretariado político de alto nivel y la condición periférica y subordinada del Parlamento Europeo no facilitan la construcción de un espacio público europeo y, tal y como proponer Habermas (2012) la ampliación de los procesos democráticos más allá de las fronteras nacionales.

No creo que la UE como tal colapse y deje de existir, pero ya es un horizonte que no se puede excluir. Otras salidas más probables hablan de una UE reducida a un núcleo duro alrededor del euro y una periferia con varios niveles de colaboración con ese núcleo duro. Lo que significaría la salida de varios países del euro en el corto y medio plazo. A cambio, en ese núcleo duro se podrían completar procesos políticos de mayor calidad democrática y participación política de la ciudadanía. No está claro si esa perspectiva alcanzaría para situarse como un imaginario en condiciones de concitar suficiente apoyo social y político.

En estas circunstancias, no es fácil ser optimista. A mi juicio, cambiar la dinámica requeriría intervenir en la globalidad del proceso de manera que se pudieran modificar los resultados socioeconómicos para las mayorías. Eso significa poner fin –de un modo u otro– a la lógica de la austeridad económica como elemento vertebrador de las políticas económicas y recuperar una parte al menos del consenso keynesiano que convirtió la Europa de postguerra en un lugar tanto de

crecimiento económico como de distribución de la riqueza.

En segundo lugar, sería importante introducir procedimientos políticos que contribuyan a aproximar el debate en la UE a las posibilidades de participación de las poblaciones: mejorar el papel de los parlamentos nacionales en el debate económico global; convertir el Parlamento Europeo en una institución de control democrático de la actividad de la Comisión pero también del Consejo, Ecofin y Banco Central; Incrementar el presupuesto europeo de manera que pueda estar en condiciones de convertirse en un instrumento de intervención económica sobre el que pueda debatirse acerca de las prioridades etc.

Por último, sin algún tipo de alma, el proyecto europeo no construirá las solidaridades básicas que permitan integrar personas que no están unidas por ningún lazo social o natural previo. Y en este punto, recordando la famosa frase de Delors, hay que reconocer que es muy difícil enamorarse de un mercado único.

Naturalmente, no defiendo que si no se hacen las cosas suficientes en la dirección que he planteado más arriba el proyecto europeo se destruirá de manera irremediable. La vida ha demostrado demasiadas veces abrirse paso de manera imprevista. Lo que sí defiendo es que no podemos ser inocentes respecto a las decisiones que se toman, no podemos despreciar las consecuencias de las mismas, que las decisiones que se están tomando ponen límites al impacto de algunos problemas, pero incrementan la presión de otros, especialmente de aquellos referenciados respecto a la legitimidad democrática del proceso de integración y su correlato correspondiente en términos de legitimidad y aceptación popular del mismo.

El desafío para los científicos sociales de esta situación es mayúsculo: la globalidad de la crisis y la interrelación de los procesos precisa de nuevas aproximaciones y nuevos enfoques. En buena medida la bibliografía referenciada en este trabajo responde a esas nuevas exigencias: entender la crisis actual de la UE en una dimensión global cuyas implicaciones afectan a diferentes niveles, instituciones y actores. Parecería que la realidad nos convoca a contracorriente de las poderosas dinámicas de especialización en nuestras respectivas disciplinas. La multidisciplinariedad aparece como una necesidad para abordar, cuando menos, el tema de la crisis de la UE. Este trabajo pretendía tomar nota de este desafío y ofrecer algunas interpretaciones en esa dirección. Es un campo de trabajo que seguirá abierto a la investigación y el debate en los próximos años.

Bibliografía

- AGLIETTA, M. (2014), *Europe: sortir de la crise et inventer l'avenir*, Michalon Éditeur, Paris
- ANNA AUF DEM BRINKE (et al) (2016). "Why the eurozone can't agree on convergence and how structural reforms can help", *Policy Paper 165*, J. Delors Institut.
- BAUER, Michael W. et BECKER, Stephan (2014). "La gouvernance économique durant et après la crise: vers la disparition de la Commission Européenne?", *Pouvoirs 2014/2*, pp. 29-44.
- BENJAMIN, W. (2008), *Tesis sobre la Historia y otros fragmentos*, UCAM/Itaca, México.
- BRANA, S. (2015). "Les défauts de la construction de l'Union Monétaire : ce que la crise a révélé", *Cahiers français*, núm. 387, La Documentation Française, pp. 2-8.
- BRÉCHON, Pierre (2014), *Les valeurs des européennes et leur degré de*

- polarisation politique*; Politique Européenne n° 45, 2014/3; pages. 26-59.
- CASTILLO DE LA TORRE, F. (2015). “La Comisión Europea y los cambios en el poder ejecutivo de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50 Año 19, 85-124.
- CROUCH, C. (2016), *L'étrange survie du néolibéralisme*, Diaphanes, Berlin.
- CRUM, B. (2013). “Saving the euro at the cost of Democracy”, *JCMS 2013*, vol. 51, núm. 4, pp. 614-630.
- DEBOMY, Daniel (2013). “L’UE non, l’Euro oui? Les opinions publiques européennes face à la crise (2007-2012)”. *Nôtre Europe, Policy Paper 90*.
- DEHOUSSE, R., BOUSSAGUET, L. (2014). “L’impact de la crise sur la gouvernance européenne”, *Pouvoirs 2014/2*, núm. 149, pp. 7-18.
- DEGRYSE, Ch. (2012). “La nouvelle gouvernance économique européenne”, *Courier hebdomadaire du CRISP 2012/23*, núm. 23, pp. 5-82.
- DOBBELS, M. (2014). “Runaway never going back? The implications of the New Economic Governance for Democracy in the EU”, *Journal of Contemporary European Research. 10 (2)*, pp.203-220
- ENRE, R. (2015). “A supranational regime that nationalizes social conflict: explaining European trade unions, difficulties in politicizing European economic governance”, *Labor History*, vol. 56, núm. 3, pp. 345-368.
- EPRS, Parlement (2015), *Eurobaromètre du Parlement Européen. Partie II. Novembre 2015*. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2015/2015parlemeter/eb84_1_synthese_analytique_partie_II_fr.pdf (fecha de consulta: diciembre de 2016).
- EUROSTAT (2016). Disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7672401/3-30092016-AP-FR.pdf/51c904ac-8689-41bf-a01a-79458c1351c5> (fecha de consulta: diciembre 2016).
- FABBRINI, S. (2014). “After the Eurocrisis. A new paradigm on the integration of Europe”, *ARENA Working Paper 5*, April 2014.
- FABBRINI, S. (2015). “The euro crisis and its Constitutional implications”. En: CHAMPEAU, S. (et al) eds. *The future of Europe, democracy, legitimacy and justice after the euro crisis*. London, Rotwan&Littlefield, pp. 19-36.
- FEATHERSTONE, K. AND RADAELLI, C. (2003), *The politics of Europeanization*, Oxford University Press, New York.
- FITOUSSI, JP. (et al) (2010). “Politiques macroéconomiques et réformes structurelles: bilan et perspectives de la gouvernance économique au sein de l’Union Européenne”, *Revue d’Économie Politique*, 2010/2 vol. 120, pp. 247-268.
- HABERMAS, j. (2012). “The crisis of the European Union in light of a Constitutionalization of International Law –An essay on the Constitution for Europe”. En HABERMAS, J. *The crisis of the European Union: a response*. Polity press, Cambridge.
- HOBOLT, Sara B. and WRATIL, Christopher (2015). “Public Opinion and the crisis: the dynamics of support for the euro”, *Journal of European Public Policy*, 22(2), pp. 238-256.
- JOERGES, CH. (2014). “Three transformations of Europe and the search for a way out of its crisis”. En: JOERGES, CH. and GLINSKI, C. (edit.), *The European crisis and the transformation of transnational governance. Authoritarian managerialism versus democratic governance*, Hart Publishing, UK.
- JUNCKER, JC (2016). “Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea”, Comisión Europea. Disponible en: https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_es.pdf (fecha de consulta: diciembre 2016).
- NANCY, J. (2016) *Grandes évolutions de l’opinion publique à l’égard de l’Union européenne*, Service de Recherche du Parlement Européen.
- OCDE (2016), *OECD Regions at a glance 2016*. Disponible en :

- http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-regions-at-a-glance-2016_reg_glance-2016-en#.WI3XwhhDnok (fecha de consulta: diciembre 2016).
- PALIER, B. (2015). “Les trajectoires post-crisis des pays de la zone euro: vers une dualisation économique et sociale de l’Europe”, *Cahiers français*, núm. 387. La Documentation Française, pp. 16-22.
- PARLEMENT EUROPÉEN (2015), *Les grandes évolutions de l’opinion publique européenne à l’égard de l’Union Européenne*. Disponible en : http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2015/major_change/eb_historical_deskresearch_fr.pdf (fecha de consulta: diciembre 2016).
- PERRUT, Dominique (2016). “Renforcer la gouvernance économique de l’Euro”. *Question d’Europe* núm. 395.
- PIEDRAFITA, S. (2013). “EU democratic Legitimacy and National Parliaments”, *CEPS essay*, núm. 7/25.
- PIKETTY, T. (2014), *El capital en el siglo XXI*, Fondo de Cultura de Económica, Madrid.
- POIARES MADURO, M. (2012). “A new governance for the European Union and the euro: democracy and justice”, *Robert Schuman Centre for Advance Studies Policy Papers 2012/11*.
- STIGLITZ, J. E. (2016), *L’Euro: comment la monnaie unique menace l’avenir de l’Europe*, Edition LLL, France, pp. 47- 49
- THERBORN, G. (2015), *La desigualdad mata*, Alianza Editorial, Madrid.
- TOSATO, Cian Luigi (2016). “How to pursue a More Efficient and Legitimate European Economic Governance”, *IAI working papers 16/03*.

El referéndum autonómico

Regional referendums in Spain

Daniel López Rubio
Universidad Carlos III de Madrid
dalopezr@der-pu.uc3m.es

Recibido / received: 30/01/2017
 Aceptado / accepted: 27/02/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3645>

Resumen

La Constitución Española de 1978 consagró un sistema en el que prima de un modo muy intenso la democracia representativa. El constituyente fue muy restrictivo en la regulación del referéndum, como demuestra el hecho de que en más de treinta años tan solo se han convocado dos a nivel nacional. Uno de los principales debates abiertos en la doctrina constitucional española es el relativo a si las Comunidades Autónomas pueden, dentro de este marco constitucional, celebrar referendos en su propio ámbito territorial. Más allá del ruido político que rodea la cuestión, el presente artículo pretende razonar acerca de las vías que podrían llegar a utilizarse para este fin. Siendo conscientes de la íntima conexión del debate con el proceso soberanista catalán, se realiza también una reflexión acerca de la constitucionalidad de la eventual convocatoria de un referéndum de autodeterminación.

Palabras clave

Referéndum, democracia directa, reforma constitucional, participación ciudadana, consultas populares, referéndum autonómico, secesión, autodeterminación.

Abstract

The Spanish Constitution of 1978 established a system that strongly prioritizes the representative democracy. The constituent power drew up a restrictive regulation of the referendum, as evidenced by the experience: only two national referendums have been called for over 30 years. One of the most significant open debates in the Spanish legal doctrine concerns the possibility for autonomous regions to call regional referendums within the Spanish constitutional framework. Beyond the political noise that surrounds the issue, this paper aims to discuss ways to achieve this purpose. Bearing in mind the close connection between this debate and the Catalan separatism, we will also consider the constitutionality of an eventual call for a self-determination referendum.

Keywords

Referendum, direct democracy, constitutional reform, citizen participation, popular consultations, regional referendum, secession, self-determination.

SUMARIO. El modelo de democracia adoptado por la Constitución Española. 2. Modalidades de referéndum en la Constitución Española. 3. El referéndum autonómico. 3.1 La cuestión competencial. 3.2 Las vías posibles para instaurar un referéndum



autonómico. 3.3 Referéndum de autodeterminación. 4. Conclusiones.

1. El modelo de democracia adoptado por la Constitución Española

Ya en su mismo Preámbulo, la Constitución Española de 1978 declaró la voluntad de la Nación española de “establecer una sociedad democrática avanzada”. De esta forma, y a través de su artículo 1.1, España quedó configurada como Estado social y *democrático* de Derecho. Tras cuatro ominosas décadas de dictadura, el país lograba forjar su primera Constitución de consenso y recuperaba los valores democráticos.

El artículo 23 de la Constitución consagra uno de los elementos definitorios del proceso democrático: el derecho de sufragio. Y lo hace queriendo abarcar en su ámbito de protección tanto los procesos electorales como los de índole referendaria. En efecto, queda reconocido a los ciudadanos “el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. El desarrollo de este precepto, en lo relativo a la participación *directa* de los ciudadanos, no fue especialmente intenso en el articulado constitucional. Referéndum e iniciativa legislativa popular, las únicas dos instituciones que, junto con el concejo abierto, son consideradas por el Tribunal Constitucional como expresión de la participación directa en los asuntos públicos consagrada en el artículo 23.1¹, fueron objeto de una regulación restrictiva.

El proceso de restricción fue especialmente nítido en los debates constituyentes. Así, el Anteproyecto de Constitución² preveía en su artículo 85³ dos modalidades de referéndum que acompañaban al relativo a decisiones políticas de especial trascendencia que hoy pervive: uno de ratificación de leyes aprobadas por las Cortes Generales, previo a su sanción, y otro para la derogación de leyes plenamente vigentes. En el caso del referéndum derogatorio, se admitía su activación popular a través de 750.000 electores⁴. La potencia de fuego de la que se dotó en un primer momento a la institución referendaria fue intensamente rebajada en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados a partir de una enmienda planteada por el diputado Jordi Solé Tura, quien consideraba que la primigenia redacción del artículo suponía un grave riesgo de menoscabo de la soberanía del Parlamento⁵.

Se impuso, en términos de Aguiar (2000: 74), “la clara opción del constituyente español por consolidar un sistema de partidos fuerte como base imprescindible para la naciente democracia española”. Se señala con frecuencia

¹ STC 119/1995, FJ 3.

² Publicado en el BOCG de 5 de enero de 1978.

³ Art. 85 del Anteproyecto: 1. La aprobación de las leyes votadas por las Cortes generales y aún no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación de las leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos. 2. En los dos primeros supuestos del número anterior el referéndum será convocado por el Rey, a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las Cámaras, o de tres asambleas de Territorios Autónomos. En el tercer supuesto, la iniciativa podrá proceder también de setecientos cincuenta mil electores. 3. El plazo previsto en el artículo anterior, para la sanción real, se contará, en este supuesto, a partir de la publicación oficial del resultado del referéndum. 4. El resultado del referéndum se impone a todos los ciudadanos y a todos los órganos del Estado. 5. Una ley orgánica regulará las condiciones del referéndum legislativo y del constitucional, así como la iniciativa popular a que se refiere el presente artículo y la establecida en el artículo 80.

⁴ De gran similitud con el artículo 75 de la Constitución Italiana de 1948: “Se celebrará referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten quinientos mil electores o cinco consejos regionales”.

⁵ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 6 de junio de 1978, p. 2937.

como motivo subyacente de esta posición el perverso uso que hiciera del instrumento plebiscitario el régimen franquista⁶. Sea como fuere, lo cierto es que el ordenamiento constitucional español configura un régimen principalmente representativo en el que las opciones de intervención directa de los ciudadanos son realmente escasas. Utilizando las palabras de Garrorena (1991: 148), “se trata, en definitiva, de apelar a una filosofía o concepción de la democracia que está -para decirlo apretadamente- más cerca de Montesquieu que de Rousseau, más próxima a la confianza en los representantes (...) que al ejercicio directo de la capacidad de participar”.

La importancia limitada de las vías de democracia directa ha sido recalcada por el Tribunal Constitucional. Así, la STC 103/2008, que resolvió el celeberrimo asunto del “Plan Ibarretxe” y que aquí analizaremos con atención, expuso que “en tanto que instrumento de participación directa en los asuntos públicos, el referéndum es, junto con el instituto de la representación política, uno de los dos cauces de conformación y expresión de la voluntad general. Pero conviene destacar que se trata de un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política”⁷. Queda clara, pues, la preeminencia en nuestro actual modelo del sistema representativo de participación política.

2. Modalidades de referéndum en la Constitución Española

Antes de comentar el régimen de los diversos tipos de referendos que se contemplan en la Constitución, parece imprescindible definir la figura y distinguirla del concepto de “consultas populares”. Para ello debemos acudir a la STC 103/2008, relativa a la consulta que el Parlamento Vasco convocó a través de la Ley 9/2008. En ella el Alto Tribunal subrayó que el referéndum es un tipo de consulta popular, siendo la relación entre ellos del tipo “especie-género”. A través del referéndum, “no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos”, sino que “su objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral, conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral (...), siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el artículo 23”⁸. En síntesis, para poder saber si estamos ante un referéndum, debemos atender al sujeto consultado, de modo que, si coincide con el cuerpo electoral, y su canal de expresión es el procedimiento electoral, estaremos ante una consulta referendaria⁹.

⁶ Martín Nuñez (2012: 98) subraya que “el constituyente de 1978, receloso de las prácticas de legitimación plebiscitaria del régimen franquista, apuesta decididamente por fortalecer el protagonismo de los partidos políticos en el proceso de consolidación de la democracia constitucional española y se muestra reacio a admitir la irrupción en la vida política de pronunciamientos populares que pudiesen escapar al control de los representantes políticos”. En los mismos términos se expresa Cuesta López (2008: 89). Señala, no obstante, Castellà (2016: 241) que en el debate “sobresalieron los argumentos estructurales o de modelo de democracia”. Así, el autor apunta que “en las intervenciones de los portavoces parlamentarios predominan argumentos de carácter abstracto, con referencia a teóricos de la representación política o de la democracia (Burke, Rousseau, Schmitt), a la historia antigua y a algunas experiencias comparadas contemporáneas”. Virgala (2013: 19) también cuestiona el peso del argumento, indicando que “ni su utilización fue lo que mantuvo al régimen franquista en el poder ni tampoco fue un mecanismo utilizado de forma continuada (hay que recordar que Franco sólo convocó dos referenda: 1947 Ley de sucesión; 1966 LOE)”.

⁷ STC 103/2008 FJ 2.

⁸ *Ibidem*, FJ 2.

⁹ Carrasco Durán (2013: 16) considera necesaria la singularización del referéndum entre los demás tipos de consultas pues, dice, “resulta evidente la existencia de modalidades de consulta popular que

Procedamos, pues, a realizar una somera explicación de las diferentes modalidades de referéndum que aparecen en nuestro texto constitucional. Distinguiremos entre referendos normativos y no normativos, esto es, en función de si van ligados o no a la aprobación de un texto legal.

Comenzando por los primeros, debemos destacar la figura del referéndum inserto en el proceso de reforma constitucional, llamado simplemente “referéndum constitucional”. Recordemos que existen dos vías distintas para operar una reforma, empleándose una u otra en función de a qué parte de la Constitución afecte. El procedimiento más agravado, previsto para la revisión total de la Constitución, o para una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera, del Título primero, o al Título segundo, exige la ratificación final por el pueblo en referéndum¹⁰. Por consiguiente, la consulta tiene aquí un carácter preceptivo y vinculante. Para el resto de reformas constitucionales el referéndum es meramente potestativo, celebrándose únicamente si así lo solicitan una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. La principal razón para la previsión de este mecanismo en la reforma constitucional parece ser, como apunta Aguiar (2000: 79), la protección de las minorías. Pese a que el bajo porcentaje exigido para solicitar la convocatoria de referéndum en el procedimiento ordinario pueda hacer pensar que éste se dará como paso obligado en cualquier tipo de reforma, lo cierto es que, en la práctica electoral española, como puede observarse en la siguiente tabla¹¹, pocos grupos parlamentarios han contado por sí solos con tal cifra de miembros. Ello obligaría a lograr el entendimiento de parlamentarios pertenecientes a grupos diferentes.

TABLA: NÚMERO DE GRUPOS PARLAMENTARIOS QUE ALCANZAN EL REQUISITO DEL 10% EN CADA LEGISLATURA

Legislatura	Congreso de los Diputados	Senado
<i>I (1979-1982)</i>	<i>2 (GPC y GPS)</i>	<i>2 (GPUCD y GPS)</i>
<i>II (1982-1986)</i>	<i>2 (GPS y GPP)</i>	<i>2 (GPS y GPP)</i>
<i>III (1986-1989)</i>	<i>2 (GPS y GPCP)</i>	<i>2-3* (GPS y GPCP)</i>
<i>IV (1989-1993)</i>	<i>2 (GPS y GPP)</i>	<i>2 (GPS y GPP)</i>
<i>V (1993-1996)</i>	<i>2 (GPS y GPP)</i>	<i>2 (GPP y GPS)</i>
<i>VI (1996-2000)</i>	<i>2 (GPP y GPS)</i>	<i>2 (GPP y GPS)</i>
<i>VII (2000-2004)</i>	<i>2 (GPP y GPS)</i>	<i>2 (GPP y GPS)</i>
<i>VIII (2004-2008)</i>	<i>2 (GPS y GPP)</i>	<i>2 (GPP y GPS)</i>

no se articulan a través de una votación y que, por lo tanto, son distintas al referéndum. Entre estas se encuentran las encuestas, audiencias públicas y foros de participación citados expresamente en algunos Estatutos de Autonomía de nueva generación”.

¹⁰ Un estudio pormenorizado de este complejo proceso se encuentra en García-Escudero Márquez (2008).

¹¹ Elaboración propia a partir de datos oficiales extraídos de las páginas web del Congreso de los Diputados (www.congreso.es) y del Senado (www.senado.es).

IX (2008-2011)	2 (GPS y GPP)	2 (GPP y GPS)
X (2011-2015)	2 (GPP y GPS)	2 (GPP y GPS)
XI (2016-2016)	4 (GPP, GPS, GPP-ECP-EM, GPC)	2 (GPP y GPS)
XII (2016-)	4 (GPP, GPS, GPP-ECP-EM, GPC)	2 (GPP y GPS)

*Durante los años 1987 y 1988, el grupo mixto alcanzaba también la cifra requerida.

Otro referéndum de tipo normativo previsto en la Constitución es el contemplado para la aprobación de los Estatutos de las Comunidades que accedieran a la autonomía siguiendo el procedimiento del artículo 151.1 CE. Recordemos que nuestro texto jurídico supremo contempla dos vías de acceso a la autonomía. Una primera vía, de carácter ordinario, permitía asumir las competencias previstas en el artículo 148.1 CE¹². La segunda, que según el citado artículo 151.1 CE exige que la iniciativa autonómica sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría de los electores de cada provincia (y de la que se exige a aquellos territorios que en el pasado hubieran plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía, según la Disposición Transitoria 2ª CE), permitía asumir cualquier competencia, con el único límite de las reservadas exclusivamente al Estado por el artículo 149.1 CE. Pues bien, como decimos, cuando una Comunidad utilice el *iter* preferente, la Constitución le exige que la aprobación de su Estatuto cuente con la ratificación del pueblo de cada una de las provincias que comprenden su territorio a través de referéndum. Existen, a su vez, dos posibilidades aquí. En la primera, una Asamblea de Diputados y Senadores han de aprobar un proyecto de Estatuto, que remitirá a la Comisión Constitucional del Congreso. Se discutirá en su sede junto con una delegación de aquella Asamblea y, en caso de que exista acuerdo, el texto resultante se someterá a referéndum en las provincias correspondientes. Si el cuerpo electoral de cada una de ellas lo aprobara, el proyecto se elevaría a las Cortes Generales para su definitiva ratificación. La segunda posibilidad está prevista para el caso en que la delegación de la Asamblea citada y la Comisión Constitucional no lleguen a un acuerdo. En este supuesto el proyecto se tramitará como proyecto de ley en las Cortes, siendo el texto generado sometido a referéndum. En caso de superarse, solo restaría su promulgación.

El último de los referendos normativos lo encontramos en el artículo 152.2 CE, que establece la necesidad de referéndum para realizar una reforma de los Estatutos aprobados en seguimiento de la vía preferente. Es preciso en este punto señalar que, aunque la Constitución sólo impone el referéndum para la reforma de tales Estatutos, algunas Comunidades han optado por introducirlo en sus respectivas normas básicas, y ello en virtud del artículo 147.3 CE¹³ (“La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica”), que parece otorgar cierta libertad a la hora de configurar el proceso de reforma. De este

¹² Una vez transcurridos cinco años, el artículo 148.2 CE permitía a estas Comunidades Autónomas aumentar su número de competencias a través de reforma estatutaria, y siempre bajo el respeto del límite de competencias exclusivas delimitado por el artículo 149 CE.

¹³ La STC 31/2010, en su FJ 147, expone que la posibilidad de que las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía lenta instauren referendos de ratificación de la reforma de sus Estatutos es perfectamente constitucional, a la luz del “amplio margen de configuración” que sobre este particular les otorga el artículo 147.3 CE.

modo, el Estatuto de Autonomía de Aragón (artículo 115.7), y el de Extremadura (artículo 91.2) han contemplado la posibilidad de celebrar un referéndum para ratificar la decisión final, siempre que lo solicite una mayoría cualificada de sus Parlamentos. El Estatuto de la Comunidad Valenciana (artículo 81.5) también ha contemplado un referéndum de ratificación, aunque éste resulta de obligada convocatoria¹⁴. Nos encontraríamos ante un supuesto de referéndum no expresamente previsto en la Constitución y que, sin embargo, no ha merecido duda de inconstitucionalidad alguna.

En segundo lugar, comentaremos los referendos de tipo no normativo. Inicialmente, hemos de hacer referencia al referéndum del artículo 92 de la Constitución. Se trata de una consulta que puede proponer el Presidente del Gobierno para cuestiones políticas de especial trascendencia. El objeto de la consulta, como vemos, es profundamente indeterminado. Ahora bien, siguiendo a Rodríguez Zapatero (1986, p. 1162), del tenor literal del precepto sí parece deducirse que las decisiones políticas no podrán ser leyes aprobadas y no sancionadas, ni la abrogación de leyes en vigor¹⁵. Debe ser autorizado por el Congreso de los Diputados, y su convocatoria formal corresponde al Rey. El propio artículo 92 establece que será una ley orgánica la que regule las condiciones y el procedimiento no sólo de esta modalidad de referéndum, sino de todas las previstas en la Constitución. Estamos ante un referéndum meramente consultivo, según prevé el artículo que lo regula. Ahora bien, la ausencia de efectos jurídicamente vinculantes no es óbice para poder señalar, como hace Alzaga (1980: 587), que si el pueblo se decanta claramente a favor de una determinada posición, no es probable, desde la óptica del realismo político, que los poderes públicos decidan ir en contra de la misma. Como ya se apuntó, el Anteproyecto de Constitución preveía un artículo 92 (en ese momento era el 85) mucho más completo. Y ello porque incluía las dos versiones antedichas de referéndum. La previsión original de estas dos modalidades legislativas explica la situación del artículo en el Capítulo II, dedicado a la elaboración de las leyes, del Título III, de las Cortes Generales. Tras los debates a los que *supra* hice referencia, el legislador constituyente redujo al mínimo las modalidades de referéndum, quedando solo en pie el consultivo para cuestiones políticas de gran importancia.

También podemos hablar de referéndum de carácter no normativo si acudimos al artículo 151.1 de la Constitución. Recordemos que en él se contempla la necesidad de superar un referéndum para poder ejercitar el acceso a la autonomía por la vía preferente.

El último de los referendos no normativos aparece en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, que prevé la necesidad de que una iniciativa autonómica que pretenda incorporar Navarra al País Vasco supere un referéndum por mayoría de los votos válidos emitidos.

Siguiendo el mandato establecido por el artículo 92.3 de la Constitución, las diversas modalidades de referéndum previstas en ella, que hemos ido enunciando, encuentran el desarrollo de su regulación en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero.

¹⁴ Salvo que la reforma solo implique ampliación competencial.

¹⁵ Requejo (2014: 264) coincide en la imposibilidad de que el objeto de la consulta sea una norma, pero considera que ello no es obstáculo para que, una vez celebrado el referéndum, se termine por plasmar su resultado en una ley.

3. El referéndum autonómico

3.1. La cuestión competencial

A lo largo de los últimos años se ha desarrollado un interesante debate en torno a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan celebrar referendos distintos a los expresamente contemplados en la Constitución. Paralelamente, ha surgido controversia respecto de qué competencias pueden ostentar las mismas en la materia de consultas populares a celebrar por vía de referéndum, e incluso respecto de la posibilidad de que, sin ostentar competencias expresas, quepa la posibilidad de convocar referendos autonómicos.

Antes de comenzar con los principales exponentes de este debate, debemos apuntar dos elementos básicos a tener en cuenta en todo momento como marco para el mismo. En primer lugar, y como ya comentamos previamente, el artículo 92.3 de la Constitución exige que sea una ley orgánica la que regule las condiciones y el procedimiento de las diversas modalidades de referéndum previstas en la Constitución. En segundo lugar, el artículo 149.1.32 reserva al Estado competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum. Como digo, deberemos tener presentes ambos elementos a la hora de analizar la controversia en cuestión.

3.1.1. Principales hitos en el debate

El primero de los hitos en el seno de este debate aconteció en el año 2008. El entonces Lehendakari Juan José Ibarretxe planteó ante el Parlamento Vasco un texto legal que permitía celebrar una consulta en el País Vasco para obtener la opinión de sus ciudadanos en torno a la idea de abrir negociaciones con el Estado para alcanzar una nueva relación entre la Comunidad Autónoma y aquél. El Parlamento autonómico aceptó la iniciativa, aprobando la Ley 9/2008, de 27 de junio, cuya exposición de motivos establecía que su objeto era el de “recabar la opinión de los ciudadanos y ciudadanas vascas con derecho de sufragio activo sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política”. Según la misma, al no ser una consulta jurídicamente vinculante, ni un referéndum, no le resultaba aplicable la Ley Orgánica 2/1980, ni la necesidad de autorización estatal contemplada en el artículo 149.1.32 de la Constitución.

El Gobierno de la Nación decidió plantear recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2008. Se hizo necesario, pues, que el Tribunal Constitucional asentara las diferencias entre referéndum y otras consultas populares y decidiera en cuál de las dos categorías encajaba la figura planteada por el Parlamento Vasco, para aclarar si la autorización del Estado era o no precisa. El fundamento jurídico 2º de la STC 103/2008 estableció de manera contundente la delimitación. Así, como expusimos, estaremos ante un referéndum cuando el sujeto consultado sea el cuerpo electoral y el procedimiento adoptado para su expresión sea el electoral.

En el caso concreto, el Tribunal constató que la Ley llamaba a consultar a “los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio”, es decir, al cuerpo electoral vasco, y además lo hacía remitiéndose a la Ley reguladora de las elecciones en tal Comunidad. La conclusión fue sencilla: la consulta era un referéndum, y requería la autorización estatal contemplada en el artículo 149.1.32 de la Constitución. No contando con ella, el Tribunal declara su nulidad. Es cierto que las razones a través de las cuales se materializó tal declaración de

inconstitucionalidad fueron algunas más, pero en ellas incidiremos más adelante.

Imperiosa resulta la necesidad de subrayar, dentro de este primer hito, que el País Vasco nunca ha asumido competencias en materia de consultas populares por vía de referéndum. Una de las razones por las que la Ley 9/2008 se impugnó fue precisamente ésta, la ausencia de apoyo del texto en un título competencial expreso. El Gobierno vasco argumentó que la potestad de la Comunidad para convocar referendos era intrínseca al principio democrático y a la capacidad de autoorganizar sus propias instituciones de Gobierno. El Tribunal Constitucional no aceptó esta argumentación, dejando claro “que no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita”. Y ello, dijo, por entrar en colisión con competencias expresas que sí posee el Estado, como la derivada del artículo 149.1.32 de la Constitución.

El segundo de los hitos a comentar es el relativo al Estatuto de Cataluña aprobado en 2006. Éste presenta un artículo 122 que atribuye a la Generalitat “la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización, y la convocatoria por la propia Generalitat o por lo entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución”. El Tribunal Constitucional entendió, en su sentencia 31/2010, que el precepto era plenamente constitucional, siempre que se interpretara en el sentido de que “cualquier otro instrumento de consulta popular” no incluye el referéndum. Ello porque, según el Tribunal, al Estado corresponde no sólo la autorización de la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino la entera disciplina de la institución. El Alto Tribunal, para llegar a esta conclusión, parte de la idea de que “la Ley Orgánica 2/1980, sobre regulación de las diversas modalidades de referéndum, es la llamada por el artículo 92.3 para regular las condiciones y procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, y además es la única constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del artículo 149.1.32 CE: la genérica del artículo 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 CE”. En conclusión, el Tribunal emprende una interpretación especialmente restrictiva del artículo 122 EAC, afirmando que la entera disciplina de la institución referendaria corresponde al Estado. Es discutible si, a pesar de la potencia del enunciado, cabría espacio para algún tipo de actuación normativa de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas.

Resulta difícil compartir los argumentos ofrecidos en esta sentencia por el Tribunal Constitucional. En primer lugar, escaso sentido tiene aquí la apelación a la Ley Orgánica 2/1980. La Constitución encomienda a esta ley la regulación de aquellas modalidades de referéndum previstas en ella. Pues bien, aquí se está tratando un tipo de referéndum desconocido en el texto supremo, esto es, un referéndum de ámbito autonómico y diferente a aquellos previstos para la aprobación o reforma de los Estatutos de Autonomía¹⁶. En segundo lugar, no parece acertado extraer del artículo 149.1.32 CE, limitado a reservar al Estado la autorización de la convocatoria de referendos, conclusiones relativas al reparto de

¹⁶ Dada la referencia que realiza el artículo 92.3 CE a “las modalidades de referéndum previstas en esta Constitución”, entiende Aguado (2011, p. 548) que “nada impediría, teóricamente, de acuerdo con esta literalidad, que pudiesen existir dos leyes orgánicas distintas reguladoras de referendums, una para los previstos en la Constitución y otra para los demás”. De hecho, recordemos que la Ley Orgánica 2/1980 no regula de un modo directo la figura de las consultas municipales, no previstas en la Constitución, sino que se remite a través de su Disposición Adicional a la legislación de régimen local.

competencias normativas sobre el instituto en cuestión. Finalmente, poco peso tiene la apelación a que el desarrollo de los derechos fundamentales debe realizarse por ley orgánica. Resulta evidente que, pese a la corrección del enunciado, las Comunidades Autónomas poseen capacidad para desarrollar la normativa estatal en materia de derechos fundamentales¹⁷. En resumen, la categórica afirmación del Tribunal no descansa en sólidas premisas. La posibilidad de que las Comunidades Autónomas actúen en esta materia, siempre desde el respeto a una normativa básica estatal y a la necesidad de previa autorización estatal de las convocatorias, resulta mucho más razonable.

3.1.2. Comunidades Autónomas con competencias en la materia: su interpretación a la luz de la jurisprudencia.

Los Estatutos de las Comunidades Autónomas de Baleares, Castilla y León, La Rioja, Canarias, Asturias y Murcia contienen una previsión estatutaria (Artículos 31.10 EABal; 71.15 EACL; 9.7 EALR; 32.5 EACan; 11.11 EAAs; 11.8 EAMu) que les otorga competencia de desarrollo legislativo y ejecución en: “Sistema de consultas populares en el ámbito de [la Comunidad Autónoma de que se trate], de conformidad con lo que disponga la Ley a que se refiere el artículo 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado, correspondiendo a éste la autorización de su convocatoria”. Una interpretación estricta de las directrices asentadas por la STC 31/2010, nos llevaría a entender que la competencia se extiende únicamente a consultas de carácter no referendario (que no requerirían autorización previa), sin que quepa extensión alguna a la figura del referéndum, sobre la que el Estado se reserva la facultad de regular su entera disciplina. En la materia de consultas populares que no constituyan referéndum, las Comunidades Autónomas deberán respetar, en todo caso, la legislación básica que dicte el Estado en el ámbito de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 de la Constitución), como expuso la misma sentencia del Tribunal Constitucional.

Por su parte, el Estatuto de la Comunidad Valenciana, en su artículo 28.5, dispone que “El President de La Generalitat podrá proponer, de acuerdo con lo que determine la legislación del Estado, la celebración de consultas populares en el ámbito de la Comunitat Valenciana, sobre cuestiones de interés general en materias autonómicas o locales”. Habríamos de entender, una vez más, que estamos ante consultas no cualificadas como referéndum, y será preciso igualmente respetar la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las Administraciones Públicas.

Estas conclusiones, a priori lógicas a través de un entendimiento preciso de la doctrina asentada en la STC 31/2010, han quedado de algún modo matizadas por el propio Tribunal a través de la STC 137/2015, en la que se declaró la inconstitucionalidad de un decreto del gobierno autonómico de Canarias por el que se pretendía regular unas consultas esencialmente referendarias. En este pronunciamiento el Tribunal expuso que las Comunidades Autónomas sí pueden asumir competencias sobre “algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum”. Pese a la imprecisión con

¹⁷ Como apunta Aguiar (Manuscrito de próxima publicación: 21), de gran interés al respecto resulta el caso de los procesos electorales: “(...) el hecho de que el régimen electoral general esté reservado a la ley orgánica por ser desarrollo del derecho de participación y por estar explícitamente contemplado en el artículo 81.1 CE (que comprende elementos tan relevantes para la celebración de las elecciones parlamentarias autonómicas como las que se enumeran en la Disposición Adicional 1ª.2 de la LOREG) [tampoco] impide al legislador autonómico complementar la regulación autonómica de las elecciones”.

que se introduce esta ligera apertura, parecería habilitación suficiente para una intervención normativa de desarrollo de las mencionadas Comunidades Autónomas.

Los Estatutos de Andalucía, Aragón y Extremadura¹⁸ otorgan a las mismas competencias en materia de consultas populares, pero sus tenores literales excluyen expresamente el referéndum, sin que quepa, por tanto, comentario adicional alguno.

Por su parte, Galicia, Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid y Navarra, al igual que ocurre con el País Vasco, no presentan referencia alguna en sus Estatutos a la materia de consultas populares.

3.2. Las vías posibles para instaurar un referéndum autonómico

De lo dicho hasta ahora podemos extraer dos conclusiones fundamentales. La primera es que no cabe esgrimir potestades implícitas ligadas al principio democrático y a la capacidad de autoorganización institucional para convocar referendos de ámbito autonómico. Y la segunda supone que el Estado se reserva competencia para regular la entera disciplina de la institución referendaria, sin que sea posible asumir por parte de las Comunidades competencias al respecto más allá de un mero desarrollo (de contornos indefinidos) de la normativa estatal.

Siendo éstas las coordenadas de juego, podemos reflexionar acerca de qué opciones existen para que una Comunidad Autónoma pueda plantear un referéndum a sus ciudadanos, distinto a los ya expresamente previstos en la Constitución.

3.2.1. La reforma constitucional

Una primera gran vía sería la reforma constitucional. Incorporar al texto jurídico fundamental la posibilidad de que las Comunidades puedan celebrar referendos. Ahora bien, el objeto de esas consultas, ¿podría ser cualquiera? ¿Incluida la autodeterminación de un territorio? Existen voces contrarias a esta posibilidad. Aragón (1989: 63), por ejemplo, entiende que “ni hay Estado, ni Constitución, ni ordenamiento, si hay derecho de secesión; simplemente son entidades inconciliables”. En la misma línea discurre el pensamiento de Tajadura (2009: 383), quien sostiene que en caso de modificarse la Constitución para suprimir o sustituir el artículo 1.2 por otro que no salvaguardara la unidad de la soberanía del pueblo español, ya no estaríamos ante “la misma Constitución reformada, sino ante otra Constitución distinta”. No encuentra sin embargo reparos a esta vía, que defiende con intensidad, Aláez Corral (2015). No es este el lugar para realizar una profunda reflexión sobre la cuestión, pero sí pueden destacarse dos elementos de interés: primero, el hecho de que la jurisprudencia constitucional ha reiterado la inexistencia

¹⁸ Artículo 78 EAAnd: “Corresponde a la Junta de Andalucía la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum”.

Artículo 71.27 EAAR: “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: 27.ª Consultas populares, que, en todo caso, comprende el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la Comunidad Autónoma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de la regulación del referéndum y de lo previsto en el artículo 149.1.32.ª de la Constitución”.

Artículo 9.1.50 EAEx: “La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 50. Régimen y convocatoria de consultas populares no vinculantes diferentes al referéndum”.

de límites materiales al poder de reforma constitucional¹⁹; y segundo, lo pacífico que sería el asunto si la previsión constitucional decretara que el ámbito dentro del cual pueden las Comunidades Autónomas convocar referendos es estrictamente el de sus competencias.

3.2.2. Métodos legislativos

Cabe plantearse, no obstante, la posibilidad de celebrar este tipo de referendos autonómicos sin necesidad de una previa reforma constitucional que los contemplase. A este respecto, es oportuno señalar que los hechos apuntan hacia la existencia de consultas referendarias no expresamente previstas en la Constitución, y cuya presencia ha sido plenamente pacífica. Así, contamos con los referendos para la agregación/segregación a una Comunidad Autónoma de municipios enclavados íntegramente en su territorio (artículo 8º del Estatuto del País Vasco, y Disposición Transitoria 3ª del Estatuto de Castilla y León, respectivamente); también se han previsto referendos de reforma estatutaria para Comunidades (Valencia, Aragón y Extremadura) cuyo Estatuto fue aprobado por la vía ordinaria, basándose en la libertad regulatoria del artículo 147.3 de la Constitución; y finalmente se han contemplado consultas referendarias a nivel local, tanto en la Ley Orgánica reguladora de las diversas modalidades de referéndum (en concreto en su Disposición Adicional²⁰), como en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (artículo 71²¹). La existencia no controvertida de estos referendos, pese a su no inclusión expresa en la Constitución, parece un poderoso argumento en contra de la obligatoriedad de emprender una reforma constitucional.

Dentro de los argumentos que parten de la ausencia de necesidad de reformar la Constitución para celebrar un referéndum autonómico, encontramos el siguiente: el uso del referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia del artículo 92 de la Constitución, y cuya regulación se desarrolla en la Ley Orgánica 2/1980. Habríamos de reflexionar acerca de si cabe emplear esta figura para preguntar únicamente a una parte del cuerpo electoral. Aguiar (2000: 87) cree que “el artículo 92 en ningún punto consagra de modo explícito que el ámbito de estas consultas populares deba ser todo el territorio nacional”. Por su parte, Castellà (2013: 202) entiende que “no se puede obviar una objeción derivada del propio texto constitucional, el cual se refiere a que tales decisiones políticas podrán ser sometidas a referéndum consultivo ‘de todos los ciudadanos’. De este modo, a priori, parece que se estaría refiriendo a todo el cuerpo electoral”.

En respuesta a la posible limitación del artículo 92 de la Constitución para este fin, cabría la posibilidad de que el legislador orgánico incorporara a la Ley Orgánica 2/1980 un nuevo referéndum consultivo, de ámbito autonómico. Ocurre, no obstante, que la citada Ley está prevista por la Constitución para regular las modalidades de referéndum previstas en ella, y aquí hablamos de una figura no

¹⁹ Entre otras, SSTC 103/2008, 31/2009 y 42/2014.

²⁰ Disposición Adicional de la LOMR: “Las disposiciones de la presente Ley no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización”.

²¹ Artículo 71 LBRL: “De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local”. La previsión de autorización previa del Gobierno parece indicar que estamos ante consultas referendarias, en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 149.1.32 CE.

contemplada constitucionalmente. Por tanto, parece apropiado que su regulación viniera dada por una ley específica. En todo caso, este nuevo texto debería salvaguardar la exigencia de autorización estatal de la convocatoria que prevé el artículo 149.1.32 de la Constitución. Además, y en tanto en cuanto desarrolla el derecho fundamental de participación política, habrá de ser ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución).

Lo que bajo ningún concepto sería admisible es que la regulación primaria de este referéndum autonómico viniera dada por una ley asimismo autonómica. Y ello porque, como hemos expuesto, el Tribunal Constitucional ha sido tajante al señalar que la entera disciplina de la institución referendaria corresponde al Estado, sin que puedan las Comunidades asumir competencias más allá de un impreciso desarrollo normativo. Cuando aún estaba pendiente de resolverse el asunto relativo al Estatuto de Cataluña, el Parlamento catalán aprobó una Ley, la 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum. La Ley parte del presupuesto, que más tarde el Tribunal Constitucional negó, de que el inciso final del artículo 122 del Estatuto incluye los referendos. Así, regula el uso del referéndum a nivel autonómico, con carácter consultivo, restringido a materias de competencia autonómica, y sometido a la previa autorización del Estado. El Presidente del Gobierno decidió impugnar la Ley, planteando un recurso que fue admitido por el Tribunal, lo que supuso su suspensión automática. Aún no se ha resuelto el asunto, pero en junio de 2011 el Pleno del Tribunal decidió levantar la citada suspensión. Por tanto, a día de hoy es una norma jurídica plenamente válida, y podría utilizarse como cobertura para un referéndum autonómico de carácter consultivo en Cataluña.

3.3. Referéndum de autodeterminación

Supongamos que el legislador orgánico aprobara finalmente la regulación de un nuevo tipo de referéndum autonómico. Más allá de las dudas ya planteadas acerca del margen que tendrían las Comunidades Autónomas para el desarrollo de tal normativa en base a los postulados de la STC 137/2015, conviene plantearse un interrogante de vital importancia: ¿ese referéndum podría tener cualquier objeto? ¿Cabría la posibilidad de que una Comunidad consultara a sus ciudadanos acerca de una eventual independencia de España?

Aquí resulta de nuevo imprescindible atender a la jurisprudencia constitucional. En la ya citada STC 103/2008, el Tribunal Constitucional se enfrentó al debate en términos muy similares a los aquí planteados. A través de la consulta promovida por el Lehendakari Ibarretxe se pretendía iniciar un procedimiento de reconsideración de la relación entre País Vasco y España, otorgando al pueblo vasco una suerte de derecho a decidir equivalente al que posee como soberana la nación española.

El Tribunal fue tajante al afirmar que una cuestión de tal índole venía a afectar al orden constitucional vigente (en concreto al artículo 2 CE), “en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. De esta manera, añade el Tribunal, la vía para operar una reconsideración tal no puede ser sino la revisión del texto constitucional a través del procedimiento del artículo 168 CE.

La conclusión parece clara: una Comunidad Autónoma no podría en ningún caso plantear un referéndum de autodeterminación a sus ciudadanos. Ello implicaría

afectación a un orden constitucional cuya reforma, si bien puede darse sin límite material alguno, tiene mecanismos de seguimiento indispensable²².

De este pronunciamiento podemos extraer un principio más amplio que aquel que niega la posibilidad de celebrar referendos autonómicos de secesión: las consultas solo pueden tener por objeto materias en las que la Comunidad de que se trate posea competencia. Esta premisa está presente, por ejemplo, en la regulación estatal básica sobre el referéndum municipal. Así, el artículo 71 de la Ley de Bases del Régimen local habla de “asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local”. Igualmente, la citada ley catalana 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, indica en su artículo 10 que “el objeto de las consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Cataluña son las cuestiones políticas de especial trascendencia para la ciudadanía en el ámbito de las competencias de la Generalidad”.

Hablaríamos únicamente, pues, de preguntas relativas a materias de competencia autonómica. A pesar de esta limitación, relevantes constitucionalistas han defendido una vía para poder sondear lícitamente al pueblo autonómico de que se trate acerca de una eventual puesta en marcha de un procedimiento orientado a la consecución de la secesión. La construcción descansa en la idea de que forma parte de las atribuciones de toda Comunidad Autónoma el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional²³ (artículo 166.1²⁴, en relación con el 87.2²⁵, ambos de la Constitución). En consecuencia, una consulta referendaria cuyo objeto fuera preguntar si los ciudadanos apoyan que su Parlamento autonómico envíe a las autoridades estatales un proyecto de reforma constitucional de sesgo secesionista, resultaría plenamente legítima.

Bajo ciertas circunstancias, esta vía resulta impecable en términos constitucionales. Así, el Parlamento autonómico no debería estar jurídicamente vinculado al parecer del cuerpo electoral, pues de lo contrario se produciría un falseamiento en la titularidad de la facultad de plantear la proposición de reforma constitucional. La consulta debería tener, pues, meros efectos consultivos. Las consecuencias de una hipotética negativa del Parlamento autonómico habría de jugar exclusivamente en el terreno político. Lo mismo ocurriría en el caso de que, si finalmente se plantea la propuesta a las Cortes Generales, éstas decidan no operar

²² En muy similares términos se expresa la STC 42/2014: “El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable”.

²³ Vintró (2012) considera que la expresión “ámbito de competencias” debe interpretarse “de manera que el objeto de las consultas pueda incluir, además de cuestiones sobre el elenco estatutario de materias competenciales, también preguntas relativas a las facultades de la Generalidad reconocidas por la Constitución y el Estatuto entre las que se encuentra el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional como se desprende de los artículos 166 y 87 del texto constitucional”. Igualmente, Aguiar (en manuscrito de próxima publicación) entiende que “la posibilidad de que la Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma acuerde elaborar una proposición de reforma constitucional y que con carácter previo a la aprobación de su remisión a las Cortes someta tal propuesta a una consulta popular por vía de referéndum en el ámbito de la propia Comunidad Autónoma respectiva y con efectos meramente consultivos, no parece que pueda a título de principio suscitar grandes reparos de inconstitucionalidad”.

²⁴ Artículo 166 CE: “La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87”.

²⁵ Artículo 87.2 CE: “Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa”.

una reforma en los términos sugeridos por la Comunidad en cuestión. Salvaguardadas las facultades de ambos Parlamentos, la vía propuesta merece una opinión favorable²⁶.

4. Conclusiones

Tras casi cuarenta años de funcionamiento del engranaje constitucional de 1978, con un sistema democrático plenamente asentado y unos partidos políticos fuertes, convendría reflexionar si no ha llegado el momento de introducir mecanismos de participación directa que puedan actuar como eficaces contrapesos al gran poder del que en su día se dotó al sistema representativo. De gran interés resulta, en este sentido, la propuesta de reforma constitucional planteada por el Parlamento de Asturias en 2014²⁷. En ella se aboga por la inclusión de relevantes innovaciones en nuestro actual artículo 92 CE: i) la posibilidad de que el referéndum consultivo sea también planteado a iniciativa de 500.000 electores; y ii) la articulación de un referéndum derogatorio al estilo del vigente en el ordenamiento italiano y de activación a propuesta asimismo de 500.000 electores.

Junto con la potenciación del instrumento referendario en el ámbito nacional, parece ineludible su regulación en el nivel autonómico. Escaso sentido tiene que en la actualidad un Ayuntamiento pueda consultar a sus vecinos acerca del ejercicio concreto de una facultad de su competencia y, sin embargo, una Comunidad Autónoma tenga vetada esta posibilidad. La cercanía al ciudadano de ambos niveles hace especialmente propicio el instituto como cauce de participación complementario de los regulares mecanismos representativos. Sería saludable, en este sentido, la inclusión del referéndum autonómico en la propia Constitución Española, aclarando qué espacio queda para su regulación por parte de las autoridades autonómicas en desarrollo de la normativa estatal, que seguirá siendo imprescindible en garantía de una cierta uniformidad en un terreno propio de ley orgánica.

De no lograrse una reforma constitucional de este signo, nada impide la existencia del referéndum autonómico. No figura tampoco en el texto constitucional referencia alguna sobre la iniciativa legislativa popular de ámbito autonómico, y ello no ha sido obstáculo para su utilización. Siempre que estas consultas queden circunscritas al ámbito de las competencias propias de cada Comunidad, no se atisba inconveniente alguno en su previsión y empleo.

Se ha argumentado aquí la poca consistencia de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la necesidad de que la entera disciplina de la institución referendaria sea configurada por el Estado (doctrina que, de hecho, fue matizada más tarde por el propio Tribunal). Al igual que ocurre en el ámbito de las elecciones autonómicas, la normativa básica del Estado debe permitir su desarrollo a través de la intervención de los Parlamentos autonómicos. Recuérdese que el Estado conservará, en todo caso, una “bala de plata” para bloquear consultas que considere nocivas para el interés general: la necesaria autorización de la convocatoria, prevista en el artículo 149.1.32 CE.

²⁶ No es de esta opinión Castellà (2013: 198-199), quien considera que “una interpretación tan amplia del alcance del término ‘competencia’ (...) vacía completamente el significado preciso que la doctrina iuspublicista, en España y en los Estados políticamente compuestos, ha atribuido a la competencia como conjunto de facultades jurídicas que ostenta un ente público sobre una materia determinada”. El autor entiende, asimismo, que la exclusión expresa que realiza la Constitución de la iniciativa popular en la reforma constitucional impediría poder emplear el referéndum autonómico para este fin.

²⁷ Puede consultarse en Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias de 25 de septiembre de 2014.

Si finalmente se alcanzara la creación de una ley orgánica reguladora de los referendos de ámbito autonómico, ello no permitiría deducir de manera incontrovertida que una Comunidad Autónoma pudiera emplearla para plantear un referéndum de autodeterminación. Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional ha sido rotundo al indicar que este tipo de consultas afectan a un orden constituido cuya reforma, no proscrita, debe realizarse por los canales constitucionalmente habilitados para ello. Abierto queda el debate sobre si una consulta centrada en el planteamiento a las Cortes Generales de una iniciativa de reforma constitucional de naturaleza secesionista puede o no encontrar encaje en el marco señalado: el imprescindible respeto al ámbito competencial autonómico.

Bibliografía

- AGUADO RENEDO, C. (2011), “Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, pp. 541-554.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (2000), “Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español”. En: LÓPEZ GUERRA, L., TRUJILLO, G., y GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-96.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (2017), “Referéndum y Estado Autonómico: una reflexión desde la jurisprudencia constitucional”. En: obra colectiva de próxima publicación.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2015), “Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en estados territorialmente descentralizados como España”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 22, pp. 136-183.
- ALZAGA, Ó. (1980), *Comentarios a la Constitución*, Ediciones del Foro, Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (1989), *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid.
- CARRASCO DURÁN, M. (2013), “Referéndum versus consulta”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, pp. 13-41.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M. (2013), “Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña”. En: ÁLVAREZ CONDE, E. y SOUTO GALVÁN, C., *El Estado autonómico en la perspectiva de 2020*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, pp. 171-212.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M (2016), “El referéndum en la Constitución: ¿es necesario un replanteamiento de la institución?”. En: CASCAJO CASTRO, J.L, y MARTÍN DE LA VEGA, A., *Participación, representación y democracia – XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 235-266.
- CUESTA LÓPEZ, V. (2008), Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional, Civitas, Pamplona.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2008), “El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978”, *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, pp. 177-193.
- GARRORENA MORALES, Á. (1991), *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid.
- MARTÍN NUÑEZ, E. (2012), “El referéndum y las consultas populares en las Comunidades Autónomas y municipios”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, pp. 95-131.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2014), “El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro”, *Estudios de Deusto*, núm. 62/1, pp. 261-284.
- RODRÍGUEZ ZAPATERO, J.L. (1986), “El referéndum consultivo del artículo 92 de la Constitución Española de 1978: un análisis crítico”, *Diario La Ley*, núm. 7005, pp. 1156-1166.

- TAJADURA TEJADA, J. (2009), “Referéndum en el País Vasco. (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, pp. 363-385.
- VINTRÓ CASTELLS, J. (2012), “Legalidad y consulta soberanista en Cataluña”, Blog del Instituto de Derecho Público. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://idpbarcelona.net/legalidad-y-consulta-soberanista-en-cataluna/> (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2016).
- VÍRGALA FORURIA, E. (2013), “Crisis de la representación y democracia directa en España”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 29, pp. 11-26.

Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada¹

Right to the own body: the women's position in the context of surrogate motherhood

Lara Redondo Saceda
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
lararedondosaceda@gmail.com

Recibido / received:30/12/2016
Aceptado / accepted:26/02/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3646>

Resumen

El debate actual en relación con la gestación subrogada parece retomar la discusión tradicional sobre la libertad de disponer del propio cuerpo, sus posibilidades y sus límites. En un contexto de avances científicos en materia reproductiva, la exclusiva capacidad de gestación de la mujer parecen situar a ésta en el centro de un debate que discurre entre su consideración como sujeto vulnerable y su capacidad de decisión en relación con su cuerpo. En este marco, el presente trabajo tiene el objetivo de intentar analizar las premisas teóricas que permiten configurar la capacidad de decisión de la mujer en relación con las decisiones que afecten a su cuerpo y a su integridad, definiendo el umbral de autonomía que permite tomar decisiones y, después, aplicándolo a la gestación subrogada para intentar determinar si es posible que una mujer pueda decidir tener hijos para otras personas y en qué condiciones puede hacerlo.

Palabras clave

Autonomía, capacidad de decisión de las mujeres, derecho de propiedad, libre disposición sobre el propio cuerpo, gestación subrogada.

Abstract

The current debate about surrogate motherhood is taking up the traditional discussion about the right to the own body, its possibilities and its limits. The scientific advances about assisted reproduction and women's exclusive ability to have children place the woman at the center of a debate that runs between her consideration as a vulnerable subject and her ability to decide in relation to her own body. In this context, the present paper analyzes the theoretical

¹ Este artículo forma parte del Trabajo Fin de Máster realizado en el seno del Máster Universitario en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universidad Internacional Menéndez Pelayo), defendido el 28 de junio de 2016 y dirigido por la Dra. María Caterina la Barbera.

premises that allow to configure the decision-making ability of women in relation to the decisions that affect their own body and their integrity, defining their threshold of autonomy, applying it to surrogate motherhood and trying to determine if it is possible that a woman decides having children for other people and how she can do it.

Keywords

Autonomy, decision-making ability of women, right to property, right to the own body, surrogate motherhood.

SUMARIO. 1. Introducción: la libre disposición sobre el propio cuerpo. 2. El derecho de propiedad y su aplicabilidad al cuerpo humano. 3. La autonomía personal y el cuerpo humano: el umbral de decisión de las mujeres. 4. Gestación subrogada y libre disposición sobre el propio cuerpo: la mercantilización de la reproducción. Conclusiones: reflexiones para una política de gestación subrogada. Bibliografía.

1. Introducción: la libre disposición sobre el propio cuerpo

Existe una conexión directa entre la identidad de los seres humanos y nuestro cuerpo (Beltrán, 2016: 293). Esta conexión se pone de manifiesto en la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al cuerpo humano (protección de la integridad física) y parece acentuarse al referirse al cuerpo de las mujeres y la maternidad.

Esta relación entre las mujeres y su cuerpo constituye una preocupación tradicional en el pensamiento feminista². Una relación que ha venido marcada por la cosificación del cuerpo de la mujer y su instrumentalización y por el empoderamiento a través de la dignidad humana, la autonomía y la libertad personal.

Por un lado, la cosificación del cuerpo femenino ha sido una constante histórica y la ratificación de la propiedad sobre el propio cuerpo un reclamo tradicional de las distintas corrientes feministas. La *Objectification Theory* (teoría de la cosificación) acuñada Barbara Fredrickson y Tomi-Ann Roberts (1997: 175) se fundamenta en la deshumanización de la mujer y su desvalor a través de su conversión en objeto³. Esta teoría trata de acuñar un entendimiento sobre las consecuencias de ser mujer en una cultura en la que el cuerpo femenino se trata como un mero objeto. Fredrickson y Roberts (1997: 173) parten de la premisa de que las mujeres se desarrollan en un contexto en el que interiorizan una perspectiva primaria de su propio yo en la que deben asumir como habitual el monitoreo de su cuerpo que pone en riesgo su salud mental y la consideración que tienen de sí mismas. Su teoría no sólo quiere poner de manifiesto esta situación, sino abrir un camino al cambio de mentalidad que permita superarla⁴. Este desvalor que supone convertir en objeto el cuerpo femenino parece encontrar un segundo estadio en la instrumentalización del cuerpo. Fredrickson y Roberts (1997: 177) contemplan este

² Simone de Beauvoir (1949) entendía que la vinculación de la mujer al cuerpo la hacía caer en la intrascendencia.

³ "When objectified, women are treated as bodies – and in particular, as bodies that exist for the use and pleasure of others" (Fredrickson y Roberts, 1997: 175).

⁴ "This perspective on self can lead to habitual body monitoring which, in turn, can increase women's opportunities for shame and anxiety, reduce opportunities for peak motivational states, and diminish awareness of internal bodily states" (Fredrickson y Roberts (1997: 173).

segundo estadio como cosificación sexual (*sexual objectification*): el cuerpo de la mujer no sólo es un objeto que monitorear, sino un instrumento para el placer.

Esta utilización del cuerpo de la mujer y su desvalor parecen poner de manifiesto una necesidad de empoderamiento. Así, frente a la cosificación e instrumentalización del cuerpo femenino⁵ cobran fuerza la dignidad humana, el principio de autonomía y la libertad personal como instrumentos de empoderamiento en el marco de los sistemas de derechos humanos. En este sentido, Elena Beltrán (2016: 295) reflexiona sobre cómo la autonomía y la capacidad de tomar decisiones fundamenta el concepto de derechos humanos y cómo esto se convierte en una exigencia en relación con las decisiones sobre el cuerpo⁶.

Estas premisas sobre la relación de la mujer con su cuerpo parecen poner de manifiesto la importancia de un debate complejo que en la actualidad se produce en relación con el ámbito reproductivo. La consideración de la mujer como objeto y su instrumentalización, que Fredickson y Roberts vinculaban a la cosificación sexual, parece ponerse de manifiesto en relación con la maternidad y la exclusiva capacidad de gestación de la mujer. En este sentido, Shanley (1993) reflexiona sobre que si sólo la mujer es capaz de gestar, su cuerpo puede convertirse en objeto para utilizar esa capacidad. Pero, al mismo tiempo, otros autores se plantean si esa instrumentalización puede tener origen en la propia mujer, es decir, que su disposición a servir como gestadora sea fruto de una decisión individual y fundamentada en su autonomía (Vera Ramírez, 1994).

En este marco, el presente trabajo tiene el objetivo de intentar analizar si es posible que una mujer decida gestar para otras personas y cuáles son los límites de esta decisión. Para ello se examinarán los factores y categorías teórico- jurídicas que pueden influir y conformar la decisión de la mujer en el marco de la gestación subrogada: la relación entre derecho de propiedad, cuerpo humano y autonomía personal.

2. El derecho de propiedad y su aplicabilidad al cuerpo humano

Abordar el cuerpo humano desde el ámbito de la propiedad implica considerar la misma como un elemento de poder (Beltrán, 2016). El origen de la propiedad como derecho se identifica con la ciudadanía: los propietarios gozaban del estatus de ciudadanos y podían participar en la vida pública. En cambio, los no propietarios, principalmente mujeres, siervos y esclavos, quedaban fuera del sistema de participación careciendo de poder de decisión y quedando sujetos a la dependencia de los primeros. Ahora bien, esta subyugación incluía el cuerpo humano. Es decir, mujeres, siervos y esclavos tampoco eran propietarios de su propio cuerpo y éste quedaba sometido a la dominación de los hombres que gozaban de estatuto de ciudadanía. Sin embargo, el concepto de dignidad humana ha permitido negar estas formas de subyugación y debería permitir también un derecho de control sobre el cuerpo (Beltrán, 2015b: 139; 2016: 296).

⁵ En contraste con la tradicional cosificación del cuerpo de la mujer, Elena Beltrán (2015a y 2016) apunta a una feminización de los cuerpos masculinos como resultado de las investigaciones biomédicas y la consideración de los cuerpos humanos (de hombres y mujeres) como fuentes de tejido biológico.

⁶ “Una concepción de los derechos humanos que parte de la idea de los seres humanos como seres autónomos y capaces de tomar decisiones acerca de sus vidas, en el momento actual parece exigir que esas personas sean capaces de tomar decisiones acerca de los usos de sus cuerpos” (Beltrán, 2016: 296).

El derecho de propiedad tiene un lugar preeminente en la construcción de los Estados liberales de Derecho. La Declaración francesa de 1798 consideraba la propiedad como “un derecho inviolable y sagrado” y la Declaración de Virginia de 1776 lo colocaba junto a los derechos a la vida y la libertad. En la actualidad, el derecho de propiedad mantiene su carácter de derecho fundamental. Por un lado, en España, este derecho está recogido en el artículo 33 de la Constitución Española (en adelante, CE o la Constitución) gozando de la protección dispensada por el artículo 53.1 CE: respeto a su contenido esencial, eficacia directa y reserva de ley. La Constitución “reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”. Por otro lado, los textos internacionales de derechos humanos recogen el derecho a la propiedad como un derecho universal. Es el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH o el Convenio) que desde 1952 incluye, a través del Protocolo Adicional firmado en París, el derecho de propiedad en su elenco⁷.

El reconocimiento jurídico de la propiedad y su desarrollo jurisprudencial se sustentan en una premisa material: se tiene propiedad sobre los bienes tangibles y susceptibles de ser transmitidos (bienes comerciables). En este sentido, Francisco García Costa (2007: 285) entiende que el concepto constitucional de propiedad tiene una doble vertiente: la concepción liberal- individualista (la propiedad privada) y la concepción social o colectiva (la función social de la propiedad).

Pero esta definición normativista de la propiedad resulta poco útil para referirse al cuerpo humano. Por un lado, porque parece poco probable que el Estado pueda privar a un individuo de su cuerpo amparándose en una hipotética función social del mismo ya que esta privación constituiría una violación indudable del derecho a la integridad. Por otro lado, la definición de propiedad privada que recogen la Constitución y el Convenio Europeo parece referirse a objetos ajenos al ser humano y el cuerpo, como se ha mencionado, es inherente al individuo. Además, desde la perspectiva del Derecho civil, el cuerpo humano es una cosa no comerciable (*res extracomercium*) y, por tanto, no susceptible de ser transmitida. Esto implica que el cuerpo humano no puede ser propiedad de otros. Por tanto, la configuración actual del derecho de propiedad por parte del Derecho positivo no parece permitir obtener una respuesta satisfactoria en relación con el cuerpo. Esto nos lleva a intentar seguir un planteamiento teórico que permita articular su posible existencia.

Los primeros planteamientos sobre la propiedad del cuerpo nos remiten a John Locke (1689), que establece que el derecho del individuo sobre sí mismo (*self-ownership*) sólo está limitado por el derecho individual de los demás (Vallentyne y Van der Vossen, 2014). Para Locke el derecho de propiedad tiene su origen en el estado de naturaleza y le dota de la misma importancia que el derecho a la vida y la libertad. Así, de acuerdo con Locke, en un contexto de individuos iguales (estado de naturaleza), los hombres disfrutaban de una libertad perfecta para disponer de sus personas y bienes dentro de los límites de la ley natural, sin la obligación de pedir permiso ni depender de la voluntad de otros. La propiedad genérica en este contexto es la propia persona: ningún hombre podrá reclamar la propiedad que cada hombre tiene de sí mismo. En Locke, la propiedad sobre uno mismo incluye el cuerpo, las acciones, los pensamientos y las creencias (Vaughn, 1985). Además,

⁷ “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.”

este concepto de propiedad sobre uno mismo se proyecta sobre todo aquello que la persona obtiene fuera de sí mismo por su trabajo.

Robert Nozick (1974: 425) retoma, siglos más tarde, la idea de Locke sobre la propiedad de uno mismo y la reconstruye no como un concepto material, sino como una opción de decisión sobre uno mismo que da lugar a un ámbito de plena libertad (liberalismo libertario o libertarismo). Pero la proyección sobre la propiedad de Locke es ampliada por Nozick hasta llegar a admitir la opción de autovenderse como esclavo: “La pregunta comparable sobre un individuo es si un sistema libre le permitiría venderse a sí mismo como esclavo. Creo que sí. (Otros autores no están de acuerdo). También le permitiría comprometerse permanentemente a no entrar jamás en una transacción así. Pero algunas cosas que los individuos pueden escoger para sí, nadie puede escogerlas para otro.” (Nozick, 1974: 801). Como reflexiona Elena Beltrán (2015b: 156), estamos ante una concepción de la propiedad como dominio que permite una suerte de exclusividad en el derecho frente al resto del mundo. Una idea, la de autodominio, que ha dado lugar a no pocas críticas⁸.

Esta idea primaria ha evolucionado y ha permitido una configuración teórica de un derecho de propiedad sobre el cuerpo derivado de la identificación entre cuerpo y ser humano. El pensamiento feminista ha desarrollado esta relación desde la dicotomía entre género y sexo y las diferencias derivadas de la consideración de la mujer como “sexo débil” o “segundo sexo” (De Beauvoir, 1949), la construcción social de la identidad (Butler, 1990), la teoría de cosificación sexual de la mujer u *Objectification Theory* (Fredrickson y Roberts, 1997; Mackinnon, 2006), el enfoque de las capacidades (Nussbaum, 2002), la violencia contra la mujer (Mackinnon, 2006) y la comercialización del cuerpo de la mujer (Phillips, 2013; Satz, 2010).

Parece posible, desde esta perspectiva, afirmar que la identificación del cuerpo con el ser humano toma una mayor relevancia en el caso de la mujer, no sólo por la cosificación tradicional a la que ya se ha hecho referencia, sino por la utilización del cuerpo de la mujer como proveedor de servicios (instrumentalización). En este sentido, debemos plantearnos si una posible propiedad sobre el cuerpo autoriza a su comercialización. Anne Phillips (2013: 2) considera que existe una gran diferencia entre acuñar metáforas sobre la propiedad del cuerpo e identificar esa propiedad con su posible comercialización. Estamos en un ámbito que rompe con el imperativo kantiano de considerar a los seres humanos fines en sí mismos para pasar a considerarlos como medios⁹.

Ahora bien, la tradicional venta de servicios a través del cuerpo que constituye la prostitución (Phillips, 2013; Beltrán, 2016) se une en la actualidad a la disposición del cuerpo en relación con la donación de órganos, la investigación biomédica a través de tejidos humanos y la gestación subrogada. Se trata de un escenario en el que, si bien el repudio social al comercio del cuerpo humano es generalizado (Phillips, 2013), existe una cierta aceptación de situaciones en las que se realizan intercambios con el cuerpo o con sus partes¹⁰. En sentido, Martha

⁸ Para profundizar en la crítica al autodominio y la evolución teórica de la propiedad sobre el cuerpo se recomienda el artículo de Elena Beltrán (2015b), “El cuerpo humano: derechos sin propiedad o propiedad sin derechos”, “El cuerpo humano: derechos sin propiedad o propiedad sin derechos”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 169:137-166.

⁹ El imperativo práctico de Kant (1785) establece lo siguiente: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.

¹⁰ No obstante, debemos recordar que prácticas jurídicamente aceptadas en uso del cuerpo, como las transfusiones de sangre o la donación de órganos, no tienen una aceptación en ámbitos religiosos (por ejemplo, testigos de Jehová), pero tampoco cuando están asociadas a una transacción económica.

Nusbaum (2000: 280) defiende la idea de que podríamos considerar que casi cualquier profesión implica una comercialización del cuerpo por suponer una puesta al servicio de los demás. La misma idea encontramos en Debra Satz (2010), que establece que todas las esferas tienen un cierto grado de mercantilización.

Este panorama lleva a Elena Beltrán (2016) a determinar que asistimos a una cierta flexibilización de la propiedad del cuerpo¹¹. Si bien no es aplicable el concepto libertario de propiedad sobre uno mismo, la dignidad humana como valor superior en el marco de los sistemas de derechos humanos permite empoderar a los sujetos como agentes morales y fundamenta un cierto título de propiedad sobre el cuerpo.

Si se admite esta posibilidad, es decir, si se admite que la relación entre el ser humano y su cuerpo se caracteriza por cierto sentido de la propiedad que nos da derecho a disponer del mismo en ciertos aspectos, debería ser posible asumir que ese uso debe estar sometido a límites y sujeto al respeto de los derechos fundamentales. En este sentido, parece ponerse de manifiesto la necesidad de una intervención pública que regule y limite las condiciones de uso y proteja a los individuos de posibles abusos.

Ahora bien, si se reflexiona sobre la configuración normativa actual del derecho de propiedad, la misma no parece estar articulada para ser aplicable al cuerpo. Por un lado, la propiedad despliega sus efectos principalmente en el ámbito privado y su contenido se condensa en tres facultades: uso y disfrute, disposición y reivindicación¹². Aplicar esta configuración al cuerpo humano resultaría muy problemático en relación con la segunda facultad: la disposición implica la libertad de transmisión¹³. En este sentido, transmitir el cuerpo humano es imposible porque el cuerpo es inherente al sujeto. No obstante, es necesario tener en cuenta que esta configuración de la propiedad data de una concepción articulada en el siglo XVII y que las normas de Derecho positivo que la desarrollan lo hacen desde una concepción materialista y externa al cuerpo humano. Además, el desarrollo normativo se configura en un contexto de ausencia de avances científicos suficientes que permitan poder asimilar la posible transmisión de partes del cuerpo humano (donación de órganos, tejidos biológicos y células humanas)¹⁴. En este sentido, la tesis de Elena Beltrán (2016: 313) sobre que podemos estar asistiendo a una flexibilización del concepto de propiedad permite entender que el cuerpo en su conjunto no es susceptible de ser transmitido, pero los avances científicos actuales sí permiten la transmisión de partes del cuerpo.

La cuestión, desde mi perspectiva, no parece ser si el cuerpo humano es susceptible de propiedad, sino si esta flexibilización de la propiedad sobre el cuerpo humano puede tener el mismo alcance que la propiedad plena sobre bienes. Si

¹¹ “Podríamos pensar en unos derechos de propiedad con limitaciones en aspectos determinados como por ejemplo en lo relativo a su mercantilización, o en las transferencias, o en la exigencia de un consentimiento informado en determinado tipo de donaciones, o en la legitimación para recibir una compensación en determinados casos” (Beltrán, 2016: 313).

¹² “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.” (Artículo 348 del Código Civil).

¹³ Aunque no debería obviarse que la facultad de disposición también implica una libertad de modificación que opera en relación al cuerpo con posibilidades como las operaciones de cirugía estética, tatuajes o, desde una perspectiva religiosa, rituales como la circuncisión masculina.

¹⁴ El propio Código Civil español, que regula el régimen jurídico de la propiedad en sus artículos 348 y siguientes, es del año 1889 y la Constitución Española, que reconoce el derecho de propiedad en el artículo 33, de 1978.

admitimos que el cuerpo humano es susceptible de transmisión parcialmente (por partes), ¿debemos admitir su comercialización y, por tanto, la transmisión lucrativa de partes del cuerpo humano? El Derecho positivo respondería con una rotunda negativa¹⁵, pero, desde una perspectiva teórica, esto no puede servir como límite a las posibilidades: el Derecho positivo cambia y lo hace porque surgen nuevas opciones y definiciones (Allen, 1990: 146).

En este sentido, el debate teórico sobre la prohibición o permisión de la comercialización del cuerpo o sus partes aborda un debate complejo en el que los dilemas morales se perfilan como protagonistas. Desde una perspectiva estrictamente libertaria, la prohibición de comercializar y transmitir con ánimo de lucro partes del cuerpo humano implicaría, de acuerdo con Nozick, una limitación del derecho de propiedad sobre el propio cuerpo. Pero, en esta línea, Debra Satz (2010) plantea, en relación con la transmisión de órganos, cómo los defensores no libertarios del mercado entienden que la posibilidad de venderlos incrementaría el número de vidas salvadas, dando lugar a un dilema moral sobre la creación de un mercado de órganos. El análisis de Satz pasa por estudiar las posturas a favor y en contra de la creación de un mercado de órganos para luego explorar cómo la liberalización de la transmisión lucrativa influiría en la alternativa existente de la donación, modificando las alternativas disponibles para las personas necesitadas de un trasplante. Los efectos estudiados por Satz no se limitan a las personas necesitadas de un trasplante, sino que abarca cómo la creación de un mercado de órganos puede afectar una comunidad y su acceso a determinados servicios¹⁶.

Desde una perspectiva de derechos fundamentales, la prohibición de una transmisión lucrativa parece sustentarse en la salvaguarda de la integridad humana y la dignidad de la persona. En este sentido, parece posible considerar que el cuerpo humano y sus partes deberían constituir una frontera intraspasable derivada de la protección de la integridad y la dignidad humanas. No se trata de coartar la capacidad de decisión de las personas, sino de mantener una libre disposición sobre el cuerpo no sujeta a un lucro que pueda derivar en la deshumanización del mismo convirtiéndolo en un mero objeto. Así, tal vez podría plantearse si es posible disponer del cuerpo siempre que la finalidad no sea lucrativa. Esta alternativa altruista parece permitir la salvaguarda de los derechos, permitiendo la misma operatividad que la alternativa lucrativa y potenciando la capacidad de decisión de las personas sin sujetar esa decisión a condicionantes económicos.

3. La autonomía personal y el cuerpo humano: el umbral de decisión de las mujeres

La consideración de la libre disposición del cuerpo parece precisar una referencia a la noción de autonomía personal o individual en su tratamiento. Plantearse la disposición sobre el cuerpo implica determinar cuál es el ámbito de decisión del ser humano que permite ejercer esa libertad, a qué límites está sometida la decisión y cuál es, en definitiva, el contenido de la misma.

¹⁵ Por un lado, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Oviedo, 1997) contiene en su artículo 21 la prohibición de lucrarse con el cuerpo humano o sus partes. Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro.

¹⁶ Satz plantea, por ejemplo, cómo la existencia de un mercado de órganos puede llevar a que estos órganos sean susceptibles de constituir un aval hipotecario: “Esto nos llevará a pensar en los modos en que los recursos internos de una persona difieren de sus recursos externos, una cuestión con importantes resonancias para determinados abordajes igualitaristas” (Satz, 2010).

Siguiendo de nuevo a Elena Beltrán (2016: 302), la autonomía personal se identifica con la independencia, entendiéndola como “la ausencia de condicionamientos externos que puedan influir de manera inexorable en el sujeto”. En esta línea, Silvina Álvarez (2012 y 2014) define la autonomía con base en una serie de condicionantes (racionalidad, independencia y opciones relevantes) que permitirán determinar si una decisión concreta está o no tomada por sujetos autónomos.

El tratamiento jurídico-constitucional de la autonomía se centra en un principio general de libertad y decisión en el ámbito privado queda a salvo de las interferencias del poder público y que tiene sus límites en las actuaciones legítimas del Estado en el ámbito privado¹⁷. Pero el Derecho positivo no se ocupa de establecer el marco de decisiones autónomas, es decir, no es posible encontrar una juridificación de criterios que nos permita determinar cuándo un sujeto está habilitado para actuar autónomamente¹⁸. En este sentido, retomando a Silvina Álvarez (2012, 2014), el proceso de formación de las decisiones se articula en tres estadios. En primer lugar, Álvarez (2012, 2014: 55-58) establece que la autonomía requiere racionalidad, entendida como un proceso de singularización y jerarquización de los deseos y referencias. En segundo lugar, la autora considera que la autonomía implica independencia en un doble sentido: interno (aptitud del sujeto para evadirse de los condicionamientos externos) y externo (posición del sujeto respecto a su entorno y las relaciones con otros). La tercera condición para poder hablar de autonomía es la existencia de opciones relevantes, es decir, el sujeto debe enfrentarse a distintas posibilidades que van a incidir de manera significativa en su vida. La existencia de estas opciones determinará la posibilidad de tomar una decisión. Si se traslada esta concepción de la autonomía como una noción que se sustenta en la racionalidad, la independencia y las opciones relevantes a la relación con el cuerpo humano y su libre disposición, parece necesario plantear una serie de cuestiones:

- a) Racionalidad. ¿La decisión sobre utilizar el cuerpo de una determinada manera responde a una reflexión del sujeto que singulariza y jerarquiza los deseos y preferencias? Se trata de una pregunta con un componente subjetivo alto y que pone en duda la capacidad de agencia del sujeto. En este sentido, Silvina Álvarez (2012, 2014: 56) expone su preocupación sobre cuáles son las competencias objetivas que podrían exigirse al individuo para comprobar que, efectivamente, su decisión es racional. Pero la propia racionalidad depende del contexto y la situación de cada individuo, operando de forma distinta en el ámbito de las mujeres (Gilligan, 1982) y con una importante influencia cultural¹⁹.

¹⁷ En este sentido, doctrina y jurisprudencia relacionan la autonomía y la capacidad de decisión se relacionan con el reconocimiento del derecho a libertad del artículo 17 CE (García Morillo, 2013: 235; Gómez Sánchez, 1994: 45), el principio general de libertad como valor sustancial del ordenamiento jurídico (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11) y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE (STC 93/1992, de 11 de junio, FJ 8). Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos integra esta autonomía en el ámbito del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerando que se trata de un elemento esencial y subyacente a la interpretación de las garantías del Convenio (Asunto *Pretty contra Reino Unido*, STEDH de 29 de abril de 2002, párr. 61).

¹⁸ El planteamiento que se realiza en el marco de este trabajo no tiene en cuenta la perspectiva de las personas con discapacidad, donde el tratamiento de la autonomía pasa por el empoderamiento a través del apoyo a su capacidad de decisión.

¹⁹ La perspectiva individualista en la toma de decisiones se pone en cuestión en ámbitos de operatividad del multiculturalismo y la toma de decisiones teniendo en cuenta el beneficio de una comunidad. En este sentido, se debe tener en cuenta el surgimiento de un feminismo comunitario en el que la individualidad se entiende como el reconocimiento colectivo del individuo (Olivera, 2004) o el

- b) Independencia. ¿La decisión sobre el uso del cuerpo se ha tomado sin influencia de condicionantes externos? Desde mi punto de vista, y en consonancia con lo analizado, el contexto del individuo parece erigirse como un condicionante sustancial en la toma de decisiones. Tal vez la exigencia de independencia debería graduarse hasta el punto de que la cuestión a valorar sea el grado de independencia de la decisión, es decir, hasta qué punto los condicionantes externos han tenido influencia en la decisión tomada sobre el cuerpo.
- c) Opciones relevantes. ¿El contexto social y personal del individuo que debe decidir sobre su cuerpo da lugar a un abanico de opciones suficientemente relevantes para considerar que es un sujeto autónomo? Como se ha explicado, en este punto, el contexto social del individuo confluye con su propia situación personal dando lugar a una evaluación del grado de autonomía en la toma de decisiones. Desde mi perspectiva, la exigencia de relevancia debería ir en consonancia con la importancia y la trascendencia de la decisión. En el caso del cuerpo humano, su característica inherente al propio ser humano, junto con el riesgo de cosificación y afectación de la integridad humana, parece exigir una relevancia elevada en las opciones.

En este proceso de formación de opciones relevantes, Álvarez (2012, 2014) indica que la autonomía personal denota una incidencia significativa en la perspectiva de género y el umbral en el que podemos considerar que la elección personal es o no autónoma²⁰. Tomando como referencia a Marina Oshana (2006), Álvarez (2012) distingue entre los conceptos de autonomía local y autonomía global. Por un lado, la autonomía local implica la capacidad formal de tomar decisiones autónomas puntuales. Por otro, la autonomía global implica un autogobierno completo en uso de una autonomía plena. Esta autonomía global implica una correlación entre un enfoque centrado en capacidades y un entorno social adecuado para auspiciar el autogobierno. Un entorno que no sea adecuado para desarrollar el autogobierno personal implica la ausencia de autonomía global, siendo posible únicamente la autonomía local. Desde esta perspectiva, Martha Nussbaum (2000) parece considerar que es posible y necesario acuñar un “mínimo social básico” sustentado en un enfoque de las capacidades humanas acorde con la dignidad del ser humano. Nussbaum (2000) defiende la existencia de un principio de capacidad de cada persona y propone una lista de capacidades que implican la importancia central de la elección como un bien.

Los enfoques de Nussbaum y Oshana se fundamentan en una concepción de la autonomía sustentada en los principios de libertad e igualdad. En ambos casos, el desarrollo de la autonomía se articula en relación con una perspectiva de género, con apuntes feministas y, en el caso de Nussbaum (2000), bajo un pensamiento político liberal que relaciona capacidad con dignidad humana. Oshana (2006) defiende también una perspectiva de género a partir de la libertad e igualdad, desechando la opción de que una mujer sometida a una situación de esclavitud o

enfoque de interseccionalidad como elemento de construcción de la identidad (La Barbera, 2010 y 2011).

²⁰ “Esta cuestión es importante porque si vamos a hablar de cómo se configuran las opciones de las mujeres antes tenemos que saber si podemos hablar de autonomía de las mujeres y para saberlo necesitamos conocer no solo los elementos que determinan su presencia [...] sino la medida en que dichos elementos deben verificarse” (Silvina Álvarez, 2012).

mera opresión tenga la capacidad necesaria de autogobierno que le permita alcanzar una autonomía plena. En este sentido, Álvarez (2012) argumenta que la configuración de las opiniones relevantes como condicionante de la autonomía en un contexto en el que la mujer debe decidir bajo situaciones de dominación o subordinación implica que las opciones entre las que debe escoger no tienen la relevancia suficiente porque no permiten un autogobierno mínimo²¹.

Siguiendo estas premisas, aquellas decisiones sobre el cuerpo que puedan sustentarse en una racionalidad justificada, demostrar un grado alto de independencia y, sobre todo, enfrentarse a un amplio abanico de opciones relevantes y trascendentes serán decisiones autónomas, respetuosas con la libertad del individuo y su autodeterminación personal.

4. Gestación subrogada y libre disposición sobre el propio cuerpo: la mercantilización de la reproducción

En el ámbito de la gestación subrogada, el debate sobre la disposición del cuerpo y su vinculación con la propiedad y la autonomía personal cobra una fuerza especial. Por un lado, si somos propietarios de nuestro cuerpo, la utilización del mismo parece constituirse como un ejercicio de ese derecho de propiedad. Por otro, la decisión de gestar para otra persona se sustenta en el ejercicio de la autonomía personal y la capacidad de agencia. En relación con la propiedad sobre el cuerpo, el análisis previo parece permitir entender que en la actualidad existe una flexibilización del concepto de propiedad que nos permite disponer de partes de nuestro cuerpo. En el caso de la gestación subrogada, la propiedad sobre el cuerpo se manifiesta en la puesta a disposición de un tercero de la capacidad reproductora de la mujer. La cuestión a determinar es si esta flexibilidad de la propiedad sobre el cuerpo auspicia esta puesta a disposición o, en cambio, la misma constituye un límite al ejercicio de esa propiedad. Por otro lado, en relación con la autonomía personal, parece necesario analizar si la decisión de actuar como gestante puede considerarse una decisión autónoma fundamentada en los condicionantes de racionalidad, independencia y opciones relevantes.

La vinculación de la mujer al cuerpo tiene una importancia trascendental en la evaluación de esta cuestión. Las distintas corrientes feministas interpretan esta vinculación y su incidencia sobre la capacidad reproductiva de la mujer desde perspectivas que abarcan la cosificación y la esclavitud femenina hasta la consideración de un ejercicio de libertad y autonomía (Lamm, 2013).

Anita L. Allen (1990) analiza la perspectiva dimensión esclavista de la gestación subrogada. A través del relato de un caso de esclavitud en el siglo XIX estadounidense, Allen (1990: 144-146) pone de manifiesto cómo la esclavitud siempre implica subrogación puesto que si una mujer esclava tiene un hijo, ese hijo pasa, automáticamente, a ser propiedad del dueño de esa esclava. En cambio, no se puede considerar que la subrogación implique una esclavitud automática, porque

²¹ “Las situaciones [...] representadas por contextos de marcada dominación, opresión o subordinación, pueden entenderse como situaciones en las que las opciones no llegan a ser suficientemente relevantes en la medida en que no permiten al sujeto trazar los lineamientos de su propia vida ni las bases axiológicas de sus propias decisiones. En estos casos, entonces, quedaría solo un espacio residual de decisiones condicionadas por la insuficiencia de las opciones que la persona identifica como viables para sí. Si esto es así, y siempre que la condición de opciones relevantes sea una condición necesaria para que se pueda verificar la autonomía como capacidad, debemos concluir que [...] las personas en dichas situaciones no serían autónomas” (Silvina Álvarez, 2012).

esta equivalencia ignoraría el alcance del control que el propietario tiene sobre sus esclavos (Allen, 1990: 142). La subrogación por sí misma no implica un control de una parte sobre la otra, característica que es esencial en el caso de la esclavitud. Ahora bien, como pone de relieve Allen (1990: 145-146) las similitudes entre la esclavitud y subrogación se manifiestan en dos aspectos: la equivalente situación emocional de la madre esclava y la madre gestante en relación con la renuncia del menor que han alumbrado y la facilidad con la que la ley acomoda la mercantilización de la vida humana. En relación con esto último, Allen reflexiona sobre cómo la elasticidad (o lo que a lo largo de este trabajo se ha entendido como flexibilidad) del concepto de la propiedad permite una amplitud sobre lo que es susceptible de compra-venta²².

Esta perspectiva sobre la mercantilización del ser humano permite retomar a Debra Satz (2010) y su estudio sobre los límites del mercado. En el ámbito reproductivo, Debra Satz (2010) pone de manifiesto cómo la mercantilización del cuerpo parece encontrar mayores trabas que otros mercados por la especial reticencia social y política de aplicar los mecanismos de oferta y demanda a una capacidad humana tan sensible como es la maternidad (Satz, 2010). Estas reticencias se sustentan en consideraciones sociales intuitivas relativas a la relación que se establece entre la madre gestante y el feto; la función reproductora como una parte esencial de la identidad de la mujer; la degradación de la mujer fruto de la mercantilización de su cuerpo y su sexualidad; y las consecuencias que puede tener para el menor nacido al amparo de un contrato de gestación subrogada.

Desde mi punto de vista, estas argumentaciones (frente a las que Satz se manifiesta en contra) tienen una carga moral y cultural muy elevada y no parecen incluir la perspectiva relativa a la disposición del cuerpo y la autonomía personal que inciden en la decisión de la mujer gestante. Por un lado, la consideración de que la función reproductora es parte de la identidad de la mujer no tiene porqué implicar que esa identidad pueda quedar pervertida por un contrato de subrogación. La capacidad de decidir que sustenta la autonomía de la voluntad también forma parte de la identidad de la mujer y es esencial para que pueda ejercitar su función reproductora con libertad. En todo caso, la función reproductora podría quedar maleada cuando la autonomía personal de la mujer esté viciada, pero no por el hecho en sí mismo de que suscriba un contrato de subrogación. Por ello, me parece especialmente importante el énfasis que introduce Silvina Álvarez (2012 y 2014) en las opciones relevantes como condición *sine qua non* para que exista autonomía. La posibilidad de decidir sobre la función reproductora requiere un abanico de opciones relevantes y trascendentes precisamente por la vinculación entre la capacidad de gestar de la mujer y su identidad como tal, de manera que la decisión se sustente en un verdadero autogobierno²³ y comprensión de sí misma y su contexto.

Por otro lado, el argumento relativo a la degradación de la mujer como resultado de la mercantilización de su cuerpo y su sexualidad tampoco tiene en cuenta si estamos o no ante una decisión autónoma. Al igual que en el caso anterior, la degradación de la mujer no es fruto exclusivo de la mercantilización, sino de una mercantilización no elegida o efectuada sin la debida autonomía personal. En sentido, Elena Beltrán (2016) apunta cómo ignorar la capacidad de decidir de las

²² "The concepts of property and ownership are elastic enough to let us buy and sell anything we want. We cannot simply look to the language of law to know where to draw the lines. We must first draw the lines where we want them to go and then make those lines into law." (Allen, 1990: 146).

²³ En este sentido, tal vez sería necesario preguntarse si esta exigencia de autogobierno que se exige a las mujeres en relación a su capacidad de gestación se proyecta también como exigencia en relación a situaciones como la donación de óvulos o, en el caso de los hombres, la donación de esperma. En este punto, se pone de relieve la argumentación de Satz (2010) sobre cómo el mercado de la reproducción manifiesta una serie de exigencias que no se reproducen en otros contextos.

mujeres en relación con su sexualidad las sitúa en un contexto de mayor vulnerabilidad y desconsideración.

Para Satz (2010), el argumento más consistente en contra de la mercantilización de la reproducción se sustenta en la desigualdad de género que produce el contrato de subrogación. Este contrato implica el control efectivo sobre el cuerpo de la mujer. De acuerdo con Satz, la perspectiva de igualdad en relación con el trabajo reproductivo no debería sustentarse en una dinámica paternalista de protección de la mujer y su cuerpo por el hecho de suscribir el contrato, sino de las consecuencias que la suscripción del mismo tiene para ella. Así, la decisión de consentir un contrato de gestación subrogada puede implicar una pérdida de control de la mujer sobre su cuerpo en relación con tratamientos médicos, obligatoriedad del aborto en determinados supuestos y estilo de vida²⁴.

En este sentido, coincido con Satz porque, si bien creo que es posible admitir que una mujer, en uso de libre disposición del cuerpo y ejerciendo su autonomía en un marco de racionalidad, independencia y opciones relevantes, puede decidir suscribir este contrato y puede hacerlo en un nivel de autogobierno pleno, las consecuencias del contrato para ella tienen una incidencia directa en su libertad individual, anulando la misma durante un período de tiempo establecido y afectando a derechos fundamentales que son inherentes a la dignidad y, por ello, irrenunciables. Por tanto, desde una perspectiva de los derechos fundamentales, aunque la suscripción de un contrato de gestación subrogada pueda quedar amparada por la autonomía personal, las consecuencias derivadas del contrato implican una pérdida de libertad sobre el propio cuerpo y, en definitiva, sobre la propia persona. Esta pérdida de libertad es indiferente en el caso de contratos de subrogación lucrativos o altruistas, puesto que la prioridad del objeto del contrato va a ser el bienestar del feto y su salud.

Por otro lado, Satz (2010) plantea dos argumentos más: la potenciación de estereotipos negativos de la mujer y su deber de procrear y la definición de la maternidad con base en la genética. En primer lugar, Satz plantea que la proliferación de contratos de gestación subrogada contribuye a mantener y potenciar el lugar de la mujer como una “máquina” de tener hijos. Este argumento parece apoyarse en una deshumanización del cuerpo de la mujer para convertirla en un mero sistema de reproducción. Pero, además, incide en cómo las mujeres, a través del consentimiento de este tipo de contratos, refuerzan dicha cosificación.

En segundo lugar, Satz expone los problemas de definir la maternidad en el mismo sentido que la paternidad: en relación con la genética. Esta teoría implica una ruptura con el principio tradicional *mater semper certa est*, que implica que la maternidad viene determinada por quién alumbró al menor, no por quién comparte vinculaciones genéticas con el mismo. Mientras que la paternidad se ha entendido siempre en relación con esta vinculación genética, la maternidad nunca ha tenido que verse en esa tesitura porque no se planteaba la posibilidad de que quien diera a luz no fuera madre. Para Satz, establecer esta equivalencia entre maternidad y paternidad olvida la contribución gestacional contribuyendo a considerar a la mujer como una mera incubadora humana. Desde mi punto de vista, la determinación de la maternidad es una cuestión muy compleja que se pone de manifiesto no sólo en la gestación subrogada, sino también en la aplicación de técnicas de reproducción asistida. En el marco de la fecundación *in vitro* y la utilización de técnicas de

²⁴ Aunque las cláusulas de un contrato de gestación subrogada desarrollan un control expansivo sobre la mujer gestante, debemos admitir que la pérdida de control sobre el cuerpo se produce en cualquier embarazo.

reproducción heterólogas, el anonimato de los y las donantes parece permitir, en cierta medida, evadir este problema. Pero parece posible entender que, en un contexto de fecundación y gestación con óvulos donados, la vinculación entre el menor y su madre se limita a la gestación ya que no comparten vinculación genética. Mientras que en el marco de la reproducción asistida esta solución parece normalizarse, en el marco de la gestación subrogada la determinación de la maternidad supone uno de los mayores problemas. Por un lado, por el vínculo que genera la gestación entre la madre gestante y el feto y, por el otro, por la posibilidad de que la propia gestante comparta vinculación genética con el feto si, además de gestar, aporta los óvulos para la fecundación. Mientras que en la donación de óvulos la desvinculación entre la donante y el feto es prácticamente total, en la gestación subrogada la vinculación, sea gestacional o genética, no puede ser obviada, porque la ignorancia de esa vinculación implicaría una merma en la dignidad de la mujer derivando en su deshumanización y, como dice Satz, en su mera consideración como incubadora. No obstante, autoras como Eleonora Lamm (2012: 80) plantean la necesidad de crear una nueva conceptualización del orden familiar y de la maternidad que permitan afrontar estas nuevas situaciones.

Por último, parece necesario plantear un último argumento en el contexto de la mercantilización de la reproducción: el hecho de que la autonomía personal pueda estar condicionada por el enriquecimiento económico. Se ha intentado analizar cómo la consideración de la autonomía requiere independencia y opciones relevantes. Desde mi punto de vista, una decisión tomada al amparo de una necesidad económica es una decisión carente de la autonomía requerida porque denota dependencia de ese condicionante y reducción de opciones relevantes, que se ven únicamente supeditadas a la cuestión económica. Ante esta situación, la regulación normativa por parte del Estado parece cobrar una especial trascendencia. Primero, porque la incidencia directa de los derechos fundamentales de la mujer gestante en un contrato de gestación subrogada exige una posición del Estado para garantizar y proteger los mismos. Segundo, porque la abstención del Estado podría generar una situación de desigualdad y vulneración derivada de la mercantilización de su cuerpo y de su autonomía.

En definitiva, en un contexto de protección de derechos fundamentales en sistemas democráticos consolidados, parece posible poder asumir que las mujeres gozan de un umbral de autonomía suficiente que les permitiría tomar la decisión de gestar para otras personas. Pero, como se ha mencionado, incluso en este contexto la autonomía puede verse coartada en el desarrollo del contrato y en la posibilidad de que el mismo esté sometido a un precio.

5. Conclusiones: reflexiones para una política de gestación subrogada

El objetivo principal de este trabajo ha sido intentar analizar la posición de la mujer gestante en el marco de la contratación subrogada. Se ha intentado presentar la capacidad de agencia de la mujer y su autonomía como elementos esenciales no sólo para decidir sobre el cuerpo y la capacidad reproductiva, sino también su aplicación en el contexto de la gestación subrogada. Este análisis parece poner de relieve que las posibilidades de la mujer gestante de ejercer su autonomía están condicionadas por su situación personal y su contexto social.

En el marco de la gestación subrogada, la autonomía se ve afectada en dos momentos diferenciados: i) la decisión de suscribir el contrato y de tener hijo para otra persona o personas y ii) la limitación de la misma durante la gestación. En el primer momento, parece posible asumir que puede llegar a existir ejercicio completo

de autonomía en la decisión siempre que no estemos antes una decisión sustentada en una necesidad económica imperiosa o, como se señalaba, una situación de coacción o sometimiento que coartan esa libertad de decisión. Por otro lado, la decisión de suscribir un contrato parece implicar la pérdida de la autonomía personal durante la gestación. Una merma que deriva de la pérdida de control sobre el propio cuerpo que se produce al aceptar una serie de condiciones que afectan a cuestiones médicas, estilo de vida y, en definitiva, de autodeterminación durante un período de tiempo. Por tanto, aunque la situación de la mujer sea favorable para el ejercicio de su autonomía y pueda decidir tener hijos para la parte contratante bajo los condicionantes de racionalidad, independencia y opciones relevantes, el desarrollo del contrato mina su autonomía al someterla a un control de terceras personas.

Ante esta situación, parece necesario que el Estado se plantee cómo intervenir para evitar esta pérdida de control que implica una injerencia de terceros en los derechos fundamentales de la mujer gestante. Tal vez, en este caso, podría entenderse que las opciones reducirían a dos. La primera opción debería considerar la vulnerabilidad de la mujer gestante y cómo ésta se incrementa en los contratos comerciales. Al tratarse de un ámbito privado, las posibilidades de intervención pública son limitadas y no permiten garantizar la posición igualitaria y autónoma de la mujer gestante. Es preciso tener en cuenta que, aunque el Estado puede intervenir, existen ciertas cuestiones y condiciones que sólo corresponden a las partes contratantes. En este sentido, someter la gestación a un precio puede posicionar a los comitentes en una situación de poder abusivo. Y, además, si la relación entre la mujer gestante y los comitentes se perfila a partir de una condición económica desventajada de la primera, puede tener consecuencias muy nocivas para sus derechos fundamentales. Tomar en serio esta consideración implicaría no permitir la gestación subrogada realizada con ánimo de lucro.

La segunda opción implicaría considerar una intervención más incisiva del Estado, creando una suerte de contrato público-privado en el que la libertad de las partes para decidir sobre las condiciones y el precio quedasen sometidos a regulación. Esta opción implicaría una injerencia estatal importante sobre la libertad de las partes en el contrato, que aun respetando la autonomía en la decisión de someterse al mismo, condicionaría su desarrollo a una serie de normas no dispositivas.

Bibliografía

ALLEN, A. L. (1990), "Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol.13, pp. 139-149.

ÁLVAREZ, S. (2012), "La Autonomía de las Mujeres: Una aproximación a la autonomía relacional y la construcción de las opciones", *Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo*, disponible en la siguiente dirección electrónica www.palermo.edu/derecho/pdf/La-autonomia-de-las-mujeres.pdf (fecha de consulta: mayo de 2016).

ÁLVAREZ, S. (2014), "El umbral de autonomía. La concepción relacional y la construcción de las opciones". En HIERRO, L. [coord.], *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, pp.



ÁLVAREZ PLAZA, C. (2015), "Sexo sin reproducción y reproducción sin sexo. Sexualidad y salud reproductiva de los donantes de semen y óvulos", *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. LXX, N° 2, pp. 469-484.

BEAUVOIR, S. [1949] (2008), *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra.

BELTRÁN, E. (2015a): "La feminización del cuerpo humano: poder y propiedad", *XII Congreso de la AECPA, Grupo de Trabajo Género y Poder*, disponible en la siguiente dirección electrónica <http://www.aecpa.es/congresos/XII-congreso/paper.php?paper=1259> (fecha de consulta: mayo de 2016).

BELTRÁN, E. (2015b), "El cuerpo humano: derechos sin propiedad o propiedad sin derechos", *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 169:137-166.

BELTRÁN, E. (2016), "Usos del cuerpo humano: entre autonomía y propiedad". En LA BARBERA, MC. Y CRUELLES, M., *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas, perspectivas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 293-317.

BUTLER, J. [1990] (2016), *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad* (versión electrónica), Ediciones Paidós.

FREDICKSON, B. y ROBERTS, T. (1997), "Objectification theory. Toward Understanding Women's Lived Experiences and Mental Health Risks", *Psychology of Women Quarterly* Volume 21, Issue 2, pp. 173-206.

GILLIGAN, C. (1982): *In A Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

KANT, I. [1785] (2007): *La fundamentación de la metafísica de las costumbres* (versión electrónica), San Juan, Pedro M. Rosario Barbosa.

LA BARBERA, MC (2010), "Género y diversidad entre mujeres" en *Cuadernos Kóre*, Vol 1, N° 2, pp. 55-72.

LA BARBERA, MC (2011), "El enfoque de la interseccionalidad aplicado a las políticas para la erradicación de la "mutilación femenina"", GARCÍA CASTAÑO, F. J., KRESSOVA, N. (coord.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, pp. 2191-2193.

LAMM, E. (2012), "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, N° 24, pp. 76-91, [disponible en la siguiente dirección electrónica www.bioeticayderecho.ub.es (fecha de consulta: mayo de 2016).

LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universitat de Barcelona.

LOCKE, J. [1689] (2000), *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial.

MACKINNON, C. A. [2006] (2007), *Are Women Human?: And Other International Dialogues* (versión electrónica), Cambridge, Harvard University Press.

NOZICK, R. [1974] (2014), *Anarquía, Estado y Utopía* (versión electrónica), Editor

digital: Titivillus.

NUSSBAUM, M. [2000] (2012), *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades* (versión electrónica), Barcelona, Herder Editorial.

OLIVERA, M. (2004), "Subordinación de género e interculturalidad. Mujeres desplazadas en Chiapas", *Liminar: estudios sociales y humanísticos*, Vol. 2, N° 1, pp. 25-49.

OSHANA, M. (2006), *Personal Autonomy in Society*, England, Ashgate.

PHILLIPS, A. (2013), *Our Bodies, Whose Property?* (versión electrónica), New Jersey, Princeton University Press.

SATZ, D. [2010] (2015), *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado* (versión electrónica), Buenos Aires, Siglo Veintiuno.

SHANLEY, M. L. (1993), "«Surrogate Mothering» and Women's Freedom: A Critique of Contracts for Human Reproduction", *Sings*, Vol. 18 N°3, University Chicago Press, pp. 618-639.

VALLENTYNE, P. and VAN DER VOSSSEN, B. (2014), "Libertarianism" en ZALTA, E. N. [ed.], *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en la siguiente dirección electrónica

<http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/libertarianism/> (fecha de consulta: mayo de 2016).

VAUGHN, K. I. (1985), "Teoría de la propiedad de John Locke: problemas de interpretación", *Revista Libertas*, 3, Instituto Universitario ESEADE, disponible en la siguiente dirección electrónica www.eseade.edu.ar/files/Libertas/47_1_Vaughn.pdf (fecha de consulta: mayo de 2016).

VERA RAMÍREZ, E. (1994), "El contrato de maternidad subrogada: Argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica", *Revista Jurídica U.P.R.*, Vol. 63, pp. 515-531.

Tecnocracia (y cultura jurídica)

Technocracy (and legal culture)

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

agreppi@der-pu.uc3m.es

Recibido / received: 10/01/2017

Aceptado / accepted: 05/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3647>

Resumen

Aunque la idea de ‘tecnocracia’ tiene raíces antiguas, su proyección en la cultura jurídica y política contemporánea posee rasgos específicos. En el marco de lo que suele conocerse como la sociedad de la información o el conocimiento, el ideal del gobierno de los expertos, es decir, de las personas más capacitadas para descubrir las soluciones “correctas”, alimenta las tensiones antiformalistas que afloran tanto en el derecho público como en el privado. Nos enfrentamos a una profunda mutación en el tipo de expectativas que juristas y legos proyectan sobre el fenómeno jurídico. En esta entrada se recogen algunos casos paradigmáticos de la evolución tecnocrática que está teniendo lugar en la cultura jurídica contemporánea, como son el debate sobre las experiencias de nueva gobernanza en el ámbito de la Unión europea (UE) y las tendencias cada vez más evidentes en el derecho mercantil transnacional, donde la eficiencia tiende a ser considerada como uno de los contenidos básicos del imperio de la ley.

Palabras clave

Tecnocracia, cultura jurídica, filosofía de la técnica, New Governance, Soft law.

Abstract

Despite its roots in classical philosophy, the idea of ‘technocracy’ has an increasing significance in contemporary legal and political culture. In the context of what is usually described as the information or knowledge society, the ideal of government by experts, who possess the relevant expertise to make the “best” choices, tends to be associated with the anti-formalistic trends that are becoming prevalent in public and private law. We are witnessing a deep transformation in the expectations that jurists and lay-people have in approaching the legal realm. This entry gathers some paradigmatic examples of the technocratic evolution of contemporary legal culture, as the new governance experiences in the European Union (EU) and the development of innovative patterns of transnational commercial law, in which efficiency is usually taken as one of the defining features of the rule of law.

Keywords

Technocracy, legal culture, philosophy of technics, New-Governance, Soft law.

SUMARIO. 1. Tecnocracia, técnica y concepciones del derecho. 2. Neutralidad política, valores y saber experto. 3. Distintos niveles de análisis sobre un fenómeno histórico. 4. Mutaciones tecnocráticas en derecho público: patrones de desconstitucionalización. 5. Eficiencia



en los mercados e imperio de la ley.

1. Tecnocracia, técnica y concepciones del derecho

El término 'tecnocracia' —literalmente, gobierno *de los técnicos* o *de la técnica*— se utiliza para indicar una forma de gobierno en la que una élite de expertos o, en general, un grupo de personas que disponen de autoridad o reconocimiento social por su competencia científica o técnica, ocupan una posición central en la conformación de la clase dirigente o ejercen una influencia significativa sobre el funcionamiento del sistema político¹. Como es habitual en estos casos, el término puede ser utilizado en el contexto de un análisis descriptivo o bien puede arrastrar una dimensión valorativa, tanto positiva como negativa. Desde este punto de vista, el ideal tecnocrático se asocia a la hipótesis según la cual el método de investigación de las ciencias naturales y la experimentación científica puede dar respuesta a los problemas fundamentales de la vida pública.

Nada tiene de sorprendente que una noción tan amplia, y el correspondiente ideal, haya tenido a lo largo de la historia, y siga teniendo en el presente, un reflejo significativo en el ámbito jurídico. En estas páginas mostraré que el análisis de tales implicaciones resulta particularmente relevante, dada la creciente complejidad tecnológica, científica y organizativa de las sociedades contemporáneas. Se abren entonces dos frentes de estudio fundamentales.

De un lado, es preciso considerar si, y de qué forma, la creciente demanda de conocimiento está afectando a las modalidades tradicionales de administración del derecho, tanto en el plano de las técnicas de producción, como de interpretación y aplicación de normas. En este sentido, habrá que preguntarse si los recursos tradicionales de los que dispone un Estado de derecho para asegurar el imperio de la ley podrán adaptarse a estas transformaciones, poniendo límites ciertos a las posibilidades de innovación tecnológica, delimitando las responsabilidades de los expertos que asesoran a los poderes públicos y a las empresas, y orientando las prácticas de investigación científica en aras del interés general, en los más variados campos, desde la política económica y monetaria hasta la política sanitaria, ambiental, alimentaria, industrial, energética, educativa, y un largo etcétera (Brownsword, Yeung, 2008).

De otro lado, y en segundo lugar, será necesario preguntarse si, y de qué manera, la cultura jurídica *interna* de los juristas, a cualquier nivel que la queramos considerar, desde la práctica cotidiana en los tribunales o en la administración, hasta en los medios académicos, está siendo capaz de asimilar la creciente influencia de una determinada manera de entender la naturaleza y la función del derecho que bien puede caracterizarse como *expertocrática*. Un modelo que asume explícita o implícitamente ciertos esquemas de pensamiento y postulados de orden pre-teórico (o, si se quiere, ideológico) que responden al creciente prestigio y relevancia social de los expertos en entornos caracterizados por incertidumbre y complejidad social. La hipótesis es que la autoridad de los juristas pueda estar retrocediendo a medida que otros saberes distintos ganan influencia en los enclaves en que se ejerce el poder político. Cabe preguntarse incluso si la vieja cultura legalista, hegemónica hasta hace unas décadas, estará en condiciones de retener una cuota significativa

¹ Me permito adaptar libremente la definición que aparece en Lenk (2005, 1898).

de prestigio y autoridad. En las más variadas instancias del poder legislativo y ejecutivo, pero también en los medios de comunicación social y hasta en las Universidades, los saberes de orientación empírica y técnica tienden a relegar el criterio de los juristas prácticos, tradicionales valedores del respeto al texto de la norma escrita y a sus cánones interpretativos. En el plano teórico, el ideal positivista del imperio de la ley, entendido como la técnica más sofisticada y al mismo tiempo eficaz de control social, viene a ser cuestionado por empuje de otras maneras distintas de entender los procesos de resolución de conflictos y de administración del consenso. Y está por ver si el restablecimiento del modelo argumentativo y prudencial, como faro que debería volver a inspirar la teoría y la práctica del derecho, según se dice en muchos y relevantes ámbitos del mundo académico, estará en condiciones de echar raíces en el nivel de las prácticas sociales difusas, donde se gestan las expectativas sociales, plantándole cara a la autoridad de los tecnócratas².

El objeto de esta entrada es elaborar algunas de las premisas ideológicas implícitas que caracterizan una transformación de la cultura jurídica que, a partir de numerosos indicios, está en curso. Para ello, el primer paso será identificar algunas claves de fondo que caracterizan el nuevo marco conceptual que está surgiendo y mostrar algunos de sus condicionantes teóricos (apdos. 2 y 3). A continuación, y ante la ausencia de formulaciones teóricas que sinteticen esos elementos de manera explícita, presentándolos en la forma habitual de una concepción coherente del fenómeno jurídico, mencionare algunos ejemplos de procesos y tendencias que pueden ser reconducidos a una común matriz tecnocrática (apdos. 4 y 5).

Numerosos aspectos concretos de la relación entre derecho y técnica quedarán de lado en el desarrollo de esta entrada. Desde la perspectiva jurídica, entre otros, la evolución en las formas de regulación de las tecnologías, el diseño de políticas de investigación científica, o el desarrollo de principios e instituciones indicadas para gobernar adecuadamente el riesgo. Lo mismo sucede si consideramos la materia desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia. Cabría preguntarse, por ejemplo, quiénes son, qué características poseen y cómo se seleccionan entre sí esos expertos que, según estamos viendo, están entrando en competencia con la autoridad de los juristas; qué estructuras normativas alternativas sostienen las prácticas de descubrimiento y validación de sus decisiones; qué clase de conocimiento consideran relevante en relación con la interpretación del derecho; qué diferencia existe entre el saber de los expertos que influyen en los procesos de toma de decisiones y el conocimiento no especializado de los legos que se quedan a las puertas; cuáles son las pautas de atribución de la autoridad en el ámbito de las comunidades epistémicas influyentes; si es posible establecer mecanismos de control público sobre su funcionamiento, y así sucesivamente³. Naturalmente, son materias que deberían ser tratadas con un soporte empírico que todavía no está disponible en la bibliografía. Queda mucho por hacer en este terreno.

2. Medios y fines, valores y saber experto

Para situar el marco ideológico en que tiene lugar el desplazamiento tecnocrático de

² Queda claro, en todo caso, que el debate teórico entre opuestas concepciones del derecho está inevitablemente conectado con los ideales que asumen los participantes en la práctica jurídica y orientan su actividad. El derecho producido por juristas con mentalidad de tecnócratas, a los que podemos atribuir cierta inclinación antiformalista, es probable que acabe alejándose del derecho que producían los antiguos juristas legalistas.

³ Sobre estas cuestiones, extremadamente generales, remito entre muchos otros a P. Tetlock (2005), S. Jasanoff (2012), P. Kitcher (2001), A. Shamoo; D. B. Resnik (2009), S. Kellert; H. Longino, K. Waters (2006).

la cultura jurídica reciente es conveniente introducir algunas referencias generales relativas al desarrollo histórico de las distintas formas de entender la relación entre técnica y sociedad⁴. Son materias que no suelen tener cabida en los recorridos habituales sobre los fundamentos del método jurídico.

Si tomamos como punto de partida el modelo clásico del gobernante omnisciente, el filósofo-rey de ascendencia platónica, no es difícil concluir que la aspiración tecnocrática difícilmente podrá nunca cumplirse del todo. Nunca habrá un gobernante omnisciente. Lo cual no significa que la exigencia tecnocrática sea el reflejo de un ideal equivocado, de una utopía sencillamente irrealizable. Por el contrario, es posible pensar que el control racional sobre los medios, basado en el conocimiento de las condiciones en que se desenvuelve la acción política, es un requisito imprescindible para que un agente racional pueda alcanzar los fines que se propone. Presentada en estos términos, la aportación de los expertos que iluminan con su conocimiento la acción de los políticos es un factor indispensable de libertad. Invirtiendo la conocida fórmula, sin saber no hay poder.

Las versiones más obvias del ideal tecnocrático se mueven en este orden de ideas. Sin embargo, es posible identificar algunos focos problemáticos que complican el mapa de las relaciones entre derecho y técnica.

La primera tiene que ver con el encaje, supuestamente limpio, entre medios y fines de la acción. Se entiende, en efecto, que es el ámbito de la deliberación práctica donde se establecen los fines a perseguir, mientras que en el ámbito de la razón instrumental se dilucidan las condiciones y los límites para la realización de la acción. La ciencia y la técnica se ubican convencionalmente en este último campo, mientras que el derecho tiende a situarse en el primero, en el dominio de los fines. Sin embargo, la distinción se vuelve mucho más oscura a medida que la complejidad social y tecnológica de nuestras sociedades —como adelantábamos en el apartado anterior— va enturbiando la nítida distinción entre fines y medios, multiplicando el volumen de información disponible sobre las causas y consecuencias de cualquier fenómeno social que sea objeto de la acción humana (Bauman, 2009). Esto nos lleva a revisar algunos de los tópicos más arraigados sobre la relación entre ciencia y política (y también entre ciencia y derecho).

En tiempos pasados, bien distintos a los nuestros, por razones diversas, no era tan difícil afirmar que todo gobierno bien ordenado debe incluir por fuerza un componente expertocrático. Se daba por descontado que las discusiones políticas, de las más pequeñas hasta las más fundamentales, resultaban más fructíferas si estaban iluminadas por el saber de los que saben, pues se entendía que cuando eso no sucedía, y los oponentes se limitaban a expresar sus opiniones sin el respaldo de la evidencia, el intercambio de pareceres resultaba estéril. Los expertos jugaban —y podemos suponer que siguen jugando— un papel indispensable en el progreso social, especializándose en la tarea de orientar la acción política (y jurídica). Se entendía que para los demás, para los legos, es perfectamente racional asumir la existencia de una comunidad de agentes (igualmente racionales) especializados en la producción del mejor conocimiento. Y someterse también, por supuesto, a su posición predominante —su poder— en determinadas materias (cfr.

⁴ Un estudio sobre los orígenes clásicos del ideal tecnocrático sería extraordinariamente complejo. En todo caso, incluye la representación mitológica del mundo como producto de la actividad de un Demiurgo-Artesano, tal como se presenta en *Timeo* (pp. 42-47), o de la actividad productiva de los seres humanos a partir de la naturaleza, conforme a la mítica figura de Epimeteo (*Protagoras*, pp. 320-322). En el marco del pensamiento aristotélico, en cambio, el papel atribuido a la ciencia es clave para establecer la diferencia cualitativa entre las comunidades naturales y la comunidad bien ordenada, la única que es propiamente política (*Política*, libro I).

Hempel, 1965, p. 481)

No es este el lugar profundizar en los motivos que han llevado a poner en tela de juicio esta manera de entender el papel de los expertos en la vida pública⁵. Desde el punto de vista de la justificación de su autoridad como expertos, un cambio decisivo tiene que ver con el descubrimiento de la componente histórica en la validación de los paradigmas científicos. Dicho de la forma más sencilla, ahora sabemos —a diferencia de lo que antes sucedía— que los científicos y los técnicos no son ni mucho menos neutrales en la selección de las premisas y objetivos de la investigación. Por más que exista consenso en el interior de las comunidades científicas especializadas, ello no es sinónimo de objetividad en las afirmaciones que se tienen por verdaderas. De otro lado, no puede darse por descontado que la deliberación sobre los fines y los medios de la acción política tenga que comenzar necesariamente por un juicio previo sobre los fines, elaborado al margen de toda consideración técnica, para que sólo en un momento posterior se abra la puerta a la investigación sobre los medios, que como sabemos cae en manos de los expertos (Kitcher, 2001, pp. 102-107). La secuencia de los distintos momentos en la elaboración pública de las políticas basadas en consideraciones técnicas es, en realidad, mucho más sutil de lo que suele reconocerse, y conlleva múltiples conexiones y disyunciones en la actuación de quienes intervienen en el proceso. De ahí que la posibilidad de una evaluación pública de los *desacuerdos razonables* sobre cuestiones fácticas esté siempre a la orden del día. No sólo entre los legos, sino también entre los propios expertos (Kappel, 2016).

Por otra parte, la consideración social de los expertos, y su papel en relación con la política o el derecho, es también el producto de una evolución histórica de largo alcance. En concreto, a estas alturas hemos dejado atrás no sólo el ideal decimonónico del científico positivista que trabaja por el progreso de la humanidad encerrado en su laboratorio, sino también el modelo contrario, de corte humanista, que afirma la radical autonomía de las ciencias del espíritu frente a las ciencias naturales —téngase en cuenta que el derecho se situaba, por entonces, en el dominio de las primeras. A lo largo del siglo XX resultaba dominante la imagen ideal del experto como ciudadano responsable y comprometido, consciente del alcance de sus decisiones, y que no se limita a optimizar los medios para el logro de los fines, a diferencia de lo que suelen hacer los *simples tecnócratas* (cfr. Mitcham, 1994). Pero obsérvese que la alternativa humanista al modelo *puramente* tecnocrático, que lleva a poner el énfasis sobre los vínculos de carácter ético y político en las prácticas de descubrimiento científico, no está libre de inconvenientes. Y ello porque al final, al menos en su formulación convencional, lo que se le acaba pidiendo al experto es que se convierta en poco menos que un sabio omnisciente, tan virtuoso en el conocimiento de los asuntos humanos, como de las circunstancias del mundo empírico, para poder realizar un balance supuestamente imparcial entre fines y medios, entre deseos y posibilidades. Es obvio, que pocos serán los elegidos para tan alta tarea. Desde luego, no es suficiente tener competencia en un área de conocimiento específica, cualquiera que sea. La clave, para lo que aquí interesa, está en observar cuáles serán las implicaciones ideológicas de tan alta exigencia. Porque en el intento de purgar el ideal tecnocrático de las connotaciones deshumanizadoras, asociadas al dominio de la fría razón instrumental, acabamos asumiendo como inevitable la deriva elitista que está implícita en la más vieja tradición epistocrática. Platón sigue estando al acecho a la vuelta de la esquina. El ideal de una tecnocracia *con rostro humano* podrá resultar intuitivamente atractivo, pero camina en una dirección políticamente

⁵ En referencia a Hempel, el autor citado en el párrafo anterior, y en el contexto de discusión de la filosofía política, cfr. Bohman (2011, p. 151); cfr. también Collins; Evans (2007, p. 134).

determinada. No es consistente con las exigencias centrales de una sociedad democrática.

Pero el punto teóricamente más interesante, siempre en relación con los problemas teóricos de fondo que caracterizan la mutación tecnocrática de la práctica jurídica, tiene que ver con la imposibilidad de eliminar el componente epistémico en las estructuras de justificación de las decisiones (al respecto, cfr. Cohen, 2009). Aquí también nos enfrentamos con una dificultad bien conocida. Sin una mínima referencia a la 'verdad', cualquiera que sea la noción que queramos asumir de la verdad en este contexto, la claudicación decisionista se hace inevitable, con todas las consecuencias políticas que de ahí se derivan. La afirmación de que no existe la posibilidad de establecer una diferencia significativa entre instancias correctas e incorrectas en la producción y aplicación de las normas jurídicas, al menos en la generalidad de los casos, sencillamente, echa por tierra la idea misma de Estado de derecho. La cuestión se vuelve particularmente acuciante en ese entorno de complejidad social y sobreabundancia informativa al que vengo aludiendo desde el comienzo. En las condiciones en que hoy nos encontramos, en la mayoría de los casos significativos, los desacuerdos jurídicos tienen en su origen un desacuerdo basado en consideraciones fácticas, que no puede ser resuelto por una preferencia arbitraria del legislador o el intérprete. De ahí que el saber de la ciencia y de la técnica resulte determinante para la configuración del sistema jurídico.

Conviene observar, no obstante, que de estas afirmaciones sobre la necesaria referencia a la 'verdad' en la práctica jurídica y política, no es posible saltar a la conclusión —potencialmente tecnocrática o, más concretamente, *epistocrática* (Estlund, 1997)— de la perfecta simetría entre el proceso democrático y el proceso de validación y falsificación de las evidencias empíricas, como a veces pretenden las doctrinas epistémicas de la democracia (véanse, entre otros, Richardson, 2002, pp. 222ss.; Christiano, 2012; Landemore, 2013). Esta matización es decisiva. El logro de la verdad no es ni podrá ser nunca una aspiración central en el proceso democrático. A diferencia de lo que sucede en el ámbito de la ciencia, que sólo puede perseguir la verdad, la democracia es una forma de gobierno cuya legitimidad está basada en la opinión de todos y cada uno de los ciudadanos, expertos y legos, situados en pie de igualdad, tanto si aciertan en sus apreciaciones, como si no lo hacen (cfr. Vargas-Machuca, 2015, p. 270).

3. Distintos niveles de análisis sobre un fenómeno histórico

El observador que quiera tomar constancia de la mutación tecnocrática que se está produciendo en la cultura jurídica deberá intentar tomar distancia respecto de algunas convenciones (intra)disciplinares que marcan los límites entre el saber de los juristas y el saber de los expertos. Es preciso embarcarse, por tanto, en una ardua labor de contextualización, que muestre las connotaciones culturales y sociales del momento en que nos encontramos. En particular, será necesario tener en cuenta que sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando las sociedades industriales se convierten en sociedades de producción y consumo masivo de información (Innerarity, 2011), empiezan a darse las condiciones estructurales imprescindibles para que una reducida élite de técnicos y expertos pueda convertirse en clase dirigente.

Naturalmente, el análisis de estas transformaciones culturales y políticas ha tenido una repercusión amplísima en diversos ámbitos del pensamiento. Al respecto, conviene insistir en la diferencia entre dos aproximaciones distintas a esta cuestión. Tenemos, de un lado, una larga tradición de estudios que, en la línea de Max Weber, tienen como objetivo describir la formación y el desarrollo de un aparato

burocrático cada vez más extenso, que asume el monopolio del uso legítimo de la fuerza haciendo un extenso uso del saber cualificado de los cuadros profesionales que se integran en su estructura (Weber, 2002, pp. 242ss., pp. 512ss.; García Pelayo, 1974, entre tantos otros). Y tenemos, de otro lado, aquellas reflexiones que, por distintas vías, han añadido un ingrediente valorativo a su análisis. Considérese, por ejemplo, la larga serie de reflexiones de quienes, a lo largo del siglo XX, han pensado la técnica como el punto de llegada de un proceso histórico de largo alcance, que se remonta a los orígenes de la cultura occidental, y cuyo destino comparte (Ortega y Gasset, 2014; Heidegger, 2007; Jonas, 2014).

Esta última cuestión merece alguna puntualización adicional. Hay que tener en cuenta, en efecto, que las valoraciones positivas o negativas sobre las virtudes y los peligros de la creciente tecnificación de las sociedades contemporáneas, contrariamente a lo que puede suponerse, no encuentran acomodo en una topografía esquemática de las diferencias entre la izquierda y la derecha política. Ni se asocian necesariamente a un pronóstico sobre las posibles implicaciones totalitarias de la técnica, aunque este último aspecto ha dado lugar a un debate extraordinariamente rico y extenso (Arendt, 2015). Es posible identificar, por ejemplo, una vocación fuertemente tecnocrática en el modelo soviético, pero también en otros ámbitos ideológicos muy alejados, situados incluso en las antípodas del espectro político, empezando por el fascismo italiano. El ideal tecnocrático fue cultivado conscientemente tanto por el franquismo, como por las dictaduras latinoamericanas de la segunda mitad del siglo pasado, autoritarias en el terreno político y ultraliberales en el plano económico. Y nada hay de sorprendente en comprobar que el componente tecnocrático alimentara algunas de las versiones más autorizadas del sueño americano, tanto progresistas como conservadoras, de Veblen a Conant, de Lippmann a Dewey, de Burnham a Schumpeter⁶.

Lejos de estas implicaciones ideológicas, en los niveles más altos de la teoría social, la reflexión sobre la transformación tecnocrática de nuestras sociedades corre por líneas dispares. Para algunos, el avance de la técnica reduce los márgenes de dominación y crea nuevos espacios de libertad (Luhmann, 1993). Otros, en cambio, consideran que la colonización de la vida política por los imperativos de la técnica compromete la autonomía del sujeto, sacrificándola en nombre de una forma de conocimiento objetivado que tarde o temprano acaba asociándose a las peores formas de dominación burocrática y mercantil (Habermas, 2005; Ellul, 2003; Marcuse, 2005; Virilio, 1998; Latour, 1995). La variedad de perspectivas es tan amplia que, como antes decíamos, no es fácil trazar correspondencias claras con distintas concepciones de la práctica jurídica.

A pesar de estas variaciones, que a menudo desdibujan los contornos del ideal tecnocrático, cabe la posibilidad de reconstruir la genealogía de algunos esquemas conceptuales que, en esta última fase histórica, marcan el rumbo de esa paulatina transformación de la cultura jurídica en sentido tecnocrático, a la que nos venimos refiriendo. Para ello, es necesario remontarse a las primeras décadas del siglo pasado, cuando, bajo el signo de lo que, en términos de Mark Bevir, puede calificarse como la nueva “ciencia social modernista”, habría dado comienzo el progresivo desmontaje teórico de los fundamentos del moderno Estado legal-racional (2010: pp. 3 ss.).

En el nuevo paradigma que está en vías de formación, (1) el Estado se encuentra cada vez fragmentado, por su necesidad de adaptarse a un entorno

⁶ Véase un panorama crítico sobre este debate en Turner (2003). En general, sobre las distintas vertientes históricas de la tecnocracia, cfr. Valencia Sáiz (1995) y Rosanvallon (2016, pp. 90-99).

modelado por la acción de sujetos auto-interesados y redes económicas y sociales cada vez más complejas. En consonancia con ello, (2) las ciencias sociales positivas asumen un protagonismo creciente por su capacidad para explicar las condiciones de ese entorno, y lo hacen apoyándose en modelos formales, particularmente sofisticados, mediante los cuales aspiran a identificar correlaciones, mecanismos y procesos, renunciando a formular cualquier hipótesis sobre el sentido histórico de los fenómenos estudiados. Con esa base se llega a la conclusión de que (3) las instituciones públicas constituyen únicamente una parte del sistema social, y no siempre la parte principal, actuando como ya no como depositarios del interés general, sino como árbitros en el proceso por medio del cual los actores sociales negocian, formulan e implementan políticas públicas sobre la base de sus intereses particulares y de las normas que espontáneamente quieran darse a sí mismos.

Naturalmente, al menos con lo dicho hasta aquí, nada hay en este giro metodológico que imponga la renuncia a los cánones conceptuales sobre los que se asentaba la cultura jurídica tradicional⁷. Con el tiempo, sin embargo, la nueva orientación de las ciencias sociales *positivas* —y ya no *positivistas*, a la manera del siglo XIX— fue generando el caldo de cultivo más propicio para que echaran raíces tanto la teoría de la acción racional como el nuevo institucionalismo, dos corrientes teóricas que, por su resonancia más allá de la academia, iban a marcar el desarrollo de la teoría y la práctica política de las décadas siguientes. Por supuesto, los factores que llevaron a la superación del viejo modelo estatista son muchos y variados, y no tendría sentido achacar el cambio a una simple disputa académica. No obstante, el hecho es que la consolidación de estos enfoques fue calando en la formación cultural e ideológica de la clase dirigente, especialmente en la generación que habría de marcar el curso de los acontecimientos históricos en la última fase del siglo pasado (cfr., de nuevo, Bevir, 2010, pp. 67ss., pp. 75ss.). A partir de los años setenta, la atención de los teóricos de la ciencia política, convertidos en asesores de príncipes, se centró en la introducción de técnicas empresariales para la gestión del sector público, que corría en paralelo a una significativa reducción de sus funciones y ámbitos de actuación. Una segunda oleada reformadora, más reciente y todavía en curso, y que vino a solaparse con la primera, impulsó el desarrollo de toda clase de estrategias para la gestión cooperativa de objetivos que se pretenden comunes, a través de la formación de redes y partenariados que habrían de situarse a caballo de lo público y lo privado.

En suma, son estas oscilaciones en los modelos ideológicos dominantes las que a la postre ilustran el desplazamiento de la cultura jurídica tradicional, típicamente legalista y dogmática, y la difusión de un modelo alternativo de orientación tecnocrática. Desde el punto de vista de la teoría jurídica subyacente, el primer movimiento reformador, asociado a la poderosísima revolución neoliberal de los años setenta y ochenta, promovía la asimilación de amplios sectores de la gestión pública a las estructuras institucionales propias del derecho privado, concebido a su vez como un universo normativo que invitaba a romper los puentes con los cánones del formalismo civilista. El segundo movimiento se corresponde, en sus rasgos principales, con el ideal de un derecho que se encarga de establecer grandes marcos procedimentales para la toma de decisiones, basados en la enunciación de principios abiertos y flexibles, en el entendido de que ese es el camino *más inteligente* para la resolución de problemas, porque supone que la determinación de los contenidos de las decisiones queda en manos de aquellas personas que disponen del conocimiento relevante. Sólo los expertos, los que por la

⁷ Naturalmente, en este punto habría que diferenciar entre las distintas grandes áreas de la cultura jurídica, así como entre los grados de modernización en los distintos países y ámbitos del derecho. Esa tarea, sin embargo, excede los límites de esta entrada.

posición social que ocupan disponen del *know-how* relativo a los problemas a tratar, tienen los recursos que se necesita para atajar la crónica indigencia cognitiva del legislador partidista.

4. Mutaciones tecnocráticas en derecho público: patrones de desconstitucionalización

Son muchos los ejemplos que podrían traerse para mostrar cómo el avance tecnológico desborda los límites de los saberes jurídicos tradicionales, imponiendo una drástica adaptación del material normativo y de las pautas dogmáticas aceptadas —por usar una fórmula familiar, pero que ahora se presenta bajo una luz muy distinta— “a la realidad en que han de ser aplicadas” (art. 3.1, Código Civil español). Bastante más difícil es identificar las claves teóricas e ideológicas de la mutación tecnocrática que acompaña a estos procesos.

Como ejemplo paradigmático de cómo estos cambios se proyectan en plano de estructura constitucional de una organización política, considérese el caso del proceso de integración europea. Ya en los textos fundacionales de las Comunidades, en los albores de la Guerra Fría, se hacía manifiesta una apuesta por la formación de una selecta élite de funcionarios cualificados —una “Alta Autoridad”, formada por “personas independientes”, según la célebre *Declaración* del Ministro de exteriores francés, Robert Schuman, de 9 de mayo de 1950— que habría asumido la tarea de perseguir “objetivos concretos” y “cambios graduales”, orientados a la “fusión de intereses”, para de ese modo construir, en el largo plazo, una “comunidad más profunda entre países durante largo tiempo enfrentados por sanguinarias divisiones”.

Ya en los años noventa, en un contexto cultural bien diferente, caracterizado precisamente por esas orientaciones teóricas a las que se aludía en el epígrafe anterior, y, sobre todo, en el plano político, por el proyecto de la expansión hacia el Este y la integración monetaria, el problema de la cualificación técnica de las incipientes estructuras administrativas supranacionales volvió a situarse en el centro del debate (Saurugger, 2010). Se pensaba que el “poder del conocimiento” podría subsanar las disfunciones del sistema político, equilibrando por la vía de los hechos el persistente déficit de legitimidad que bloqueaba la senda de la integración. Aprendizaje, disposición cooperativa, integración de la más amplia variedad de agentes sociales, cada uno de los cuales era portador de intereses particulares y, por lo que aquí interesa, de perspectivas epistémicas cualificadas, que de ese modo pasaban a formar parte del discurso de un extenso entramado de comités asesores, agencias independientes, etcétera, e iban a convertirse en los referentes privilegiados del diseño institucional (Radaelli, 1999; Joerges, Vos, 1999; Joerges, Sand, Teubner, 2004; Trondal, 2010; Rimkute, Haverland, 2015).

En consonancia con esta nueva manera de enfocar los mecanismos de legitimación de las instituciones, el derecho se contempla desde un enfoque procedimental. Es el esqueleto, flexible y dinámico, de un proceso siempre abierto de co-decisión entre actores auto-interesados. El objetivo es facilitar las dinámicas de cooperación institucional, con el propósito de que acabe finalmente prevaleciendo la solución *más correcta*, en función de las circunstancias del caso. No se apela, por tanto, a la intervención de un legislador soberano encargado de dirimir conflictos de intereses parciales, mediante declaraciones explícitas de voluntad. Por el contrario, se prefiere que sean los actores los que se impliquen *directamente* en la autorregulación de los conflictos, en el entendido de que son ellos, y no las instancias burocráticas reguladoras, las que disponen de competencia epistémica en el caso concreto. El conjunto del proceso se legitimará en la medida

en que produzca resultados eficientes, de manera que todas las partes puedan salir ganando, o ninguna perdiendo, conforme a una definición paretiana de la racionalidad (Majone, 1996; 1999). El conocimiento, la competencia técnica en la resolución de problemas, y no la fuerza, es la clave del éxito⁸.

Las fortalezas y las limitaciones de esta estrategia han salido a la luz con el paso del tiempo. Entre sus logros prácticos se podría mencionar la labor integradora de las políticas comunitarias, en los más variados campos, desde la seguridad alimentaria a la política agraria, de la libertad de circulación a las políticas medioambientales. Mucho más controvertido resulta, en cambio, el caso de la política monetaria, que sólo unos pocos años atrás llegó a presentarse como la gran conquista estratégica para el fortalecimiento de la Unión. No es este el lugar para detenerse en el detalle del proceso que llevó a la construcción de la moneda única, ni en los déficits que arrastraba una concepción puramente tecnocrática de la gobernanza monetaria (Verdun, 1999). El punto que interesa poner de relieve tiene que ver con la manera de entender la autoridad del sujeto encargado de (intentar) neutralizar las *externalidades* que fueron apareciendo en el proceso de integración económica, siempre bajo el supuesto (claramente ideológico) de que los mercados, si cuentan con estímulos y marcos regulatorios adecuados, tienden indefectiblemente al equilibrio. Si la *gobernanza* de la política monetaria quedó bajo el mando de una agencia reguladora *independiente*, como es el Banco Central Europeo (BCE), legitimada por su cualificación técnica, es porque se consideraba que la política monetaria *podría* —y, por tanto, *debería*— situarse al reparo de los intereses domésticos o sectoriales, así como cualquier otro condicionamiento particular, de orden *político*, como los que suele aflorar en el debate sobre las políticas fiscales o sociales.

El problema está, afirman los críticos de esta estrategia, en que la neutralidad de las políticas que deberían contrapesar las externalidades sencillamente no existe⁹. Al contrario, la renuncia tecnocrática a la intervención en el campo de la política monetaria supone, en la práctica, una opción en favor del mantenimiento de las condiciones y los desequilibrios sociales y económicos existentes. Por más que se haga de forma consensuada, es una opción incompatible con el cumplimiento de los postulados fundacionales del proceso de integración europea. En este sentido, la irrupción del ideal tecnocrático en ámbitos centrales de la política social y económica europea, con el reforzamiento de los mecanismos de cooperación intergubernamental asimétrica en materia presupuestaria, habría dado lugar a una auténtica *mutación constitucional* en los objetivos e incluso en la estructura de poderes de la Unión.

En relación con este mismo giro tecnocrático, Jürgen Habermas (2016) ha llamado la atención en diversas ocasiones sobre los persistentes problemas de legitimación de la Unión europea. En los años de la última crisis económica, la subordinación a los imperativos sistémicos habría puesto de manifiesto —argumenta Habermas— la patológica desconexión entre los objetivos y las prestaciones que un aparato tecnocrático como la Unión puede proporcionar y las demandas que provienen de las opiniones públicas nacionales. La desconstitucionalización de la política monetaria y el modelo social europeo obedece en sus opciones

⁸ Como es sabido, la versión canónica de este proyecto está contenida en el *Libro blanco sobre la gobernanza en Europa* de 2001. Véase un primer análisis crítico de ese documento en Magnette (2003). En esta misma línea existen diversas iniciativas orientadas a facilitar el intercambio entre ciencia, política y sociedad. Véase al respecto European Commission (2005), European Commission/D-G for Research (2009). En la misma línea, recientemente, OECD (2015).

⁹ Véase un sintético panorama del recorrido que ha llevado a la efectiva *desconstitucionalización tecnocrática* de la política monetaria europea en Menéndez (2012).

fundamentales a la confianza, típicamente tecnocrática, en las virtudes del diseño institucional. Durante una fase decisiva en el proceso de integración, en efecto, fueron muchos los que pensaban que los instrumentos de la política monetaria tendrían la fuerza suficiente para neutralizar las *externalidades* que pudieran ir apareciendo en el proceso de espontáneo ajuste de los mercados. Las técnicas del diseño institucional, aplicadas a la política monetaria, darían los mismos resultados que estaban ofreciendo ya en otros sectores de la vida pública, desde la administración sanitaria a la gestión del urbanismo o la educación, desde la prevención de riesgos a la política ambiental. La tesis de fondo podría resumirse diciendo que un buen diseño es condición indispensable para la eficiencia en la gestión, y ésta última, a su vez, es condición para satisfacer las demandas de los ciudadanos, cualquiera que éstas sean.

Las previsiones, como es sabido, no han llegado a cumplirse ni de lejos, aunque no sea éste el lugar para discutir cómo se ha llegado a ese resultado. Para los fines de esta entrada, basta identificar un punto de inflexión —la clave ideológica fundamental— a partir del cual se produce el deslizamiento hacia una cultura y política de carácter tecnocrático, desbordando los referentes centrales del constitucionalismo clásico. Y ese punto se encuentra en el momento en que alguien llega a afirmar que los diseños —las técnicas, los medios— pueden configurarse como una variable independiente respecto de los fines a los que se supone que atienden. Para aclarar este asunto conviene recordar algunas consideraciones que son habituales ya en otros ámbitos de la crítica cultural y, en particular, en la filosofía de la ciencia. En esos ámbitos ha quedado demostrado que los *diseños* poseen un componente representacional irreductible, en el sentido de que sólo pueden ser calificados como buenos o malos, como eficientes o ineficientes, en función de las *representaciones* que los usuarios manejen del contexto en que los diseños operan, esto es, del horizonte de posibilidades y alternativas que se escojan como relevantes (Broncano, 2006, p. 109; Fransen; Lokhorst; Poel, 2013, apdo. 2.3).

Si esto es así, no cabe seguir afirmando impunemente que la calidad del diseño de los pilares institucionales del sistema político —las instituciones encargadas del diseño de la política económica y social de la UE— es independiente de los principios y valores constitutivos del entorno social en que los diseños operan. O, en otros términos, que la elección del diseño *mejor* es una cuestión puramente técnica. Pero éste es precisamente el rasgo distintivo de los enfoques *tecnocráticos* sobre los desarrollos de la integración europea. Su hipótesis de fondo es que, una vez marcados los objetivos finales, a partir de fórmulas tan imprecisas como improbables —por ejemplo, la intención de promover “an ever closer union” (European Council, 1983)—, tanto la definición del catálogo de problemas a resolver —las cuestiones de *agenda setting*—, como la determinación de los procedimientos para la toma de decisiones —las cuestiones de *implementation*— *pueden* —y, por tanto, *deben*— quedar en manos de los técnicos o, cuando menos, al reparo de la intervención de las volubles mayorías nacionales y tanto menos europeas.

En el límite, en la perspectiva típicamente tecnocrática, un diseño institucional óptimo será aquel que consiga legitimarse por su capacidad para el aprendizaje, seleccionando y coordinando la información disponible hasta alcanzar la respuesta que las partes implicadas consideren cualitativamente superior a cualquier otra. En este punto, la normatividad de las reglas constitucionales queda supeditada al juego de los imperativos sistémicos (cfr. Everson, 2009). No hace falta insistir en que nos encontramos ante la versión más actualizada del sueño saint-simoniano de la superación de la política —y también del derecho— por la *mera* administración de las cosas. La crítica a esta posición estaría en mostrar que el

proceso constitucional no se reduce a la *optimización* del proceso de toma de decisiones, conforme a objetivos dados, sino que abarca también la reflexión sobre los fines —sobre los problemas y las necesidades— a los que atiende el proceso mismo.

5. Eficiencia en los mercados e imperio de la ley

La utopía de un diseño constitucional enteramente transparente a las demandas de los ciudadanos y a las condiciones del entorno, arrastra la misma ambigüedad que es propia de cualquier otra clase de tecnología. Dependiendo de las circunstancias, todas son, o pueden ser, de *doble uso*.

De hecho, no faltan razones para mirar con recelo los procesos a los que estamos aludiendo en esta entrada. La posición menos optimista, pero no necesariamente tecnófoba, es la de quienes ven en esta transformación un nuevo paso adelante en el camino histórico hacia la proliferación de las muchas formas de *biopoder* que resultan gravemente lesivas para la libertad de la persona (Foucault, 1977; 2007). La *hipótesis cibernética*, que se afianza poderosamente en la mentalidad dominante, lleva a creer que la labor de gobernar se reduce únicamente a “inventar una coordinación racional de los flujos de informaciones y de decisiones que circulan en el cuerpo social” (Tiqqun, 2015, p. 73). La posición contraria, mucho más abierta al cambio, es la de quienes observan que tras la última revolución tecnológica, el gobierno de nuestras sociedades se sitúa actualmente en los *códigos*, en referencia a los algoritmos de los que dependen los flujos informativos en las redes, y es en los códigos donde nos jugamos el futuro de la libertad humana (Lessig, 2009). En el límite del optimismo, se dice que las nuevas tecnologías de la comunicación están poniendo las bases materiales para cumplir el sueño de una sociedad gobernada por una *inteligencia común*, cualitativamente distinta y superior a la inteligencia de los sujetos individuales (Benkler, 2012).

Ciñéndonos al impacto de estos debates sobre el desarrollo de la cultura jurídica, la discusión se centraría en lo siguiente. En amplios sectores de la opinión pública especializada en materias jurídicas ha ido tomando pie la idea de que, dadas esas condiciones de desarrollo tecnológico y complejidad social a las que hemos hecho referencia ya en numerosas ocasiones, y para ser *eficiente*, el derecho deberá deshacerse de los cánones dogmáticos del viejo derecho basado en normas y/o en precedentes. En consonancia con esta creencia, en un sector relevante de la opinión pública, y en muchos entornos especializados, los principios del imperio de la ley vienen a ser tratados cada vez con más frecuencia como mera condición para la seguridad y eficiencia de los mercados. Si el derecho es valioso es porque proporciona remedios para resolver *de buena fe*, sin costes prohibitivos ni demoras excesivas, “las disputas civiles que las partes sean incapaces de resolver”. Se entiende que la existencia de un sistema de garantías jurídicas se justifica por los beneficios que produce, cuando no distorsiona la racionalidad del intercambio. “Pocas verdades son hoy más universalmente reconocidas que la de que el imperio de la ley —en particular en la medida en que sirve de freno a la ‘codiciosa mano’ del Estado voraz— conduce al crecimiento económico” (Ferguson, 2013, p. 105, p. 109).

El punto de partida para explicar este cambio de perspectiva se encuentra en la idea —un verdadero lugar común en el debate corriente— según la cual el principio de maximización de la riqueza, en palabras de R. Posner (1985, p. 105), “expresa valores fundamentales de nuestra cultura jurídica” (citado por Hierro, 2002, p. 15). El análisis jurídico tradicional había estado ciego a las consideraciones consecuencialistas sobre el coste del establecimiento de reglas, tal como quedaría probado por el conocido *Teorema de Coase*. Cuando consideramos los métodos

para los efectos dañosos de la asignación autoritativa de derechos sobre un tercero caben tres soluciones alternativas: “(a) bien se establece una responsabilidad jurídica del causante a favor del perjudicado; (b) bien se establece un impuesto sobre el causante, (c) bien se prohíbe la acción” (Hierro, 2002, pp. 17ss., que cita a Coase, 1960, p. 27).

Lo que este teorema implica, en pocas palabras, es que en los casos en que puedan surgir conflictos de intereses que requieran la reparación de un daño, el resultado de la contratación *técnicamente esclarecida* entre las partes, que actúan maximizando su utilidad, será siempre igual o más eficiente que cualquier otra solución establecida normativamente. La razón de que esto sea así es que, cuando el sistema de precios funciona correctamente, aquel sujeto que esté en condiciones de usar el bien o el derecho en disputa de la forma más eficiente será también el que esté en condiciones de pagar por él un precio más alto, retribuyendo a la otra parte, si es preciso, con un parte de su ganancia. Por el contrario, si tiene que asumir a los costes derivados de la regulación se producirá una pérdida que acabará repercutiendo también sobre la otra parte contratante, con un perjuicio para ambos. La solución más racional será, por tanto, asignar el bien o el derecho en disputa a aquel sujeto que le atribuya un mayor valor (Hierro, 2002, p. 18). En otras palabras, la tesis que se desprende del *Teorema* es que, en ausencia de factores que distorsionen el acceso de las partes a la información disponible, esto es, cuando el mercado funciona sin interferencias, será siempre más provechoso, tanto para quien ha producido un daño a terceros como para quien lo ha sufrido, buscar por sus propios medios una compensación adecuada, evitando ponerse en manos de un agente externo que aplique criterios inflexibles.

Podría observarse que el alcance práctico de una doctrina como ésta, con su marcado acento teórico, al final depende de una opción de partida que sólo puede ser de carácter político. Sólo es legítimo recurrir hacer valer la máxima de la eficiencia —podría afirmar un jurista convencional— si el legislador lo ha ordenado. En ese caso, la legalidad no sufriría menoscabo alguno. Por el contrario, en caso de que el legislador no haya querido dar ese paso, al menos en un Estado de derecho, los criterios de estricta racionalidad económica en la asignación de bienes o derechos no pueden más que quedar subordinados a las correspondientes consideraciones de equidad. Pero lo cierto es que, aún sin esa decisión explícita, son muchos los ámbitos relevantes de la práctica jurídica contemporánea, incluso en el ámbito de aplicación claro de los derechos fundamentales, en los que tiende a asentarse una perspectiva para la ‘resolución de problemas’ análoga a la que el citado *Teorema* describe. Esta tendencia es particularmente acusada en algunos ámbitos del derecho privado, pero no sólo. Los distintos fenómenos que favorecen la crisis de la ley y el incremento exponencial de los índices de litigación, con la consiguiente saturación de las administraciones de justicia, están impulsando esta deriva en muchos ámbitos particulares del sistema jurídico. Así, por ejemplo, en el campo del derecho privado internacional, donde la búsqueda de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos ha acabado generando una auténtica competencia entre regulaciones alternativas, orientada a minimizar los costes de transacción¹⁰.

La consecuencia de este cambio de perspectiva, si ahora volvemos a situarnos en el nivel de los supuestos tácitos de los que depende el sentido de las prácticas cotidianas, es un reforzamiento del componente tecnocrático en la *gestión* del derecho. Pero no de un derecho cualquiera, sino de un derecho que ha sido configurado —por las razones que hemos mencionado— como uno más entre los

¹⁰ La bibliografía en este punto es amplísima. Véase una síntesis relevante en Laporta (2014).

distintos instrumentos de organización social, en el entendido, particularmente grato a la visión de los tecnócratas, de que el objetivo primario de toda organización social que quiera ser *racional* es el establecimiento de un sistema eficiente para la producción y distribución de bienes.

Convendría precisar que esta última afirmación no implica que los nuevos saberes expertos, con las connotaciones tecnocráticas que he intentado ejemplificar, avancen sin oposición a la conquista de un espacio vacío, por así decir, de conocimientos y tradiciones anteriores. Además, bien puede argumentarse que el saber de los juristas de mentalidad más tradicional, de formación dogmática y firmemente convencidos de las virtudes prudenciales del método jurídico, también tenía una significativa componente tecnocrática. Era una forma de saber altamente especializada, basada en convenciones altamente sofisticadas, mediante la cual era posible legitimar la producción y administración de un tipo *específico* de derecho. Lo que está en juego, en este momento, es el cuestionamiento de tales convenciones, que terminará plasmándose probablemente también en la formación de nuevos estándares de corrección argumentativa, así como en la aparición de nuevas comunidades epistémicas encargadas de validarlos. Un futuro próximo que, como hemos visto, es ya presente en muchos ámbitos. Pero obsérvese que, con esta transformación, el derecho no se está volviendo *más técnico* de lo que ya era en el pasado, en los tiempos de la jurisprudencia antigua, tanto de inspiración iuspositivista como iusnaturalista. La mutación en curso está relacionada más bien con el desarrollo de un conjunto de técnicas de control social distintas, que responden a objetivos y a estructuras de dominación desconocidas en épocas anteriores.

Bibliografía

- ARENDR, H. (2015 [1951]), *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid.
- BAUMAN, Z. (2009 [2000]), *Modernidad líquida*, FCE, México.
- BENKLER, J. (2012), *El pinguino y el Leviatán*, Deusto, Barcelona.
- BEVIR, M. (2010), *Democratic Governance*, Princeton University Press, Princeton-Oxford.
- BOHMAN, J. (2011), "Methodological and Political Pluralism: Democracy, Pragmatism And Political Theory". En: DELANTNY, G. Y TURNER, S. (eds.), *Routledge International Handbook of Contemporary Social and Political Theory*, Oxford, Routledge, pp. 149-159.
- BRONCANO, F. (2006), *Entre ingenieros y ciudadanos*, Montesinos, Barcelona.
- BROWNSWORD, R., YEUNG, K. (eds.) (2008), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames, and Technological Fixes*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- CHRISTIANO, T. (2012), "Rational Deliberation among Experts and Citizens". En: PARKINSON, J. y MANSBIRDGE, J. (eds.), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale*, New York, Cambridge University Press, pp. 27-51.
- COASE, R. (1960), "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, (3) 1, pp. 1-44.
- COHEN, J. (2009), "Truth and Public Reason", *Philosophy and Public Affairs*, (37) 1, pp. 2-42.
- COLLINS, H.; EVANS, R. (2007), *Rethinking Expertise*, University of Chicago Press, Chicago-London.
- COMISIÓN EUROPEA/D-G FOR RESEARCH (2008), *Scientific Evidence for Policy-Making*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://ec.europa.eu/research/conferences/2009/rtd->

- [2009/documentation/science_economy_and_society/scientific_evidence_for_policy-making.pdf](#) (fecha de consulta: el 8 de enero de 2017).
- ELLUL, J. (2003 [1964]), *La edad de la técnica*, Octaedro, Barcelona.
- ESTLUND, D. (1997), "Beyond fairness and deliberation". En: BOHMAN, W. Y REHG, W. (eds.), *Deliberative democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge (Mass.)-London, MIT Press, pp. 173-204.
- EUROPEAN COUNCIL (1983), "Solemn Declaration on European Union", Stuttgart 19 June 1983, *Bulletin of the European Communities*, núm. 6/1983. pp. 24-29.
- EVERSON, M. (2009), "Three Intimate Tales Of Law And Science: Hope, Despair, And Transcendence". En: EVERSON, M. y VOS, E., *Uncertain Risks Regulated*, Oxford, Routledge-Cavendish, pp 347-358.
- FERGUSON, N. (2013 [2012]), *La gran degeneración. Cómo decaen las instituciones y mueren las economías*, Debate, Madrid.
- FOUCAULT, M. (1977 [1976]), *Historia de la sexualidad (I). La voluntad de saber*, Siglo XXI, México.
- FOUCAULT, M. (2007 [2004]), *El nacimiento de la biopolítica*, FCE, Buenos Aires.
- FRANSEN, M., LOKHORST, G.J., POEL, I. VAN DE (2013), "Philosophy of Technology", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://plato.stanford.edu/entries/technology/> (fecha de consulta: el 31 de diciembre de 2016).
- GARCÍA PELAYO, M. (1974), *Burocracia y tecnocracia*, Alianza, Madrid.
- HABERMAS, J. (2005 [1973]), *Ciencia y técnica como ideología*, Tecnos, Madrid.
- HABERMAS, J. (2016 [2013]), *En la espiral de la tecnocracia*, Trotta, Madrid.
- HEIDEGGER, M. (2007 [1953]), *La pregunta por la técnica*, Folio, Madrid.
- HEMPEL, C. (1965), *Aspects of Scientific Explanation*, The Free Press, New York.
- HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, L. (2002), *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- INNERARITY, D. (2011), *La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente*, Paidós, Barcelona.
- JASANOFF, S. (2012), *Science and Public Reason*, Routledge, London-New York.
- JONAS, H. (2014 [1979]), *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona.
- JORGES, C.; VOS, E. (eds.) (1999), *EU Committees. Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Portland (OR).
- JORGES, C.; SAND, I.-J.; TEUBNER, G. (eds.) (2004), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Portland (OR).
- KAPPEL, K. (2016), "Fact-dependent Policy Disagreements and Political Legitimacy", *Ethical Theory and Moral Practice*, November 2016, DOI: 10.1007/s10677-016-9770-1.
- KELLERT, S., LONGINO, H., WATERS, K. (2006), *Scientific Pluralism*, University of Minnesota Press, Minneapolis (Mn).
- KITCHER, P. (2001), *Science, truth and Democracy*, Oxford University Press, New York.
- LAPORTA, F. J. (2014), "¿Imperio de la ley o gobierno del capital?", *Teoría política*, Annali IV, pp. 103-121.
- LANDEMORE, H. (2013), *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton University Press, Princeton.
- LATOUR, B. (1995 [1979]), *La vida en el laboratorio. La construcción de los hechos científicos*, Alianza, Madrid.
- LENK, H. (2005), "Technocracy". En: MITCHAM, C. (ed.), *Encyclopedia of Science, Technology, and Ethics*, Macmillan-Thompson Gale, Farmington Hills (Mi.), pp. 1898-1901.
- LESSIG, L. (2009), *Code and Other Law of Cyberspace*, Basic Books, New York.
- LUHMANN, N. (1993), *Teoría política en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid.

- MAJONE, G.D. (ed.) (1996), *Regulating Europe*, Routledge, London.
- MAJONE, G.D. (1999), "The regulatory state and its legitimacy problems", *West European Politics*, 22 (1), pp. 1–24.
- MARCUSE, H. (2005 [1964]), *El hombre unidimensional*, Ariel, Barcelona.
- MENÉNDEZ, A.-J. (2012), "La mutación constitucional de la Unión europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, (32) 96, pp. 41-98.
- OECD (2015), "Scientific Advice for Policy-Making. The Role and Responsibility of Expert Bodies and Individual Scientist", *OECD Science Technology and Industry Policy Papers*, núm. 21, OECD Publishing, Paris. Disponible en la siguiente dirección electrónica: [https://www.bmbf.de/files/scientific\(1\).pdf](https://www.bmbf.de/files/scientific(1).pdf) (fecha de consulta: el 8 de enero de 2017).
- ORTEGA Y GASSET, J. (2014 [1939]), "Meditación de la técnica". En: ORTEGA Y GASSET, J., *Ensimismamiento y alteración*, Madrid, Alianza.
- POSNER, R. (1985), *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston.
- RADAELLI, C. M. (1999), *Technocracy in the European Union*, Longman, Harlow.
- RESNIK, D. B. (2009), *Playing Politics With Science: Balancing Scientific Independence And Government Oversight*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- RICHARDSON, H. (2002), *Democratic Autonomy. Public Reasoning about the Ends of Politics*, Oxford University Press, New York.
- RIMKUTÉ, D.; HAVERLAND, M. (2015), "How Does the European Commission Use Scientific Expertise? Results from a Survey of Scientific Members of the Commission's Experts Committees", *Comparative European Politics*, (13) 4, 430-449.
- ROSANVALLON, P. (2015), *Le bon gouvernement*, Ed. du Seuil, Paris.
- SAURUGGER, S. (2010), "The social construction of the participatory turn: the emergence of a norm in the European Union", *European Journal of Political Research*, 49 (4), pp. 471-495.
- TETLOCK, P. (2005), *Expert Political Judgement. How Good Is It? How Can We Know?*, Princeton University Press, Princeton-Oxford.
- TIQQUN (2015), *La hipótesis cibernética*, Acuarela, Madrid.
- TRONDAL, J. (2010), *An Emergent European Executive Order*, Oxford University Press, Oxford.
- TURNER, S. (2003), *Liberalism 3.0. Civil Society in an Age of Experts*, Sage, London.
- VALENCIA SÁIZ, A. (1995), "La teoría política en la era de la tecnocracia". En: VALLESPÍN F. (coord.), *Historia de la teoría política*, vol. 6, pp. 433-454.
- VARGAS-MACHUCA ORTEGA, R. (2015), "Democracia y verdad". En: WENCES I. (ed.), *Tomando la teoría política en serio*, CEPC, Madrid, pp. 269-292.
- VERDUN, A. (1999), "The role of the Delors Committee in the creation of EMU: an epistemic community?", *Journal of European Public Policy*, 6 (2), pp. 308–28.
- VIRILIO, P. (1998 [1988]), *La máquina de visión*, Cátedra, Madrid.
- WEBER, M. (2002), *Economía y sociedad*, FCE, Madrid.

Régimen / Régimen Político

Regime / Political Regime

Santiago Carassale
Flacso, México
sandres@flacso.edu.mx

Recibido / received: 24/02/2017
Aceptado / accepted: 03/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3648>

Resumen

Este trabajo investiga los diferentes usos y significados que se le ha dado a la voz régimen. La expresión latina originaria, *regime*, como su sinónimo latín *gubernare*, traducían el término griego *khubernao*: el arte de conducir navíos. Este núcleo semántico de gobierno se constituyó en símil para otras prácticas: la dirección de las almas en el cristianismo medieval y la política en la modernidad. El artículo explora esta serie de extrapolaciones comenzando por la relación entre *regime* y *regnum*, después gobierno y Estado, y por último régimen político y democracia.

Palabras clave

Regime, *regnum*, Estado, régimen político, democracia, autoritarismo.

Abstract

This work explores the different uses and meanings that has been given to the voice regime. The original Latin expression *regime*, like its synonymous *gubernare*, were a translation of the Greek term *khubernao*: the art of sailing ships. This semantic nucleus of government was constituted into a simile for other practices: *the direction of the souls* in medieval Christianity and *the politics* in modernity. The article explores this series of extrapolations starting with the relationship between *regime* and *regnum*, then government and state, and ending with political regime and democracy.

Keywords

Regime, *regnum*, State, political regime, democracy, authoritarianism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La política del cristianismo: entre *regimen* y *regnum*. 3. La política: gobierno y Estado. 4. Régimen político y democracia.

1. Introducción

La voz “régimen” recorre la historia del pensamiento político y religioso desde la antigua Roma hasta nuestra modernidad política. La historia que se teje a partir de esta voz, sus ecos y recepciones no es lineal, ni tampoco está determinada por un conflicto originario en torno al ser de la política: ¿praxis o técnica? Sin embargo, es posible reconocer en la voz “régimen” inflexiones importantes al momento en que se inserta en diversos campos discursivos distintos a la filosofía. Como afirma Senellart (1995, p. 15), la historia del vocablo régimen se despliega a través de la disposición de “reglas, de imágenes, de ejemplos, de temas de ejercicio que obedecen a una triple exigencia de persuasión, incitación y de entrenamiento”.

Hacia fines de la república romana el término latino *regere* y su derivación *regime* adquirieron el mismo significado que el término *gubernare* (Sellin, 2004, p. 363), proveniente de la expresión griega *khubernao*. Su sentido hacía referencia al manejo de los navíos y al arte de fijar su dirección, convirtiéndose en símil del arte de la política. En la reflexión griega se distingue la acción de gobernar (*regir*) de la forma en cómo se realiza tal operación (*regime*), de acuerdo a la cual se diferencian las constituciones de la *polis*: monarquía, aristocracia y democracia). La constitución en el pensamiento griego se entendió como la forma de vida de la ciudad (*politeia*), y, será sólo con la modernidad que va a adquirir un carácter jurídico diferenciado. Por su parte, el régimen político va a describir cómo operan de manera fáctica los gobiernos, ya sea en ausencia o presencia de una constitución legal.

2. La política del cristianismo: entre *regime* y *regnum*

Michel Senellart (1995) establece, de manera esquemática, una división temporal de la voz régimen de acuerdo a su relación con otra voz: reinar (*regnum*). Desde el siglo V hasta el siglo XIII esta relación se sostiene en el principio de que el rey es ministro de la Iglesia, por lo que *regime* va a cobrar preeminencia sobre el *regnum*. El reino es una concesión de Dios al rey por medio de sus vicarios, para que aquél, a través de su fuerza, constriña los cuerpos en función del gobierno (*regime*) de las almas. En este sentido, Agustín contrapone la noción de *regere* a la de *dominari*: la primera pauta por la disciplina y la benevolencia, y la segunda por el orgullo y el fausto. Esta distinción, que ya aparece en Cicerón, cobra con Agustín de Hipona una dimensión particular: *regere* va a significar gobierno de sí mismo es decir de la carne y a su vez va a dirigirse a los otros: *corrigerere* (p. 67).

A partir del siglo XIII, el *regime* se confunde con *regnum* y lo político adquiere autonomía frente la esfera espiritual. Esta imbricación se origina en una dialéctica entre “la dominación y las reglas morales del *regimen*, de la cual sale progresivamente la idea del ‘Estado’ como potencia pública” (p. 120). El *regime* medieval se orienta a la salvación por medio de la gracia, con la cual se “encumbra” a la naturaleza y se logra el acceso a una vida más perfecta. Pero este equilibrio entre “la naturalidad del *regnum* y la finalidad del *regimen*” (p. 41) llega a su fin en el Renacimiento, de manera que el vocablo *regime* se desliga de fines trascendentes y se orienta al “incremento indefinido de la fuerza”, subordinándose así al *regnum*.

3. La política: gobierno y Estado

El tránsito de gobierno medieval al moderno se ilustra en *El príncipe* de Maquiavelo, en el que la eficacia sustituye a la justicia. Sin embargo, en Maquiavelo, afirma Senellart, el *governo* sigue siendo idéntico al *stato*, confusión que va a constituir el núcleo de la crítica de los defensores de la razón de Estado. La doctrina del

florentino se ubica en un momento de transición entre un poder limitado por el gobierno (*regime* medieval) a un gobierno sujeto al poder soberano, debido a que la institución del poder soberano subordina al gobierno. El *regime* entonces “ya no es más la razón de ser de la potencia pública ni la forma misma de su manifestación” (p. 42). El gobierno es una función imprescindible pero diferente del “aparato solemne de la soberanía”, desligada a su vez de la idea de dominación. A partir de aquí el gobierno se ejercerá en relación a lo cuantitativo: la población trabajadora, las riquezas, los bienes, las instalaciones civiles y militares, la salud, los nacimientos, las muertes. Afirma Senellart, que es el momento en el que se da el paso “del derecho de *la* fuerza a la física de *las* fuerzas”, aunque no es de manera lineal, ya que el Estado moderno no es el resultado de la secularización del *regime* (gobierno) espiritual. Lo que hay en este tránsito son una serie de desplazamientos, transformaciones, quiebres y resistencias, que se expresan en la noción moderna de “régimen político”.

4. Régimen político y democracia

La noción de régimen político se desarrolla en el siglo XX como respuesta a la crisis y el fracaso de los gobiernos democráticos ante los proyectos totalitarios. Es en el contexto de la crisis de la república de Weimar donde Carl Schmitt y Joseph A. Schumpeter desarrollan sus críticas al sistema de gobierno liberal democrático¹. Si bien ambos partieron de las reflexiones de Weber en torno al parlamentarismo y el poder carismático, no obstante sus propuestas fueron diferentes². Schmitt desarrolló su respuesta a la crisis a partir de nociones clave como “decisión”, “excepción” y “soberano”. Schumpeter, por su parte, se preocupó por el problema de la decisión, en su dimensión procesual y en el contexto de la democracia³. Su punto de partida consistió en hacer una crítica de la teoría clásica de la democracia, cuestionando el hecho de “que ‘el pueblo’ tiene una opinión definida y racional sobre toda cuestión singular y que lleva a efecto esta opinión –en una democracia– eligiendo ‘representantes’” (1996, p. 343). Frente a esta visión, Schumpeter sostiene que la elección de los representantes constituye el fin de la democracia, con lo que fundamenta una concepción elitista de la misma. Este nuevo énfasis le permite definir al “método democrático” como “aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo” (p. 343). El *modus procedendi* permite distinguir a la democracia de los otros tipos de gobierno en los cuales no se da tal método. Dicha definición permite a su vez dar un espacio “para el reconocimiento apropiado del hecho vital del caudillaje” (p. 344). Esta teoría explica cómo “la situación política” es resultado de la relación entre intereses parciales y opinión pública. El modo de selección de los representantes se limita a una “libre competencia por el voto”, en la que se contempla el comportamiento desleal o fraudulento, y que incluso puede restringirse (p. 346). Se trata de una teoría que, además, se aclara cuál es la relación entre democracia y libertad individual, en el

¹ Schmitt y Schumpeter fueron colegas en Bonn durante la mitad la década de 1920 (Scheuerman, 2001: p. 248).

² Scheuerman (p. 233) subraya que ambos autores usaron la idea del poder carismático para comprender la figura del emprendedor/empresario (Schumpeter) y del soberano (Schmitt) con el objeto de interrogarse acerca de cómo lo extra-ordinario, lo imprevisible e incluso lo irracional pueden llegar a cobrar fuerza en el mundo ordinario. En Schumpeter este problema se plantea a partir de si es posible que el “fenómeno vital del caudillaje” se inscriba en el régimen democrático, acepción que lo distancia de Schmitt.

³ Para Schumpeter el problema no era el conflicto entre socialismo y capitalismo, pues sostenía que el socialismo iba a terminar triunfando de manera inexorable sobre el capitalismo, sino el divorcio entre el socialismo y la democracia. En esta misma época, Hubert Elie y su alumno Raymond Aron también se preocuparon por esta misma disociación.

sentido en que si el electorado crea un gobierno también lo fiscaliza, aunque el único medio que tenga para hacerlo sea evitar la no reelección de los gobernantes. Por último, Schumpeter subraya que la voluntad de la mayoría no es la voluntad del pueblo: el “principio de la democracia significa entonces simplemente que las riendas del gobierno deben de ser entregadas a los individuos o equipos que disponen de un apoyo electoral más poderoso que los demás que entran en la competencia” (pp. 347-348). Esta conceptualización provoca en Anthony Downs (1985)⁴ y en Gary S. Becker (1958) una serie de reflexiones en torno al procedimiento democrático, al cual aplican el modelo de decisión de la microeconomía.

Maurice Duverger afirma en *Les régimes politiques* (1968)⁵ que la distinción entre gobernantes y gobernados es constante en todas las sociedades; por lo que plantea que la noción de “régimen” tiene que ver con cómo se seleccionan, se estructuran y se limitan a los gobernantes. Duverger proponía contrastar las tendencias liberales y las autoritarias, y explicar la diferencia entre regímenes políticos siguiendo tres casos que considera paradigmáticos: el británico, el americano y el soviético.

A fines de los años 50's del siglo pasado, Raymond Aron desarrollará nuevamente la idea de “régimen” en el contexto de la crisis de la IV república francesa⁶. Aron va a hacer un uso explícito de la categoría de “régimen político”, para lo que considera indispensable despejar un equívoco: ¿la política se refiere a la organización de colectividad en su totalidad?, o bien ¿“a un sistema particular que determina a los gobernantes y el modo de ejercicio de la autoridad” (1965, p. 25)? Para el pensador es ambas cosas: un sistema particular por el que se eligen y actúan los políticos, y asimismo un sistema que engloba a los otros sistemas. Este último fundamento se basa en la fuente de autoridad colectiva. Aron añade que el modo en cómo se seleccionan a quienes ejercen la autoridad revela el carácter humano o no de la colectividad en su conjunto.

El análisis de los regímenes políticos reconoce ciertas limitaciones: por un lado define aquellos rasgos que son observables en las sociedades industriales modernas, y por otro el problema político no se define en función de un solo tema. Así como se considera cuál es la organización más eficaz de los poderes públicos, también se plantea la búsqueda de la legitimidad de la autoridad. Aron argumenta que para hacer un análisis sociológico de la política se deben tomar en cuenta sus funciones: administrativa, ejecutiva y legislativa. Respecto del régimen político sólo se va a centrar en las dos últimas funciones, descartando el análisis jurídico y filosófico. Define que aquéllas son ejercidas por dos tipos de hombres: el funcionario y el político, el último de los cuales tiene un papel esencial. El régimen político, dice Aron, “determina la relación entre gobernados y gobernantes, fija los modos de cooperación de los hombres en las cuestiones públicas, orienta la acción estatal y organiza el relevo de los gobernantes” (p. 74). En particular, los países occidentales se caracterizan por tener diseños constitucionales (escritos o no) sobre la competencia pacífica (electoral) y el ejercicio legal del poder (p. 76). Posteriormente, el sociólogo francés dirige su análisis a dos tipos de regímenes: constitucional-pluralistas y monopolistas.

⁴ La primera edición del trabajo es de 1957.

⁵ La primera edición del trabajo es de 1948.

⁶ La primera versión de este trabajo se tituló: *Sociologie des sociétés industrielles, esquisse d'une théorie des régimes politiques*. Estas fueron lecciones impartidas entre los años 1957-58, posteriormente serán editadas bajo el título: *Démocratie et totalitarisme*.

El estudio del caso español, como ejemplo de un sistema autoritario y no totalitario, va a ser el laboratorio que le permitirá a Juan Linz aplicar el concepto de régimen político (1964, p. 292). En su trabajo reconoce la deuda con el análisis de Schumpeter sobre la democracia, así como con el estudio de Aron sobre los regímenes políticos. Para Linz, un gobierno es democrático si “provee de oportunidades constitucionales regulares para la competencia pacífica por el poder político (y no una parte de él) a diferentes grupos sin excluir a ningún sector significativo de la población por medio de la fuerza” (p. 295). La competencia por los votos le permite vincular la democracia con el liberalismo, pues sin la gama de libertades civiles la primera no podría realizarse. De modo que la amalgama del régimen político y el sistema político adquieren relevancia para los análisis de la ciencia política anglosajona⁷. A diferencia, el régimen autoritario “es un sistema político con un pluralismo político limitado, no responsable; sin una ideología elaborada que lo dirija (pero con una mentalidad distintiva); sin movilización política extensiva o intensiva; y en el cual un líder (u ocasionalmente un grupo pequeño) ejerce el poder dentro de límites indefinidos formalmente aunque bastantes predecibles” (p. 297)⁸. Linz extenderá sus reflexiones a la ruptura de las democracias (Linz, 1987) y a la emergencia de las dictaduras latinoamericanas (Linz y Stepan, 1978).

El término “sistema político” será clave para dar cuenta de un fenómeno nuevo: el sistema burocrático-autoritario que resultó de la ruptura de la democracia en Brasil (1964) y Argentina (1966). Guillermo O’Donnell, por su parte, desarrollará en su obra temprana (1973) una investigación en torno a las nuevas formas de gobierno caracterizadas por sus políticas modernizantes, a la vez que por un régimen político autoritario. La posibilidad de conjugar ambos principios fue una respuesta crítica al principio de la teoría de la modernización, que planteaba que el desarrollo económico sólo era posible si se desarrollaban instituciones democráticas. Cuando a fines de la década de 1970 se analizaron las dictaduras de América Latina (Collier, 1985), el concepto de régimen desplaza al de sistema político. Este último servirá de modelo para explicar las transiciones políticas en el sur de Europa, en América Latina y en el este de Europa (Linz y Stepan, 1996).

La democracia y su relación con el régimen político es un tema sobre el que O’Donnell volverá posteriormente (2001) para plantear que la democracia no sólo debe de ser analizada como régimen político, sino que debe vincularse con el Estado en cuanto sistema legal, considerando además aspectos centrales del contexto social. La democracia no es posible sin la dimensión de la agencia humana, de acuerdo a este autor, lo cual implica autonomía y responsabilidad. De esta manera, las preguntas ya no se dirigen al régimen democrático, sino a las condiciones que hacen posible la competencia: ¿cómo es posible el “apostador” que juega en las elecciones? Esta manera de comportamiento sólo se da gracias a la institucionalización universalista e inclusiva de la ciudadanía política, la cual es realizable si el Estado, en su ámbito territorial, enmarca a quienes sean considerados ciudadanos políticos, es decir, a los titulares de derechos y obligaciones. Según lo dicho, la delimitación de la ciudadanía se realiza por medio del sistema legal a partir de principios universalistas e inclusivos (p. 19). El régimen se reinscribe así en la instancia del Estado que lo trasciende y que es, en definitiva,

⁷ La noción de sistemas fue desarrollada por el estructural-funcionalismo en la década de los cincuenta con el objetivo de comprender la dinámica del orden social, dicha categoría será aplicada al análisis de los fenómenos políticos por Seymour M. Lipset, Gabriel Almond, David Easton y David Apter.

⁸ Habría que precisar que Linz hace una distinción entre régimen y gobierno, en tanto que el fenómeno autoritario se caracteriza por una baja especificidad relativa de sus instituciones y no puede ser caracterizado como gobierno, por lo cual se refiere a él como régimen.

el que hace posible la agencia y la democracia.

Bibliografía

- ARON, R. (1965), *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, France.
- BECKER, G. S. (1958), "Competitions and Democracy", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 1, Chicago University Press, Chicago, pp. 105-109.
- COLLIER, D. (1985), *El nuevo autoritarismo en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México.
- DOWNS, A. (1985), *An economic theory of democracy*, Adison Wesley, New York.
- DUVERGER, M. (1961), *Les régimes politiques*, Presses Universitaires de France, France.
- LINZ, J. (1964), "An Authoritarian Regime: Spain". En: ALLARD, E. y LITTUNEN, Y., *Cleavages, ideologies and party systems. Contributions to comparative political sociology*, Helsinki, The Academic Bookstore, pp. 291-341.
- LINZ, J. (1987), *La quiebra de las democracias*, Alianza, España.
- LINZ, J. y STEPAN, A. (ed.) (1978), *The Breakdown of Democratic Regimes. Latin America*, John Hopkins University Press, Baltimore.
- O'DONNELL, G. (1973), *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism*, University of California, Berkeley.
- O'DONNELL, G. (2001), "Democracy, Law, and Comparative Politics", *Studies in Comparative International Development*, Vol. 36, no. 1, pp. 7-36.
- SCHEUERMAN, W. (2000), "Carl Schmitt: una fuente desconocida en la teoría elitista de la democracia de Joseph Schumpeter". En: MEDINA, G. y MALLORQUÍN, C., *Hacia Carl Schmitt: ir-resuelto*, México, Benemérita Universidad de Puebla/International Gramsci Society, pp. 232-268.
- SCHUMPETER, J. A. (1996), *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona.
- SELLIN, V. (2004), "Regierung, Regime, Obrigkeit". En: BRUNNER, O., CONZE, W., KOSELLECK R., *Geschichtliche Grundbegriffe*, Germany, Band 5, Klett-Cotta, pp. 361-422.
- SENELLART, M. (1995), *Les arts de gouverner. Du regimen medieval au concept de gouvernement*, Des Travaux/Seuil, Paris.

Demagogia

Demagogy

Sergio Ortiz Leroux^{1*}

Universidad Autónoma de la Ciudad de México

ortizleroux@hotmail.com

Recibido / received: 21/02/2017

Aceptado / accepted: 13/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3649>

Resumen

La presente voz sobre “demagogia” ofrece una aproximación sintética y panorámica a la definición, características mínimas e historia intelectual de esta noción. La palabra demagogia significa, literalmente, el arte o la técnica de guiar o conducir al pueblo. Ese arte y técnica son estudiados en dos momentos distintos: a) la relación entre democracia y demagogia en la antigua Grecia, y b) el renacimiento de la demagogia en las sociedades modernas y contemporáneas en el marco de fenómenos como la manipulación de las masas y el desencanto hacia las democracias liberales contemporáneas. En el apartado final se ofrecen dos respuestas distintas al sueño demagógico: el neoliberalismo y el republicanismo.

Palabras clave

Demagogia, democracia, pueblo, desencanto democrático, neoliberalismo, republicanismo

Abstract

The word “demagogy” presented offers a synthetic and panoramic approach to the definition, minimum characteristics and intellectual history of this notion. The word demagogy literally means: the art or technique of guiding or leading the people. This art and technique are studied in two different moments: a) the relationship between democracy and demagogy in Ancient Greece, and b) the renaissance of demagogy in the context of phenomena such as the manipulation of the masses and disenchantment with contemporary liberal democracies. In the final section, two different answers are offered to the demagogic dream: neoliberalism and republicanism.

Keywords

Demagogia, democracy, people, democratic disenchantment, neoliberalism, republicanism

SUMARIO. 1. Definición. 2. La demagogia: mínimo común denominador. 3. Aristófanes, Platón y Aristóteles: la demagogia de los antiguos. 4. Demagogia de los modernos: manipulación de las masas y desencanto democrático. 5. Respuestas a la demagogia: ¿neoliberalismo o republicanismo?

^{1*} Doctor en Ciencia Política por la Flacso-México. Profesor investigador de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores (nivel I). Forma parte del Grupo de Investigación de Teoría y Filosofía Política de la UACM. Ha publicado numerosos artículos y capítulos de libros en el campo de la teoría política. Es autor del libro: *En defensa de la República. Lecciones de teoría política republicana* (2014) (ortizleroux@hotmail.com).

1. Definición

La palabra demagogia ha tenido y tiene actualmente diversos significados. Si atendemos a su etimología, proviene del griego *δημος* (*demos* - pueblo) y *ἄγω* (*ago* - conducir, guiar). De suerte que la voz demagogia significa, literalmente, el arte o la técnica de guiar o conducir al pueblo. Pero si consideramos sus distintas acepciones en la historia del pensamiento político, podemos identificar, a grandes pinceladas, dos definiciones: una genérica y otra específica. Como término genérico, la demagogia es entendida como un conjunto de prácticas políticas, técnicas de persuasión o como un “estilo” político y comunicativo consistente en ganarse el favor del pueblo. El demagogo pretende conquistar la simpatía popular mediante halagos, recursos retóricos, argumentaciones simples o falaces, mentiras, promesas inalcanzables, discursos incendiarios, lugares comunes y, en el extremo, chantajes sentimentales. El teatro de su singular puesta en escena puede ser tanto la plaza pública y los medios de comunicación masivos (radio y televisión), como el ágora virtual de las redes sociales (Twitter, en particular). A fin de cuentas, la intencionalidad del mensaje suele ser la misma independientemente de los espacios o plataformas que se dispongan: enamorar, encantar o seducir al pueblo.

Ahora bien, como concepto específico, la palabra demagogia es representada como una forma de gobierno o, si se quiere, un régimen político que nace de la crisis, decadencia o excesos del gobierno del pueblo. La *democracia demagógica* se distingue precisamente por el gobierno despótico de las clases inferiores o de los muchos pobres, quienes gobiernan atendiendo el interés particular de la multitud desfavorecida sin preocuparse por el interés común de toda la comunidad política. Se trata de un gobierno despótico o tiránico, y no republicano, ya que los muchos pobres gobiernan en primera persona y sin mediación alguna, sea de las leyes o de las instituciones políticas, en su propio beneficio. El pueblo, en este sentido, se visualiza a sí mismo no como la suma de los individuos que lo conforman, sino como un cuerpo que se reconoce y actúa colectivamente mediante una voluntad única, infalible e intransferible.

En sus orígenes, la noción demagogia tenía una connotación neutral, que indicaba simplemente la “guía política de la ciudad”, es decir, la actividad política desarrollada en posiciones de mando (Canfora, 1994, pp. 9-12). El demagogo pretendía conducir o guiar al pueblo, ya fuera recurriendo a métodos valorativamente aceptables, o tomando veredas reprobables. La demagogia, entonces, sería buena o mala dependiendo de las intenciones del demagogo en turno o de las circunstancias específicas del momento. Sin embargo, con el advenimiento de la democracia en la antigua Grecia, especialmente en Atenas, la demagogia se convierte rápidamente en una “mala palabra”, en un epíteto que sirve para calificar de manera negativa una práctica política asociada a la mentira, la manipulación y la búsqueda de consensos fáciles. Connotación peyorativa que, por cierto, se sigue utilizando en la actualidad para descalificar a los adversarios políticos o para condenar cualquier discurso o práctica política de un líder, partido o gobierno que busque congraciarse incondicionalmente con el pueblo.

2. La demagogia: mínimo común denominador

A lo largo de la historia, se pueden identificar diferentes formas de demagogia. En la Antigüedad griega, por ejemplo, filósofos como Platón y Aristóteles asociaron a la demagogia, como vimos en el apartado anterior, con la degeneración de la democracia. Entre democracia y demagogia parecía existir un vínculo indisoluble ligado al papel que jugaron algunos oradores sin escrúpulos, también llamados demagogos, en el funcionamiento *de facto* de la asamblea legislativa de los

ciudadanos de la antigua Atenas (*ecclesia*). Con Nicolás Maquiavelo, el arte de la demagogia asume nuevos derroteros en la figura paradigmática del Príncipe moderno, quien no tiene ningún recato moral a la hora de poner en práctica una serie de técnicas demagógicas (mentiras, engaños, promesas inaccesibles, etcétera), que operen a manera de medios para su propósito final: conquistar y conservar viejos o nuevos Principados. La demagogia adquiere sentido en la Modernidad como instrumento de poder (Crespo, 1988, p. 54). En nuestros días, la palabra demagogia, comúnmente asociada a fenómenos políticos como el “populismo, bonapartismo y cesarismo” (Pazé, 2016, p. 123)², es relacionada con declaraciones y comportamientos de líderes, caudillos y gobernantes políticos de izquierdas y derechas, que suelen llenarse la boca de la palabra pueblo cada vez que tienen oportunidad de dirigirse a la plaza pública real o virtual, con el objeto de justificar el rumbo de sus acciones y decisiones políticas.

Más allá de sus evidentes diferencias, pueden identificarse algunos elementos en común en estas formas históricas de realización de la demagogia. Paso a enunciar lo que, a falta de un mejor nombre, llamaré el “mínimo común denominador” de la demagogia: a) la demagogia exalta a un *líder o caudillo populista*, un hombre providencial y carismático que resolverá, de una vez y para siempre, los problemas ancestrales del pueblo. En palabras de Max Weber: “Debe entenderse por ‘carisma’ la cualidad, que pasa por extraordinaria, de una personalidad, por cuyas virtud se le considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas (...) o como enviados del dios, y como ejemplar, y en consecuencia, como *jefe*, caudillo, guía o líder” (Weber, 2004, p. 193); b) el demagogo no solo usa y abusa de la *palabra*, más bien se apodera de ella: “La palabra es el vehículo específico de su carisma (...) se siente el intérprete supremo de la verdad general y también la agencia de noticias del pueblo. Habla con el público de manera constante, atiza sus pasiones, ‘alumbrando el camino’, y hace todo ellos sin limitaciones ni intermediarios” (Krauze, 2005, p. 10); c) el demagogo *fabrica la verdad* ya que interpreta mejor que nadie la voz “profunda” del pueblo, eleva esa versión al rango de verdad oficial y sueña con decretar la verdad única³; d) el demagogo *desprecia el orden legal e institucional*, pues las leyes y las instituciones suelen ser obstáculos que dificultan o impiden que el líder populista se ponga en contacto de manera directa e inmediata con el pueblo; y e) el liderazgo demagógico

² Demagogia es una voz antigua que se encuentra estrechamente relacionada con categorías nuevas como populismo, bonapartismo y cesarismo democrático. Si bien no significan lo mismo, aluden a fenómenos políticos en alguna medida similares. La demagogia es una técnica política que suele ser usada por regímenes o movimientos populistas, bonapartistas y cesaristas. El populismo es un movimiento político heterogéneo caracterizado por la aversión a las élites económicas e intelectuales, por la denuncia de la corrupción política y por su constante apelación al pueblo, entendido como un amplio sector interclasista al que castiga el Estado (Molina, 2007: 99); el bonapartismo, por su parte, describe a un tipo de liderazgo político autocrático con rasgos carismáticos y nociones claras sobre el estilo y la estructura de gobierno. Deriva de los reinados de Napoleón Bonaparte (1769-1821) y su sobrino Napoleón III (1808-1873) (Bealey, 2003, p. 44); y el cesarismo democrático alude a una forma de ejercicio de la política y el gobierno centrada en la autoridad casi suprema de un jefe militar o líder civil, al que se le atribuyen rasgos heroicos, capacidad personal y una gran vocación social. Este jefe militar o civil, que surge en momentos de inflexión política, se presenta como la alternativa para regenerar al conjunto de la sociedad o conjurar reales o hipotéticas fracturas internas y/o amenazas externas (Vallenilla Lanz, 1990).

³ Existe una diferencia importante entre el demagogo y el “buen político” en lo que corresponde al uso de la palabra y su relación con la verdad, pues mientras el demagogo se vale de la palabra y la retórica para deformar la realidad, para ser “indiferente” a la verdad y, por tanto, para menospreciar los fenómenos que emergen de la realidad, el “buen político” usa las palabras como recurso retórico para decir las cosas tal como son, para interpretar y complejizar la realidad, para ofrecer senderos que se dirijan a cambiar el estado de cosas existente. Los demagogos, por tanto, hacen un uso impropio e intempestivo del arte de la retórica.

descansa sobre la base de un pueblo que se representa a sí mismo como un cuerpo colectivo homogéneo, trascendental y sin divisiones. La voz del pueblo, en consecuencia, es la voz de Dios: “*Vox populi, vox dei*”.

Estos atributos o características mínimas de la demagogia aparecen tanto en sus realizaciones antiguas como en sus expresiones contemporáneas, sea entendida ésta como un conjunto de prácticas políticas y/o técnicas de persuasión dirigidas a ganarse el favor del pueblo o como una forma de gobierno que nace de la degeneración de la democracia. Pasemos ahora a ilustrar la demagogia de los antiguos y la de nuestros días.

3. Aristófanes, Platón y Aristóteles: la demagogia de los antiguos

La palabra demagogia fue usada por primera vez en la comedia *Los caballeros* de Aristófanes (2001), escrita en el año 424 a.C., donde el sátiro griego hace una crítica desenfundada a Cleón, uno de los hombres más poderosos de la antigua Atenas democrática. Un demagogo, según Aristófanes, no debe ser “ni honesto ni educado; tiene que ser ignorante y canalla” (*Los caballeros*, 185); su voz, igualmente, debe ser “horrible y chillona” y su naturaleza “intratable y perversa” (*Los caballeros*, 218). Solo así tendrá todo lo necesario para gobernar. Demos (pueblo), por su parte, es un hombre no muy listo al que se le puede ablandar “con palabras que quiere escuchar” (*Los caballeros*, 215) y al que se le puede llevar fácilmente a la ruina porque “le encanta ser halagado y engañado por cada orador que engrandece” (*Los caballeros*, 1115).

Para Aristófanes, el proceso de progresiva decadencia de la mítica democracia griega, iniciado con Pericles, alcanza su punto más bajo con Cleón. Para Platón, por el contrario, no se puede hablar propiamente de “decadencia”, ya que la democracia es un régimen por definición malo. Su crítica, por tanto, no se dirige a una particular realización histórica del ideal democrático, sino a la democracia en sí misma, a sus principales supuestos teóricos. Platón reduce toda democracia a demagogia, pues su mirada no alude a un aspecto procedimental determinado, sino a la concepción del mundo y del hombre que está implícita en sus presupuestos (Pazé, 2016, pp. 115-116). Su teoría del conocimiento desemboca en una filosofía política, cuyo argumento central respecto al gobierno de la *polis* es la necesidad de que el poder y la verdad vayan unidos en la persona del gobernante (el filósofo-guardián), quien a manera de un “patrón del navío” está provisto de la habilidad y experiencia necesarias para gobernar el Estado, pues el pueblo a “tripulación” conduce sus asuntos de acuerdo con los impulsos, los sentimientos y los prejuicios. “No tiene ni la experiencia ni los conocimientos para una sólida navegación, es decir, carece de juicio político” (Held, 1992, p. 45)⁴.

En el libro VIII de *La República*, Platón presenta el proceso de corrupción de esa *polis* perfecta gobernada por los guardianes-filósofos, y expone los escalones

⁴ A distancia de Protágoras, quien desarrolla la idea de *isonomía* no solamente como igualdad ante la ley, sino sobre todo como *igualdad esencial de juicio político* de todos los hombres, Platón sostiene que el pueblo carece de juicio político, por lo que es incompetente para los asuntos públicos. El mito que Protágoras narra personifica excepcionalmente bien el tema de la igualdad esencial de juicio político entre los hombres. Se trata de un mito de creación y origen de la raza humana: “Zeus manda a sus emisarios y entrega a hombres y animales todo tipo de capacidades (fuerza, rapidez e inteligencia, etcétera), aunque de forma desigual entre ellos. Entonces, Hermes pregunta a Zeus a quiénes de entre los hombres debía repartir el sentido de la moral y de la justicia: ‘A todos –dijo Zeus– y que todos sean partícipes. Pues no habría ciudades, si sólo algunos de ellos participaran, como de los otros conocimientos’” (Del Águila, 1998, pp. 21-22).

de esa decadencia. En efecto, la degeneración de la aristocracia o gobierno de los mejores pasa por cuatro formas de gobierno defectuosas: la timocracia o gobierno de las ambiciones, la oligarquía o gobierno de la riqueza, la democracia o régimen de la libertad en exceso y la tiranía o gobierno del sometimiento pleno (Abellán, 2011, pp. 62-66). La timocracia surge por discordias en el gobierno de “los mejores” y se caracteriza por el predominio del elemento impulsivo del alma. De la timocracia surge la oligarquía, régimen basado en la tasación de las fortunas donde mandan los ricos. De la oligarquía, según Platón, surge la democracia (*República*, 557a): “Entonces la democracia surge, cuando los pobres, tras lograr la victoria, matan a unos, destierran a otros, y hacen partícipes a los demás del gobierno y las magistraturas, las cuales la mayor parte de las veces se establecen en este tipo de régimen por sorteo” (Platón, 2011, p. 268). La democracia es un régimen anárquico donde abunda la libertad de palabra y de hacer cada uno lo que le da la gana (*República*, 558a): “Así pues: no tener obligación alguna de gobernar en este Estado, ni aun cuando seas capaz de hacerlo, ni de obedecer si no quieres, ni entrar en guerra cuando los demás están en guerra, ni guardar la paz cuando los demás la guardan, si no lo deseas; aun cuando una ley te prohíba gobernar y ser juez, no por eso dejar de gobernar y ser juez” (Platón, 2011, p. 269).

Este deseo insaciable de libertad hunde a la democracia y de su naufragio surge el régimen tiránico, pues el exceso de libertad y la anarquía invaden todas las esferas de la vida y generan un régimen de esclavitud. Ahí donde se asigna igualdad similarmente a las cosas iguales y a las desiguales, ahí donde no existen distinciones y no se requieren competencias especiales para desempeñar funciones públicas, surgen los demagogos. La democracia, que es sinónimo de demagogia según la teoría antidemocrática de Platón, rinde honores a alguien con solo que diga que es amigo del pueblo.

Aristóteles, por su parte, desarrolla en la *Política* una auténtica teoría de la demagogia, pues, a diferencia de Platón, sí elabora una teoría sobre los factores institucionales que favorecen el ascenso y éxito de jefes-pueblo sin escrúpulos (Pazé, 2016, p. 119). La demagogia no solo es un estilo político del pueblo, sino es, sobre todo, una forma específica de gobierno: la forma corrupta o degenerada de la democracia que lleva a la institución de un gobierno despótico de las clases inferiores o los muchos, que gobiernan en nombre de la multitud (Zucchini, 1987, p. 440).

La primera característica que distingue a la democracia “demagógica” de otras formas de gobierno de los muchos⁵ es que en ella la soberanía o suprema autoridad recae en el pueblo y no en la ley (*Política*, 1292a): “Otra forma de democracia es en todo como la anterior, excepto que es el pueblo y no la ley el soberano. Esta situación se produce por obra de los demagogos. El demagogo no surge en las democracias regidas por la ley, sino que los mejores de entre los ciudadanos están en el poder; pero los demagogos nacen ahí donde las leyes no

⁵ Aristóteles establece en la *Política* una escala de democracias atendiendo a los requisitos necesarios para ser ciudadanos y al sometimiento (o no) a la ley. En esta escala, la primera y más antigua forma de democracia es la democracia moderada, en la que se precisa tener un cierto patrimonio para poder aspirar a los cargos públicos. La segunda forma consiste en que participan de los cargos todos los ciudadanos que tengan padre y madre ciudadanos, pero gobierna la ley. La tercera forma de democracia es aquella en la que todos los ciudadanos pueden ocupar los cargos, pero aquéllos no van a los cargos dado que no disponen de ocio. La cuarta forma de democracia, la democracia demagógica o extrema, es aquella en la que todos los cargos están abiertos a todos: los ricos, que frecuentemente no participan en la Asamblea pues se ocupan de sus propios negocios, y los pobres, que disponen del ocio necesario para ello pues son remunerados en los cargos. Por ello, la masa de los pobres, del pueblo, es la que manda, no la ley (Abellán, 2011, p. 78).

son soberanas y el pueblo se convierte en un monarca compuesto de muchos miembros, porque los más son soberanos no individualmente, sino en conjunto” (Aristóteles, 2000, p. 114). El *demos* reunido en asamblea toma decisiones en primera persona y para ello emite decretos (*psephismata*), es decir, normas individuales e inmediatas que operan en contra del carácter general y abstracto de la ley (*nomoi*).

Otra característica de la democracia demagógica es que en esta peculiar forma de gobierno “los más son soberanos no individualmente, sino en conjunto”. El *demos* se ve a sí mismo como un cuerpo y gobierna como un único conjunto. Ese conjunto que toma cuerpo en nada se distingue del monarca y el tirano. El reino de los demagogos, según Aristóteles, degenera, inevitablemente, en tiranía (*Política*, 1292a): “un pueblo de esta especie, como si fuera un monarca, trata de gobernar monárquicamente al no sujetarse a la ley y se convierte en un déspota (...) Un régimen de esta naturaleza es a la democracia lo que la tiranía es a los regímenes monárquicos. Su espíritu es el mismo, y uno y otro régimen oprimen despóticamente a los mejores ciudadanos. Los decretos del pueblo son como los mandatos del tirano; el demagogo en una parte es como el adulador en la otra, y unos y otros tienen la mayor influencia respectivamente: los aduladores con los tiranos, y los demagogos con pueblos de esta especie” (Aristóteles, 2000, pp. 114-115).

4. Demagogia de los modernos: manipulación de las masas y desencanto democrático

En las sociedades modernas y contemporáneas, la demagogia ha sido recuperada de dos maneras ligadas a sus acepciones históricas: por un lado, como un conjunto de prácticas o técnicas de persuasión usadas por ciertos líderes autocráticos, populistas y cesaristas que intentan conquistar a grandes grupos por medio de una hiperbólica oratoria y una argumentación simple o falaz; y, por el otro, como una forma de ejercicio de la política, el poder y el gobierno asociada a la crisis y posterior desencanto hacia las democracias liberales realmente existentes en Europa, Norteamérica y América Latina a finales del siglo XX y principios del XXI.

Durante el siglo XX, la demagogia fue uno de los recursos de manipulación por excelencia de la sociedad de masas. Regímenes totalitarios de izquierda y derecha, como el estalinismo soviético y el nazismo alemán; dictaduras militares de Europa continental y América Latina de la segunda mitad del siglo XX, así como gobiernos civiles y autoritarios del mundo entero recurrieron a mecanismos y técnicas de seducción y manipulación de la población, especialmente la más pobre. La instrumentalización de las masas se llevó a cabo, entre otras cosas, gracias al aporte de nuevas técnicas de persuasión y manipulación de las conciencias individuales como la propaganda y publicidad indiscriminadas en radio y televisión, que lograron establecer un vínculo subjetivo entre el líder demagogo y la masa del pueblo cargado de fuertes dosis de servidumbre voluntaria, sadismo y masoquismo (Zucchini, 1987, p. 440). En adelante, la demagogia pasó de ser un asunto abordado exclusivamente por disciplinas como la filosofía o la ciencia política a ser un problema estudiado por campos disciplinares como la sociología, la psicología y, sobre todo, el psicoanálisis. A raíz de su vínculo con la subjetividad humana, la demagogia se cargó de nuevos significados y se llenó de nuevos contenidos. La soledad del individuo-masa, la apatía política de los ciudadanos occidentales, la enajenación del hombre unidimensional y el hiper-realismo de las sociedades capitalistas e industriales, comenzaron a ser vistas como probables hipótesis explicativas de la emergencia de viejos y nuevos liderazgos de corte demagógico o populista.

A finales del siglo XX y principios del XXI, la demagogia ha reaparecido con nuevos bríos. Al igual que en la Antigüedad clásica, la crisis, corrupción y desencanto hacia la democracia ha sido el caldo de cultivo para la aparición de nuevos demagogos, que hoy en día aparecen vestidos bajo el ropaje aparentemente bondadoso del discurso “populista”⁶. Diferentes conjeturas pueden ensayarse para explicar las fuentes del actual desencanto democrático: a) el trastocamiento, advertido por Luigi Ferrajoli (2011), de la relación tradicional entre política y economía; no se tiene ya el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política; b) la crisis del sistema legal del Estado, que ha llevado a que el “imperio de la ley” se haya extendido de manera muy irregular por todo el territorio estatal y todas las relaciones sociales (O’Donnell, 1999); c) la disociación entre legalidad y confianza democráticas, que se ha traducido en la formación de una serie de poderes que dibujan los contornos de una “contrademocracia” (Rosanvallon, 2006); d) la erosión de la democracia como mecanismo de cohesión social, resultado, entre otras cosas, de la pobreza y la escalada de las desigualdades de ingresos y patrimonios en Europa y América Latina (Piketty, 2014); e) la presencia de ciudadanías de baja intensidad y sociedades civiles frágiles; y f) la pérdida de credibilidad de los valores democráticos entre las nuevas generaciones de jóvenes, sobre todo aquellas nacidas en las vísperas del tercer milenio.

En este ambiente de aceleradas mutaciones de orden político, económico, social y cultural que experimentan las democracias liberales contemporáneas se ha instalado nuevamente el fantasma de la demagogia. Ese malestar democrático ha pasado del ámbito de las percepciones sociales y los estudios de opinión al campo de los proyectos, acciones y decisiones políticas. El triunfo del “Brexit” (neologismo creado para referirse a la salida del Reino Unido de la Unión Europea) en el referéndum del 23 de junio del año pasado y la muy reciente victoria del candidato republicano Donald Trump en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos del 8 de noviembre del 2016, son evidencias más o menos transparentes de que la demagogia ha ganado derecho de piso hoy en día en nuestras sociedades. El éxito del demagogo Trump es prueba de que ni el régimen político ni los ciudadanos de Estados Unidos son inmunes a la creencia de que para transformar la realidad basta la voluntad omnipotente del individuo carismático y providencial. Donald Trump y el pueblo norteamericano encarnan las perlas de conducta de las figuras del “demagogo” y el *demos* satirizadas con delicadeza por Aristófanes en *Los caballeros*: el candidato y ahora presidente Trump no es “honesto ni educado”, es “ignorante y canalla”, su voz es “horrible y chillona” y su naturaleza “es intratable y perversa”. Por su parte, el pueblo norteamericano (por lo menos, esa proporción significativa que le votó masivamente y lo llevó a la Casa Blanca), demostró no ser “muy listo”, fue ablandado “con palabras que quería escuchar” y fácilmente será llevado a la ruina porque “le encanta ser halagado y engañado por el orador al que engrandecen”.

Dos botones significativos ilustran el uso de la demagogia por parte del presidente Trump: su lema de campaña: “Make America Great Again”, y un párrafo

⁶ Entre demagogia y populismo existen diversos vasos comunicantes, ya que aluden a fenómenos similares. No es éste el lugar para profundizar en sus semejanzas y diferencias. Sin embargo, no está de más enunciar algunas de sus semejanzas y diferencias: entre las primeras destacan: a) presencia de un líder carismático y providencial, b) uso y abuso de la palabra, y c) desprecio al orden legal e institucional; entre las segundas sobresalen: el populista y no necesariamente el demagogo, a) usa discrecionalmente los fondos públicos, b) moviliza a los grupos sociales, y c) reparte directamente la riqueza. Para profundizar en las características básicas del populismo, especialmente el latinoamericano, consultar: Gallego (2006, pp. 271-285).

del discurso de su toma de posesión: “Today we are not merely transferring power from one Administration to another, or from one party to another – but we are transferring power from Washington, D.C. and giving it back to you, the American People”⁷. Millones de ciudadanos norteamericanos, especialmente grandes segmentos del electorado blanco, de bajos ingresos y poca escolaridad, se dejaron seducir o encantar por sus palabras altisonantes, mentiras, promesas de grandeza, lugares comunes y argumentaciones simples y fáciles. La magia y el carisma del demagogo operaron como la medicina perfecta para aliviar el dolor provocado por la difícil condición económica y social en la que se encontraban. Solo en el futuro sabremos si al final del guion de esta historia, resultarán (o no) compatibles, por un lado, el presidente demagogo y su caudal de decretos discriminatorios con fuerte tufillo de proselitismo electoral, y, por el otro, el excepcionalismo de un régimen político sustentado históricamente en los pesos y contrapesos institucionales.

5. Respuestas a la demagogia: ¿neoliberalismo o republicanismo?

La democracia, como ha advertido Cornelius Castoriadis (2005), es una forma de gobierno trágica. La tragedia de la democracia consiste en que no cuenta con ningún seguro de vida contra sus propios desencantos. En efecto, en momentos de crisis económica prolongada, con sus secuelas esperadas de anomia y malestar social; en situaciones en las cuales el conflicto entre los grupos y las clases, las etnias o las nacionalidades, las religiones y las ideologías se polariza hasta el extremo y no encuentra resolución simbólica en el campo de la política democrática; en coyunturas en las cuales la discusión pública sobre la verdad de la sociedad es sustituida por la verdad social revelada por Dios, el caudillo o líder populista en turno, en esos momentos el fantasma de la demagogia y del demagogo aparece, erosionando inevitablemente los dispositivos institucionales y simbólicos de la democracia (Rodel, Frankenberg y Dubiel, 1997). La democracia, hay que decirlo, todavía no ha descubierto la vacuna contra el virus de la demagogia. Por el contrario, parece que el destino de la democracia, como sabía Aristóteles, está trágicamente ligado a la demagogia.

¿Qué hacer? ¿Qué medicina puede ofrecerse al virus demagógico que ha contagiado a las democracias del siglo XXI, especialmente a la norteamericana? Identifico, por lo menos, dos grandes respuestas a este virus. No son las únicas, pero sí me parecen ilustrativas del debate que se ha abierto en la actualidad en los circuitos intelectuales y académicos. Por una parte, se encuentra la respuesta técnica, identificada con el programa neoliberal; y, por la otra, la respuesta cívica-democrática, asociada con el programa republicano. El neoliberalismo ofrece la respuesta *platónica* y *antidemocrática* al problema del contagio demagógico de la democracia. El pueblo no puede decidir por sí mismo sobre los asuntos que le conciernen porque es ontológicamente incompetente para los problemas públicos, ya que, recordemos, carece de juicio político. La alternativa frente al infantilismo popular ya no es, como en Platón, el gobierno de los filósofos-guardianes, sino el gobierno de los técnicos-expertos: “Al demagogo que se aprovecha de la incapacidad del *demos* para satisfacer su propia sed de poder, hay que contraponerle un técnico científico que cuente la verdad a los ciudadanos, incluso a costa de resultar impopular” (Pazé, 2016, p. 118). El programa neoliberal, asociado normalmente a las doctrinas de Hayek y Friedman, brinda una fundamentación de la política democrática a partir de una técnica del ejercicio del poder, sustentada en una racionalidad económica que idealiza el libre mercado y las libertades

⁷ “Hoy no estamos transfiriendo el poder de una administración a otra, o de un partido a otro, sino que estamos transfiriendo el poder de Washington, D.C y devolviéndoselo a ustedes, el pueblo estadounidense”.

económicas y sataniza el Estado y sus formas de intervención. Este modelo de gobernar asume la auto-regulación del libre mercado como único modelo de gobierno eficaz. En lugar de operar con patrones más tradicionales y perseguir el bien común, promoviendo el desarrollo de la justicia social, los neoliberales pretenden aplicar al gobierno de la política técnicas extraídas del mundo de los negocios y del comercio. Técnicas que se traducen en un conjunto específico de medidas políticas presentadas con ropaje económico: a) desregulación de la economía; b) liberalización del mercado y de la industria; y c) privatización de las empresas estatales (Steger y Roy, 2010). Bajo esta mirada instrumental, el contagio demagógico de la democracia no es irreversible, sino que puede remontarse si se recurre al auxilio de la tecnocracia política. No es un problema de moral pública, diseño institucional o correlación de fuerzas sociales, sino que es un asunto de ingeniería política que puede ser descifrado por los nuevos “guardianes” de la política: los técnicos.

La otra respuesta a la epidemia demagógica es la republicana. El republicanismo, en efecto, ofrece la respuesta *aristotélica y democrática* al virus de la demagogia. En palabras de Aristóteles (*Política*, 1292a): “Y aun pudiera razonablemente censurarse esta democracia (demagógica) si se dijese que no es verdaderamente una república o gobierno constitucional, porque donde las leyes no gobiernan, no hay república. La ley debe ser en todo suprema, y los magistrados deben únicamente decidir los casos particulares, y esto es lo que debemos tener por república” (Aristóteles, 2000, p. 115). En principio, el republicanismo de hoy reconoce que la política democrática tiene un estatuto conflictivo y complejo, irreductible a cualquier líder demagógico o programa técnico. Los deseos de dominación de los poderosos, sostiene el Maquiavelo de los *Discursos*, inevitablemente se enfrentan con los deseos de no dominación de los débiles o el pueblo. La política democrática, por tanto, no puede permanecer ajena a las pulsiones inagotables de poder, riqueza y fama que tienen (tenemos) los individuos. Si esto es cierto, ¿qué podemos hacer para evitar que las pasiones y deseos humanos desemboquen en una guerra hobbesiana de todos contra todos? La respuesta republicana se encuentra en el recurso de la ley, es decir, en el gobierno impersonal y, al mismo tiempo, sintetizador de la República. Para salvar la tiranía de la mayoría que entroniza formas de demagogia, y sortear, de paso, el peligro del gobierno tecnocrático de la política, la fórmula mixta del gobierno de la República descansa en la soberanía de las leyes como expresión y garantía política del interés común (Ortiz Leroux, 2014). Ciertamente, la República es una forma singular de Estado que se construye alrededor del llamado *iuris consensus*, es decir, de un consenso alrededor de la figura impersonal de la ley que sintetiza los intereses tanto de la mayoría como de las minorías. Sin embargo, ese consenso social alrededor de la ley es, por definición, provisional, ya que se encuentra sometido a las contingencias de la lucha, pasiones e intereses entre quienes quieren dominar y quienes no quieren ser dominados.

¿Y por qué tanta importancia en las leyes? Porque las leyes que atienden el interés común, en clave republicana, son un buen antídoto para desnudar a los aduladores del pueblo, para romper el vínculo vicioso, perverso y sado-masoquista entre líder y pueblo y, con ello, garantizar que las condiciones de vida y de bienestar de los miembros de la sociedad no sean resultado de la voluntad, generosidad o doble cara de un individuo carismático, extraordinario y providencial, sino sean producto, más bien, de la confrontación entre deseos e intereses sociales contrapuestos, que encuentran una síntesis política y provisional en la figura impersonal de la ley. La democracia de hoy no precisa de demagogos ni de pueblos encantados. Requiere, por un lado, leyes e instituciones que garanticen el bien

común por encima de los intereses particulares de los muchos (demagogia) o de los pocos (oligarquía), y, por el otro, ciudadanos que participen por sí mismos en la cosa pública porque ya no se reconocen en el espejo de los encantadores de serpientes. Tarea sencilla de enunciar, pero difícil de concretar.

Bibliografía

- ABELLÁN, J. (2011), *Conceptos políticos fundamentales. Democracia*, Alianza Editorial, Madrid.
- ARISTÓFANES (2001), *Los caballeros*, Editorial Océano, México.
- ARISTÓTELES (2000), *Política*, introducción, versión y notas de Antonio Gómez Robledo, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- BEALEY, F. (2003), "Bonapartismo". En: BEALEY, F., *Diccionario de Ciencia Política*, Madrid, Ediciones Istmo, pp. 44-45.
- CANFORA, L. (1994), *Demagogia*, Selerio, Palermo.
- CASTORIADIS, C. (2005), *Los dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*, Gedisa, Barcelona.
- CRESPO, J. A. (1988), "Los usos del discurso oficial en México", *Estudios. Filosofía, Historia, Letras*, núm. 15, invierno, ITAM, pp. 51-68.
- DEL ÁGUILA, R. (1998), "Los precursores de la idea de democracia: la democracia ateniense". En: DEL ÁGUILA, R., VALLESPÍN, F. y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 15-31.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Editorial Trotta, Madrid.
- GALLEGO, F. (2006), "Populismo latinoamericano". En: ANTÓN MELLÓN, J. (ed.), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 271-285.
- HELD, D. (1992), *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, Madrid.
- KRAUZE, E. (2005), "Decálogo del populismo", Periódico *Reforma*, México, 23 de octubre.
- MARTÍNEZ CACHERO, L. A. (1987), "Demagogia". En: AAVV, *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales II*, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini, pp. 644-645.
- MOLINA, I. (2007), "Populismo". En: MOLINA, I., *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 99-100.
- O'DONNELL, G. (1999), *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Ediciones Paidós, Buenos Aires.
- ORTIZ LEROUX, S. (2014), *En defensa de la República. Lecciones de teoría política republicana*, Ediciones Coyoacán / Grupo de Investigación de Teoría y Filosofía Política, México.
- PAZÉ, V. (2016), "La demagogia, ayer y hoy", *Andamios. Revista de Investigación Social*, vol. 13, núm. 30, enero-abril, Colegio de Humanidades y Ciencias Sociales de la UACM, pp. 113-132.
- PIKETTY, T. (2014), *El capital en el siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México.
- PLATÓN (2011), *Diálogos. República*, traducción y notas de Conrado Eggers Lan, Editorial Gredos, Madrid.
- RODEL, U., FRANKENBERG, G. y DUBIEL, H. (1997), *La cuestión democrática*, Huerga y Fierro editores, Madrid.
- ROSANVALLON, P. (2006), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, Paris.
- STEGER, M.B. y ROY, R. K. (2010), *Neoliberalism. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford.
- VALLENILLA LANZ, L. (1990), *Cesarismo democrático*, Monte Ávila, Caracas.

- WEBER, M. (2004), *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ZUCCHINI, G. (1987), "Demagogia". En: BOBBIO N., MATTEUCCI N. y PASQUINO G. (eds.), *Diccionario de política*, México, Siglo Veintiuno editores, pp. 439-441.

Isegoría cosmopolita

Cosmopolitan isegory

Helga Lell

Conicet / Universidad Nacional de La Pampa
hlell@ius.austral.edu.ar

Recibido / received: 14/03/2016

Aceptado / accepted: 13/02/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3650>

Resumen

En esta voz, se analiza el concepto de “isegoría cosmopolita” como denominación del derecho a participar en la vida política —principalmente, a través del sufragio— de los extranjeros residentes con vocación de permanencia en un territorio estatal. Ello, como forma de asegurar, por un lado, una mayor igualdad en términos democráticos, y, por el otro, como fundamento incondicional y desnacionalizado de los derechos. La propuesta de esta voz conduce a reflexionar en la tensión entre el poder del Estado y la tutela de los individuos.

Palabras clave

Isegoría cosmopolita, ciudadanía, extranjeros, sufragio, derechos, democracia, persona.

Abstract

In this article, we analyze the concept of “cosmopolitan isegory” as a way to name the right to take active part in political life —mainly, through voting— of foreigners that reside permanently in a State’s territory. This, as a way to ensure, on one side, an improvement in terms of democratic equality, and, on the other, as an unconditional and non-national fundament of rights. The proposal here is to think about the tension between the power of the State and individual guarantees.

Keywords

Cosmopolitan isegory, citizenship, foreigners, vote, rights, democracy, person.

SUMARIO. 1. Introducción 2. Algunos conceptos básicos: isonomía e isegoría 3. Etimología 4. Dos modelos de ciudad y de ciudadano 5. El ciudadano, la persona y los estatutos 6. El derecho a tener derechos 7. Proyecciones actuales 8. Consideraciones finales.

1. Introducción

Hanna Arendt (2005) destacó que la vida política de Occidente encuentra sus antecedentes fundamentales en dos realidades de la Antigüedad: las *polis* griegas y la república romana. De estas dos formaciones políticas, derivan muchas de las actuales instituciones —con adaptaciones y cambios mediante, por supuesto— y también en ellas encuentra su génesis gran parte del vocabulario político que nutre y tiñe los estudios teóricos actuales. En este marco, uno de los tópicos más difundidos es el que asocia la noción de democracia y de sus componentes a la antigua Grecia (Gil, 1996: 11).



Siguiendo estas ideas, aquí se propone explorar el concepto de isegoría, pero, además, se caracteriza un tipo especial de isegoría: la cosmopolita. Este término conceptualiza la capacidad de voto y participación activa de los extranjeros en las actividades democráticas en un territorio en el cual habitan con vocación de permanencia pero de cuya nación no son parte. Usualmente los extranjeros gozan de los mismos derechos y obligaciones que los nacionales, pero no pueden concurrir a la toma de decisiones públicas ni a la creación de las obligaciones que luego recaen sobre ellos.

En síntesis, aquí se propone presentar la voz “isegoría cosmopolita” como denominación del derecho al sufragio de los extranjeros que, a la par que genera una mejoría cualitativa en la simetría democrática (simetría que surge de los parámetros sujetos obligados por las leyes-sujetos que participan de la elaboración de las leyes), también propicia un fundamento desnacionalizado de los derechos.

2. Algunos conceptos básicos: isonomía e isegoría

En la antigua Grecia, la democracia era entendida a partir de dos valores: la isonomía, que implicaba la igualdad ante la ley, y la isegoría, esto es, la posibilidad por igual de participar en la esfera pública. La democracia ateniense se ha convertido en un ejemplo paradigmático del poder del pueblo en cuanto a la posibilidad de intervención directa de todos los ciudadanos en la toma de decisiones públicas. Cabe destacar que, en lo material, el ejercicio de esta forma de gobierno poseía muchas limitaciones puesto que los ciudadanos eran muy pocos, solo los varones libres y atenienses eran considerados *polites* y legitimados para actuar en el marco de las deliberaciones.

Lo que distingue a la democracia en casi todas las versiones que han sido presentadas de ella, en los tiempos antiguos o modernos, es alguna forma de igualdad, o mejor dicho de equilibrio, de superación o absorción de desniveles (Bovero, 1987: 151). ¿Qué igualdad es propia de la democracia? ¿Igualdad entre quiénes? ¿Puede alguien ser excluido de esta igualdad? ¿Igualdad en qué o respecto de qué? En principio, la democracia es definida por la igualdad entre todos los ciudadanos (lo que implica una primera frontera de exclusión), en el derecho/poder de participar en las decisiones colectivas. En términos más rigurosos, la constitución democrática de una organización política se define por la prescripción del tratamiento equitativo de todos los ciudadanos en lo que se refiere a la distribución del derecho/poder mencionado.

Moses Finley (1983: 70-96) señala que para los atenienses la igualdad como isonomía debía darse no sólo frente a la ley sino, sobre todo, a través de la ley, esto es, la democracia requería de la igualdad de derechos políticos de todos los ciudadanos. Aquella igualdad no sólo significaba el derecho de votar, de ejercer los cargos públicos sino ante todo el derecho de participar en la elaboración de las directrices políticas en el Consejo y en la Asamblea. También destaca que, a principios del siglo V, surgió otro término deslindado del de isonomía: el de isegoría. Este nuevo término significa libertad de palabra en el sentido de derecho de hablar en voz alta en la Asamblea de todos los ciudadanos. Debe agregarse que el significado democrático de isegoría no radica en el ser una libertad sino en ser una igualdad (Bovero, 1987: 153). Para Resnik (1996: 173-175), isonomía e isegoría están íntimamente ligados puesto que la primera, implícitamente, engendra también la necesidad de cierto grado efectivo de participación ciudadana, y la segunda es la que consagra esta dimensión participativa.

A este panorama, cabe agregar un interesante argumento respecto de la

constitución democrática ateniense que presenta Gil y que presenta, de alguna manera, la relación entre la nacionalidad y la posibilidad de participar en la esfera pública (y, por lo tanto, la repulsión de la participación de los no nacionales). Dice este autor que es necesario prestar atención al discurso de Aspasia en el *Menéxeno* platónico (cf. 238d-239a) puesto que es un testimonio claro acerca de cómo opera el mito de la autoctonía como justificación del régimen de gobierno del pueblo. Ser ateniense de nacimiento era un valor supremo. En aquel diálogo, dice este autor, “la democracia al nivel de la ideología popular, recibe una justificación de la más pura raigambre racista y despectiva hacia el resto de los griegos, pero que les hacía estar a los atenienses tan orgullosos de sí mismos como su sistema de gobierno” (Gil, 1996: 21). Conforme con ello, para ser ελεύθεροι, es decir, libres, que ningún ciudadano sea amo de otro, y para fundamentar la ἰσονομία o igualdad en derechos y obligaciones, es necesaria la igualdad de linaje, esto es, la ἰσογονία.

3. Los elementos del concepto “isegoría cosmopolita”

La palabra “isegoría” da nombre al derecho/poder de todos los ciudadanos de pronunciar su parecer en las deliberaciones públicas, además de participar activamente en otras instituciones de la vida en común. Los componentes léxicos serían el prefijo ἴσος (isos), que significa “igual”, ἄγορα (ágora), esto es, “plaza pública” o, en cierta manera, “asamblea”, más el sufijo “-ία” (-ía) que denota cualidad.¹

En cuanto al vocablo “cosmopolita”, este proviene del griego “κοσμοπολίτης”, un ciudadano del mundo. Este término griego se compone de “κόσμος” (kósmos) que significa “mundo, universo, orden” y “πολίτης” (polítēs), es decir, el ciudadano o miembro de la *polis*.

En cuanto a este último término cabe agregar que surge de un diálogo en el que Diógenes de Sínope lo utiliza cuando responde a la pregunta por su ciudad natal, ser “ciudadano del mundo”. No obstante, una referencia similar aparece en un texto en latín de la autoría de Marco Tulio Cicerón quien destacó que el mundo en su totalidad ha de ser considerado una única comunidad de ciudadanos².

Finalmente, resulta interesante analizar la noción de extranjero. Señala Benveniste que esta no se define, en las civilizaciones antiguas, por criterios constantes como en las sociedades modernas. El término “ξένος” (xénos), extranjero y hospedado, denota alguien nacido en otra parte que, unido por ciertas convenciones, goza de derechos específicos; es decir, es el extranjero que se beneficia de las leyes de hospitalidad. En latín, el extranjero que viene de fuera es el *advena* y aquel que está fuera de los límites de la comunidad es el *peregrinus*. Para Benveniste esto da cuenta de que la definición de extranjero en la Antigüedad no es estática sino que, en la diversidad de estas nociones, el extranjero es siempre un extranjero particular, aquel que depende de un estatuto distinto.

Lo anterior solo puede comprenderse a partir de la idea de que el extranjero es un enemigo con el cual, transitoriamente, se pueden establecer términos de paz. Ello, en tanto el que ha nacido fuera es *a priori* un enemigo, lo cual a su vez motiva un compromiso mutuo para establecer entre él y yo/nosotros relaciones de hospitalidad que no serían concebibles en el seno mismo de la comunidad.

¹ Para determinar la etimología y los significados de esta palabra y de las que continúan se ha recurrido a la siguiente bibliografía: Corominas, 2005, Chantraine, 1968, Ernout y Meillet, 2001, Lidell y Scott, 1996

² “*Universus hic mundus una civitas existimanda*”. Cicerón. *De legibus* I 7, 22.

4. Dos modelos de ciudad y de ciudadanos

Indagar en la ciudadanía como concepto constituido por la isegoría requiere necesariamente comprender qué es la ciudad y cuál es su relación con los ciudadanos. El ejercicio del derecho de pronunciarse y de participar activamente en los asuntos públicos de la comunidad en la que se está inmerso parte de la base y las limitaciones que la relación con la ciudad establece. ¿Cómo se define al ciudadano? ¿La ciudad constituye al ciudadano o viceversa?

Etimológicamente, la formación de *civitas* proviene del abstracto en *-tās* derivado de *civis*. El problema aquí radica en que la traducción de *civis* por ciudadano resulta errónea por cuanto implicaría que el ciudadano romano se define por su vínculo con una ciudad (al igual que la relación *polis-polites*). Sin embargo, en este caso el latín *civis* es el término primario y *civitas* el derivado. La ciudad se define por los ciudadanos y no al revés. Como formación de abstracto, *civitas* designará propiamente el conjunto de los *cives* (Benveniste, 1983 y 1999).

Un modelo distinto de esta misma relación es dado por el griego. Los términos griegos en cuestión son *πόλις* (*polis*), ciudad, y *πολίτης* (*polites*), ciudadano. Esta vez, el derivado en *-ιτης* (*-itēs*) se determina en relación con el término básico de *polis* y designa a quien participa en la vida pública de la ciudad, el que tiene voz en los debates y los derechos y obligaciones conforme su condición.

Lo anterior resulta de interés para repensar la isegoría cosmopolita en clave actual ya que muestra que, según se ponga el acento en el Estado como definidor de derechos de participación política o en el individuo como elemento constituyente del Estado y, por lo tanto, como sujeto con derechos preexistentes a este, se tiene una visión acerca de quiénes son considerados parte del Estado y protegidos por este. Si se piensa, por ejemplo, en el caso de los refugiados, ¿por qué deberían ser recibidos por un Estado diferente al de su origen? ¿Qué derechos deben gozar en el nuevo territorio? ¿Puede el Estado receptor generar fuertes políticas discriminatorias? Si se opta por el primer extremo, es decir, por un ciudadano que se define a partir de su pertenencia a la ciudad, entonces, es el Estado el que decide quién es parte y quién no. Por lo tanto, no existen planteos posibles ante “la parte de los sin parte” (Rancière, 2009). En cambio, si se elige la segunda opción, es decir, concebir al sujeto como un portador de derechos por su sola humanidad y como base formadora de la ciudad, entonces, no existen argumentos sólidos para sostener una exclusión de la esfera política de quienes residen en el territorio.

5. El ciudadano, la persona y los estatutos

En su obra titulada *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?*, Veyne (1992) señaló que, si bien desde el siglo VI a.C. los griegos ya no habrían interpretado de manera literal sus mitos, estos últimos continuaban en vigencia por su valor pedagógico. El concepto de persona no surge de un mito; no obstante, con él ocurre algo semejante al fenómeno de aquellas creencias helénicas puesto que son formas constitutivas de cierto imaginario social.

En principio, la génesis del término “persona” lo vincula a un elemento utilizado por el ser humano y no al ser humano mismo. La etimología de esta palabra remite a la *persōna*, la máscara teatral romana mediante la cual se representaban diferentes personajes en el escenario y que permitía la ampliación de las voces para que fueran audibles para el público. A su vez, este término se derivaría del estrusco “*phersu*” y este del griego “*πρόσωπον*” (*prósopon*)

(Corominas, 2005, Ferrater Mora, 2004 y Di Pietro y Lapieza Elli, 1982). Como puede notarse fácilmente, la idea literal remite al rol ejercido en cierto contexto o bien a la tecnología corporal que permite al ser humano presentarse en escena y tener voz como cierto personaje. No es relevante quién es el actor, quién es el sujeto o el ser humano detrás de la máscara, lo que importa es qué papel le permite jugar dicho elemento, papel que se representa solo a partir del uso de la máscara. Claro está que no es el objeto el que adquiere y concreta derechos, entre ellos, el de participar en la esfera pública, pero sí representa algo: la disociación con el hombre y la aparición de los estatus o roles a ejercer (o que se está impedido de ejercer).

Sabes que eres el actor de un espectáculo, elegido por el director del teatro, breve si lo desea breve, largo, si lo desea largo; y si él quiere que hagas de mendigo, tienes que hacer bien esta parte; y lo mismo si se trata de un tullido, un príncipe o un ciudadano particular. Tu tarea consiste en hacer bien la parte que te ha sido asignada; elegirla, sin embargo, corresponde a otro (Epicteto, *Enchiridion*, 17).

Esta cita arroja algunos conceptos claves sobre los que se intenta reflexionar en estas páginas: en primer lugar y principalmente, la persona como concepto y metáfora del discurso jurídico que parte de la máscara que da voz al actor y su rol en una obra, en este caso, su posibilidad de ser participante activo en la toma de decisiones públicas en el marco de procedimientos democráticos; en segundo término, la asignación de roles por parte de un sujeto facultado para ello. ¿A quién le corresponde el derecho de utilizar la voz de la isegoría de los ciudadanos: a los ciudadanos mismos o es una dádiva que concede el Estado? ¿Se es ciudadano por participar en la esfera pública o se participa por ser ciudadano?

En el derecho romano, las personas son distinguidas con base en su *status*, es decir, en relación con los tres valores fundamentales de la *libertas*, de la *civitas* y de la familia. A cada estatus le corresponde un rol diferente. Por lo tanto, si se quiere observar la estructura jurídica de la persona, se deben tener en cuenta las situaciones existenciales que son indicadores de posesión de determinados derechos y deberes, de formas particulares de tutela jurídica y prerrogativas específicas (Viola, 2015: 6). Entre estos roles a jugar se encuentra el de ciudadano o de no ciudadano.

El habitante de la ciudad es también un actor; pero un actor es (...) alguien que sabe o que ha llegado a saber desempeñarse en varios escenarios, que debe por lo tanto saber integrar las situaciones y definir cada una de ellas en su propiedad. Ese es el saber vivir del hombre de la ciudad y no ya solamente el saber del hombre mundano en el sentido estrecho del término: definir y redefinir una situación (Joseph, 1988: 30).

Así, el extranjero en un Estado engloba múltiples roles a jugar: es el nacional de otro país, es el no ciudadano del lugar en el cual se encuentra, es el que está donde no pertenece y pertenece donde no está, no es su elección dónde pertenecer aunque pueda elegir dónde estar.

Para realizar un salto temporal y dejar de lado la Edad Media y la Modernidad que presentan concepciones propias de la persona, es necesario volcar la mirada en la actualidad. La época contemporánea, señala Viola, se caracteriza por el retorno del individuo y por el auge de los derechos humanos.

En este marco, el sistema internacional de protección de derechos humanos contemporáneo pretende asegurar los aspectos fundamentales de la persona desde el punto de vista individual, social y político. Esta tarea resulta de gran complejidad puesto que requiere pesar derechos de la más variada gama conforme a los roles

de los sujetos: derecho de libertad, derechos civiles, derechos sociales, derechos de incidencia colectiva, derechos culturales, derechos económicos, derechos políticos, derechos medioambientales, etc. Esto le permite a Viola señalar que se debe ser consciente del acaecimiento del retorno de los *status*. A diferencia de la Antigüedad, ahora el individuo es considerado no ya como igual en abstracto sino a partir del reconocimiento de su diversidad, de su colocación en contextos de vida particular y en situaciones específicas.

Ciertamente existe una diferencia con respecto a los *status* del derecho romano y no sólo porque nuevos *status* se han sumado y los viejos han asumido significados nuevos. Los *status* de hoy son aquellos del sexo (hombre, mujer, homosexual...), de la edad (infancia, ancianidad), de la salud, de la ciudadanía, del trabajo, del consumidor de productos, del usuario de servicios, del embrión... Es casi superfluo notar que formas de vida diversas van asumiendo el rol de *status* en la medida en que son conectados a la tutela jurídica de situaciones particulares en los cuales los individuos se encuentran por razones existenciales (Viola, 2015: 15).

Lo anterior significa el paso desde la política de la igual atribución de derechos y obligaciones en abstracto a la política de la diversidad dialógica para que, en el marco de la democracia, sea una pregunta central qué cosas comunes existen entre individuos tan diferentes entre ellos en la cultura y en los proyectos de vida (Viola, 2015: 11-16).

Ahora bien, ¿puede existir una armonía democrática y dialógica sin la respectiva isegoría? La aceptación de los desplazamientos territoriales, en este marco, debería permitir repensar nuevas formas de plantear los derechos humanos que no dependan de las construcciones estatales-nacionales y territoriales.

6. El derecho a tener derechos

Hanna Arendt plantea, en *Los orígenes del totalitarismo* y, en menor medida, en *Eichmann en Jerusalén*, la situación de desprotección en la que se encuentran ciertas minorías frente a los gobiernos de los Estados Nación. Principalmente, tiene como referencia el caso de los apátridas que, perseguidos por los totalitarismos, no se encuentran protegidos por ninguna entidad. Los derechos humanos, tal como aparecen en la Declaración Universal de 1948 son abstractos, parten de un modelo de hombre no situado en ningún espacio en concreto. Si bien son concebidos como inalienables, acaban por ser responsabilidad de un Estado que los reclame frente a otro par violador. No es la naturaleza humana en abstracto la que efectivizará dicho derecho sino que esta tarea queda a cargo del sistema estatal.

Los derechos del hombre, después de todo, habían sido definidos como “inalienables” porque se suponía que eran independientes de todos los gobiernos; pero resultó que, en el momento en que los seres humanos carecían de su propio gobierno y tenían que recurrir a sus mínimos derechos, no quedaba ninguna autoridad para protegerles ni ninguna institución que deseara garantizarlos (Arendt, 2013: 414)

Aquellas minorías que no cuentan con un gobierno en ningún Estado son fáciles blancos de avasallamiento. En particular, esta posición se relaciona con la imposibilidad de participar en la elaboración del marco legal-estatal que los aparta de la esfera de tutela y que podría ser la herramienta de garantía.

Así, el derecho a tener derechos se erige en la reflexión acerca de la necesidad de otorgar la posibilidad de participar en la elaboración del derecho, de las normas jurídicas, que crean tutelas, cargas y obligaciones. De esta manera, el

fundamento último de los derechos humanos y la responsabilidad de concreción de ellos exceden al mero Estado como autoridad. Así, se revierte la preminencia del colectivo por sobre el individuo para que este último sea titular del derecho a ser parte de un colectivo organizado que vele por él.

En línea con este planteo, Susana Villavicencio (2007) reflexiona sobre la condición paradójica de la democracia liberal que se ha expandido en los países de Occidente puesto que mientras se afianza en sus condiciones formales, materialmente, durante la década de los noventa, ha sido transformada por su sujeción a los dictados del mercado y la economía transnacional capitalista. Particularmente, resulta preocupante la situación en Latinoamérica debido a que el debilitamiento del sistema institucional es acompañado por la exclusión de gran parte de sus pobladores del sistema de reparto social y político y por una profunda ampliación de la brecha entre pobres y ricos. En ese contexto, la autora se pregunta qué significa ser ciudadanos.

La ciudadanía es definida como un estatus que garantiza a los individuos iguales derechos, deberes, libertades, restricciones, poderes y responsabilidades. “Pero son precisamente las situaciones de exclusión, las desigualdades crecientes y la falta de condiciones para el ejercicio de los derechos las que no cesan de mostrar su insuficiencia o de revelar un vacío a llenar” (Villavicencio, 2007: 39). Esto conduce a cuestionar la brecha existente entre el derecho ideal, el que debe ser, y el que efectivamente es.

El primer derecho es el de la pertenencia a una comunidad política. Así, cuando se trata de reconocer la ciudadanía, se trata de asignar condiciones de posibilidad de la supervivencia como seres humanos. Entonces, si teóricamente los derechos humanos se constituyeron como un límite frente a los avances del Estado por sobre el derecho, la experiencia de los totalitarismos coloca a la ciudadanía como base del reconocimiento de estos. De esta situación deriva la autora la expresión arendtiana de “el derecho a tener derechos” ya que un grupo cuya ciudadanía es negada se encuentra en una posición de total desprotección y condenado a la pérdida de su subjetividad política (Villavicencio, 2007). La negación de derechos es, entonces, en el marco de atribución jurídica de potencias e impotencias, la parte de los sin parte (Rancière, 2009).

A partir de estos presupuestos, la propuesta de Villavicencio no es la apelación a los derechos humanos como horizonte de resolución de conflictos, sino una transformación activa que transforme las situaciones de exclusión en inclusión.

...la idea del “derecho a tener derechos” pone en cuestión la lógica formalista de los derechos y lleva, más bien, a mirar que los reclamos de los “sin derechos” son expresión directa de la dinámica de creación de derechos. En este sentido, la experiencia latinoamericana es distintiva en formas de lucha frente a la exclusión, emprendida por las comunidades indígenas, los desempleados, las comunidades que han visto cerrarse sus mundos de vida a causa de las crisis económicas. (Villavicencio, 2007: 45).

En cuanto a la política de los derechos humanos, sin restar importancia al discurso sobre ellos, resulta necesario el análisis de las tensiones que genera su invocación en el marco de las democracias liberales contemporáneas ya que, con base en un presupuesto individualista y a-histórico, se difunde un discurso jurídico que convive con el incremento de las zonas fuera del derecho y con las figuras de los “sin derecho”. Son precisamente estas figuras las que dan cuenta de la inevitable relación entre el derecho y otros órdenes de la vida humana como la economía, la

moral, la política, etc. (Villavicencio, 2007).

La autora concluye que el concepto de ciudadanía como estatus de derechos puede ser dejado de lado y ser reemplazado por uno que la considere como un carácter incondicional de lo político definido por el derecho a tener derechos.

7. Proyecciones actuales

La isegoría cosmopolita como tópico a discutir se presenta en el marco de un conjunto de fenómenos actuales que acaecen en un mundo globalizado y en el cual los desplazamientos territoriales y el aumento de la xenofobia se hacen cada vez más frecuentes. En este contexto, se encuentra en el eje de los debates actuales en torno a la expansión o no del ejercicio de la ciudadanía activa y del sufragio. Un ejemplo lo constituye el caso de Argentina, donde, a nivel nacional, en los últimos cinco años, se han presentado dos proyectos en el Congreso tendientes a lograr el voto extranjero (uno, en 2012, que fue archivado, y otro, en 2016, a tratarse en el futuro). Asimismo, en dicho país los extranjeros tienen participación (con diferentes regulaciones) en casi todas las jurisdicciones provinciales (la excepción es la provincia de Formosa en la cual está prohibido constitucionalmente).

En otro orden de ideas, la trascendencia de los sucesos a nivel internacional respecto de los procesos migratorios y la absorción de los extranjeros y sus descendientes (que muchas veces son nacionales de los Estados a los cuales sus ascendientes inmigraron/emigraron) ponen en primer plano la necesidad de redoblar los esfuerzos de reflexión tanto teóricos como prácticos. Basten, a mero título de mención, los recientes y afamados atentados en Francia, Alemania, Turquía y Bélgica (entre otros que han cobrado menor calibre mediático), el flujo migratorio desde Siria a los países de la Unión Europea, el cierre de fronteras de países europeos, el crecimiento de movimientos políticos que propugnan en sus campañas medidas explícitamente xenófobas o las constantes noticias de migrantes que son rescatados en las cercanías de las costas europeas procurando ingresar a distintos países a pesar del riesgo vital que corren, o casos de muerte en el proceso de migración, como fue el caso del niño Aylan Kurdi aparecido ahogado en la playa turca, o en los sucesos que acaecen corrientemente en la frontera entre México y Estados Unidos o entre Cuba y Estados Unidos, o incluso la revisión actual de la política migratoria estadounidense o la concentración de la atención de los organismos internacionales en los graves problemas de la niñez migrante, entre tantos otros ejemplos que resultan innumerables.

Como señala Faralli (2013), uno de los tres grandes desafíos de la Filosofía del Derecho en el siglo XXI gira en torno a cómo concebir los derechos humanos de los migrantes dado que la globalización, las modificaciones en el ejercicio de las soberanías estatales, los procesos de integración, la realidad económica en el marco de procesos de acentuación de las relaciones de mercado, los regímenes de acumulación caracterizados por la desigualdad y de exilios a causa del neoliberalismo desafían a los tradicionales conceptos modernos de ciudadanía y nacionalidad.

8. Consideraciones finales

La isegoría ha constituido, junto con la isonomía, uno de los pilares básicos de la antigua democracia al consagrar la igualdad de derecho de pronunciarse en la esfera pública, es decir, en aquella en donde las normas jurídicas eran elaboradas.

Era la igualdad de participar activamente en las deliberaciones del ágora. La isonomía, por su parte, era la igualdad ante la ley, es decir, el derecho de ser tratado de la misma manera que los pares ciudadanos. Estas nociones, íntimamente relacionadas, se diferencian por cuanto la primera funciona *a priori* de la creación de la norma jurídica, es decir, antes de que esta sea impuesta; en cambio, la segunda, es *a posteriori*, o sea, una vez que esta prescripción ha sido creada.

El calificativo de “cosmopolita” proviene de la idea de un orden sin fronteras, es decir, de la ciudadanía del universo, del cosmos (en el sentido en el que los antiguos griegos lo comprendieron). En la actualidad argentina, la isonomía cosmopolita se encuentra garantizada desde el plano constitucional, no así la isegoría cosmopolita.

Indagar en la ciudadanía, ya sea del universo, de una ciudad o de una *polis*, implica pensar en la relación entre la isegoría y dicha ciudadanía. ¿Es esta última condición de la primera? Se ha señalado anteriormente que la condición de ser nacido en Atenas parecía ser un requisito esencial para la participación política, al menos según lo transcrito del *Menéxeno* platónico. No obstante, parece posible establecer excepciones a este principio.

La clave para comprender esta última oración puede ser hallada en el concepto de extranjero mismo, en el *xénos*. Este era un enemigo solo por el hecho de haber nacido en otro territorio, pero también era un posible amigo, alguien con quien podía establecerse una paz transitoria y a quien se le podían dispensar ciertos tratos especiales en razón de hospitalidad. Como señaló Benveniste, los parámetros para establecer las múltiples relaciones con los extranjeros son dinámicas. Así, un extranjero puede ser receptor de un trato de *polítes*, aunque nunca será tal. Para el ámbito romano, vale señalar una mayor claridad en las relaciones: un ciudadano solo es tal para otro ciudadano (la ciudad solo se define en relación a un conjunto de *cives*). Un *hostis* es tal para otro *hostis*. Es el vínculo mutuo lo que define sus estatus.

Con relación a lo dicho en última instancia, cabe destacar el juego de primacías que encierran los binomios *polis-polítes* y *civitas-cives*. Mientras que en el par griego, el estatuto del *polítes* se definía por su pertenencia al colectivo previo, en el romano era a la inversa. Esto resulta de interés de cara a pensar en un fundamento de los derechos más allá de la relación con un Estado nación arraigado en un territorio.

Por último, cabe resaltar que la ciudad como campo de lo común se erige en un escenario en cuyo espacio se ejercitan roles construidos socialmente. La ciudad marca los movimientos posibles y los no permitidos, los sujetos que sobre él se desenvuelven deben reconocer cuál es su parte en el reparto de potencias e impotencias. En tal sentido, es posible recuperar una de las nociones fundamentales de la teoría general del derecho como es la de persona. Esta nace de una metáfora que se remonta a las antiguas máscaras de Grecia y Roma y actualmente, en el campo jurídico, se la entiende como un núcleo de imputación de derechos y obligaciones. Se es persona en relación con un rol, con un estatuto: contratantes, proveedor/usuario, progenitor/hijo, consumidor, administración/administrado, etc. No obstante el hecho de que es esta metáfora la que permanentemente se trae a colación en tiempos contemporáneos, cabe recuperar otro sentido que permanente entra en pugna con aquel y que también ha anclado fuertemente en el espacio de los derechos humanos: el moderno, el de persona como sujeto de derechos. De esta manera, aparece la pregunta acerca de si es posible combinar algunos roles/estatus de la persona (como, por ejemplo, el de extranjero) sin resignar la

subjetividad humana como sostén de los derechos.

Así, a partir de estos planteos es que se llega a la isegoría cosmopolita identificada como el derecho a tener derechos, esto es, como una condición democrática de los Estados en los cuales los eventuales destinatarios de las normas jurídicas sean partícipes de su elaboración. Si se acepta la posibilidad de una participación incondicionada respecto de una nación territorialmente vinculada de la toma de la palabra en la esfera común, entonces, se reconoce el derecho/libertad a cada individuo de luchar por su propia tutela.

Ahora bien, si la democracia se construye sobre el concepto de isegoría, ¿es esta exclusión democrática? ¿Es posible pensar en una isegoría cosmopolita en los Estados actuales?

Bibliografía

- ARENDRT, H. (2005), *¿Qué es la política?* Rosa Sala Carbó (trad.), Paidós, Barcelona.
- ARENDRT, H. (1948/2013), *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza, Madrid.
- BENEITEZ, B. (2005), "La ciudadanía en la democracia ateniense", Foro Interno. Anuario de Teoría Política. N° 5, pp. 37-58.
- BENVENISTE, É. (1983), *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Taurus, Madrid.
- BENVENISTE, É. (1999), "Dos modelos lingüísticos de la ciudad". En: *Problemas de lingüística general II*, México, Siglo XXI Editores, pp. 274-282.
- BOVERO, M. (1987), "Sobre los fundamentos filosóficos de la democracia", *Dianoia*, Vol. 33, N° 33, pp. 149-165.
- CHANTRAINE, P. (1968), *Dictionnaire Étymologique de la Langue Greque. Histoire des mots*. Tomos I y III, Éditions Klincksieck, Paris.
- COROMINAS, J. (2005), *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid.
- DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, E. (1982), *Manual de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires.
- ERNOUT, A. y MEILLET, A. (2001), *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*, Éditions Klincksieck, Paris.
- FARALLI, C. (2013), *La filosofía del diritto contemporanea. I temi e le sfide*. Laterza, Bari.
- FERRARI, J. L. y MIRANDA, L. R. (2012). *Europa, Europae: textos y contextos para reflexionar sobre los temas de la tradición occidental*, Biebel, Buenos Aires.
- FERRATER MORA, J. (2004), "Persona". En: *Diccionario de Filosofía*. Tomo III (K-P). Barcelona, Ariel.
- FINLEY, M. (1983). *Politics in the Ancient world*. Cambridge University Press, Cambridge.
- GIL, L. (1996). "Sobre la raigambre griega del sistema democrático", Cuadernos de Filología Clásica. Estudios griegos e indoeuropeos, Vol. 6, pp. 11-21.
- JOSEPH, I. (1988), *El transeúnte y el espacio urbano. Sobre la dispersión y el espacio público*, Gedisa, Barcelona.
- LIDELL, H. G. y SCOTT, R. (1996), *A Greek-English Lexicon*. Clarendon Press, Oxford.
- RANCIÈRE, J. (2009). *El reparto de lo sensible: estética y política*, Libros Arces-LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- RESNICK, P. (1996), "Isonomía, Isegoría, Isomoiría y democracia a escala global", *Isegoría*, N° 13, pp. 170-184.
- VEYNE, P. (1992), *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?*, Editions du Suil, Paris.
- VILLAVICENCIO, S. (2007), "Ciudadanía y civilidad. Acerca del derecho a tener

derechos”, Colombia internacional, Julio-Diciembre, N° 066, pp. 36-51.
VIOLA, F. (2015), “El estatuto jurídico de la persona”, Derecho y cambio social, N° 40, Año XII, pp. 1-20.

Interseccionalidad

Intersectionality

María Caterina La Barbera

Universidad Nebrija

mclabarbera@nebrija.es

Recibido / received: 27/02/2017

Aceptado / accepted: 02/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3651>

Resumen

La interseccionalidad como paradigma ha ganado popularidad creciente en la academia de habla anglosajona en los últimos veinticinco años. Se ilustran aquí brevemente sus orígenes conceptuales y su conexión con las teorías feministas contra-hegemónicas. Se destaca cómo se originó en el marco de los *Critical Legal Studies* en el contexto socio-jurídico estadounidense de los años 70. La interseccionalidad se presenta como categoría analítica para identificar de qué manera la intersección de las estructuras sociales (género, sexualidad, raza, nacionalidad, clase, discapacidad) genera situaciones de discriminación complejas que se mantienen y reproducen tanto en el nivel estructural, como político y discursivo. Se insiste finalmente en el potencial de la interseccionalidad como herramienta para desvelar los efectos indeseados de exclusión social reproducidos y reforzados por el derecho y las políticas públicas e incluir la dimensión sustantiva de la igualdad.

Palabras clave

Interseccionalidad, igualdad, discriminación múltiple, género, sexualidad, raza, nacionalidad, clase, dis-capacidad.

Abstract

Intersectionality is a paradigm that gained increasing popularity in the Anglo-Saxon scholarship for the past twenty-five years. Its conceptual genealogy and its connection with counter-hegemonic feminist theories are briefly illustrated here. It is described how intersectionality originated within the framework of *Critical Legal Studies* in the US socio-legal context of the 1970s. Intersectionality is presented as an analytical category to identify how the intersection of social structures (gender, sexuality, race, nationality, class and dis-ability) generates complex situations of discrimination that are maintained and reproduced at the structural, political and discursive levels. It finally emphasizes the potential of intersectionality as a tool to uncover of social exclusion unintentionally reproduced and reinforced by law and public policies and include the substantive dimension of equality.

Keywords

Intersectionality, equality, multiple discrimination, gender, sexuality, race, nationality, class, dis-ability.

SUMARIO. 1. Los antecedentes conceptuales de la interseccionalidad
2. La interseccionalidad como categoría jurídica 3. ¿Qué hay de nuevo en la interseccionalidad? 4. La interseccionalidad en las Ciencias Sociales

1. Los antecedentes conceptuales de la interseccionalidad

La idea de que las subjetividades no son singulares, sino múltiples e



interrelacionadas aparece hoy intuitiva. Desde los años 80, la academia anglófona es muy consciente de la necesidad de abordar de forma simultánea esta complejidad tanto en la investigación, como en la acción social y la formulación y puesta en marcha de las políticas. Sin embargo, no fue hasta la aparición del pensamiento feminista negro en los Estados Unidos¹ (Jabardo, 2012) que la simultaneidad de raza, género y clase y su intersección en las experiencias de las personas han sido tomadas en serio (Belkhir, 2009).

Desde sus orígenes, las feministas afroamericanas criticaron el esencialismo del concepto de género. El Combahee River Collective (1977), bell hooks (1981), Angela Davis (1981), Audre Lorde (1982) y Elisabeth Spelman (1988), entre otras, afirmaron que los conceptos de género y raza estaban contruidos como si todas las mujeres fueran blancas y todos los hombres fueran negros (Hull et al., 1982). Destacaron que la conceptualización del género se basa en las experiencias de las mujeres blancas y en los modelos familiares de la clase media y de formación cristiana, ignorando cómo la raza, la clase y la orientación sexual pluralizan y particularizan el significado de ser mujer.

En su intento de “combatir las múltiples y simultáneas opresiones que todas las mujeres de color” (Combahee River Collective, 1977 [1982]: 13), apelaron a los “sistemas de opresión entrelazados” para abordar la interconexión entre el patriarcado, heterosexualidad, el racismo, el capitalismo y el nacionalismo. A partir de entonces, aun siendo denominada de manera diferente –como “sistemas de opresión entrelazados” (Río Combahee Colectivo, 1977), “múltiple exclusión” (King, 1988), “matriz de opresión” (Hill Collins, 1990) o “consustancialidad de las relaciones sociales” (Kergoat, 1978)–, la noción de interconexión entre “género, raza y clase” ha sido definida como la trinidad sagrada de los estudios feministas de la tercera ola, siendo discutida intensamente a ambos lados del Atlántico (Yuval-Davis, 2006).

2. La interseccionalidad como categoría jurídica

Los antecedentes teóricos del feminismo afroamericano se tradujeron en una herramienta para el análisis crítico del derecho en el contexto socio-jurídico de los Estados Unidos de los años 80, cuando el derecho antidiscriminatorio estaba siendo sometido a una importante evaluación crítica. La mayor presencia de mujeres y afroamericanos entre abogados y profesores del derecho permitió cuestionar las categorías legales tradicionales que excluían tanto a las mujeres como a las personas de color. En particular, el movimiento de los *Critical Legal Studies* (CLS) buscaba resaltar la invisibilidad de “aquellos que no eran blancos” y de los “negros que no eran hombres” (Crenshaw, 2011). La doctrina y la jurisprudencia feminista, los CLS y la *Critical Race Theory* ofrecieron las herramientas discursivas y la masa crítica para estructurar ese proyecto como una empresa colectiva (Crenshaw, 2011: 225).

Habiéndose nutrido de las mencionadas fuentes teóricas y encontrándose inserta en este movimiento crítico, la profesora de Derecho de la Universidad de Columbia Kimberlé Crenshaw acuñó en 1989 el término “interseccionalidad” en su análisis del caso *De Graffenreid c. General Motors* [1977] donde cinco mujeres afroamericanas alegaron que el sistema de despido basado en la antigüedad utilizado por General Motors, aunque estuviese formulado en términos neutrales, de

¹ Para una compilación en español de algunos textos fundacionales del feminismo afroamericano, véase Jabardo (2012).

hecho perpetuaba la discriminación de raza y de género en violación del precepto federal de no discriminación en el trabajo. En su fallo, sin embargo la Corte excluyó la posibilidad de reclamar una combinación de remedios (por género y por raza) distinta de la prevista del estatuto. Crenshaw argumentó que De Graffereid y las otras demandantes que habían sido despedidas se hallaban en un cruce particularmente peligroso debido a su posición desventajada en la jerarquía de género, por ser negras y en la jerarquía racial por ser mujeres. La interseccionalidad sirvió para indicar de qué manera la raza y el género, interactuando, conforman las múltiples dimensiones de desventajas que definen las experiencias de las mujeres negras en los Estados Unidos (Crenshaw, 1991: 1244).

Apuntando a las intersecciones, Crenshaw pretendía “interrumpir las tendencias de ver la raza y el género como exclusivos o separables” (Crenshaw, 1991: 1244-45). Crenshaw argumentó que, al segmentar las dimensiones de la discriminación, tanto las políticas feministas como las antirracistas excluyen a las mujeres negras “porque ambas se basan en un conjunto discreto de experiencias que a menudo no reflejan con exactitud la interacción de raza y género” (Crenshaw, 1989: 140). De esta manera, los movimientos y las políticas feministas y antirracistas terminan paradójicamente por reforzar la subordinación de las mujeres afroamericanas (Crenshaw, 1991: 1252). Ya que la discriminación interseccional es distinta que la suma de racismo y sexismo, estos problemas de exclusión no pueden resolverse simplemente incluyendo a las mujeres negras dentro de estructura analíticas e instrumentos políticos ya establecidos. Los discursos sobre la “experiencia de las mujeres” o “la experiencia negra” necesitan ser repensado radicalmente y reformulado (Crenshaw, 1989: 140).

Crenshaw hizo un llamamiento a prestar atención a las “diferencias que hacen la diferencia” en las distintas formas en que varios grupos de mujeres experimentan la discriminación de género. Estas diferencias están relacionadas con la clase, la casta, la raza, el color, la etnia, la religión, el origen nacional y la orientación sexual y particularizan la manera de experimentar la discriminación de género, exponiendo a grupos particulares de mujeres a vulnerabilidades que les afectan única y desproporcionadamente en comparación con otras (Crenshaw, 2000).

Crenshaw señaló tres niveles, distintos pero interconectados, de interseccionalidad: la interseccionalidad estructural, la política y la representacional. A nivel estructural, el enfoque interseccional permite analizar la situación de las mujeres afroamericanas que, encontrándose en la encrucijada entre varias estructuras de exclusión social, sufren una situación de discriminación distinta de las mujeres blancas y de los hombres afroamericanos (Crenshaw, 1991: 1245). Debe considerarse en qué medida el racismo amplifica el sexismo y en qué medida la homofobia amplifica el racismo (Matsuda, 1991). A nivel político, la interseccionalidad ofrece una nueva perspectiva para analizar cómo el sexismo, el racismo, la homofobia y la explotación de clase se reproducen en y a través del derecho y los procesos de *policy-making*. Adoptar la interseccionalidad como categoría para el análisis crítico del derecho y las políticas públicas implica considerar, por ejemplo, en qué medida el discurso feminista puede marginar a las minorías étnicas o las mujeres con dis-capacidades (Verloo, 2006), o en qué medida los instrumentos adoptados para asegurar la igualdad de género pueden marginar a las mujeres migrantes (La Barbera, 2009a, 2011, 2012). Finalmente, a nivel representacional, simbólico o discursivo, es decir en el análisis de “la construcción cultural de las mujeres de color” (Crenshaw, 1991: 1245), el enfoque interseccional permite explorar la construcción cultural de los sujetos desfavorecidos, considerando en qué medida la cultura popular y el discurso público (re)producen su exclusión y

situación de marginalización (Verloo, 2006).

En los países de derecho consuetudinario, algunos tribunales reconocieron hace mucho tiempo que “cuando existen dos causas de discriminación, éstas no pueden ser reducidas claramente a componentes distintos”: el intento de dividir la identidad de una persona en la intersección de raza y género a menudo distorsiona o ignora la naturaleza particular de sus experiencias (Lam v University of Hawaii, USA, 1994). Asimismo se argumentó que “la naturaleza de la discriminación es tal que no siempre puede ser compartimentada en categorías discretas de manera sensata. La discriminación es a menudo una experiencia multifacética” (Ministerio de Defensa v Tilern De Bique, UK, 2010). Además, la interpretación de la discriminación múltiple a través de una perspectiva interseccional permitió identificar que se trata como un “conjunto [que] es más que la suma de sus partes” y permitió la protección de los derechos de sujetos vulnerables que no estarían de otra forma protegidos. Esta jurisprudencia argumenta que la discriminación puede producirse en la intersección de raza y género con otras causas protegidas, sino también que “clasificar dicha discriminación como fundamentalmente orientada a la raza o al género, tergiversa la realidad de la discriminación tal y como es experimentada por los individuos” (Canadá v Mossop, CANADA, 1993).

Desde hace más de una década las referencias a la discriminación múltiple han sido incluidas de manera creciente en secciones no vinculantes de convenciones internacionales (por ejemplo, United Nations, 2000; European Commission, 2007; European Union Agency for Fundamental, 2011). Sin embargo, las referencias a la interseccionalidad se han incorporado sólo recientemente en recomendaciones de organismo internacionales (por ejemplo, General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/2010/47/GC.2) y son inexistente tanto formal como sustantivamente en el derecho vinculante de la UE.

3. ¿Qué hay de nuevo en la interseccionalidad?

Reconociendo las diferencias entre las mujeres, la interseccionalidad permitió a los estudios críticos del derecho abordar la exclusión de los sujetos que se encuentran en los intersticios de las categorías sociales que el derecho y las políticas antidiscriminación utilizan como compartimientos estancos y predefinidos. La interseccionalidad invita a abordar la posición individual como un conjunto inextricable (Anthias, 2002, Brah y Phoenix, 2004, Yuval-Davis, 2006, La Barbera, 2012) y presta atención al “lugar de enunciación” (Harding, 2004) en el contexto de las relaciones de interdependencia y desigualdades estructurales entrecruzadas (Lombardo y Verloo, 2009: 3). Partiendo de un enfoque deconstruccionista, la interseccionalidad permite entender el posicionamiento social como un lugar de subjetivación, poder y privilegio que cambia dinámicamente a lo largo del tiempo y en los distintos contextos sociopolíticos en relación con las diferentes estructuras sociales y representaciones discursivas que conforman las relaciones sociales (Winker y Degele, 2011, La Barbera, 2016). Centrándose en estas interacciones, la interseccionalidad revela la complejidad de la constitución mutua y simultánea tanto de la discriminación como de los privilegios basados en el género, orientación sexual, origen étnico, religión, origen nacional, incapacidad y situación socioeconómica en el nivel estructural, político y discursivo.

La novedad del enfoque de la interseccionalidad es la atención a los efectos paradójicos de los análisis, normas jurídicas y políticas que, al abordar

separadamente cada dimensión de la discriminación, crean nuevas dinámicas de exclusión social. Insta a considerar las interacciones entre las estructuras sociales y las instituciones que, en conjunto, contribuyen a crear, mantener y reforzar las desigualdades formales y materiales. Utilizar el concepto de interseccionalidad como categoría de análisis en los estudios jurídicos significa examinar en qué medida el derecho y las políticas públicas cuestionan (o en su lugar dan por sentado) los privilegios de los grupos mayoritarios e impiden (o reproducen) la exclusión de los sujetos desfavorecidos. Tomar la perspectiva interseccional significa reconocer que la discriminación de género está constituida no sólo por las desventajas que las mujeres experimentan en las estructuras patriarcales, que atribuyen poder y privilegio según criterios sexistas, sino también por la concurrencia de otros sistemas de subordinación que crean diferencias entre mujeres y localizan a algunas mujeres en posiciones de especial marginación y exclusión social. “Hacer la otra pregunta” (Matsuda, 1991) es crucial para este fin: cuando se trata de una discriminación aparentemente racial, por ejemplo, el enfoque de la interseccionalidad nos invita a preguntar de qué manera el sexismo es también relevante; si un problema se representa como relacionado con la discriminación de género, nos recuerda que debemos preguntar también sobre el heterosexismo; así como cuando la cuestión problemática es la homofobia, estamos llamados a indagar sobre su interconexión con el clasismo.

4. La interseccionalidad en las Ciencias Sociales

Gracias al trabajo de la socióloga Patricia Hill Collins (1990), el concepto de interseccionalidad ha traspasado las fronteras disciplinares del derecho llegando a la sociología (Collins, 1990 y 1998, Brah y Phoenix, 2004, McCall, 2005, Yuval-Davis, 2006, Ferree, 2009) y a todas las disciplinas de las ciencias humanas y sociales: la filosofía (Garry, 2011), la ciencia política (Verloo, 2006, Hancock, 2007, Lombardo y Verloo, 2009, Bustelo, 2009) y la psicología (Grenwood, 2008, Shields, 2008). Desde entonces, la interseccionalidad está ganando cada vez más importancia dentro de las ciencias sociales de habla anglosajona. En Europa, ha empezado a desarrollarse una rica producción académica que explica que el enfoque interseccional cuestiona las estrategias políticas y legislativas que segmentan cada dimensión de la exclusión social y pone en evidencia la necesidad de dar una respuesta adecuada a la complejidad de las desigualdades sociales en su conjunto (Hannet, 2003, Hancock, 2007, Solanke, 2009). Sin embargo, la interseccionalidad se confunde a menudo con una mera referencia a más de una dimensión de discriminación.

A pesar de su difícil implementación en el marco jurídico en los países de la Europa continental (La Barbera, 2016, Cruells y La Barbera, 2016), la interseccionalidad es reconocida como herramienta válida para el análisis del derecho ya que hace visible la complejidad de los procesos de discriminación y por esta vía permite progresar hacia el diseño de instituciones y mecanismos jurídicos y políticos más inclusivo (Grabham et al., 2009; Lombardo y Verloo, 2010, Schiek y Lawson, 2011). La comprensión de la desigualdad en su dimensión estructural ha sido siempre un tema de fundamental importancia para la teoría feminista del derecho (Bartlett et al., 2003, Chamallas, 2003, Sánchez Urrutia y Pumar Beltrán, 2013) que advirtió incansablemente sobre la necesidad de abordar el sistema de subordinación que determina sistemáticamente la discriminación de individuos de grupos históricamente desfavorecidos, como las mujeres. Sin embargo, la ideología dominante en el derecho antidiscriminación, que se basa en la igualdad formal, a menudo lleva a los profesionales del derecho a interpretar la discriminación simplemente como un problema de desigualdad de trato y reducir la desigualdad a

su mera dimensión formal. En este sentido, la perspectiva interseccional exige una subversión radical de la ideología dominante en el derecho antidiscriminatorio (Barrère y Morondo, 2011). Al mostrar la interconexión y contextualidad de las relaciones de poder que configuran la estructura social, la interseccionalidad permite abogar por la justicia social como parte de un esfuerzo más amplio que incluye la crítica al *status quo* y la mejora de las condiciones de vida de las personas más marginadas y oprimidas.

La interseccionalidad ha sido definida como una de las contribuciones más importantes de la teoría feminista a las ciencias sociales (McCall, 2005) y como un nuevo campo de investigación (Chow et al., 2013). En la actualidad se encuentra en un auge de increíble producción académica (Hill Collins y Bilge, 2016, Carastathis, 2016, Crenshaw, 2016), etc. Sin embargo, en los países del sur de Europa sigue siendo una perspectiva largamente ignorada por los expertos y profesionales del derecho (Cruells y La Barbera, 2016) y no se ha establecido aún como campo de investigación. Esta contribución aspira a difundir la interseccionalidad como herramienta para el análisis crítico del derecho y las políticas públicas en España.

Bibliografía

- ANTHIAS, F. (2002), "Where do I Belong? Narrating Collective Identity and Translocational Positionality", *Ethnicities*, 2(4): 491-515.
- BARLETT, K. y HARRIS A. (1998), *Gender and Law. Theory, Doctrine, Commentary*, Aspen Law & Business, New York.
- BARRÈRE, M. (2010), "La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, 87, 225-252.
- BARRÈRE, M. y MORRONDO, D. (2011), "Subordiscriminación y Discriminación Interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45: 15-42.
- BELKHIR, J.A. (2009), "The 'Johnny's story': Founder of the race, gender and class journal", En: BERGER, M. T. y GUIDROZ, K. (coords.), *The intersectional approach: Transforming the academy through race, class, and gender*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, pp. 300-308.
- BRAH, A. y PHOENIX, A. (2004), "Ain't I a Woman? Revisiting Intersectionality", *Journal of International Women Studies*, 5(3): 75-86.
- BUSTELO, M. (2009), "Spain: Intersectionality faces the strong gender norm", *International Feminist Journal of Politics*, 11: 530-546.
- CARASTATHIS, A. (2016), *Intersectionality: Origins, Contestations, Horizons*, University of Nebraska, Lincoln.
- CARRERAS, M. (1999), "Cuando el Derecho se convierte en política: reflexiones sobre Critical Legal Studies", *Isegoría*, 21, 165-174.
- CHAMALLAS, M. (2003), *Introduction to Feminist Legal Theory*, Aspen, New York.
- CHO, S., CRENSHAW, K. y MCCALL, L. (2013), "Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis", *Signs*, 38, 785-810.
- COMBAHEE RIVER COLLECTIVE [1977] (1982), "A Black feminist statement". En: HULL, G. SCOTT, P. y SMITH, B. (coords.), *All The Women are white, all the blacks are men, but some of us are brave: Black women's studies*, New York, The Feminist Press, pp. 13-22.
- CRENSHAW, K. (1989), "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, 1, 139-167.
- CRENSHAW, K. (1991), "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, 43, 1241-1299.

- CRENSHAW, K. (2000), "Gender-related aspects of race discrimination" (EGM/GRD/2000/WP.1). Background paper for the United Nations EXPERT MEETING on "Gender and Racial Discrimination", November 21-24, 2000 Zagreb, Croatia.
- CRENSHAW, K. (2011), "Postscript". En: LUTZ, H. HERRERA VIVAR, M. T. y SUPIK, L. (coords.), *Framing Intersectionality: Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies*, Farnham, Ashgate, pp. 221-233.
- CRENSHAW, K. (2017), *On Intersectionality: Essential Writings*, the New Press, New York.
- CRENSHAW, K. et al. (coords) (1995), *Critical race theory: The key writings that formed the movement*, New Press, New York.
- CRUELLES, M. y LA BARBERA, MC. (2016), "¿Qué factores favorecen la incorporación de la interseccionalidad en la praxis jurídica?" En: LA BARBERA, MC. y CRUELLES, M., *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 529-553,.
- DAVIS, A. (1981), *Women, Race and Class*, Vintage, New York.
- EUROPEAN COMMISSION (2007), *Tackling Multiple Discrimination: Practices, Policies and Law*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2011), "EU-MIDIS, European Union Minorities and Discrimination Survey. Data in Focus Report 5: Multiple Discrimination", European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna.
- FERREE, M. (2009), "Inequality, intersectionality and the politics of discourse", En: LOMBARDO, E., MEIER, P. y VERLOO, M. (cords.), *The Discursive Politics of Gender Equality: Stretching, Bending and Policy-Making*, London, Routledge, pp. 86-104.
- GARRY, A. (2011), "Intersectionality, metaphors, and the multiplicity of gender", *Hypatia*, 26, 826-850.
- GRABHAM, E. et al. (coords.) (2008), *Intersectionality and beyond: Law, power and the politics of location*, Routledge, London.
- GREENWOOD, R. y AIDAN CHRISTIAN, A. (2008), "What happens when we unpack the invisible knapsack? Intersectional political consciousness and inter-group appraisals", *Sex Roles*, 59, 404-417.
- HANCOCK, A. (2007), "When multiplication doesn't equal quick addition: Examining intersectionality as a research paradigm", *Perspectives on Politics*, 5(1), 63-79.
- HANNETT, S (2003), "Equality at the intersections: The legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(1), 65-86.
- HARDING, S. (ed.) (2004), *The Feminist Standpoint Theory Reader: Intellectual and Political Controversies*, Routledge, New York.
- HILL COLLINS, P. (1990), *Black Feminist Thought. Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*, Routledge, London.
- HILL COLLINS, P. (1998), *Fighting Words: Black Women and the Search for Justice*. University of Minnesota Press, Minneapolis.
- HILL COLLINS, P. y BILGE, S. (2016), *Intersectionality*, Polity, Cambridge.
- HOOKS, B. (1981), *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*, South End Press, Boston.
- HULL, G., PATRICIA, S. y SMITH, B. (coords.) (1982), *All the women are white, all the blacks are men, but some of us are brave: Black women's studies*, The Feminist Press, New York.
- JABARDO, M. (2012), *Feminismos negros. Una antología*, Traficantes de sueños,

- Madrid.
- KENNEDY, D. (2006), “La Crítica de los Derechos en los *Critical Legal Studies*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 7(1), 47-89.
- KERGOAT, D. (1978), “Ouvriers=ouvrières? Propositions pour une articulation théorique de deux variables: sexe et classe sociale”, *Critiques et l'économie politique*, 5, 65-97.
- KING, D. (1988), *Multiple Jeopardy, Multiple Consciousness: The Context of a Black Feminist Ideology*, University Chicago Press, Chicago.
- LA BARBERA, MC. (2009), *Multicentered Feminism: Revisiting the “Female Genital Mutilation” Discourse*, Compostampa, Palermo.
- LA BARBERA, MC. (2011), “Feminismo “multicéntrico”. Repensando el feminismo desde los márgenes”. En: RODRÍGUEZ LÓPEZ, R. (ed.), *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, pp. 249-258, Madrid, Dyckinson.
- LA BARBERA, MC. (2012), “Intersectional-gender and the Locationality of Women in Transit”. En: BONIFACIO, G. (ed.), *Feminism and Migration: Cross-Cultural Engagements*, pp. 17-31, Dordrecht, Springer.
- LA BARBERA, MC. (2016), “Interseccionalidad, un ‘concepto viajero’: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”, *Revista InterDisciplina*, 4(8), 103–120.
- LOMBARDO, E. y VERLOO, M. (2009), “Stretching gender equality to other inequalities: Political intersectionality in European gender equality policies”. En: LOMBARDO, E., MEIER, P. y VERLOO, M. (coords.), *The discursive politics of gender equality: stretching, bending and policy-making*, London, Routledge, pp. 67-83.
- LORDE, A. (1982), *Zami: A new spelling of my name*, Persephone Press, Watertown.
- MATSUDA, M. (1991), “Beside my sister, facing the enemy: Legal theory out of coalition”, *Stanford Law Review*, 43, 1183-1192.
- McCALL, L. (2005), “The complexity of intersectionality”, *Signs*, 30, 1771-1800.
- SÁNCHEZ URRUTIA, A. y PUMAR BELTRÁN, N. (coords.) (2013). *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Universitat de Barcelona, Barcelona.
- SCHIEK, D. y LAWSON, A. (coords) (2011), *EU Non-Discrimination Law and intersectional discrimination: The triangle of disability, gender and race*, Ashgate, Farnham.
- Shields, S. (2008), “Gender: An Intersectionality Perspective”, *Sex Roles*, 59: 301–311.
- SOLANKE, I. (2009), “Putting race and gender together: A new approach to intersectionality”, *The Modern Law Review*, 72 (5), 723-749.
- SPELMAN, E. (1988), *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*, Beacon, Boston.
- UNITED NATIONS. (2000), *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, General Assembly, Official Records Fifty-fifth Session Supplement No. 18 (A/55/18).
- UNITED NATIONS. (2000), *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, General Assembly, Official Records Fifty-fifth Session Supplement No. 18 (A/55/18).
- VERLOO, M. (2006), “Multiple inequalities, intersectionality and the European Union”, *European Journal of Women’s Studies*, 13, 211-228.
- WINKER, G. y DEGELE, N. (2011), “Intersectionality as multi-level analysis: Dealing with social inequality”, *European Journal of Women’s Studies*, 18, 51-66.
- YUVAL-DAVIS, N. (2006), “Intersectionality and feminist politics”, *European Journal of Women’s Studies*, 13(3), 193-209.

Paternalismo

Paternalism

Macario Alemany
Universidad de Alicante
macario.alemany@ua.es

Recibido / received: 17/02/2017
Aceptado / accepted: 10/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3652>

Resumen

En este artículo se hace una breve descripción de un concepto de paternalismo que es central en los actuales campos del Derecho, la política y la ética. De acuerdo con el mismo, el paternalismo consiste fundamentalmente en un ejercicio de poder sobre un sujeto (o un grupo de sujetos) orientado a evitar daños a ese mismo sujeto (o grupo), siendo estos daños de tipo físico, psíquico y/o económico. Igualmente, se describen los lineamientos generales de un modelo de justificación de la intervención paternalista.

Palabras clave

Paternalismo, autonomía, perfeccionismo, benevolencia, incapacidad.

Abstract

This article gives a brief description of a concept of paternalism that would be central in the current fields of law, politics and ethics. According to it, paternalism would essentially consist of an exercise of power over a subject (or a group of subjects) aimed at avoiding damages of physical, psychic and/or economic type to the subject itself (or group). Likewise, the general guidelines of a model of justification of paternalistic intervention are described.

Keywords

Paternalism, autonomy, perfectionism, benevolence, incompetence.

SUMARIO. 1. La idea de paternalismo 2. La Definición, ejemplos y tipos de paternalismo 2.1. La discusión sobre la definición de "paternalismo" 2.2. El modo de la intervención paternalista 2.3. La finalidad de la intervención paternalista 2.4. Los sujetos de la intervención paternalista 3. La justificación del paternalismo

1. La idea de paternalismo

La idea de paternalismo se vincula a la de un poder absoluto en beneficio de aquellos sobre los que se ejerce. El paradigma de este tipo de poder benevolente es la *patria potestas* (en su concepción tradicional). Por analogía, la transposición de la relación paterno-filial a otros ámbitos, en particular al ámbito político, se considera paternalismo. La forma de poder absoluto opuesta sería aquella que se ejerce sólo en beneficio de quien ocupa la posición dominante, cuyo mejor ejemplo es la relación entre el amo y el esclavo.



La idea de paternalismo surge, por tanto, de la construcción de una analogía de relaciones con la siguiente estructura: A es a B, lo que C es a D; en la que la relación paternofamiliar se presupone bien conocida, fundamentada o legitimada (el *foro* de la analogía), de modo que permite aclarar otra relación que, en el contexto, resulta menos conocida, fundamentada o legitimada y que es la conclusión del razonamiento (el *tema* de la analogía). En la analogía paternalista, el tema es variable: la relación entre el gobernante y los gobernados (relación política), la relación entre el médico y el paciente (relación sanitaria), la relación entre el profesor y el alumno (relación académica), la relación entre el marido y la esposa (relación marital), etc. Por ejemplo, para los defensores de la monarquía absoluta, la relación entre el padre y el hijo (foro) es análoga a la relación entre el monarca y sus súbditos (tema), de modo que el rey es (metafóricamente) padre de los súbditos. A lo largo de la historia, y en los diferentes campos de la argumentación (la medicina, el derecho, la política...), esta idea básica de paternalismo se ha modulado de forma diferente. En otro lugar, he tratado de dar cuenta de lo más destacado del largo recorrido de la analogía paternalista (Alemany, 2006). En lo que sigue, explicaré el concepto de paternalismo que, a mi juicio, es central en el ámbito de la filosofía práctica de las últimas décadas.

2. Definición, ejemplos y tipos de paternalismo

2.1. La discusión sobre la definición de “paternalismo”

La discusión actual sobre la definición adecuada de "paternalismo" arranca con una serie de trabajos de los años setenta del pasado siglo y, en particular, con un artículo de Gerald Dworkin titulado "*Paternalism*". Gerald Dworkin define el "paternalismo" como un modo de acción consistente en una *interferencia en la libertad de un individuo*, motivado (o con el fin de) beneficiar o evitar daños a ese mismo individuo (Dworkin 1987: 19)¹. En el ámbito de la filosofía en lengua española, hay que destacar el artículo de Ernesto Garzón Valdés, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", donde se define al mismo en términos de "prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone la medida" (Garzón Valdés, 1988).

Anteriormente, Hart, sin pretender dar una definición precisa, había utilizado el término "paternalismo" en relación con algunos delitos que parecían orientados a "proteger a la gente de sí misma" y que, a su juicio, podían considerarse legítimos (Hart, 1963: 31). Y, todavía más atrás en el tiempo, John Stuart Mill, en su famoso ensayo *Sobre la libertad*, había defendido un principio según el cual nunca está justificado interferir en la libertad de alguien, obligándole a hacer u omitir algo, "porque sea mejor para él hacerlo así, porque ello vaya a hacerlo más feliz, porque según la opinión de los demás, hacerlo sería sabio o hasta correcto" (Mill, 1999: 68). Como vemos, tanto Gerald Dworkin como Ernesto Garzón Valdés continúan esta tradición de Mill y Hart, en la que el problema del paternalismo es tratado esencialmente como un problema de justificación de la coacción. Un ejemplo muy claro y sencillo de "interferencias en la libertad" paternalistas sería el de la obligación de llevar casco al circular con motocicleta, bajo pena de multa en caso de incumplimiento, cuando el fundamento único o principal de la regulación es evitar daños al propio motorista. Se trata, en definitiva, de luchar contra la imprudencia o la irracionalidad de quienes por no llevar casco pueden sufrir gravísimas lesiones o la muerte en caso de accidente.

¹ El artículo fue originalmente publicado en 1971.

Sin embargo, la concepción del paternalismo como una "interferencia en la libertad", "una coacción" o "un mandato o una prohibición" deja fuera usos centrales del término. Por ello, se han propuesto diversas ampliaciones de su campo de aplicación hasta el punto de que, en la actualidad, la discusión en boga sobre el tema se refiere al concepto de "paternalismo libertario" de Sunstein y Thaler, los cuales lo caracterizan precisamente por *no* interferir con la libertad de los individuos tratados paternalistamente. Para estos autores cuenta como paternalista cualquier actuación cuyo propósito principal es influir en las elecciones del grupo afectado de modo que se consiga mejorar su posición: por ejemplo, ordenar los alimentos en un bufé de modo que se incentive el consumo de los más saludables (Thaler y Sunstein, 2003).

En mi opinión, todas las definiciones propuestas presuponen que el paternalismo entraña algún tipo de relación social entre dos sujetos, que cabe caracterizar a partir del modo de la intervención y su finalidad. Como vamos a ver inmediatamente, estos tres elementos del concepto -sujetos, modo y finalidad- sirven tanto para delimitar conceptualmente el paternalismo, como para distinguir diferentes tipos de paternalismo.

2.2. El modo de la intervención paternalista

Con respecto al *modo*, como se acaba de señalar, resulta excesivamente restrictivo considerar que el paternalismo entraña siempre alguna forma de coacción o, más ampliamente, de interferencia en la libertad de acción. Piénsese en el caso del engaño o el ocultamiento de información cuando se hace por el propio bien de la persona engañada. Se trata del problema de las conocidas tradicionalmente como "mentiras piadosas": por ejemplo, la situación en la que el médico oculta la gravedad de un diagnóstico para evitar una depresión en el paciente que afecte negativamente a sus posibilidades de recuperación.

En consecuencia, al objeto de ampliar la denotación del concepto de paternalismo, se ha sostenido que el *modo* propio de la acciones paternalistas consiste en "no tomar en cuenta las preferencias o acciones" de un individuo (Beauchamp y Childress, 2001: 178), o en "interferir con la libertad de acción o libertad de información de una persona, o la propagación deliberada de desinformaciones, o hacer caso omiso de la decisión de una persona de no recibir información" (Buchanan, 1987: 62) o, incluso, que se trata sencillamente de "violiar normas morales" (Culvert y Gert, 1982: 130).

Junto a la ampliación del concepto más allá del ámbito de lo coactivo, se constata además que muchas definiciones de "paternalismo" tratan de dar cuenta de su carácter moralmente sospechoso. Habría una suerte de presunción contra el comportamiento paternalista, que podría ser vencida en determinadas circunstancias. Conviene advertir, sin embargo, que tampoco es infrecuente un uso radicalmente peyorativo del término, por el cual el mismo se reserva para denunciar un comportamiento inadecuado: este es caso, por ejemplo, entre los profesionales de la asistencia social, para quienes no ser paternalistas es una obligación deontológica.

A mi juicio, el elemento común al conjunto central de casos que se califican como de "paternalismo" es que todos ellos constituyen un *ejercicio de poder*. De esta manera, el enunciado "A ejerce paternalismo sobre B" implica el enunciado "A ejerce poder sobre B" (Alemany, 2005). El poder suele entenderse como "la capacidad que un individuo o un conjunto de individuos tiene para afectar el comportamiento (o, en sentido quizás más general, a los intereses) de otro o de

otros" (Atienza, 2001: 119). Es fácil advertir la complejidad de esta noción y, más en concreto, de la de "ejercer el poder", sobre la cual se ha generado una intensa discusión teórica cuyos puntos centrales de discrepancia, y esta es una idea en la que quiero insistir, coinciden con los puntos centrales de discrepancia sobre el concepto adecuado de paternalismo. En cuanto al *modo*, los casos sobre los que se duda de si son o no paternalismo coinciden con casos sobre los que es dudoso si se trata o no de un ejercicio de poder. Al contrario, los casos paradigmáticos de poder, la imposición por la fuerza, coinciden con los casos claros de paternalismo: el paternalismo coactivo.

En conclusión, en un extremo, tendríamos modos de acción (o de relación social) que no cabe ver como un modo de paternalismo porque no cabe verlos como el ejercicio de poder de un individuo sobre otro: por ejemplo, la persuasión racional, en la cual la pretensión de quien argumenta es que el oyente delibere y alcance la convicción en torno a las tesis presentadas, aunque el discurso esté orientado a promover los intereses del interlocutor. En el otro extremo, tendríamos modos de acción que constituyen claramente un ejercicio de poder de un individuo sobre otro que, cuando se orientan a proteger o promover los intereses del sometido, entonces son supuestos claros de paternalismo: por ejemplo, la prohibición del consumo de drogas para evitar daños a los consumidores. Entre los dos extremos, encontraremos una constelación de situaciones y modos de acción que con mayor o menor claridad merecen calificarse como ejercicios de poder y, por tanto, con la misma mayor o menor claridad merecerán denominarse "paternalistas".

El elemento del modo proporciona, además, el criterio para distinguir tipos de paternalismo, siendo la distinción más importante, a mi juicio, la que se hace entre *paternalismo coactivo* y *no coactivo*. Dentro de este último, estaría la categoría de "paternalismo libertario" a la que anteriormente se aludió.

2.3. La finalidad de la intervención paternalista

En cuanto a la *finalidad* del paternalismo, como ya se ha dicho, se trata de "beneficiar" al individuo sobre el que se ejerce el poder. Podría decirse que si el paternalismo es genéricamente un ejercicio de poder, específicamente es un ejercicio de poder orientado a beneficiar al individuo sobre el que se ejerce. En las relaciones paterno-filiales, la protección de los padres se extiende a todos los aspectos de la vida del menor, por lo que la idea de "beneficio" engloba todo tipo de intereses.

Ahora bien, fuera de este ámbito familiar, cuando se transpone el modelo de relación paterno-filial a otros ámbitos, parece importante distinguir entre acciones orientadas a *evitar daños* y aquellas orientadas a *promover un beneficio en sentido estricto*. La distinción presenta numerosas dificultades conceptuales y no es nada claro si la misma deriva o no de previas asunciones normativas, pero parece difícil prescindir de ella. El poder orientado a evitar daños sería aquel que protege intereses cuya no satisfacción produce un daño. Mientras que el ejercicio del poder orientado a beneficiar en sentido estricto promueve intereses en una medida cuya no satisfacción merece ser calificada como un *no beneficio*. A mi juicio, se trataría de paternalismo tan solo en el primer caso, cuando la finalidad es evitar daños, y en el segundo caso, cuando se trata de beneficiar, correspondería a la figura del *perfeccionismo*, que muestra un carácter maximizador e inevitablemente moralizante, en la que el ejercicio del poder se orienta a que los individuos "ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien" (Nino, 1989: 413). En consecuencia, si llamamos "A" a quien ejerce el paternalismo y "B" sobre quien se ejerce, el paternalismo consistiría en *un ejercicio de poder de A sobre B, cuando la*

motivación o la finalidad principal de A es evitar daños a B.

De acuerdo con la definición propuesta, el ámbito del paternalismo sería la protección de intereses de los individuos cuya no satisfacción implica *necesariamente* un daño. Hay dos tipos de intereses que cumplen esta condición. En primer lugar, los individuos, al desarrollar preferencias subjetivas y asumir libremente planes de vida, se vinculan a ciertos intereses que, sin embargo, pueden poner en peligro con sus propias acciones y omisiones. En segundo lugar, habría otro tipo de intereses cuya no satisfacción implica necesariamente un daño para *cualquier* individuo: me refiero a aquellos que suelen denominarse intereses del bienestar, bienes primarios, necesidades básicas, etc., que son, en definitiva, las condiciones que hacen posible la capacidad de autonomía individual. Se trata de intereses que tienen un carácter objetivo y básico. Un interés es "objetivo" para B cuando su existencia no depende de las creencias subjetivas de B y es "básico" cuando su frustración conlleva el declinar irremediable de todos los demás intereses del sujeto. Los siguientes serían intereses con estas propiedades: no sufrir dolor intenso de forma permanente, no padecer una discapacidad grave, tener la mínima educación necesaria para desenvolverse en el entorno social, disponer de una esfera mínima de libertad, etc. Y los siguientes serían ejemplos de paternalismo: imponer un tratamiento médico para evitar una seria discapacidad al paciente, hacer obligatoria la educación básica para los menores, hacer jurídicamente inalienable el derecho básico a la libertad, etc.

Suele considerarse que los daños que trata de evitar el paternalista son de tipo físico, psíquico y/o económicos (Garzón Valdés, 1988: 156). Algún autor ha señalado, sin embargo, que cabe una categoría conceptual de paternalismo moral, esto es, orientado a "evitar daños morales" (Gerald Dworkin, 2005). Pensemos, por ejemplo, en la regulación de la pornografía. Hay quienes pretenden regular el acceso a la pornografía para evitar daños psicológicos a los sujetos, generalmente menores, que les impida desarrollar una sexualidad madura; se trataría de una pretensión paternalista. Otros pueden pretender que el consumo de pornografía es una pérdida de tiempo, que forma parte de un plan de vida disvalioso y que se debe incentivar el consumo de más elevados productos de la creatividad humana: por ejemplo, de la música o la literatura. En este último caso, estaríamos ante una postura perfeccionista. Finalmente, cabría impedir el acceso a la pornografía a B con el propósito de evitar que B sufra el *daño moral* que (se supone) tal actividad entraña y, de este modo, se protege el bienestar de B. Esta categoría de paternalismo moral presenta peculiares problemas de justificación, entre ellos, y cuando se trata de paternalismo coactivo, está el que cabe dudar de la posibilidad conceptual de salvaguardar coactivamente la moral de B, presupuesto que no puede haber valor moral para B sin adhesión autónoma de B a ese valor. En todo caso, del mismo modo que parece aconsejable distinguir entre acciones paternalistas y perfeccionistas, también parece importante –como Hart insistió– diferenciar las cuestiones vinculadas a la moralidad de las vinculadas al bienestar (Hart, 1963). En particular, esta diferenciación es relevante cuando de lo que se trata es de evaluar la legitimidad de políticas en el contexto de un Estado democrático. Ello explica que, como se ha señalado, el debate sobre la justificación del paternalismo no suele extenderse a esta figura de "paternalismo moral". En lo que sigue, por tanto, consideraré que en sus casos centrales, el paternalismo constituye *un ejercicio de poder orientado a evitar daños de tipo físico, psíquico y/o económicos*.

En relación con la finalidad, también se construye la distinción entre *paternalismo puro*, cuando la única finalidad es la paternalista, y *paternalismo impuro*, cuando la finalidad paternalista viene acompañada de otras. En el ámbito jurídico, esta distinción plantea problemas, porque cuando hablamos de finalidad o

motivación en relación con una norma, ello es el resultado de una actividad interpretativa compleja sobre la misma. Como es lógico, serán más frecuentes los casos de paternalismo impuro que los de paternalismo puro en los que no cabe otra interpretación (no paternalista) de la finalidad de la norma. En la legislación contra el tabaquismo, por ejemplo, se ha defendido la norma tanto en razones de evitar daños a terceros (que no haya fumadores involuntarios), como en razones paternalistas (evitar daños a los propios fumadores voluntarios).

2.4. Los sujetos de la intervención paternalista

En cuanto a los sujetos de la relación paternalista, la característica más importante es la de la asimetría: A debe ostentar, o pretender ostentar, alguna cualidad que entraña superioridad en la situación y que tiene dos aspectos: primero, la posibilidad de afectar a los intereses de B y, segundo, saber qué le conviene a B, incluso en contra de la opinión del propio B. B, por otro lado, aparece en la relación paternalista en una situación de inferioridad, real o pretendida, que igualmente tiene dos aspectos: estar sujeto de algún modo a los efectos de la intervención de A y, en segundo lugar, mostrar algún déficit que le hace descuidar sus propios intereses.

Si la asimetría de los sujetos intervinientes es un rasgo definitorio de la relación paternalista, otras características de los mismos permitirán una clasificación de tipos de paternalismo. Así, el *patriarcalismo* sería el tipo de paternalismo ejercido por los hombres sobre las mujeres; el *paternalismo industrial* o el *patronazgo* (que constituye una importante categoría historiográfica) sería el paternalismo que ejerce el patrón sobre el obrero; el *colonialismo*, de las épocas moderna y contemporánea, sería una forma de relación paternalista entre la metrópoli y su colonia, etc. De todos ellos, quizás, los dos tipos más destacables de paternalismo atendiendo a los sujetos son el paternalismo político/jurídico y el paternalismo médico.

En el paternalismo político-jurídico, el agente A es el gobernante, la autoridad, y B es el individuo gobernado, el sujeto a la autoridad de A. En la historia del pensamiento político, se constata que, prácticamente hasta la época contemporánea, se recurre con frecuencia a la idea de paternalismo para explicar o legitimar el poder político, ya sea en relación con la forma, con los fines y/o con los límites del gobierno, puesto que se considera que tanto la forma del poder como su alcance se justifican esencialmente por la superioridad natural de los gobernantes. En el ámbito cultural europeo, realización histórica más perfecta de esta legitimación paternalista fue el despotismo ilustrado de las monarquías absolutas del siglo XVIII.

Conforme se abren paso y generalizan los ideales democráticos, la categoría de paternalismo pierde importancia, principalmente en cuanto a la discusión sobre las formas de gobierno. La democracia, en tanto que régimen fundado en la idea de autonomía, supone la negación misma del paternalismo político. Sin embargo, en el marco del respeto por el principio democrático, la idea de paternalismo (nunca extinta del todo) ha reaparecido como contrapunto de la autonomía *colectiva* –por ejemplo, en la justificación de la rigidez constitucional o del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes democráticas- y de la autonomía *individual*, caracterizando y/o justificando medidas que, de nuevo en palabras de Hart, tratan de “proteger a la gente de sí misma” (Hart, 1963: 31). Entre estas medidas protectoras, estarían las instituciones que caracterizan al Estado del bienestar: la educación obligatoria, la sanidad universal, las instituciones de previsión y seguridad social, el derecho proteccionista del consumo, la asistencia social, etc. En conclusión, visto como un modelo, ideal o principio, el paternalismo ha dejado de ser un principio fundacional o primario para convertirse en un principio derivado o secundario (Atienza, 2004).

En el paternalismo médico, por su parte, el agente A es el médico (o el profesional sanitario, en general) y B es el paciente o sus familiares o allegados. La concepción médica tradicional, desde los discursos hipocráticos hasta bien entrado el siglo XX, ha sido decididamente paternalista (Gracia, 2007). En las últimas décadas, se ha producido una evolución en la comprensión de la medicina desde este modelo hipocrático tradicional paternalista hasta el modelo predominante en la actualidad, basado en la afirmación del valor de la autonomía individual, y que suele denominarse modelo del consentimiento informado. Paralelamente a lo que se ha señalado más arriba respecto al campo político, mientras que en la concepción de la medicina tradicional paternalista el punto de partida de las argumentaciones justificantes son la naturaleza, obligaciones y prerrogativas de la profesión médica, en la concepción actual el *prius* son los derechos del paciente y el derecho del médico pasa a ser un *posterius*. Sin embargo, esto no significa que el problema del paternalismo ya esté superado. Más bien al contrario, es precisamente ahora cuando más acuciante parece tratar de sus posibilidades de justificación, en este marco de respeto por el principio de autonomía y de prioridad de los derechos de los pacientes.

También en relación con los sujetos de la relación paternalista se construyen dos importantes distinciones. La primera es entre el paternalismo que se ejerce sobre menores o sobre adultos que muestran algún déficit de capacidad y que suele denominarse “*paternalismo blando*”, frente al paternalismo que se ejerce sobre adultos capaces y que se denomina “*paternalismo duro*”. En general, se considera que la distinción entre paternalismo blando y duro equivale a la distinción entre paternalismo justificado e injustificado. Por ejemplo, Feinberg, tratando el tema desde el punto de vista jurídico y, en particular, de la legislación penal, considera que el *paternalismo duro* nunca está justificado, en el marco de lo que denomina una “constitución ideal”, y que el *paternalismo blando* no debería ser considerado verdadero paternalismo (Feinberg, 1971 y 1986).

La segunda distinción importante es entre “*paternalismo directo*” y “*paternalismo indirecto*”. El *paternalismo directo* es aquel en el que se ejerce poder sobre B directamente, sin que aparezca en el caso otra parte afectada: por ejemplo, la prohibición de consumir drogas para evitar daños al propio consumidor. El *paternalismo indirecto* es aquel en el que se ejerce el poder sobre B indirectamente por medio de ejercer directamente el poder sobre otra parte: por ejemplo, limitar la libertad de consumir drogas a B por medio de prohibir el tráfico a C; B no puede comprar drogas en un mercado legal y su situación sería, en términos hohfeldianos, respecto a ese comercio, de “no derecho”.

Por último, es necesario hacer referencia a la categoría de “auto-paternalismo”, la cual parece poner en entredicho el presupuesto, aquí asumido, de que el paternalismo consiste en una relación entre dos sujetos. En estos supuestos, el propio sujeto A pone en marcha algún mecanismo que, de algún modo, le impide o dificulta perjudicar sus propios intereses; A se protege de sí mismo. Siguiendo con el conocido ejemplo de Jon Elster, cuando Ulises pide a la tripulación que le ate y se tapen los oídos, el propio Ulises dispone las cosas de modo que se precave de ser arrastrado por el “canto de las sirenas” (Elster, 1997). Sin embargo, ya sea implicando a otros individuos (como cuando le pedimos a un amigo que no nos deje conducir si bebemos), ya sea disponiendo de algún mecanismo que dificulta o imposibilita el comportamiento peligroso (por ejemplo, el mecanismo de control de alcoholemia conectado a un vehículo, que no arrancará si el conductor ha bebido), en el auto-paternalismo siempre se constata una disociación en el sujeto A, que puede ser entre un A racional y un A irracional o, de acuerdo con una concepción compleja de la identidad individual a lo largo del tiempo, entre un A presente y un A

futuro. En este sentido, los casos de auto-paternalismo entrañan también una relación entre dos sujetos.

3. La justificación del paternalismo

En cuanto a la justificación del paternalismo, tan solo cabe hacer aquí algunas consideraciones muy generales. Lógicamente, dicha justificación se entenderá como posible o no, se planteará de un modo u otro, según qué concepción se tenga de la justificación moral en sí misma. Aquí adoptaré una perspectiva ética que deja relativamente a un lado las cuestiones de fundamentación y que asume tres postulados: uno, la prioridad no absoluta del principio de autonomía; dos, la existencia de un principio paternalista que fundamenta excepciones a algunas reglas derivadas del principio de autonomía y, tres, que la deliberación moral sobre problemas concretos debe seguir un método similar al método jurídico de la ponderación de principios constitucionales (Atienza, 2004).

El presupuesto básico de la racionalidad del comportamiento paternalista es que el sujeto B muestra algún déficit en sus capacidades cognitivas y/o volitivas, que lo pone en una situación de peligro, vulnerabilidad, incapacidad de aprovechar una oportunidad, etc. Nadie sensato ha puesto en duda que los menores, al menos los de corta edad, son incapaces en general e, igualmente, que algunos adultos (o los menores maduros) pueden sufrir una falta de capacidad en ciertas situaciones. Sin embargo, sí que se ha cuestionado seriamente que el paternalismo fuera una política coherente en relación con las personas adultas en general. Este es el fundamento de la famosa posición anti-paternalista de Mill, para quien el individuo adulto es siempre el mejor juez de sus propios intereses; una tesis que es, sencillamente, falsa.

El desarrollo de la investigación en psicología del comportamiento y en neurociencia ha promovido importantes avances en cuanto a la comprensión de las limitaciones generales de la racionalidad humana. La teoría de los sesgos y de los heurísticos de Daniel Kahneman es, quizás, la mejor ilustración de estos desarrollos (Kahneman, 2011). Se trata de la comprobación científica de errores y limitaciones *generales* en los procesos de razonamiento humano de modo que no cabe hablar propiamente de una patología. Por ejemplo, la evaluación de riesgos está en el centro de estos errores generales. Según Thaler y Sunstein, a la pregunta sobre hasta qué punto debemos preocuparnos por un riesgo, la mayoría de las personas utilizaremos lo que se denomina un "heurístico de la disponibilidad" (Thaler y Sunstein, 2009: 41ss). De acuerdo con el mismo, la probabilidad del riesgo se evalúa a partir de la facilidad con que vienen a la mente ejemplos similares: por ejemplo, la muerte de un familiar en un accidente de tráfico hará que evaluemos como mayor el riesgo de morir en la carretera. Quiere decirse que la "disponibilidad" de ejemplos cercanos provocará una lectura diferente de las estadísticas. A estas limitaciones *generales* en la racionalidad humana, se deben sumar la panoplia de limitaciones especiales que afectan a todos los individuos en las fases de desarrollo o envejecimiento, o las que afectan a determinado individuos, como, por ejemplo, los que padecen alguna enfermedad mental discapacitante.

De acuerdo con este punto de vista realista o modesto sobre la racionalidad individual, el paternalismo no supone necesariamente un insulto, un menosprecio, cuando se ejerce de forma general sobre individuos adultos. No obstante, todavía se puede objetar, como hacía Mill, que, de cualquier modo, respetar un principio anti-paternalista tiene, a la larga, mejores consecuencias. Esto es, aunque en un caso particular (para un individuo o un grupo) se pudieran evitar daños, estos daños serían menores que los beneficios de proscribir totalmente el paternalismo. Detrás

de esta tesis de Mill, más que un cálculo riguroso de utilidad (si es que este es posible), está sobre todo el miedo a otorgar un poder paternalista a los gobiernos (o a las instituciones sociales, en general) del que, con toda seguridad, abusarán.

El miedo y la desconfianza puedan jugar un papel positivo en un razonamiento, cuando son una conveniente llamada de atención sobre algunos aspectos de la realidad. Pero se tornan irracionales cuando sustituyen al razonamiento. Dado que el presupuesto del que parte el paternalista es verdadero – es verdad que no siempre los individuos saben qué es lo que más les conviene –, debemos preguntarnos en qué condiciones sería plausible aceptar una interferencia paternalista. Una vez determinadas dichas condiciones, podremos juzgar si hay más o menos probabilidades de que se satisfagan en los diferentes contextos.

La justificación del paternalismo no supone estar "contra la autonomía". La única concepción de la autonomía que sí es incompatible con cualquier forma de paternalismo justificado es aquella que la reduce a una regla de no interferencia en la esfera privada de los individuos (podría decirse que la reduce a un principio anti-paternalista, ofreciéndonos en un buen ejemplo de petición de principio). En el contexto actual, sólo cabe justificar el paternalismo en un marco general de respeto por el valor de la autonomía individual. En un nivel, la justificación del paternalismo supone una operación de ponderación entre la importancia de los daños que se trata de evitar y los costes que la interferencia puede suponer para B. Cuando se trata de paternalismo coactivo, uno de los costes a tener en cuenta será la pérdida de libertad que tal coacción entraña para B. En este nivel, podría decirse que se da una oposición paternalismo *versus* autonomía. En el campo de la bioética, por ejemplo, los principialistas Beauchamp y Childress consideran que el paternalismo justificado es el resultado de una ponderación entre el principio de autonomía y el de beneficencia, en la que este último pesa más en relación con un supuesto concreto (Beauchamp y Childress, 2001). Sin embargo, en otro nivel, que suele ser desatendido, el paternalismo justificado no se opone al valor de la autonomía, sino que entraña una realización del mismo. Como sostiene Atienza, el paternalismo es un principio secundario vinculado al principio de autonomía (Atienza, 2004). Este juego de principios permite la justificación de excepciones no al principio de autonomía, sino a algunas reglas que comúnmente se derivan del mismo. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un individuo que, estando en un servicio hospitalario de urgencias y en estado de shock, rechaza un tratamiento que necesita para vivir. Precisamente porque valoramos la autonomía individual, en las circunstancias del caso tenemos una razón para exceptuar la aplicación de la regla del consentimiento informado que nos veda llevar a cabo una intervención médica sin el consentimiento del paciente.

Sobre el presupuesto anterior, la justificación del paternalismo sigue los pasos habituales en un razonamiento de tipo ponderativo y que podríamos resumir de la siguiente manera: 1) Determinar la naturaleza y gravedad de los daños o riesgo de daños que se quiere evitar; 2) determinar el déficit de autonomía que afecta al sujeto y que está en el origen de esos daños o incremento de riesgo de daños (en un sentido muy amplio de "conducta", siempre se trata de evitar una conducta auto-lesiva); 3) determinar la naturaleza y alcance de la medida paternalista, en particular su idoneidad (orientada causalmente a evitar esos daños) y su necesidad (que no haya una alternativa preferible para evitar esos mismos daños); 4) ponderar la importancia o el peso que tiene evitar los daños en relación con la importancia o el peso que tiene la afectación a la autonomía del individuo que supone la medida paternalista. El resultado de este procedimiento no es solo la justificación de una particular acción o relación paternalista, sino también el de una regla de actuación que legitima un tipo de acción o relación y que hace explícitas las

circunstancias que se consideran relevantes.

Para terminar, debemos volver a los “miedos” de Mill a los que anteriormente se aludía y en los que hay, sin duda, un aspecto a tener en cuenta. A mi juicio, convendría añadir, por tanto, una última condición de justificación del paternalismo: que quepa pensar que B consentiría la medida paternalista en ausencia del déficit de capacidad que, en parte, justifica la misma (Alemany, 2005; en el mismo sentido, Atienza, 2004). Esta condición tiene dos dimensiones: una individual y otra social. En la dimensión individual, algunos individuos mostrarán una jerarquía de valores personal que puede cuestionar las generalizaciones en las que se suele basar el paternalista (por ejemplo, un profesional de los deportes extremos, para el que el alto riesgo forma parte de su plan de vida). En la dimensión social, la razonabilidad del paternalismo depende principalmente de la existencia y el alcance de los conflictos de intereses en la situación (por ejemplo, el paternalismo industrial se ha considerado como una forma “encubierta” de disciplinar a la mano de obra) y de la mayor o menor probabilidad de controlar que se cumplen las otras condiciones de justificación del paternalismo (por ejemplo, por medio de procedimientos de transparencia).

Bibliografía

- ALEMANY, M. (2005), “El concepto y la justificación del paternalismo”, *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 28, pp. 265-303.
- ALEMANY, M. (2006), *El paternalismo jurídico*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, M. (2001), *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, M. (2004), *Bioética, Derecho y Argumentación*, Temis Palestra, Lima.
- BEAUCHAMP, T.L. y J. F. CHILDRESS (2001), *Principles of Biomedical Ethics (Fifth Edition)*, Oxford University Press, Nueva York.
- BUCHANAN, A. E. (1987), *Medical Paternalism*. En SARTORIUS R., *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, pp. 61-82.
- CONLY, S. (2013), *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Nueva York.
- CULVER, CH. M. y GERT, B. (1982), *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, Oxford University Press, Nueva York.
- DWORKIN, G. (1987), “Paternalism”. En SARTORIUS, R. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, pp. 19-34.
- DWORKIN, G. (2005), “Moral Paternalism”, *Law and Philosophy*, núm. 24, pp. 305-319.
- ELSTER, J. (1997), *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, FCE, México.
- FEINBERG, J. (1971), “Legal Paternalism”, *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 1, pp. 106-124.
- FEINBERG, J. (1989), *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*, Oxford University Press, Nueva York.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1988), “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 5, pp. 155-174.
- GRACIA, D. (2007), *Fundamentos de bioética*, Triacastela, Madrid.
- HART, H. L. A. (1963), *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press.
- KAHNEMAN, D. (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York.
- MILL, J. S. (1999), *Sobre la libertad*, trad. Pablo de Azcárate, Alianza Editorial, Barcelona.
- NINO, C.S. (1989), *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona.
- THALER, R. H. Y SUNSTEIN C.S. (2003), “Libertarian Paternalism”, *American*

Economic Review, núm. 93, vol. 2, pp. 175-179.
THALER, R. H. y SUNSTEIN, C. S. (2009), *Un pequeño empujón (Nudge)*, Taurus, Madrid.

Ponderación

Balancing

Jorge Alexander Portocarrero Quispe
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
jorgeportocarrero1@gmail.com

Recibido / received: 11/02/2017
Aceptado / accepted: 04/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3653>

Resumen

La voz “ponderación”, como ocurre con muchas palabras del lenguaje usual, es ambigua, es decir, dicha voz es empleada por distintos hablantes, en distintos contextos, para referirse a distintas cosas. Ponderar puede ser entendido en algunos contextos como la acción de sopesar intereses o relaciones costo-beneficio, mientras que en otros contextos se la entiende como una estructura de interpretación de normas con carácter de principio. Es esta última acepción la que será abordada en el presente artículo. La ponderación se define como una estructura metodológica empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio, esto es, normas cuyo mandato de deber ser es factible de ser cumplido en grados. Su aplicación siempre está enmarcada dentro de un caso concreto en el cual dos o más principios jurídicos entran en conflicto respecto a cuál de ellos es el que ha de ser aplicado para resolver la problemática concreta. Al ser únicamente una estructura metodológica y no un criterio material, la ponderación se limita a poner en relación los argumentos en favor y en contra de la aplicación de los principios en conflicto al caso concreto, mientras que el contenido y valor material de dichos argumentos no son aportados por la estructura de la ponderación, sino que se derivan de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso. La ponderación se compone de cuatro etapas argumentativas: la ley de ponderación, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas de argumentación (o prioridades *prima facie*).

Palabras clave

Ponderación, argumentación jurídica, teoría de los principios, derechos fundamentales, interpretación constitucional, principios formales.

Abstract

The term “balancing”, as it is the case of many words from the ordinary language, is an ambiguous term, i.e. this term is used by different speakers in different contexts with different meanings. Balancing could be understood in some contexts as the action of weighing interests or cost-benefits relationships, in some other contexts balancing is understood as a interpretative structure of legal principles. On this last meaning will turn the following considerations. The balancing is a methodological structure applied to justify conditional priority relations between colliding legal principles, i.e. norms whose legal command can be fulfil in grades. Applying balancing always depends on the circumstances of a case in which two or more legal principles are in conflict about which of them should be the suitable criteria to be used to solve the specific problematic of the case. The balancing must be understood just as an interpretative structure and not as a material criteria, since it is limited to put in a comparative relationship the arguments for and against the use of each the colliding legal principles involved in the case; the content and material value of these arguments are not given by the structure of the balancing but from the factual and legal circumstances of each case. The balancing consists of four argumentative stages: the law of balancing, the weight formula, the law of competing principles and the burden of argumentation (or *prima facie*

priorities).

Keywords

Balancing, legal argumentation, theory of principles, constitutional rights, constitutional interpretation, formal principles.

SUMARIO. 1. El trasfondo teórico de la teoría de la ponderación. 2. El concepto de ponderación. 3. La estructura de la ponderación. 3.1. La ley de ponderación. 3.2. La fórmula del peso. 3.3. La ley de colisión. 3.4. Las cargas de argumentación. 4. Objeciones a la ponderación. 5. Conclusión.

1. El trasfondo teórico de la teoría de la ponderación

La teoría de la ponderación tiene dos fundamentos teóricos básicos: la teoría de los principios y la distinción teórico-normativa entre reglas y principios. En ese sentido, el empleo del procedimiento ponderativo para la resolución de casos concretos presupone necesariamente asumir implícita o explícitamente la corrección de dichos fundamentos teóricos.

A nivel de la filosofía del derecho, el planteamiento teórico que subyace a la ponderación es la teoría de los principios. Dicha teoría se opone al positivismo jurídico, dado que cuestiona los postulados positivistas cuando asumen que el concepto de derecho se reduce, o bien solo a la idea de norma válidamente emitida conforme al ordenamiento jurídico (Kelsen, 1983, pp. 81 y ss), o bien a que el concepto de derecho está compuesto por la validez conforme al ordenamiento jurídico y por la eficacia que las normas jurídicas tengan en la sociedad (Hart, 1963, pp. 113 y ss.). Asimismo, la teoría de los principios también se opone el postulado iusnaturalista que reduce la validez del derecho a la corrección moral o de justicia de las normas jurídicas (Finnis, 2000, p. 390). La teoría de los principios parte de la idea de que el concepto de derecho debe integrar a los postulados positivistas con la idea de corrección práctica o de justicia, es decir, que el concepto de derecho debe ser entendido como una relación equilibrada entre la legalidad conforme al ordenamiento jurídico, la eficacia social de las normas y la corrección de justicia (Dreier, 1986, p. 896). Por tanto, la teoría de los principios presupone la necesidad de conectar al derecho con la moral. La ponderación no es más que un esquema metodológico planteado por la teoría de los principios para resolver problemáticas concretas que requieran tener en cuenta los tres elementos del concepto de derecho para su solución.

De otro lado, desde la perspectiva de la teoría de las normas, el planteamiento teórico que subyace a la ponderación es la distinción entre reglas y principios como sub-tipos de norma (Dworkin, 1984, pp. 72 y ss; Alexy, 1979, pp. 63 y ss.). Mientras que las reglas contienen un mandato de deber ser definitivo, es decir, o bien se cumple con lo prescrito por ellas o bien no se cumple con ello; el mandato de deber ser de los principios no es definitivo, puesto que dicho mandato puede ser cumplido en grados. El cumplimiento del mandato de deber ser de los principios ha de ser realizado en la mayor medida posible, en función a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto; es por ello que los principios son mandatos de optimización (Alexy, 2007a, p. 67)

La pregunta que surge en este punto es la siguiente: ¿qué normas jurídicas pueden ser clasificadas como principios? En general, el concepto de “norma” no solo es aplicable al derecho; este puede hacer referencia también a normas en órdenes éticos, religiosos o sociales. Por tanto, el término “norma” es un vocablo de uso común dentro de lo que son las ciencias prácticas. Ahora bien, la teoría de los

principios reconoce a dos tipos específicos de norma como poseedoras de una estructura de principio jurídico: los derechos fundamentales, tanto derechos individuales como los derechos sociales (en este sentido veáse también ARANGO, 2005, pp. 37 y ss.); y los bienes colectivos constitucionalizados (Alexy, 2007a, p. 86; Borowski, 2007, p. 52). La teoría de los principios entiende a los derechos fundamentales como principios, debido a que el contenido material prescrito por ellos no puede ser cumplido de manera total, dado que ello haría impracticable realizar limitaciones a los ámbitos de protección de tales derechos en casos concretos. Es por ello que los derechos fundamentales requieren ser cumplidos en grados, tomando para ello en cuenta las circunstancias del caso concreto que entran en conflicto con otros derechos fundamentales. La teoría de los principios también adscribe la calidad de principio jurídico a los bienes colectivos constitucionalizados (Kleiber, 2014, pp. 121 y ss.). Dichos bienes pueden ser definidos como aquellos intereses generales reconocidos en la Constitución que se caracterizan por no poder ser distribuidos entre individuos particulares y por tener un contenido material cuyo cumplimiento debe ser realizado en la mayor medida posible. En ese sentido, los bienes colectivos constituyen intereses de titularidad difusa reconocidos en la Constitución, y que poseen un contenido indivisible factible de ser cumplido en grados. Como ejemplos de bienes colectivos podríamos tener a la protección del medio ambiente, la seguridad pública, la funcionalidad del sistema de justicia, la protección del consumidor, aseguramiento alimenticio, salud pública, lucha contra el desempleo, etc. La ponderación, por tanto, no solamente se aboca a valorar conflictos entre derechos individuales fundamentales, sino que también tiene un rol en la valoración de derechos sociales fundamentales y de bienes colectivos constitucionales.

2. El concepto de ponderación

La definición de un objeto está conformado tanto por los elementos necesarios que hacen que dicho objeto sea lo que es y que no sea otra cosa (aspecto formal del significado), así como por el uso que se da a dicho concepto (concepto pragmático del significado). Para poder aplicar estas cuestiones a la problemática del concepto de la ponderación se hace necesario identificar cuáles son los elementos constitutivos de la definición o concepto de ponderación a la cual pretendemos referirnos, y cuál es el uso que se viene dando a dicho concepto en el ámbito de la ciencia jurídica.

El primer elemento constitutivo de la definición de ponderación lo conforma la idea de ser una estructura argumentativa. En efecto, la ponderación, así como la subsunción, son estructuras que organizan argumentos y los ponen en relación los unos con los otros (Portocarrero, 2016, pp. 71 y ss.). En ese sentido, la ponderación no es un criterio material que confiere directamente contenido objetivo a los principios a ser comparados. El segundo elemento constitutivo de la definición de ponderación consiste en la idea de que ella forma parte de la metodología de la ciencia jurídica en tanto esta no se limite a reconocer como estándar normativo a las reglas, sino que también reconozca a los principios. El tercer elemento consiste en su función específica, esto es, justificar una relación de prioridad condicionada. Cada vez que se emplea la ponderación, en el sentido que pretendemos definirla, se busca justificar por qué se confiere prioridad a uno de los principios enfrentados en detrimento de otro, empleando para ello el peso argumentativo que tiene cada uno de ellos. La determinación de dichos pesos argumentativos se deriva de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto, es decir, en base a los hechos del caso y tomando en consideración a los otros principios que forman parte del mismo. Si la ponderación pudiese ser empleada en abstracto y no en función a casos concretos, ella no sería más que un recurso retórico que serviría para

justificar una jerarquización arbitraria de unos principios por encima de otros.

Ahora bien, una vez tenemos identificados los elementos formales que permiten definir a la ponderación, es necesario tomar en consideración al elemento pragmático, referido al uso que se le da al concepto ponderación en determinados contextos. La definición de ponderación que se ha venido empleando en el contexto del *civil law* (tradición romano-germánica) se corresponde con la definición formal que ha sido desarrollada líneas arriba. Sin embargo, dicha definición no se corresponde necesariamente con el sentido o intención que se le ha venido atribuyendo al vocablo inglés “*balancing*” (traducción literal de ponderación o *Abwägung* al inglés) en el contexto del *case law* norteamericano. Si bien ponderación y *balancing* comparten el *genus proximum* referido a la comparación de magnitudes con el objetivo de determinar cuál de ellas ha de ser la decisiva en un caso concreto, no comparten la *differentia specifica* referida a qué es lo que se compara. Mientras que la ponderación en el *civil law* se refiere a principios jurídicos como sub-tipo de norma, en la ponderación o *balancing* en el contexto del *case law* norteamericano el objeto de la ponderación son los intereses (económicos, políticos, éticos, etc.) de las partes enfrentadas en un caso concreto (Cardozo, 1921, pp. 98 y ss.). La ponderación no es entendida en el *case law* norteamericano como una estructura de interpretación de normas con carácter de principios, sino como un criterio material que aspira a proporcionar respuestas materialmente correctas en base al análisis de los intereses en juego (Aleinikoff, 1987, p. 945). Por tanto, para definir al término “ponderación” es necesario identificar claramente el contexto en el cual se hace uso del mismo para evitar problemas de ambigüedad, así como para analizar de una mejor manera sus virtudes y limitaciones (Bomhoff, 2013, pp. 2 y ss.). De lo contrario, se estaría corriendo el riesgo de dirigir objeciones en contra de una de las acepciones del término “ponderación”, cuando en realidad se hace referencia a otra.

En consecuencia, es posible definir al uso que damos a la palabra ponderación en el contexto del *civil law* como una estructura metodológica de la ciencia jurídica, empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio en casos concretos. El procedimiento ponderativo siempre se realiza en función a casos concretos y nunca en abstracto, dado que el principal objetivo de la ponderación es poder servir de instrumento para asignar un peso a los argumentos a favor y en contra de la prioridad de cada uno de los principios enfrentados en función a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso.

3. La estructura de la ponderación

La ponderación se conforma de cuatro etapas interpretativas, a saber: la ley de ponderación, la fórmula del peso, la ley de colisión y las cargas de argumentación a favor del resultado de la ponderación. La ponderación, para ser entendida en su totalidad, debe ser vista como la conjunción de estos cuatro elementos, evitando reducirla únicamente a la ley de ponderación o la fórmula del peso.

3.1 La ley de ponderación

La ley de ponderación es el punto de partida y marco estructural del procedimiento ponderativo, a partir de ella se deducen la fórmula del peso y sirve de punto de referencia para la ley de colisión y las cargas argumentativas. La ley de ponderación puede ser definida como un enunciado condicional que pone en relación de implicación recíproca a dos principios (o grupo de principios) con otro. Su formulación es la siguiente:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2007, p. 351).

A partir de la ley de ponderación podemos deducir tres elementos básicos de la misma: primero, la necesidad de determinar el grado de afectación o intervención en el principio afectado; segundo, necesidad de determinar el cuán importante es satisfacer al principio afectante; y por último, la necesidad de determinar si el grado de satisfacción del principio afectante justifica la afectación o intervención del principio afectado.

El determinar los pesos o grados en que un principio se ve afectado o cuán importante es satisfacer al principio contrapuesto en el caso concreto, presupone necesariamente una escala que permita ordenar racionalmente dichas intensidades o grados. Para este fin, la ponderación recurre a la denominada escala de afectación. Según dicha escala, la afectación en un principio se obtiene a partir de la valoración de cuán grave se vería afectado dicho principio de no concedérsele prioridad ante el principio que se le contrapone en el caso concreto, es decir, si la afectación en este principio fuese simplemente admitida sin mayor consideración. Del mismo modo, la importancia de satisfacción de un principio se obtiene a partir de la valoración de cuán importante es en el caso concreto cumplir con lo prescrito por dicho principio, es decir, cuán grave sería para este principio el no cumplir con su mandato de deber ser. La escala de afectación plantea estructurar en grados ascendentes la afectación y la importancia de satisfacción de los principios contrapuestos; tales grados ascendentes se ordenan en función a tres grados: afectación leve, afectación moderada y afectación grave. Ciertamente, es posible pensar en grados intermedios entre estos tres grados básicos, lo cual daría lugar a grados de afectación leve-leve, leve-moderada, leve-grave, medio-leve, moderada-moderada, moderada-grave, grave-leve, grave-moderada y grave-grave; es más, podría seguir pensándose en seguir refinando la escala; sin embargo, ello se enfrenta al límite del propio conocimiento humano, frontera que representa a la principal limitación que afecta no solo a la ponderación, sino todo tipo de juicio epistémico.

Un aspecto adicional de la escala de afectación se refiere a la representación matemática de los valores que han de ser determinados en los grados de intensidad. La teoría de la ponderación emplea una representación matemática con el objetivo de formalizar la fórmula. Ciertamente, los números solo representan a los argumentos, mas no los reemplazan. Para representar matemáticamente a los grados de afectación e importancia de satisfacción se recurre a una escala discreta o limitada ascendente, es decir, una escala que no contenga niveles diferenciados infinitos, sino que limite a niveles de afectación como leve, moderado y grave. Ahora bien, es posible expresar dichos niveles, o bien mediante una progresión aritmética, o bien mediante una progresión geométrica. La progresión aritmética debe ser dejada de lado, ya que la distancia constante entre los valores que le está aparejada ($n+1$) no puede expresar la creciente intensidad exponencial de la afectación de los principios contrapuestos. Alexy afirma que la progresión geométrica es la que mejor expresa este fenómeno, ya que en ella las distancias entre los valores crecen exponencialmente. “Esta serie [progresión] se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución” (Alexy, 2007a, p. 147; 2007b, pp. 363 y s.).

La combinación de la progresión geométrica y la escala discreta dan lugar a las siguientes representaciones matemáticas: leve: 2^0 , moderado: 2^1 , grave: 2^2 , es decir 1, 2, y 4 (Alexy, 2007b, p. 365).

Con base a estas consideraciones se puede dar solución a la problemática de la medición y la determinación de escalas en la ponderación. La medición se realiza a través de secuencias ordinales; la determinación de las escalas se realiza con la ayuda de escalas limitadas o discretas, las cuales se manifiestan través de progresiones geométricas.

En conclusión, la ley de ponderación postula poner en una relación de mutua implicación a la intensidad de afectación y de importancia de satisfacción del principio P_i y el principio P_j , respectivamente, empleando para ello la escala triádica de grados leves, moderados y graves; grados que pueden ser representados mediante números, empleando una combinación entre una escala discreta y una progresión geométrica, a fin de valorar si el grado de afectación en un principio se justifica en la importancia de satisfacer al principio contrapuesto. Para poder visualizar y ordenar el razonamiento, la ley de ponderación recurre a la fórmula del peso.

3.2 La fórmula del peso

La fórmula del peso no es otra cosa que la expresión de la ley de ponderación en forma de un cociente matemático. En la fórmula del peso se pondrán en relación los valores determinados en base a la escala triádica de grados leve, medio y grave. El resultado que sea obtenido a partir de este cociente será el peso concreto de los principios en conflicto dentro de los límites del caso concreto. Para efectos de formalización, expresaremos dicho peso resultante en el caso concreto como: G_{ij} . Ahora bien, la fórmula del peso pone en relación tres variables respecto a cada uno de los principios contrapuestos. Por el lado del principio afectado P_i estas variables son: la intensidad de afectación I_i , el peso abstracto G_i y la seguridad epistémica respecto de las premisas que justifican la afectación S_i . Por el lado del principio afectante P_j estas variables son: la importancia de satisfacción I_j , el peso abstracto G_j y la seguridad epistémica respecto a las premisas que justifican la importancia de satisfacción S_j .

La forma más simple de representar la ponderación, cuando en el caso concreto no son relevantes consideraciones relativas al peso abstracto de los principios enfrentados ni el grado de seguridad epistémica respecto a la afectación y la importancia de satisfacción, se reduce únicamente a la comparación de los valores correspondientes a la intensidad de afectación en el principio P_i y la importancia de satisfacción del principio P_j . La forma de representar esta relación es la siguiente:

$$G_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

Las variables representadas en este cociente serán reemplazadas por uno de los valores obtenidos a partir de la escala triádica, es decir, leve, moderado o grave. Estos valores, en función a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, pueden ser a su vez reemplazados por los valores de la progresión geométrica, es decir, leve: 2^0 , moderado: 2^1 , y grave: 2^2 .

La siguiente variable que puede ser tomada en consideración dentro de la fórmula del peso es la variable correspondiente al peso abstracto. "El peso abstracto

de un principio P_i es el peso que se le asigna a P_i en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto” (Alexy, 2007b, p. 358). Sin embargo, es importante acotar que cuando se emplea la ponderación para interpretar derechos fundamentales, los pesos abstractos no son relevantes. En efecto, todos los derechos fundamentales al deducirse de la dignidad humana, tienen el mismo peso abstracto y se encuentran, en principio, a un mismo nivel. Por lo tanto, al momento de construir la fórmula del peso en un caso concreto, se dejan de lado las consideraciones relativas a los pesos abstractos. Los pesos abstractos cobran relevancia en casos donde se emplee la ponderación para interpretar la relación entre principios distintos a los derechos fundamentales, como por ejemplo algún otro tipo de dignidad no humana o cuando en algún contexto social se priorice algunos bienes sociales por encima de la dignidad humana (Teifke, 2011, p. 165). La notación para el peso abstracto será G_i cuando sea relativa al principio P_i , mientras que será G_j cuando sea relativa al principio P_j . A dichas variables también le serán aplicables los valores de la escala triádica, tal como fue expuesto en lo referente al grado de intensidad de la intervención o de la importancia de satisfacción.

La fórmula del peso adoptaría entonces la siguiente forma:

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

La tercera y última variable a considerarse en la fórmula del peso es la denominada seguridad de las premisas epistémicas, la cual hace referencia a la seguridad epistémica que se tenga respecto de la afectación del principio P_i y la importancia de satisfacer al principio P_j . La certeza de las premisas epistémicas se expresa en la fórmula del peso mediante la variable “S”. El grado de certeza de las premisas epistémicas, que subyacen al principio P_i , será expresada mediante la variable S_i . De otro lado, el grado de certeza de las premisas epistémicas que subyacen al principio P_j serán expresadas mediante la variable S_j . Los grados de seguridad de las apreciaciones epistémicas respecto de I_i e I_j se obtienen a través de la llamada segunda ley de ponderación, misma que tiene la siguiente formulación:

“Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (Alexy, 2007a, pp. 553 y ss.; 2007b, pp. 370 y ss.).

Los posibles valores que se pueden adscribir a la variable “S” también pueden ser determinados empleando una escala triádica. Alexy sostiene que existen tres grados posibles para tal escala, específicamente los grados: seguro (g), plausible (p) y no evidentemente falso (e) (Alexy, 2007b, p. 370). Estos grados van desde un alto grado de certeza epistémica hasta un grado en el que la certeza epistémica es tan baja que las premisas no son evidentemente falsas. Los números que expresan los grados crecientes de seguridad epistémica son: 2^0 para “seguro”, 2^{-1} para “plausible” y 2^{-2} para “no evidentemente falso”.

Con ello la notación completa de la fórmula del peso sería la siguiente¹:

¹ Existe una versión “refinada” de la notación completa de la fórmula del peso, que ha venido siendo postulada por los teóricos de los principios (Klatt/Schmidt, 2010, pp. 49 y ss.; Portocarrero, 2014, pp. 163 y ss.), y que recientemente ha sido asumida por Alexy (Alexy, 2014, p. 514). Dicha reformulación plantea la necesidad de subdividir la variable “S” en dos sub-variables “S^e” y “Sⁿ”, las cuales están

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Reglas del exceso en la fórmula del peso:

- (1) La afectación es desproporcionada cuando: $G_{ij} > 1$
- (2) La afectación es proporcional cuando: $G_{ij} < 1$

Para comprobar la forma en que opera la fórmula del peso, Alexy recurre a una decisión tomada por el Tribunal Constitucional Federal, específicamente el famoso caso TITANIC². Este caso es adecuado para aclarar los aspectos metodológicos de la fórmula del peso, dado que se trata de una colisión entre dos principios: el principio de la libertad de expresión (Art. 5, párrafo 1, enunciado 1 de la Constitución alemana) y el derecho general a la personalidad (Art. 2, párrafo 1, en concordancia con el Art. 1, párrafo 1 de la Constitución alemana). La muy difundida revista satírica TITANIC, en una de sus ediciones, se había referido a un soldado reservista tetrapléjico en un primer momento como “nacido para matar” y, posteriormente, en una edición distinta, como “tullido”. El Tribunal de Apelaciones de Düsseldorf sentenció a TITANIC al pago de una indemnización pecuniaria a favor del soldado reservista por un monto de 12.000 Marcos Alemanes. La revista TITANIC presentó un recurso de agravio constitucional en contra de esta decisión. El Tribunal Constitucional Federal, a fin de resolver la controversia, realizó una “ponderación en función al caso concreto”³ entre el derecho a la libertad de expresión, que favorecía a los redactores de la revista implicados, y el derecho general a la personalidad del soldado reservista. El análisis del grado de afectación de los principios contrapuestos se realizó recurriendo a una escala triádica. La imposición de la indemnización fue considerada como una afectación grave al derecho a la libertad de expresión, que disminuía a futuro la capacidad para la revista de poder hacer uso de este derecho⁴. La denominación “nacido para matar” fue catalogada como una afectación leve al derecho a la personalidad del soldado, ya que en el lenguaje propio de la revista TITANIC el empleo de esas palabras “evidenciaba una expresión poco seria que recurría a un juego de palabras y expresiones necias”⁵. Sin embargo, la expresión “tullido” fue valorada de otra manera. Dicha palabra ya no sería un juego de palabras poco serio, sino que se trataría claramente de un insulto denigrante. El Tribunal Constitucional Federal considera que esta expresión implicaba una afectación especialmente grave al derecho a la personalidad del soldado⁶.

De acuerdo con la escala triádica, se asignará a la afectación grave al derecho a la libertad de expresión (P_i) un valor de 2^2 , mientras que a la afectación moderada al derecho a la personalidad del soldado (P_j) respecto a la expresión “nacido para matar” se le asignará un valor de 2^1 . Finalmente, la expresión “tullido”,

referidas a la seguridad de las premisas epistémicas de tipo empírico y a la seguridad de las premisas epistémicas de tipo normativo, respectivamente. La configuración actual de la fórmula del peso según la teoría de los principios es la siguiente:

² BVerfGE 86, 1.

³ BVerfGE 86, 1 (11).

⁴ BVerfGE 86, 1 (9).

⁵ BVerfGE 86, 1 (11).

⁶ BVerfGE 86, 1 (13).

al ser una afectación grave al derecho a la personalidad del soldado, recibirá un valor de 2^2 . Estos valores pueden ser incluidos en la fórmula del peso conjuntamente con consideraciones sobre los pesos abstractos de los principios contrapuestos, así como con la certeza de las premisas epistémicas subyacentes a las afectaciones. En el caso TITANIC, los principios contrapuestos poseen un peso abstracto igual y por tanto no ejercen influencia alguna en el resultado final, ya que se neutralizan mutuamente (Alexy, 2007 b, p. 369). Al recurrir al grado de certeza de las premisas epistémicas se permitirá determinar qué implica cada una de las decisiones parciales de no realización para la realización del principio contrapuesto. En el presente caso, la certeza de las premisas epistémicas que subyacen a ambas afectaciones es segura, es decir: 2^0 . En consecuencia, ambos valores se neutralizan mutuamente debido a que son equivalentes. Con ello, la versión final de la fórmula del peso a aplicar respecto a la expresión “nacido para matar” sería la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{4}{2} = 2$$

De acuerdo con las reglas del exceso de la fórmula del peso, la afectación es desproporcionada cuando: $G_{i,j} > 1$ (es decir $G_j < G_i$).

Debido a que el peso del principio P_i (libertad de expresión) respecto a la expresión “nacido para matar” es mayor a 1, la afectación a este principio (la sanción pecuniaria) es desproporcionada.

Caso distinto es el de la denominación “tullido”. Mientras que la afectación del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión (P_i) es plausible (2^{-1}), la afectación del ámbito de protección del derecho a la personalidad (P_j) es segura (2^0). En consecuencia, la fórmula del peso tendría la siguiente configuración:

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot \frac{1}{2}}{4 \cdot 1} = 0,5$$

Según las reglas del exceso de la fórmula del peso, la afectación al ámbito de protección es proporcional cuando: $G_{i,j} \leq 1$ (es decir $G_j \geq G_i$).

Debido a que el peso del principio P_i respecto a la expresión “tullido” es menor a 1, se entendería que, según las reglas del exceso de la fórmula del peso, el recurso de agravio constitucional presentado por TITANIC no tuviese éxito en este extremo (Alexy, 2011, p. 13). Esto significa que la afectación en el derecho a la libertad de expresión de la revista TITANIC a través de la imposición del pago de la indemnización a causa de la expresión “tullido” había sido proporcional.

3.3 La ley de colisión

La ley de colisión es la representación formalizada del resultado de una ponderación. La ley de colisión expresa una relación de precedencia condicionada entre dos principios jurídicos que genera una regla aplicable al caso concreto. En ese sentido, toda ponderación desemboca en una regla particular en función a la cual se subsumirán las circunstancias del caso concreto. El enunciado de la ley de colisión enuncia:

“Si el principio P_i en las circunstancias particulares C, tiene precedencia sobre el principio P_j : $(P_i \mathbf{P} P_j)C$, y si el principio P_i , en

las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ " (Alexy, 2007b, p. 75).

La regla que expresa la relación de prioridad condicionada de la ley de colisión se deja formalizar de la siguiente manera:

$$(P_i \mathbf{P} P_j)C \rightarrow R^7.$$

En consecuencia, el caso se subsumirá a la regla $C \rightarrow R$. Esto significa que la ley de colisión es el punto en el cual se intersecan la ponderación y la subsunción. Por tanto, las críticas que sostienen que el proceso ponderativo representa una renuncia al proceso de subsunción carecen de fundamento. Al contrario, la ponderación presupone necesariamente a la subsunción. Ella se inicia con las dos subsunciones iniciales que permiten identificar los derechos fundamentales o bienes colectivos que están en conflicto en el caso concreto; y desemboca en una, que vendría a ser la subsunción en función del derecho fundamental que se ha identificado como el que goza de prioridad en el caso concreto luego de haber aplicado la ponderación.

La ley de colisión representa, además, un argumento a favor de la distinción entre reglas y principios. Los conflictos entre reglas no implican establecer una relación de prioridad condicionada, sino una relación de prioridad de tipo incondicionada. Por ello las reglas siempre prescriben una solución determinada para un caso, independientemente de las circunstancias particulares del caso concreto. De otro lado, las colisiones entre principios presuponen una relación de prioridad condicionada para su solución. Bajo determinadas circunstancias un principio puede desplazar a otro, aunque bajo otras circunstancias puede ocurrir lo contrario. La relación de prioridad condicionada también está vinculada intrínsecamente con el carácter *prima facie* de los principios. Los principios no contienen un mandato definitivo, sino sólo uno de tipo *prima facie*.

3.4 Las cargas de argumentación

Las cargas de argumentación son, por un lado, una exigencia de fundamentación y, por otro, una razón en favor del respeto a los precedentes. Son una exigencia de fundamentación porque exigen que las afectaciones a principios jurídicos, derechos fundamentales o bienes colectivos, se encuentren en una relación directamente proporcional con la solidez de los argumentos que las justifiquen. "Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental" (Bernal, 2007, p. 789). De otra parte, la carga de argumentación es una razón a favor del respeto a los precedentes. Ella establece la exigencia de presentar argumentos suficientes para poder apartarse de un precedente. Es decir, si dos casos son idénticos o análogos, la carga de argumentación exige que, de no existir

⁷ El símbolo "P" representa al operador de preferencia, que expresa la prioridad condicionada del principio P_i por sobre el principio P_j . La letra "C" representa las circunstancias del caso concreto que subyacen a la relación de prioridad. Finalmente, la letra "R" simboliza a la regla particular que se origina a partir de la ponderación del caso concreto y $C \rightarrow R$ representa a la relación que deberá aplicada a casos futuros, a no ser que existan razones sólidas que exijan lo contrario.

argumentos suficientes que justifiquen una solución distinta, los casos idénticos o análogos deben ser resueltos de la misma manera, conforme a la regla originada en una ponderación previa.

Con ello, las cargas de argumentación muestran un aspecto dinámico y otro estático. El aspecto dinámico está referido a la posibilidad de intervenir en el ámbito protegido de los principios jurídicos a través de argumentos suficientes que no impliquen desproporción. El aspecto estático está referido a la formación de una fuerza estabilizadora de las decisiones jurídicas, dado que ellas deberán de mantenerse inalteradas en casos futuros que sean idénticos o análogos en tanto y en cuanto no existan argumentos que justifiquen su cambio. “Quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga argumentativa en su contra” (Alexy, 2007a, p. 493; 2007b, p. 265).

Este aspecto de las cargas de argumentación expresa la universabilidad de la relación de prioridad condicionada resultante de la ponderación. En efecto, la regla que afirma la precedencia de P_i ante P_j en determinadas circunstancias C no solamente es válida para el caso concreto, sino que para todos los demás casos en que ambos principios vuelvan a colisionar bajo las mismas circunstancias C , en tanto no existan razones suficientes, referidas al caso, que justifiquen una decisión diferente.

4. Objeciones a la ponderación

Las objeciones dirigidas en contra de la ponderación apuntan principalmente a la posibilidad de justificar racionalmente intensidades de afectación entre los principios en liza (Habermas, 2008, pp. 332 y ss), a que en realidad la ponderación sólo es un criterio usado para expresar la subjetividad del intérprete (Schlink, 2001, pp. 445 y ss), a que por su naturaleza argumentativa deviene en un mero recurso retórico útil para encubrir la arbitrariedad del intérprete (Leisner, 1997, p. 172; De Lora, 2000, pp. 263 y ss; García, 1997, p. 71), a la inconmensurabilidad de las magnitudes a ser comparadas en ella (Moreso, 2009, p. 313; Webber, 2009, p. 91), y sobre todo al efecto negativo que la ponderación y la teoría de los principios tendrían para el Estado democrático de derecho (Böckenförde, 1991, p. 190).

Dichas objeciones tienen como denominador común la idea de la irracionalidad del procedimiento ponderativo. He abordado esta problemática ampliamente en otro lugar (Portocarrero, 2016, pp. 110 y ss). Aquí basta indicar que la racionalidad de la ponderación se deriva de su estructura, misma que está limitada a poner en relación de mutua implicación a normas con carácter de principio; así como del hecho de que es posible, en función al discurso práctico, determinar racionalmente grados de afectación para la intensidad de afectación y para la importancia de satisfacción de los principios en liza. Respecto a la crítica referida a que la metodología de la ponderación y el entender a los derechos fundamentales como principios a ser optimizados conlleva al efecto negativo de relativizar y debilitar la autoridad de los órganos democráticos, tal crítica sería acertada si la teoría de los principios no incorporase algún elemento teórico que justifique reconocer márgenes de discrecionalidad para la toma de decisiones. Dicho elemento teórico son los llamados principios formales (Afonso Da Silva, 2003, pp. 145). Los principios formales son mandatos de optimización, que exigen que las decisiones autoritativas sean acatadas en la mayor medida posible y en función a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto (Sieckmann, 1990, p. 148; Portocarrero, 2014, p. 237). La autoridad del legislador democrático, la cual le permite tomar decisiones orientadas a satisfacer las necesidades de la sociedad que lo ha elegido para tal función, es respaldada por un principio formal que exige que

esa decisión sea respetada en la mayor medida posible, independientemente de su corrección interna o de moralidad. El único límite para el ámbito de discrecionalidad autoritativa respaldada por los principios formales es el límite de la injusticia extrema e intolerable (Radbruch, 1971, pp. 13 y s). De esta manera, los principios formales confieren a la teoría de los principios la sólida base autoritativa que los críticos no identifican en ella.

5. Conclusión

Para entender, emplear y objetar a la ponderación es necesario conocer el substrato teórico y metodológico en el que ella se enmarca. La ponderación no aspira a dar respuestas únicas e incontrovertibles, pero aspira a lograr, en la mayor medida posible, resultados racionales en la valoración de normas con contenido moral, como es el caso de las normas con carácter de principio. Dicha tarea enfrenta límites de tipo epistémico, dado que siempre existirá algún grado de incertidumbre respecto de la corrección u objetividad de los juicios morales. La teoría de la ponderación es consciente de dichos límites y los incorpora dentro de la estructura de la fórmula del peso a través de la variable “S”, referida a la seguridad de las premisas epistémicas. Dicho grado de inseguridad epistémica da lugar a que la ponderación necesariamente reconozca un espacio de discrecionalidad a los órganos de toma de decisión legitimados al momento de enfrentar dichos límites.

Finalmente, en torno a la racionalidad de la ponderación, es necesario precisar que tanto la subsunción como la ponderación son estructuras argumentativas que por sí mismas no confieren contenido material ni valorativo a las premisas y argumentos que ponen en relación; ellas son estructuras formales de justificación interna. La corrección del sentido de las decisiones jurídicas obtenidas haciendo uso de la subsunción o de la ponderación, depende únicamente de los argumentos que son introducidos en ellas, dichos argumentos son contenidos materiales que provienen de la justificación externa. En ese sentido, la racionalidad del resultado de la ponderación de principios o de la subsunción de reglas dependerá de la racionalidad de las premisas de justificación externa introducidos en ellas. Si las premisas son arbitrarias o irracionales, tanto la ponderación como la subsunción conducirían a resultados igualmente irracionales; es por ello que la fuerza argumentativa y justificativa debe recaer en los argumentos que son introducidos en las estructuras de justificación interna antes que atribuir a dichas estructuras posibles inconsistencias argumentativas. El problema entonces no reside en las estructuras formales, sino más bien en cómo y para qué son empleadas por los intérpretes.

Bibliografía

- AFONSO DA SILVA, V. (2003), *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden.
- ALEINIKOFF, A. (1987), “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, pp. 943-1005.
- ALEXY, R. (1979), “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, pp. 59-87.
- ALEXY, R. (1994), *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (2007a), *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (2007a), “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. En: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 511-562.

- ALEXY, R. (2007b), "La fórmula del peso". En: ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 349-374.
- ALEXY, R. (2011), "La construcción de los derechos fundamentales". En: CLÉRICO L., SIECKMANN J., y OLIVER-LALANA D., *Derechos fundamentales, principio y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, pp. 1-14.
- ALEXY, R. (2014), "Formal principles. Some replies to critics", *International Journal of Constitutional Law*, 12, pp. 511-524.
- ARANGO, R. (2005), *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, 1ra. ed., Legis, Bogotá.
- BERNAL, C. (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2da. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BOMHOFF, J. (2013), *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BOROWSKI, M. (2007), *Grundrechte als Prinzipien*, 2da. ed., Nomos, Baden-Baden.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1991), "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik". En: BÖCKENFÖRDE, E. W. *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 159-199
- CARDOZO, B. N. (1921), *The nature of the judicial process*, Yale University Press, New Haven.
- DE LORA, P. (2000), "Tras el rastro de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 60, pp. 359-369.
- DREIER, R. (1986), "Der Begriff des Rechts", *NJW*, Vol. 14, pp. 890-896.
- DWORKIN, R. (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- FINNIS, J. (2000), *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- GARCIA, J. A. (1997), "¿Ductibilidad del derecho o exaltación del Juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", *Anuario de filosofía del derecho*, Vol. 13-14, pp. 65-86.
- HABERMAS, J. (2008), *Facticidad y validez*, 5ta. ed., Trotta, Madrid.
- HART, H. L. A. (1963), *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1983), *Teoría Pura del derecho*, 2da. ed. [1960], Universidad Autónoma de México, México D. F.
- KLATT, M./SCHMIDT, J. (2010), *Spielräume im öffentlichen Recht*, Mohr-Siebeck, Tübingen.
- KLEIBER, M. (2014), *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Mohr-Siebeck, Tübingen.
- LEISNER, W. (1997), *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin.
- MORESO, J.J., (2009), "La aritmética de la ponderación". En: MORESO, J.J., *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, pp. 309-319.
- PORTOCARRERO, J. A. (2014), *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung. Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*, Nomos, Baden-Baden.
- PORTOCARRERO, J. A. (2016), *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Marcial Pons, Barcelona.
- RADBRUCH, G. (1971), "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes". En: SCHMIDT, G, WELZEL, H., y RADBRUCH, G., *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, pp. 1-21.
- SCHLINK, B. (2001), "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit". En: BADURA P., DREIER H., *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, T. 2, Tübingen, Mohr-Siebeck, pp. 445-465.
- SIECKMANN, J-R. (1990), *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden.
- TEIFKE, N. (2011), *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des*

Höchstrangigen, Mohr-Siebeck, Tübingen.
WEBBER, G. C. N. (2009), *The Negotiable Constitution. On the Limitations of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.



La expresión “Nulidad de Derecho Público” en el derecho chileno

The expression 'Public Law' annulment in the Chilean Law

Claudio Agüero San Juan^{1*}
Universidad Alberto Hurtado (Chile)
ORCID 0000-0002-7005-2979
caguero@uahurtado.cl

Recibido / received: 13/01/2017
Aceptado / accepted: 23/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3654>

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo presentar brevemente el significado de la expresión “Nulidad de Derecho Público”. Sostiene que esa expresión designa una argumentación dogmática y jurisprudencial idiosincrásica en el Derecho Administrativo chileno. Describe de forma simple su trayectoria y distingue cuatro versiones dogmáticas de ella. A continuación, analiza cómo el análisis de la trayectoria de una argumentación dogmática contribuye a la Teoría del Derecho realista.

Palabras clave

Nulidad de derecho público, formación extra-legislativa del derecho administrativo chileno, argumentos dogmáticos.

Abstract

This paper aims to make a brief presentation of the meaning of the expression 'Public Law annulment'. The paper argues that this locution designates an idiosyncratic dogmatic and jurisprudential argument in the Chilean Administrative Law. The paper describes his trajectory and distinguishes among four dogmatic versions of it. It then analyzes how an analysis of the trajectory of a dogmatic argument contributes to the realistic theory of law.

Keywords

Public Law annulment, administrative extralegal lawmaking, dogmatic argument.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El interés en la Nulidad de Derecho Público. 3. Cuatro versiones sobre la Nulidad de Derecho Público. 3.1. La versión de Bernaschina sobre la NDP (1949-1988). 3.2. La versión de Soto sobre la NDP (1988-2000). 3.3. La versión de Pierry sobre la NDP (2000-2003-2007). 3.4. La versión de Bermúdez sobre

^{1*} Este trabajo es resultado del proyecto de investigación FONDECYT n° 1161025 "Análisis diacrónico de los trabajos dogmáticos que formaron la Teoría Estándar de la Responsabilidad del Estado (1970-2015)" financiado por CONICYT. El texto Ha sido desarrollado en conjunto con María Beatriz Arriagada Cáceres y Álvaro Núñez Vaquero, quienes son co-investigadores del proyecto. Aunque la firma es individual y tenemos desacuerdos menores, el producto es un trabajo de reflexión conjunto.

la NDP (2007-2016). 4. La Nulidad de Derecho Público como un paso de formación extra-legislativa del derecho público.

1. Introducción

Solo es posible de encontrar la expresión "*Nulidad de Derecho Público*" (NDP) en discursos dogmáticos y judiciales del Derecho Administrativo chileno. Otras expresiones semejantes como, por ejemplo, "*Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público*" y "*Acción de Nulidad de Derecho Público*" tampoco se pueden hallar fuera de estos discursos. No hay legislación chilena (histórica o vigente) que use esta expresión (u otras semejantes). En otras palabras, no hay normas explícitas² que regulen aquello que se designa con estas expresiones, usando estas palabras u otras análogas. Todas estas expresiones son paquetes lexicales referenciales. Un paquete léxico es una expresión prefabricada de varias palabras - otros ejemplos de paquetes lexicales son: "*más allá de toda duda razonable*" y "*espíritu general de la legislación*". Los lingüistas distinguen tres tipos de paquetes léxicos. Dentro de ellos, los paquetes referenciales son lo que denotan directamente "entidades físicas o abstractas; o al mismo contexto textual, ya sea para identificar una entidad o para distinguir un atributo particular de la entidad como especialmente importante" (Biber, 2005, p. 19)³.

¿Qué entidad es la designada por la expresión "*Nulidad de Derecho Público*"? Si esta pregunta se entiende como una interrogante sobre cuál es la entidad, institución, relación jurídica o concepto del derecho chileno que es nombrado con la expresión, una respuesta sencilla es la siguiente: la expresión "*Nulidad de Derecho Público*" designa un conjunto de normas implícitas del derecho administrativo chileno que reglan el control de la legalidad de los actos de la administración y, más específicamente, ella designa un procedimiento anulatorio que es general y subsidiario, y que se asocia regularmente a una reclamación indemnizatoria sobre los daños causados por el acto anulado.

En este sentido, en el Derecho Administrativo chileno la expresión "*Nulidad de Derecho Público*" nomina un conjunto de normas implícitas formuladas por la dogmática y/o la jurisprudencia. La argumentación de juristas y jueces tomó como punto de partida la disposición del artículo 7 de la Constitución chilena y formuló una interpretación correctora de esta disposición buscando responder cuatro preguntas básicas: a) ¿Cuál es el estatus de la disposición constitucional?, b) ¿Cuál es el tipo de sanción asociada a la infracción de la norma atribuida a la disposición constitucional?, c) ¿Qué características o consecuencias se derivan de la sanción a la infracción de la disposición constitucional? y, d) ¿Cómo hace efectiva la sanción quien ha sido afectado por la infracción de la disposición constitucional?

La expresión "*Nulidad de Derecho Público*" así definida puede ser traducida al lenguaje dogmático y legislativo de otros ordenamientos jurídicos. Para ello es necesaria la noción de "*control de la invalidez de los actos de la administración*" (vid. Doménech, 1999).

Si, en cambio, la pregunta ¿qué entidad es la designada por la expresión "*Nulidad de Derecho Público*"? es entendida como un cuestionamiento sobre qué

² Uso el concepto de normas explícitas de Guastini (1995).

³ Desde el punto de vista puramente lingüístico, podría discutirse si estas locuciones podrían tratarse como nombres (sustantivos) comunes o propios. Agradezco a Rodrigo Coloma Correa y a Alejandro Calzetta esta observación.

proceso discursivo es nombrado con la expresión, la respuesta difiere de la anterior. Los juristas, jueces y abogados chilenos usan el paquete léxico "*Teoría de la Nulidad de Derecho Público*" para referirse, por metonimia, a los desacuerdos que se produjeron (y se producen) entre juristas que defienden diversos modo de justificar la argumentación sobre la sanción a los actos inválidos.

Hay, finalmente, un tercer significado de la expresión "*Nulidad de Derecho Público*". En este sentido, también por metonimia, la expresión se ha usado para hablar de una "*teoría dogmática*" que a lo largo del tiempo se ha asentado y estandarizado mediante sucesivas contribuciones dogmáticas y jurisprudenciales⁴. Aunque los juristas chilenos usa la palabra "*teoría*" para hablar de este significado, en lo que sigue uso la expresión '*argumentación*' para evitar la carga emotiva de la palabra "*teoría*".

Es posible reconocer no menos de cuatro versiones diferentes de la argumentación sobre la "*Nulidad de Derecho Público*"⁵.

- a) Una posición puramente dogmática sobre la nulidad de los actos administrativos que es construida como un conjunto de normas implícitas a partir de una interpretación correctora del texto constitucional chileno de 1925. Por simplicidad, llamo a esta argumentación "*la versión de Bernaschina de la NDP*"⁶.
- b) Una argumentación dogmática y/o jurisprudencial sobre una acción constitucional que reclama la nulidad de un acto administrativo y la reparación de los daños causados por él, que es construida como un conjunto de normas implícitas a partir de una interpretación correctora del texto constitucional chileno de 1980. Por simplicidad, llamo a esta argumentación "*la versión de Soto de la NDP*".
- c) Una argumentación dogmática y/o jurisprudencial sobre una acción constitucional que reclama la nulidad de un acto administrativo (construida de modo idéntico que la anterior) y una acción civil que es complementaria y que reclama la indemnización de los daños causados por el acto impugnado. Llamo a esta argumentación "*la versión de Pierry de la NDP*".
- d) Una argumentación dogmática y/o jurisprudencial sobre una acción contencioso administrativa sobre la nulidad de un acto administrativo (que es construida como norma implícita a partir de una interpretación correctora del texto constitucional) y sobre dos acciones civiles alegables de modo disyuntivo: una acción declarativa (no-patrimonial) de nulidad y una acción que reclama derechos patrimoniales (la indemnización de los daños causados por el acto impugnado). Llamo a esta argumentación "*la versión de Bermúdez de la NDP*".

En las páginas que siguen primero me aboco a justificar el interés que tiene el estudio de la argumentación designada como "*Nulidad de Derecho Público*". Después, trato los rasgos centrales de cada una de las cuatro versiones que se han sucedido en el derecho chileno reciente. Finalmente, a modo de conclusión, fijo los principales rasgos que hacen interesante estudiar la NDP en tanto ejemplo de las

⁴ Uso la expresión "teoría" en un sentido débil. "Teoría" es un discurso dogmático y/o jurisprudencial que argumenta a favor de un código hermenéutico y de un conjunto de conceptos o expresiones dogmáticas o jurisprudenciales para interpretar un cierto conjunto de disposiciones. Un ejemplo de este uso del término "teoría" es el título del artículo de Besnaschina: "Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas" (1949).

⁵ Versiones adicionales de la NDP pueden identificarse, por ejemplo, en las obras de Silva (1995), Jara (2004) y Bocksang (2006). Sobre el trabajo de Silva véase Agüero (2017b).

⁶ El nombre de cada argumentación usa el apellido paterno del jurista que es más representativo de la posición descrita.

operaciones de los juristas y jueces realizan para resolver problemas en un sector poco legislado de un ordenamiento jurídico específico.

2. El interés en la Nulidad de Derecho Público

Responder esta pregunta exige considerar razones de diverso tipo. Estas razones pueden organizarse en tres niveles: i) ideológicas, ii) teóricas y iii) dogmáticas. En el nivel ideológico, la NDP es interesante para develar los intereses que están detrás la experiencia jurídica, es decir, detrás del proceso de creación, uso, modificación y supresión del derecho legislado por obra de la doctrina y la jurisprudencia. En este nivel hay al menos dos razones ideológicas subyacentes a la mayoría de los casos de NDP. La primera razón es la necesidad económica de evitar cuantiosas transferencias de bienes desde el Estado a los particulares, en razón de decisiones judiciales desfavorables al primero⁷. La segunda razón, vinculada estrechamente con la anterior, es la necesidad de la institucionalidad estatal en orden a clausurar las reclamaciones de los particulares en razón de actos ilegales del Estado que les han afectado en sus derechos.

En el nivel teórico, la NDP y las sentencias relativas a ella son interesantes, porque reflejan una epistemología dominante en los operadores jurídicos. Con epistemología me refiero a un punto de vista (o una actitud) de los jueces y juristas chilenos en relación a la experiencia jurídica. En este sentido, los discursos dogmáticos y las sentencias sobre la NDP son buenos ejemplos de la instanciación de ciertas concepciones teórico-generales sobre el funcionamiento del ordenamiento jurídico, sobre el uso de ciertos conceptos jurídicos y sobre el modo en que estos operadores han recepcionado teorías jurídicas foráneas que ↓según creo↓ son extensibles por analogía a otros sectores del derecho y al trabajo de los operadores en otros ordenamientos.

En el nivel dogmático la NDP es interesante, porque muestra cómo los juristas y jueces chilenos hicieron frente a un caso no expresamente regulado por la legislación. La NDP también muestra cómo ellos han creado sucesivas versiones de la argumentación que justifica la aplicación de un determinado tipo de solución para ese caso. En este sentido, la NDP permite reconstruir con claridad el código hermenéutico que los juristas y jueces han usado para crear y resolver lagunas en el Derecho Administrativo chileno. Además, la reconstrucción diacrónica de la argumentación dogmática y del influjo recíproco con la jurisprudencia permite observar la expresión idiosincrásica de procesos socio-jurídicos, como la constitucionalización de un ordenamiento.

3. Cuatro versiones sobre la Nulidad de Derecho Público

En la historia del Derecho Administrativo chileno, durante el siglo XX, son cuatro los principales hitos en relación al desarrollo de la argumentación en cuestión. Cada uno de estos hitos es la publicación de un texto dogmático y/o la dictación de una sentencia por la Corte Suprema de Justicia. Por razones de simetría analizo cada una de las posiciones usando un mismo conjunto de cinco criterios.

3.1. La versión de Bernaschina sobre la NDP (1949-1988)

El primer hito ocurre en 1949. Ese año Mario Bernaschina González publica el texto

⁷ Es importante constatar en este punto el hecho de que muchos de los casos fallados y resueltos durante la década de los noventa y durante los primeros años de este siglo eran reclamaciones de víctimas del Estado por violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura del General Augusto Pinochet.

que es, a juicio de los dogmáticos chilenos, el primer texto que trata la NDP⁸. La posición de Bernaschina puede resumirse en cinco puntos: a) El modelo de constitución que usa el autor es el modelo descriptivo de la constitución como norma (expresión y clasificación siguiendo el criterio de Comanducci, 2007); b) la interpretación constitucional no es cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la constitución fija una nulidad genérica en relación a la nulidad administrativa; d) la nulidad que fija la Constitución opera *ab initio*; y e) la nulidad permite al ciudadano desobedecer.

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario liberal, pues pretende responsabilizar a la Administración por su actuar. Esta ideología se expresa en un código hermenéutico (en el sentido de Chiassoni, 2011)⁹ que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) No supone la constancia terminológica entre el texto constitucional y el lenguaje del legislador, por ejemplo, del Código Civil y, al mismo tiempo, sí supone cierta unidad conceptual subyacente a las normas expresadas en esos textos; b) no recurre a principios ni supone una tesis sobre la existencia de una diferencia cualitativa de la interpretación constitucional para fundar su argumentación; c) usar directivas de primer y segundo orden para hacer coherentes varias expresiones constitucionales de artículos y materias diferentes, y así sustentar la tesis que afirma que la nulidad del acto implica el derecho a desobedecerlo; d) reconoce que su argumentación es una formulación puramente académica (*i.e.* un ejercicio de interpretación correctora), porque a la época de su formulación en Chile no existían los tribunales contencioso-administrativos¹⁰.

3.2. La versión de Soto sobre la NDP (1988-2000)

En 1988, y luego en 1990 y 1992, Eduardo Soto Kloss publicó su posición doctrinaria sobre la NDP¹¹. Dicha posición que fue apoyada y complementada por juristas como Gustavo Fiamma y Hugo Caldera e Iván Aróstica, entre otros. La argumentación ha sido llamada "*la posición de la Universidad de Chile*", en razón de que sus impulsores eran profesores de esa universidad a principios de la década de los noventa, y puede resumirse en cinco puntos: a) El modelo de constitución que

⁸ No tengo información sobre el uso de esta expresión antes del trabajo de Bernaschina. Creo que es arriesgado sostener que Bernaschina inventó la expresión "*Nulidad de Derecho Público*", porque desde principios del siglo XX circula en Chile una expresión semejante: "*nulidades de orden público*". Esta expresión, más antigua que la estudiada aquí, está en relación a una clasificación dogmática de las nulidades según el tipo de ley en que están sancionadas. Se distinguía entre nulidades de orden privado, si ellas eran consagradas en leyes de orden privado, y nulidades de orden público, si ellas estaban establecidas en leyes de orden público. Esta antigua clasificación la usa, por ejemplo, Urrutia (1928, p. 106).

⁹ Sobre el código hermenéutico de esta versión de la NDP véase Agüero (2017a).

¹⁰ Esta afirmación exige una explicación histórica. La Constitución de 1925 fijó un artículo que encomendaba al legislador la creación de tribunales contencioso-administrativos. Ellos no fueron creados durante la vigencia de esa constitución ↓interrumpida por el Golpe Militar del 11 de septiembre de 1973. El texto en cuestión fue recogido en la Constitución de 1980 y estuvo vigente hasta que la reforma constitucional de 1989 lo eliminó. Los tribunales nunca fueron creados. Lo interesante es que los tribunales ordinarios usaron el texto en cuestión como un argumento para declarar su incompetencia frente las demandas de los particulares en contra del Estado. La razón esgrimida era que, mientras no se creasen esos tribunales especiales, el constituyente había sustraído esos asuntos de la competencia del Poder Judicial. El efecto práctico fue la irresponsabilidad de la Administración y la indefensión de los ciudadanos entre 1925 y 1989. Paradojalmente, las Leyes de Municipalidades vigentes desde diciembre de 1925 (D.L. 740, posteriormente la Ley N° 11.860) permitieron a los ciudadanos reclamar de la ilegalidad de los actos del municipio. Hoy esa norma está vigente en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695.

¹¹ Podrían reconocerse dos o más versiones de la NDP en la obra de Soto. Las he reunido como una sola por razones de simplicidad expositiva (Soto, 1988; 1990; 1991-1992).

usa el autor es el modelo axiológico de la constitución como norma; b) la interpretación constitucional es, según este modelo, cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la constitución fija una nulidad diferente de las nulidades administrativas en virtud de la noción de supremacía constitucional; d) la nulidad que fija la Constitución opera *ab initio e ipso iure*, es insaneable e imprescriptible; e) la nulidad permite al ciudadano desobedecer¹².

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario neoliberal (Pantoja, 1994). Soto, además, funda explícitamente su posición en la moral crítica del catolicismo romano. Soto apoya al gobierno dictatorial del General Pinochet y considera legítima la Constitución de 1980¹³. Por estos compromisos ideológicos y en el marco del inicio de la transición a la democracia, Soto recupera la idea de Bernaschina y la modifica con el propósito de argüir en contra de los posibles actos administrativos del primer gobierno democrático que sucediese a Pinochet¹⁴. Por ello, esta versión de la NDP es una acción constitucional pensada como un modo evitar la modificación de las instituciones y cargas impuestas por la dictadura por medio del litigio contencioso-administrativo¹⁵.

La ideología de Soto se expresa en un código hermenéutico¹⁶ que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) No supone la constancia terminológica entre el texto constitucional y el lenguaje del legislador por ejemplo, del Código Civil, y tampoco supone cierta unidad conceptual subyacente a las normas expresadas en esos textos; b) recurre a principios y tesis sobre la existencia de una diferencia cualitativa de la interpretación constitucional, que funda en una interpretación teleológica del texto constitucional; c) usa directivas de primer y segundo orden para hacer coherentes varias expresiones constitucionales de artículos y materias diferentes, y así sustentar la tesis que afirma que la nulidad del acto implica el derecho a desobedecerlo¹⁷; d) no se reconoce como una tesis puramente académica *i.e.* como un ejercicio de interpretación correctora. A contrario, pretende justificarse como la "*única interpretación correcta*".

¹² La desobediencia es afirmada por el autor en el primer texto que publicó sobre el asunto. En los textos posteriores el autor modificó su posición.

¹³ Eduardo Soto Kloss fue designado abogado integrante del Tribunal Constitucional y fue nombrado profesor de la Universidad de Chile (intervenida por los militares) durante la dictadura.

¹⁴ En 1986 entra en vigor la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Ella señala: "Artículo 2°. Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

Art. 4. El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

¹⁵ Paradojalmente, en la práctica, la argumentación se usó también para impugnar los actos de la dictadura y reclamar indemnizaciones por los daños causados.

¹⁶ En adelante uso la expresión en el sentido de CHIASSONI (2011). Sobre el código hermenéutico de esta versión de la NDP ver AGÜERO (2017a).

¹⁷ Aquí Soto, por un lado, sigue a Bernaschina. Sin embargo, complejiza la justificación de su interpretación usando argumentos históricos sobre el texto constitucional y argumentos originalistas sobre el propósito del constituyente al fijar el texto.

3.3. La versión de Pierry sobre la NDP (2000-2003-2007)

La posición "de la Universidad de Chile" es controvertida por juristas como Pedro Pierry Arrau durante la década de los noventa. No me es claro si existió un desacuerdo entre dos posiciones dogmáticas enfrentadas o simplemente se trató de un diálogo de sordos. A finales de siglo se dictaron sentencias favorables a la posición de Pierry. En el año 2000, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en el caso "Aedo con Fisco", donde fijó como *ratio decidendi* una versión más sofisticada que la originalmente formulada por Pierry, aunque por razones de nominación se le atribuye a él la formulación.

Esta versión de la NDP puede resumirse en cinco puntos¹⁸: a) El modelo de constitución que usa el autor es el modelo axiológico de la constitución como norma; b) la interpretación constitucional es cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la Constitución fija una nulidad que es diferente de las nulidades administrativas; d) la nulidad que fija la Constitución puede tener las cualidades atribuidas por la versión de Soto, pero ella es disociada de sus consecuencias la Corte sostuvo que las consecuencias del acto nulo configuraban una acción civil patrimonial prescriptible según las reglas civiles generales¹⁹; y e) la tesis no permite al ciudadano desobedecer.

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario liberal, pero este ideario es limitado por un razonamiento consecuencialista implícito: la indemnización a las víctimas de la dictadura es económicamente imposible. Estos compromisos se expresan en un código hermenéutico que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) La interpretación constitucional que construye la acción de nulidad es cualitativamente diferente de la interpretación legal; b) se distingue la declaración de nulidad de la determinación de las consecuencias del acto ilegal; c) la nulidad se rige por normas de derecho público y las consecuencias por normas de derecho civil; y d) las normas civiles sobre prescripción son aplicables a la acción patrimonial derivada de la nulidad.

3.4. La versión de Bermúdez sobre la NDP (2007-2016)

La posición de Pedro Pierry y de la Corte Suprema en el caso "Aedo con Fisco" es la formulación estándar sobre la NDP en los casos fallados desde esa fecha hasta hoy por la Corte Suprema. Durante los primeros quince años de este siglo se han producido dos modificaciones parciales que no trato con detalles aquí²⁰.

¹⁸ Esta es una síntesis que impide observar que podrían reconocerse dos modos de entender la versión de Pierry de la NDP. Un primer modo antes de 2003 y un segundo modo entre 2003 y 2007. Fijar el hito en el año 2003 se debe a la dictación de la Ley n° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado. En ella se fijan, por primera vez, una definición de acto administrativo, la presunción de legalidad imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, su ejecución de oficio y la potestad invalidatoria de la Administración.

¹⁹ Esta idea de disociar dos acciones, la acción de nulidad de derecho público y una acción civil complementaria de naturaleza patrimonial, parece ser más antigua. No he podido encontrar las fuentes bibliográficas exactas que prueben la trayectoria de la disociación, pues ellas se han perdido en las hemerotecas chilenas que se deshacen de las revistas antiguas por falta de espacio. Provisionalmente sospecho que ella se debe a Álvaro Troncoso Larronde (1990), quien resolvió el caso "Jorquera Brito con Secretario General Ministerial VIII con Municipalidad de Penco". Agradezco a Valentina Paz Vargas Sepúlveda sus esfuerzos para reconstruir este punto.

²⁰ Tal como señala Bermúdez, "la distinción entre nulidad, anulabilidad y vicio no invalidante es propia del Derecho comparado y ha tenido poca acogida en el Derecho chileno" (2014, p. 163). Esta es una razón que explica por qué el sistema jurídico chileno tiene este modo de funcionar en este punto.

La versión de Bermúdez puede resumirse en cinco puntos: a) El modelo de constitución que usa el autor es el modelo axiológico de la constitución como norma; b) la interpretación constitucional es, según este modelo, cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la constitución fija una nulidad sólo parcialmente diferente de las nulidades administrativas en virtud de la noción de supremacía constitucional; d) la nulidad que fija la Constitución es *ab initio* e *ipso iure*; y e) la nulidad no permite al ciudadano desobedecer.

Buena parte de la formulación de Bermúdez se debe a la promulgación de legislación administrativa, ya he mencionado la Ley n° 19.880, a la dictación sentencias judiciales y de dictámenes de la Contraloría General de la República sobre tales disposiciones legales. Estos cambios en el derecho chileno permiten que su versión de la NDP es más detallada que las anteriores.

La primera modificación parcial se produjo en el caso "*Eyzaguirre con Fisco*", en el año 2007 (Sentencia Rol n° 1.203-2006). En ese fallo la Corte introdujo la distinción dogmática entre las acciones declarativas y las de plena jurisdicción. Esta diferenciación permitió distinguir dos "*modalidades de la nulidad de derecho público*": la NDP que solo exige la declaración de ilegalidad sin una pretensión patrimonial y la NDP que tiene pretensiones patrimoniales. La primera es una acción declarativa e imprescriptible. La segunda, en cambio, es una acción de plena jurisdicción, cuya pretensión patrimonial es prescriptible²¹.

Ahora bien, la dogmática interpretó el fallo como un intento por superar la distinción entre la nulidad y sus consecuencias que fuese formulada en "*Aedo con Fisco*". De hecho, puede leerse en la obra de Bermúdez:

"Pretensión puramente de legalidad: es decir, lo que se persigue es la nulidad del acto administrativo, sin una pretensión patrimonial expresa o encubierta. Aquí se entiende, hasta ahora, que la nulidad es imprescriptible.

Pretensión de legalidad que da lugar a la indemnización de perjuicios o a la declaración de un derecho: en este caso *la acción* prescribe de acuerdo con las reglas generales de prescripción, es decir se aplican las reglas del Código Civil" (Bermúdez, 2014, p.562, *cursiva propia*)²².

A mi juicio, se produjo una segunda modificación parcial de esta versión de la NDP a partir del caso "*Vio con Fisco*", fallado el 23 de junio del año 2016 (Sentencia Rol n° 18.297-2016). En ese caso la Corte declaró que, en los casos en que la acción civil tiene un contenido patrimonial, la prescripción de la pretensión indemnizatoria (acción civil complementaria) se comunica con la acción de nulidad de derecho público y, entonces, la nulidad misma prescribía conforme a las reglas civiles. Para ello la Corte argumentó en torno a la seguridad jurídica como valor jurídico fundamental del sistema jurídico. Todavía no es claro el impacto que tendrá este fallo. Una razón para dudar de la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* es que no se trata de un caso típico de NDP. La acción trata sobre la reclamación de un extranjero en relación a la decisión de no autorizarlo para ejercer como abogado en Chile. Conforme a la legislación chilena, esa decisión la resuelve la Corte por acuerdo del pleno de sus integrantes. El afectado por la decisión decidió entonces

²¹ La distinción de acciones, según la doctrina, también afecta a la legitimación activa de la acción. Si se demanda la nulidad sin interés patrimonial es legitimado cualquier persona que tenga interés. Si, en cambio, se demanda la nulidad con un interés patrimonial es legitimado el titular de un derecho subjetivo o quien cuente con un interés legítimo (Bermúdez, 2014, p. 563).

²² Quiero destacar que el autor hace referencia a una sola acción y no ha dos como era la tesis de "*Aedo con Fisco*", con lo que parece sugerir que la nulidad misma prescribe según las reglas civiles.

solicitar la nulidad de derecho público junto a otras acciones subsidiarias y, luego de todas las instancias, la misma corte (una sala de ella para ser precisos) conoce del caso por medio de un recurso de casación.

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario liberal-consecuencialista, pues pretende responsabilizar a la Administración por su actuar en la medida de lo posible. Esta ideología se expresa en un código hermenéutico que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) La interpretación constitucional que construye la acción de nulidad no es cualitativamente diferente de la interpretación legal; b) la nulidad fijada en el texto constitucional no es una acción constitucional cualitativamente diferente de otras acciones legales de derecho administrativo, sino que se trata de un contencioso-administrativo general y supletorio; c) la NDP se rige por normas del derecho administrativo y las consecuencias por normas de Derecho Civil; y d) las normas civiles sobre prescripción son aplicables a la nulidad si ella tiene un interés patrimonial.

4. La Nulidad de Derecho Público como un paso de formación extra-legislativa del derecho público

Desde el punto de vista externo, la trayectoria de la argumentación sobre la NDP es un buen ejemplo de la formulación de una laguna axiológica, y de los sucesivos intentos dogmáticos y jurisprudenciales por completarla. Como es claro, desde el punto de vista interno, la misma trayectoria puede considerarse como un ejemplo de cómo se formula y completa una laguna normativa²³.

¿Cuál es la utilidad de analizar la trayectoria de la NDP en el Derecho Administrativo chileno para una Teoría del Derecho realista? La trayectoria histórica de la NDP nos suministra información útil sobre la creación del Derecho Público chileno por fuentes distintas al legislador. Esta información puede usarse (por analogía parcial) para observar fenómenos similares en otros sistemas jurídicos semejantes²⁴. En este sentido, el análisis de la NDP permite describir y modelar el funcionamiento del sistema jurídico chileno. Esta descripción implica conocer:

- Los modelos de constitución y el código hermenéutico constitucional que están en juego en cada una de las versiones de la NDP.
- Los enunciados de crítica del sistema jurídico (filosofía política, ideología y/o política del derecho) que fueron usados en cada versión de la NDP para justificar la necesidad de formular una interpretación correctora de la constitución.
- Los enunciados interpretativos que fueron usados en cada versión de la NDP, para sustentar una interpretación correctora de la constitución que permitiese crear y resolver la laguna axiológica.
- El modo en que las formulaciones de la dogmática son consideradas como

²³ La dualidad de puntos de vista sobre las lagunas es afirmada por Guastini, diciendo: "A veces se habla como si las lagunas axiológicas dependiesen de las valoraciones de los intérpretes, mientras que las lagunas normativas serían algo así como propiedades "objetivas" del derecho. De hecho, no es así. Si es verdad que no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación, se sigue que una cierta laguna puede ser considerada normativa o axiológica desde puntos de vistas interpretativos distintos. Pero esto quiere decir que incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanto laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica" (2006, p. 286).

²⁴ Como es obvio, la perspectiva desde la que se realiza el trabajo y se formulan las conclusiones es fuertemente influida por Tarello.

- "derecho vigente y vinculante" por otros dogmáticos y por los jueces.
- El modo en que las sentencias sobre la NDP son consideradas "*precedentes*" i.e. son comprendidas como decisiones vinculantes por la dogmática y por los jueces.
 - Cómo el sistema jurídico chileno (obra de legisladores, juristas y jueces) ajustó tres niveles normativos superpuestos: el texto constitucional dice T, los juristas interpretan estas disposiciones atribuyendo N a estas disposiciones y luego los jueces fallan N₁. Con el paso del tiempo y la presentación de nuevos casos, los juristas modifican o complementan su argumentación y afirman N_{1±n}. Entonces, los jueces resuelven (N_{1n})±1, y así sucesivamente.
 - Cómo el trabajo de jueces y juristas ha generado desacuerdos y consensos sobre cuál es la solución jurídicamente justificada para los casos de actos administrativos ilegales.
 - La trayectoria de la argumentación sobre la NDP, en tanto trayectoria de la "*interpretación vigente*" (Ross, 1958, p. 108), muestra un fragmento del proceso de constitucionalización del derecho chileno.

Bibliografía

- AGÜERO SAN JUAN, C. (2017a), "Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Primera parte: la versión de Mario Bernaschina", *Ius et Praxis* (en prensa).
- AGÜERO SAN JUAN, C. (2017b), "Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Segunda parte: las versiones de Soto, Pierry y Silva", *Ius et Praxis* (en prensa).
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2008), "El principio de legalidad y la nulidad de derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común", *Revista de Derecho Público*, Vol. 70, pp. 273-285.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2010), "Estado actual de control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?", *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol.23, no.1, pp.103-123.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2012), *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing, Santiago.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014), *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago de Chile.
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, M. (1949), "Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas", *Boletín del seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Año XVIII, Cuarto Trimestre, nº 45-48, pp. 549-559.
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, M. (1955), *Constitución política y leyes complementarias. segunda edición*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- BOCKSANG HOLA, G. (2006), "De la nulidad de derecho público como inexistencia", *Ius Publicum*, nº 16, pp- 91-116.
- BIBER, D. (2005), "Paquetes léxicos en textos de estudio universitario: Variación entre disciplinas académicas", *Revista signos*, vol. 38, n. 57, pp.19-29. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09342005000100002 (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2016).
- CHIASSONI, P. (2011), *Técnicas e interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Barcelona.

- COMANDUCCI, P. (2007): "Constitución y teoría del derecho". En: COMANDUCCI, R., *Constitución y teoría del derecho*, Ciudad de México, Distribuciones Fontamara, p. 37-110.
- DOMÉNECH, G. (1999), "Validez de los reglamentos administrativos dictados al amparo de una ley anulada", *Revista General de Derecho*, n° 657, pp. 7137-7164.
- GUASTINI, R. (1995), "Normas Supremas", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 17-18, pp. 257-270.
- GUASTINI, R. (2006), "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación", *Análisis filosófico*, vol. 26, n° 2, pp. 277-293.
- JARA SCHNETTLER, J. (2004), *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago de Chile.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (1994), *El derecho administrativo: clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- PIERRY ARRAU, P. (1993-1994), "Nulidad en el Derecho Administrativo" (Conferencia), *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XV, pp. 79-100.
- ROSS, A. (1958), *On Law and Justice*, Stevens, London.
- SILVA CIMMA, E. (1995), *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos Contratos y Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (1988), "La invalidación de los actos administrativos en el Derecho Chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXXV, pp. 157-167.
- SOTO KLOSS, E. (1990), "La nulidad de derecho público en el derecho chileno". Charla inaugural de las XXI Jornadas de Derecho Público (Aula Magna de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile), miércoles 21 de noviembre de 1990. Publicada en la *Revista de Derecho Público*, n° 47-48, p. 11-25.
- SOTO KLOSS, E. (1991-1992), "La nulidad de derecho Público referida a los actos de la legislación", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, pp. 417-431.
- URRUTIA SALA, M. (1928), *Nulidades procesales*. Tesis de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad de Chile. Imprenta y Encuadernación Víctor Silva, Santiago de Chile.
- TRONCOSO LARRONDE, A. (1990), "Jorquera Brito con Secretario General Ministerial VIII con Municipalidad de Penco", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 87, 2.5, pp. 190-198.

Delitos societarios

Corporate crimes

Gonzalo Quintero Olivares

Universitat Rovira i Virgili

gonzalo.quintero@urv.net

Recibido / received: 13/01/2017

Aceptado / accepted: 01/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3655>

Resumen

Los delitos societarios son un grupo de infracciones ubicadas en el Código penal español que, salvo alguna excepción, como el delito de impedimento de actuaciones inspectoras, carecen de carácter económico, y tampoco es visible el carácter patrimonial, pues se dirigen exclusivamente a la actividad interna de las sociedades mercantiles, protegiendo los derechos de los socios y exigiendo la correcta actuación de los administradores. La supresión del delito de administración fraudulenta ha supuesto una significativa mengua del alcance de estas infracciones.

Palabras clave

Sociedad, administrador, apropiación, información contable, abuso, socio, perjuicio.

Abstract

Corporate crimes are a group of infractions located in the Spanish Criminal Code that, apart from some exceptions as the crime of *impedimento de actuaciones inspectoras*, have not an economic nature, nor is its patrimonial character visible, because they are exclusively aimed to the internal activity of commercial companies, protecting the partners' rights and demanding the managers' appropriate practice. The abolition of the fraudulent administration crime has led to a significant reduction in the scope of these infractions.

Keywords

Company, administrator, appropriation, accounting information, abuse, partner, damage.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Derecho penal y derecho mercantil. 3. Los delitos societarios como delitos económicos. 4. Aspectos jurídicos comunes de los delitos societarios. 5. Autoría y participación en los delitos societarios. 6. La lesión patrimonial en los delitos societarios. 7. Concepto penal de sociedad y situaciones excluibles de los delitos societarios. 8. Condiciones de procedibilidad.



1. Introducción

El derecho penal castiga una serie de conductas a las que denomina “delitos societarios”, y que, a veces, se califican como “delitos financieros”¹. Todas las acciones penadas son propias de las actividades de las empresas, y, por lo común, de las sociedades por acciones, que son protagonistas máximos de la vida económica y comercial. La importancia del “sujeto social”, que se completa con la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de personas jurídicas, es razón bastante para analizar cuidadosamente las intervenciones del legislador penal en este terreno, anticipando que, hasta ahora, no han sido afortunadas.

Los delitos societarios o financieros entraron en nuestro derecho penal en 1995 (Capítulo XIII del Título XIII). Al tiempo de su aparición, sin razones que justificaran tal valoración, fueron considerados la “esencia” de los delitos económicos, y por esa razón despertaron un inusitado interés, sin perjuicio de las voces que señalaron las muchas carencias de las nuevas normas. La atención era desproporcionada por diversos motivos, pero especialmente, porque se trataba, y sigue siendo así, de delitos que, en esencia, afectan el funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, y solamente en relación con algunos es posible ver una dimensión de carácter general, es decir, que puedan causar perjuicios a toda la ciudadanía: la divulgación de información financiera falsa y la ocultación de información a la autoridad inspectora del mercado de valores.

2. Derecho penal y derecho mercantil

Como es fácil ver, con los delitos societarios se produce la intervención del Derecho penal en un territorio dominado por el derecho mercantil, lo cual topó, desde el primer momento, con dificultades técnicas, pero también político-criminales. No era la primera vez que eso sucedía, pues anteriormente ya la ley penal había entrado en alguna previsión concreta, así como en la regulación positiva del “actuar en nombre de otro”, que afectaba directamente a los administradores de empresas. Pero en 1995 se quiso dar un paso más: ayudar, desde el derecho penal, a que fuera correcto el funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, en tanto que ejes del mercado, lo cual producía el supuesto carácter “económico” de estos delitos.

Ese deseo de buen funcionamiento, andando el tiempo, sería ampliamente desbordado y superado por la extensión generalizada de la exigencia de que las empresas cuenten con programas normativos de buen comportamiento (las *compliances*), obligación indirectamente generada por la Reforma de 2015 en relación con el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En su momento se creyó, ciertamente, que la tutela de la veracidad de la información social, del capital social, del patrimonio de los accionistas, de sus derechos de participación y control, etcétera, produciría un efecto protector de los mecanismos de participación de los ciudadanos en nuestro sistema económico. Por esa razón se afirmó que los delitos que en 1995 se creaban tenían componentes de tutela de intereses supraindividuales, puesto que, además, la tutela de los intereses genuinamente intra-societarios correspondía al derecho mercantil y de sociedades, que dispone de mecanismos suficientes para impedir el funcionamiento desviado de

¹ Si bien no son exactamente lo mismo, en la literatura penal española el primer concepto que se utilizó fue el de delito financiero, título que eligió el que tal vez fue primer trabajo sobre la materia, “*El delito financiero*”, publicado en 1934 por Antonio Rodríguez Sastre (1977), con prólogo de Luis Jiménez de Asúa. En derecho comparado encontramos que en Italia la denominación usual es la de *reati societari*, en Portugal la de *societarios*, en Alemania la de *gesellschaftsrrechtlichen Straftaten*, mientras que en Francia agrupan las infracciones de esta clase como *droit pénal des sociétés*.

los órganos de las sociedades mercantiles.

En la actualidad, por obra y gracia de la extensión generalizada de la obligación de contar con programas de *compliance*, es evidente que se ha producido un cambio substancial en la valoración de los delitos societarios. Si se contempla el problema desde la perspectiva de esos programas, es evidente que las conductas que se describen como delitos societarios en el CP son comportamientos incompatibles con una correcta llevanza de la gestión empresarial. A partir de ahí, se producirá, en opinión de algunos, una “reconsideración” del contenido del bien jurídico. Pero eso no es verdad: la obligación de observar un comportamiento acorde con el derecho societario no la ha creado la extensión de los programas de *compliance*, sino que es anterior a ellos. Cuestión diferente es que, a la vista de lo que puede llegar a incluir uno de esos programas (al menos, en teoría), las conductas que el CP estima constitutivas de delito societario son solo una mínima parte de las que se consideran incompatibles con una gestión empresarial honesta. Claro está que también son delictivas prácticas inadmisibles para las *compliances* (competencia desleal, juego sucio, discriminación, explotación laboral, etc.), pero lo importante es recordar que la *antijuricidad* de todas esas conductas es consecuencia de valoraciones jurídicas muy anteriores a los “programas de cumplimiento normativo”.

La conclusión de todo ello es que la correcta gestión y funcionamiento de las sociedades es cuestión propia del derecho societario y del derecho mercantil, además de los programas mencionados. El derecho penal ha seleccionado lo que supone más importante, pero esa selección es arbitraria y no se corresponde con la idea de que el derecho penal es la *extrema ratio* que se reserva para los comportamientos más graves.

3. Los delitos societarios como delitos económicos

Volviendo al tema de la “etiquetación” como delito económico, y a pesar de todos los discursos legitimadores, lo cierto es que conceder la condición de delito económico a conductas como la imposición abusiva de acuerdos de la mayoría sobre la minoría, que no es más que un conflicto interno que debería resolverse con las reglas del derecho mercantil, parece inadecuado. Pero el modelo que guió al legislador de 1995, al margen de las retóricas invocaciones relativas a la importancia económica del correcto funcionamiento interno y externo de las empresas, parece presidido por el deseo de proteger los intereses de los pequeños accionistas o socios minoritarios, lo cual es equivocado tanto por lo que supone de utilización inadecuada del derecho penal, como por la ignorancia que revela en relación con el funcionamiento del capitalismo empresarial.

Por otra parte, pero eso era una carga de profundidad, como el tiempo se ha encargado de demostrar, de algunos de los delitos societarios que ingresaron en nuestro sistema en 1995 se dijo que eran innecesarios porque se trataba de repeticiones de delitos patrimoniales ya existentes y que solo servían para crear fricciones o concursos con estos últimos. Esa idea se ha ido manteniendo a lo largo del tiempo, con el abierto propósito de recortar el campo aplicativo del que se considera “principal” delito societario, que es el de administración fraudulenta, deseo que, finalmente, ha triunfado con la Reforma de 2015.

Del delito de administración fraudulenta se decía que, efectivamente, contenía graves defectos en su formulación, pero eso no significaba que la solución fuera la elegida en 2015, que consistió, directamente, en la supresión y transformación en una subespecie de la apropiación indebida, renunciando a otorgar

a la figura penal de administración fraudulenta el espacio que le corresponde, que es diferente del que pertenece a la apropiación indebida. En la apropiación indebida el bien jurídico protegido es el patrimonio, mientras que en la administración fraudulenta, hasta su supresión como delito societario, era la prosperidad de la empresa y el deber de velar por ese objetivo que tienen los sujetos en quienes los socios depositan su confianza. Por eso la pérdida intencionada de ganancias justas, que nunca sería una apropiación indebida, integraría una traición propia de la administración desleal (en esa línea, Sentencia del Tribunal Supremo [en adelante STS] de 2 de febrero de 2010). Todo razonamiento ha sido inútil, y el legislador de 2015 declaró que nuestro derecho vivía en un error desde 1995, cuando se creó un delito societario de administración desleal cuando esa conducta ha de ser un delito patrimonial.

Con la desaparición y el traslado de la figura se dejan en la muy posible impunidad acciones como las de perjudicar dolosamente a la Sociedad por no hacer lo necesario para que ésta aumente sus beneficios, ya sea por desviar el negocio a favor propio o de un tercero. Igualmente queda en una nebulosa la utilización de bienes y recursos sociales en beneficio del administrador, que solo se transformaría en delito si se produce la imposibilidad de reponer el monto o la evaluación económica de lo utilizado. Tampoco parece clara la incriminación de las omisiones dolosas de acciones que pueden evitar la lesión del patrimonio social, como puede ser el renunciar a reclamar un pago o indemnización, o a ejercer acciones para lograr una reparación (sobre este tema véase Ramos Rubio, 2015).

A la luz de lo que “queda” en el ámbito formal de los delitos societarios, puede ponerse en duda que se trate de delitos económicos, por más que esa denominación sea un caso paradigmático de inconcreción. Los delitos económicos, normalmente, han de afectar, aunque sea mínimamente, a intereses supraindividuales, tanto de personas físicas como jurídicas, en lo que se distinguen de los delitos patrimoniales. El carácter más “social” de los delitos económicos es compatible con la presencia de componentes patrimoniales necesarios, pues, en último término, la confianza en el buen funcionamiento del mercado –y es un ejemplo– también es necesaria para evitar perjuicios a patrimonios personales. Claro está que sería una meta excesiva e inalcanzable para el derecho penal, la pretensión de “tutelar la economía”, pues nadie podría decir ni qué es la economía (otra cosa es la política económica), ni cómo se protege. Si bien es bueno tener presente, a la hora de entrar con las leyes penales en ese terreno, que existen realidades como las leyes del mercado o el componente de riesgo en las actividades económicas de la economía liberal, lo cual, sin perjuicio del deber de intervención del Estado, reduce los objetivos posibles de la intervención penal.

Por eso, los delitos económicos son básicamente intervenciones sobre parcelas del mercado, sobre la relación de los ciudadanos con el mismo: protección de reglas mínimas de lealtad, tutela de la credibilidad de las actividades de las personas jurídicas y confianza en las instituciones financieras. Sin olvidar, además, que hay delitos que no están en el Título XIII del Código Penal y que también tienen una dimensión relativamente económica, como son los delitos tributarios y contra la seguridad social, los delitos contra los derechos de los trabajadores, la destrucción de recursos naturales, etc. Retomando la pregunta inicial: los delitos societarios apenas participan de las mínimas características para la pertenencia al limitado concepto de delito económico.

4. Aspectos jurídicos comunes de los delitos societarios

Sin pretender hacer un estudio detallado de todos y cada uno de los delitos

societarios, señalaré algunos puntos generales o concretos que es bueno tener presente al aproximarse a las descripciones típicas que ofrece el Código Penal español:

- a) El primero y de validez general es muy sencillo: los delitos societarios – prescindiendo por un momento de cuáles son éstos en el Código vigente– ni son ni pueden ser delitos comunes que tienen como única particularidad de que se cometen en el ámbito las actividades de una sociedad mercantil, ya que esto no es cierto. En el marco societario se pueden cometer estos delitos y también delitos patrimoniales comunes. Los delitos societarios golpean, ante todo, la función y las condiciones mismas de la vida interna de las empresas configuradas como sociedades mercantiles, haciendo que no puedan confiar en ellas ni sus socios ni terceros.
- b) Los delitos societarios, tal como están formulados, dan lugar a que se pueda dar una censurable alternatividad discrecional sobre las vías legales de las que dispone un socio o un cuentapartícipe ante determinadas situaciones, pudiendo elegir entre el derecho mercantil y el derecho penal. Eso sucede precisamente por culpa de la técnica del derecho penal.
- c) El legislador tiene la culpa de algunas confusiones propiciadas por la regulación legal, ya que al tiempo que se dice que son delitos que tienen carácter económico porque afectan intereses que pueden ser supraindividuales, la persecución se reserva a instancias del perjudicado, concepto, a su vez, equívoco, porque cuesta determinar quiénes son los perjudicados en un delito societario y fijar suficientemente el contenido del “agravio” para fundamentar la legitimación procesal. Se ha de añadir la vaguedad del concepto de “interés general”, tan cara al legislador español, y que a pesar de que es el fundamento de la persecución de oficio por el fiscal, no se ha concretado más de una manera clara y comprensible.
- d) Algunas de las conductas que se tipifican en el Código penal no merecen tener la consideración de delito, pues basta con las reglas de la Ley de Sociedades de Capital para dar una respuesta jurídica suficiente. El Código Penal se superpone a ésta absurdamente, como si la calidad penal o civil del hecho pudiera depender de la decisión que tome el eventual perjudicado.
- e) En cambio, hay gravísimas conductas que causan un daño grave al buen orden del mercado, y que son ajenas al derecho penal, como el uso de sociedades de fachada o carentes de actividad real en todo tipo de transacciones financieras y de asunción de obligaciones. Para mayor desaliento, se ha intentado alguna vez introducir en el Código penal la creación y uso de esta clase de sociedades sin que haya habido fuerza bastante para torcer el interés de quienes quieren que esas vías de actuación no sean criminalizadas.
- f) Algunos problemas centrales de los delitos económicos, como es la función moduladora de la tipicidad que debe tener el elemento de “riesgo en los negocios”, problema del que ya había tratado Quintano hace cincuenta años, y que se plantea con fuerza en el delito societario más conocido, que era el (desfigurado) de administración fraudulenta, deberían de ser tratados precisamente en este lugar, con la dificultad inherente a fijar en normas la distancia entre el riesgo en el negocio y el riesgo inadmisibles, lo cual, siendo un problema general de la delincuencia económica, no puede zanjarse dejando en el aire la fuerza exculpatoria del riesgo, cuando las consecuencias de esas temeridades pueden ir a cargo de todos.
- g) Otras lagunas reseñables pueden señalarse, cuál es el caso de la responsabilidad penal por los delitos que se cometen en sociedades en crisis o, directamente, intervenidas por la Administración (hemos podido ver de

cerca muchos casos), y la imputación de responsabilidad en estas situaciones, en las que se ha de plantear la extensión de la responsabilidad a administradores, públicos o privados, que no pertenecen a la sociedad. Es patente la oscuridad del Código respecto a estos temas.

5. Autoría y participación en los delitos societarios

En el campo de la autoría y participación se discute sobre quién pueden ser autores de delitos societarios, y aunque la tendencia natural sea señalar a los administradores, la cuestión es más complicada:

- a) Solo tres de los delitos societarios –después de la expulsión del delito de administración fraudulenta–, los descritos en los arts. 290, 292 y 293 CP, configuran la esfera de posibles autores con los administradores de hecho o de derecho, mientras que los otros tipos usan un plural que claramente alcanza a cualquier socio. Por lo tanto, no existe una restricción a los administradores y no se concreta adecuadamente cuál pueda ser la forma de intervención de otras personas.
- b) La responsabilidad penal por las decisiones tomadas por un órgano colegiado, como el Consejo de Administración, se deja al azar del criterio de cada tribunal en cuanto a la aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación. El Código Penal, en el mejor de los casos, se limita a aludir a los administradores, y, por deducción lógica, a los accionistas y socios, pero no hay mención alguna a órganos colegiados, que en las sociedades grandes son los únicos que efectivamente tiene poder para tomar decisiones, como capaces para ser autores de un delito societario.
- c) Ninguna ayuda recibe el intérprete para determinar a quién puede considerar “administrador”. Doctrinalmente se aconseja utilizar un criterio flexible, que acoja a cualquier persona, física o jurídica, directamente o por representación, de forma delegada o fruto de un apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad. Esa persona podrá realizar en calidad de autor los delitos societarios, siempre y cuando concurren los demás elementos de la autoría –como en cualquier otro delito– y, por lo tanto, sea posible la imputación objetiva personal de los hechos realizados, –por haber tenido sobre ellos el dominio del hecho, esencialmente por desarrollarse la actividad en su ámbito competencial– y la imputación subjetiva a título de dolo.
- d) La apertura a los administradores de hecho abre la posibilidad de que esa persona o personas sean sujetos que *ni siquiera participan de la vida ordinaria de la Sociedad*, aunque ejerzan el poder efectivo, normalmente, a través de un representante o testaferro. Esa circunstancia no debe ser óbice para la exigencia de responsabilidad, pero si, como es posible, ese poder efectivo corresponde a otra persona jurídica, habrá que determinar la persona física que por ella debe responder, lo cual no será sencillo, y, ara mayor complejidad, no está prevista la posible responsabilidad de personas jurídicas en estos delitos.
- e) En línea parecida aparece la posibilidad de que los sujetos que ocupen cargos individuales o colegiados en las empresas lo hagan en tanto que representantes de paquetes de acciones que pertenecen a otra empresa, cuyos órganos decisorios son los que acuerdan lo que se ha de hacer en la empresa participada. Y, de nuevo, recordemos que no está prevista la posibilidad de declarar responsabilidad penal de personas jurídicas. Las consecuencias potenciales son imaginables.
- f) La posibilidad de imputar delitos societarios a los órganos colegiados no está cerrada, y, por lo mismo, se podría considerar coautores a todos o algunos

de los componentes de un Consejo de administración, pero eso solo puede hacerse tras una valoración de la conducta individual y la aportación de cada sujeto concreto, que pueden llevar a la inducción, la coautoría o la complicidad. Eso deberá hacerse sin sujeción a reglas mercantiles. Téngase en cuenta, además, que para los delitos societarios no está prevista la posible comisión por una persona jurídica.

- g) En relación con los administradores que son personas físicas y pertenecen a un órgano colegiado, desde el que se ha tomado la decisión “penalmente típica”, hay que recordar que no cabe responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio del cargo, pues en el ámbito societario tan sólo son punibles los comportamientos dolosos. Los actos o acuerdos lesivos realizados o adoptados de forma colegiada, en cuanto responden a la voluntad de la mayoría, no implican automáticamente la responsabilidad penal de todos los miembros del consejo. Ya hemos visto que en el ámbito mercantil pueden salvar su responsabilidad los consejeros que hubieren votado en contra y se opusieron a la ejecución del acto, si bien no parece suficiente la mera delegación y prueba de que no se tomó parte, por la razón que fuere. Según algunos analistas se podría contemplar el problema en el marco de la problemática general de la comisión por omisión, pero la imputación al sujeto concreto pasaría por probar la existencia de un especial deber de actuar tendente a evitar el resultado dañoso, además del dolo sobre la producción de dicho resultado y la efectiva capacidad para impedirlo. Por lo tanto, muchas condiciones.

Por último, surge el eventual problema concursal: en la configuración de los delitos societarios se establece un círculo de autores potenciales (administradores de hecho o de derecho), que son los realizadores de las diversas conductas típicas, aunque no todas, pues algunas, como hemos visto, se refieren directamente a acciones de socios contra socios (así, las descritas en los artículos 291 y 292 CP). De las conductas que puedan realizar los administradores se dice que expresan un abuso de poder –lo cual es discutible si están actuando según el deseo mayoritario de los socios– o que lo hacen en perjuicio de la sociedad –lo cual será así si las consecuencias alcanzan a ésta y no solo a un número limitado de socios.

Sea como fuere, es cierto que un administrador societario maneja intereses ajenos, o que no son solo suyos, y, por eso mismo, puede cometer por sí mismo un delito societario, *pero también puede entrar en el ámbito del delito de administración desleal* del art. 252.1 CP (próximo a la apropiación indebida). Por supuesto que cabe un delito de administración desleal, incluso en la versión posterior a 2015, sin concurrencia con un delito societario; pero también puede suceder que un administrador falsee las cuentas anuales (art. 290 CP) para ocultar la situación de la sociedad y a la vez perjudicarla. En esa hipótesis habrá que elegir entre el concurso real o ideal de delitos, si bien la diversidad de bienes jurídicos en juego podría inclinar la decisión en favor del concurso de infracciones.

6. La lesión patrimonial en los delitos societarios

Un sector doctrinal ha sostenido siempre que en los delitos societarios tiene que darse un componente de lesión patrimonial, entendida en el sentido clásico de disminución del patrimonio anterior al hecho (así, Del Rosal Blasco, 1998, pp. 38s.)². Esa pretensión interpretativa supondría vaciar de contenido y función a los delitos societarios, sin que ello obste a admitir que algún delito societario, como ocurre claramente con el de suministro de información financiera falsa, puede concurrir con el delito de fraude de inversiones, que es una figura ubicada entre las infracciones

² Para este autor, los delitos societarios son mayoritariamente delitos patrimoniales.

contra el mercado y los consumidores. Del mismo modo, la imposición de acuerdos adoptados por mayoría ficticia puede concurrir con un delito de apropiación indebida cometido por unos socios en perjuicio de otros, pero el ámbito típico de la imposición de acuerdos continuará siendo el suyo propio. Esos delitos de imposición de acuerdos o de adopción indebida de acuerdos no están descritos como delitos de resultado, como recuerda la STS de 14 de julio de 2006, y, por lo tanto, no tiene sentido exigir una consecuencia de menoscabo patrimonial.

Sucede, no obstante, que los derechos de los socios, que se tutelan a través de estas figuras delictivas, son muy diversos: de asistencia, de voz y voto en las Juntas Generales; a que las decisiones se adopten de acuerdo con los Estatutos; derecho a recibir información sobre la marcha de la sociedad, lo que supone poder acceder a las cuentas anuales; derecho a impugnar los acuerdos sociales que vulneren las leyes o los Estatutos o el interés de la sociedad, y, ligado a ese derecho, el de ejercer la acción social de responsabilidad. Pero posiblemente el derecho nuclear del accionista es lograr el rendimiento de lo que ha invertido, lo que se traduce en la participación proporcional en los beneficios que haya obtenido la sociedad, si ésta decide repartirlos.

Se pueden enumerar más derechos, pero con los citados basta para poder admitir que todos están vinculados a un derecho del accionista: que su dinero le genere un rendimiento justo y no ser engañado respecto de eso. Es cierto que también tiene derecho a que la empresa en la que ha invertido no se desvíe dedicándose a actividades que no admiten los Estatutos, pero puede convenirse que el interés principal es la tutela de su inversión.

Así vista la cuestión, es evidente que *en último término hay un interés patrimonial* que está en la base de todos los derechos del socio que el Código Penal quiere proteger.

7. Concepto penal de sociedad y situaciones excluibles de los delitos societarios

En relación con el *espacio típico* en el que pueden cometerse esta clase de delitos, el Código Penal, tras denominar como “societarios” a un grupo de delitos, parece comprender que es obligado incluir un concepto de “sociedad” para que quede claramente delimitado el contexto en el que caben estos hechos, y a tal fin, el art. 297 CP establece que a los efectos de este Capítulo XIII

“se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

Como puede verse, el precepto no sólo incluye las sociedades mercantiles, sino que añade las cooperativas y, más adelante, las cajas de ahorros. Se trata de un concepto muy extenso que, siendo evidente que quedan incluidas todas las sociedades mercantiles, no puede decirse lo mismo de otras formas societarias jurídicamente reconocidas, que no participan del mercado, como pueden ser las diferentes sociedades civiles y entidades o agrupaciones que no tienen personalidad jurídica propia.

La indicación del art. 297 no es un caso de ley penal en blanco que requiera un complemento en la normativa societaria. Precisamente, la intención del legislador penal fue ayudar al intérprete colocándose por encima de la polémica generada en

torno a la naturaleza jurídica de determinadas asociaciones, enfatizando que lo importante no es tanto la forma societaria (civil o mercantil) en sí, sino el hecho de que la entidad “para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”, que es el dato básico y el verdadero elemento definidor del concepto para el derecho penal.

La fórmula, sin embargo, tiene inconvenientes: la ley penal permite la imputación de los hechos delictivos, aunque la sociedad no haya finalizado el proceso de constitución. Concretamente, nuestro Código hace referencia a una “sociedad constituida o en formación” (cuando la sociedad aún no haya sido inscrita en el Registro Mercantil, momento en el que adquiere personalidad jurídica). El tiempo que pueda transcurrir entre la constitución de la sociedad en escritura pública y su inscripción permite que los socios, los administradores o los representantes actúen en el mercado o en los negocios. La Ley de Sociedades de Capital prevé esta eventualidad, y estipula la validez y eficacia de las actuaciones, y los diferentes medios de responsabilidad y garantía para terceros que pueden activarse cuando una sociedad deviene en irregular³.

Se consideran sociedades irregulares las que, después de un año del otorgamiento de la escritura constitucional, no han solicitado la inscripción en el Registro Mercantil. En cuanto a si es aplicable a ellas el derecho penal societario, la respuesta pareciera ser positiva a la luz de lo que dispone el art. 297 CP, pues las sociedades irregulares también cumplen las exigencias del precepto. Ahora bien, los tipos de delito societario sólo se refieren a las sociedades constituidas o en formación, y nada autoriza una interpretación extensiva que incluya a las sociedades irregulares. La aparente pretensión omnicomprendiva que tiene el artículo 297 ha de matizarse, puesto que en estos delitos se protege especialmente a la Sociedad y a sus socios, y admitir que esa protección se ha de extender a quienes no han querido cumplir con las previsiones del derecho societario resulta excesivo. Por otra parte, hay que recordar que en las sociedades irregulares rige el régimen de responsabilidad universal de todos sus miembros, lo cual aporta un argumento económico también considerable en orden a negar la posibilidad de aplicar estos tipos. En conclusión, las previsiones del Código Penal pueden aplicarse a las sociedades de responsabilidad limitada, a las sociedades anónimas, y a las sociedades en formación, pero dejarán de ser aplicables cuando la sociedad en formación devenga en “irregular”.

Para admitir la presencia de una Sociedad es preciso que haya una *personalidad jurídica independiente* de las personas físicas que la integran, solo así se puede reconocer en un ente la condición de sociedad a efectos penales. A esa condición se añade la de “participar de modo permanente en el mercado”. Sobre el significado de esa condición se ha dicho, ante todo, que es bastante imprecisa, y que requiere alguna concreción adicional. El Tribunal Supremo ha excluido, por esa razón, a entidades que sólo de modo esporádico han entrado en el mercado, como, por ejemplo, las comunidades de propietarios. La permanencia parece, así, ser el elemento caracterizador principal, y solo se da cuando se realizan actos de comercio habitualmente.

Tampoco se da esa personalidad diferente en los casos de las sociedades

³ Las sociedades irregulares tienen personalidad jurídica frente a terceros. Cuestión diferente es que una sociedad puede devenir irregular por voluntad de sus socios, en cuyo caso se producirán las consecuencias de transformación en sociedad civil o colectiva con las consecuencias en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 38 y 39 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

irregulares y las sociedades de hecho. El Código se refiere a sociedades constituidas o “en formación”, lo cual significa que éstas están incluidas, siempre y cuando no se transformen en irregulares, que son aquellas sociedades que, habiendo sido constituidas, no han sido aún inscritas en el Registro Mercantil, requisito esencial para adquirir personalidad jurídica. Pero entre la constitución y la inscripción, los socios, los administradores o los representantes pueden comenzar a actuar en el mercado e iniciar negocios⁴.

Partiendo de eso, se podría decir que “frente a terceros”, ese grupo humano que se propone fundar una Sociedad, puede actuar desde la constitución, respondiendo personalmente. Es evidente que la Ley de Sociedades de Capital cuida de los intereses de terceros, de ahí la obligación de responder personalmente que recae sobre los socios que hayan tenido relación con esos terceros. Pero no parece tan sencilla la respuesta cuando se trata de delitos que afecten exclusivamente a los socios, como son la imposición de acuerdos o el uso de mayorías ficticias, conductas que presuponen el funcionamiento ordinario de la Sociedad, esto es, la inscripción. Por lo tanto, los perjuicios que entre sí se causen las personas físicas integrantes de un grupo que solo es una sociedad irregular o de hecho, tendrán que resolverse, en su caso, mediante otros preceptos penales.

En cuanto a delitos como el ofrecimiento de información financiera falsa, hay que tener en cuenta que los deberes de información nacen con el nacimiento de la Sociedad, que se produce con la inscripción. Eso no impide, por supuesto, que antes de ese momento se haya podido engañar a terceros para que inviertan en la sociedad en formación o contraten con ella, pero eso, en su caso, será constitutivo de un delito de estafa, y no de un delito societario.

8. Condiciones de procedibilidad

El artículo 296 del CP exige la denuncia de la persona ofendida o de su representante legal para poderlos perseguir, salvo que se trate de supuestos en los cuales la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En este caso, el artículo 296.2 CP excluye la necesidad de esa previa denuncia. Si se trata de supuestos en los que la ley penal requiere una denuncia y la persona ofendida es menor de edad, incapaz o desvalida, aparte del representante legal, también puede efectuar la denuncia el mismo Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo que establece el artículo 296.1 CP. Esta limitación de la perseguibilidad ha sido justificada en nombre del principio de intervención mínima (STS de 4 de junio de 2004), pues buena parte de los conflictos entre socios tienen una dimensión especialmente privada, con independencia de que, en algunas ocasiones, lo que suceda en una sociedad puede tener consecuencias para intereses que van más allá de ella misma.

Los perjudicados tienen el poder de iniciar el proceso penal, pero, formalmente, no tienen la posibilidad de decidir terminarlo, pues no se trata de un delito privado. Por lo tanto, iniciado el proceso, éste podría ser continuado si así lo solicita el Ministerio Fiscal.

⁴ La Ley de Sociedades de Capital dispone que por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responden solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y ulterior asunción por la Sociedad en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad (art. 36).

También genera dudas la condición de “persona agraviada”, que se ha interpretado (STS de 17 de julio de 2006) como equivalente a persona que ha sufrido un “perjuicio”. Sucede que el perjuicio puede no ser directo *a su persona*, sino a esa persona en tanto que es socio de una Sociedad, lo cual no puede traducirse en que sólo ésta tiene el poder de ejercer la acción penal, pues, como se deriva de la STS de 17 de abril de 2013, eso generaría una injusta pérdida de protección para los socios minoritarios que no pueden determinar las decisiones de las Sociedades. Cuestión diferente, por supuesto, es lo que deba entenderse por “perjuicio”.

Por último, se ha de destacar que, la Reforma de 2015 liquidó el delito de administración fraudulenta del art. 295 CP, transfiriendo la materia al ámbito de la apropiación indebida, por lo que para ese delito ha desaparecido la condición de perseguibilidad.

Bibliografía

- DEL ROSAL BLASCO (1998), *Los delitos societarios en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMOS RUBIO, C. (2015), “El nuevo delito administración desleal”. En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 527-538.
- RODRÍGUEZ SASTRE, A. (1977 [1934]), “El delito financiero: su repercusión en el crédito y en la economía”, *Revista española de financiación y contabilidad*, Vol. VI, nº 20 y 21, pp. 61-96.

Litigio de Interés Público

Public Interest Litigation

María Carlota Ucin
Universidad Nacional de La Plata
macucin@yahoo.com.ar

Recibido / received: 21/02/2017
Aceptado / accepted: 06/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3656>

Resumen

Se propone en el presente trabajo una conceptualización del Litigio de Interés Público (LIP), señalando los rasgos destacados de esta especial forma de judicialización de reclamos que intentan lograr la plena vigencia de los derechos constitucionales. Para una mejor comprensión del fenómeno, se lo contextualizará a partir del señalamiento de sus antecedentes históricos, las causas que permiten comprender su desarrollo actual y su sustrato teórico.

Palabras clave

Litigio de interés público, interés público, reforma estructural, Constitucionalismo, Democracia constitucional, Derechos fundamentales.

Abstract

Along this paper I work on the definition of the Public Interest Litigation (PILI). I begin with a description of the main characteristics of this particular way of bringing claims into the courts in order to enforce constitutional rights. For a better understanding of this phenomenon, there is a brief description of its historical evolution, the main causes that can explain the present development of this practice, as well as its theoretical foundations.

Keywords

Public interest litigation, Public interest, Structural reform, Constitutionalism, Constitutional Democracy, Fundamental Rights.

SUMARIO. 1. Conceptualización 2. Evolución del LIP 3. Sustrato teórico del LIP 4. Conclusiones

1. Conceptualización

La definición del “Litigio de Interés Público” (en adelante y de manera indistinta LIP) conlleva, por transitividad, la dificultad de precisar una noción del “Interés Público”. Estas dos nociones se encuentran estrechamente ligadas aunque no resultan coextensivas. Ello así, pues la primera es una forma particular de efectuar planteos ante la justicia, mientras que la segunda es una noción que va más allá de dicha práctica, ostentando un carácter orientador de aquélla, pero también de la legislación y de los actos de gobierno. El Interés Público no debe ser visto tampoco como sinónimo de “orden público”. Este último también ostenta igual rasgo de indeterminación semántica, pero es empleado generalmente para asignar mayor



fuerza imperativa a ciertos enunciados normativos o sectores enteros del ordenamiento jurídico (orden público laboral, el orden público implicado en cuestiones de estado civil, el orden público implicado en las nulidades jurídicas, por citar algunos ejemplos).

El Interés Público es un típico concepto jurídico indeterminado, que ha sido esquivo a las definiciones precisas¹. En el presente trabajo se ensayará una definición de éste, desde un enfoque procedimental, sosteniendo que el mismo se encuentra en el sustrato teórico de la práctica actual del LIP. Ello así, pues esta forma de encarar los planteos judiciales, invocando derechos fundamentales, tiende a recoger -implícita o explícitamente- la noción de participación democrática ínsita en aquél. Se estipulará entonces una definición del LIP, señalando los rasgos salientes de esta especial forma de judicialización de los derechos. Para completar la comprensión del fenómeno, se lo contextualizará a partir del señalamiento de algunos de sus antecedentes históricos, las causas que permiten comprender su desarrollo actual y su sustrato teórico.

La conceptualización que aquí se ensayará debe ser acompañada de una simplificación terminológica. Por lo general, es posible encontrar diversos términos para aludir al fenómeno que aquí habré de analizar, por el cual se da voz a grupos desaventajados, minorías étnicas, raciales o grupos con particular grado de vulnerabilidad (mujeres, adultos mayores, niños, sujetos privados de la libertad). Así, resulta habitual encontrar un uso intercambiable de términos tales como litigio “de Interés Público” (Cappelletti, 1979; Gloppen, 2005; Rabin, 1976; Trubek-Trubek-Becker, 1980; Mc Dougall 1991-1992) “de Derecho Público”, (Chayes, 1976; Sabel-Simon, 2004) “de reforma estructural” (Fiss, 2007; Gilles, 2000; Jeffries y Rutherglen, 2007; Easton, 1990) o “estratégico” (CELS, 2008; Basch, 2010; Belsky, 2010).

En principio cualquiera de estas formulaciones resulta apropiada para comprender el fenómeno que designan. Y las diversas denominaciones no parecen depender de la experiencia nacional a la que refieran, sino antes bien, dependerían de la intención de quien la utilice de poner el acento en uno u otro de los elementos que caracterizan a esta forma de litigio. Así, cuando se alude al “litigio de Derecho Público”, se está haciendo hincapié en el carácter administrativo de las regulaciones que con él se ponen en cuestión. Esta denominación alude entonces al cuestionamiento directo que se haga del obrar de la Administración pública y de sus regulaciones específicas. En el mismo sentido, si se subraya la intención de modificar prácticas arraigadas a partir del funcionamiento de la burocracia estatal, dando origen a cambios de largo alcance sobre tales estructuras, se aludirá al fenómeno como “litigio de reforma estructural”. Esta identificación refiere a los cambios en el sistema educativo, carcelario o de salud que este tipo de litigio busca provocar. Si en cambio, se pretende destacar cómo se desarrolla esta práctica a partir de la selección de ciertos casos “testigo”, que procuren una incidencia directa sobre el Derecho vigente o una conducta estatal determinada, se podrá aludir a ella como una forma de “litigio estratégico”.

En cualquiera de estos casos, si se pone la mira en cuáles son los intereses defendidos, o mejor, cuál es el fundamento último que guía este tipo de demandas, se podrá aludir a este litigio como de “Interés Público”. Aquí se considera que esta última denominación resulta preferible respecto de las anteriores porque refleja un elemento constante de esta forma de litigio. En concreto, pone el énfasis en la

¹ Como muestra no exhaustiva de las dificultades de dar una definición clara del “interés público” pueden verse: Wesley Deskins, (1965: 76-81); Benditt, (1973: 291-311); Sorauf, (1957: 616-639).

intención de quienes lo impulsan de llevar adelante ciertos reclamos de grupos desaventajados, intentando provocar un cambio en el *statu quo* que se presenta violatorio de los compromisos constitucionales. Ya sea que para ello se deba revisar una práctica de Derecho público por cuanto violatoria de los derechos defendidos, una estructura burocrática que en algún modo lesiona también derechos fundamentales o incluso, se requiera actuar con cierto grado de estrategia, para lograr un cambio colectivo a partir del señalamiento y judicialización de un caso “testigo”. De hecho, estos últimos elementos resultan contingentes y dependerán de las características con que este litigio se concrete en cada caso en particular. Es por ello que se puede ver a la noción de “Litigio de Interés Público” como una noción adecuadamente comprensiva, que permite denotar todas las modalidades posibles del fenómeno aquí estudiado, pero centrándose en su aspecto constante, que es un enfoque especial sobre el Derecho y los derechos.

En la experiencia americana, el LIP se fue gestando a partir de la tutela de los pobres y de aquellos intereses de la sociedad que aparecían sub-representados. Surgió así, como un correctivo de la desproporcionada influencia, que los intereses de los económicamente poderosos ejercían sobre el sistema legal. Los reclamos se orientaban así, hacia la reivindicación de los derechos de las personas más desfavorecidas en el reparto del poder. Puede verse pues, cómo más allá de la defensa de ciudadanas y ciudadanos de escasos recursos, este campo ha venido a englobar una serie de objetivos: derechos y libertades civiles, protección ambiental, derechos de los consumidores, minorías, personas con discapacidad y ancianos entre otros (Trubek, Trubek y Becker, 1980). Todos éstos bajo el común denominador de la protección de los sectores débiles en las diversas relaciones jurídicas.

A partir de esto, se evidencia que el Interés Público no se refiere entonces, a un cuerpo de leyes, ni se limita a un conjunto específico de derechos, aunque en su versión actual aparezca mayormente vinculado a la defensa de los derechos fundamentales con protección constitucional y convencional. El Interés Público, en cambio, aparece determinado por la identificación de los sujetos representados por las abogadas y abogados que por él litigan. O mejor aún, se trata de un enfoque del Derecho que persigue lograr la ampliación en el goce de los derechos y de la participación ciudadana. Entonces, puede asumirse que el LIP consiste en una forma de abogar consciente para alterar los impedimentos sociales y estructurales que obstan a la decencia y la equidad.

Esta forma de litigio persigue alterar el *statu quo* caracterizado por el desconocimiento de derechos a ciertos sectores. Se dirige entonces a proveer representación a individuos, grupos o intereses que históricamente han estado desoídos en el sistema legal, los que de otra manera permanecerían “sin voz”. Este énfasis en la participación de grupos sub-representados se explica a partir de la noción propia del Interés Público, la que como se verá luego, no puede ser definida *a priori*, ni dotada de un contenido positivo estable, sino a partir de la deliberación de los sujetos afectados por cada conflicto en particular. Entonces, el LIP, procura el restablecimiento de los derechos a los grupos desaventajados para que éstos puedan ingresar al debate democrático más amplio, para la determinación de la “cosa pública”. Ello sin perjuicio de admitir además, que en este tipo de procesos judiciales también será necesario generar espacios de mayor participación para la solución de estos conflictos con la debida audiencia de los afectados.

Siguiendo los lineamientos hasta aquí presentados y antes de adentrarnos en la presentación de los antecedentes y caracteres principales de esta práctica, se puede estipular una definición del **Litigio de Interés Público** como *aquel llevado*

adelante por abogados que trabajan directamente para alterar algún aspecto del statu quo político, social o económico y que asumen, a su vez, que las actuales condiciones sociales impiden la participación y los beneficios de algunos grupos subordinados, trabajando centralmente para dar voz a estos intereses (Loewy, 1999: 1869-1870).

En cumplimiento de tales propósitos, esta práctica habrá de generar diversas líneas de desarrollo. Podrá procurar la tutela de los derechos civiles, como ha sido la experiencia de Estados Unidos, cuyo origen debe ser rastreado en el “movimiento por la defensa de los derechos civiles”, tal como se verá seguidamente, o también, podrá tratarse de la judicialización de derechos sociales, como resulta prevalentemente de la experiencia de los países del denominado Sur-global² (Bonilla, 2013). En esta línea, los reclamos se orientan a cuestionar el estado de las cárceles, de habitabilidad de ciertas áreas contaminadas, el dispar goce del derecho a la salud o a la educación. Si bien esto genera matices en la práctica, resultan diferencias no esenciales que permiten en adelante hablar de la práctica en un sentido unificado.

2. Evolución del LIP

Como ya se ha anticipado, los antecedentes de esta forma de litigio pueden ser rastreados en los casos de LIP desarrollados en Estados Unidos a partir de la segunda mitad del siglo pasado (1954-1974). En particular, durante el período en que la Corte Suprema se encontraba presidida por el Ministro Warren³. La mayor parte de los reclamos se realizaron a partir de la invocación de la *equal protection clause* (enmienda 14 de la Constitución Norteamericana), utilizando los moldes procesales de las *Class actions* y de la *civil injunction*.

En 1954, la NAACP (Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color), una de las más grandes asociaciones de defensas de derechos civiles de Estados Unidos, ganó el caso sobre segregación racial en los colegios de dicho país⁴. Pese a la importancia de la labor de aquella, el mayor desarrollo de las firmas de derecho de Interés Público como una forma institucionalizada emerge a partir de la mitad de los años 60 (Halpern, 1980; Trubek, Trubek y Becker, 1980; Handler, 1980 y Rabin, 1976).

Por su parte, y a los fines de fomentar el desarrollo de este tipo de litigio, se establecieron en dicho país firmas o Estudios encargados de la defensa del Interés Público. Las mismas fueron establecidas como organizaciones o corporaciones sin fines de lucro, exentas de impuestos y que recibían financiación para cumplir con su misión. Si bien se podría haber adoptado la decisión política de otorgar el aporte financiero directamente hacia los grupos sub-representados, detrás de esta decisión puede verse la intencionalidad de que estos reclamos fueran canalizados jurídicamente. Es decir, se procuraba que los mismos recondujeran los reclamos de los grupos empoderados hacia formas legales, evitando así otras formas de acción directa de parte de los grupos afectados.

Estas entidades fueron subsidiadas justamente para defender ante los tribunales casos de gran escala, que representaran un cambio sustancial sobre

² El autor emplea el binomio: “*global North*” y “*global South*” como equivalentes, menos peyorativos de los términos: “países desarrollados” y “países en desarrollo”. Incluyendo en la categoría de “Sur global” a los países de América Latina, África y Europa del Este.

³ Quien presidió dicho tribunal entre los años 1953 y 1969.

⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954

cuestiones de política pública. Esta modalidad coincidió con la presidencia de Nixon (1969-1974), período caracterizado por la desatención de ciertos grupos desaventajados (Halpern, 1980: 102). Se estimó que la abogacía sistemática podría dar a tales grupos sub-representados, una voz mayor en la decisión de cuestiones políticas que afectarían sus intereses, tanto en sede administrativa cuanto judicial, esto último a través de la *injunction* civil.

Sin perjuicio de ello, las propias firmas advirtieron que la litigación podía ser más eficaz si era tratada como un elemento más, dentro del proceso de abogacía o promoción de derechos, que se expandiera también hacia otras áreas de activismo político. Entonces, se trabajó también, en las posibilidades de incidir sobre la actividad legislativa, la realización de investigaciones e informes, la educación ciudadana, la promoción escolar de intereses y el involucramiento en la actividad administrativa a todo nivel. (Halpern, 1980: 104-105).

No obstante los referidos antecedentes, esta forma de litigio ha perdido en Estados Unidos su centralidad. Luego de la referida expansión de esta forma de activismo en los tribunales, la misma se vio revertida entre los años 1970 y 1980, tiempos éstos en que la política y legislación americanas viraron hacia la derecha. Esto se vio reflejado en interpretaciones restrictivas en general y también sobre limitaciones impuestas a las formas “injunctivas” de *class action*. (Fiss, 1996)

En cambio, en la actualidad, esta forma de litigio registra un crecimiento sustantivo en países del denominado Sur-global. Ciertos estudios empíricos muestran que el desarrollo de estas formas de litigio se vincula estrechamente con el nivel de movilización social (Gloppen, 2005) aunque en otros países, esto podría estar representado por la presencia fuerte y activa de órganos públicos, como es en el caso de Brasil, a partir de la acción protagónica del Ministerio Público (Cambi-Gonçalves, 2009: 209-231).

Así entonces, en un intento por comprender las causas explicativas del desarrollo reciente de esta forma de LIP en los países del Sur-global, se pueden referir los siguientes factores. Como primer factor explicativo, de carácter histórico, se debe tomar en cuenta el fenómeno de *constitucionalización* de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Si bien asumo la equivocidad del término, lo adopto porque existe, no obstante, relativo acuerdo en el sentido común de la expresión, en el contexto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Siguiendo la caracterización de Guastini (2001: 49-73), habré de usar la denominación “constitucionalización” para designar el fenómeno que resulta de la transformación operada en la realidad constitucional de los ordenamientos europeos y americanos desde la segunda mitad del pasado siglo. Así, en estos países puede establecerse cierta homogeneidad en la incorporación amplia de derechos de segunda y tercera generación (derechos sociales, típicamente colectivos⁵ y derechos de tercera generación, típicamente difusos⁶) y el establecimiento de Cortes Constitucionales con poderes de control de la supremacía constitucional, como modo de resguardo de la llamada forma de Democracia Constitucional.

Si se mira a los países que han desarrollado este tipo de litigio, como por ejemplo Colombia, Brasil y Argentina en Sudamérica, pero también Sudáfrica e

⁵ Entendiendo por ello que el goce de los mismos es universal y aparece generalmente reconocido a los individuos, en cuanto miembros de una “categoría” específica, vg.: mujeres, niños, personas con discapacidad, adultos mayores, trabajadores, entre otros.

⁶ En tanto no resultan apropiables individualmente.

India, se puede apreciar que sus Constituciones son todas derivadas de procesos de reforma operados en la segunda mitad del siglo pasado⁷. En alguna medida, pueden encontrarse en estos nuevos instrumentos constitucionales, rasgos afines a los sancionados, a partir de la Segunda Post-Guerra Mundial, en Europa⁸.

Un segundo factor, entonces, se puede vincular con las construcciones teóricas desarrolladas a partir de tales reformas constitucionales. Esta doctrina, conocida como “Neoconstitucionalismo” o “Constitucionalismo” a secas, ha derivado, no sólo de las construcciones elaboradas por la jurisprudencia de los distintos Tribunales Constitucionales (Alemania, España, Italia, pero también: Sudáfrica, India, Colombia), sino también de los aportes teóricos de los estudiosos del Derecho Constitucional.

La piedra angular de esta nueva comprensión de la función de las Constituciones se deriva del reconocimiento de su supremacía. Se asume que los valores en ella contenidos habrán de impregnar todo el ordenamiento jurídico, saturándolo y colmando los vacíos o lagunas que pudieran existir en el plano legal. De lo que se sigue, entre otras cosas, la necesaria adecuación de la política a los términos constitucionales de respeto de los derechos fundamentales. El ordenamiento constitucionalizado entonces, reduce la discrecionalidad política, porque cualquier materia es ahora justiciable bajo los principios constitucionales. Desaparece así la *political choice* y esta situación viene acompañada por el riesgo de una creciente politización de la magistratura (Pozzolo, 2016: 147).

Por último, un tercer factor, de tipo coyuntural, debe ser tenido en cuenta para comprender el desarrollo de esta forma de litigio. El mismo se vincula con la discordancia, más o menos palmaria, entre los derechos que las nuevas Constituciones prometen y lo que la realidad devuelve, en términos de incumplimientos y aplazamiento de tales obligaciones constitucionales. Esta discordancia, entre los programas políticos implícitos en el reconocimiento de nuevos derechos y los rumbos efectivamente adoptados por los Estados, permite comprender el aumento en el nivel de litigiosidad. Este fenómeno fue acompañado, a su vez, por la acción de una ciudadanía más activa y participativa, que comenzó a tener protagonismo a través de la representación ejercida por instituciones públicas (como puede ser el Ministerio Público) o por Asociaciones civiles u ONG's. Este crecimiento de la “sociedad civil”, legitimada para llevar adelante este tipo de reclamos, potenció el número de éstos.

Luego, a partir de la observación de esta práctica constitucional en los diversos países referidos, surgen algunos rasgos característicos del Litigio de Interés Público. Se debe destacar entonces la actuación principal de la sociedad civil o de autoridades gubernamentales con “legitimación extraordinaria”⁹ que los habilita para incoar este tipo de procesos. La existencia de estos sujetos ha permitido amplificar la voz de reclamos de minorías sub-representadas, consecuentemente, los reclamos resultan ser planteados en representación de grupos determinados y por ello son conducidos procesalmente hacia procesos colectivos. Además, su planteamiento se formula en “clave de derechos”, operando una traducción de los reclamos desde un enfoque constitucional. Es bajo este prisma que se procede a confrontar políticas públicas o las estructuras burocráticas, a la luz de los valores

⁷ Así por ejemplo, la Constitución de Colombia, fue sancionada en 1991, la de Brasil en 1988, la argentina data de 1994 y las de Sudáfrica e India, de 1996 y 1949, respectivamente.

⁸ Es el caso de las Constituciones de Italia, España y Alemania.

⁹ Donde el sujeto habilitado procesalmente para actuar no coincide necesariamente con el titular del derecho.

contenidos en la Constitución y bajo esta luz opera la crítica.

Estos rasgos pueden verse en los casos de los países citados. Así, por ejemplo puede verse el caso colombiano de reforma del sistema carcelario¹⁰, del sistema de salud¹¹, así como también el caso de las poblaciones desplazadas por el conflicto armado en dicho país¹². En la Argentina, se ha planteado el caso colectivo del cuestionamiento de las condiciones de detención en cárceles y comisarías¹³ y la contaminación del Riachuelo en la Ciudad de Buenos Aires¹⁴, entre los más salientes y de naturaleza estructural¹⁵.

3. Sustrato teórico del LIP

La noción de Interés Público así como sus prácticas derivadas, imponen una concepción esencialmente liberal, pero también, un punto de vista teórico que ponga énfasis en la discusión pública como mejor forma de lograr los acuerdos sociales. En este sentido, debe destacarse la estrecha relación existente entre la acepción de Democracia, contenida en la Constitución y el rol participativo que se reconozca a los ciudadanos en la determinación del Interés Público. Así, como también la incidencia de estos factores, en la determinación de las reglas sobre la legitimación para la actuación procesal en defensa del Interés Público, y el espacio más o menos abierto al diálogo y la participación, que se contemple en el seno de dicho proceso judicial.

En este sentido, una tradición republicana, que ponga en vigencia las virtudes cívicas aristotélicas, concibe a los ciudadanos como partícipes activos en la toma de decisiones políticas. Este reconocimiento debe apoyarse en teorías constitucionales que permitan a los ciudadanos participar activamente para el desarrollo del interés público. En este sentido, formas deliberativas o participativas de la Democracia, pueden resultar fundamento bastante para comprender la legitimidad de la participación de los “afectados”¹⁶ en los procesos en que se discutan cuestiones en que grave el Interés Público.

Asimismo, el proceso judicial, habrá de comprender de un lado normas laxas que habiliten la legitimación amplia de los actores posibles, pero también debe albergar espacio suficiente para este tipo de diálogo. Si los jueces no incurren en la tentación de subrogarse al rol de legisladores, este tipo de diálogo puede resultar sumamente constructivo y fortalecedor de la práctica democrática. De hecho, el litigio de interés público entendido en estos términos puede no sólo fortalecer el carácter participativo de la Democracia, sino también permitir un adecuado control del gobierno (Feldman, 1992).

Es en tal sentido que, la práctica del LIP puede facilitar la entrada de todas las personas afectadas en la deliberación pública, ya sea a partir de la discusión

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T 153 de 1998.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, T 760 de 2008.

¹² Sentencia T 025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹³ “*Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*”, Sentencia del 3-V-2005, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:1146.

¹⁴ “*Mendoza, Beatriz Silvia y ot. c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo)*” (Expte. M. 1569.XL), véase la resolución definitiva del 8-VII-2008 (CSJN, Fallos 331: 1622).

¹⁵ Para profundizar en la experiencia de otros países puede verse: Gauri-Brinks, (2008 y 2014).

¹⁶ *Status* que puede permitir el reconocimiento de legitimación procesal en casos de tutela de derechos de índole difusa o colectiva.

concreta de ciertos problemas colectivos (contaminación de algún espacio natural, estado de cárceles o del sistema educativo) o incluso, indirectamente, empoderando a sectores relegados devolviéndoles el goce de ciertos derechos de los que hubieran sido privados. Esta ampliación de los actores implicados en la deliberación colectiva permite el mejoramiento y análisis crítico de los argumentos y con ello, la mayor imparcialidad y racionalidad de las discusiones. Este entendimiento del funcionamiento democrático, es el marco para el desarrollo del LIP, fomentando un diálogo entre los diversos poderes del Estado. Es así que esta concepción resulta el suelo propicio para la práctica del Derecho de Interés Público y la de su estrategia fundamental del litigio, que fomente a partir del activismo judicial, la revisión de aquellas disfunciones provenientes del funcionamiento de los otros poderes (Böhmer, 1998: 137).

Por su lado, subyace a esta concepción, la idea de que el Interés Público no consiste en una entidad a la que se deba recurrir para conocer su contenido positivo. El contenido de éste, en cambio, resulta de la señalada discusión pública, que busque llegar a consensos de forma no discriminatoria y en la que participen todos los afectados por la decisión a tomarse. Si uno se preguntara, pues, ¿Quién define su contenido? Pareciera que en el marco de una sociedad liberal, la respuesta debiera ser: “nosotros” o “tú y yo”. Sin embargo, aun cuando estas respuestas son válidas, no es tan importante determinar su contenido cuanto determinar quiénes participan en su definición (Rekosh, 2005: 11).

Por ello, el Interés Público no debiera ser asociado con políticas u objetivos sustantivos determinados, sino que en verdad debiera estar vinculado con el proceso de acuerdos entre los intereses de los diversos grupos. El Interés Público no se identifica con una política de solución del conflicto, sino con un método para dicho acuerdo o solución. Entonces, éste deviene un símbolo para la consideración y reconocimiento de aquellos intereses que pudieran ser olvidados o desestimados en el funcionamiento político (Sorauf, 1957: 638-9). Esto último, resulta el puente de enlace con los derechos fundamentales, por cuanto son estos estándares los que permiten valorar cuándo un sector aparece olvidado o resulta desaventajado en una sociedad determinada. Esto explica por qué, las diversas formas de LIP han tenido su origen siempre en conexión con la defensa de algún tipo de derecho garantizado en las Constituciones.

4. Conclusiones

El propósito de las presentes líneas ha sido el de iluminar una práctica constitucional que se viene desarrollando en varios países y que sin embargo, no resulta tan novedosa como podría parecer a primera vista. La integración de esta práctica con los valores que la ordenan, permite localizar en el Derecho Angloamericano un origen común, con el establecimiento de precedentes señeros y una experiencia judicial sumamente enriquecedora para el desarrollo actual de la práctica en los referidos países.

A su turno, la comprensión de las causas que permiten explicar su desarrollo actual en los países de Latinoamérica pero también en Sudáfrica y la India, facilita la visualización de ciertas continuidades entre las diversas manifestaciones de un mismo fenómeno. Con ello se puede afirmar que existe un cuerpo de litigios que responde a una forma de mirar al Derecho que es particular y que desborda las categorías tradicionales proporcionadas por el enfoque decimonónico.

En el intento por clarificar las nociones de Interés Público y su forma especial de plantear los casos ante la justicia, se ha vinculado a esta práctica con los valores

del pluralismo democrático, así como con versiones deliberativas de esta forma de gobierno. Esta manera de observar la experiencia muestra su plasticidad y también orienta la teorización respecto de este fenómeno en creciente expansión. Si se ha logrado el propósito fijado, los límites conceptuales del LIP debieran aparecer ahora más nítidos. Este trabajo, empero, no se pretende definitivo y seguramente su definición conceptual, así como la determinación de su contenido concreto, deban permanecer permeables a las mutaciones que la realidad proponga.

Bibliografía

- BASCH, F. (2010), “Breve introducción al litigio de reforma estructural”, Documento base para el Seminario “Remedios Judiciales y monitoreo de Ejecución de sentencias en el Litigio de reforma estructural”, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.
- BELSKI, M. (2010), “La judicialización de la política: el litigio estructural en materia educativa, posibilidades y obstáculos”, *Revista Propuesta Educativa*, N° 33, pp 29-34, disponible en línea: http://www.propuestaeducativa.flacso.org.ar/dossier_articulo.php?num=33&i_d=36 (fecha de consulta: 20 de febrero de 2017).
- BENDITT, TH. (1973), “The Public Interest”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 2, N° 3, pp 291-311.
- BÖHMER, M. (1998), “Sobre la inexistencia de derecho de interés público en Argentina”, *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, Año 3, N° 1, disponible en línea: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica09.pdf (fecha de consulta: 20 de febrero de 2017).
- BONILLA, D. (2013), “Towards a Constitutionalism of the Global South”. En: BONILLA, D. (Ed.), *Constitutionalism of the global south*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-40.
- CAMBI, E. – GONÇALVES, L.A. (2009), “Ministério Público Social”, *RePro*, N° 177, pp. 209-231
- CAPPELLETTI, M. (1979) “Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study”. En: CAPPELLETTI, M. (ed.) *Access to justice. Promising institutions*, Vol. 2, Book 2, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, pp. 767-865.
- CELS, (2008) *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- CHAYES, A. (1976) “The role of the judge in Public Law litigation”, *Harvard Law Review*, Vol 89, N° 7, pp. 1281-1316.
- EASTON, R. (1990), “The dual role of structural injunction”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, N° 8, pp. 1983-2002.
- FELDMAN, D. (1992), “Public interest litigation and Constitutional Theory in comparative perspective”, *The Modern Law Review*, Vol. 55, N° 1, pp. 44-72.
- FISS, O. (1996), “The political theory of the class action”, *Wash. & Lee L. Rev.*, 52, pp. 21-31.
- FISS, O. (2007), *El Derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid.
- GAURI, V. y BRINKS, D. (2008), *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GAURI, V. – BRINKS, D., (2014), “The Law's Majestic Equality? The distributive impact of judicializing Social and Economic Rights”, *Perspectives on Politics*, Vol.12, N° 2, pp. 375-393.
- GILLES, M. (2000), “Reinventing structural reform litigation: deputizing private

- citizens in the enforcement of civil rights”, *Columbia Law Review*, Vol. 100, N° 6, pp. 1384-1453.
- GLOPPEN, S. (2005), *Public Interest Litigation, social rights and social policy*, paper presentado en la Conferencia Arusha: *New Frontiers of Social Policy*, Dic. 12-15, 2005, disponible en línea: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.545.2334&rep=rep1&type=pdf> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2017);
- GUASTINI, R. (2001), *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México.
- HALPERN, CH. (1980), “The public interest law movement in the United States”. En: BLANKENBURG, E. (Ed.), *Innovations in the legal services. Research on service delivery*, Vol. 1, Cambridge (Mass.), Oelgeschlager, Gunn & Hain Inc., pp. 101-107.
- HANDLER, J., (1980), “*Social movements and the legal system: A theoretical perspective*”. En: BLANKENBURG, E. (Ed.), *Innovations in the legal services. Research on service delivery* vol. 1, Cambridge (Mass.), Oelgeschlager, Gunn & Hain Inc., pp. 109-129.
- JEFFRIES, J. (JR) y RUTHERGLEN, G. (2007), “Structural reform revisited”, *California Law Review*, Vol. 95, pp. 1387-1422.
- LOEWY, K., (1999), “Lawyering for social change”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 27, Issue 6, 1999, pp. 1868-1901.
- MCDUGALL, H. (1991-1992), “Lawyering and the Public interest in the 1990s”, *Fordham Law Review*, Vol. 66, N° 1, pp. 1-47.
- POZZOLO, S. (2016), “Neoconstitucionalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°11, pp. 142-151.
- RABIN, R. (1976), “Laywers for Social change: perspectives on Public Interest Law”, *Stanford Law Review*, Vol. 28, N° 2, pp. 207-261.
- REKOSH, E. (2005), “Who defines the Public Interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe”, *PILI Papers*, N° 1, Public Interest Law Initiative, (Budapest- Moscow- New York), Columbia Law School.
- SABEL, CH. y SIMON, W. (2004), “Destabilization rights: how public law litigation succeeds”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 4, pp. 1015-1101.
- SORAU, F. (1957), “The Public Interest Reconsidered”, *The Journal of Politics*, Vol. 9, N° 4, pp 616-639.
- TRUBEK, D., TRUBEK, L. y BECKER, J. (1980), “Legal services and the Administrative State: from Public Interest Law to Public Advocacy”. En: BLANKENBURG, E. (Ed.), *Innovations in the Legal Services. Research on Services delivery*, Vol. N° 1, Cambridge(Mass.), Verlag Anton Hain-Hönigstein, pp. 131-160.
- WESLEY DESKINS, J. (1965), “On the nature of the public interest”, *The Accounting Review*, Vol. N°40, N° 1, (1965), pp. 76-81.

Carl Schmitt. Estado y complejidad social¹

Carl Smith, State and social complexity

Enrique Serrano Gómez

Universidad Autónoma Metropolitana (México)

eserranog89@gmail.com

Recibido / received: 22/02/2017

Aceptado / accepted: 11/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3667>

1. Introducción

Robert Musil afirmó que el filósofo es un tirano sin ejército. En la Alemania de la República de Weimar dos grandes pensadores vieron en el movimiento Nacional-socialista la posibilidad de adquirir un ejército con la finalidad de realizar sus ideales. Me refiero a Martin Heidegger y Carl Schmitt. Pero, como era de esperarse, muy pronto descubrieron que su aspiración encerraba una enorme ingenuidad -heredera de la ilusión platónica- respecto a las posibilidades que tiene el conocimiento de guiar la dinámica del poder político. En un principio, su adhesión al partido nazi fue muy bien recibida por sus miembros; se vio como un triunfo ideológico que tenía importantes consecuencias en el nivel propagandístico. De hecho, casi de inmediato les fueron otorgados importantes puestos públicos. Sin embargo, en el momento que pretendieron dictar las líneas que debería seguir el movimiento, fueron rechazados de manera tajante, incluso corrieron el riesgo de ser encarcelados.

En la actualidad se ha escrito mucho sobre la relación de estos dos pensadores con el nazismo. A pesar de ello, considero que no hay mucho misterio en este asunto. En efecto, se trata de una relación ambigua. Por una parte, existió una atracción surgida de las coincidencias entre algunos puntos de sus teorías con la ideología de ese partido. Coincidencias que pueden condensarse en el rechazo a la manera en que se ha desenvuelto el mundo moderno y el papel que ha jugado en ello la visión del mundo liberal; lo cual de ninguna manera significa que sus pensamientos puedan reducirse a mera ideología nazi. Por otra parte, también se dio un rechazo originado, no tanto por las divergencias teóricas sino, fundamentalmente, porque el *Führer* no los escuchó. Nunca se imaginaron ser reducidos a simples instrumentos propagandísticos; su aspiración era formar parte del grupo dirigente. Aquello que sí da mucho que pensar de esta relación es el papel

¹ El presente trabajo aporta un estudio introductorio a la primera edición española de Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933 que es publicada en este mismo número de *Eunomía*. He preferido evitar este título a fin de reflejar la lectura que propongo del mismo y, en general, del autor.

que juegan y que deben jugar los intelectuales en la dinámica política. En este punto sería importante escuchar de nuevo al viejo Kant respecto a que la única manera de conservar un pensamiento autónomo es manteniéndose lo más alejado posible del ejercicio del poder político.

El carácter ambiguo de la relación entre los mencionados intelectuales y el nazismo puede apreciarse en el pequeño texto de Schmitt titulado *Ex captivitate salus*, donde caracteriza su papel en el periodo nacional-socialista mediante el personaje Benito Cereno que aparece en el cuento de Herman Melville². Es posible aceptar que esta caracterización expresa la actitud de Schmitt una vez que cayó de la gracia del régimen, pero en una descripción más adecuada habría que agregar, utilizando su misma analogía, que en un principio él formó parte de los esclavos que se amotinaron contra el capitán Cereno y la tripulación del “Santo Domingo”. Prueba de ello es, precisamente, el texto que comento ahora, a saber, *Estado, Movimiento, Pueblo. Los tres pilares de la unidad política (Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, 1933)*. Se trata de un escrito en el que pueden apreciarse los esfuerzos de Schmitt por aproximar su pensamiento a la ideología y al proyecto político nazi. Esfuerzos que fueron poco afortunados, porque los líderes del partido percibieron en el texto una serie de matices que revelaban la intención del autor de modificar ese proyecto, es decir, advirtieron que no existía la obediencia ciega que ellos exigían. Después de la guerra, también fue utilizado por los aliados, junto con otros escritos de la misma época, para probar su posición colaboracionista.

La ambigüedad a la que me he referido se encuentra cuando Schmitt introduce la siguiente cita de su libro sobre Hobbes: *Si un país llega a tal punto que solamente se admite la publicidad organizada por el poder estatal, el alma del pueblo emprende el camino misterioso que conduce al interior; entonces crece la fuerza contraria del callar y del silencio* (Schmitt, 2004: 43). De inmediato agrega la caracterización que hemos mencionado: *Benito Cereno, el héroe de cuento de Melville, se elevó en Alemania a símbolo de la situación de la inteligencia en un sistema de masas*. Es decir, se queja de que no le permitieron expresarse libremente, por lo cual tuvo que refugiarse en su ámbito subjetivo. Ello le permite aducir, frente a los que lo juzgan, que su colaboración era fingida, un simple recurso para mantener la vida y con ella la libertad de pensamiento (“resistencia mediante la colaboración”).

Asombrosamente, aunque de forma comprensible, lo que no dice es cuál es el contexto en el que aparece esa autocita, pues se trata de una crítica a Hobbes. Para este último la legitimidad del poder del Estado Absolutista se encuentra en garantizar la libertad de los ciudadanos en el espacio privado. No perdamos de vista que utilizar la metáfora del contrato social implicar admitir que los individuos deben mantener un cierto grado de libertad en el orden civil, para otorgar su consentimiento al poder político (*Volenti non fit iniura*). Lo que sostiene Schmitt es que dejar ese espacio de libertad, propicia que los individuos se refugien en él y que su silencio público sólo sea un telón que oculta el surgimiento de una disidencia, la cual, al crecer, puede poner en tela de juicio la persistencia del régimen establecido.

² Benito Cereno es el capitán de un galeón español que transporta esclavos de Valparaíso a Callao. Tras una semana de navegación los esclavos se amotinan y ponen el Santo Domingo en manos de Babo, su líder, con el objetivo de regresar a Senegal. Posteriormente, se encuentran con un barco americano, comandado por Amasa Delano, quien, al notar algo extraño en la nave española, pide subir a bordo de ella. Ante ello, Babo ordena a Benito, bajo amenaza de muerte, fingir para que su visitante crea que él conserva el mando. Véase Schmitt (2010: 25).

Por eso, según su perspectiva el *Estado Total* no debe esperar el libre consentimiento, sino que él mismo debe generarlo, sin respetar los límites que impone la llamada libertad negativa. Desde la perspectiva de Hobbes resultaba absurdo la pretensión del monarca de introducirse en la conciencia de sus súbditos, por eso le aconsejaba tolerar la libertad religiosa. La experiencia de la propaganda nazi y las nuevas técnicas que ella utilizaba, le hicieron pensar a Schmitt que eso sí era posible y, de esa manera, romper con la dicotomía público-privado, tan cara a los liberales. En otras palabras, si bien se queja de no haber podido expresarse libremente durante el régimen nacional-socialista, por otra parte, de manera explícita, otorga su anuencia a un sistema que no sólo pretende controlar la expresión pública de las ideas, sino también las que se mantienen en el ámbito privado. Creo que con ello se dice mucho de la relación que estableció con el movimiento nazi y sus propias aspiraciones.

A pesar de ello considero que el interés del texto *Estado, Movimiento, Pueblo*, como otros de sus escritos, no se agota en la perspectiva histórica, sino que trasciende su contexto y nos plantea un problema actual. Esto es un punto que deseo resaltar. Es evidente que para percibir esa actualidad se presupone cierto conocimiento de su ámbito social e histórico. Por eso, comentaremos algo de las ideas de Schmitt sobre la República de Weimar y la conquista del poder por parte de partido nacional-socialista.

2. Muerte y resurrección del Leviatán

Desde la perspectiva de Schmitt, la situación imperante en la República de Weimar se puede describir mediante la noción de *estado de naturaleza* en el sentido que le dio Hobbes, es decir, como una guerra constante de todos contra todos ocasionada por la ruptura del orden civil de la sociedad. Al igual que el filósofo de Malmesbury, Schmitt piensa que la única manera de superar esa terrible condición es mediante un Estado con una soberanía centralizada, aquello que él denomina el *Estado clásico europeo*. Éste logró lo que en su momento parecía algo completamente inverosímil, a saber: *instaurar la paz en su interior y descartar la hostilidad como concepto jurídico*. También coinciden Schmitt y Hobbes respecto a que esa modalidad de soberanía es el alma del Estado, aquello que lo mantiene con vida, por lo que todo intento de controlar o limitar ese poder absoluto sólo es una forma de impedir que cumpla su función básica de crear y mantener el orden civil de la sociedad.

Según Schmitt, el problema de la República de Weimar se manifiesta en su Constitución que establece un compromiso inestable entre dos formas de organización del poder estatal incompatibles: el compromiso entre un *Machtstaat* y un *Rechtsstaat*. Si bien esto ya existía en Alemania antes de la Primera Guerra Mundial, a partir de las condiciones que imponen las potencias triunfadoras en el Tratado de Versalles, la contradicción entre estas formas de Estado se agudiza, ocasionando la pérdida de la capacidad de gobernar; dicho en sus términos, el *pluralismo* devoró la soberanía.

También la Constitución de Weimar era un compromiso. Con la peculiaridad de que los socios de este nuevo compromiso eran de otra naturaleza que los participantes en los compromisos constitucionales de los años 1848 y 1867. No se enfrentaban dos adversarios identificables, Estado constitucional prusiano del soldado y Estado constitucional burgués, sino una mayoría de distintos partidos y asociaciones que se coaligaban para conseguir mayorías alternantes. La estructura general del nuevo Estado no era ya dualista, ni siquiera trajo la unidad prometida. Ella se configuró de forma pluralista. El dualismo entre soldado y burgués había decaído; en su lugar,



Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655.

Nº. 12, abril – septiembre 2017. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3667>

ahora se encontraban enfrentadas contraposiciones y divergencias altamente organizadas; nacionalistas, supranacionalistas e internacionalistas; burgueses y marxistas; católicos, evangélicos y ateos; capitalistas y comunistas (Schmitt, 2006: 76).

El famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar expresa esa tensión indisoluble entre el *Machtstaat* y el *Rechtsstaat*. Empieza por otorgar poderes extraordinarios, dictatoriales, al presidente del Reich

Cuando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su restablecimiento, apelando a la fuerza armada si el caso lo requiere. A este objeto puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 124 y 153 (libertad personal, inviolabilidad de domicilio, secreto de correspondencia, libertad de prensa, libertad de reunión y asociación, garantía de la propiedad privada).

Estos últimos artículos que son parte del *Rechtsstaat* (el Estado constitucional burgués), quedan subordinados al poder del presidente. Recordemos la definición de soberanía: *es soberano quien decide el estado de excepción*. Sin embargo, en el apartado tercero del mencionado art. 48 se agrega lo siguiente

Cuantas medidas haya tomado el presidente del Reich en virtud de los apartados 1 y 2 de éste artículo, deberá ponerlas sin demora en conocimiento del Reichstag. Si el Reichstag lo exige, las medidas deberán dejarse sin efecto.

Para Schmitt este inciso hace patente la ilusión de la burguesía respecto a las posibilidades de someter lo excepcional a lo normal y, de esta manera, conservar la calculabilidad que, como había observado Weber, requiere su actividad. La indecisión de la *clase discutidora* tiene como efecto que no exista una definición precisa sobre el poder soberano, propiciando su desaparición. Ello, a su vez, se traduce en que los diferentes grupos traten de instrumentalizar al Estado para beneficiar sus intereses particulares. Cabe subrayar que para Schmitt el término pluralismo tiene un sentido negativo; significa la ruptura de la unidad política de un pueblo, lo que da lugar a que lo político, constituido por la relación amigo-enemigo, ya no pueda ser limitado y encauzado (estatalmente) y, de esta manera, el grado de intensidad del conflicto crece hasta convertirse en violencia.

En la crisis que experimenta la República de Weimar, Schmitt encuentra una esperanza, pues cuanto más grave se hacía ésta, se tornaba patente que las situaciones extremas o excepcionales no pueden ser controladas por las normas jurídicas. Por el contrario, como él mismo afirma, la norma presupone la normalidad, es decir, la vigencia de un orden y esto es lo que no existía. La fuerza de los acontecimientos terminó por refutar el ideal normativista de la burguesía y, con ello, demostrar que era imprescindible inclinar la balanza a favor del *Machtstaat*. En un artículo sobre la dictadura del presidente del Reich, Schmitt se remite al artículo 48 y destaca que en él se encuentra el recurso para superar los límites legales que se han impuesto a la soberanía y, con ello, infundir de nuevo su vitalidad al Leviatán, con el objetivo de que pueda cumplir su misión de crear el orden. Ese recurso es la *medida* (el presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para restablecer el orden), entendida como una disposición que se adopta en relación a una situación concreta y anormal. Este último adjetivo indica que se trata de una



situación no prevista por el orden vigente, especialmente por su legalidad, por lo se carece de los recursos para enfrentarla.

En efecto, cuanto más se agravaba la crisis con más frecuencia se acudía a medidas, incluso se llegó a otorgar al presidente la posibilidad de disolver el parlamento y, así, superar el contrapeso que se había establecido en el inciso tercero del artículo 48. De hecho, el recurso de la medida fue uno de los principales instrumentos que utilizó Hitler no sólo para acceder al poder, sino también darle a éste un carácter absoluto. Desde la perspectiva de Schmitt la medida es una parte esencial del funcionamiento de un orden jurídico que, además, revela la naturaleza auténtica del derecho. Eso explica que, según él, la *Ermächtigungsgesetz* (Ley de Plenos Poderes del 24 de marzo de 1933) representa una *revolución legal* que transforma al Estado.

Vale la pena detenerse brevemente en este punto porque se vincula al núcleo de la teoría del Derecho de Schmitt. De acuerdo con este autor, el derecho no se puede reducir a un sistema de normas, como había planteado la Teoría Pura de Kelsen. Afirmar que la pirámide del orden normativo culmina en una norma fundamental es, según él, un simple recurso dogmático que elude el auténtico problema. La única manera de superar ese dogmatismo consiste en preguntarse por el sentido y validez de esa norma, lo cual parece que nos arroja al dilema fatal, en el que tradicionalmente ha oscilado la filosofía del derecho: iusnaturalismo o positivismo. La primera opción es para Schmitt inaceptable, ya que implica admitir normas cuya validez trasciende la voluntad de los seres humanos, aquí utiliza una de sus frases rotundas: *Algo vale porque alguien lo hace valer*. Así que no hay otra posibilidad que la ruta del positivismo, pero no en la peculiar interpretación de Kelsen, sino en sus versiones iniciales (Hobbes – Austin). Esto es, detrás de la norma solo se encuentra el poder, para ser más preciso, la decisión de aquel que lo ejerce. La norma es mandato del soberano y como tal puede ser general (ley) o puede ser particular (medida).

Durante la República de Weimar (5 de noviembre de 1925) el *Reichsgericht* (tribunal supremo) otorgó a los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes emanadas del *Reichstag* (parlamento). Frente a esa forma de control difuso, cercana a la tradición norteamericana, Kelsen propone, en base a su experiencia austriaca, la creación de un Tribunal Constitucional, con el argumento de que un control centralizado funciona mejor para mantener la coherencia e integridad del orden jurídico. Schmitt rechaza tajantemente esas dos propuestas, calificándolas de ilusiones normativistas: *Una ley no puede ser defensora de otra ley*.

El argumento que subyace a este otro ejemplo de sus enunciados contundentes comienza por la distinción entre la decisión jurídica y la decisión política. La primera se sustenta en la existencia de una norma establecida y es propia de la actividad de los jueces. En cambio, la segunda se sustenta, normativamente hablando, en la nada y es la que define el contenido de la ley. De inmediato se agrega la premisa respecto a que la mayoría de las crisis constitucionales se pueden describir como un conflicto de normas que se encuentran en mismo nivel (politeísmo de los valores). Además, se agrega que si existiera una ley que defiendiera la Constitución tendría que estar por encima de ella, porque una ley más débil no puede defender a una ley superior. Pero asumir esto sería caer en las redes del famoso trilema expuesto por los escépticos: regreso al infinito o círculo vicioso o dogmatismo. Por tanto, lo único que puede defender la ley es una decisión política, esto es, la decisión de aquél que la hace valer, en este



caso el *Führer*.

Es indispensable advertir que en el texto *Estado, Movimiento, Pueblo* encontramos el germen de una importante modificación en su posición teórica, la cual se expresará de una manera más clara y sistemática en su trabajo *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Muchos intérpretes han considerado que se trata de una simple estrategia para aproximarse a la ideología nazi sin claudicar a su postura decisionista. Es probable que ello sea cierto, yo no puedo pronunciarme sobre la auténtica intención de Schmitt. Lo visible es que se trata de una transformación teórica que se relaciona con las críticas que realiza Kelsen al decisionismo y que se mantiene en los escritos posteriores a la guerra, de una manera más amplia y profunda. Considero que ello es fundamental porque señala un sendero que, sin quedarnos en lo dicho por Schmitt (Habermas diría con Schmitt, contra él y más allá de él) conduce a romper con el mencionado dilema fatal, en el que durante mucho tiempo ha estado encerrada la filosofía del derecho. Evidentemente, probar esto trasciende los límites de este comentario; por eso me limitaré a describir esa transformación teórica y que cada quien concluya sobre su alcance.

Si decimos que la validez de la ley remite en última instancia a la decisión del soberano de inmediato podemos preguntar lo siguiente: ¿Cómo es posible que el mandato sea aceptado por aquellos a quienes se les pide obediencia? Para Schmitt la respuesta es que la capacidad de ofrecer seguridad (mantener alejado el estado de naturaleza) es la causa de que el mandato adquiera el carácter de autoridad, lo cual es indispensable para su eficacia. Pero esto nos lleva a un círculo vicioso, pues la creación del orden y, con él, el acceso a la seguridad anhelada, presupone que el mandato ya ha sido aceptado. Ello ya fue advertido por Hobbes, de ahí que apelara a unas leyes naturales, entendidas como normas de la razón surgidas de la experiencia de los males inherentes al estado de naturaleza. Por su parte, Schmitt empieza por rechazar lo que él mismo llama el *decisionismo abstracto*, que erróneamente atribuye a Hobbes, cuando es su postura anterior el mejor ejemplo de ello. La tesis que introduce ahora es que la decisión no crea el contenido de la ley, sino que únicamente representa la mediación entre las normas del orden concreto de la sociedad y el sistema jurídico. Dicho en otros términos: la función de la decisión es tornar positiva las normas surgidas de las prácticas colectivas. En contraste con el normativismo y el decisionismo abstracto (el positivismo sería una combinación de ambos), define su propuesta como *el pensamiento del orden concreto*, para el cual la fuente del derecho no se encuentra ni en las normas, ni en las decisiones en abstracto, sino en el orden particular que se ha creado en un contexto social.

El Estado actual ya no es dualista, ya no está dividido en Estado y sociedad, sino que se encuentra constituido sobre tres órdenes: Estado, Movimiento y Pueblo. El Estado, como orden propio dentro de la unidad política no tiene ya el monopolio de lo político, sino que es un órgano del *Führer* del Movimiento. Una unidad política así construida no se adecua al pensamiento jurídico decisionista o normativista o al pensamiento jurídico positivista que combina ambos. Se necesita ahora el pensamiento del orden concreto y de la forma que ha surgido para las nuevas tareas de la situación estatal, popular, económica e ideológica y para las nuevas formas de comunidad³.

³ Schmitt (1996). Schmitt sostiene que el pensamiento del orden concreto es deudor del trabajo de Santi Romano (2010), que, a su vez, se encuentra vinculado con el institucionalismo de Hauriou. *El ordenamiento jurídico (L'ordinamento giuridico)* es unidad esencial, una entidad que en parte se mueve



3. La nueva criatura

Como hemos apuntado más arriba, según Schmitt, la subida al poder de los nazis se debe describir como una *revolución legal*. Con ello quiere decir que, por una parte, se trata de una transformación radical del Estado, por lo que la Constitución de Weimar ya no puede ser el fundamento de su justificación o de su crítica. Por otra parte, es una transformación que se realiza apelando a la tradición jurídica alemana, es decir, no es una ruptura absoluta con el pasado sino un intento de recuperar los principios de la cultura germánica, eliminando los elementos liberales. Sin embargo, él deja en claro que la legitimación básica de esta nueva criatura estatal se encuentra básicamente en su fuerza para restaurar la unidad política perdida y, de esta manera, superar la situación caótica que había imperado en la caída de la República.

El Estado nacional-socialista es, desde su perspectiva, un *Estado Total*. Pero de inmediato él agrega que es indispensable distinguir entre una forma cuantitativa o reactiva de este y su forma cualitativa o activa. El Estado Total cuantitativo es un fenómeno propio de las sociedades liberales, el cual, si bien aparece ya a finales del siglo XIX, tiene su máxima expresión en las primeras décadas del siglo XX. Consiste en un Estado que crece cuantitativamente porque ha perdido la capacidad de controlar la dinámica social. Crear nuevas instituciones, reglamentos, comisiones, etc. es sólo un intento infructuoso para recuperar su fuerza; en realidad es más bien una expansión cancerígena que anuncia su muerte ante el embate incontenible del pluralismo. Su omnipresencia está muy lejos de implicar su omnipotencia. En cambio, el Estado Total cualitativo es el que recupera su soberanía (centralizada) y, con ella, la capacidad de acceder de nuevo a la unidad política de la nación, superando las dicotomías propias de los estados burgueses, las cuales se condensan en la gran dicotomía Estado – sociedad civil.

Si la sociedad se organiza a sí misma como Estado, si el Estado y la sociedad han de ser fundamentalmente idénticos, todos los problemas sociales y económicos devienen problemas pertenecientes a las atribuciones directas del Estado y ya no es posible diferenciar entre los asuntos estatal-políticos y los social-apolíticos. Desaparecen todas las contraposiciones imperantes hasta el momento y dependientes del Estado neutral (no intervencionista – E.S.), las cuales surgen a raíz de la distinción entre Estado y sociedad y no son más que casos específicos y circunlocuciones de la misma (Schmitt, 2001: 83).

En la unidad emanada de la identificación entre Estado y sociedad (civil), ya no existe una división de poderes, desaparece el sistema de pesos y contrapesos, para dar lugar a una estructura basada en la distinción entre niveles u órdenes: Estado, pueblo y movimiento. Generalmente Schmitt utiliza el término Estado para referirse a la unidad política de un pueblo y, específicamente, para la modalidad moderna de esa unidad: aquella que posee una soberanía centralizada. Sin embargo, en este texto lo usa para referirse sólo al aspecto estático e instrumental de esa unidad, constituida por el cuadro administrativo profesional (funcionarios estatales – Beamte) y el ejército. Desde su perspectiva, estos dos pilares de la organización política han sabido conservar las cualidades y valores de la tradición alemana (disciplina, obediencia, respeto a la autoridad y subordinación del individuo al fin colectivo), es decir, se han mantenido inmunes frente a la influencia del pluralismo y la ideología liberal que lo acompaña. Por tanto, son recuperables casi de manera intacta por el nuevo sistema del Estado total.

según reglas como figuras de un tablero; por eso, las reglas representan el objeto o mejor el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura” (Romano citado por Schmitt p. 25).



Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655.

Nº. 12, abril – septiembre 2017. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3667>

Schmitt caracteriza al pueblo como *el lado apolítico que crece bajo la protección y a la sombra de las decisiones políticas*. Con ello expresa su ideal de lograr que al interior de la nación la política, entendida como confrontación (relación amigo – enemigo) sea sustituida por la policía (es sabido que la fórmula paz, seguridad y orden constituía la definición de la policía⁴). Éste supuesto logro se alcanza gracias a la homogenización del pueblo, es decir, desterrando de su seno todo lo que sea extraño o genere una oposición radical, lo que para él representa la auténtica democracia en oposición al parlamentarismo burgués. El proceso de homogenización es, a su vez, un producto de la fuerza social que desata el mito de la nación; él único gran mito que ha logrado sobrevivir a la racionalidad moderna.

Ese pueblo homogenizado debe ser organizado en un sistema corporativo, esto es, una organización sustentada en la división del trabajo, en donde las diferencias de clase se supriman, para anteponer los objetivos comunes propios de cada esfera social. En diversas ocasiones Schmitt atribuye a Hegel la propuesta de esta forma de corporativismo; pero con ello pasa por alto algo esencial. Hegel defiende un sistema de corporaciones privadas que sea capaz de controlar al Estado mediante el poder legislativo. Con ello plantea que el sistema de normas legales debe cumplir dos requisitos básicos: a) que sean un producto colectivo y b) que cumplan con las exigencias técnicas propias de cada esfera social. En cambio, lo que plantea Schmitt es un corporativismo estatal o dirigista, propio de los fascismos del siglo XX, definidos por Mussolini en su presentación ante el Consejo Nacional en 1933 de la siguiente manera: *Las corporaciones son el instrumento que, al amparo del Estado, ejerce la disciplina integral, orgánica y unitaria de las fuerzas productivas, en vista del desarrollo de la riqueza, de la potencia política y del bienestar del pueblo italiano. El corporativismo es la economía disciplinada y, por lo tanto, también controlada, con lo que supera al socialismo y al liberalismo, creando una nueva síntesis* (Citado por Neumann, 1980: 93).

El movimiento se refiere al partido nacionalsocialista alemán de los trabajadores (NSDAP) que, en sentido estricto, no es un partido sino que pretende ser la expresión dinámica de la unidad política, esto es, aquella entidad que busca adecuar la organización política a las cambiantes circunstancias internas y externas. Además se le otorga la función de vigilar la uniformidad ideológica que garantiza la integridad del orden político. Con base en estas dos funciones, el movimiento adquiere el liderazgo (*Führertum*). Schmitt deja en claro que si bien el movimiento se encuentra constituido por la élite de políticos (aquellos que viven para la política), reclutados de todos los estratos sociales, se trata simplemente de un instrumento al servicio del *Führer*. En sus palabras *el partido requiere una construcción especialmente severa y una dirección rígida, con el fin de sostener al pueblo y al Estado*.

Por su parte, el *Führer* posee una legitimidad carismática, es decir, una legitimidad que trasciende toda norma tradicional o legal. Su autoridad remite exclusivamente a sus atributos personales y, supuestamente, extracotidianos que le permiten expresar las necesidades del pueblo alemán y con ello definir sus fines. Su

⁴ “En el interior de este tipo de Estado (el Estado clásico europeo) lo que había de hecho era únicamente policía, no política, a no ser que se consideren política las intrigas, las rivalidades, las frondas y los intentos de los descontentos, en una palabra, las alteraciones (...) La política de gran estilo, la alta política, era entonces únicamente política exterior y la realizaba un Estado soberano como tal respecto de otros (...)” (Schmitt, 1999: 40). Me permito llamar la atención sobre que esto fue escrito en el año de 1963, como prólogo a su famoso texto sobre lo político.



poder no puede ser limitado por ninguna ley positiva; por el contrario, al ser la fuente de la legalidad positiva se sitúa por encima del Derecho (*legibus solutus*)

El Führer está defendiendo el ámbito del derecho de los peores abusos al hacer justicia de manera directa en el momento del peligro, como juez supremo en virtud de su capacidad de líder. “En ese momento yo era el responsable del destino de la nación alemana y por ende el juez supremo del pueblo alemán” (palabras de Hitler ante el Reichstag – 13 de julio de 1934). De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez en líder opositor o en instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la justicia⁵.

El único límite admitido al poder del *Führer* se encuentra en que sus decisiones deben ser respetuosas con el *nomos* (orden concreto) del pueblo alemán. En este punto cabe preguntar: ¿Qué garantiza que, en efecto, sus decisiones personales respeten la normatividad de ese orden concreto? Es evidente que Schmitt en estos escritos no quiere adentrarse en ese tema pues, más allá de algunas observaciones retóricas, no dice nada sobre este problema central. Ello parece darles la razón a los intérpretes que ven el discurso del orden concreto como una simple continuación, con otros términos, de su postura decisionista, es decir, de aquél decisionismo abstracto que él mismo critica. Por eso insisto en que para extraer las consecuencias teóricas de la tesis que habla de la relación entre el Derecho y el orden concreto es necesario no sólo acudir a sus escritos posteriores a la guerra, sino también ir mucho más allá de Schmitt. Con esto podemos ahora tratar de ofrecer una respuesta a la pregunta: ¿Por qué, más allá del interés histórico, es importante leer éste trabajo en la actualidad?

4. La política en un mundo complejo

La época de la estatalidad toca ahora a su fin. Aunque estas palabras fueron escritas en 1963 (prólogo de *El concepto de lo político*⁶) se trata de una tesis que encontramos ya, por lo menos, en los escritos de Schmitt de los años treinta. Quizá ahora ya no suenen tan provocativas pues el final del siglo XX ha hecho patente que se trata de un diagnóstico acertado. El mercado ha destrozado las fronteras nacionales y, con ello, la tradicional noción de soberanía ha desaparecido. Sin embargo, no debemos olvidar que en la primera mitad de esa centuria lo que se percibía era un gran crecimiento de la esfera estatal. Algunos veían en ello una amenaza para la libertad individual; en cambio, para otros se trataba de un fenómeno esperanzador ya que permitía pensar en el control de los ciclos económicos o incluso de sustituir el mercado por una economía planificada.

En contraste con esta multiplicidad de voces, Schmitt demuestra una gran agudeza en su capacidad de diagnosticar la situación que le ha tocado vivir. Desde su perspectiva ese crecimiento del Estado es un síntoma de su debilitamiento. Por eso, afirma la necesidad de generar un nuevo sistema de conceptos que nos permita pensar la realidad actual del sistema político. Mientras que el pensamiento moderno ha identificado lo político con lo estatal, su tesis central es que el Estado simplemente representa una forma histórica de ejercer la política, entendida ésta última como la actividad de encauzar y controlar lo político para crear y mantener el

⁵ Schmitt. El *Führer* defiende el Derecho en (2001: 114- 118) se hace referencia a los acontecimientos de la llamada “noche de los cuchillos largos”. “En verdad, la acción del *Führer* correspondió a una jurisdicción legítima. No está sometida a la justicia, sino que ella misma era justicia suprema” (ibíd., 115).

⁶ Schmitt (1999: 40).



orden civil de la sociedad (la unidad política). De acuerdo con esta tesis, la política es un elemento variable en los distintos contextos sociales, mientras que lo político remite a un rasgo distintivo e insuperable del mundo humano, esto es, el conflicto, dicho en sus términos provocativos la relación amigo-enemigo.

En este punto es importante advertir la caracterización del conflicto que tiene sus antecedentes en Maquiavelo y Hobbes. El conflicto no se entiende como un fenómeno contingente, causado por una conducta desviada o anómica, sino que se trata de un fenómeno ineludible ya que su raíz se encuentra en la contingencia y pluralidad que distingue al mundo humano (el *pluriverso*). Por eso su descripción no se deja reducir a la lógica del Bien vs. Mal; en todo caso tendríamos que abandonar esa visión épica, para asumir una visión trágica, es decir, la confrontación entre distintas concepciones del Bien. La política no puede aspirar a suprimir el conflictivo, su única alternativa es aprender a manejarlo para hacerlo compatible con la unidad política. Incluso encauzar de manera adecuada el conflicto es aquello que hace posible mantener y engrandecer el orden civil; recordemos: *Pero si el estado romano hubiera sido más tranquilo, habría tenido el inconveniente de ser también más débil, porque habría cerrado el camino para poder llegar a aquella grandeza que alcanzó, de modo que, quitando de Roma la causa de los tumultos, se quitaba también la de su engrandecimiento* (Maquiavelo, 1996: 202).

Me parece que es posible aceptar que no sólo es correcto el diagnóstico, sino también la propuesta de punto de partida para desarrollar un nuevo pensamiento de la política capaz de responder a la complejidad del mundo moderno. Por ello, resulta asombrosa la idea de que la alternativa se encuentra en resucitar el Leviatán. Digo que es asombroso porque asumiendo la corrección de las premisas del razonamiento de Schmitt resulta evidente que su conclusión sólo puede conducir a la violencia, es decir, al fracaso de la política ante la fuerza irresistible de lo político. Homogenizar al pueblo y encauzar el conflicto hacia el exterior no equivale a reducir la política a la diplomacia, sino a declarar la guerra tanto al interior como al exterior de la unidad política, como efectivamente sucedió.

¿Cómo es posible que la agudeza teórica que se manifiesta en la definición de las premisas sea compatible con una conclusión tan inverosímil (para decirlo en tono moderado)? Creo que tiene razón Hannah Arendt respecto a que los seres humanos no aspiran a la verdad, sino al sentido y que el error de la metafísica ha sido confundirlos. Pensar que a la complejidad de las sociedades modernas se puede responder de manera eficaz volviendo a la simplicidad institucional del Estado Absolutista debe comprenderse sólo como un intento desesperado por buscar una orientación, ante la pérdida de los referentes tradicionales. Esta ingenuidad (siguiendo con el tono moderado) es un fenómeno que se expande de manera directamente proporcional al crecimiento de la complejidad social; de ahí que lejos de superarse, las viejas ideologías, los nacionalismos, la confianza en los líderes carismáticos, la credibilidad de los discursos demagógicos, en fin todo aquello que fue cuestionado por Ilustración, adquiere hoy una fuerza renovada. La elección de Donald Trump en los Estados Unidos de América es un ejemplo de ello.

Precisamente, un primer aspecto que mantiene la actualidad de los escritos, especialmente en los que se manifiesta de manera explícita el compromiso de Schmitt con la ideología nacionalsocialista, consiste en hacer patente, siempre y cuando se mantenga su contraste con los acontecimientos históricos, el riesgo que entraña subordinar la verdad al afán de sentido. Sin embargo, la actualidad de la obra de Schmitt, en un aspecto más amplio, se torna patente cuando hacemos a un lado la conclusión de su razonamiento y centramos nuestra atención en sus



premisas; empezando por aquella en la que se afirma lo siguiente: *Termina así toda una superestructura de conceptos referidos al Estado, erigida a lo largo de un trabajo intelectual de cuatro siglos por una ciencia del derecho internacional y del Estado "europacéntrica"*. Vivimos tiempos propicios para la filosofía política, ya que las teorías tradicionales no responden al contexto social en el que nos encontramos.

Para empezar la idea del Estado como un centro o cima de la estructura social, desde el cual es posible dirigir la dinámica de los diferentes subsistemas sociales, aquella idea que nos transmitía la portada del Leviatán de Hobbes debe desecharse. Hablar de la muerte del Estado, como lo hace Schmitt, quizá resulte atractivo, pero es poco preciso. El problema es que Schmitt considera que la esencia del Estado se encuentra en la soberanía, entendida en un sentido tradicional, y que toda organización política que no tenga esta característica no es un Estado. Con su amigo Heidegger podemos reconocer que no hay esencias y que, por tanto, el ser de Estado es tiempo, esto es, más que la muerte del Estado lo que experimentamos es su transformación, debida a la pérdida de su monopolio de la política. Si bien el Estado se mantiene como un referente básico del sistema político, este, respondiendo a su entorno social, se ha vuelto más amplio, más complejo.

Schmitt sostenía que el pluralismo no puede ser superado en el nivel externo, espero que en la actualidad resulte evidente que tampoco es posible en el nivel de la política interior. Para justificarlo podemos utilizar sus propios argumentos, es decir, todo intento de homogeneizar al pueblo lo único que logra es convertir a los grupos disidentes en enemigos absolutos y con ello se abre la puerta a la violencia, es decir, al fracaso de la política. Parece acertado, como lo él mismo lo propone, acudir a la noción de sociedad civil expuesta por Hegel; sin embargo, habría que depurarla de todo rastro de organicismo, para empezar a caracterizarla como un amplio escenario en el que se manifiestan los conflictos propiciados por el pluralismo con el objetivo de pensar una forma de organización política que responda a su complejidad. Con ello se hace indispensable hacer una revisión amplia de la teoría de la democracia. Conceptos como representación, participación, ciudadanía, etc. tendría que pasar por una crítica radical.

Quizá lo mejor sería empezar por el sentido del Derecho, ya que éste constituye el instrumento básico para procesar conflictos. Es claro que con la pérdida del monopolio estatal de la política desaparece la base empírica de toda forma de imperativismo y de decisionismo. Vincular el Derecho con la noción de orden concreto, como lo plantea Schmitt, puede ser, como he señalado con anterioridad, algo fructífero siempre y cuando estemos dispuestos a ir mucho más allá de lo que él nos dice. Es evidente que en el breve espacio de la presentación de este texto no puedo adentrarme en este amplio y largo sendero; sin embargo, me atrevo a señalar un posible punto de partida para una amplia discusión.

Una de las tesis constantes en la obra de Carl Schmitt es que una teoría del Derecho no puede reducirse a estudiar el sistema de normas (reglas y principios), sino que debe comenzar por caracterizar el vínculo existente entre el sistema normativo y las prácticas sociales. Los enigmas que rodean al concepto de *norma fundamental* de Kelsen o al de *regla de reconocimiento* propuesto por Hart hacen patente esta exigencia. Precisamente, a partir del debate entre Kelsen y Schmitt, tanto Hermann Heller como Karl Loewenstein advirtieron que no se trataba de elegir entre el normativismo del primero y el pensamiento del orden concreto del segundo, sino de unificar estas dos posiciones. Con dicha estrategia no sólo se tendría una mejor perspectiva para enfrentar los viejos problemas de la filosofía del Derecho,



sino también se aumentaría la capacidad explicativa de la dinámica del Derecho. Un ejemplo de ello se encuentra en la clasificación ontológica de las constituciones desarrollada por Loewenstein, la cual, en sus propias palabras “en lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio de análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder”. De manera sorprendente, ésta vía permanece en la actualidad muy poco explorada. Me parece que la lectura actual de *Estado, Movimiento, Pueblo* puede resultar estimulante para recuperar este proyecto.

Bibliografía

Obras de Carl Schmitt

- (1996), *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlín (Original, 1922).
 (1990), *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid (Original, 1923).
 (1999), *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid (Original, 1927/1932).
 (1982), *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid (Original, 1928).
 (2006), *Estructura del estado y derrumbamiento del Segundo Reich*, REUS, Madrid (Original, 1932).
 (2006b), *Legalidad y Legitimidad*, Comares, Granada (Original, 1932).
 (2017), “Estado, Movimiento, Pueblo. Los tres pilares de la unidad política”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 12, abril – septiembre, (Original, 1933).
 (1996b), *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid (Original, 1934).
 (2004), *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, Comares, Granada (Original, 1938).
 (2010), *Ex Captivitate Salus*, Trotta, Madrid (Original, 1950).
 (2002), *El nomos de la Tierra*, Comares, Granada (Original, 1950).
 (1940), *Positionen und Begriffe (1923 – 1939)*, Hanseatische V., Hamburg.
 (2001), *Carl Schmitt teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México (Antología de textos de Schmitt realizada por Orestes Aguilar).
 (2009). *Schmitt y Kelsen. La polémica sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid.

Bibliografía Auxiliar

- GÓMEZ ORFANEL, G. (1986), *Excepción y normalidad en el Carl Schmitt*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
 HERRERO LÓPEZ, M. (1997), *El nomos y lo político*, Universidad de Navarra, Pamplona.
 KAUFMANN, M. (1991), *¿Derecho sin reglas?* Fontamara, México.
 KERVÉGAN, J-F. (2007), *Hegel y Carl Schmitt*, Escolar y Mayo, Madrid.
 LOEWENSTEIN, K. (1976), *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona.
 MAQUIAVELO, N. (1996). “Discurso sobre Tito Livio”. En: MAQUIAVELO, N. *El Príncipe. Discurso sobre Tito Livio*, Estudio Introductorio de Jorge Dávila Coor, Ed. Ecuador, Quito.
 MEHRING, R. (Comp.) (2003), *Der Begriff des Politischen*, Akademie, Berlín.
 MEIER, H. (1994), *Die Lehre Carl Schmitts*, Metzler, Stuttgart.
 SERRANO, E. (1998), *Consenso y Conflicto*, Cepcom, México.
 ROMANO, S. (1998), *El ordenamiento Jurídico*, REUS, Madrid.



Estado, Movimiento, Pueblo. La triple articulación de la Unidad Política^{1,2y3}

Carl Schmitt

Presentación de la traducción

Joseba Miren García Celada
 Ministerio de Empleo y Seguridad Social
josebagarc@gmail.com

Recibido / received: 27/11/2016
 Aceptado / accepted: 23/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3668>

El contundente título de la obra parece más disuasorio que atractivo pero, si no se renuncia a avanzar en la lectura del texto, podrá descubrirse que comporta interesantes puntos de reflexión, de un jurista de indudable capacidad, en un contexto histórico de grandes cambios, por desgracia no muy lejano de situaciones actuales, esperemos que no paralelas, por lo que a menudo puede encontrarse el lector con cuestiones que le lleven a murmurar “me suena el tema”.

Animamos al lector a leer estas páginas, pues “las certezas se conquistan con ansias de dudas, no con profesiones de fe que evitan ese tormento” (Volpe, 2000: 327). Schmitt aparece aquí como el respaldo doctrinal del régimen nacionalsocialista en toda su crudeza, sin ambages, rompiendo la imagen de figura del positivismo jurídico, al que critica duramente e incluso denostando el pretendido

¹ Texto original de Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

² La traducción, partiendo de las versiones italianas, corresponde a Joseba Miren García Celada, miembro del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado y Subdirector General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La revisión de la traducción, partiendo del texto en alemán, corresponde a Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares, Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid.

³ Nota del Traductor: El subtítulo ha planteado posibles diferentes versiones, desde “los tres pilares...” a “la división tripartita de la unidad política”. El término “Gliederung” admite diversas posibles traducciones: articulación, clasificación, división, estructura... Hemos realizado la opción escogida por entender que es la mejor expresión del pensamiento de Schmitt.

cientifismo de los iuspositivistas.

Los años 20 marcaron en Europa una búsqueda de respuestas a un profundo cuestionamiento de la democracia parlamentaria en un contexto de crisis económica generalizada, en Europa y en Estados Unidos. Ante una acrecentada desigualdad social, los pueblos no perciben la respuesta urgente que millones de personas, sufrientes y desmoralizadas, esperan de la democracia parlamentaria, de la forma de representación democrática constituida como paradigma de la liberaldemocracia pero que se presenta, a veces interesadamente, dominada y dedicada a luchas partidarias y de reparto de espacios de poder.

A partir de la contraposición de la legitimidad de la soberanía popular, de su expresión a través de representantes sin mandato frente a la considerada la auténtica voluntad del pueblo, se plantean alternativas, que hoy denominaríamos populistas, antisistema: una izquierda revolucionaria, con el referente de la reciente revolución soviética (aunque aún sin la imposición de la homogenización estalinista) y una derecha, también revolucionaria pero en otro sentido. En común, la promesa de que se dará solución a la grave situación social y a los desmanes de una economía liberal sin frenos a la que se considera culpable de esa situación, pero por lo demás enemigos acérrimos e irreconciliables del pueblo y del Estado, pues la ideología y la organización partidaria pasan a identificarse con el pueblo y el propio Estado.

Schmitt construye para el nacionalsocialismo una legitimidad que afirma el principio de autoridad, la sacralización de la unidad y la jerarquización total de las estructuras estatales y sociales, puesto que el estado pasa a abarcarlo todo, es el Estado total. Pero esa legitimidad se apoya en una visión de la soberanía del pueblo que se contrapone al parlamentarismo, entendido como la voluntad de los pertenecientes a la "estirpe", puesto que los demás son ajenos al pueblo alemán. Ante la consideración de la ineficiencia endémica que se achaca al parlamentarismo, se propone un sistema plebiscitario, tanto porque el Führer puede plantear consultas sobre cuestiones concretas, como porque las elecciones (eso sí, de cargos del único partido) pasan a ser un plebiscito que respalda la acción del partido⁴. Pasamos de la política basada en el individuo a la sociedad de masas, que se libera de las rémoras del respeto de los derechos atribuidos a ese individuo (contrapuestos al Estado) para alcanzar su politización total (Leibholz, 1993: 85).

Frente a las calificadas como estériles luchas partidarias y la lentitud e ineficiencia del Parlamento se da todo el poder a los órganos ejecutivos. Considera Schmitt que no se puede dar pie a que participen (ni siquiera se tomen en consideración sus opiniones o propuestas ideológicas) los enemigos del Estado, los que pretenden destruirlo (comunistas e ideologías ajenas a la "estirpe alemana" en general), los derechos individuales constitucionalizados son un punto de vulnerabilidad del Estado que sólo sirve para ser explotado por quienes quieren destruirlo, de forma similar, las competencias territoriales y el concepto de federalismo, son la base para la disgregación de la unidad nacional y para impedir el funcionamiento eficaz de la administración.

La cuestión de la autoridad y el arbitraje por encima de partidos y

⁴ Ésta es de hecho la tendencia genérica para todos los sistemas políticos, «cuando los partidos son débiles y el sector privado también, las organizaciones públicas y semipúblicas se vuelven las fuentes naturales de reclutamiento». Jean Blondel, "Government Ministers in the Contemporary World", Londres, Sage, 1985, pág. 62.

parlamento, no es un descubrimiento de las ideologías fascistas, ya estaba en planteamientos dentro de la propia república de Weimar, el propio Schmitt en *El Guardián de la constitución* (1931) participa en el debate proponiendo el papel neutral del presidente del Reich y, más claramente, está en la idea del Tribunal Constitucional de Kelsen.

El debate es sobre la legitimidad de la democracia parlamentaria y la participación del soberano, del pueblo no entendido como entelequia roussoniana sino como entidad de seres vivos de la nación, la participación en las decisiones se plantea recurrentemente ante las crisis del sistema liberaldemocrático, especialmente cuando se percibe por amplios sectores de la población un divorcio entre los intereses de la clase política, de los representantes del soberano, y las apremiantes cuestiones que precisan solución desde el punto de vista de una sociedad que siente que las instituciones son lentas, cuando no insensibles, a esas necesidades. Las cuestiones de eficacia y eficiencia de las instituciones, de legitimidad de los representantes en cuanto su actuación ha de reflejar las necesidades de los representados, las vías de la democracia participativa y los peligros de los sistemas plebiscitarios, pero también de secuestro de la voluntad soberana y, por tanto, de la democracia como tal, se mantienen abiertas hoy en día y siguen exigiendo una evolución de las instituciones⁵. Para la ideología nacionalsocialista la unidad no es igualdad, se reivindica el tratamiento diferente de lo que se considera distinto, pues además de la exclusión de los ajenos a la estirpe y a lo que se considera el genuino pensamiento alemán, se reivindican las jurisdicciones especiales de todo tipo y las formas corporativas rayanas incluso con el gremialismo.

Hay una mistificación nada científica, la estirpe alemana, el pensamiento genuinamente alemán, la misión immanente del partido=movimiento, sostén de Estado y pueblo, valores por tanto trascendentes y transversales a lo largo de la historia, que se considera han sobrevivido a la ideología liberaldemocrática, por supuesto calificada como ajena al pensamiento alemán, y que se reconectan más con la monarquía absoluta que con la democracia heredera de la Revolución Francesa. No hay referencias religiosas en la invocación de esos valores trascendentes; al contrario cierta desconfianza del papel que puedan jugar las iglesias, tal vez anunciando incluso el intento, la tentación, poco después mostrada, de crear una mística nazi.

En todo caso, el planteamiento para la creación de un sistema jurídico y su legitimación para el nacionalsocialismo, no nace espontáneamente desde la nada, sino que se plantea por sus propios “juristas” como la evolución del sistema político y jurídico que corresponde al siglo XX, la superación moderna de los viejos modelos del siglo XIX. El autoritarismo prusiano se alaba repetidamente, pero se considera insuficiente por lo limitado de su control del Estado y la sociedad; es el paso del “Estado autoritario” al “Estado total” lo que se propone, ya lo encontramos teorizado

⁵ Véase M. Hart y A. Negri *“Imperio”*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000, págs. 79 y ss. http://www.doooss.org/articulos/textos/Imperio_Negri_Hardt.pdf. Muy interesante en esta línea el debate bien reciente entre Eugenio Scalfari y Gustavo Zagrebelsky, donde el primero defiende que la democracia sólo puede ser una oligarquía (http://www.repubblica.it/politica/2016/10/13/news/perche_difendo_l_oligarchia-149655377/) frente a la defensa de Zagrebelsky del referéndum como forma de participación democrática que, entre otras, ha de permitir una mayor identificación del pueblo con la democracia (http://www.repubblica.it/politica/2016/10/12/news/zagrebelsky_risponde_a_scalfari_oggi_su_repubblica-149584896/?ref=HRER2-1)

antes incluso que en Schmitt en muchos autores de la época, en los años 20 y 30 del siglo XIX: Leibholz (1993, 87), Forsthoff, Ziegler... También la Constitución de Weimar es invocada, si bien, en un ejercicio que tiene algo de prestidigitación, se considera una base para explicar cómo se llega legítimamente al acceso al poder de los nazis, pero se rechaza que pueda ser invocada por juristas y tribunales para impugnar o siquiera criticar, las actuaciones del nuevo poder constituyente, no en el sentido clásico, sino a través de instrumentos normativos diversos puesto que la competencia legislativa no está limitada como exclusiva del Parlamento.

La teorización de Schmitt nos pone sobre aviso de los peligros de no dar respuesta, desde la propia democracia, al distanciamiento e incluso desafecto entre las instituciones y el Derecho que las rige y el pueblo soberano y sus necesidades y sentimientos socialmente extendidos, y cómo las tentaciones autoritarias, como el refuerzo de la legislación por decreto en aras de la aparentemente más eficaz acción frente a la lentitud del debate parlamentario o el gobierno fuerte y con autoridad, precisamente si consiguen transmitir la sensación de éxito pretendida, son fáciles argumentos para avanzar hacia el “Estado total”.

Finalmente, hay que señalar que la traducción ha tomado como base las versiones italianas del mismo, publicadas en 1935 por Delio Cantimori y en 2005 por Giorgio Agamben⁶ y se han contrastado con el texto original de Schmitt publicado en 1933, correspondiendo esta última labor al profesor Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares. La recargada y a veces oscurantista redacción viene del estilo imperante en la época, especialmente en medios jurídicos. El texto italiano de 1935 introduce cambios respecto del original no sólo derivados de las opciones lingüísticas de la acción traductora, sino también derivadas de la ideología del autor que señala diferencias de enfoque entre la ideología nacionalsocialista y la fascista: el pueblo de la versión alemana se convierte en nación, los sindicatos se traducen por ligas, lo que podría traducirse del alemán como gremios se convierten en corporaciones, etc.

El término Führer lo hemos traducido por Jefe. Si bien tal vez la traducción literal podría llevarnos a considerar más ajustado el uso de “Guía”, creemos que expresa mejor el significado de lo que en esta obra se teoriza el término que efectivamente se utilizaba como traducción en castellano en los años 30. Recuérdese, sin ir más lejos, la importación del lema “todo el poder para el Jefe” que utilizó la CEDA en su campaña electoral o el uso del término “Jefe” (y mando) que también hizo la Falange, bebiendo de fuentes sobre todo italianas, pero también alemanas. De hecho la traducción italiana de 1935 utiliza el término “capo”, equivalente a jefe, mientras que la de 2005 opta por “guía” (guida).

Otro término/concepto sobre el que hemos reflexionado es el de superintendencia. Sus sentidos, según el Diccionario de la RAE son: “1. f. Suprema administración en un ramo. 2. f. Empleo, cargo y jurisdicción del superintendente”. 3. f. Oficina del superintendente“. Es un término de escaso uso en el castellano en España, pero es un concepto de Derecho administrativo de más tradición en otros países y más usado en Latinoamérica. La alternativa, el concepto de supervisión, no llena completamente el significado del término, por lo pronto porque no tiene reflejo en la denominación de órganos administrativos que, en cambio, sí se definen como “superintendencia” de o para algo. Por lo dicho hemos mantenido el término en sí para que refleje lo que Carl Schmitt argumenta.

⁶ “Stato, Movimento, Popolo. Le tre membra dell’unità politica”, en “Un giurista davanti a sè stesso. Saggi e interviste”, por G. Agamben, Neri Pozza, Vicenza, 2005, págs. 255-312. “Principi politici del nacionalsocialismo”, por D. Cantimori, 1935, pags. 173-231.

Bibliografía

- VOLPE, G. (2000), *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Bari.
- BLONDEL, J. (1985), *Government Ministers in the Contemporary World*, Sage, Londres.
- LEIBHOLZ, G. (1993), *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*; Giufre, Milán.
- HART, M. y NEGRI, A. (2000), *Imperio*, Harvard University Press, Cambridge.



ESTADO, MOVIMIENTO, PUEBLO

La triple articulación de la Unidad Política

Carl Schmitt

I La situación constitucional actual.-

1. Todo el Derecho público del Estado alemán actual se apoya sobre un terreno propiamente suyo. Disposiciones concretas de la Constitución de Weimar están aún en vigor, pero no cabe decir lo mismo de la gran masa de las disposiciones prerrevolucionarias, por tanto sólo lo están en la medida que no contradigan la nueva situación jurídica, y no como base o legitimación del Estado actual. La continuidad de su validez se basa en una asunción en parte tácita y en parte expresa (por ejemplo en lo que se ha mantenido, de lo que enseguida hablaremos, de la Constitución provisional – de la llamada Ley de Plenos Poderes – de 24 de marzo de 1933) por el nuevo Derecho público. La Constitución de Weimar no podría, ni por su contenido material, ni formalmente por su vigencia legal como Constitución, ser la base de un Estado nacionalsocialista.

La Constitución de Weimar ya no está en vigor. Todos los principios y medidas que por la parte ideal y por la parte organizativa resultaban esenciales para esta Constitución han sido apartados junto con todos sus precedentes. Incluso antes de la llamada Ley de Plenos Poderes de 24 de marzo de 1933, un Decreto del Presidente del Reich de 12 de marzo de 1933 ha derogado solemnemente o suprimido junto con la bandera en negro-rojo-oro del sistema de Weimar (art. 3 de la Constitución de Weimar), su espíritu y su base. Tampoco para la aniquilación del enemigo del Estado y del pueblo, del partido comunista, se podía estar esperando la autorización de un sistema que por su propia debilidad y neutralidad no era capaz ni siquiera de identificar a un enemigo mortal del pueblo alemán. Una medida jurídica como la Ley del Reich Contra la Formación de Nuevos Partidos de 14 de julio de 1933 (RGL. ⁷ I, pag. 479) y la Ley para la Garantía de la Paz Legal de 13 de octubre de 1933 (RGL. I, pag. 723) niega desde su raíz tanto ideológicamente⁸ como en sus consecuencias organizativas, la Constitución de Weimar. Ésta no se identifica ya consigo misma cuando todo el mundo ideal liberaldemócrata ha caído, cuando por ejemplo no hay ya formación de

⁷ Nota del Traductor: Diario Oficial del Reich, hoy Diario Oficial Federal (Bundesgesetzblatt)

⁸ Nota del Traductor: utiliza el término “*weltanschaulich*”, literalmente “visión del mundo”, con un sentido más amplio que la ideología aunque este último término sí aparece más adelante.

partidos, libertad política de propaganda, de opinión, de conciencia y de actividad para tendencias adversas al Estado, cuando se ha terminado la neutralidad ideológica, que llegaba hasta el suicidio, la igualdad o sea la no diferenciación entre enemigo del Estado y amigo del Estado, entre connacional y extraño a la estirpe⁹. El nuevo mundo del Derecho nacionalsocialista no puede de ninguna manera comprenderse, y mucho menos justificarse o basarse en conceptos y formas de la Constitución de Weimar. Todo intento de justificar o de refutar la actual situación jurídica en base a la Constitución de Weimar es por tanto, visto desde el Estado nacionalsocialista, o un juego sin sentido, o una expresión de una tendencia política para reconducir el Derecho público válido actualmente o la *auctoritas rei constitutae* que corresponde al actual Estado, al orden de ideas de otro tiempo y así paralizarlo o por lo menos relativizarlo.

También desde el punto de vista de la denominada validez formal de la ley constitucional, las disposiciones de la Constitución de Weimar decaen. La Constitución provisional de 24 de marzo de 1933 (la denominada Ley de Plenos Poderes) como también la Ley sobre el Plebiscito de 14 de julio de 1933 (RGLB. I, pag. 479) superan los límites de toda norma imaginable a partir de la Constitución de Weimar. Lo que se ha conservado en la Constitución provisional de 24 de marzo de 1933 (derechos del Presidente del Reich, además de la Dieta del Reich [*Reichstag*] y el Consejo del Reich como instituciones) no tiene valor ante aquella Ley Sobre el Plebiscito de 14 de julio de 1933. Con la ayuda de esta ley pueden por tanto hacerse leyes que vayan más allá de lo que se ha preservado en la Constitución provisional de 24 de marzo de 1933.

Varios juristas, que obviamente no pueden acostumbrarse a la realidad del Estado nacionalsocialista, han intentado presentar algunas nuevas leyes fundamentales de este Estado como desviaciones de la Constitución de Weimar, desviaciones que habrían de medirse exclusivamente en función de la denominada "Ley de Plenos Poderes"; mirándolas entonces según los casos o, magnánimamente, como "admisibles" o, críticamente, como "inadmisibles". Esta es una concepción insostenible internamente, insostenible absolutamente. No se puede considerar el texto de la Constitución de Weimar como un Derecho que siga siendo válido ahora y ulteriormente bajo el nuevo Derecho público y constitucional del Estado nacionalsocialista; de lo que habría entonces que deducir que el Derecho público nacionalsocialista (¡como las leyes de 1924 para el plan Dawes!¹⁰) sirva sólo como medida intermedia y transitoria sobre el fondo de la

⁹ Nota del Traductor: Schmitt utiliza el término "*Artfremd*", a traducir por "ajenos a la especie", aunque el traductor italiano ha utilizado "*stirpe*". No es una referencia a la denominada "raza aria", que parece reservarse para los mítines y la acción, no para el campo jurídico.

¹⁰ Nota del Traductor: Se refiere al Informe que un comité, bajo la presidencia del financiero norteamericano Charles Dawes, presentó - el 9 de abril de 1924. Basándose en el principio de "negocios, no política", el Plan Dawes recomendaba la reorganización del Reichsbank alemán bajo supervisión aliada. Los pagos de reparaciones, por valor de un billón de marcos-oro, se efectuarían anualmente, aumentando al final de un periodo de cinco años hasta alcanzar la cifra de dos billones quinientos mil marcos-oro. Alemania recibiría, y aquí estaba la clave del plan, un crédito extranjero por valor de 800 millones de marcos-oro. El 16 de abril, el gobierno alemán aceptó el Plan y en una Conferencia reunida en Londres en julio-agosto de 1924 se adoptó definitivamente el Plan Dawes. <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/plandawes.htm>

Constitución precedente, y que una simple ley de la Dieta del Reich podría abolir de nuevo todo el nuevo Derecho constitucional y llevar de vuelta a la Constitución de Weimar¹¹. ¿Cómo puede diferenciarse el “mero” texto de una Constitución de su contenido y de su validez formal, y cómo es posible decir con lógica jurídica que por su contenido sí es válido un nuevo Derecho constitucional, con validez plena, y que el contenido del Derecho constitucional de Weimar no está ya en vigor, pero que no obstante sigue en vigor un texto de la Constitución de Weimar que carece de validez sólo momentáneamente?¹² Hago mención a este punto de vista sólo para dar un ejemplo de la confusión que enseguida se presenta si se abandona el punto de vista, claro y simple, de que el Derecho del actual Estado nacionalsocialista no está fundado sobre una base esencialmente extraña y adversa, sino sobre una propia.

¿Pero qué significa entonces la Ley del Reich de 24 de marzo de 1933, que también fue votada en la forma de una ley transformadora de la Constitución¹³, con la requerida mayoría de dos tercios, conforme a las disposiciones del artículo 76 de la Constitución de Weimar? Esta denominada Ley de Plenos Poderes ha sido decidida por la Dieta del Reich sólo como ejecución de la voluntad popular manifestada en las elecciones de la Dieta de 5 de marzo de 1933. Las elecciones han sido en realidad, consideradas con criterios de la ciencia jurídica, un referéndum popular, un plebiscito, con el que el pueblo alemán ha reconocido a Adolf Hitler, Jefe (*Führer*) del Movimiento nacionalsocialista, como Jefe (*Führer*) político del pueblo alemán. Las elecciones municipales de 12 de marzo han confirmado una vez más la misma voluntad popular. Pero para los hábitos mentales del denominado jurista positivista que han durado hasta hoy se presenta no obstante como algo natural encontrar en esta ley la base jurídica del Estado actual. La expresión “Ley de Plenos Poderes”¹⁴ (*Ermächtigungsgesetz*) refuerza aún más la tendencia a este error. Es por tanto necesario reconocer en la palabra *Ermächtigungsgesetz* una denominación jurídicamente imprecisa, es más, errada; y sería oportuno evitar totalmente la palabra, tanto más cuando no aparece ni en el título de la ley (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*¹⁵) ni en el texto, y sólo se ha adherido externamente a la ley. En realidad esta “Ley de Plenos Poderes” es una Ley Constitucional

¹¹ Así p.e. MEDICUS en el *Deutsches Recht* de Pfundtner-Neubert, Berlín, 1933, “Nota a la Ley del Reich de 24 de marzo de 1933”, y SCHEUNER, *Leipziger Zeitschrift*, agosto 1933 (p.903).

¹² Nota del Traductor: esta enrevesada redacción se corresponde, en el original alemán, con una larga pregunta sin puntuación.

¹³ Esta interpretación la he mantenido inmediatamente después de la publicación de la Ley (por primera vez el 21 de marzo de 1933 en la sesión de la Sociedad Alemana para el Progreso de la Ciencia Política en Weimar). Parece que entre tanto se ha impuesto. Por ello asume un especial significado que el Secretario de Estado de Interior del Reich, el Dr. Pfundtner (conferencia en la Academia Administrativa de Berlín de 4 de julio de 1933, fase 1 de la Administración Pública en el *Nuevo Reich*, 1933), haya adoptado el mismo punto de vista y haya denominado a la Ley “Constitución provisional”.

¹⁴ Nota del Traductor: Esta ley es conocida como “Ley de Plenos Poderes”, pero la expresión alemana “*Ermächtigungsgesetz*” debería traducirse como “Ley de Apoderamiento”, lo que permitiría entender mejor la digresión de Schmitt al criticar la denominación otorgada a la norma frente al título real de la misma.

¹⁵ Nota del Traductor: -- El título alemán de la Ley viene a ser “Ley Para la Erradicación de la Miseria del Pueblo y del Reich”.

provisional de la nueva Alemania.

La Constitución provisional del 24 de marzo de 1933 tiene todas las características de una medida de transición. Si es correcta, según la Constitución de Weimar, en forma de ley transformadora de la Constitución de acuerdo con el artículo 76, ello no significa que se pueda considerar todavía hoy que la Constitución de Weimar sea la base del Estado actual, sino que significa únicamente que esa ley representa un puente entre el Estado viejo y el nuevo, desde la vieja base hasta la nueva base. Fue de gran importancia práctica que esta transición se produjese legalmente. Dado que, como se recordará también más abajo, la legalidad es una forma de funcionamiento del aparato estatal de funcionarios y autoridades, y por ello tiene importancia política y jurídicamente. Y no carece tampoco de valor que un sistema se rinda por sí solo con todas las reglas, conforme a su propia legalidad, y ponga su sello en su propio fin. Pero esto es sólo la abdicación y la autodeclaración de defunción del viejo Derecho, y no una determinación de la esencia del nuevo. Ni la base, ni el límite, ni ningún punto de vista de interpretación esencial, que pueda atar al Estado actual, puede deducirse de la vieja época, que se ha despedido. Para el Derecho ahora en vigor esa *Ermächtigung* del 24 de marzo de 1933 no es otra cosa que una especie de analogía republicana de aquella expresa exoneración del juramento de fidelidad que pronuncia un monarca al renunciar al trono o abdicar. Esa legalización, en cuanto a su sentido político-jurídico, es al nuevo Derecho lo que la mentalidad legalista de un Estado liberaldemocrático es al principio de lealtad de un Estado de funcionarios monárquico.

La revolución alemana fue legal, es decir formalmente correcta según la Constitución de antes. Lo fue por disciplina y por el sentido alemán del orden. Por lo demás su legalidad significa una propiedad que se determina solamente con base en la anterior Constitución de Weimar, por tanto con base en un sistema superado. Sería jurídicamente falso y políticamente una acción de sabotaje deducir de esta especie de legalidad una ulterior validez de ideas jurídicas, instituciones o normas ya superadas, y con ello una sumisión permanente a la letra o al espíritu de la Constitución de Weimar. El buen Derecho de la revolución alemana no se fundamenta en el hecho de que unas docenas de diputados estuviesen dispuestos a cubrir con su aprobación la diferencia del quince por cien que hay entre la mayoría simple y la mayoría de dos tercios, y el Derecho de Estado alemán actual no está ligado a los precedentes, a las restricciones o incluso a las reservas mentales con las que ese grupo ha aportado su concurso. Sería absurdo tanto políticamente como moral y jurídicamente, dar plenos poderes con base en la falta de poder, y de esta forma apropiarse de nuevo del poder un sistema devenido impotente. Lo que está vivo no puede legitimarse con lo que está muerto, y la fuerza no necesita legitimarse con la debilidad.

Rudolf Hess, el representante de nuestro Jefe (*Führer*), ha dicho en el congreso del partido de 1933, en *Núremberg*, que aquel congreso del partido era un “parlamento” (*Reichstag*)¹⁶ del tercer Reich, y esto es dar en el blanco; pero el concepto de “parlamento” no se regula ya como la institución del mismo nombre tal y como se entiende en la Constitución de Weimar. Y cuando el representante del Jefe (*Führer*) pronuncia la frase: “Todo el poder

¹⁶ Nota del Traductor: En realidad en el original alemán hay un juego de palabras entre “*Parteitag*” y “*Reichstag*”.

procede del pueblo”, esto es algo esencialmente distinto que cuando la Constitución liberaldemócrata de Weimar usa las mismas palabras en su art. 1. Todo nuestro Derecho público, incluidas todas las disposiciones retomadas de la Constitución de Weimar y válidas posteriormente, están sobre una base completamente nueva. Los trazos fundamentales de la nueva estructura estatal serán expuestos más abajo (II). Aquí sólo debe dejarse claro desde un principio, frente a todas las falsas construcciones jurídicas que querrían al Estado nacionalsocialista en el carril y en las formas de pensar del antiguo y superado pensamiento público, cuál es el Derecho propio de nuestro nuevo Estado.

2. Las disposiciones constitucionales hoy válidas incluyen la coexistencia de muchos cargos supremos del Reich así como también de muchas posibilidades de legislación.
 - a) Como cargos supremos del Reich hay que citar hoy: el Presidente del Reich, el Canciller del Reich, el Consejo del Reich¹⁷. La cuestión de la relación recíproca entre los diversos cargos supremos no se puede resolver con base en la Constitución de Weimar. Para el reagrupamiento¹⁸ de los cargos supremos del Reich sirve como criterio ordenador que el Canciller del Reich es el Jefe (*Führer*) político del pueblo alemán que está políticamente unido en el Reich alemán. Esta preeminencia de la dirección política es una ley fundamental del Derecho público actual. Los derechos del Presidente del Reich permanecen a salvo. Pero la situación anormal de los últimos años del sistema de Weimar, en la que el Presidente del Reich estaba obligado a salir de la naturaleza propia de su alta función y a hacer de subrogado de una dirección (*Führung*) política, hoy ha desaparecido. Él está ahora de nuevo en una especie de posición “constitucional” de Jefe de Estado autoritario *qui regne et ne gouverne pas*. Se sobrentiende hoy, no sólo *de facto* sino en un pleno sentido *de iure*, que el Canciller del Reich Adolf

¹⁷ El Consejo Económico del Reich y el representante del Presidente del Reich pueden dejarse aparte. El Consejo Económico del Reich, no obstante la Ley de 5 de abril de 1933 (RGBL. I, pag. 165), es una formación transitoria con un significado poco claro, hasta que no se decida su destino mediante la construcción de una Constitución social de categorías profesionales (corporaciones). Por lo que se refiere a la representación del Presidente del Reich, y según la Ley sobre la Representación del Presidente del Reich de 17 de diciembre de 1932 (RGBL. I, pag. 547), en cualquier caso de incapacidad, incluso la más breve, del Presidente del Reich, debe representarle no el Canciller del Reich, sino el Presidente del Tribunal del Reich. Esta medida, como es conocido, se ha adoptado en un momento especialmente turbio del Estado -de-muchos-partidos de Weimar. Su sentido y finalidad están ahí, que en tal sistema pluralista los partidos en lucha entre ellos no tienen ninguna voluntad política unitaria, sino que se pueden encontrar como mucho en un punto político cero. En el Estado nacionalsocialista, que se fundamenta en el principio del jefe (*Führerprinzip*), una disposición nacida por tales razones se convierte en absurda. Por ello la Ley de 17 de diciembre de 1932, desde mi punto de vista, aunque sin una abolición expresa, ha perdido ya toda validez, como otras disposiciones constitucionales del sistema de Weimar que no se corresponden ya con el Derecho actual. Si se tuviese que considerar necesaria una derogación especial de esta Ley, no resultaría tal vez superfluo, por razones psicológicas, en nuestro periodo de transición, pero no es en modo alguno imprescindible ni constitucional ni jurídicamente.

¹⁸ Nota del Traductor-. Schmitt utiliza el término “*Gruppierung*”, agrupamiento, sólo cabe interpretar que se refiere a que ha de evitarse la dispersión o dilución de los cargos - como apunta lo que sigue a continuación.

Hitler tiene según el Derecho estatal una posición que no es comparable con la posición de ningún Canciller precedente, sea respecto del Presidente del Reich, sea ante los miembros del gobierno del Reich. La “dirección” política de Adolf Hitler es también algo más y diferente que una simple “determinación de directivas” según el artículo 56 de la Constitución de Weimar. La situación jurídica ha cambiado tras la muerte de Hindenburg; pero la esencia política no ha cambiado.

- b) Además de la coexistencia de estos cargos coexisten también diversas *posibilidades legislativas*. La vía legislativa hoy normal es la de una decisión del gobierno del Reich (art. 1 de la Constitución provisional de 24 de marzo de 1933). Junto a esto el gobierno del Reich tiene la posibilidad de consultar al pueblo por la vía del voto, y precisamente sobre medidas y leyes (Ley de 14 de julio de 1933). Las posibilidades legislativas de la Constitución de Weimar (decisión de la Dieta del Reich según el art. 68 y plebiscito según el art. 73) siguen igualmente abiertas. Finalmente también el derecho del Presidente del Reich de promulgar decretos, que representan leyes del Reich, según el art. 48 párrafo 2, está todavía en vigor y en casos concretos ha sido ejercido.

Ante a estas múltiples posibilidades legislativas se plantea también el problema de su ordenación jerárquica y sus relaciones recíprocas. Tampoco en esta cuestión se puede decidir con interpretaciones formalistas y sofistas de las palabras con base en la Constitución de Weimar. El Derecho público del Estado nacionalsocialista debe más bien ser consciente de que la prioridad absoluta de la dirección política es una ley fundamental del Estado actual positivamente en vigor. Forma parte de la aplicación consecuente de esta ley fundamental que la separación liberal-constitucional del legislativo y del ejecutivo decaiga, y que el gobierno tenga una auténtica y formal capacidad legislativa (como por lo demás se reconoce en el art.1 de la Constitución provisional de 24 de marzo de 1933) o que además toda iniciativa legislativa sea por principio cosa del gobierno. En consecuencia hay todavía una petición del Jefe (*Führer*) a la Dieta del Reich, y por esta vía pueden presentarse supuestos de legislación del Reich: pero se suprime en cambio no sólo de hecho sino también de derecho toda posibilidad de convocar a la Dieta del Reich contra la voluntad del Jefe (*Führer*) (supongamos que en base al pretendido derecho de un tercio de los miembros, según el art. 24) o de presentar allí una denominada ley de iniciativa. También el plebiscito y la iniciativa legislativa popular de la Constitución de Weimar decaen ante el nuevo derecho de consulta popular del gobierno del Reich.

La ulterior cuestión de la relación entre una ley del gobierno del Reich y una ley hecha mediante consulta popular se puede decidir igualmente sobre la base de reconocidos principios nacionalsocialistas. El gobierno del Reich reconoce como decisiva la voluntad del pueblo, al que ha interpelado, y se considera por tanto vinculado a ella. De ninguna forma se adjudica el derecho de abolir simplemente con una nueva ley de gobierno una ley del Reich hecha con base en una consulta popular. Otra cosa es que dada una situación de hecho que ha cambiado totalmente la ley popular no tenga ya cabida en absoluto y pierda su significado. Entonces le correspondería a la dirección política decidir de qué manera

debe adoptarse una nueva y necesaria medida y cuál de las posibilidades que para ello tenga a su disposición – nueva consulta popular, nueva formación de la Dieta, decisión de la Dieta, ley de gobierno – debe utilizar.

Las nuevas elecciones para la Dieta del Reich, que con un Decreto del Presidente del Reich de 14 de octubre de 1933 (RGBl. I, pag. 729) fueron convocadas para el 12 de noviembre de 1933, deben entenderse sólo como parte integrante del gran plebiscito de ese mismo día, con el que el pueblo alemán debe tomar posición ante la política de gobierno del Reich y pronunciarse. Ya en el sistema de Weimar las denominadas elecciones habían perdido desde hacía tiempo su auténtico carácter de elecciones; se habían convertido, como se ha constatado repetidamente, en una opción plebiscitaria de las masas electoras entre cinco o seis programas e ideologías incompatibles, opciones que erosionaban al pueblo alemán con otros tantos partidos incompatibles. En el Estado de un solo partido de la Alemania nacionalsocialista el peligro de tal laceración pluralista de la Alemania de los muchos partidos políticos ha sido superado. Las elecciones se convierten así en una respuesta del pueblo a un llamamiento lanzado por la dirección (*Führung*) política. El carácter de llamamiento de la nueva formación de la Dieta del Reich y su conexión con el plebiscito se han mostrado de forma indiscutible el 12 de noviembre.

II

LA TRIPLE ARTICULACIÓN DE LA UNIDAD POLÍTICA

1. La unidad política del Estado actual es la unión de tres articulaciones: Estado, movimiento, pueblo. Se diferencia radicalmente del esquema estatal liberaldemócrata que nos llegó desde el siglo XIX, y no sólo por sus presupuestos ideológicos y sus principios generales, sino también en todas las líneas esenciales de la construcción y la organización del concreto edificio del Estado. Cada concepto esencial y cada institución se ve afectada por esta diversidad.

La nueva construcción estatal está marcada por el hecho de que la unidad política del Pueblo y por tanto todo el ordenamiento de su vida pública aparecen ordenados en tres series distintas. Las tres series no discurren paralelas una a otra, sino que una de ellas, el movimiento, que sostiene al Estado y al Pueblo, penetra y dirige a las otras dos. Tres cables o vías ordenadoras discurren una junto a la otra, cada una organizada en sí misma, se encuentran en ciertos puntos decisivos, especialmente en la cumbre, tienen contactos recíprocos y conexiones transversales de un determinado tipo pero que no suprimen sus diferencias, y forman en su conjunto, unificado por la serie ordenadora que sostiene el todo, la estructura de la unidad política. Cada uno está conformado en sí mismo según diversos puntos de vista, y, si se puede decir de esta manera, con diferente material, pero todos, aunque de forma diferente, están ligados por el ordenamiento jurídico público.

Cada una de las tres palabras: Estado, Movimiento, Pueblo, puede usarse por sí sola para la totalidad de la unidad política. Pero designa al mismo tiempo también un lado particular y un elemento específico de esta totalidad. Así puede considerarse al Estado en sentido estricto como

la parte política estática, al movimiento como el elemento político dinámico y al pueblo como el lado apolítico que crece bajo la protección y a la sombra de las decisiones políticas. Sin embargo sería falso extraer de ello, de forma sofista, contraposiciones que separan - y recíprocamente excluyen, y hacer jugar a Estado contra Movimiento y Movimiento contra Estado, a Pueblo contra Estado y Estado contra Pueblo, a Pueblo contra Movimiento y Movimiento contra Pueblo. Esto se correspondería con las separaciones liberales que trataremos de nuevo más abajo, cuyo sentido político es la anulación o al menos la relativización de la totalidad política. Especialmente el movimiento es tanto Estado como pueblo, y ni el Estado actual (en el sentido de unidad política) ni el pueblo alemán actual (el sujeto de la unidad política "Reich alemán") serían imaginables sin el movimiento.

De esto resultan las tres series ordenadoras siguientes:

- a) El aparato estatal de las autoridades y de las oficinas, que consiste en el ejército y los funcionarios estatales; viene siendo designado todavía a menudo (según un uso lingüístico tradicional) como el Estado, pero sólo es tal como organización de mando, de administración y de justicia, por tanto sólo en el sentido más estricto, mientras que la palabra "Estado" en el sentido más amplio se utiliza siempre, como se ha dicho, como la designación tradicional de la totalidad de la unidad política de un pueblo;
- b) Un partido que sostiene al Estado y al pueblo, reclutado entre todos los estratos del pueblo pero cerrado en sí mismo y dirigido jerárquicamente, porque requiere una construcción especialmente severa y una dirección rígida; partido que es el cuerpo político en el que el movimiento encuentra su particular forma. Ha sido designado por los sociólogos como "orden", "élite", o de forma parecida, para diferenciarlo del partido político del Estado liberal (que por principio no está organizado de una forma fija, sino que se basa en la "propaganda libre"). Pero aquí podemos mantener todavía la habitual denominación de "partido", dado que hoy no cabe temer un malentendido al respecto. Esto responde también a lo recogido en la ley de 14 de julio de 1933 (RGBl., I, p.479) contra las nuevas constituciones de partidos: "En Alemania existe un único partido político, el Partido Nacionalsocialista Alemán de los Trabajadores";
- c) Una esfera del pueblo dejada a una administración autónoma, que abarca tanto al ordenamiento económico y social como a las categorías profesionales y también a la administración autónoma municipal (basada en el vecindario local). También un *Estado corporativo* del Estado fascista (*Korporationstaat des faschistischen Staates*), que rechaza por principio una administración autónoma territorial y admite únicamente administraciones autónomas técnicas o "funcionales", o un sistema de sindicatos y ligas, un ordenamiento social popular (esta palabra ha sido acuñada por Werner Sombart: (*Volkstümliche Sozialordnung*) que podrían ocupar esta esfera de la administración autónoma no estatal pero de Derecho público, e introducir en la vida política del pueblo una autonomía que sería

posible en el marco general de la dirección política, y un corporativismo o también uniones federadas de diverso tipo.

En el Estado del movimiento nacionalsocialista alemán se puede reconocer como en el Estado fascista de Italia, aunque de forma muy diferente, este nuevo triple encuadre del conjunto de la unidad política. Es en general típico del Estado del siglo XX. También en el Estado bolchevique de la unión de los Soviets se ha intentado una construcción con tres partes, Estado, partido y sindicato como elementos inclusivos de la realidad política y social. La construcción con tres partes no sólo es visible por doquier allí donde se tratan de superar los ciegos vínculos del sistema liberaldemocrático y construir un Estado nuevo conforme a la realidad social y política del siglo XX; se corresponde también con la gran tradición, fundada por Hegel, de la doctrina estatal alemana. Sólo en la segunda mitad del siglo XIX ha sido expulsada a la fuerza de la conciencia del pueblo alemán por la influencia de teóricos y escritores liberales y extraños a nuestra estirpe. Esta construcción triforme debería ser por tanto plausible universalmente como primera consecuencia de la actual estructura estatal; ésta no se ve afectada en modo alguno por la objeción de que se trate sólo de una idealización de situaciones italiano-fascistas.

Es además en sí misma una cuestión de construcción y organización, con base en qué relación las tres series ordenadoras, y las series organizativas pertenecientes a las anteriores, se correspondan recíprocamente la una con la otra; y así también es una cuestión de ciencia jurídica y estatal la relación recíproca entre las tres subestructuras correspondientes. Pero en la denominación “partido que sostiene a Estado y pueblo” ya se dice que la dirección política se debe apoyar en esta serie ordenadora, y que por tanto los otros dos órdenes son superados por esta segunda organización (que en nuestra construcción está en medio), y son penetrados por ella, dirigidos, y conformados de forma decisiva. El partido políticamente dirigente sostiene, como organización del “movimiento”, tanto al “aparato estatal”, como al ordenamiento social y económico, como a la totalidad de la unidad política. De esto resulta el significado central del concepto jurídico, que ya se ha citado varias veces y que se ha de desarrollar todavía más en detalle, de dirección política.

Dicho en abstracto o genéricamente, la relación recíproca de las tres series ordenadoras en diversas unidades políticas y en distintas épocas puede ser muy diferente. Para el Estado hegeliano de funcionarios de estirpe prusiano-alemana – que fue la realidad histórica aproximadamente de 1815 a 1848, bajo la monarquía ya limitada, tras el puro absolutismo y antes del reconocimiento constitucional de los cuerpos legislativos burgués-parlamentarios – era por ejemplo característico que una clase de funcionarios estatales, espiritual y moralmente elevada, e incorruptible, ejerciese también las funciones de grupo sostenedor del Estado, mientras que en otros Estados la clase de los funcionarios se entendía solamente como instrumento burocrático de los sostenedores del Estado. Dentro de la serie organizadora estatal puede luego presentarse nuevamente, por ejemplo, la ulterior cuestión de la relación entre estatalidad civil y militar, entre poder gubernamental y poder de mando. Y se forman también por influencia recíproca, dirección o dominio, múltiples métodos, que se gestionan a veces públicamente y de forma visible, otras veces internamente y de forma invisible, otras con

base en normas determinadas previamente, otras libremente según la situación de las cosas y la oportunidad, y que se desarrollan en instituciones de diverso tipo. El seguimiento de este problema sería la tarea para una precisa “teoría del Estado” del siglo XX. No digo: de una “teoría general del Estado”; porque la categoría de teoría “general” del Estado es, como ha visto Pablo Ritterbusch, un asunto típico del liberal siglo XIX; nace de la tendencia normativista por resolver el Estado concreto y el pueblo concreto en una “generalidad” (cultura general, teoría jurídica general, al final teoría gnoseológica general), y destruir así su esencia política.

2. Hay que volver a recordar siempre que tanto el concepto de “Estado” como el de “pueblo” son transformados por esta triplicidad, y que la forma tradicional de teorizar¹⁹, surgida de la situación histórica del siglo XIX, no puede ya alcanzar a la nueva realidad. El Estado, en el sentido de la clase estatal de los funcionarios y de las autoridades pierde el monopolio de la política que había adquirido en los siglos XVII y XVIII. Es reconocido como una simple parte de la unidad política, y precisamente una parte basada sobre la organización que sostiene al Estado. El conjunto de las autoridades y los funcionarios por sí solo no se identifica ya por tanto con la totalidad política ni con una autoridad de “superiores” que se apoya sobre sí misma. Hoy ya no se puede determinar la política partiendo del Estado, sino que hace falta que el Estado sea determinado partiendo de la política. Pero también la Constitución estatal elaborada, del siglo XIX en adelante, por este “Estado”, y la legalidad que de ella se deduce, se desplazan consiguientemente desde el centro de la colectividad a otro lugar de la vida política. Cuanto más se formaliza y mecaniza la legalidad, tanto más manifiestamente entra en contradicción con el Derecho, que permanece siendo bueno en su contenido; aquélla recibe el significado secundario que le corresponde, relativo por ser instrumental; se convierte en el modo de funcionamiento del aparato estatal de las autoridades. Esta legalidad se parece tan poco al Derecho del pueblo como el aparato estatal a la unidad política del pueblo. Al Derecho en el sentido sustancial le corresponde en primer lugar asegurar la unidad política; sólo sobre la base de decisiones políticas incontestables, y desde este sentido positivo, puede explicarse el Derecho en todos los campos de la vida pública que crece libre y autónomamente.

La teoría del Estado y del Derecho de la última y de la penúltima generación de juristas ha percibido esta oposición entre Derecho y legalidad estatal – que respondía a la absoluta incongruencia entre la unidad del pueblo y el aparato estatal de las autoridades – y lo ha expresado sosteniendo por un lado que por “ley” se entendiese “toda norma jurídica” y por otra parte formalizando y mecanizando al mismo tiempo el Derecho como ley y la ley de nuevo como resolución de la mayoría del cuerpo legislativo, o sea del parlamento. No se hace referencia aquí tanto a la conocida diferencia entre Derecho del pueblo y Derecho de los juristas, (*Volksrecht*, *Juristenrecht*) cuanto al enconamiento conceptual abstracto de la oposición en la teoría “general”

¹⁹ Nota del Traductor: el término utilizado en el texto es “imaginar”.

entre Derecho y Estado. Una doctrina interesante por su lógica interna consideraba solamente al funcionario, es decir a la justicia y a la administración como aplicadoras de la ley, y no al “ciudadano” como el auténtico destinatario de la norma legal; podía por tanto considerar al final el Derecho, en general, sólo como “el conjunto de las reglas de la actuación estatal”. Lo dice una cita, que es especialmente característica de esta forma de pensar liberal-constitucional (y junto con su relación con la lengua alemana):²⁰ “También las propuestas de Derecho (en sentido estricto) que establecen deberes jurídicos de los súbditos y norman pena y ejecución, tienen por contenido, en referencia a la actividad ejecutiva de castigar y de ejecutar, a realizar mediante los órganos estatales, la administración estatal” (KELSEN, *Haupt-probleme der Staatsrechtslehre*, p. 252). Todo Derecho se convierte así en un sentido particular en “Derecho estatal”, y viceversa, toda actividad estatal en “Derecho”, es decir ejecución de norma por parte del aparato estatal de las autoridades, sujeto a normas. Esto no tiene ya nada que ver con Derecho o Justicia en sentido positivo y sustancial, pero es típico del sistema político de las despolitizaciones liberales. El normativismo liberal aparenta aquí un “dominio de la norma legal” que en realidad es sólo el dominio de un sistema de legalidad, dominado por fuerzas no estatales y políticamente irresponsables, por encima del aparato de las autoridades. Esta forma de pensar positivista y “funcionalista”, que niega toda sustancia del Derecho, conoce además el “Derecho” sólo como un vínculo calculable del aparato coercitivo estatal, es decir como modo de funcionamiento de las autoridades y las jerarquías competentes. Pero junto a esto seguía subsistiendo en la praxis jurídica, como ya se ha dicho, el llamado concepto material de la ley; la ley era “norma legal”, y toda norma legal, también el Derecho consuetudinario, era “ley”; ésta se dirigía (a diferencia del simple decreto administrativo) no sólo al “funcionario” (sujeto por una especial relación de fuerza), sino también al “ciudadano” (sujeto solamente por la fuerza estatal “general”). Había entonces por tanto dos representaciones del Derecho y de la ley (representaciones de diverso tipo y sin conexión entre sí), dos destinatarios de las normas, dos concepciones de la ley y por tanto dos especies de Derecho que se anulan entre sí.

En la construcción en tres partes de la unidad política los conceptos de “Estado” y de “pueblo” tienen otra posición y un sentido bien diferente que en el sistema de dos partes de la democracia liberal (ver más abajo, III). El modo de pensar con dos partes opera también aquí con separaciones antitéticas, como Estado contra pueblo y pueblo contra Estado, gobierno contra pueblo y pueblo contra gobierno. En el Estado nacionalsocialista el cuerpo político dirigente que sostiene al Estado y al pueblo tiene la tarea de impedir y superar todas las antítesis de este tipo. El pueblo por tanto no es ya una simple suma de electores no gobernantes. El funcionario estatal no está ya, como en el Estado constitucional monárquico, contrapuesto al ciudadano llamado “libre”, cuya libertad es esencialmente a estatalidad y un concepto polémico liberal dirigido contra el “no libre” soldado o funcionario de carrera. La clase de los funcionarios estatales ya ni siquiera está constreñida, como en el sistema de partidos pluralistas de 1919 a 1932, a tener que organizarse como un grupo de interés y a identificarse, en vez de con la

²⁰ Kelsen utiliza palabras de origen alemán como *statuieren* (Nota del Traductor al italiano)

idea y la institución del funcionario alemán, con “unos derechos bien adquiridos”, contruidos individualmente, en cada funcionario. El funcionario es ahora un compatriota (*Volksgenosse*) en una unidad política basada en la igualdad de la estirpe, es como un compañero de partido, un miembro de la organización que conduce a Estado y pueblo, y ésta está ocupada, en los puestos decisivos de mando (*Umschaltstellen*) del organismo estatal de las autoridades, por jefes políticos del movimiento que conduce a Estado y pueblo.

Correlativamente, también la esfera de la administración autónoma popular y de las categorías profesionales resulta penetrada por el movimiento; aunque de una forma que – a diferencia del organismo de la clase de los funcionarios y de las autoridades, relativamente despolitizado solo por su carácter estatal, – aquí se reconoce como una esfera de formaciones autónomas despolitizada en un grado superior. Pero esta “despolitización” no tiene nada que ver con el abuso político que se hacía antes con los pretendidos asuntos “apolíticos” de la administración autónoma, sino que depende totalmente de la decisión política de la dirección política reconocida. Constituye un conocimiento fundamental de la generación alemana actual que precisamente decidir si un asunto o un tipo de cosas son apolíticos es en sí una decisión específicamente política. Tanto la “objetividad” del funcionario, en particular la “independencia” de los jueces, como el carácter apolítico de la esfera popular de administración autónoma son posibles con todas las ventajas y las seguridades de lo apolítico sólo si ambos se someten a la dirección política y a las decisiones políticas del movimiento que sostiene al Estado y al pueblo. Éste es por tanto en su sentido específico el elemento político de la colectividad, un motor dinámico frente al elemento estático que resulta ser el aparato de las autoridades, que está sujeto a las normas y a las decisiones políticas implícitas en ellas, y así mismo garante político de la despolitizada administración autónoma, municipal o de grupos profesionales, -.²¹

3. Del conjunto de la nueva estructura resulta la nueva regulación de las relaciones entre el Reich y los Estados regionales (*Länder*). La ley sobre el Delegado²² del Reich de 7 de abril de 1933 ha garantizado la prioridad de la dirección política del Reich frente a las regiones y ha sometido a los *Länder* a la dirección política de jefes subordinados al *Reichsführer*. Tanto el concepto tradicional de Estado federal monárquico-dinástico del siglo XIX como el pluralista Estado federal de partidos surgido en la debilidad interna y la corrupción del sistema Weimar han sido así superados. Se puede decir con una fórmula corta y sintetizadora de Derecho estatal que la conjunción de la idea federal con la idea estatal – sea bajo la forma de la federación de Estados, sea bajo la forma de

²¹ La cuestión de a qué serie de esta construcción en tres partes pertenecen las iglesias, sigue dejándose aparte. Hasta que la iglesia no levanta ninguna pretensión política totalitaria, ésta puede encontrar su puesto en la tercera esfera, es decir en la esfera de la administración autónoma; no si la iglesia levanta la pretensión política de totalidad, lo que significa que ella pretenda asignar su puesto a Estado, movimiento y pueblo, y quiera distinguir entre amigo y enemigo del pueblo con sus propios criterios.

²² Nota del Traductor: se ajustaría más al texto italiano “lugarteniente”, pero el sentido de la norma y la versión alemana nos llevan a preferir “delegado”.

Estado federal – fue durante un siglo el auténtico peligro para la unidad política de Alemania. Dado que en toda organización federal se presupone una garantía del *status quo* territorial y político, ésta debe, tanto en una federación de Estados como en un Estado federal, aprovechar el carácter estatal de cada Estado-miembro como una unidad política en sí, y de esta forma convierte en relativa la unidad estatal de todo el pueblo alemán. Por tanto no sólo en una federación de Estados, sino también en un Estado federal, no le resulta difícil a un hábil abogadillo construir, en caso de conflicto, invocando la “base federal” o la “esencia y concepto” del Estado federal, un “derecho a una política propia”. Los teoremas y las arengas del proceso de Leipzig, de los gobiernos prusiano y bávaro Braun-Severing-Hirtsiefer y Held, y la sentencia del Tribunal Estatal²³ de 25 de octubre de 1932, contienen bonitos ejemplos y documentos de tales “infinitas cláusulas del federalismo”.²⁴ Sólo sobre el trasfondo de este mundo prenacionalsocialista de ideas del Estado federal de partidos, aparece con su auténtico significado el valor de la ley sobre los lugartenientes del Reich, que hoy en el rápido proceso de desarrollo de la unidad alemana podría tal vez parecer superada.

Después de esta ley ya no es posible denominar a los *Länder* como Estados, a menos que se transforme esencialmente una vez más, como después de 1781, el concepto de “Estado”. Se podría intentar tal vez, para salvar a los *Länder* como Estados, quitar al concepto de Estado, al que a partir de 1871 se le había quitado la característica de la soberanía, la característica de lo “político” o “despolitizar” totalmente a las regiones-Estado. En sí no resultaría impensable, dado lo conocido de las palabras y los conceptos, designarlos como “Estados” regionales o provincias, como de hecho la unidad política de los “Estados Unidos de América” consiste en “Estados”. La expresión “Estado” significaría entonces solamente una especial independencia en las articulaciones o una especial descentralización dentro de una unidad política. Pero hoy es más importante dejar fuera de toda duda que las articulaciones territoriales dentro del Reich están sometidas sin condiciones y sin reservas a la dirección política del Reich, y que no pueden pretender un “derecho a una política propia” bajo ningún travestismo; sobre todo no con el pretexto hasta ahora extremadamente peligroso del “carácter político” de un asunto. Para nuestras concepciones alemanas actuales la idea de un “Estado despolitizado” es tan imposible como lo sería la de un “ejército desmilitarizado”. Los *Länder* alemanes sí tienen competencias que pertenecen a un “poder estatal”; tienen por tanto poder estatal; pero en ningún caso son “Estados”. Estado alemán lo es sólo el Reich alemán. El Reich es una formación articulada, compuesta por *Länder* o provincias ampliamente independientes, pero no un “Estado federal”. Este funesto concepto del siglo XIX, que conceptualmente fija conjuntamente federación y Estado y hace así del Reich un no-Estado, debe desaparecer del Derecho interno alemán. Si debe conservarse la palabra “federalismo”, es una cuestión puramente práctica de terminología,

²³ Nota del Traductor: se refiere a la Sala del Tribunal Constitucional de la República de Weimar para disputas territoriales.

²⁴ Así el Comisario del Reich para la justicia ministro de Estado Doctor Frank en el congreso del partido del Reich de 1933 (*Juristische Wochenschrift*, 1933, p. 2091)

Mientras subsista el peligro de que con base en los hábitos tradicionales del pensamiento del Ochocientos, federalismo o Estado federal sean puestos a la par, debería ser mejor evitar esta palabra de la que se ha abusado. No olvidamos lo que se ha dicho en el *Mein Kampf* de Adolf Hitler sobre el “federalismo como máscara”.

El desarrollo que se ha iniciado con la ley sobre los lugartenientes del Reich de 7 de abril de 1933 no ha terminado aún. Las declaraciones del Jefe (*Führer*) al congreso del partido de este año en Núremberg son conocidas (1933). La unidad política del pueblo alemán no se fundamenta en las regiones o en las estirpes alemanas²⁵, sino en la unidad cerrada en sí misma del pueblo alemán y en el movimiento nacionalsocialista sostenedor del Estado y del pueblo. Ya no hay ninguna garantía constitucional del territorio o de la existencia de las regiones actuales. A tales garantías no se puede llegar siquiera mediatamente, pongamos que a partir de la conservación de la institución del Consejo del Reich contenida en la ley constituyente provisional de 24 de marzo de 1933. Las regiones o provincias alemanas (*Länder*) de ahora, como las que eventualmente se formen, son realidades de un género propio y de un tipo totalmente independiente. No son ni Estados ni cuerpos municipales de administración autónoma. El concepto de autonomía municipal yo quisiera limitarlo con especial rigor, -dado que se trata de cuerpos territoriales- a la autonomía local (municipio rural y urbano, área de su mandato y del ámbito próximo), y la autonomía en lo demás referirla a organizaciones de categorías de profesiones²⁶ o similares, cuyo lugar en la construcción general del Estado nacionalsocialista ha de determinarse más en detalle en la categoría “pueblo”.

4. Una serie de cuestiones totalmente nueva se refiere a las relaciones legales entre Estado y movimiento. No obstante las muchas semejanzas del Estado nacionalsocialista con el Estado italiano fascista se muestran aquí grandes diferencias en la relación entre partido y funcionarios, partido y ejército, partido y Jefe (*Führer*) del Estado. El partido fascista es después de la ley de 14 de diciembre de 1929 claramente un “órgano del Estado” pero no de forma inmediata un órgano “estatal”; eso sólo lo es un determinado órgano del partido: el Gran Consejo del Fascismo²⁷. El Partido Nacionalsocialista Alemán de los Trabajadores como portador de la idea estatal está ligado de forma indisoluble al Estado. Pero ni la organización del partido en su conjunto, ni una determinada jerarquía del partido tienen hoy (1 de diciembre de 1933) el carácter inmediato de un “órgano estatal”. Que el partido nacionalsocialista no sea desde ningún punto de vista un “partido” en el sentido del sistema pluralista de partidos hoy superado, es algo que se entiende por sí mismo. Es el cuerpo directivo que sostiene al Estado y al pueblo, garantiza esta posición única y exclusiva de prioridad frente a todos los intentos de hacer resucitar el

²⁵ Nota del Traductor: en el original alemán aquí se utiliza el término “*Stämmen*”, que cabría traducir por “pueblos”, en el sentido de “tribus” o “linajes” pero el traductor italiano utiliza como correspondiente, tanto para este término como para “*Arten*”, “*stirpe*”.

²⁶ Nota del Traductor: tal vez Colegios Profesionales.

²⁷ cfr. SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, 4 ed. 1933, p. 127 [En cambio G. AMBROSINI, *Il Partito fascista e lo Stato*, Roma, 1934. Nota del Traductor al italiano]

pasado pluralismo confesional, de clase y de otro tipo. Según la ley para la garantía de la unidad entre partido y Estado de 1 de diciembre de 1933 (RGBl. I, p. 1016) el partido es una corporación de Derecho público, y naturalmente en un nivel diferente y superior al de cualquiera de las muchas corporaciones de Derecho público que están bajo la supervisión estatal. El representante del Jefe (*Führer*) y el Jefe del estado mayor de la SA (milicia de asalto) se convierten en miembros del gobierno del Reich, para garantizar la colaboración más estrecha de los puestos de servicio del partido y de la SA con las autoridades públicas. Los miembros del partido y de la SA están sometidos en razón de sus especiales y mayores deberes a una jurisdicción especial del partido y de la SA. La conexión con el Estado se basa principalmente en uniones personales que conectan entre ellos a los Jefes de las diversas series organizativas, y no de una forma en absoluto casual, sino sobre la base real de la compenetración total de la unidad política. Estas uniones personales tienen ya en parte un carácter institucional: el Jefe (*Führer*) del movimiento Nacionalsocialista es Canciller del Reich alemán, sus paladines y subjefes están en otras posiciones políticamente directivas como ministros del Reich, Presidente de los ministros de Prusia, lugartenientes territoriales del Reich, como ministros prusianos, bávaros u otros, y así en adelante. Además de estas uniones personales pueden ser medios típicos de contacto entre Estado y partido ciertas posibilidades de influencia en especial las de carácter personal (derechos de propuesta, de nombramiento, de presentación de los puestos regionales o locales del partido). Toda otra conexión o separación – también la compatibilidad por principio de los cargos en el partido con cargos estatales y de la administración autónoma y viceversa la incompatibilidad por principio – es una cuestión de oportunidad. Mas las líneas organizativas fundamentales vienen dadas por el triple acuerdo Estado, movimiento, pueblo, y han de entenderse lógicamente en este sentido, Estado, movimiento, pueblo, son diferentes pero no están divididos, ligados pero no fundidos.

La conexión entre Estado y partido no se puede entender con los conceptos hasta ahora usuales de Estado y no-Estado, partido y no-partido. Todas las incursiones de los tribunales, construidas con base en tales alternativas, en los asuntos de Estado y partido (correspondientes al ideal liberal de una constatación de la verdad que se lleva a cabo en continuas controversias legales) entran en contradicción con la construcción estatal en tres partes. Será necesario establecer la delimitación más neta de las diversas esferas con instituciones ya probadas como la denominada elevación de un conflicto²⁸, y preservar a los tribunales, por el bien de su independencia, de los peligros de la esfera política. Dado que está claro que los enemigos declarados y ocultos del nuevo Estado se aprovechan de la vieja forma política de presentar una cuestión como una “pura cuestión de Derecho” para llevar al Estado o al movimiento ante un tribunal, y de esta forma – mediante la equiparación de las partes inserta en la lógica de un procedimiento procesal – dárselas de estar en igualdad de derechos con el Estado y con el movimiento. Un derecho de oposición como el que los tribunales

²⁸ (Konfliktserhebung).

se han adjudicado frente a leyes del Reich (sentencia del tribunal del Reich; V Senado civil de 4 de noviembre de 1925, RGZ. vol. III, p. 320 s.) no cabe frente a las leyes gubernativas del gobierno del Reich. Antes que nada porque esta competencia legislativa del gobierno del Reich tiene carácter constitucional; en segundo lugar estas leyes gubernativas son contemporáneamente actos de un gobierno que mediante la capacidad legislativa ha restablecido el auténtico concepto de “gobierno”; y en tercer lugar tal intrusión de los tribunales sólo se puede justificar con la concepción bipartita (a tratar con más detalle en el cap. III) de Estado y no-Estado, resultando totalmente inconcebible con la nueva estructura general en tres partes de la unidad política.

Sería por tanto engañoso y peligroso utilizar aquí todavía las viejas distinciones entre Derecho y política, y plantear cuestiones alternativas como estatal y no-estatal, público y privado, jurídico y político. Estamos ante un problema de Derecho estatal completamente nuevo. El Partido nacionalsocialista no es un Estado en el sentido del viejo Estado, ni es no-estatal y privado en el sentido de la vieja contraposición entre la esfera estatal y la esfera a estatal²⁹. Por tanto ni siquiera los criterios sobre responsabilidad, en particular la responsabilidad de cuerpo por abuso de oficio³⁰ (art. 131 de la Constitución de Weimar, par. 839, BGBl.), pueden llevarse al partido o a las SA. En igual medida poco es lo que pueden inmiscuirse los tribunales con cualquier pretexto en cuestiones y decisiones internas de la organización del partido y romper desde fuera su principio del mando. La organización y la disciplina interna del partido que sostiene al Estado y al pueblo son asunto suyo: él tiene que desarrollar sus propias reglas con el más estricto sentido de la responsabilidad frente a sí mismo. Los cargos del partido a los que les incumbe esta tarea han de desempeñar una función de la que depende nada menos que el destino del partido y con él también el destino de la unidad política del pueblo alemán. Esta gigantesca tarea, en la que se acumula todo el riesgo de la política, ninguna otra autoridad, y menos que ninguna un tribunal civil actuando con formas judiciales, puede sustraérsela al partido o a las SA. Aquí el partido se basa internamente en sí mismo³¹.

III

LA CONSTITUCIÓN BIPARTITA DEL ESTADO DE LA LIBERALDEMOCRACIA Y EL ESTADO DE FUNCIONARIOS ALEMÁN

1. La nueva construcción estatal del siglo XX en tres partes ha superado desde hace mucho tiempo el esquema estatal y constitucional en dos partes de la liberaldemocracia del siglo XIX. El Estado constitucional burgués del XIX está dominado por esta bipartición hasta en los detalles de su organización legislativa, administrativa y judicial, es más hasta en las últimas ramificaciones de teorías e ideas aparentemente totalmente abstractas. Esto aparece “ideológicamente” (una palabra típica y específica del liberal siglo

²⁹ Nota del Traductor: “libre del Estado” en el original alemán.

³⁰ Nota del Traductor: entendemos que se refiere a “abuso de poder” o “abuso de autoridad”.

³¹ Nota del Traductor: en el original alemán “*ganz auf sich stehen*” que vendría a ser “... es totalmente autónomo”, o “autosuficiente”.

XIX) en las conocidas y bien amadas contraposiciones, intercambiables y negociables, ahora “oscilantes” ahora alternativas, de Derecho y fuerza, Derecho y Estado, Derecho y política, espíritu y potencia, espíritu y Estado, individuo y colectividad, Estado y sociedad, etc. etc. Además la bipartición tiene además un significado constructivo y organizativo muy concreto. Se ha creado, retomando una expresión concebida por el Comisario del Reich para la justicia, Doctor Frank³², una “configuración de cosas” propia, conforme con su espíritu. Los ulteriores efectos tanto de la “ideología” liberal como de la construcción estatal en dos partes dominan tanto en el pensamiento jurídico como en la forma de hablar de los juristas educados en el sistema liberal hasta el día de hoy. El liberal llama “Estado constitucional”³³ solamente al Estado construido en dos partes; un Estado construido de otra forma “no tiene una Constitución”, no es un “Estado con Constitución” y naturalmente ni siquiera es un “Estado constitucional”³⁴, no es “libre”, sino que es una “autocracia”, “dictadura”, “despotismo”, etc. El vocabulario de esta lucha política es aquí muy rico, pero en la realidad – o sea en la utilización política de un determinado concepto de “Derecho” y “Estado constitucional”- es siempre lo mismo. Por tanto es necesario adquirir consciencia no sólo de la oposición ideológica, sino también de la construcción estatal levantada sobre ella y de su adecuación institucional y conceptual. De otro modo el pensamiento liberal empuja al movimiento hacia el Estado, y luego al Estado, pasando por el “Estado constitucional”, hacia un “Derecho” opuesto al Estado, es decir al sistema liberal del siglo XIX.

La construcción en dos partes se basa en la oposición entre Estado y persona libre individual, entre poder estatal y libertad individual, entre Estado y sociedad estatal, entre política y esfera privada, esta última apolítica, por tanto irresponsable e incontrolada. Con esta bipartición se explica el esquema constituyente típicamente bipolar del Estado constitucional burgués, cuya Constitución, como es sabido, consistía en una parte de derecho fundamental, o sea derechos fundamentales y derechos de libertades de la sociedad, compuesta por individuos libres y ella misma libre, es decir no estatal y sin “Constitución”; y una parte normativa organizativa, o sea vinculante y constituyente del Estado. La parte liberal de los derechos fundamentales no es una Constitución en el sentido organizativo; diseña por el contrario la esfera, no constituida y autoorganizada, de la libertad; en cambio la parte organizativa de la Constitución estatal es la Constitución del Estado, es decir vinculación, delimitación y limitación del poder político del Estado. La denominada “preeminencia de la ley” sobre todos los otros tipos de manifestaciones estatales se dirige a someter políticamente al Estado a la sociedad que se pretende apolítica; dado que la ley en este sistema de ordenamiento es esencialmente una resolución del parlamento, y el parlamento es la representación de la sociedad no estatal frente al Estado. El principio organizativo reconocido universalmente de la llamada diferenciación de los poderes, con su tripartición en legislativo, ejecutivo y judicial, tenía el mismo sentido político, el de dividir el poder estatal de forma que la estatal sociedad pudiese dominar y “controlar” eficazmente al “ejecutivo” estatal, es decir a la realidad del mando estatal. Todo iba dirigido a regular y controlar al poder político del Estado, y a defender la esfera de libertad de la sociedad de

³² *Jur. Woch.*, 1933, p. 2001.

³³ Nota del Traductor: en el original alemán Schmitt dice “Estado de Derecho”.

³⁴ Ver nota 31.

“intervenciones”³⁵ del Estado. Una justicia independiente del Estado debía dotar a la defensa frente al Estado de seguridad con forma jurídica y procesal. La justicia tenía en este sistema constitucional, desde el punto de vista de la organización, una interesante posición intermedia entre el mecanismo estatal de mando y la esfera social a estatal, siendo por un lado una función estatal, y por otro lado independiente frente a las órdenes de servicio de superiores estatales; era por tanto un instrumento adecuado para influir políticamente en este Estado en nombre del “Derecho” y mantenerlo en un puño.

Los derechos fundamentales y de libertad del sistema estatal y constitucional liberaldemócrata son esencialmente, por su sentido, derechos de la persona privada individual. Únicamente por esta razón pueden valer como “apolíticos”. Por tanto no son siquiera un principio constructivo estatal, no son una Constitución, sino sólo principios que dominan a la Constitución estatal, y que deben dar al Estado sentido y finalidad, su justificación y sus límites. La construcción estatal y constitucional liberal procede a una contraposición simple e inmediata entre Estado e individuo privado. Sólo partiendo de esta contraposición resulta natural levantar un edificio de medios e instituciones legales de protección, para defender al indefenso individuo, pobre y aislado, ante el potente Leviatán “Estado”. Sólo por la seguridad del pobre individuo tienen sentido la mayor parte de las instituciones de protección legal del denominado Estado constitucional, y se puede comprender que la protección del Estado tome cada vez más forma judicial y que termine cada vez más en una decisión judicial independiente del Estado.

Pero todo esto se convierte en absurdo cuando fuertes *asociaciones u organizaciones colectivas* ocupan la esfera no estatal y apolítica de la libertad, y estas “autoorganizaciones” a estatales (pero en absoluto apolíticas), por una parte acogen de una forma cada vez más fuerte y estable a las personas individuales, y por otra con diversos títulos jurídicos (como pueblo, como sociedad, como burguesía libre, como proletariado productivo, como opinión pública, etc.) vienen a posicionarse contra el Estado. Tras el parapeto de la seguridad de la libertad individual de personas apolíticas y necesitadas de defensa se ocultan luego fuerzas políticas del más diverso tipo. Asociaciones no estatales, pero como se ha dicho bien políticas, dominan entonces tanto la voluntad estatal (por la vía de la legislación) cuanto también (mediante una coacción social y “puramente de Derecho privado”) al individuo, al que aquéllas mediatizan. Éstas se convierten en portadoras auténticas y reales de las decisiones políticas, y manejan los instrumentos del poder del Estado; pero dominan desde la esfera individual, libre de Estado y Constitución, y no “pública”, y escapan así a toda responsabilidad y peligro político. En la Constitución estatal del Estado constitucional liberaldemócrata es prácticamente imposible que éstas aparezcan jurídicamente como lo que son en la realidad política y social, porque el esquema liberal en dos partes no tiene un sitio para ellas. Todo intento de incluirlas en él hace saltar el Estado liberaldemócrata y su sistema. Por tanto si consiguen tales ligas³⁶, por la vía de los partidos políticos dominados por ellas, apoderarse de las posiciones y de los medios del poder

³⁵ Nota del Traductor: tiene el sentido de “agresiones”.

³⁶ Nota del traductor: el traductor italiano traduce un mismo término alemán indistintamente como “asociaciones” y como “ligas”, probablemente porque este término tiene unas especiales connotaciones historicistas en el pensamiento fascista.

estatal –y esa es la evolución típica-, entonces ellas sirven en nombre de la autoridad estatal y de la ley a sus propios intereses y gozan de todas las ventajas del poder estatal sin renunciar a las ventajas de la esfera de la libertad, irresponsable y descontrolada porque se pretende apolítica.

Bajo el velo de la libertad liberaldemócrata y del Estado constitucional burgués pudo surgir de esta forma el sistema pluralista de un Estado de muchos partidos, como ha sido característico de los catorce años de la Constitución de Weimar. Una cantidad de partidos políticos de las más variadas especies, sindicatos y potentes ligas económicas, iglesias y sociedades religiosas, a menudo organizaciones cerradas de tipo nacional, confesional o de otro tipo, acuerdan bajo cuerda el ejercicio del poder estatal y el reparto de los ingresos nacionales. Como se pudo decir de la democracia ideal que ésta se basa en un “plebiscito cotidiano”, así se puede decir de tal sistema pluralista que éste está integrado únicamente por el “compromiso cotidiano” de potencias y ligas heterogéneas y sólo en él existe, compromiso que como un nacionalsocialista³⁷ dijo una vez de forma atinada es “siempre una vinculación de lo mejor con lo peor”. El Derecho constitucional de un sistema como ese debe convertirse por su lógica interna en un arma puramente instrumental, técnica, un arma que cada uno maneja contra otros, también el extraño a la nación y el enemigo del Estado contra el connacional, así que todos los que están en el juego en tal sistema están obligados a un abuso obligatorio de todas las posibilidades legales. Grupos o ligas que permanecen en minoría, y que no consiguen entrar en una mayoría de coalición o en una de compromiso, deben forzosamente defender contra el Estado sus principios y fines, por más que aliberales o antiliberales, con argumentos y métodos liberaldemócratas. Todos los conceptos y las instituciones de tal sistema tienen que convertirse en falsos y absurdos. En el año 1932 yo he constatado que el poder de los gobiernos de la coalición de Weimar no se basaba en su legalidad, sino en el aprovechamiento político de las ventajas políticas de la posesión legal del poder. Todos los actores políticos, ligas de mayoría como ligas de minoría, gobierno como oposición, partidos nacionales e internacionales, fieles a la nación y adversarios de la nación³⁸, se aprovechan sin reparos de todas las posibilidades legales y de todas las posiciones de poder que ocupan en tal sistema estatal y constitucional, porque la Constitución se había convertido en un medio simplemente funcional, neutral, y la perduración de la unidad política del pueblo en una simple escoria del “compromiso cotidiano”. La estructura en dos partes del consiguiente “Estado constitucional”³⁹ fundamentado en la contraposición de Estado e individuo, es y sigue siendo inadecuada y escasa ante la realidad de una vida política y social dominada por organizaciones no estatales o supraestatales políticamente potentes. Es capaz de distinguir solamente legalidad o ilegalidad, pero no correcto o erróneo⁴⁰, ni amigo o enemigo.

Dos ejemplos de la incongruencia de toda Constitución liberaldemócrata

³⁷ KARL FIEHLER, *Nationalsozialistische Gemeindepolitik*, München, 1932, p. 12.

³⁸ Nota del Traductor: en el original alemán, en ambos casos, la referencia no es a la nación sino al pueblo.

³⁹ Nota del Traductor: una vez más en el original alemán lo que aparece es “Estado de Derecho”. No vamos a cansar al lector repitiéndolo en cada ocasión, quede constancia de que este cambio por el traductor italiano es muy recurrente en el texto.

⁴⁰ Nota del Traductor: en el original alemán “acorde y contrario a Derecho”

respecto de la realidad de la vida política y social actual pueden hacer más intuitiva esta situación.

- a) La segunda parte principal (“derechos fundamentales”) de la Constitución de Weimar, llena de contradicciones internas, tanto respecto de sí misma como respecto de la primera parte, la organizativa⁴¹. La Constitución de Weimar, conforme al esquema liberaldemócrata, está construida de forma bipartita. Pero la segunda parte, bajo el título “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes” contiene sólo en muy pequeña parte derechos liberales de libertades de la persona individual. Además esta parte de la Constitución quisiera hacer justicia a la realidad de la vida social actual. En consecuencia otras numerosas disposiciones de esta “parte de los derechos fundamentales” garantizan y establecen cosas más bien contradictorias para una construcción constitucional liberaldemócrata, como instituciones y pretensiones de Derecho público de iglesias y sociedades religiosas (art. 137 s.), la institución de Derecho público de los funcionarios de carrera (art. 129), la institución, también de Derecho público, de la autonomía municipal (art. 127). También los sindicatos obreros y las ligas patronales son reconocidos en esta parte de la Constitución (art. 165), aunque éstos hayan preferido hasta ahora permanecer como sociedades de Derecho privado; e incluso no sujetas a Derecho. Que fuertes ligas colectivas como los sindicatos sean “reconocidas” en una Constitución estatal, y que con todo ellas quieran y puedan permanecer como asociaciones puramente de Derecho privado, es sintomático de la confusión de un Estado de tal tipo. Pero tampoco las otras instituciones de Derecho público de la denominada parte de los derechos fundamentales –iglesias, municipios y funcionarios de carrera– podían en modo alguno, en un sistema tal, renunciar a aprovecharse de la forma más amplia, por un lado, de los distintos partidos políticos, y por otro, contemporáneamente, de apoyos y organizaciones auxiliares de Derecho privado. A las iglesias se había incorporado y apoyado no sólo el correspondiente partido político, sino también un potente cuerpo social de Derecho privado, con numerosas asociaciones religiosas, culturales y de la sociedad⁴², en parte incorporadas, en parte reconocidas, en parte permitidas, en parte al menos toleradas. Municipios y asociaciones municipales, mediante personas jurídicas de Derecho civil y mercantil de todo tipo, sabían organizarse económicamente y eludir la vigilancia estatal. Junto a la institución de Derecho público de los funcionarios de carrera surgieron sindicatos de funcionarios, de Derecho privado. Este Estado pluralista consistía finalmente sólo en conexiones transversales y en vínculos y amalgamas de intereses y funciones privadas y públicas. En tal sistema se puede ser a la vez diputado del Reich, delegado del Consejo del Reich⁴³, alto funcionario estatal, alto dignatario eclesiástico,

⁴¹ Nota del Traductor: Frase reconstruida a partir del texto alemán porque en la traducción italiana se ha producido algún error que la hace prácticamente incomprensible.

⁴² Nota del Traductor: En el original alemán se utiliza el término “*gesellige Verbände*”, a traducir como “asociaciones de amigos”, con lo que parece que Schmitt quiere hacer referencia a las del tipo de las asociaciones de veteranos de guerra, por ejemplo.

⁴³ Nota del Traductor: el término “delegado” por el que opta el traductor italiano, no reporta la idea de “*Bevollmächtigter*”, pues al ser el Reichsrat otra cámara, tal vez debería

jefe de partido, consejero en la administración de diversas sociedades y más cosas aún; es más, este curioso sistema de hecho sólo funciona mediante estas conexiones transversales. Así todo era compatible con todo, y Alemania era el “reino de las compatibilidades ilimitadas”. Tras la bipartición del esquema constitucional liberaldemócrata crecía lujuriente un pluralismo anárquico de poderes sociales, en una mezcla caótica de lo estatal y lo no estatal, lo público y lo privado, lo político y lo falsamente apolítico.

- b) Otro ejemplo evidente de la insuficiencia del esquema constitucional en dos partes lo ofrece la historia del plan Constitución económica, que en el artículo 165, al final de la parte de la Constitución de Weimar sobre los derechos fundamentales, venía incluso, por lo que se dice, “con una sólida base”. En el sistema liberaldemócrata en dos partes una Constitución económica resulta imposible. O se ejecuta totalmente, y entonces arranca de sus cimientos todo el sistema en dos partes; o es una construcción accesoria prácticamente insignificante, con instituciones del tipo del consejo provisional del Reich para la economía introducido con el Decreto de 4 de mayo de 1920, que ha quedado sin significado práctico reseñable. No dependió siquiera tanto de la mala voluntad consciente de todos los partidos interesados en el sistema pluralista, cuanto de la correspondiente lógica interna del Estado liberaldemócrata de Weimar, que los múltiples intentos de introducir un consejo económico del Reich definitivo y real tuviesen que fallar miserablemente. Una Constitución social y económica precisamente sólo es posible en un Estado moderno, con una estructura en tres partes.

2. Hoy nosotros, no sólo conocemos las contradicciones internas de tal sistema pluralista que vive detrás de la legalidad del sistema constitucional liberaldemócrata; hoy nos sentimos más allá dado que nuestro conjunto estatal en tres partes, frente a la bipartición liberaldemócrata (de Estado y sociedad, o Estado y esfera política de libertad) es el presupuesto natural de la honestidad y de la limpieza política. La bipartición nos resulta ya un enmascaramiento y una ocultación de fuerzas y potencias no estatales, pero ciertamente tampoco apolíticas, más bien supraestatales, a menudo enemigas del Estado, que bajo la protección de las “libertades” liberales pueden hacer su papel de entidades⁴⁴ políticamente decisivas en secreto, anónimamente, invisibles e irresponsables.

También en las formaciones e instituciones políticas de tiempos pasados nosotros seguimos reconociendo hoy, a través de todas las capas de libertad e igualdad, a las entidades y a las organizaciones realmente sostenedoras del Estado. Dado que el pasado recibe su luz desde el presente para todo espíritu cognoscente, es un espíritu contemporáneo. Así nosotros vemos hoy por ejemplo en diversas épocas y en algunos Estados que la iglesia con su clero o con una orden determinada asumió el papel de organización sostenedora del Estado; en otros casos pudo ejercer esta función una orden secreta como la masonería; en Estados marineros y mercantiles el ordenamiento general de la unidad política ha estado sostenido las más de

denominarse “diputado” o “comisionado”.

⁴⁴ Nota del Traductor: en el original alemán se usa “Größe”, “magnitudes”, aunque también resulta extraño en el contexto.

las veces por la economía o por un determinado grupo profesional. Cabe imaginar numerosas conexiones transversales. Sin embargo en el Estado actual de nuestro conocimiento⁴⁵ político, nosotros volveremos siempre a la estructura en tres partes y a la cuestión de la organización sostenedora del Estado. Por otra parte ya sólo entendemos como fachada el esquema constitucional liberaldemócrata de Estado e individuo, norma organizativa y derechos de libertades. Cada vez parecen más grandes y potentes entonces tanto la acción como la tarea del movimiento nacionalsocialista alemán, que manifiesta abiertamente su responsabilidad histórica y asume para sí de forma totalmente pública la misión gigantesca de una organización sostenedora del Estado y del pueblo.

Por lo que se refiere en concreto al desarrollo del pensamiento estatal alemán, resulta claro que las peculiaridades históricas tanto del funcionario alemán y del ejército, como de la organización del partido nacionalsocialista, como también de la esfera social y económica, son en Alemania especialmente grandes y no comparables entre ellas. Y luego la Teoría del Estado alemana, como se ha dicho, hasta mediados del siglo XIX, -por tanto hasta la victoria de la forma de pensar liberal y de un positivismo científico-, no ha conocido el esquema bipartito de la contraposición entre Estado y sociedad. Para Hegel, por ejemplo⁴⁶ las “corporaciones” constituyen el paso de la sociedad burguesa al Estado; el Estado no es para él en modo alguno sólo aparato burocrático por un lado y sociedad libre burguesa por otro. También Lorenzo von Stein, en 1865, en su *Teoría administrativa* pone de relieve junto al poder gubernativo como conjunto de los cargos oficiales de la administración autónoma de las provincias, municipios y corporaciones; y a las asociaciones, por él asignadas a la esfera del Derecho público, como parte esencial de la vida pública. Es verdad que luego estos conocimientos estatales constructivos se perdieron en “teorías sindicales”, y tras el 1800 ya sólo domina la sociedad o la falta de relaciones del denominado positivismo. Un profesor de Derecho del Estado extraño a la estirpe alemana pudo liquidar la obra de un Lorenzo von Stein como “ingeniosidad desconcertante”. Pero tras la fachada del Estado constitucional liberal construida con dos articulaciones, y de la teoría positivista del Derecho público en el sentido adecuado, el Estado alemán ha permanecido, también durante el liberal siglo XIX, como un Estado militar y de funcionarios, y por tanto un Estado administrativo. En este hecho histórico está el sentido último y auténtico de la conocida frase de Otto Mayer: “El Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece”. Este Derecho expresa la superioridad del funcionario monárquico, portador del poder ejecutivo, sobre el sistema constitucional liberal, de forma más decisiva de lo que el mismo autor tal vez hubiese podido creer.

Sobre todo fue decisivo que el ejército y el funcionario alemán en la mayor parte de los Estados alemanes, -y especialmente en Prusia, el Estado alemán dirigente- cargasen durante un siglo también con la función de grupo sostenedor del Estado. Aparato de fuerza estatal y organización portadora del Estado coincidían. La clase de los funcionarios alemanes no ha sido nunca un simple “aparato” burocrático en el sentido de las democracias liberales occidentales. De esta clase dice O. Mayer con razón que es, “especialmente la clase culta de los funcionarios de carrera, que ocupa todos

⁴⁵ Nota del Traductor: en el original alemán “conciencia”.

⁴⁶ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, pag. 250 y ss. Nota del Traductor: en el original alemán la cita es de *Rechtsphilosophie*, parágrafo 250 y s.

los cargos decisivos, no un instrumento, sino una fuerza independiente en el Estado". Ésta es la realidad histórica que en la filosofía del Estado de Hegel, en su teoría del Estado como reino de la razón objetiva, ha encontrado un sistema teórico y filosófico. Ciertamente la doctrina alemana del Derecho estatal, bajo el pretendido positivismo, renunció pronto, como se acaba de decir, a toda profundización y defensa científica de esta situación. Sólo en las teorías de historiadores y economistas alemanes de la generación anterior, por ejemplo en Adolfo Wagner o Gustavo Schmoller, se ha mantenido el gran concepto político alemán traicionado por los juristas, y permaneció viva, aunque relativizada como un concepto "historiográfico", la conciencia de que el Estado de la clase culta e incorruptible de los funcionarios alemanes está por encima de la sociedad burguesa". Así se hizo posible un Estado de funcionarios, con una política social y cultural. Pero esto no bastaba para sostener espiritualmente a un Estado que estaba amenazado desde dentro y desde fuera. Durante medio siglo nuestra clase alemana de los funcionarios educada casi sólo jurídicamente, estaba yerma espiritual y políticamente en un pretendido "positivismo". Se ha convertido así en incapaz de cumplir con los deberes decisivos de una clase políticamente dirigente.

Mientras que la realidad de este Estado alemán de militares y funcionarios existía, y el Estado podía en consecuencia ser concebido como una esfera de la "moralidad y la razón objetiva" que estaba por encima de la sociedad, era posible un Estado de funcionarios con una política social y cultural, que en todos los casos no era un simple instrumento en las manos de fuerzas "sociales" extrañas, francas u ocultas, visibles o invisibles. Además la realidad de un Estado tal de militares y funcionarios se daba de golpes continuamente con el sistema de normas entonces válido y con todos los principios de la Constitución liberaldemócrata, es más con todo el "constitucionalismo" del siglo XIX. El éxito político extraordinario que Bismarck logró entre 1866 y 1871 le podía llamar a engaño sobre el hecho de que desde 1848 el Estado de funcionarios alemán estaba a la defensiva, espiritualmente. Ni la mezcla de retórica y de sofística que Federico Julio Stahl –su verdadero nombre es Joll Jolson– proporcionó a los conservadores prusianos, ni el positivismo cínico de un Laband, eran doctrina estatal y jurídica alemana; no obstante todas las aparentes diferencias ellas no hacían en el fondo más que preparar el camino para fuerzas y potencias políticas de la liberaldemocracia, que se presentaban en nombre del "Estado constitucional", y del marxismo que presionaba inmediatamente tras ella.

Ciertamente ni siquiera la Constitución liberaldemócrata de Weimar y catorce años de dominio de un sistema pluralista de partidos pudieron destruir completamente la gran tradición del Estado de funcionarios alemán. Ya se había demostrado antes de la guerra mundial que la clase de los funcionarios alemanes, dividida en más de veinte Estados individualizados, por sí misma no estaba ya en situación de cumplir con ambas funciones, es decir la de aparato de autoridad estatal, objetivo y neutral, y la de grupo políticamente dirigente, sostenedor del Estado. Era normal que el funcionariado buscara cada vez más su verdadero valor en la seguridad y valoración positiva y profesional de un funcionamiento administrativo y judicial ejemplar, en vez de en la responsabilidad de resoluciones políticas. Por objetividad, neutralidad y positivismo no estaba ya en situación de reconocer por sí, con clara resolución política, al enemigo del Estado, y mucho menos de vencerlo. Se perdió en una positivista fidelidad absoluta a la ley, que al final era ya sólo la legalidad de un Estado de legislación parlamentaria, y cuya base, la ley, ya

tenía poco que ver con el “Derecho” en un sentido positivo y sustancial, dado que esta ley era ya sólo el resultado de compromisos de una coalición heterogénea. Así ninguna defensa sería podía ya obstaculizar la aspiración a la dirección de los partidos parlamentarios. Durante la guerra mundial un grupo de políticos de los partidos parlamentarios pudo penetrar en el Estado alemán sin aportar ningún servicio político, llevado únicamente por la necesidad de que el vacío en la dirección política debía ser rellenado de algún modo. Tras el derrumbamiento del Estado monárquico de funcionarios, en el Estado pluralista de los partidos de la Constitución de Weimar, de 1919 a 1932, la clase de los funcionarios alemanes encontró su justificación ya sólo en una función de acomodo mediador y en una especie de posición de árbitro neutral entre intereses de partido organizados. No estaba ya por encima de la sociedad, sino entre los estratos de la sociedad. Pero de esta forma cayó en el juego del sistema pluralista; a la larga, para mantenerse, tuvo que convertirse en compañera de juegos y en cómplice político del comercio de compromisos, desistiendo así de su esencia acrecentando el sistema político con una ulterior unidad. El “equilibrio neutro” mejor intencionado, aunque ciertamente fuese moralmente superior a un sistema de partidos enteramente corrupto, podía ser sólo un mal e insuficiente sustituto de la ausente dirección política. Ni la clase neutral de los funcionarios, ni el sistema pluralista de los partidos con su funcionamiento parlamentario, han cumplido con su tarea estatal ni han producido desde su interior una dirección política. Por eso han fracasado.

Sólo las experiencias de 1932 han hecho fecunda esta consciencia también para la gran mayoría del pueblo alemán. El “golpe prusiano” del 20 de julio de 1932 ha alejado de Prusia al gobierno del sistema Weimar y le ha arrancado de las manos el estado prusiano, potente conjunto de fuerza y potente mecanismo de mando. Pero ninguno de los dos pretendidos gobiernos “autoritarios” de von Papen (de junio de 1932 a noviembre de 1932) y de Schleicher⁴⁷ (de noviembre de 1932 a enero de 1933), apoyados sólo en la Reichswehr⁴⁷ y en el aparato del poder estatal prusiano, pudieron rellenar el vacío político, es decir la falta de dirección política. Pablo Ritterbuch en su escrito aparecido en noviembre de 1932 “*El compromiso constitucional de Weimar, el experimento del gobierno presidencial y la idea estatal nacionalsocialista*” ha mostrado desde el punto de vista de la doctrina del Derecho del Estado la desesperación implícita en este estadio de desarrollo del pluralismo. La decisión del Tribunal de Justicia del Estado de 25 de octubre de 1932 no ha restaurado si hemos de decir la verdad el sistema de Weimar, pero no podía darle al gobierno del Reich lo que le faltaba y que él no podía osar coger; esta sentencia rechazó también reconocer al enemigo del Estado como enemigo del Estado, y ayudar a ponerlo en una situación desde la que le fuese imposible hacer daño. Solamente cuando el Presidente del Reich, el 30 de enero de 1933, nombró Canciller del Reich al Jefe (*Führer*) del movimiento nacionalsocialista, Adolf Hitler, el Reich alemán tuvo de nuevo una dirección política y el Estado alemán encontró la fuerza para aniquilar al marxismo enemigo del Estado.

Este 30 de enero el Estado de funcionarios hegeliano del siglo XIX, en el que era característica la unidad de clase entre los funcionarios y el grupo sostenedor del Estado, ha sido sustituido por otra construcción estatal. En el día de hoy por tanto, se puede decir, “Hegel ha muerto”. Pero esto no

⁴⁷ Nota del Traductor: Ejército del Reich.

significa que la gran obra del filósofo del Estado alemán se haya quedado sin significado, y que se haya desechado la idea de una dirección política que esté por encima del egoísmo de los intereses sociales. Lo que en la potente construcción espiritual de Hegel es, por encima del tiempo, grande y alemán, sigue aún activo también en la nueva forma⁴⁸. Sólo las formas del Estado hegeliano de funcionarios, formas correspondientes a la situación interna del Estado del siglo XIX, son apartadas, y sustituidas por otras formaciones correspondientes a nuestra realidad actual.

Hoy el Reich alemán, la unidad política del pueblo alemán, sólo se puede comprender ya con la ayuda del triple acuerdo de Estado, movimiento, pueblo. La inmanente tarea política del partido nacionalsocialista sólo así resulta reconocible. El funcionario de carrera alemán es liberado de una posición híbrida convertida en poco clara e insostenible, y ha sido salvado del peligro de ser rebajado, a la manera liberaldemócrata, al papel de instrumento ciego de potencias no estatales, sociales, es decir políticamente irresponsables, invisibles. Sin embargo por otra parte la tarea del movimiento no se agota con esto, en llevar nueva sangre al cuerpo agarrotado de un Estado de funcionarios, y luego, una vez diluido en el "Estado", retirarse. Diferentes, pero no divididas, unidas, pero no fusionadas, las tres grandes "ruedas motrices", como las denominó una vez el Presidente de los ministros de Prusia, Göring, deben discurrir una junto a otra, cada una según su ley interna y todas al unísono con la totalidad política que es llevada por el movimiento.

IV. MANDO E IGUALDAD DE ESTIRPE COMO CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO NACIONALSOCIALISTA

1. El nacionalsocialismo no piensa de forma abstracta y mecánica. Es enemigo de todo artificio normativista y funcionalista. Él asegura y cultiva toda auténtica sustancia nacional allí donde la encuentra, en el país, en la estirpe o en la clase. Ha creado para los campesinos el *Erbhofrecht*⁴⁹; ha salvado a la clase del campesino; purificado la clase de los funcionarios alemanes de elementos de estirpes extrañas, le ha devuelto así su carácter de grupo. Tiene el valor de tratar con medidas distintas a las cosas distintas, y de imponer diferenciaciones necesarias. Por ello reconocerá, donde esto tenga sentido, una jurisdicción de clase, como, con la ley de 12 de mayo de 1933 (RGBl. I, p. 264), se ha introducido de nuevo para el ejército, sobre la base de la vieja regulación del tribunal penal militar. También para ciertas organizaciones del partido, como las

⁴⁸ Nota del Traductor: Schmitt usa el término "*Gestalt*", de difícil traducción. Vendría a ser la nueva "configuración" o "ideación". Este término podría venir de las influencias orientales tan en boga en los años 30. Para los nazis la intuición o el acceso al espíritu entendido como "mente" se llevaba a cabo como en ciertas filosofías de la India con el hacha de dos hojas - que casualmente forma parte de la tradición germana nórdica- con una de las cuales se corta lo exterior pero que a la vez con la otra le abre a uno la mente y permite que entre la inspiración. Hay de hecho una filosofía de la Gestalt que no es en absoluto nazi y que ha inspirado a todos los movimientos alternativos de concepción del mundo y de la Tierra como un todo interrelacionado, el "holismo".

⁴⁹ Nota del Traductor: vendría a significar "derecho inalienable a la tierra".

SA o las SS, cabría pensar en una especie de disciplina de clase con jurisdicción de clase. Con la formación de auténticas clases, el campo de la jurisdicción de clase se ampliará por sí mismo. De otra forma, pero con el mismo sentido con la autonomía específica y concreta, el nacionalsocialismo puede hacer justicia en el campo de la autonomía municipal a las diferencias entre pueblo, ciudad de campo, municipio industrial, gran ciudad y metrópolis, sin verse entorpecido por las falsas ideas igualitarias de un esquema liberaldemócrata.

- a) Pero el reconocimiento de la multiplicidad de la vida particular y específica llevaría enseguida de nuevo a una infeliz degeneración pluralista del pueblo alemán en confesiones, estirpes, clases, grupos y grupos de interés, si un Estado fuerte no elevase, garantizándola por encima de toda pluriformidad, la totalidad de la unidad política. Toda unidad política necesita de una coherencia y de una lógica interna de sus instituciones y de sus sistemas de normas. Precisa de un pensamiento formal unitario, que configure totalmente todas las esferas de la vida pública. También en este sentido no hay Estado normal que no sea total. Cuanto más múltiples son los puntos de vista para las reglas y las instituciones de las diversas esferas de la vida, de forma igualmente decidida debe reconocerse y mantenerse firme por otra parte un principio fundamental unitario y consecuente. Toda incertidumbre y toda escisión se convierte en un punto para la inserción de formaciones antes neutrales frente al Estado, luego enemigas del Estado y centro de brechas y laceraciones pluralistas. Un Estado fuerte es el presupuesto para una vida fuerte propia de los diversos miembros del mismo Estado. La fuerza del Estado nacionalsocialista está en esto, que está dominado y convencido por la idea del mando de arriba abajo y en cada átomo de su existencia. Este principio, mediante el cual el movimiento se ha hecho grande, debe ser aplicado hasta el fondo, como requiere su sentido, tanto en la administración estatal como en las diversas esferas de administración autónomas, teniendo en cuenta naturalmente las modificaciones impuestas por la particularidad de cada materia. No sería admisible querer excluir de la idea del mando a una esfera importante cualquiera de la vida pública.

El Estado militar y de funcionarios del Ochocientos alemán, exteriormente tan fuerte, ha cometido el grave error político de dejar surgir en la administración autónoma municipal un principio informante diferente del “poder ejecutivo” estatal, (según el sentido que entonces tenían las palabras) del Estado mismo. Que la representación municipal derivase de elecciones, por sí mismo no debería necesariamente haber dado pie a una escisión dentro del Estado, dada la diversidad esencial entre municipio y Estado; pero la representación municipal elegida se entendió como el verdadero sostén y representante del municipio precisamente porque era electa, y con ello se reconocía para el municipio un principio formal que contradecía al Estado monárquico. La autonomía municipal se convirtió así en un punto de invasión parlamentaria liberaldemócrata en un Estado de funcionarios monárquico-autoritario. El barón von Stein entendió ya en 1810 que él no había “prestado suficiente atención a la diferencia entre Constitución y administración autónoma”. Bajo el típico pretexto de que se trataba de asuntos “apolíticos” de administración

autónoma, la burguesía liberal se creó una esfera hurtada al Estado, de Derecho público o “libre del Estado”, en la que valían otros ideales políticos y otros principios formales e informantes distintos de los del Estado. Bajo mantos de Derecho alemán como “idea cooperativa”, “libertad de administración”, “asuntos propios”, y de ahí en adelante, una doctrina jurídica que sabía a donde apuntaba removió el principio de mando (*Führerprinzip*) de la construcción estatal prusiana. La teoría de la igualdad esencial de todas las asociaciones humanas, en concreto también de municipio y Estado, apoyó de forma muy eficaz la conquista del Estado prusiano por parte de un principio informante radicalmente extraño a él.

Es verdad que el Estado militar y de funcionarios alemán mostró una tenaz fuerza de resistencia frente al avance aparentemente irresistible de las ideas liberales; él creó una compenetración organizativa ejemplar entre administración estatal y administración autónoma municipal, de la cual el *Landrat* (Presidente del distrito)⁵⁰ prusiano es el ejemplo más célebre. También la regulación electoral en tres clases que estaba en vigor para las elecciones municipales impidió las últimas consecuencias de una liberaldemocracia corriente. Pero no hay que ignorar que el Estado no estaba a la altura del adversario que avanzaba ora como nacional-liberal, ora como liberal-conservador, ora como partidario del principio cooperativo, ora como comunal-liberal; y que también aquí, como se ha mostrado antes (III, 2), combatió estando a la defensiva. En consecuencia finalmente fue vencido. No hace falta demostrar con profundidad que en nuestro Derecho estatal y administrativo actual las cosas deben ser de otra manera. En un Estado total no pueden darse manifestaciones políticas de protesta de un parlamento local como por ejemplo aquella resolución del consejo municipal de Berlín del año 1808, -que se pretendía de hecho “apolítica”, un “puro asunto de administración”, un “simple acto de piedad”,- para colocar una corona sobre las tumbas de los revolucionarios de marzo de 1848 (Sentencia del OVG. De 9 de julio de 1898), o aquel conflicto de banderas en Potsdam entre Estado y municipio,⁵¹ que con la sentencia del Tribunal de justicia del Reich alemán de 9 de julio de 1928⁵² se decidió a favor del municipio.

- b) La aplicación organizativa de la idea del mando nos solicita antes que nada, negativamente, que caigan todos los métodos esenciales y acordes con la forma de pensar liberaldemócrata. Cesa la elección desde abajo, con todos los residuos de las habituales maniobras electorales (las nuevas elecciones para la Dieta del Reich del 12 de noviembre de 1933 pueden entenderse, como se ha mostrado antes, sólo como parte constitutiva de una consulta popular). También los viejos procedimientos

⁵⁰ Nota del Traductor: Schmitt no dice “presidente”, y Landrat es Consejo del Land.

⁵¹ También en la monarquía ausbúrgica las fuerzas disolventes del Estado, especialmente las nacionalidades en lucha contra la totalidad estatal, se han aprovechado de la autonomía municipal como puerta de entrada. Sucedió que el burgomaestre de una capital de distrito prohibió a los militares marchar por ciertas calles de la ciudad. Cfr. *Verw. Archiv.*, XIX (1911), p. 448, un capítulo que contiene conjuntamente una bonita muestra del sentido y de la esencia del “Estado constitucional”.

⁵² Hans-Heinrich Lammers, (a cargo de) Walter Simons, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung*, vol I, 1920-1928, Berlín, Stilke, 1929, pag. 276.

de votación, con cuya ayuda la mayoría reunida de cualquier manera hacía convertirse en mayoría a una minoría y hacía de la votación un medio de poder para vencer y situar en minoría a los otros, no se pueden seguir repitiendo ya en un Estado de un solo partido. Finalmente las divisiones y los dualismos típicamente liberales de legislativo y ejecutivo, y en la organización municipal de órganos resolutorios y órganos administrativos y ejecutorios, han perdido su sentido. La competencia legislativa del gobierno del Reich es un primer ejemplo, que abre un nuevo camino, hacia esta anulación de artificiosas degeneraciones. Por todas partes es necesario que el sistema de repartición y de descarga de la responsabilidad sea sustituido por la clara asunción de responsabilidad por el Jefe (*Führer*) que reconoce abiertamente su orden, y que la elección sea sustituida por la selección.

Pertenece a la nueva idea del Jefe (*Führer*), que para el Estado nacionalsocialista es de una importancia específica y determinante, como un complemento natural la institución de un consejo del Jefe (*Führer*). Éste está al lado del Jefe (*Führer*) con sus consejos, sugerencias y pareceres; le apoya y le ayuda, le mantiene en un contacto vivo con el séquito y con la nación, pero no puede quitarle al Jefe (*Führer*) ninguna responsabilidad. No es una organización de desconfianza, de control y de descarga de la responsabilidad, ni debe representar ni expresar un dualismo interno (representación popular contra gobierno, representación municipal contra dirección municipal), y mucho menos un pluralismo. Por ello no puede permitirse que el consejo del Jefe (*Führer*) sea elegido desde fuera o desde abajo, sino que debe ser seleccionado por el Jefe (*Führer*), según ciertos principios de selección que tienen en cuenta sobre todo la conexión con la organización del partido que sostiene al Estado y al pueblo. De esta forma se hace también posible tener en cuenta ampliamente las particulares condiciones y necesidades locales y regionales, como también las objetivas y de las diferentes clases. Jefe (*Führer*) y consejo del Jefe (*Führer*) son un tipo de formaciones tan simples como elásticas en su aplicación concreta a los más diversos campos de la vida. Han encontrado su primera forma, intuitiva y ejemplar, en el consejo de Estado prusiano, la gran obra construida por el Presidente de los ministros de Prusia, Göring. En la ley prusiana del consejo provincial de 17 de junio de 1933 (GS., p. 254) la idea ya ha sido llevada desde la esfera del gobierno a la de la administración. Hoy debería profundizarse y reconocerse universalmente como principio.

2. Ante el significado fundamental del concepto de Jefe (*Führer*) se hace más necesario distinguir también teóricamente de forma clara, y garantizar su carácter especial del concepto esencial del Derecho nacionalsocialista, el concepto de dirección (*Führung*). Para reconocer el concepto con su pleno significado y alejar el peligro de falsificaciones y opacidades es necesaria antes que nada una clara comparación con ciertos otros conceptos aparentemente afines. Dado que tales conceptos, que son de hecho necesarios y en su esfera indispensables, pero que están ya impregnados de otro espíritu, son utilizados con gusto para asimilar a ellos la idea de Jefe (*Führer*), y así, paralizar su auténtica fuerza. Resulta conocido que es una peculiaridad de la liberaldemocracia consecuente el ver como un ideal la "falta de Jefes" políticos. Pero no ha llegado todavía a la consciencia científica de la mayor parte de los

juristas alemanes que desde hace un siglo hay todo un sistema de formación específica de conceptos que trabaja en esta eliminación de la idea de Jefe (*Führer*) y que las miras de tales conceptos son apuntadas sobre todo hacia allí donde deben necesariamente actuar de forma políticamente destructiva y de hecho aniquiladora.

El pensamiento jurídico estatal dominado por el principio fundamental de la seguridad, predictibilidad y mensurabilidad transforma todas las representaciones, conceptos e instituciones, bajo el pretexto de elaborar conceptos jurídicos, en abstracciones normativamente *predeterminadas*. Se dice por ejemplo que todo deber, si ha de ser un *deber legal* y jurídicamente relevante, tiene siempre un contenido controlable normativamente y consiguientemente susceptible de la verificación por el juez. De esta simple forma se expulsa de la vida legal a otro tipo de deberes, inaccesibles para el pensamiento jurídico individualista-liberal, y se proporciona el monopolio de la cientificidad jurídica a una ideología política totalmente determinada (que no es en modo alguno de una especie particularmente jurídica o particularmente científica). Los *deberes de fidelidad*, por ejemplo, del séquito, de los funcionarios, de los connacionales, necesarios vitalmente para el Derecho de un Estado fundado por el Jefe (*Führer*) [*Führerstaat*] y que son totalmente, en el pleno sentido de la palabra, deberes legales, son reducidos con esta interpretación a asuntos “simplemente morales” o “simplemente políticos”, y privados de su núcleo jurídico. En el proceso de Leipzig iniciado por el gobierno prusiano del sistema de Weimar, exonerado de la acusación, contra el Reich alemán, este orden de ideas ha celebrado sus triunfos. El deber de fidelidad de los *Länder* frente al Reich, que naturalmente es un deber legal⁵³ de contenido político, con la ayuda de semejante separación liberal de Derecho y política fue destruido en su esencia, y por un representante especialmente típico del sistema de Weimar fue tildado irónicamente como algo “sentimental”. Para esta concepción era “Derecho”, como algo diferente de la “política”, situar políticamente en un mismo plano a los nacionalsocialistas y a los comunistas; diferenciar a la organización comunista, o sea a un enemigo mortal peligroso del Estado alemán, de un movimiento nacional alemán, se consideraba por el contrario una falta contra la “igualdad ante la ley”, o una valoración “política”, en contraposición a una “legal” o “jurídica”. Aquí se hacía evidente el núcleo antiestatal de la antítesis liberal entre Derecho y política. Ciertamente el Tribunal de Justicia del Reich alemán intentó en su sentencia de 25 de octubre de 1932 permanecer también a este respecto escrupulosamente “legal y neutral”, y apartarse de la decisión. Así se explica el segundo paso, significativo palabra por palabra y frase por frase de las razones decisivas de esta célebre sentencia:

“Puede concederse que en tiempos de altísima tensión política en ataques públicos especialmente violentos de ministros de un *Land* a la política del Reich pueda encontrarse en algunos casos una transgresión del deber de fidelidad. La posibilidad de encontrar en tales ataques una falta al deber por parte del *Land* no puede sin duda excluirse ni siquiera por el hecho de que el ministro no actúe con carácter oficial, sino como particular o como miembro de un partido. Pero del análisis de las declaraciones del ministro Severing, también vistas a la luz de la

⁵³ Nota del Traductor: en realidad Schmitt habla de deber jurídico.

situación general de entonces, resulta que éstas no traspasan los límites de la debida reserva, de forma que pueda verse en ellas una falta al deber del *Land* frente al Reich”.

Otro ejemplo es el concepto de superintendencia, desarrollado en medio siglo de praxis liberal como concepto antitético del concepto de dirección política. Se entiende por sí misma que “superintendencia” en los diversos usos de la palabra (superintendencia del servicio frente a los funcionarios, superintendencia escolar, superintendencia municipal, superintendencia eclesiástica, etc.) la hay todavía hoy, y su esfera de validez permanece. En todo tipo de dirección se puede encontrar también algún modo de “superintendencia”. Pero es necesario distinguir claramente las especiales esferas de validez de la superintendencia, y oponerse a la confusión que amenaza al concepto de la verdadera dirección desde el concepto de superintendencia.

La Constitución federal de Bismarck de 18 de abril de 1871 era la Constitución de una federación hegemónica; Prusia tenía la hegemonía, es decir la dirección política. Esto era indiscutido e indiscutible. Pero no estaba expresamente escrito en el texto de la Constitución, y como el concepto de dirección política se aparta de la forma de pensar del positivismo liberal, justo este concepto decisivo del Derecho del Estado federal alemán encontró poco interés en la teoría del Derecho del Estado. Uno se habría expuesto al reproche de ser “político” y “no científico”, si hubiese hecho justicia a la verdad y a la realidad de esta formación de Estado federal construido todo él y enteramente sobre una base hegemónica. Así no se captó el concepto central de esta Constitución del Reich, y el concepto de superintendencia del Reich obtuvo una atención y un desarrollo tan amplios. Constituye un resultado lógico de este tipo de pensamiento jurídico estatal que el último trabajo sistemático sobre el Derecho federal de la Constitución de Bismarck, la obra de H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht*⁵⁴, considerase todo este Derecho *sub specie* de la superintendencia del Reich. Que un científico alemán como H. Triepel, que frente a los desvíos normativistas del Derecho estatal ha demostrado a menudo su sentido de la realidad política, llegase a este cambio de acento, muestra la sugestiva fuerza de las costumbres del pensamiento liberal-constitucionales, y la lógica interna de tales formas de pensar que pasan de la dirección a la superintendencia, y para las que incluso la *Reichsexekution* era ya sólo un caso de la “superintendencia del Reich”.

Con la Constitución de Weimar esta tendencia al concepto de superintendencia habría todavía de desarrollarse y completarse. No sólo porque la Constitución de Weimar es un documento especialmente típico del Estado constitucional burgués y porque su base ideológica encierra en sí misma las escisiones liberales entre Derecho y política, Derecho y fuerza, espíritu y fuerza, y de ahí en adelante, sino sobre todo porque ha eliminado totalmente la hegemonía prusiana, y así ha borrado completamente el último elemento directivo de la organización en Estado federal por lo demás mantenida. Es más: esta Constitución hacía decidir a un tribunal estatal de justicia, con procedimiento judicial, (art. 19) sobre la controversia en torno al Derecho federal hasta entre el Reich y los *Länder*, en vez de al consejo federal de antes; así proporcionaba a la

⁵⁴ Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zur Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlín, Springer 1917.

aniquilación de la idea política de Jefe (*Führer*) y a todas las fuerzas destructoras del Reich interesadas en ello –tanto el pluralismo de los partidos políticos cuanto el particularismo de los Estados individuales– una nueva arma política, es decir la del proceso ante el Tribunal estatal de justicia. Entre los autores de la Constitución de Weimar hubo todavía muchos impedimentos contra estos métodos; y en la práctica estatal, con las crecientes dificultades de la situación política interna, debía imponerse cada vez más claramente la necesidad de la dirección política. Pero el normativismo dominante en la ciencia del Derecho del Estado de entonces y la falta de toda auténtica doctrina estatal colaboraron con celo para la judicialización⁵⁵ de la política interior. Este estado de cosas también culminó en un concepto de superintendencia. Como última palabra de la vieja concepción de la superintendencia nació (en el ensayo de G. Heckel sobre la sentencia del tribunal de Estado de 25 de octubre de 1932⁵⁶) la nueva acuñación: superintendencia de la Constitución. Después de que en el Derecho federal de la Constitución de Bismarck el concepto de “superintendencia del Reich” había sido un buen medio de relativización normativa de la dirección política, al final del sistema de Weimar se ha convertido en posible este concepto, visto todo con sentido normativista, de una “superintendencia” de la Constitución. En la expresión “superintendencia del Reich” resultaba al menos reconocible todavía el sujeto detentador de la superintendencia, el Reich; en otras formulaciones de conceptos, como superintendencia escolar, superintendencia municipal, se contiene al menos el sujeto sometido a la superintendencia.

En la expresión “superintendencia de la Constitución” no se revela en cambio ni el sujeto ni el objeto, sino sólo la medida en la que se basa la superintendencia, la Constitución. Y este concepto, por lo demás bienintencionado, debía servir como base teórica para la facultad política decisiva de todo sistema federal, de *ultima ratio* de la unidad política de un Reich constituido como Estado federal, es decir de la *Reichsexekution!* Con ello se había alcanzado el grado extremo de destrucción de la dirección política.

Tres momentos marcan la formación y el perfeccionamiento liberal-legalista del concepto de superintendencia como un auténtico concepto antitético del principio de la dirección política. Primero, su *tendencia normativista*. Consiste en esto, que al concepto de la superintendencia se le conecta la representación de una medida para esta superintendencia, medida regulada previamente conforme al hecho, por tanto mensurable y verificable. A esta regla, predeterminada y por tanto que prescinde de toda situación concreta, se le someten todas las relaciones entre el superintendente y el vigilado. También los conceptos indeterminados e incluso los conceptos de criterio personal de semejante sistema de superintendencia se ven dominados por esta tendencia. También ellos deben encontrar su propio límite en el “exceso de criterio propio” y en el “abuso de criterio propio”, es más un límite verificable por el juez. También la “prohibición de la arbitrariedad” que se incluye e interpreta en todas estas concepciones de superintendencia tiene el sentido político de

⁵⁵ Nota del Traductor: “juridificación” dice Schmitt.

⁵⁶ Johannes Heckel, *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsverstreit Reich-Preussen*, en “Archiv des öffentlichen Rechts”, vol 23, pag. 211.

imponer la ficción de una mensurabilidad y predictibilidad con base en una norma precedente, y la corrección de todas las relaciones recíprocas de superintendencia.

La segunda nota característica de la formación de un concepto de superintendencia en contra del de dirección está en la tendencia a *equiparar sujeto y objeto de la superintendencia*. Resulta, sin más, con lógica coherencia a partir del normativismo que acabamos de recordar, implícito en su concepción de la superintendencia. Dado que la medida de la superintendencia, por lo que se dice, está ahí fija, calculable y verificable, se puede partir de la ficción de que ya previamente está determinado y fijado en qué medida quien detenta la superintendencia puede permitir “intromisiones” (esta palabra cargada de polémica política es característica de esta concepción, que dice ser puramente “jurídica”); cuánto deba tolerar el supervisado que se desconfíe de él; y por tanto el sometido puede siempre acogerse frente a la superintendencia a la norma como única medida decisiva. Entonces se ve que él en realidad no debe en absoluto estar sometido a la jerarquía que tiene la superintendencia y menos aún a un Jefe (*Führer*) político, sino siempre solamente al pretendido contenido normativo objetivo e impersonal, verificable por un tercero ajeno. Y luego se ve que también el superintendente está sujeto a la misma norma y por consiguiente no se puede ya hablar de dirección y sumisión, sino por ambas partes sólo de interpretación “objetiva” de la norma y de delimitación “impersonal” de las competencias. Entonces también la palabra “superintendencia” está también equivocada y debe ser sustituida por “validez objetiva de las normas” y “aplicación de las normas”.

La tercera propiedad de este concepto de superintendencia antitético al de mando se desarrolla, con la misma lógica, a partir de las dos características anteriores. Si tenemos ante nosotros una norma mensurable y ambas partes de la relación de superintendencia son equiparadas en su sometimiento a esta norma, es inevitable que sólo un tercero ajeno, igualmente “objetivo” – por tanto una instancia judicial independiente – se siente a juzgar por encima de ambas partes como órgano de esa norma objetiva. Tal concepto de superintendencia requiere ineludiblemente de una *instancia judicial y la resolución procesal de todas las diferencias entre objeto de la superintendencia y superintendente*. En todos los tipos, por lo demás entre sí tan diferentes, del concepto de superintendencia aparece por tanto al final una instancia judicial, que dice la última palabra en un procedimiento más o menos judicial. La idea de protección y aseguramiento esencialmente necesaria para la concepción liberal del Estado constitucional, transforma entonces, llevada hasta el final, a los tribunales administrativos por la decisión en controversias de Derecho sobre la superintendencia municipal, en autoridades para la superintendencia *por encima* de la superintendencia estatal; los tribunales punitivos del servicio, que, utilizando la jurisprudencia referente a los funcionarios, deben ser estrictos tribunales de clase, se transforman en simples dispositivos defensivos contra la regulación de la superintendencia del servicio, que deciden en lugar del superior sobre todas las posibilidades en la aplicación y sobre las actuaciones importantes de la supervisión del servicio; y el Tribunal de justicia estatal o constitucional se convierte en un órgano para la superintendencia política del gobierno, limitado a la superintendencia de la Constitución. El

resultado siempre es *administración de justicia en vez de dirección política*. Un juez no es un Jefe (*Führer*) político, y los métodos para la controversia legal actual no son un modelo para un Estado legal de jefes. En el caso político decisivo la normativización y procesalización significa sólo una atadura del Jefe (*Führer*) para dar ventaja al desobediente; la equiparación de las partes significa sólo equiparación del enemigo del Estado y de la nación con el compañero del Estado y de la nación; la decisión mediante un juez independiente sólo significa la sumisión del Jefe (*Führer*) y del hombre del séquito a un no-jefe políticamente no responsable.

3. Guiar [*führen*] no es mandar [*kommandieren*], ser dictador no es gobernar de forma centralista-burocrática o cualquier especie de dominación [*herrschen*]. Hay muchas formas de dominio y mando, también de buen, justo y razonable dominio y poder de mando, que no son *Führung*. El dominio de los ingleses sobre la India y Egipto podrá justificarse con muchas razones, pero no es otra cosa que una dirección de los indios o de los egipcios por parte de los ingleses. La explotación de las colonias alemanas de una época por parte de las denominadas potencias mandatarias según el artículo 22 del estatuto de la Sociedad de Naciones se despacha con pretextos humanitarios para la “tutela” y la “educación”, pero igualmente es dirección. Tampoco son dirección en nuestro sentido la mayor parte de los casos de dictaduras, que también pueden ser necesarias y saludables. También aquí tenemos que defendernos del peligro de que un concepto específicamente alemán y nacionalsocialista sea enturbiado y debilitado con una comparación con categorías extrañas.

Hay imágenes y comparaciones de muchos tipos que deben hacer evidente la relación de dominante y dominado, gobernante y gobernado, y me parece también jurídicamente más justo adquirir consciencia del significado objetivo de estas diferentes denominaciones que hablar, con la ayuda de las conocidas falsificaciones conceptuales, de una “especial relación de fuerza”, que encuentra naturalmente su límite tanto en la norma preestablecida cuanto en la “vida privada”. La iglesia católica romana por su poder de dominio sobre los creyentes ha transformado y completado la imagen del pastor y del rebaño en una idea teológico-dogmática. Esencial en esta imagen es que el pastor permanece como absolutamente trascendente al rebaño. Éste no es nuestro concepto de “dirección”. Una célebre cita de la “Política” de Platón trata de las diferentes comparaciones que se le presentan al hombre de Estado, con un médico, un pastor, o un piloto, para confirmar la imagen del piloto. Ha pasado mediante el “*governator*” a todas las lenguas influidas por el latín de los pueblos romances y anglosajones, y se ha convertido en la palabra para “gobierno” (*Regierung*) como *gouvernement*, *governo*, *government*, o como el “*Gubernium*” de la monarquía ausbúrgica de antes. La historia de este “*governator*” contiene un buen ejemplo de como una comparación imaginativa se convierte en un concepto jurídico-técnico. Otra imagen característica es la del caballo y el caballero, que el gran historiador francés Hipólito Taine utiliza para el señorío de Napoleón sobre el pueblo francés. Le cuadra fantásticamente a la figura imperial de este soldado italiano que se apoderó del Estado de la nación francesa, - porque da la explicación más profunda de la necesidad interior en la que

se encontraba este señorío: de normalizar precipitadamente hacia afuera y hacia adentro con éxitos militares continuamente nuevos y al mismo tiempo con nuevas legitimaciones (plebiscitos, coronación popular, matrimonio con una Asburgo) e institucionalizaciones (nueva nobleza).

Ninguna de estas imágenes recoge esencialmente lo que debe entenderse como dirección política (*Führung*) en el sentido esencialmente alemán de la palabra. Este concepto de dirección viene completamente del pensamiento concreto, sustancial, del movimiento nacionalsocialista. Es sintomático que cada imagen falle por mucho, y que cada imagen coincidente sea enseguida más que una imagen o que una comparación, sea de hecho dirección por sí misma. Nuestro concepto no necesita ni es capaz de una imagen que haga de intermediario o de comparación que la represente. No desciende ni de alegorías o de representaciones barrocas, ni de una *idée générale* cartesiana. Es un concepto del presente inmediato y de presencia real. Por esta razón implica también, como exigencia positiva, una absoluta igualdad de estirpe entre Jefe (*Führer*) y séquito. Sobre la igualdad de estirpe se fundamenta tanto el continuo e infalible contacto entre Jefe (*Führer*) y séquito cuanto su fidelidad recíproca. Sólo la igualdad de estirpe puede impedir que el poder del Jefe (*Führer*) se convierta en tiranía y arbitrariedad; sólo ella es la razón de la diferencia con cualquier dominio de una voluntad heterogénea, en cuanto que inteligente o ventajosa.

4. La igualdad de estirpe del pueblo alemán unido en sí mismo es por tanto el presupuesto y la base más indispensable para el concepto de dirección política del pueblo alemán. La idea de la raza en la Dieta nacionalsocialista alemana de juristas, en Leipzig en 1933, fue resituada en el centro, en el potente discurso de cierre del Jefe (*Führer*), en la movilizadoras alocuciones del Jefe (*Führer*) del Frente Jurídico Alemán, el Dr. G. Franck, y en excelentes redacciones de especialistas, como especialmente en la conferencia de E. Nicolai y no se trata de un postulado obtenido de forma abstracta. Sin el principio de la identidad de estirpe el Estado nacionalsocialista no podría resistir, y su vida jurídica no sería imaginable; caería enseguida en manos, junto con todas sus instituciones, de sus enemigos liberales o marxistas –que ahora critican con aires de superioridad, ahora se aproximan servilmente.

Para el jurista científico del nuevo Derecho alemán es especialmente necesario tomar consciencia de la energía sistemática de este concepto de igualdad de estirpe, fuerza que compenetra a todas las consideraciones jurídicas. La ficción del vínculo normativista del juez a una ley se ha convertido hoy teórica y prácticamente en insostenible para muchas esferas esenciales de la vida jurídica práctica. La ley ya no puede de hecho encontrar la previsibilidad y la seguridad que para la concepción constitucional pertenecen a la misma definición de la ley. La seguridad y previsibilidad no están en la norma, sino en la situación que se presume como “normal”. Desde todas partes y con innumerables circunloquios han penetrado en todos los campos de la vida jurídica, incluso en el Derecho penal, las denominadas cláusulas generales y conceptos indeterminados: “fidelidad y fe”, “buenas costumbres”, “motivo importante”, “dureza injusta”, “sospechoso”, “especial necesidad”, “ventaja desproporcionada”, “intereses preponderantes”, “derecho de

abuso”, “derecho de arbitraje”⁵⁷, “pretensión de salvaguarda de los intereses”,- estos son sólo algunos ejemplos de esta indefinición de un normativismo legalista. Tales cláusulas generales se han convertido desde hace mucho tiempo en inevitables e indispensables, y determinan internamente el cuadro general de nuestra administración de justicia tanto de Derecho privado como de Derecho público. Un escrito aparecido recientemente (1933) del profesor de Derecho Hedemann, de Jena, *La invocación excesiva de las cláusulas generales*, nos transmite una viva fotografía de la enorme difusión de estas cláusulas; pone en guardia con palabras serias contra el peligro de una completa disolución del Derecho en generalidades normativamente indeterminadas e incalculables. Pero yo no creo que el gran problema de las cláusulas generales se haya resuelto con esto. La disolución e intermediación de todos los conceptos, especialmente ante lo que hoy se escribe en todas las disciplinas jurídicas, me parece que ha avanzado mucho más de lo que Hedemann dice. Incluso “efectivo” y “posesión directa” pudieron ser reconocidos como conceptos indeterminados, no por un talmudista cualquiera sino por un respetable profesor de Derecho alemán, Felipe Heck, de Tubinga. En la teoría y en la praxis jurídica no hemos llegado todavía a plantear con toda seriedad práctica la cuestión gnoseológica: hasta qué punto una palabra o un concepto del legislador pueden en general vincular de forma verdaderamente predecible a los hombres que aplican la ley. Nosotros hemos vivido la experiencia de que toda palabra y todo concepto se conviertan enseguida en controvertido, inseguro, indeterminado y oscilante, si en una situación dudosa se apoderan de ellos espíritus e intereses de diverso tipo. En especial todo nuestro Derecho administrativo está dominado por tales conceptos indeterminados, no ligados a una norma sino a una situación (como “seguridad y orden público”, “peligro”, “estado de necesidad”, “proporcionalidad”, etc.), y también conceptos como: “iniciativa debida”, “discrecionalidad” y “prohibición de discrecionalidad” son en caso de conflicto casi impredecibles, pudiendo convertirse ellos mismos en la peor discrecionalidad.

Desde este punto de vista, hoy sólo hay conceptos jurídicos “indeterminados”. Que hoy fuese posible volver a la antigua fe en una regulación legal de todos los casos posibles, a medida por adelantado y para hechos, sin lagunas, y predecible con seguridad, nadie querrá afirmarlo. La ficción e ilusión de una ley que abarque por adelantado todos los casos y todas las situaciones conforme a los hechos y mediante su subsunción, no se puede ya resucitar, es más la idea de un intento de codificación y de regulación sin lagunas es hoy difícil de imaginar. “Sobre volver atrás al riguroso positivismo no cabe ni siquiera plantearlo”, dice también F. Heck con buen criterio (*Jur. Woch.*, 1933, p. 1449). Así la aplicación de las leyes está entre Escila y Caribdis. Ese camino parece conducir a un mar sin orillas y a alejarse cada vez más de la tierra firme de la seguridad jurídica y de la adhesión a la ley, que también es al mismo tiempo el terreno de la independencia de los jueces; el camino inverso, hacia una formalista superstición de la ley que se ha reconocido sin sentido e históricamente superada desde hace mucho tiempo, no es tampoco merecedor de consideración.

⁵⁷ Nota del Traductor: debe entender como “discrecionalidad” y “arbitrariedad”, pero no es esa la expresión utilizada por el traductor italiano

Aquí sólo hay una vía: el Estado nacionalsocialista la ha tomado con gran seguridad, y el secretario de Estado Freisler le ha otorgado la más clara señal diferenciadora estableciendo esta exigencia: “no reforma de la justicia, sino reforma de los juristas”. Si una administración de justicia independiente debe seguir existiendo y una adhesión mecánica y automática del juez a normas preestablecidas no es posible, entonces todo depende precisamente de la especie y la tipología de jueces y funcionarios. Nunca la cuestión *quis iudicabit* ha tenido una importancia tan decisiva para todo como hoy. Ni siquiera en el sistema liberaldemócrata han faltado exigencias éticas y morales, dirigidas a la “personalidad creativa” del juez.

Pero esto quedaba en una declamación vacía, porque se hablaba solamente de “personalidad” en general, y la palabra, al servicio de un individualismo liberal, tenía como objetivo solamente al “hombre” y al pueblo alemán concreto (para no tener que distinguir entre igual de estirpe y extraño a la estirpe). Con toda resolución debe garantizarse la auténtica y propia sustancia de la “personalidad” y ésta está en la exigencia de que cada hombre encargado de la exposición, interpretación y aplicación del Derecho alemán esté vinculado a la nación, al pueblo, por igualdad de estirpe. Desde las necesidades positivas del trabajo jurídico la idea de la igualdad de estirpe atravesará y dominará todo nuestro Derecho público. Vale tanto para la clase de los funcionarios de carrera, como para aquélla, esencialmente interesada en la creación y la configuración del Derecho, de los abogados, como para todos los casos en los que connacionales pasen a ser activos en la administración, en la justicia y en la teoría jurídica. Garantizará ante todo también en la composición de los diversos nuevos “consejos de Jefes” una fecunda colaboración.

Sabemos no sólo por sentimientos, sino en base al más riguroso conocimiento científico, que todo Derecho es el Derecho de un pueblo determinado. Es una verdad gnoseológica que está en situación de ver bien los hechos, de escuchar bien las declaraciones, de entender bien las palabras y de valorar justamente las impresiones de los hombres y de las cosas sólo aquél que forme parte de la colectividad creadora del Derecho de una forma esencial y determinada por la estirpe, y que pertenezca a ella esencialmente. El hombre se encuentra en la realidad de esta pertenencia a un pueblo y a una raza hasta en los más profundos e inconscientes impulsos del ánimo, y también hasta la más pequeña fibra cerebral. No es objetivo quien quiera que quisiese serlo ni quien quiera que crea subjetivamente de buena fe que ha trabajado lo bastante para serlo. Un extraño a la estirpe puede situarse en la crítica y afanarse sagazmente cuanto quiera, puede leer libros y escribir libros; pero él piensa y entiende de forma distinta, porque él está hecho de otra manera, y permanece, para todo orden esencial de ideas, en las condiciones existenciales de su propia naturaleza. Ésta es la realidad objetiva de la “objetividad”.

Cuando se podía tener fe en que juez, y también funcionario de la administración fuese sólo una función de la legalidad normativista, solamente la conocida “autónoma aplicación de la ley”, una simple “concreción de normas abstractas”, se podía obviar esta verdad, que todo

pensamiento humano está vinculado al ser, así como está vinculada a la situación cada norma y cada concreción de un hecho. La célebre frase de Montesquieu, que el juez es “sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley”, “*la bouche, qui prononce les paroles de la loi*”, del siglo XVIII generalmente fue entendida mecánicamente. Para nuestra forma de sentir actual esta frase conduce ya a la esfera del ser humano vivo lleno de diferencias orgánicas, biológicas y de raza. Hoy nos hemos hecho más sensibles; nosotros vemos la diversidad también en las bocas, si lo puedo decir así, que dicen las palabras y las frases que pretenderían ser iguales. Nosotros oímos como ellas “pronuncian” las mismas palabras de forma muy distinta. Nosotros sabemos que la misma palabra en la boca de diferentes pueblos no sólo suena de forma distinta, sino que significa algo distinto en el sentido y en la cosa, y que en cuestiones de interpretación de una ley y de la relevancia de un hecho, pequeñas diferencias tienen a la larga efectos sorprendentes. No obstante esto debemos y queremos conservar tanto la posición legalmente garantizada del funcionario alemán, como especialmente la independencia de los jueces. Por ello nosotros demandamos la necesidad de aquellos vínculos, sin los cuales todas las garantías y libertades, toda independencia de los jueces y antes que nada también aquella “creatividad”, serían sólo anarquía y una fuente particularmente perversa de peligros políticos. Nosotros buscamos un vínculo que sea más respetable, más vivo y más profundo que el engañoso vínculo con la letra manipulable de mil párrafos de leyes. ¿Dónde podría estar sino en nosotros mismos y en nuestra propia estirpe? También aquí, ante la conexión inseparable del vínculo legal, funcionario e independencia del juez, todos los interrogantes y las soluciones desembocan en la exigencia de una igualdad de estirpe sin la cual un Estado total de jefes no puede subsistir ni un solo día.

Modelo social y límites al crecimiento en el antropoceno

Luis Moreno

Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC-IPP)

luis.moreno@csic.es

Daniele Conversi

Basque Foundation of Science y EHU-UPV

daniele.conversi@ehu.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3657>

El Antropoceno es una nueva era geológica provocada por la acción de los seres humanos. Pese a sus diversas interpretaciones, hay un creciente consenso en situar a mediados del pasado siglo XX el comienzo del nuevo período geológico (Zalasiewicz et al., 2015). Fue desde entonces, y no por una coincidencia casual, cuando el consumo de masas, entendido como una pulsión a obtener más de lo necesario, ha conformado el rumbo de las sociedades contemporáneas provocando efectos destructores en el ambiente muy superiores a los anteriores impactos producidos por la industrialización. Existe ahora un acuerdo científico prácticamente unánime de que el calentamiento climático global ha sido inducido linealmente por las pautas desenfrenadas del consumo humano (Cook et al., 2013). Ello es consecuencia de una idea de progreso abocada a la catástrofe socioambiental.

Los límites al crecimiento

El primer informe auspiciado por el Club de Roma de 1972 puso de manifiesto que existían unas barreras naturales y ambientales a la expansión del industrialismo y del consumo masivo que no deberían ignorarse si quería preservarse el futuro de la vida social en nuestro planeta. Desde entonces, la prevalente ideología consumista ha redoblado la promoción de un individualismo posesivo que reduce las relaciones ciudadanas en nuestras democracias a un cálculo personal e interesado. Tales prácticas apuntan institucionalmente al aniquilamiento del modelo social sustentado en el Estado del Bienestar (EB), auténtico hito civilizatorio del siglo XX en Europa.

Ya a fines del siglo XIX el sociólogo estadounidense Thorstein Veblen (1857-1929) identificó las pautas del consumismo ostensible (*conspicuous consumerism*) (Veblen, 1899). Los análisis de Veblen se realizaron en una época en la que la posibilidad de imitar la vida de los ricos era muy limitada, pero la situación cambió en la segunda mitad del siglo XX. Fue a partir de entonces que el tipo de consumismo se intensificó conllevando un gasto “compulsivo” de dinero a fin de adquirir bienes y servicios en procesos de emulación pecuniaria y capacidad de

renta, los cuales establecían los mecanismos de obtención y preservación del estatus social de las personas.

La última ideología neoliberal consumista de vocación global concierne a patrones homogéneos por lo que el consumismo no debería ser considerado solo como un fenómeno individualizado resultado de las elecciones voluntarias de las personas, sino como resultado contextual de un proceso inducido de alcance mundial (Sklair, 2012). El consumismo a escala global se ha articulado como un proceso unidireccional de homogeneización cultural, de resultados del cual nunca antes tantos individuos habían participado en los hábitos de consumo de las viejas elites occidentales (Conversi, 2012). Así, y tras decenios de post-fordismo se incrementaron exponencialmente el consumo de energía generada por combustibles fósiles y la utilización masiva, por ejemplo, de automóviles altamente contaminantes de la atmósfera.

Tras el tránsito al tercer milenio, y corolario del descontrol de los mecanismos de crédito privado y la maximización de prácticas especulativas mediante sofisticados instrumentos financieros y derivados, se desencadenó en 2007 una crisis global provocada por el colapso de las hipotecas *subprime* en el mercado de la vivienda estadounidense. La subsiguiente licuación financiera provocó una crisis mundial de amplio alcance y repercusiones que afectó, especialmente, a las democracias del bienestar (post-) industriales, cuyos gobiernos pusieron a disposición del sistema bancario cantidades ingentes de dinero público a fin de evitar la quiebra de sus sistemas financieros. El alcance y efectos futuros del crack del 2007 son de naturaleza conjeturable, pero la extensión mundial del tipo de “capitalismo de casino” ha constatado una estrategia hacia un tipo de crecimiento donde la avidez imposibilita la solidaridad característica del *welfare*.

Tales tendencias han agudizado los procesos de exclusión social, no sólo en los países menos desarrollados y más empobrecidos. Según Oxfam-Intermón la gran mayoría de las víctimas y perdedores del cambio climático son precisamente aquellas que viven en países que contribuyen en menor medida al cambio climático (Oxfam, 2015). Considérese que el 10 % del los hogares más ricos del mundo emiten alrededor de 24 toneladas de CO₂, porcentaje que se compara con el 50% de los hogares más pobres. Así mismo, el 1 % de los más hogares estadounidenses, singapurenses, luxemburgueses o saudíes con rentas más altas están entre los mayores emisores individuales con más de 200 toneladas. Es inadecuada, por tanto, una visión simplista de fractura entre Este y Oeste, o Norte y Sur ya que en el 1 % mencionado hay que incluir también a las élites súper ricas de China, Rusia, India o Brasil, pongamos por caso. Esta nueva geografía del cambio climático, de desigualdad de rentas y de exclusión social hace necesaria, por tanto, una acción concertada de todos los países (Piketty y Chancel, 2015).

El modelo europeo bajo asedio

El Modelo Social Europeo (MSE) se estructuró con la institucionalización del Estado del Bienestar (EB) desarrollado en el Viejo Continente durante el siglo XX. Está articulado en torno a los valores de equidad social (igualdad), solidaridad colectiva (redistribución) y eficiencia productiva (optimización). Tales valores promueven la ciudadanía social entendida como aspiración a una vida digna y al bienestar social de los individuos mediante la provisión social en situaciones de riesgo. El MSE auspicia el crecimiento económico sostenible basado en la cohesión social. En el orden global, el MSE está asediado por otros sistemas de desarrollo económico y social alternativos, como son el “neoesclavismo” emergente asiático, el cual propone el dumping social como valor añadido de crecimiento económico, y la

remercantilización individualista anglo-norteamericana, que auspicia la compra del bienestar por los propios ciudadanos.

La versión contemporánea del “neoesclavismo” implica el control de las personas con el propósito de su explotación económica (Bales, 1999). El sistema extendido en el continente asiático no se refiere *strictu sensu* a la propiedad física de las personas, sino a la capacidad de controlarlas como artefactos para generar beneficios materiales, lo que comporta una exacerbación de la desigualdad. Piénsese, por ejemplo, que en 2009 apenas 50 oligarcas con fortunas superiores al millardo de dólares estadounidenses controlaban en la India el equivalente al 20% de su PIB y el 80% de su capitalización bursátil. Tales datos contrastaban con la lucha por la supervivencia de más de 800 millones de sus compatriotas, los cuales disponían de menos de un dólar al día.

El “neoesclavismo” cabe ser entendido como una sinécdoque de las relaciones de poder entre ciudadanos pudientes, detentadores de los medios de apropiación de la riqueza y del poder político, y los ciudadanos precarios, vendedores de su fuerza de trabajo para su pervivencia existencial. En pos de la maximización de sus inversiones, algunas corporaciones multinacionales eligen aquellas localizaciones dispuestas a facilitar su asentamiento, bien sea productivo o financiero, con la oferta de un menor nivel impositivo, de una liberalización de las condiciones de trabajo y de ausencia de restricciones a los impactos negativos en el medio. El resultado suele materializarse en unas prácticas de deslocalización y de dumping social entendido como una limitación de las condiciones laborales y de los derechos sociales de los trabajadores --cuando no de su eliminación-- para poder competir en mejor condiciones de mercado con los países europeos, obligando a éstos a adoptar medidas de competencia a la baja (*race to the bottom*) inasumibles a no ser que procedan a dismantelar sus sistemas de bienestar y ciudadanía social.

Por su parte, el sistema de remercantilización individualista, característico de los países anglo-norteamericanos proclama la liberación de las personas de sus ligámenes colectivos, emplazándoles a la construcción autónoma de sus propias biografías vitales. En el límite de tal perspectiva, los ciudadanos pierden su sentido de la lealtad institucional y rehúyen la solidaridad con sus prójimos más allá de las mecánicas rutinarias y los hábitos colectivos, lo que aumenta su asociabilidad. Para un proyecto vital asocial no se necesitan mayores compromisos ciudadanos y los individuos gestionan los recursos relacionales atendiendo a su único provecho, y utilizándolos discrecionalmente *à la carte*. Paradójicamente productos y bienes culturales puestos a la venta y alcance de su libre decisión individual devienen objetos homogéneos y normalizados colectivamente, lo que incentiva el voraz consumismo estandarizado (Moreno, 2012).

Ambos modelos “neoesclavista” y remercantilizador apuntan a la aceleración de los efectos perversos del cambio climático. No es casual que, respectivamente, EEUU y China e India hayan sido países refractarios a poner límites al proceso de calentamiento global. Sin embargo, en diciembre de 2015 se firmó finalmente el Acuerdo de París que entró en vigor en noviembre de 2016 (Klein et al., 2017). El documento recoge una amplia gama de recomendaciones de políticas públicas y requiere de los países firmantes que revisen periódicamente sus niveles y actualicen sus acciones al respecto. La Unión Europea tomó el liderazgo en las negociaciones que superaron momentos críticos de desacuerdo entre algunos de los 174 países participantes. La conversaciones celebradas en Marrakech en 2016 han proseguido la monitorización del Acuerdo de París y no sólo a la financiación general, sino muy especialmente respecto al apoyo prometido a los países en desarrollo que más

dificultades encuentras para romper la relación perversa entre desigualdad y exclusión social.

Enfoques interdisciplinarios

Se requiere un cambio de paradigma acorde con el dramático tránsito del Holoceno al Antropoceno. Las ciencias sociales se han rezagado en la elaboración de estudios y propuestas, tanto teóricas como prácticas para afrontar el cambio climático. En los años 1990, cuando aún era posible actuar con carácter preventivo a fin de evitar males mayores, solo una minoría de investigadores sociales fue capaz de identificar las consecuencias de unos efectos tan potencialmente nocivos para el bienestar de los seres humanos. Los acontecimientos se han acelerado y la situación general se ha deteriorado. Solo ahora se denota un mayor interés en una convergencia interdisciplinaria, la cual se ha plasmado en la aparición de nuevos campos analíticos como la economía ecológica (*ecological economics*), la gestión de la sostenibilidad (*management of sustainability*) o la producción más limpia (*cleaner production*). Con algunas excepciones recientes, todavía están ausentes los trabajos interdisciplinarios de estudiosos de las ciencias humanas y sociales que estimulen el debate y ofrezcan alternativas en conjunción con las ciencias llamadas “duras”.

En lo que afecta al área del *welfare* o bienestar social, se hace imperativa la asunción de una visión más amplia y generalizable que incluya los riesgos ambientales junto a los tradicionales riesgos sociales a los que el MSE afrontó con éxito con la institucionalización del EB (analfabetismo, enfermedad o jubilación, pongamos por caso). La preservación de un modelo social que respete un desarrollo sostenible y la defensa de la ciudadanía social activa son cruciales para el bienestar social. Consiguientemente, la adecuación del cambio climático a las necesidades humanas también implica erradicar la pobreza, el hambre y la desnutrición. La necesidad de desarrollar un modelo económico sostenible conlleva, en suma, el desarrollo de un modelo del bienestar legitimado en una sociedad justa e inclusiva.

La democracia deliberativa europea requiere de un mayor entendimiento de las opciones en juego (Ugarriza y Caluwaerts, 2014). El masaje mediático (McLuhan y Fiore, 1967) es tan poderoso que la lucha de las ideas se presenta en modo desequilibrado, dado el poder de los intereses de las grandes corporaciones y conglomerados financieros, principales inductores de los nocivos efectos del cambio climático. Pero como ha sucedido en el pasado, nuevas posibilidades y formas comunicativas favorecen la contraposición de otras ideas al sacralizado “pensamiento único”. Además, en un mundo crecientemente interconectado, las ideas y acciones propagadas telemáticamente posibilitan un contrapunto de ideas, intereses e instituciones altamente efectivo. La conjunción de ambas dimensiones virtual y real, o cosmopolita y local, constituye un elemento crucial de movilización para el cambio y permanencia del modelo de bienestar en Europa. Es también responsabilidad de los investigadores de las ciencias sociales y humanas proveer de enfoques superadores de la inevitabilidad de la catástrofe socioambiental.

Bibliografía

BALES, K. (1999): *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, Berkeley (CA).

CONVERSI, D. (2012): “Modernism and nationalism”, *Journal of Political Ideologies*, 17 (1), 13-34.



COOK, J. (2013): "Quantifying the consensus on anthropogenic global warming in the scientific literature", *Environmental Research Letters*, 8 (2), 1-7 (024024).

KLEIN, D., et al. (2017): *The Paris climate agreement : analysis and commentary*, Oxford University Press, Oxford.

McLUHAN, M. y FIORE, Q. (1967): *The medium is the message. An inventory of effects*. Nueva York: Bantam Books [Ed. castellano: *El medio es el masaje. Un inventario de efectos*. Buenos Aires: Paidós, 1969]

MORENO, L. (2012): *La Europa Asocial. Crisis y Estado del Bienestar*, en nsula, Barcelona.

OXFAM (2015): *Extreme Carbon Inequality*, Oxfam, Oxford. En línea: <https://www.oxfam.org/en/research/extreme-carbon-inequality>.

PIKETTY, T. y CHANCEL, L. (2015): *Carbon and inequality: from Kyoto to Paris. Trends in the global inequality of carbon emissions (1998-2013) & prospects for an equitable adaptation fund*, Paris School of Economics, París.

SKLAIR, L. (2012): "Culture-Ideology of Consumerism", en G. Ritzer (ed.) *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Globalization*, John Wiley y Sons, Hoboken (NJ).

UGARRIZA, J. E. y CALUWAERTS, D. (eds.) (2014): *Democratic Deliberation in Deeply Divided Societies: From Conflict to Common Ground*, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke.

VEBLEN, T.(1899): *The Theory of the Leisure Class*, Macmillan, Londres [Ed. Castellano (1944), *Teoría de la clase ociosa*, Fondo de Cultura Económica, México DF].

ZALASIEWICZ, J. et al. (2015): "When did the Anthropocene begin? A mid-twentieth century boundary level is stratigraphically optimal", *Quaternary International*, 383: 196-203.

Trátame suavemente. Confianza social en Latinoamérica, Argentina bajo la lupa.

Cecilia Güemes

(2016) FLACSO Secretaría General, San José, Costa Rica, 215 pp.

Mirka Torres

Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos, IELAT.

Universidad de Alcalá

mirka.torres@edu.uah.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3658>

Desde Tocqueville hasta las argumentaciones de Putnam, la valoración de la figura del ciudadano y sus intereses articulados y su influencia en el desempeño de las instituciones democráticas, ha devenido necesidad de teorización y aplicación de sus elementos constitutivos en el entramado social e institucional en el Estado moderno. El interés por el estudio de nuevos conceptos como la deliberación o la participación ciudadana entendida desde el capital social, el asociacionismo y la confianza, ha posibilitado la apertura progresiva de un vasto campo de acción analítica sobre la eficiencia y eficacia del Estado.

El debate académico, aún inacabado, por cierto, sobre la llamada crisis de la democracia representativa, ha orientado sus premisas hacia la búsqueda de nuevos modelos teóricos que han abierto el abanico a otras unidades de análisis con base en la participación e influencia de las asociaciones civiles, participación intrínsecamente relacionada con las ideas de sociedad civil, cooperación, tejido asociativo, acción colectiva, control social e influencia en la toma de decisiones gubernamentales. Todo ello en el marco de una propuesta de democracia participativa y deliberativa que posibilita la mayor conciencia ciudadana sobre las acciones del Estado y de cómo repercuten en su vida cotidiana.

No obstante, la permanencia del modelo de democracia representativa, con todo y sus déficits, en la actualidad tanto en países europeos como en Estados Unidos y América Latina, inevitablemente obliga a repensar estos elementos asociados a la participación y a la deliberación dentro de su marco normativo. Cómo encajar, incluso, recíprocamente, un modelo con el otro, es uno de los retos más importantes de la ciencia política porque en realidad vivimos una especie de simbiosis que no sabemos a ciencia cierta si es de naturaleza transitoria hacia otro modelo de democracia e, incluso, de Estado.

Así pues, asistimos a la valoración de estos nuevos conceptos y su relación con el desempeño gubernamental: la incidencia del capital social en el desarrollo de una mejor democracia, más inclusiva, más flexible con respecto a las propuestas de la sociedad civil, más permeable a los procesos deliberativos de las comunidades, y en última instancia, más diáfana a la hora de mostrar el proceso de toma de

decisiones entre todos, entre “nosotros”. La virtud de la acción cívica (Putnam, 1993) extiende, entonces, todas sus bondades sobre el tejido social.

En el campo de la investigación más reciente sobre estas nuevas premisas, el libro de Cecilia Güemes es una de las expresiones más lúcidas del interés que el politólogo y sociólogo estadounidense suscitó con su *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy* (Putnam, 1993). La autora nos ofrece un riguroso y profundo estudio dirigiendo su mirada al ancho y largo espectro que representa América Latina como área de estudio. Como acertadamente afirman en el prólogo Herreros y Paramio (Güemes, 2016), este libro se inscribe en un esfuerzo por corregir los déficits que tiene la investigación de la confianza y el capital social entre los países latinoamericanos. Europa y Estado Unidos, como afirman los autores, tienen en su haber la mayor cantidad de estudios sobre el tema.

En este sentido, la primera afirmación de la autora no viene más que a refrendar la pertinencia de su investigación: si la confianza y el capital social son relevantes a la hora de evaluar los niveles de cooperación que redunden en acciones colectivas beneficiosas para los ciudadanos, y que las instituciones del Estado sean, efectivamente, garantes de ello, resulta inquietante, en palabras de la autora, los bajos niveles de confianza social observables en Latinoamérica. A esto sumemos el ya de por sí problemático asunto de la definición conceptual del término “capital social” que, aunque ya se hablaba de su polisemia en el campo de la Sociología, sigue siendo un tema motivo de discusión.

Y es que los elementos constitutivos del capital social, como es la confianza, puede significar expectativa, lo que es moral o no, la predicción, el riesgo, el reconocimiento individual a partir del reconocimiento grupal y viceversa, un estado emocional propenso a actuar, un sentimiento cívico, de pertenencia o de rechazo, de reconocimiento frente al Estado. Puede pasar desde el más acertado cálculo de propensión al riesgo de confiar hasta llegar a la última reflexión en la esfera privada del ciudadano donde se mueven sus referentes más íntimos y particulares. Aunque los límites marcados para este trabajo no contemplan la realización de una exégesis sobre las propuestas teórico-conceptuales del término, deja entrever su complejidad.

A partir de aquí, se asume el tema del capital social y su elemento más significativo, la confianza social, como una variable que incide de manera significativa en la profundización de la democracia, en las interacciones entre los ciudadanos para influir en las decisiones de las instituciones del Estado y el esperable desarrollo económico. Con este punto de partida, la autora comienza a recorrer el camino complejo y carente de datos de referencia con la finalidad de encontrar información, aplicar conocimiento teórico y diagnosticar la realidad que se vive en este sentido en los países latinoamericanos.

Como caso de estudio, la autora nos lleva hasta Argentina, como “triste escenario de experimentación” para la aplicación del paradigma neoliberal que afectó profundamente el dibujo de la confianza social tradicionalmente entendida en ese país, trasladándola o disminuyéndola a otros fueros debido al adelgazamiento e, incluso, disolución de los espacios públicos propicios para la interacción social. Este desplazamiento hacia el fuero interno de sus ciudadanos, de su entorno más íntimo y exclusivo hizo posible una ruptura de la noción de un “nosotros” por un “nosotros” y “los otros”.

La determinante influencia de la asunción del modelo neoliberal como marco de desarrollo del desempeño del Estado y de sus instituciones se convierte en el punto de referencia de la autora para demostrar que las reformas estructurales de

este corte no necesariamente, e incluso, se podría afirmar que en absoluto, significan la creación de escenarios de confianza y la percepción de la misma entre los ciudadanos, sino más bien puede imposibilitarla.

Este hilo argumental se deja ver de forma metódica y con una exposición argumental ordenada y esclarecedora en cada uno de los seis capítulos del libro. Cada uno de ellos comienza con la contextualización detallada del tema a abordar a través de un recorrido sobre las huellas que ha dejado en la investigación el análisis del capital social, la confianza, su interrelación con las políticas públicas, las condiciones del contexto y el diseño de la actuación del Estado. El entrelazamiento minucioso de tan diversas aristas es una de las bondades del texto por lo que invita al lector a seguir las huellas de todo el proceso en Argentina.

En este camino, Güemes articula áreas de interés analítico dentro de las cuales expone tres escenarios: el primero se refiere a las condiciones estructurales y el papel que desempeñan en la configuración de las políticas públicas que facilitan la reproducción de la confianza social; el segundo trata sobre los imaginarios sociales como elemento fundamental de la percepción que tenemos los unos sobre los otros en el tejido social, la aceptación compartida de una idea o las pautas de comportamiento; y el tercer escenario donde argumenta por qué los espacios públicos de socialización informal coadyuvan en la creación de confianza, cohesión social, mutuo reconocimiento, y cómo su reducción debilita esa sensación de “nosotros” que, finalmente, es el que nos lleva a la certidumbre de la confianza.

En los tres escenarios, el lector puede consultar datos empíricos y abundante información a través de la cual la autora va identificando elementos descriptivos que muestran la región como un campo apenas investigado a partir de sus particulares condiciones socioeconómicas y políticas reflejadas en los temas de la desigualdad, por ejemplo, la pobreza, la heterogeneidad, la fortaleza de las instituciones, la exclusión, entre otros.

Partiendo de la premisa de que el Estado es capaz de incentivar la confianza mediante la creación y protección de las condiciones básicas para posibilitar su construcción, es decir, que incentiva o dificulta a través de sus acciones gubernamentales la configuración de un espacio propicio para ello, este trabajo nos invita a reflexionar, siempre desde el espinoso terreno de la naturaleza del Estado, el diseño de rol, sus funciones y sus límites, es decir, el margen de actuación y la finalidad última de su existencia y de la eficacia de su desempeño.

¿Es sólo la garantía del cumplimiento de la ley, en el sentido amplio de la expresión, un elemento determinante en sí mismo para favorecer la percepción de la confianza entre los ciudadanos? ¿Cómo se debería “mostrar” desde el Estado que, efectivamente, se protege y se estimula? ¿O, mejor dicho, es el Estado el único o el máximo posibilitador de la creación de confianza social y todo lo que de allí se desprende es sólo cuestión pragmática, de políticas públicas? Está claro que nos movemos en la dimensión teórica de la democracia representativa dentro del Estado liberal de derecho en la que el Estado ordena y controla, sin embargo, en contextos como el de los países latinoamericanos ¿qué tipo de Estado se requiere para salvar estas particularidades regionales? ¿Funciona el que se tiene? ¿Y podría ese modelo responder a la complejidad estructural de estos países? Posiblemente, más profunda es la cuestión ¿qué Estado se quiere?

Evaluar la configuración de la percepción de la confianza en la región es, definitivamente, un reto. Y estas preguntas se vinculan con la certeza de la autora: la importancia de no perder de vista la influencia de las políticas públicas, el Estado,

en las subjetividades sociales. He aquí la paradoja: el concepto de eficacia, calculado y medible, y el concepto de confianza y de cómo se configura en el pensamiento colectivo desde valores intangibles y culturales.

Esta investigación abre el campo de visión a otras no menos retadoras y sugerentes. Principalmente porque la autora la aborda asumiendo la dificultad de la falta de data con respecto al capital social y la confianza en América Latina. Ciertamente, todo abordaje de un caso de estudio tiene las limitaciones de extrapolar sus resultados a otros casos de la región pero, sin duda, la riqueza de las inquietudes que suscita su análisis no hace más que reforzar la necesidad de continuar explorando.

Bibliografía

PUTNAM, R., con LEONARDI R. y NANETTI R. (1993), *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.



Trátame suavemente. Confianza social en Latinoamérica, Argentina bajo la lupa.

Cecilia Güemes

(2016) FLACSO Secretaría General, San José, Costa Rica, 215 pp.

Virginia Trevignani

Universidad Nacional del Litoral

vtrevignani@fhuc.unl.edu.ar

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3659>

En 1976, la antropóloga Larisa Lomnitz publica el libro *Cómo sobreviven los marginados* (LOMNITZ, 1976), dedicado a comprender y analizar las estrategias de supervivencia de los grupos sociales más desaventajados. Cuestionando la caracterización de los pobres como pasivos y resignados construida por los estudios sobre la “cultura de la pobreza” (LEWIS, 1961), que se habían popularizado en el escenario académico latinoamericano de la época, Lomnitz describe la cultura de los marginados como un repertorio de prácticas innovadoras que -ancladas en la confianza interpersonal- permiten la adaptación a contextos sociales adversos. De la descripción minuciosa de las redes sociales de ayuda mutua articuladas entre familiares, amigos y vecinos de un barrio de la Ciudad de México, la antropóloga infiere la presencia de un sistema de protección social de carácter informal, en paralelo a los mecanismos de la economía de mercado.

Desde otro contexto, los trabajos de Granovetter (1985) y Coleman (1988) se ocuparon de resaltar el papel que las redes de relaciones sociales tenían en los resultados económicos y la generación de confianza. Según este enfoque, el orden social y la confianza (o su contraparte: desorden y desconfianza) son producto de las concretas relaciones personales y las redes sociales.

Distanciado de las definiciones de capital social asociadas con redes sociales informales, Robert Putnam (1995) estudió las asociaciones horizontales (stocks de capital social de las ciudades o naciones) que crean cultura cívica y contribuyen a un mejor desempeño de las instituciones democráticas.

Estas tres miradas distintas sobre la naturaleza, usos y potencialidades del capital social, inauguraron un vasto abanico de áreas de estudio y campos de intervención político-social. Este variado repertorio incluye: el acceso a redes sociales que favorecen la promoción social; los emprendimientos económicos sustentables en sectores populares de países de escaso desarrollo; la participación ciudadana corresponsable en la creación de bienes públicos y el fomento de una cultura cívica asociacionista que permita un mejor desempeño de las instituciones políticas y la democracia.

El desarrollo teórico en torno a la noción de capital social, sumado al análisis de casos empíricos relevantes, transformó velozmente la agenda de las políticas sociales en los principales organismos internacionales, cuestionando la aplicación verticalista de modelos de intervención e incorporando una definición integral del desarrollo que suma al crecimiento económico, la preocupación por su distribución e impacto en los mecanismos de integración social y consolidación de una ciudadanía democrática.

Estos múltiples usos, si bien han enriquecido el acervo de investigaciones sobre el fenómeno, han contribuido a dotar al concepto de un carácter polisémico, no exento de dificultades teóricas (diversas definiciones acerca de la naturaleza del capital social), metodológicas (disparidad de unidades de análisis y variedad de indicadores para medirlo) y debates normativos (la evaluación de sus consecuencias, es decir, su potencial impacto en la dinámica social).

En este contexto de pluralidad de significados, valoraciones normativas y batería de indicadores de medición del capital social, el libro de Cecilia Güemes constituye un aporte que revisa críticamente estos antecedentes y toma una postura con respecto a ellos. La investigación aborda dos grandes interrogantes: cómo crear y -sobretudo- mantener el capital social y cuál es la relación causal entre las políticas públicas y el capital social, mediante un diagnóstico de América Latina y el estudio de caso de un país con tradición igualitarista como lo es Argentina. Para contestar a esas preguntas, la investigación combina una estrategia metodológica cuantitativa (diseñando modelos estadísticos que buscan explicar la relación entre confianza social, confianza institucional, eficacia estatal y bienestar sociales) con una estrategia metodológica cualitativa que construye una clave interpretativa para comprender la articulación entre las estructuras sociales y la subjetividad social, en el contexto latinoamericano y el caso Argentino.

Es posible identificar tres núcleos problemáticos presentes en las investigaciones sobre el capital social, frente a los cuales la autora se posiciona.

Primero, la confusión analítica entre las fuentes y los contenidos del capital social; las normas sociales y la confianza existentes en una sociedad específica: ¿son el capital social o las causas que lo generan? Si bien la autora aborda temáticas similares a la de los estudios sobre capital social, utiliza el término confianza social para enfocar su mirada en el proceso de construcción de percepciones subjetivas sobre los demás y sobre los entornos de interacción social. Este viraje supone considerar el repertorio de ideas e imaginarios sociales que tornan posible y plausible confiar en los otros y en las instituciones, como un requisito de la existencia de las prácticas y redes de solidaridad de las que se ocupó el estudio pionero de Lomnitz (1976).

Segundo, la delimitación de la escala en la cual la confianza debe ser observada y medida, es decir, la unidad de análisis propuesta en los estudios: ¿la confianza está asociada a grupos pequeños e interacciones cara a cara o constituyen atributos de unidades como ciudades o naciones? Los desafíos metodológicos que enfrenta esta investigación versan sobre la complejidad de medir un fenómeno micro social (como el de la confianza) pero que puede generar resultados que impactan en instituciones y estructuras sociales. La autora toma una posición metodológica que selecciona como unidad de análisis los estados nacionales; bajo el supuesto teórico de considerar al Estado como actor clave del desarrollo. En este sentido, las políticas públicas analizadas en esta investigación cobran autonomía de la noción de confianza anclada en interacciones sociales cara y cara, como herramientas que permiten crear y mantener la confianza social.

Tercero, el sesgo de sobrestimar los resultados positivos de la existencia de capital social y subestimar sus efectos negativos. Específicamente en el tratamiento del caso argentino, la autora aborda una paradoja constitutiva de la noción de capital social y de la confianza que lo precede: los beneficios derivados de la pertenencia a un grupo social (vale decir, a un red), no necesariamente producen bienestar colectivo. Dicho en otras palabras, el acceso a recursos valiosos de unos grupos, puede implicar la exclusión de otros. Tal es el caso documentado en Argentina a partir de la descripción y análisis de los procesos de segmentación urbana, educativa y social, que deja en evidencia los mecanismos de acaparamiento de oportunidades por parte de los grupos más aventajados. Los procesos de segregación de la Argentina actual descritos en la investigación, dan cuenta de los altos grados de clausura o cierre social de grupos posicionados desigualmente en la estructura social.

El estudio de caso argentino deja un gran aprendizaje: la evaluación de los costos y beneficios del capital social no puede ser establecida a priori, sino que resulta de una específica combinación de características históricas, culturales, políticas y económicas de cada caso en particular. Por esta razón, no se puede partir de premisas simples que propongan crear o consolidar formas de confianza social y su correlato en modalidades de intercambio, sin tomar en cuenta las posibles consecuencias no deseadas.

Bibliografía:

COLEMAN, J. (1988). "Social Capital in the Creation of Human Capital". *The American Journal of Sociology*, Vol. 94, Supplement: Organizations and Institutions: Sociological and Economic Approaches to the Analysis of Social Structure, pp. S95-S120.

GRANOVETTER, M. (1985). "Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness", *The American Journal of Sociology*, Volume 91, Number 3, November, pp. 481-510.

LEWIS, O. (1961). *Antropología de la pobreza: cinco familias*, FCE, México.

LOMNITZ, L. (1976). *Cómo sobreviven los marginados*. Siglo XXI editores, México.

PUTNAM, R. (1995). "Bowling Alone: America's Declining Social Capital". *Journal of Democracy*, pp. 65-78.

Respuesta agradecida a las reseñas de Mirka Torres y Virginia Trevignani.

Cecilia Güemes

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

cecilia.guemes@cepc.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3660>

Comienzo esta intervención agradeciendo la generosidad de Isabel Wences y el equipo editorial de *Eunomía* al facilitarnos este espacio tan singular y apropiado para presentar y discutir sobre la confianza social en Latinoamérica.

Los comentarios de Mirka Torres y Virginia Trevignani conducen a temas de interés para la ciencia política y la sociología actual que en mi trabajo están marginalmente tratados y auguran, sin lugar a dudas, futuros trabajos. Mi gratitud hacia ellas.

La reseña de Torres tiene varias virtudes, la primera, traer a colación tres grandes temas que preocupan y son actuales a la región como son: la articulación entre los mecanismos de deliberación y participación y la democracia representativa; la incidencia del capital social en la regeneración democrática, la urgencia de ocuparse de estos temas tomando como objeto la realidad y complejidad latinoamericana. La segunda, esbozar una insuficiencia del trabajo, la investigadora echa en falta una exégesis y tratamiento teórico detallado del término confianza. La tercera, se cuestiona la idea de eficacia estatal como causa de la confianza y el modelo de Estado como mecanismo capaz de responder a las complejidades estructurales y regionales de los países de la región y se formulan lúcidos interrogantes para los cuales no tengo respuesta aún, pero que sirven como articuladores de una inquietud genuina en la región y su devenir. Intentaré en los párrafos que siguen responder a tales inquietudes y reflexionar sobre las mismas.

La relación entre capital social y vitalidad democrática a la que refiere Torres, es el motor del afamado trabajo de Putnam (1993) pero también nos remonta a los estudios de cultura cívica de Almond y Verba (1963), donde las orientaciones cognitivas, afectivas y evaluativas hacia el sistema y sus instituciones, el pluralismo, el respeto a la diversidad y el consenso se presentan como requisito de la participación y clave de un funcionamiento exitoso de la democracia. La problematización de tales asuntos nos devuelven la mirada sobre aquellas dimensiones menos institucionales que influyen en la estabilidad y calidad de las democracias y que van más allá de las normas institucionales, sistemas electorales, cuestiones formales o procedimentales de la democracia (Sides, 1999). En esta línea, cabe pensar en la deliberación, entendida como discusión razonada, como un mecanismo de creación de confianza a la vez que herramienta de regeneración de la democracia representativa. Enraizada en el pensamiento republicano, la deliberación y la participación, no solo mejoran la calidad de las decisiones y su legitimidad, sino que permiten el encuentro con el otro y potencialmente el

desarrollo de un nosotros. En este sentido, la participación y deliberación pueden ser catalizadoras de la confianza a la vez que mecanismos para promover la acción colectiva y reforzar la democracia (Herrerros, 2002).

En relación con la definición de confianza utilizada, el trabajo eligió combinar dimensiones: cognitivas, referidas al procesamiento de información contextual (proceso individual y racional); simbólicas, asociadas a imaginarios colectivos y la definición del “nosotros” (elemento social y cultural); e interactivas, vinculadas a las relaciones cara a cara y experiencias de socialización informal (del ámbito de las rutinas y las conductas). Claramente, al definirlo como percepción y no como creencia o actitud, se perdían o solapaban ciertas dimensiones como las afectivas y quizá sea preciso volver sobre ellas en un escenario donde las emociones ocupan el centro del debate académico. Sin embargo, la decisión de tomar a la confianza como percepción resultaba operativa pero además se justificaba porque, tratar a la confianza como creencia o actitud, conducía a pensar en ideas y mapas mentales arraigados y resistentes al cambio y a dimensiones culturales difíciles de capturar y alterar. En cambio, abordarla como una percepción arrojaba una lectura más optimista y daba lugar a trabajar los contextos con la esperanza de trocar aspectos negativos de los mismos y, con ello, mejorar los niveles de confianza. Cuando se observaba la brecha de confianza que exhibían los latinoamericanos en sus países de origen respecto a la que afirmaban tener en países europeos, la hipótesis ganaba fuerza. En su propio país los argentinos o colombianos manifestaban bajos niveles de confianza, pero cuando residían en países europeos sus niveles eran incluso más altos que el de los propios europeos. Era de suponer que, una apreciación y/o evaluación de las señales que arrojaba el nuevo contexto como escenario predecible, seguro y con mayores niveles de eficacia estatal y equidad conducía a cambiar de parecer en relación a la confiabilidad del otro y asumir el nuevo orden social como orden moral superior. No obstante ello, y en vista a los resultados obtenidos, mis actuales investigaciones sobre confianza institucional prestan mayor atención a las dimensiones afectivas de la confianza, al rol de las representaciones sociales, a su funcionalidad social y al “salto de fe” (decisión de suspender la incertidumbre) que supone confiar (Lewis y Weigert, 1985).

Sobre la problemática definición y medición de la eficacia estatal (concepto neoliberal y de raíz economicista) coincido con Torres en su escepticismo. Los índices de eficacia estatal toman en consideración percepciones subjetivas de informantes clave en cada país, con lo cual, el sesgo es inevitable. Además, la mayoría de índices de eficacia sobredimensionan cuestiones relacionadas al libre mercado, altamente volátil y propio de una particular manera de concebir la eficacia estatal. Pese a ello, si se observan diferentes fuentes y medidas de eficacia: como Government Effectiveness (World Bank), Subindex Basic Requirement (World Economic Forum), o State Fragility (Center for Systemic Peace) se encuentran ciertos patrones comunes y este indicador puede servir como aproximación a las capacidades del Estado (Evans, 1996). Estas últimas, se asocian con Estados competentes y enraizados, capaces de garantizar el diseño y la implementación de políticas públicas a la vez que la seguridad y predictibilidad que para Durkheim y otros tantos sociólogos es condición de posibilidad de la vida social. Además, la utilización de estos indicadores, permite producir información sobre la región para luego compararla con otras regiones (Ballart, 2010). En suma, la eficacia estatal (por llamarla de algún modo), sirve como un atajo para problematizar el contexto institucional donde la confianza surge y al Estado como tercera fuerza que interviene penalizando a quienes violan la confianza y enviando mensajes al incumplidor pero también al resto de la sociedad sobre lo que es socialmente deseable y tolerable y lo que no. Castigando con eficacia a quienes violan la confianza, el Estado, además de señalar lo correcto y proteger la conciencia colectiva y aquellas asunciones

intangibles que nos aglutinan, preserva al grupo de cumplidores kantianos necesario para la persistencia de la racionalidad colectiva y, con ello, garantiza la cultura de la legalidad y la pervivencia de la cohesión social y la confianza (Nino, 2005; Herreros, 2007).

Por último, Torres formula una serie de interrogantes muy pertinentes sobre el modelo de Estado capaz de suscitar confianza en escenarios de asimetrías regionales para el que no tengo una respuesta clara. Dicha cuestión amerita, y habría que avanzar en ello, un trabajo sobre teoría del Estado y modelos de Estado en contextos de desequilibrios económicos y sociales como muchos de los latinoamericanos. Lo único que me animo a responder es que la distribución equitativa de la riqueza, instrumentada a partir de políticas universales de bienestar implementadas por el Estado central, ha demostrado en otros países ser útil para desarrollar un sentido colectivo compartido, socializar el riesgo individual y fomentar la confianza, a la par que, atenuar las diferencias entre regiones y reducir las desigualdades territoriales. Quizá en la discusión de qué Estado queremos, debamos incluir el debate sobre modelos de políticas sociales o regímenes de bienestar (incluyendo pactos fiscales y regímenes impositivos) que cohesionan el territorio y garantizan, más allá de las diferencias y pluralidad de naciones que se reconozcan dentro de un país, una base social igualitaria.

Por su parte, Virginia Trevignani, desde una perspectiva de sociología cualitativa y recurriendo a un trabajo clásico de la antropología, nos recuerda la importancia de analizar las prácticas sociales, relaciones personales, redes de ayuda mutua y estrategias de adaptación de los grupos sociales. En su intervención sale a relucir: la problemática definición de confianza (que en el libro se aborda como percepción), la selección de la escala y la unidad de análisis, y los potenciales efectos negativos del crecimiento de confianzas particularizadas.

Habiéndome referido ya a la definición de confianza y estando de acuerdo con ella en la pertinencia que tienen los Estados nación incluso en contextos de globalización, me centraré ahora en el desafío a futuro que supone abordar la confianza desde estrategias cualitativas que permitan comprender por qué la gente confía o no y bajo qué condiciones. Una investigación de este tipo, aunque sea difícil de generalizar, se vuelve urgente para complementar los ingentes esfuerzos cuantitativos que en la ciencia política predominaron en los últimos años para explicar las causas y efectos de la confianza. Las prácticas sociales y las redes de ayuda solo pueden desenmarañarse, conocerse e interpretarse en el marco de investigaciones cualitativas y centradas en casos concretos; ojalá en los próximos años pueda complementarse el trabajo aquí reseñado con estudios de tales características en nuestra región.

Asimismo, agradezco que Trevignani destaque la importancia de visibilizar los peligros de la segregación social y urbana, más allá de la ruptura física y social que en sí mismo la hacen condenable (incluso por los economistas liberales). Esto ayuda a entender, no solo aquellos efectos menos tematizados pero igualmente nocivos de la desigualdad, sino también la persistencia en el tiempo de ciertas fracturas e identificar cuellos de botella y trampas desde las cuales a veces se vuelve difícil dar marcha atrás. Como se plantea en el trabajo, la segregación urbana y social se autonomizan de las políticas que las auspiciaron o toleraron y son muy difíciles de revertir, generando sus propias lógicas de reproducción y naturalización social. En lo que al trabajo atañe, el objetivo de los capítulos dedicados al tema era remarcar cómo la segmentación urbana y el desdibujamiento de escenarios de socialización formal pero también informal como la escuela, planteaban serios problemas al encuentro entre desiguales y, por tanto, al desarrollo de una idea sobre

quiénes somos “nosotros” y quiénes son los “otros”. Cuando no existe conciencia de pertenencia a un mismo colectivo imaginario es difícil suponer que las solidaridades florezcan y la confianza se expanda. Por ello, preocuparse y lamentarse por la pérdida o debilitamiento de la confianza social e institucional es contradictorio con una política que deja en manos del mercado la construcción de la ciudad y, por tanto, de la configuración de las relaciones y encuentros dentro de la polis.

Vinculada a lo anterior, Trevignani también se muestra inquieta por el crecimiento de confianzas particularizadas en detrimento de la confianza social y el deterioro que ello supone en términos agregados. Como nos recordaba Carlos Nino “cuanto más fuerte sea la moral particularizada de los grupos sociales, más fácil se hace la cooperación intragrupal y más difícil la cooperación intergrupal” (2005, p. 189).

Estas ideas, latentes también en la sociología durkheimiana, nos remiten a los posteriores trabajos de Bourdieu (2001), quien sostenía cómo el capital social de un grupo puede servir como mecanismo de distinción social y como barrera social para la integración social; y también a las alertas que Portes y Landolt (2000) evidencian en relación a los lazos fuertes de solidaridad y familiaridad como los que se encuentran en la Mafia o entre gánster, que confieren beneficios a sus miembros individuales a expensas del orden público y la paz.

Las solidaridades restringidas y confianzas particularizadas pueden ser importantes para el bienestar de los sujetos en términos individuales, pero vistas desde una perspectiva sociológica, reflejan sociedades con segmentaciones homogéneas y redes endogámicas que dan lugar, recuperando a Tönnies (1979) y Simmel (2002) a múltiples comunidades pero no a sociedades modernas.

Concluyendo, agradezco una vez más a los editores y a las comentaristas por permitirme volver a los clásicos de la sociología y ciencia política para ampliar las miras, a la vez que, devolverme a las problemáticas que atraviesa actualmente una región como la latinoamericana en relación a la democracia, la sociabilidad y el Estado. “Confío” que varias de las preocupaciones aquí planteadas den lugar a nuevos trabajos y reflexiones sobre la materia y, con el tiempo, podamos comprender mejor las causas de la confianza y los efectos de la acción estatal en la misma para alcanzar esos deseados niveles de bienestar que con tanta ansia busca América Latina.

Bibliografía

ALMOND, G., & VERBA, S. (1963), *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, New Jersey, Princeton.

BALLART, X. (2010), “Una presa difícil de atrapar: el rendimiento de gobiernos y administraciones públicas”, *Revista Española de Ciencia Política*, nº 22, pp. 11-28.

BOURDIEU, P. (2001), “El capital social. Apuntes provisionales”, *Zona Abierta* (94/95), pp. 83-87.

EVANS, P. (1996), “Government Action, Social Capital and Development: Reviewing the Evidence on Synergy”, *World Development*, 24 (6), pp. 1119-1132.

HERREROS, F. (2002), “Republicanism, Capital Social y Democracia”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, nº 117, pp. 293-312.



HERREROS, F. (2007). "Confianza y cooperación en ausencia de Estado", *Revista Internacional De Sociología*, LXV (46), 161-183.

LEWIS, D., & WEIGERT, A. (1985). "Trust as a Social Reality", *Social Force*, 63 (4), 967-985.

NINO, C. (2005 reimp. [1993]). *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel.

PORTES, A., & LANDOLT, P. (2000). "Social Capital: Promise and Pitfalls of Its Role in Development", *Journal of Latin American Studies*, 32 (2), 529-547.

PUTNAM, R. (1993). *Making Democracy Work. Civic traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press.

SIDES, J. (1999). "It takes two: The reciprocal relationship between Social Capital and Democracy". *Working Paper Institute of Governmental Studies*, University of California.

SIMMEL, G. (2002). *Sobre la Individualidad y las formas sociales. Escritos Escogidos*. Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes.

TÖNNIES, F. (1979). *Comunidad y Asociación*. Barcelona, Ediciones Panínsula

La América de los Derechos

Pablo Santolaya Machetti e Isabel Wences (coords.)
(2016) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Madrid, 637 pp.

Sara Turturro Pérez de los Cobos
Universidad de Alcalá
sara.turturro@uah.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3661>

En marzo del 2015 se celebraron en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales las Jornadas Internacionales sobre los treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dio como fruto esta obra en la que se recogen un buen número de las ponencias presentadas en dichas jornadas. *La América de los Derechos* es una obra coordinada por Isabel Wences, Profesora titular de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Carlos III de Madrid y por Pablo Santolaya, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá. Como la propia Isabel Wences señala en las primeras páginas del libro, puede llamar la atención del lector el hecho de que se dedique un libro a quien lo firma como coordinador, sin embargo, la explicación es sencilla: Pablo Santolaya construyó la obra, la coordinó a lo largo de todas sus fases e incluso fue quién propuso su título, hasta cuando, tristemente, su inesperada muerte vino a truncar su trabajo.

La América de los Derechos se ha beneficiado de la cooperación de importantes profesores e investigadores de diferentes universidades y de distintas áreas de conocimiento, así como de algún relevante representante del poder judicial, por lo que las prestigiosas firmas que rubrican los textos del libro es lo primero que llama la atención del lector/a. En segundo lugar, también destaca la estructura y el orden lógico que sigue la obra, hecho que sin duda facilita el acceso a los contenidos. En este trabajo se sigue el mismo orden que en el libro y cada apartado se encabeza con el mismo título que aparece en cada una de las cinco partes de la obra.

En la primera parte de la obra, dos ilustres representantes del Sistema Interamericano -Humberto Sierra Porto y Felipe González Morales- nos aproximan al pasado, presente y futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En la segunda parte se analizan las grandes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora Corte IDH) en relación a la amnistía, desapariciones forzadas y acceso a la información, temáticas sobre las que la Corte IDH se centró en sus primeros años. En la tercera parte se analizan las grandes decisiones de la Corte IDH en relación con los grupos vulnerables, temáticas abordadas por esta de forma más reciente. Por último, en la cuarta parte se estudia

el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano y la obra concluye con el análisis del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente europeo a través del diálogo entre los tribunales de ambas orillas del Atlántico.

Pasado, presente y futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La primera parte de la obra consta de dos capítulos: el primero escrito por Humberto Sierra Porto, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta 2015 y actual juez y el segundo escrito por Felipe González Morales, Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y profesor de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile. La introducción corre a cargo de Margarita Robles, Magistrada del Tribunal Supremo. En esta primera parte, los dos autores nos aproximan al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (a partir de ahora SIDH), primero a través de un análisis crítico en el que se destacan los desafíos o retos a los que se enfrenta el Sistema -y en el que también se subrayan sus puntos fuertes- y después a través de un breve -pero completo- análisis de la trayectoria de la Corte IDH desde sus orígenes hasta la actualidad.

En su trabajo el profesor Humberto Sierra destaca como reto actual la necesidad de un reconocimiento universal de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte de todos los Estados Miembros de la OEA, y también nos presenta otro desafío: la necesidad de que la Corte haga frente a sus limitaciones presupuestarias. A este respecto, llama profundamente la atención la afirmación que realiza el autor en sus líneas: la Corte IDH es el tribunal internacional con menos recursos del mundo. De hecho, parte de la financiación de la Corte IDH corre a cargo de países que no forman parte de la OEA y ello explica entre otras cosas, un hecho que a priori puede resultar llamativo, y es que el prólogo de esta obra corra a cargo de Johan Vibe, el embajador de Noruega (país siempre dispuesto a participar en la promoción de la Corte IDH). Por su parte, el profesor Felipe González en su escrito destaca como punto débil del Sistema Interamericano el bajo número de casos que llega a ser decidido por la Corte IDH y también la falta de consagración plena de la autonomía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora CIDH), si bien reconoce que en los últimos años se ha producido un notorio avance al respecto.

En cuanto a los puntos fuertes del SIDH, el profesor Humberto Sierra subraya la valentía de la Corte IDH en sus decisiones y la gran difusión que tienen sus pronunciamientos en el resto de Estados miembros de la OEA a través del control de convencionalidad. El profesor Felipe González, por su parte, destaca el gran alcance de las reparaciones dictadas por el Tribunal, pues entiende que -aunque a veces dichas reparaciones llamen la atención en el continente europeo- las mismas se encuentran justificadas por la naturaleza sistemática de la violación y por el carácter compensatorio de las medidas. En este punto, parece importante señalar que -si bien éste es el capítulo del libro destinado a definir los puntos fuertes y desafíos del SIDH- todos los autores de la obra, realizan un análisis crítico y constructivo en sus respectivos trabajos, siempre con la vista puesta en reflexionar sobre los mejores estándares de protección de los derechos humanos.

El análisis de la trayectoria de la Corte IDH se lleva a cabo en el segundo capítulo, en el que el profesor Felipe González desgana los hitos más importantes del Tribunal en sus treinta y cinco años de funcionamiento y los subdivide en tres fases: la época dictatorial -en la que la Corte IDH se centraba en el derecho a la vida y la integridad física- la transición a la democracia -en el que la Corte comienza a

abarcar la situación de discriminación de los colectivos vulnerables- y el siglo XXI. Especialmente interesantes respecto a esta tercera fase son los comentarios que realiza el profesor Felipe González con relación a los ultimísimos pasos dados por la Comisión: la elaboración de un Plan Estratégico en 2010, la adopción de importantes reformas procesales en 2013 y la creación de una Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2014.

Grandes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (I). Amnistía, desapariciones y acceso a la información

La segunda parte del libro comprende cinco capítulos escritos por Alberto Pérez Pérez, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Gonzalo García Pino, Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Carmen Pérez González, profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, y Asier Garrido Muñoz, profesor de la Universidad de Salamanca. La introducción corre a cargo de Isabel Wences. En esta segunda parte los autores analizan la jurisprudencia de la Corte IDH con relación a las desapariciones forzadas, las leyes de amnistía, el acceso a la información pública y el derecho a la verdad. Esta es seguramente la parte de la obra en la que el carácter innovador y vanguardista de las decisiones de la Corte IDH se hace más patente.

En el primer capítulo, el profesor Alberto Pérez Pérez analiza la sentencia pionera *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, en la que por primera vez la Corte IDH da una definición precisa de la desaparición forzada, determina el alcance de los medios de prueba e impone a los Estados obligaciones de prevenir, investigar y, en su caso, castigar a los responsables de dichas desapariciones. A este respecto resulta muy interesante la pregunta que la profesora Carmen Pérez González se plantea en su trabajo: ¿Puede el Estado ser declarado responsable internacionalmente por la comisión de hechos que ocurrieron en el pasado? Esta es una pregunta muy importante, puesto que las desapariciones forzadas en la mayoría de casos se produjeron antes de que la jurisdicción de la Corte IDH fuese aceptada por parte de los Estados.

En cuanto a la incompatibilidad de leyes de auto-amnistía con las obligaciones convencionales resulta especialmente interesante el trabajo del profesor Asier Garrido, en el que el autor pone de manifiesto que, precisamente en relación con este tema, la Corte IDH ha recurrido a nociones universalistas como las del *ius cogens* y obligaciones *erga omnes* con el fin de favorecer que los justiciables vean satisfechos los derechos que les reconoce la Convención Americana. En este sentido, el autor, desde una perspectiva crítica nos plantea la siguiente importante cuestión: ¿cuál es la autoridad de la Corte Interamericana para erigirse en vanguardia jurídica de la comunidad internacional en materia de acceso a la justicia, teniendo en cuenta que, desde el punto de vista formal, su competencia proviene de un tratado internacional en el que solo son parte 22 Estados?

Por otra parte, en cuanto al acceso a la información pública, el profesor Gonzalo García Pino explica en su trabajo que la Corte IDH se ha convertido en el primer tribunal internacional en afirmar que el acceso a la información constituye un derecho fundamental con dos dimensiones, una individual y otra social o colectiva. De forma más específica, el autor analiza el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 de septiembre de 2006, y describe su impacto tanto en Chile como en el resto del continente americano, prestando especial atención a la creación de una garantía institucional chilena que protege el ejercicio de dicho derecho.

Por último, el profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor nos habla del derecho a la verdad. En su interesante trabajo, el autor analiza cómo, una vez más, la Corte IDH se ha posicionado en la vanguardia al ser el tribunal internacional que ha dotado de un mayor auge e importancia a este derecho, que se refiere a la obligación de los Estados de proporcionar información a las víctimas, a sus familiares o a la sociedad. Asimismo, describe la tendencia de los Estados parte de la Convención Americana – como Colombia, Argentina y México, entre otros- de considerar el derecho a la verdad como un derecho autónomo e independiente.

Grandes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (II). Grupos vulnerables

La tercera parte del libro contiene cinco capítulos escritos por César Landa, Catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pablo Santolaya, Catedrático de la Universidad de Alcalá, Anna Marguerita Russo, profesora de la Universidad de Calabria, Isabel Wences, Profesora titular de la Universidad Carlos III de Madrid, Fernando Mariño Menéndez, Catedrático de Derechos Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, María Díaz Crego, profesora de la Universidad de Alcalá e Ignacio García Vitoria, profesor de la Universidad Complutense de Madrid. La introducción corre a cargo de Carmen Pérez González. En esta tercera parte se aborda el estudio de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte IDH. De forma más específica se analizan las aportaciones de la Cortes IDH en materia de género, migrantes y de pueblos indígenas. Esta es seguramente la parte de la obra en la que se aprecia de una forma más clara el carácter activista e incluyente de las decisiones de la Corte IDH.

En cuanto a las cuestiones de género, el profesor César Landa, en la última parte de su escrito analiza como la Corte IDH ha tratado la cuestión de la discriminación por orientación sexual y también la cuestión de los derechos reproductivos, prestando especial atención al caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012 y al caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de 28 de noviembre de 2012. A este respecto, resulta muy interesante el análisis que el autor realiza sobre esta última sentencia pues, tal y como señala en su trabajo, el Sistema Interamericano en su interpretación expansiva otorga a los derechos reproductivos un auténtico estatus de derechos fundamentales.

En cuanto a los derechos de los migrantes, la profesora María Díaz Crego y el profesor Ignacio García Vitoria en su trabajo llevan a cabo una comparación sistemática y completa entre la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora TEDH) en relación a los derechos de los extranjeros. En sus conclusiones, los autores afirman que la Corte IDH a través de su jurisprudencia -muy importante a este respecto es el caso *Vélez Loor vs Panamá*, de 23 de noviembre de 2010- ha resultado ser más garantista que su homónima europea en relación a varios aspectos relevantes y también se formulan una importante cuestión: ¿qué resulta realmente más garantista, una tutela expansiva de los derechos o una mayor recepción de las sentencias de la Corte IDH o del TEDH en los ordenamientos internos de los Estados miembros?

Así mismo, el profesor Pablo Santolaya en su trabajo de una forma muy metódica y estructurada, parte de dos interesantes hipótesis, que después resuelve de forma clara en las conclusiones. La primera cuestión que el autor se plantea es la siguiente: ¿es preferible afirmar la existencia de nuevos derechos sociales o es mejor anclar los nuevos contenidos en derechos civiles de primera generación? Y una vez que han surgido los nuevos contenidos, ¿es preferible aplicarlos de forma

gradual a través del margen de apreciación nacional - tal y como hace el TEDH- o es preferible seguir el principio *pro homine* para alcanzar la situación más tuitiva en cada caso concreto - tal y como hace la Corte IDH- aunque ello pueda resultar en cierta forma abrupto para la comunidad jurídica a la que va destinada la decisión? Ambas cuestiones son extremadamente interesantes y actuales, pues la primera de ellas se conecta con la idea de garantizar la irreversibilidad de los derechos sociales en un momento de crisis económica, y la segunda abre el debate sobre la conveniencia de una razonable utilización del margen de apreciación nacional en el continente americano.

Por otra parte, el profesor Fernando Mariño se centra en el estudio del derecho de asilo a través del caso *Familia Tineo Pacheco vs. Estado plurinacional de Bolivia*, de 25 de noviembre de 2013, que aborda las cuestiones del trato a extranjeros que se mueven cruzando una frontera y pretenden permanecer en el Estado adonde han llegado. El autor concluye en sus páginas que la jurisprudencia interamericana una vez más, es garantista y busca la universalidad en sus decisiones, armonizando la Convención con las normas y estándares universales y otorgando una destacable relevancia a las resoluciones normativas de ACNUR. Cabe destacar que este tema también resulta de última actualidad, pues se puede relacionar directamente -tal y como hace el autor- con algo que ya resulta cotidiano: la negativa de la Unión Europea (y de sus Estados miembros) a aplicar el procedimiento de acogida humanitaria para atender llegadas masivas de solicitantes de alguna forma de asilo.

Por último, las profesoras Anna Margherita Russo e Isabel Wences abordan el tema de la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en el que seguramente es el capítulo más interdisciplinar de la obra. De forma más específica, analizan cómo para la Corte IDH ha cobrado gran importancia la identidad cultural de los pueblos indígenas, a través del reconocimiento de los derechos de propiedad sobre su territorio y del sistema de justicia que aplican en razón a sus costumbres. Este capítulo es especialmente novedoso e interesante pues en él se examina cómo la Corte IDH a través de una interpretación antropológica y sociológica - que integra y respeta las tradiciones y la cultura de las comunidades indígenas- amplía el alcance y el contenido de derechos clásicos hasta el punto de incluir situaciones jurídicas asentadas en patrones culturales distintos.

Impacto en el continente americano de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos

La cuarta parte del libro contiene cinco capítulos escritos por Roberto Caldas, Juez de la Corte IDH, Roberto Gargarella, profesor de la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Sabrina Ragone, investigadora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional de Heidelberg, Salvador Nava Gomar, Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México y Natalia Torres Zúñiga (doctoranda en la Universidad de Oslo). La introducción corre a cargo de Ángel Sánchez Navarro, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

En esta cuarta parte, seguramente la más crítica de toda la obra, se aborda el estudio del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano. A este respecto resulta muy útil la clasificación del impacto que propone Sabrina Ragone en sus páginas. La autora habla de a) impacto natural, que se da con referencia a los órganos jurisdiccionales nacionales; b) impacto conformador, que se da en referencia a la CIDH y a otras instituciones nacionales como el

parlamento y la administración estatal y c) impacto sistémico y transformador, que se da con referencia a otros actores y a las sociedades. Además, la autora también hace referencia al impacto *top-down*, cuando los tribunales nacionales acuden a la jurisprudencia de la Corte IDH, y a la influencia *bottom-up*, cuando la Corte IDH tiene en cuenta las decisiones de los Estados miembros. Ahora bien, la propia autora reconoce que el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH no es tan pacífico en la realidad como en las reconstrucciones doctrinales porque sigue habiendo Estados donde se mantiene una actitud aislacionista y también hay países en los que una condena de la Corte IDH se considera una ofensa.

El profesor Roberto Calda, por su parte, lleva a cabo en su trabajo un análisis del impacto de algunas sentencias de la Corte IDH en relación con temas tan relevantes como la incompatibilidad de leyes de auto-amnistía con las obligaciones convencionales, el recurso efectivo para la protección de derechos políticos, la garantía del juez natural en relación a la jurisdicción militar, la libertad de expresión y el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal entre otros.

Por otra parte, el profesor Salvador Nava, en su capítulo, analiza de forma más específica el diálogo que se ha suscitado en México entre el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación -en el que desempeña su cargo de Magistrado- y la Corte IDH. A este respecto, requiere una mención especial su análisis relativo a la reforma constitucional que se llevó a cabo en México en materia de derechos humanos en el 2011, por la que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, aun cuando México no sea parte, reconociendo de esa forma el valor de cosa juzgada y cosa interpretada de la jurisprudencia interamericana.

En su trabajo, Natalia Torres reflexiona sobre las siguientes interesantes cuestiones: ¿cuál es la autoridad de la Corte IDH para controlar una norma constitucional? ¿La sola existencia de un régimen democrático garantiza el respeto de los derechos del individuo? ¿El poder de la soberanía del pueblo y el poder de reforma constitucional son ilimitados? Según la autora para responder a estas cuestiones habría que acudir al principio de subsidiaridad y al margen de deferencia de los Estados. Ahora bien, la autora reconoce que tanto el principio de subsidiaridad como el margen de deferencia pueden resultar conceptos vagos por lo que defiende que para aplicarlos habría que añadir criterios adicionales como el de la naturaleza de los derechos de los que se trate y otros criterios externos como son el consenso, la legitimidad democrática y la experiencia del Estado en los casos relativos a la limitación de un derecho.

Por último, el trabajo del profesor Roberto Garganella -en el que se analiza el relevante caso *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011- también se encuentra relacionado con esta temática. En dicho caso, la Corte IDH -siguiendo su ya reiterada jurisprudencia- desconoció el valor de la decisión política uruguaya, ratificada a través de dos plebiscitos, de no perseguir penalmente a los responsables de violaciones masivas de derechos humanos. El autor critica esta decisión pues defiende que los derechos humanos no se pueden contraponer con la democracia porque los mismos deben ser interpretados democráticamente, sin que dicha interpretación pueda quedar en manos de ninguna élite de científicos o expertos.

El diálogo entre jurisdicciones: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La quinta parte del libro contiene cuatro capítulos escritos por Alejandro Saiz Arnaiz, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y juez ad Hoc español del TEDH, Javier García Roca, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, Óscar Parra-Vera, Letrado de la Corte IDH desde 2006 e Itziar Gómez, profesora de la Universidad Carlos III de Madrid. La introducción corre a cargo de Pablo Santolaya.

En esta quinta parte se aborda el estudio del diálogo existente entre la Corte IDH y el TEDH. Esta es la parte de la obra en la que se hace más patente la reflexión sobre el futuro de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en general y sobre el futuro de la Corte IDH en particular. A este respecto, el profesor Javier García Roca señala en su escrito que la finalidad última del diálogo es la de generar gradualmente un consenso intercontinental que evite la fragmentación del Derecho Internacional. De forma más específica el autor defiende que los Estados parte del CEDH y de la CADH son a su vez signatarios de otros muchos instrumentos internacionales (ONU) por lo que la falta de diálogo entre tribunales podría implicar el sometimiento de dichos Estados a obligaciones contradictorias.

Por su parte, el profesor Óscar Parra centra su intervención en la influencia recíproca entre ambos tribunales. Especialmente interesante a este respecto resulta el análisis que lleva a cabo el autor sobre la posibilidad de que algunas de las técnicas que se han puesto en marcha en el Tribunal Europeo – tras los cambios introducidos por los Protocolos 14 y 15 y las discusiones en los encuentros de Brighton, Interlaken e Izmir - se apliquen en la gestión de casos en el Sistema Interamericano. A continuación, el autor lleva a cabo un estudio respecto del acercamiento que se está produciendo entre los sistemas de ejecución de ambos tribunales. Por último, merece una mención especial la propuesta del autor para que el Sistema Interamericano siga unos criterios de priorización de casos parecidos a los del Sistema Europeo y también su propuesta para que algunos asuntos prioritarios pasen a ser tratados por la Corte IDH directamente después de su admisión por la Comisión.

Por su parte, el profesor Alejandro Saiz, de una forma muy aguda y casi provocadora, defiende en su trabajo que algunas de las categorías tradicionales del Derecho Público están en crisis y ya no sirven para describir la situación actual del Derecho Constitucional. En particular sostiene que el monismo o el dualismo ya no resultan útiles para definir quién tiene hoy en Europa o en América la última palabra sobre el contenido de los derechos fundamentales, pues precisamente considera que el contenido de dichos derechos se construye a través de la integración y del diálogo y no a través de categorías estancas.

Por último, la profesora Itziar Gómez en su interesante e innovador trabajo parte del análisis de la noción de vulnerabilidad en el acceso a la justicia, tanto en la jurisprudencia europea como en los pronunciamientos de los órganos de control de la OEA, para concluir con la idea de que una doctrina sobre la vulnerabilidad sirve para interpretar expansivamente los derechos y puede tener un interesante efecto sobre los ordenamientos nacionales, en particular, sobre el ordenamiento constitucional y sus mecanismos de garantía.

En definitiva, la Corte IDH es una corte progresista e incluyente y, en muchas ocasiones, a través de su perspectiva vanguardista y universalista, ofrece una tutela expansiva de los derechos humanos. Una aproximación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos resulta imprescindible para todas las personas que quieran asomarse al estudio de los derechos humanos en mundo cada vez más globalizado.

En este sentido, *La América de los Derechos* es una pieza imprescindible tanto para los lectores jóvenes o inexpertos, que podrán encontrar en las páginas de esta obra una forma inmejorable de aproximarse a la realidad del Sistema Interamericano - cosa que sin duda le hubiera gustado ver al profesor Pablo Santolaya- como para los lectores ya ampliamente ilustrados en el estudio de los derechos fundamentales, pues sin duda en muchos de los trabajos de la obra podrán encontrar interesantes cuestiones que invitan al diálogo y la reflexión.

Los derechos humanos. Una concepción de la justicia.

Liborio L. Hierro
(2016) Marcial Pons
Madrid, 279 pp.

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3661>

Resulta admirable y, al mismo tiempo alentador, en un momento en el que la tarea del docente universitario está, frente a la investigadora, evidentemente infravalorada, cuando no abiertamente denostada, que el profesor Liborio Hierro nos diga en el prólogo de esta excelente obra que la misma es fruto de lo que enseñó a sus alumnos y de lo que aprendió de ellos durante los 16 años en que permaneció en el plan de estudios de su Facultad la asignatura “Ética y derechos humanos”. También se pregunta en el prólogo del libro (p. 16) sobre la utilidad del mismo. Desde luego, su lectura para una *iusinternacionalista* es sumamente productiva. Trataré de aclarar, en las líneas que siguen, por qué ello es así. Esto es: de qué modo el análisis que el libro contiene puede ayudar a explicar las contradicciones que encuentra el Derecho internacional a la hora de hacer efectiva su pretensión fundamental de alcanzar un orden y una sociedad internacional más justos.

El libro se divide en siete capítulos. En el primero, el autor examina, desde el punto de vista de la teoría de la justicia, la idea de los derechos humanos. Y propone, al final del mismo, la tesis que sustenta el trabajo: los derechos humanos ofrecen una teoría completa de la justicia. Una teoría útil también, por tanto, para fundamentar las demandas de justicia global.

El segundo capítulo, el más extenso del libro, es un recorrido por la historia de los derechos humanos, a través del examen minucioso de las tres fases que, según el autor, han guiado su desarrollo: la declarativa, la de positivización y la de internacionalización. Como bien señala el profesor Hierro (p. 108), “(l)a constitución de la Sociedad de Naciones, el 28 de junio de 1919 mediante el *Tratado de Versalles*, no incluía ningún objetivo explícito relacionado con los derechos humanos y, sin embargo, la organización recogió buen parte de las reivindicaciones más relevantes que la lucha por los derechos humanos venía sosteniendo”. En efecto, no será hasta después de la creación de la Organización de las Naciones Unidas cuando el Derecho internacional vuelva los ojos al individuo y trate de involucrar a los Estados en un proceso, todavía en marcha, de asunción paulatina de obligaciones jurídicas relativas a la promoción y protección de los derechos de todos los individuos. Ese es el propósito fundamental del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos (DIDH). Hay, sin embargo, importantes antecedentes en este sentido. Además de los citados en el libro, pueden mencionarse algunos instrumentos jurídicos internacionales adoptados en el siglo XIX. Entre ellos, de un lado, determinados tratados internacionales dirigidos a la protección de las minorías cristianas en el Imperio Otomano (Gómez Isa, 2004, p. 23), y, de otro, algunos instrumentos propios del Derecho Internacional Humanitario, que hunde sus raíces en las Convenciones de Ginebra de 1864 y de la Haya de 1899 y, ya en el siglo XX, de 1907, y que “ha sido considerado como uno de los antecedentes más relevantes de la actual protección internacional de los derechos humanos” (p. 25).

Los capítulos tercero, cuarto y quinto ofrecen respuesta a las cuestiones que conformarían “el núcleo de una teoría de los derechos humanos”: ¿qué son los derechos humanos?, ¿quién tiene derechos humanos?, y ¿qué derechos humanos tenemos? Para el autor, que sigue en este punto a Hohfeld, “(l)os derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico” (p. 131). Creo que el DIDH contribuye hoy, en buena medida, a perfilar las respuestas a las dos siguientes preguntas. La codificación de este sector del Derecho internacional, con la consiguiente imposición de obligaciones de protección a los Estados de la Comunidad Internacional, ha avanzado, de una parte, a partir de la identificación de colectivos que, por su situación de vulnerabilidad, requerían dicha protección. Y, de otra, mediante la ampliación de las libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que constituirían el objeto de los derechos humanos. En esa ampliación juega un papel fundamental la noción de dignidad humana, a la que el autor se refiere en la página 133. Una idea que aparece vinculada a los derechos fundamentales y a la necesidad de su protección en buena parte de los teóricos que han elaborado la doctrina filosófica de los derechos fundamentales (Rigaux, 2007) y de la que se sirven los órganos de protección internacional de derechos humanos para “extender” el ámbito de aplicación personal y material de las obligaciones convencionalmente asumidas por los Estados.

En el capítulo sexto el autor se detiene a analizar las relaciones entre derechos humanos, más bien ya derechos fundamentales, y democracia, y a examinar cómo debe esta garantizar la mejor protección de esos derechos. Además, en este capítulo, se argumenta a favor de la superación de la división de los derechos humanos en las categorías de civiles y políticos, de un lado, y económicos, sociales y culturales, de otro. Dicha división trae causa, como el autor nos recuerda, de la aprobación en Nueva York en 1966, bajo los auspicios de Naciones Unidas, de los dos grandes pactos, que no entrarían en vigor hasta 1976. Me han parecido especialmente útiles las páginas en las que el autor trata de “desmontar” lo que él mismo denomina “las supuestas diferencias entre los derechos individuales y los derechos económico-sociales”. Coincido plenamente con él en la negación de la categorización de los derechos en “generaciones”, si ello significa, tal y como nos advierte acertadamente, que los derechos de primera generación son “los auténticos derechos en sentido propio, universales y perfectos, es decir, de realización posible y automática en cuanto se reconocen jurídicamente, mientras que los de las generaciones posteriores son derechos en sentido impropio, ideales difíciles de alcanzar y cuya mera declaración jurídica no permite su automática protección jurisdiccional” (p. 113). Creo que el DIDH aboga hoy por superar esa distinción al concebir los derechos humanos, además de como universales, como interdependientes e indivisibles. Está resultando fundamental, en este sentido, la labor de los órganos de protección internacional de derechos humanos. La protección frente a la tortura y otros tratos o penas inhumanas o

degradantes, incluida en un buen número de tratados internacionales, sirve como ejemplo. Lejos de reclamar de los Estados el cumplimiento de un mero deber de abstención (no torturar o infligir penas o tratos inhumanos o degradantes), se ha exigido a los mismos, por ejemplo, que mantengan en determinadas condiciones los centros y dependencias donde hay personas privadas de libertad¹.

Con todo, esas supuestas diferencias siguen siendo aducidas por los Estados y han lastrado las posibilidades de protección internacional de estos derechos en el plano internacional. Baste recordar aquí que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que controla el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Pacto homónimo a sus Estados Partes, no ha sido competente para recibir y examinar comunicaciones individuales hasta la entrada en vigor del Protocolo adicional al Pacto, en 2013². Dichas comunicaciones podrán ser presentadas “por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto”. Quiero incidir ahora en que lo determinante aquí no será, por tanto, la nacionalidad de la víctima de la presunta violación, sino el hecho de que se halle “bajo la jurisdicción” de un Estado parte. Esa fórmula se reitera en todos los casos en los que el Tratado de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas cuenta con órgano de control³. Se permitiría así a los extranjeros, incluso los que se encuentran en situación administrativa irregular, y a los apátridas recurrir al mecanismo internacional de protección. Ello ha servido, en más de un caso, para extender determinados derechos a grupos que, en virtud del Derecho interno, incluso de rango constitucional, estarían excluidos del goce de los mismos. El DIDH avanza así en el camino de la no discriminación y contribuye a la consolidación de un “orden legal mundial democrático garante de la seguridad, la libertad y la igualdad de las personas”.

Esta es, precisamente, la ambiciosa tarea que se afronta en el capítulo séptimo: la de dotar de contenido al artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Una de las funciones del Derecho internacional contemporáneo podría ser formulada, desde luego, en los términos que sirven de título al capítulo. La plena efectividad de los derechos humanos, de los recogidos en la Declaración Universal y en otros instrumentos internacionales, exige sin duda la instauración de un orden legal mundial que supere la lógica estatal más apegada a un concepto clásico de soberanía. En ese camino estamos. La todavía parcial institucionalización de la sociedad internacional, un fenómeno deudor de la eclosión de las Organizaciones Internacionales, la consolidación progresiva de la subjetividad

¹ Así, por ejemplo, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura recomendó a España en 2015, después de visitar nuestro país, ampliar el espacio de las celdas en los Centros de Internamiento de Extranjeros. Su Informe está disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf> (fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

² Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, que controla el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuenta con esa competencia desde que entrase en vigor, en 1976, el Primer Protocolo Adicional al Pacto.

³ El mismo criterio se recoge en el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en el 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuando establecen la legitimación activa de los particulares para presentar demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente.

internacional del individuo –que podrá incluso, como acabamos de ver, demandar a los Estados ante instancias internacionales cuando estos vulneren derechos humanos–, la creciente importancia de la acción de actores no estatales, o la existencia, creo que indiscutida, de algunas normas de *ius cogens* (y por tanto imperativas) son ejemplos suficientemente claros de que ello es así. Siendo la sociedad internacional una sociedad de base interestatal, se hace difícil imaginar de qué modo será posible soslayar el consentimiento (*ex consensu advenit vinculum*) del Estado en este proceso. El autor es consciente de ello, pero no por esa razón renuncia a formular lo que considero una valiosísima conclusión.

Como profesora de Derecho internacional público, y vuelvo con ello, para terminar, a la reflexión sobre la tarea del docente, he lidiado muchas veces con el escepticismo de los estudiantes sobre las posibilidades del Derecho internacional de contribuir a un mundo mejor. En pocas semanas son conscientes de que será difícil, si no imposible, que los Estados renuncien a los privilegios que conlleva su condición de sujetos primarios de la Comunidad Internacional. En el pensamiento del profesor Hierro esa renuncia se concibe como una obligación, creo, porque “las personas tienen un derecho moral básico a que, en el orden global, exista una institución político-jurídica con poder coercitivo para garantizar que el derecho a la igualdad no es solo el derecho a la igualdad formal y material entre los conciudadanos sino que es un derecho a la igualdad formal y material entre todas las personas humanas”. El libro de Liborio Hierro ofrece herramientas indispensables para abordar la tarea, cada vez más urgente, de fundamentar jurídicamente esa obligación.

Bibliografía

GÓMEZ ISA, F. (2004), “La protección internacional de los derechos humanos”. En: GÓMEZ ISA, F. (Dir.) y PUREZA, J.M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 23-70.

RIGAUX, F. (2007), “Les fondements philosophiques des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, núm. 70, pp. 307-349.

Interpretar y argumentar

Riccardo Guastini
(2014), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Madrid, 381 pp.

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Autónoma de Madrid
ricardo.cueva@uam.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2017.3663>

La interpretación y la argumentación son, sin duda alguna, dos temas que centran la atención de los filósofos del derecho de manera especialmente destacada y que siempre suscitan polémica en la Teoría General. Enfoques sobre ambas existen muchos, pero un ejemplo excelente resulta ser el del profesor de Génova que escribe el volumen que aquí se reseña y que nos trae de la mano la estupenda traducción de Silvina Álvarez, un texto atractivo a todas luces y muy clarificador. A esto contribuye, cierto es, la habilidad didáctica de Guastini, quien se caracteriza por un enfoque analítico insobornable, preciso y atento, y que rehúye exposiciones tediosas, excesivamente largas o de escaso empaque intelectual.

Guastini comienza su libro exponiendo cuál va a ser el objeto de su estudio, de modo que señala como su preocupación básica la de abordar el asunto de la interpretación, y más en concreto, la referente a las fuentes del Derecho, que serían la Constitución, la ley y los reglamentos (pp. 21-26). Esta primera parte del trabajo es además completada con las correspondientes reflexiones sobre el problema de la ambigüedad interpretativa, del análisis de las disposiciones y sus clases, de los tipos de intérprete, de la “autenticidad” de aquella operación y por último de su producto. Las categorías y la reunión de rasgos que el profesor advierte en todas las figuras que examina sirven para obtener así una clasificación concisa y una panorámica adecuada de las controversias pertinentes. Su preocupación por hacerlo de manera rigurosa, y sin demérito de su brevedad, queda patente desde el principio del apartado, cuando se refiere a la los conjuntos normativos: “una norma jurídica, cualquiera que sea su efectiva formulación, puede ser reconstruida —es decir, identificada en su “forma lógica” eventualmente latente— como un enunciado condicional, el cual establece qué se debe hacer u omitir si se verifican ciertas circunstancias” (p. 36). Las normas jurídicas, pues, *no son prescripciones categóricas, sino prescripciones hipotéticas o condicionales* y “un aspecto esencial (...) de la interpretación en abstracto consiste en la (...) reconstrucción racional de la forma lógica de las normas” (p. 36). La interpretación en concreto, de otra parte, supondría identificar los casos específicos regulados por cada norma (p. 35), con lo cual supone una operación subsuntiva (p. 34).

Todas estas meditaciones sobre la interpretación arrancan de la premisa de que la “disposición” no es lo mismo que la “norma”, puesto que la primera es el *objeto* de la interpretación, mientras que la segunda es su *resultado*, y entre ambas no se produce una correspondencia biunívoca (p. 78). Pero es que además, y aquí Guastini continúa siendo fiel al positivismo, resulta que la norma no precede a la disposición, y que, aún más, ni siquiera es ontológicamente distinta de ella, puesto que “los significados no tienen una existencia independiente de los enunciados que los expresan” (p. 79).

Todo esto no implica a su vez que el autor olvide los aspectos más críticos de la materia que aborda: la interpretación es una “actividad mental” o fenómeno “psicológico” (p. 50), y existen “fuentes de equivocidad” como los “intereses en conflicto” y los distintos “sentimientos de justicia” (p. 62). La vaguedad, por otro lado, sería distinta de la equivocidad y asimismo una propiedad objetiva del lenguaje y solo se podría reducir “por medio de definiciones”, pero no suprimir del todo (p. 71). Nada que resulte contradictorio, así, con el severo juicio que formula Guastini sobre las posibilidades de un análisis sociológico que nos condujera a conocer las creencias morales en una sociedad dada: “no parece realista pretender que jueces y juristas lleven a cabo investigaciones sociales de tipo empírico para comprobar los sentimientos morales compartidos por la población” (pp. 73-74). Para el realismo, que es la opción que a partir de aquí ya se ve que Guastini acoge, tan solo caben unos “subjetivos sentimientos morales” del juzgador, que en todo caso buscará cómo justificarlos, incluso recurriendo a una excusa sociológica (*ibid.*). La interpretación doctrinal es así en abstracto y puede ser cognitiva (de averiguación), decisoria o creadora, pero la judicial es necesariamente decisoria y en concreto (p. 90). No existe por parte del juzgador sencillamente una “aplicación” de la ley al estilo de la sostenida tradicionalmente para dar precedencia al legislador, sino que las actividades de uno y otro se diferenciarían por ser la de aquél en concreto y la del último en abstracto, y hallándose esta distinción en el propio corazón de la separación de poderes (p. 104). Como todos los textos normativos —completa más tarde el autor— son equívocos (“al menos parcialmente”), “entonces la interpretación judicial exige una elección entre significados en conflicto”, resultando que el enunciado que expresa esta elección tiene necesariamente carácter decisorio, pero no cognoscitivo (p. 368).

En la segunda parte del trabajo, por otro lado, Guastini se centra en algunos de los temas típicos en la reflexión de la ciencia jurídica: el problema de las antinomias, el de las lagunas, los asuntos de las normas implícitas, la jerarquía normativa y los principios. Estos últimos son también normas (p. 190), aunque guardarían determinadas características especiales, como las de ser fundamentales (suministran la base para otras desde una justificación axiológica) y tener contenido indeterminado, bien por tener un antecedente abierto, bien por ser derrotables o genéricas (p. 186). Estos tres últimos rasgos, sin embargo, Guastini ya nos avisa que caben asimismo en ciertas reglas (*ibid.*). De cualquier forma, su importancia es evidente justo porque la “interpretación no es una actividad puramente cognitiva”, ya que “presupone la adhesión a una u otra doctrina, la elección de uno u otro método interpretativo, ciertas ideas de justicia, etc.” (p. 191).

Los principios pueden ser a su vez de distintas clases (pp. 192-200) y Guastini no rechaza del todo su ponderación, en especial la de los constitucionales, aunque sea solo por razones metodológicas debidas a sus rasgos intrínsecos (pp. 210 y 211). Otra cuestión distinta es que el profesor genovés admita su reenvío a la moral o bien la incorporación de valores morales en el derecho constitucional, puesto que tal operación sí que le merece un rechazo rotundo, en primer lugar, porque los conceptos pretendidamente morales utilizados para formular principios

constitucionales, al ser incorporados a un texto jurídico, resultan positivizados, y *pierden* así cualquier identificación con una ética normativa; y en segundo lugar porque los términos “incorporación” y “reenvío” son empleados de manera injustificada, por no referirse a relaciones como, por ejemplo, la que une al Derecho Internacional Privado con los ordenamientos nacionales (pp. 207 y 208). Pero es que, además, y como tercer motivo para oponerse a la tesis rebatida, Guastini insiste en la imposibilidad de que el juzgador conozca la moral existente y por tanto subraya de nuevo el resultado de que introducirá simplemente su propia opinión (p. 209).

La tercera parte del libro versa sobre el razonamiento jurídico y la aplicación del Derecho (que distingue de la interpretación porque no queda restringida a jueces y funcionarios [p. 249]). Con estas páginas Guastini intenta conducirnos a través de diversos recursos de la lógica (informal), es decir, de “una secuencia de enunciados, uno de los cuales desempeña la función de tesis o conclusión y los restantes desempeñan la función de premisas, argumentos o razones en favor de aquella” (p. 225). De nuevo en esta parte el autor desea “distinguir”, y afirma que los “motivos son estados (o eventos) mentales, psíquicos: son los impulsos, las emociones, las actitudes, los sentimientos, etc., que inducen a tener una creencia, a sostener una tesis o a tomar una decisión”, mientras que las razones son, “en cambio, enunciados del lenguaje que se alegan públicamente para sostener o justificar una tesis o una decisión”, configurando así “las premisas del razonamiento” (p. 233). Guastini nos recuerda que “es posible —más aún, según algunos, es seguro— que el discurso justificador constituye la “racionalización” *ex post* de una conclusión a la que el juez ha llegado de modo completamente “irracional”, dejándose llevar por emociones, preferencias, ideologías” (p. 233). Ahora bien, “en los ordenamientos jurídicos modernos, puede alegar tales sentimientos en tal motivación: debe mostrar que su decisión está fundada sobre (es deducible de) normas jurídicas positivas”, y “el *análisis* del razonamiento judicial tiene por objeto el discurso justificatorio del juez, no sus estados mentales y procesos psicológicos” (p. 234). La lógica a la que se refiere Guastini, con dilemas y proposiciones fácticas (p. 247), y por tanto desvinculada de las nociones de verdad y falsedad que solo nos conducirían al iusnaturalismo (pp. 238-239), no constituye, así, “una descripción empírica del modo en que los jueces razonan de hecho”, sino “un modelo ideal del modo en que se espera que los jueces razonen, conforme al principio de legalidad en la jurisdicción, que es propio de los ordenamientos jurídicos modernos” (p. 234). Guastini cierra por último este apartado con un compendio y revisión de los principales y clásicos métodos de interpretación jurídica (literal, teleológico, sistemático, etc [pp. 261-299]).

El volumen que nos ocupa continúa con una cuarta parte en la que su autor rechaza la existencia de una específica “interpretación constitucional”, añadiendo aquí que viejos problemas abordados habitualmente como interpretativos y del estilo de la reforma constitucional, los preámbulos o las declaraciones de derechos, serían en realidad “dogmáticos” o de carácter general (p. 319). En la quinta y última parte del libro Guastini expone algunas de las principales controversias alrededor de la relación entre significado e interpretación y las escuelas cognoscitivista, escéptica y ecléctica. En este último apartado, pasa revista a diversas variantes de estas corrientes y se confiesa afín al escepticismo moderado (p. 351). Le parece que la teoría cognoscitivista, que presupone “la existencia, en todo texto normativo, de un sentido unívoco y susceptible de conocimiento”, es una “ideología” (p. 349) que ya no suscribe nadie, aunque se halle presente en el estilo discursivo y argumentativo de los tribunales (p. 348), y que la ecléctica, que sostiene que, según las circunstancias, la interpretación es unas veces acto de conocimiento y otras acto de voluntad (p. 353), no resulta satisfactoria, bien porque en una de sus dos variantes no admite la equivocidad de los textos normativos (p. 364), bien porque en la otra

sostiene que es una propiedad intrínseca a ellos (p. 367). Guastini sostiene, por el contrario, tanto la existencia de esa equivocidad, recordemos, como que “un texto es claro solo *después* de haberlo interpretado” (p. 367). La interpretación es así, añadiríamos nosotros, *constitutiva* del significado.

Pero un significado que además se halla orientado por grandes diferencias en relación con la conversación “ordinaria”. El diálogo entre autoridades normativas e intérpretes se basa en la neta distinción del lenguaje jurídico del ordinario: “la interpretación de los textos normativos (...) está condicionada no solo por intereses prácticos y valores (en conflicto), sino también por la multiplicidad de técnicas interpretativas elaboradas por juristas y, además (casi siempre), por complejas construcciones dogmáticas así como, a veces, hasta por asunciones filosófico-jurídicas y/o filosófico-políticas”, todas ellas “cosas completamente extrañas a la conversación cotidiana”, de modo que “los juristas son capaces de transformar en equívoco cualquier enunciado cuya interpretación sería del todo pacífica en contextos no jurídicos” (p. 368).

El esfuerzo del autor de *Interpretar y argumentar*, pues, resulta considerable, por intentar reunir en un solo volumen temas complejos, que aborda de manera concisa, rigurosa y honesta incluso con las corrientes académicas que suscitan su rechazo, todo ello desde una redacción muy limpia y a la vez audaz. La intención de Guastini con su libro es clara y aparece señalada en sus primeras páginas: “trazar límites (conceptuales) a la interpretación sirve no para distinguir las interpretaciones buenas, correctas o aceptables de las interpretaciones malas, incorrectas o inaceptables —que es cuestión valorativa o normativa, cuestión de *política* del derecho, ajena como tal a la *ciencia* del derecho— sino para distinguir, en el ámbito de la ciencia del derecho, la genuina (“normal”) interpretación de la creación de normas nuevas” (p. 76). Todo el volumen, pues, persigue caminar por esa senda y avanzar así en la construcción de aquella “ciencia jurídica” con la que su autor se halla plenamente comprometido, al modo en que Hans Kelsen y tantos otros lo han estado antes y otros continúan hallándose ahora.

Ahora bien, su trabajo continúa dejando algún interrogante sin responder y cierra apresuradamente otros. Que Guastini aparte varios temas relativos a la reflexión constitucional al campo de la “dogmática” no parece compadecerse con el hecho de que al menos uno de los que menciona, el de la reforma constitucional, deriva directamente en la discusión sobre la legitimidad democrática. Es decir, en un caladero de la filosofía política, no de una disciplina jurídica, y en uno muy importante *porque conforma la última justificación del ordenamiento*.

Otro asunto que plantea serias dudas es su drástica escisión entre “lenguaje jurídico y lenguaje ordinario”. ¿Son realmente tan distintos? ¿No quedan los juristas, con la afirmación señalada, en el mejor de los casos, como una especie de nigromantes con la llave del saber progresivo oculto a la multitud, y en el peor, como tahúres alejados de la ciudadanía? ¿Cuál es su fuente de legitimación, sobre todo cuando pueden tomar decisiones vinculantes para el caso concreto, al modo en que lo hacen jueces y magistrados? ¿Poseen realmente sus “artes” entidad propia? Y si es así, ¿cuál es su conexión con la sociedad, si se rechaza rotundamente la de índole moral, como ya se ha visto hacer al autor de *Interpretar y argumentar*?

El texto de Riccardo Guastini, en suma, maestro de tantos investigadores y docentes, quizás sufra de pretender generosos contornos para una materia por lo demás compleja y que nos conduce a las principales preguntas de la Filosofía del Derecho. Sin duda, y al respecto, el redactor del volumen no es responsable de la confusión o perplejidades que nos suelen suscitar las cuestiones candentes de la

ciencia jurídica. Pero a lo que siempre contribuye, desde su perspectiva desmitificadora, abierta y crítica, es a esquivar oscuridades o lugares comunes, y en este libro lo hace de tal forma que incluso pueda ser recomendable como texto universitario que complemente a otros manuales más ortodoxos sobre la filosofía jurídica. Su estilo prístino y ameno resulta absolutamente encomiable en los tiempos que corren y, téngase además por seguro, alimentará la vocación de nuevos iusfilósofos, como siempre lo ha hecho hasta ahora.



El control de las agencias del Espacio De Libertad, Seguridad y Justicia. Contrapeso necesario a su autonomía.

Cristina Blasi Casagran y Mariona Illamola Dausà (Coords.)
(2016), Editorial Marcial Pons
Madrid, 210 pp.

Anna Ayuso
Barcelona Centre for International Affairs. CIDOB
aayuso@cidob.org

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2017.3664>

El incremento de la amenaza y el impacto de los ataques terroristas en Europa y la crisis de los refugiados han puesto bajo escrutinio los instrumentos y las políticas para la gestión del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) de la Unión Europea (UE). La implementación del espacio de libre circulación en el interior de las fronteras de la UE dio un salto cualitativo con el Tratado de Lisboa, el cual condujo a una progresiva ampliación de las competencias comunitarias en el que, hasta entonces, fuera el tercer pilar de la Unión. Se cambió la base jurídica y se incrementaron las atribuciones de las instituciones comunitarias en dicho ámbito. Ello, sumado a otras iniciativas intergubernamentales que tratan de avanzar hacia respuestas comunes a riesgos compartidos, ha dado lugar a la creación de una compleja institucionalidad. La creación de agencias con autonomía jurídica para gestionar diversos aspectos operativos con cierta flexibilidad dentro del marco jurídico institucional comunitario no es una novedad. Sin embargo, las agencias surgidas en relación al tercer pilar se diferencian en que predomina la lógica intergubernamental con gran predominio de los estados, si bien es cierto que éste ha ido moderándose al incorporarse al derecho derivado de la UE mediante procesos legislativos ordinarios y con la progresiva utilización del reglamento como instrumento regulador.

Las agencias especializadas del ELSJ son un elemento institucional que ha ido adquiriendo protagonismo. Éstas se caracterizan por contar con una personalidad jurídica propia y gozar de un considerable grado de autonomía que les permiten realizar diversas funciones; las hay que proporcionan información y análisis compartido; las hay operativas para asegurar la cooperación y coordinación entre los Estados miembros; y, por último, existen las agencias de gestión, que tienen como principal cometido implementar un programa concreto o proporcionar un servicio específico. La tensión entre la autonomía de las agencias, necesaria para poder llevar a cabo de forma eficiente sus funciones a caballo entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros, y la necesidad de un control efectivo en un

ámbito tan relevante para la soberanía de los Estados y con fuertes implicaciones para la protección de los derechos humanos como lo es el ELSJ, ha sido objeto de continuo debate.

Para analizar esta compleja arquitectura jurídica e institucional, el Grupo de investigación sobre Justicia, Asuntos Internos, Derechos e Inmigración de la Unión Europea (ERJAIUIE), que agrupa a investigadores de la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Girona, realizó una exhaustiva disección de las características institucionales de las diversas agencias con el apoyo de los fondos del Programa de I+D del Ministerio de Educación Ministerio de Economía y Competitividad al proyecto de investigación MAGELS sobre el Mapa de las Agencias del ELSJ (DER2012-36009)¹. Se seleccionaron 10 agencias con especial incidencia en la gestión del ELSJ: la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL), la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO), la Agencia de la Unión Europea para la Formación Policial (CEPOL), el Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE), la Unidad de Cooperación Judicial en materia penal de la UE (EUROJUST), la Agencia Europea para la gestión operativa de Fronteras Exteriores (FRONTEX), la Agencia europea de los Derechos Fundamentales (FRA), el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT), la Agencia Europea para la Gestión Operativa de los Sistemas Informáticos del ELSJ (EU-LISA) y la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de Información (ENISA).

Tras analizar su estructura y sus diferentes atribuciones, que van desde el mero intercambio de información a tareas consultivas o instrumentos de carácter normativo hasta llegar a competencias operativas, se estudió la dimensión exterior de las agencias del ELSJ, que fue recopilada en una publicación² donde se puso en evidencia la creciente incidencia de las actividades de las agencias, no solo hacia el interior de las fronteras, sino también más allá de ellas. Dado el carácter extremadamente sensible del ámbito político del control de fronteras, los riesgos externos en el que se mueven dichas agencias y su difuso encuadre en la estructura institucional de la UE, surgió la necesidad de profundizar en los mecanismos de control sobre las actividades de estas. El volumen aquí reseñado pretende analizar dichos mecanismos y, específicamente, el papel de las instituciones europeas en la fiscalización de sus actuaciones y cómo se inserta en la institucionalidad comunitaria de control jurídico, democrático y judicial. Eso implica averiguar si se les pueden aplicar los mecanismos ordinarios o si existen o deberían existir otro tipo de mecanismos de control específicos, dado que se trata de un ámbito de especial significado para la protección de los derechos humanos. La publicación está estructurada en dos grandes apartados: el primero se centra en el análisis institucional de control democrático de las agencias; el segundo se centra de forma específica en el control respecto de los derechos humanos.

Dentro del primer apartado, Daniel Warin, jefe de unidad del servicio jurídico del Parlamento Europeo, analiza el papel de este órgano en el control de las agencias del ELSJ. Este autor pone de manifiesto que la capacidad del órgano parlamentario se incrementó cuando el Tratado de Lisboa acabó con la división de los tres pilares, permitiendo que se incorporara el órgano legislativo tanto en el

¹ El mapa se puede consultar en la web del proyecto: <http://www.magels.es/index.php/es/mapa-de-agencias>

² Coordinada por Montserrat Pi Llorens y Esther Zapater Duque “La dimensión exterior de las agencias del espacio de libertad, seguridad y justicia” Marcial Pons, 2014 <http://www.marcialpons.es/libros/la-dimension-exterior-de-las-agencias-del-espacio-de-libertad-seguridad-y-justicia/9788415948896/>

proceso de definición del estatuto de las agencias, como en el proceso de control ordinario de los que previamente quedaba marginado. En el momento en que las agencias pasan a ser creadas por un acto de derecho derivado, el parlamento pasa a tener un papel de control, aunque este sea limitado, ya que los estados mantienen grandes parcelas de soberanía en dicho ámbito. En este capítulo se examina, en primer lugar, las capacidades del Parlamento Europeo en la selección de los poderes ejecutivos, que han sido incrementadas con los nuevos reglamentos recientemente reformados.

En segundo lugar, se analizan los poderes de control parlamentario general y específico para las agencias y el ejercicio del poder presupuestario, que ha sido el más comúnmente utilizado mediante la vía de las contribuciones de la UE a la financiación de las agencias —aunque tiene sus limitaciones, dada la estructura de los presupuestos, que no se agrupan por objetivos sino por categorías funcionales, lo cual dificulta el seguimiento—. Finalmente, el parlamento también ejerce funciones de control a través de los documentos de programación y de informes que están obligadas a proporcionar las agencias de manera periódica. El autor se manifiesta convencido de que el papel del Parlamento en el control de las agencias del ELSJ está llamado a incrementarse, a pesar de las dificultades que plantean la diferente naturaleza de aquellas y las reticencias de los Estados miembros a ceder soberanía.

En el segundo capítulo, Mirentxu Jordana analiza el papel de la Comisión y del Consejo en el control de las agencias del ELSJ. En este capítulo se distingue entre el control *ex ante*, relativo a las estructuras de gobernanza de las agencias, y el control *ex post*, que hace referencia a la rendición de cuentas. La autora señala cómo las nuevas regulaciones adoptadas a partir del Tratado de Lisboa han llevado a una relativa normalización de las agencias del ELSJ, aunque mantienen su especificidad respecto de las agencias descentralizadas de otros ámbitos, y especialmente en el caso específico de EUROJUST, que continúa siendo una *rara avis*. A pesar de mantener su autonomía, en la actualidad, las agencias se encuentran vinculadas a una dirección general (Justicia o Asuntos de interior) y en 2012 se refrendó un acuerdo institucional para un enfoque común que progresivamente armonice ciertas características de las agencias descentralizadas.

En relación al control *ex ante*, la autora analiza en primer lugar la presencia de la Comisión, el Consejo y los Estados miembros en los Consejos de Administración, en los que los Estados mayoritariamente mantienen el control. Se analiza también la figura del director de la agencia, que es elegido por el Consejo de Administración, normalmente entre una lista proporcionada por la Comisión. En tercer lugar, se analiza el procedimiento de elaboración de los programas de trabajo, con especial mención a la importancia que estos tienen para identificar un posible desvío del mandato de las agencias. En referencia al control *ex post*, se analiza el seguimiento de los planes anuales y plurianuales y la obligación de elaborar ciertas evaluaciones e informes periódicos. Finalmente, se analiza al desencuentro entre la Comisión y el Consejo para la aplicación del enfoque común a EUROJUST, razón por la cual no se ha logrado adecuar a esta agencia a los parámetros del Tratado de Lisboa.

El capítulo tercero, elaborado por la Dra. Montserrat Pi y titulado *Hacia un control reforzado de la acción exterior de las agencias del espacio de libertad, seguridad y justicia*, está dedicado al estudio de los mecanismos de control que se aplican específicamente a la acción exterior de las agencias. La autora justifica la existencia de un control reforzado en este ámbito por las consecuencias que estas acciones pueden tener en el plano internacional, por cómo pueden comprometer la

unidad de la acción exterior de la UE y por tratarse de actuaciones que pueden incidir en derechos fundamentales, como la protección de datos o los derechos de los refugiados, por ejemplo. Tras un primer apartado en el que se pasa revista a las diferentes formas de dicha acción exterior, que incluyen desde mecanismos de cooperación informal hasta la adopción de acuerdos con terceros estados u organizaciones internacionales, la autora aborda los tres grandes objetivos a los que apuntan las últimas reformas normativas en este ámbito: encuadrar la actividad exterior de las agencias en el marco de la política exterior de la UE, clarificar la naturaleza de los instrumentos jurídicos empleados y reforzar el control democrático de dicha acción exterior.

A pesar de que la situación de partida puede caracterizarse en los tres ámbitos por una gran heterogeneidad en la regulación de las distintas agencias y una cierta ambigüedad en algunos puntos de la misma, la valoración que se hace de las novedades aportadas por las recientes reformas de algunas agencias es positiva. Esta valoración deberá ser corroborada o matizada tras la aprobación de las propuestas de reforma que aún se están negociando y, sobre todo, a partir de su aplicación en la práctica diaria de las agencias.

Carlos Calderiña firma el cuarto capítulo sobre el papel de los Defensores del Pueblo nacionales en relación con el control de FRONTEX. Esta agencia ha estado especialmente criticada por su falta de transparencia y posibles violaciones de los derechos humanos en acciones por ella coordinadas. Se analiza el papel de control que tienen los defensores nacionales frente a FRONTEX y su papel para informar al Defensor del Pueblo europeo y al Parlamento Europeo. El punto de partida es la actuación de la Defensora del Pueblo español, Soledad Becerril, ante la Defensora del Pueblo europeo, Emily O'Reilly, en relación a las operaciones de deportación de inmigración ilegal bajo la coordinación y supervisión de FRONTEX, observando ciertas irregularidades en los vuelos que afectaban a los derechos fundamentales. El autor destaca esta respuesta de la defensoría española y otras como Polonia, Malta, Suecia y Holanda, que colaboraron activamente con la petición de la defensora europea de supervisión de los vuelos de retorno frente a otros Estados, como Alemania, Chipre, Eslovaquia o Irlanda, que alegaron no tener competencias.

El autor señala que las informaciones enviadas por los defensores del pueblo sobre irregularidades que violaban el Código de Conducta para los vuelos de retorno, como la falta de atención sanitaria, la ausencia de supervisores y de identificación de los participantes o la no provisión de información ni mecanismos de queja, fue fundamental para introducir nuevos instrumentos como el "*individual complaint mechanism*" que permite reclamaciones individuales en 2015 o la "Guía para JROs aéreos coordinados por FRONTEX" de 2016. Dado que FRONTEX mantiene que la responsabilidad de cualquier vulneración de derechos humanos en las operaciones de retorno son de exclusiva responsabilidad de los Estados, la única forma que tiene la Defensora Europea de llegar a la agencia es a través de las quejas que le llegan indirectamente de las instancias nacionales, que son la que tienen la capacidad de ejercer el control democrático ante los parlamentos nacionales. Sin embargo, la experiencia permite constatar que las sugerencias surgidas de las quejas, aun sin ser obligatorias, han sido tenidas en cuenta en la práctica.

El capítulo firmado por Francina Esteve procede a valorar el rol que el control judicial podría llegar a tener sobre las funciones atribuidas a las agencias del ELSJ y en relación al tipo de actos y decisiones que pueden adoptar dichos organismos, a partir de las reformas del Tratado de Lisboa. Algunas de estas agencias se enfrentan a temas especialmente sensibles, tanto en materia de seguridad como de

derechos fundamentales. En concreto, el artículo analiza el control de legalidad mediante el recurso de anulación y el recurso por responsabilidad extracontractual, con el objetivo de valorar hasta qué punto estas vías de control judicial existentes permiten, en su caso, sancionar eventuales actuaciones arbitrarias o ilegales de las agencias del ELSJ. Las dificultades existentes abarcan desde la falta de claridad en relación a la naturaleza y los efectos de determinados actos de las agencias y especialmente en relación a si se pueden considerar como actos vinculantes y con efectos jurídicos para terceros, hasta la muy restringida legitimación activa de los particulares para poder interponer recurso de anulación contra tales actos, en la medida en que no sean sus directos destinatarios.

En relación al recurso por responsabilidad extracontractual, a pesar de que el régimen general sea bastante restrictivo, algunas normas constitutivas de las agencias incluyen disposiciones concretas en relación a los eventuales daños causados por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, pero en general resulta complejo dilucidar el reparto de responsabilidades entre la agencia y las instituciones europeas, entre la agencia y los Estados miembros o entre varias agencias que cooperen conjuntamente. También el refuerzo de los mecanismos administrativos de vigilancia para atender eventuales quejas individuales podría llegar a facilitar el acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pero en general se constata la existencia de demasiadas limitaciones en relación al control judicial efectivo de los actos de tales agencias.

Este apartado finaliza con el artículo de David Fernández, que analiza un ejemplo de cooperación y control entre agencias del ELSJ en los *hotspot*, concretamente entre las agencias FRONTEX, EASO y EUROPOL. La crisis de los refugiados que explotó en 2015 ha obligado a dichas agencias a asumir una importante expansión de sus competencias. Al respecto, la Comisión Europea ha tomado medidas legislativas para introducir una Guardia Europea de Fronteras y Costas. Para reforzar la cooperación en el ELSJ, las nuevas orientaciones estratégicas de la Agenda Europea de Migraciones para los años 2015-2020, que sucedieron al Programa de Estocolmo, establecen la necesidad de reforzar la capacidad operativa para asistir a los Estados con mayor presión en las fronteras exteriores de la UE. De ahí se creó el *hotspots approach*, que impone una cooperación reforzada de las mencionadas tres agencias mediante una división de tareas que ya está implementándose en Grecia e Italia.

Sin embargo, el autor constata que aún no existe un instrumento legislativo específico que regule los *hotspots*. Además, la eficacia del sistema se ha visto condicionada por la insuficiencia de los recursos aportados por los Estados y las demoras en su implementación. Pero, sobre todo, no existe un mecanismo de control de las agencias en los *hotspots*, pese a los irreparables efectos que podrían tener algunos errores para los derechos fundamentales de las personas. Aunque, en principio los actos de las agencias son recurribles, la falta de transparencia y el complejo entramado multinivel de responsabilidad entre los numerosos actores implicados dificulta enormemente su control. Por ello, aunque la nueva Agenda europea de Migraciones constituye un avance en las orientaciones políticas se precisa de un mayor desarrollo legislativo con mecanismos de control específico que permita quejas individuales de los nacionales de terceros países.

La segunda parte de la publicación, focalizada en el control de los derechos fundamentales, se abre con un artículo de Inmaculada Arnáez sobre los mecanismos de control de los derechos fundamentales en las Actividades de FRONTEX. Este se centra en analizar los cambios que ha introducido el novedoso Reglamento de la Agencia Europea de Fronteras y Costas adoptado en septiembre

de 2016 que deroga el anterior reglamento de FRONTEX de 2005, que había sido modificado en 2011. Ya el reglamento de 2011 obligaba a “establecer un mecanismo eficaz para controlar el respeto de los derechos fundamentales”, por lo que ese mismo año se estableció una Estrategia de derechos fundamentales con el apoyo de la FRA y la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) junto a un Programa de acción. Ésta incluyó la incorporación del enfoque de derechos humanos en la planificación, el análisis de riesgo, las evaluaciones, la formación del personal de fronteras y los acuerdos con terceros. Con el fin de asegurarse el cumplimiento se establecieron mecanismos de control: el Oficial de Derechos Fundamentales (FRO) que monitorea e informa a las instituciones y Estados miembros; el Foro consultivo de Derechos Fundamentales, que ofrece asesoría estratégica formado por 15 instituciones; el Oficial de protección de datos; y un coordinador contra la trata de derechos humanos.

El nuevo reglamento establece un mandato más amplio fortaleciendo el papel del FRO, que puede hacer observaciones a los informes de la agencia; se establece un análisis obligatorio de la vulnerabilidad en fronteras y se crea un contingente europeo de vuelos de retorno. Pero además el artículo 72 establece la posibilidad de un mecanismo de quejas individuales al que tiene acceso cualquier persona que considere que han sido violados sus derechos fundamentales. Con todo ello se refuerzan los mecanismos de control, aunque la autora sugiere la necesidad de un mecanismo externo para hacerlo más eficaz.

A continuación, se analiza la protección de los datos personales de las agencias del ELSJ por Ángeles Gutiérrez. Dichas agencias gestionan una gran cantidad de datos y están sometidas a un estricto régimen que protege a los individuos de su uso indebido. Sobre el régimen general se establecieron regímenes particulares que dan lugar a una complejidad de regímenes jurídicos dispar. El régimen para el FRA, CEPOL, EIGE, EASO y EMCDDA es muy similar al de otras agencias de la UE, ya que manejan un tipo de información que no contiene datos personales. En cambio EUROPOL y EUROJUST están sometidas a un régimen más estricto y minucioso, ya que manejan información personal muy sensible con normas específicas para cada una de las agencias. Estas normas a veces pecan de falta de flexibilidad y pueden colisionar con los derechos nacionales. En el caso de FRONTEX no se ha creado un régimen separado de las demás agencias, sino que solo se han regulado unas particularidades sobre el régimen general. Algo similar pasa con EU-LISA, que parte del régimen general, pero establece normas específicas para cada uno de los sistemas de información que gestiona como el VIS, SIS y EURODAC. Para tratar de solventar esta complejidad se trata de fomentar un proceso de armonización, aunque en el caso de EUROPOL y EUROJUST es más dificultoso.

En las agencias con uso de datos personales los principios no se aplican en toda su extensión por la posible existencia de investigaciones policiales y procesos penales en curso en uno o varios países de la UE. Ocurre así con el principio de finalidad, que impide el uso arbitrario de los datos, o los principios sobre conservación y borrado de datos, que admiten excepciones para su uso en investigaciones o procesos abiertos. Otro frente es el relativo al intercambio de información con países terceros. A raíz de la crisis migratoria se han intensificado los acuerdos para el intercambio, que generan ciertas dudas sobre sus riesgos, aunque también ofrecen múltiples posibilidades infrutilizadas por el desconocimiento de las autoridades de los Estados miembros.

El nuevo marco europeo de protección de datos es analizado por Cristina Blasi. En primer lugar, este artículo examina la función ampliada del Supervisor

Europeo de Protección de Datos (SEPD), el cual se encargará de supervisar las actividades de procesamiento de datos de todos los organismos del ELSJ, incluidos Europol y Eurojust. Así mismo, este artículo trata de aclarar el papel y funcionamiento del nuevo Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) en el GDPR. Este comité mejora e incrementa las competencias del antiguo Grupo de Trabajo del Artículo 29 en muchos aspectos. Por ejemplo, una de las nuevas funciones del CEPD consistirá en conciliar posibles divergencias entre autoridades de protección de datos de los Estados miembros sobre quejas individuales que invocan el “mecanismo de ventanilla única”. Este mecanismo consiste en que el interesado va a poder presentar reclamaciones sobre una posible violación de protección de datos en su país de origen, y si la autoridad competente lo considera oportuno, lo transferirá a la que sea la autoridad de control del país dónde el responsable tenga su establecimiento principal para que adopte la decisión final que corresponda.

Finalmente, este capítulo examina las posibles dificultades que tanto el SEPD como el CEPD pueden experimentar en la ejecución de sus nuevas tareas. Aunque no hay duda de que el SEPD y la CEPD reforzarán enormemente las garantías de protección de datos en los términos del art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y del art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales, sus nuevas funciones aún necesitan concreción y claridad para evitar posibles solapamientos entre ambos organismos.

Alexandre Moreno firma el capítulo 10 sobre la protección de las víctimas de la trata de seres humanos, un fenómeno agravado por la crisis migratoria. Con base en el Protocolo de Palermo aprobado en el marco de las Naciones Unidas en el año 2000, la UE ha ido desarrollando un marco propio en dos direcciones: la lucha contra la trata con orientación criminológica de una parte; y la protección de las víctimas desde una orientación de derechos humanos. Centrándose en este último punto, regulado en la Directiva 2011/36/UE, el autor analiza los derechos que se reconocen a las víctimas durante y después de todo el proceso penal, independientemente de su disposición a colaborar con la justicia. Aunque se constata que, en caso de ser inmigrantes irregulares, ello puede comportar su expulsión del territorio nacional con el consiguiente riesgo para su seguridad. Cuando se trata de menores de edad, siempre debe primar el derecho superior del menor.

En relación a las agencias del ELSJ se señala que estas actúan tanto en el proceso de entrada al territorio de la UE como en el momento de la llegada al país de destino y en el de la realización de la actividad delictiva en función de sus atribuciones, con especial protagonismo de EUROPOL, EUROJUST y FRONTEX. El autor destaca la necesidad de una colaboración intensa entre las agencias y los estados miembros para una identificación temprana de las víctimas que permita otorgarles la protección que tienen reconocida como tales.

Finalmente, Carmen Pérez cierra el volumen con una reflexión sobre los cambios que supone la creación de la Agencia Europea para la Guardia de Fronteras y Costas (AEGFC) respecto a la protección de los derechos Humanos en las acciones operativas hasta ahora coordinadas por FRONTEX. En concreto se analiza el mecanismo administrativo de denuncias relacionadas con posibles violaciones de los derechos fundamentales en el transcurso de las actividades relacionadas con la nueva agencia previsto en el artículo 72 de su Reglamento y si puede considerarse suficientemente garantista. Es un mecanismo abierto a cualquier persona afectada por cualquier actividad de la AEGFC que permite presentar una queja ante la propia agencia. La reclamación será examinada por el

Oficial de Derechos Fundamentales, que enviará las que considere admisibles al director ejecutivo de la agencia. Si la denuncia afecta al personal de la agencia será esta quien dé seguimiento al caso. Si se trata de personal de un Estado miembro, será este quien deberá hacerlo.

Las dudas han surgido acerca de si se trata de un procedimiento suficientemente imparcial y sobre las vías para recurrir las decisiones de inadmisión o si se está en desacuerdo con la respuesta obtenida. En particular no está claro si el Tribunal de Justicia de la UE podría ser competente para intervenir en caso de una respuesta considerada inadecuada. Según la autora no parece descartable que las decisiones que tomen las agencias del ELSJ, como la AEGFC, puedan ser objeto de un recurso de revisión y control y en particular una posible acción de anulación referida a los actos que produzcan efectos jurídicos frente a terceros como puedes ser una queja sobre una violación de los derechos fundamentales.

Como se desprende de la multitud de enfoques que se han mencionado, el papel de las agencias del ELSJ de la UE es un campo de investigación de gran interés que es de plena actualidad y presumiblemente continuará teniendo un creciente papel en la gestión de la seguridad al interior y al exterior de las fronteras de la UE. La crisis de los refugiados ha puesto de manifiesto las debilidades de algunos de los mecanismos empleados, pero también ha dado lugar a nuevas respuestas para fortalecer los mecanismos de gestión y control. En este proceso, la preocupación por la protección de los derechos humanos fundamentales se proyecta como un imperativo político con una necesaria traslación al ámbito jurídico. Dado el complejo entramado jurídico institucional hoy existente en la gestión del ELSJ, obras como esta ofrecen una guía fundamental para comprender el alcance de los desafíos a los que se enfrenta la UE.

LISTA DE EVALUADORES

Evaluadores de los números 1-12 de Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad

NOMBRE	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	FILIACIÓN
Samuel	Abad	Yupanqui	Pontificia Universidad Católica del Perú
Montserrat	Abad	Castelos	Universidad Carlos III de Madrid
Joaquín	Abellán	García	Universidad Complutense de Madrid
Joana	Abrisketa	Uriarte	Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
Amparo	Alcoceba	Gallego	Universidad Carlos III de Madrid
Julio	Alguacil	Gómez	Universidad Carlos III de Madrid
Francisco Javier	Álvarez	García	Universidad Carlos III de Madrid
Maite	Álvarez	Vizcaya	Universidad Carlos III de Madrid
María José	Añón	Roig	Universitat de València
Elviro	Aranda	Álvarez	Universidad Carlos III de Madrid
Ana Catalina	Arango	Restrepo	Universidad Carlos III de Madrid
Federico José	Arena		Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
Txetxu	Ausín	Díez	CCHS. CSIC
Astrid	Barrio	López	Universitat de València
Elena	Beltrán	Pedreira	Universidad Autónoma de Madrid
Manuel	Bermejo	Castrillo	Universidad Carlos III de Madrid
Juan María	Bilbao	Ubillos	Universidad de Valladolid
Miguel Ángel	Cabellos	Espiérrez	Universitat de Girona
José Manuel	Cabra	Apalategui	Universidad de Málaga
Manuel	Calvo	García	Universidad de Zaragoza
Manuel	Cancio	Meliá	Universidad Autónoma de Madrid
Margarida	Capellà	Roig	Universidad de las Islas Baleares
Santiago	Carassale	Real	FLACSO. México
Juan Carlos	Carbonell	Mateu.	Universitat de València
Encarnación	Carmona	Cuenca	Universidad de Alcalá
Emiliano	Carretero	Morales	Universidad Carlos III de Madrid
Pedro	Chávez	Girado	Parlamento Europeo
Javier	Chinchón	Álvarez	Universidad Complutense de Madrid
José Luis	Colomer	Martín-Calero	Universidad Autónoma de Madrid



Ignacio	Colomer	Hernández	Universidad Pablo de Olavide
Paolo	Commanducci		Università degli Studi di Genova
Ramón	Cotarelo	García	Universidad Nacional de Educación a Distancia
María Luisa	Cuerda	Arnau	Universitat Jaume I
Paz de la	Cuesta	Aguado	Universidad de Cantabria
Ricardo	Cueva	Fernández	Universidad Autónoma de Madrid
Paloma	De la Nuez	Sánchez-Cascado	Universidad Rey Juan Carlos
Antonio	Descalzo	González	Universidad Carlos III de Madrid
María	Díaz	Crego	Universidad de Alcalá
Elvira	Domínguez	Redondo	Middlesex University
Jacobo	Dopico	Gómez-Aller	Universidad Carlos III de Madrid
Javier	Dorado	Porras	Universidad Carlos III de Madrid
Ascension	Elvira	Perales	Universidad Carlos III de Madrid
Jose Elías	Esteve	Moltó	Universidad de Valencia
Ascensión	Elvira	Perales	Universidad Carlos III de Madrid
Rafael	Escudero	Alday	Universidad Carlos III de Madrid
Ana	Espinosa	Díaz	Universidad Carlos III de Madrid
Juan	Fallada	Gacia-Valle	Universitat Rovira i Virgili
Ramón			
María José	Fariñas	Dulce	Universidad Carlos III de Madrid
Eusebio	Fernández	García	Universidad Carlos III de Madrid
María	Fraile	Ortiz	Universidad Carlos III de Madrid
Javier	Franzé	Mundanó	Universidad Complutense de Madrid
Luis	Gómez	Romero	Universtiy fo Wollongong (Australia)
Jose	García	Añón	Universitat de València
José	García	Amado	Universidad de León
Antonio			
Alfonso J.	García	Figuroa	Universidad de Castilla-La Mancha
Daniel	García	López	Universidad de Granada
Ricardo	García	Manrique	Universitat de Barcelona
Ester	García	Sánchez	Universidad Carlos III de Madrid
Roberto	Gargarella		Universidad de Buenos Aires (Argentina)
María Isabel	Garrido	Gómez	Universidad de Alcalá
Ana	Garrocho	Salcedo	Universidad Carlos III de Madrid
Pedro	Garzón	López	Universidad Carlos III de Madrid
Itziar	Gómez	Fernández	Tribunal Constitucional de España
Felipe	Gómez	Isa	Universidad de Deusto
Yolanda	Gómez	Lugo	Universidad Carlos III de Madrid
Antonio	Gómez	Ramos	Universidad Carlos III de Madrid
Carmen	Gómez	Rivero	Universidad de Sevilla
Esther	González	Hernández	Universidad Rey Juan Carlos
Daniel	González	Lagier	Universidad de Alicante



Felipe	González	Morales	Universidad Diego Portales (Chile)
Andrea	Greppi		Universidad Carlos III de Madrid
Ana	Gutiérrez	Castañeda	Universidad de Cantabria
Estrella	Gutiérrez	David	Universidad Complutense de Madrid
Esther	Hava	García	Universidad de Cadiz
Francisco	Herreros	Vázquez	CCHS. CSIC
Liborio	Hierro	Sánchez-Pescador	Universidad Autónoma de Madrid
Macarena	Iribarne	González	Universidad Carlos III de Madrid
Roberto-Marino	Jiménez	Cano	Universidad Carlos III de Madrid
Fernando	Jiménez	Sánchez	Universidad de Murcia
Carmelo	Jiménez	Segado	Universidad Complutense de Madrid
MariaCaterina	Labarbera		Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Carmen	Lamarca	Pérez	Universidad Carlos III de Madrid
Margarita	Lema	Tomé	Naciones Unidas
Carlos	Lema	Añón	Universidad Carlos III de Madrid
Isabel	Lifante	Vidal	Universidad de Alicante
Maracruz	Llamazares	Calzadilla	Universidad Carlos III de Madrid
Diego	López	Medina	Universidad de los Andes
Iván	López	Pardo	Universidad Carlos III de Madrid
Pablo de	Lora	Deltoro	Universidad Autónoma de Madrid
Javier	Lorenzo	Rodríguez	Universidad Carlos III de Madrid
Roberto	Losada	Maestre	Universidad Carlos III de Madrid
Javier de	Lucas	Martín	Universitat de València
Elena	Maculan		Universidad Nacional de Educación a Distancia
Antonio	Madrid	Pérez	Universitat de Barcelona
Araceli	Manjón-Cabeza	Olmeda	Universidad Complutense de Madrid
Jorge	Malem		Universitat Pompeu-Fabra
Ana María	Manero	Salvador	Universidad Carlos III de Madrid
Gema	Marcilla	Córdoba	Universidad de Castilla-La Mancha
Fernando	Mariño	Menéndez	Universidad Carlos III de Madrid
Ruth	Martinón	Quintero	Universidad de La Laguna
Begoña	Marugán	Pintos	Universidad Carlos III de Madrid
Mariano	Melero	de la Torre	Universidad Autónoma de Madrid
José Juan	Moreso	Mateos	Universitat Pompeu-Fabra
Silvia	Morgades	Gil	Universitat Pompeu-Fabra
Antonio	Natera	Peral	Universidad Carlos III de Madrid
Rainer	Nickel		Goethe-Universität Frankfurt am Main
Álvaro	Núñez	Vaquero	Universidad Austral de Chile
Daniel	Oliva	Martínez	Universidad Carlos III de Madrid
Manuel	Ollé	Sesé	Universidad Complutense de Madrid
Pablo	Oñate	Rubalcaba	Universitat de València
Juan	Ortega	Terol	Universidad de Castilla-La Mancha



Miguel Ricardo	Ortega	Soriano	Universidad Nacional Autónoma de México
Sergio	Ortiz	Leroux	Universidad Autónoma de la Ciudad de México
Ignacio	Ortiz de Urbina	Gimeno	Universitat Pompeu-Fabra
Claudina	Orunesu		Universidad Nacional de Mar del Plata
Pilar	Otero	González	Universidad Carlos III de Madrid
Sabela	Oubiña	Barbolla	Universidad Autónoma de Madrid
Miguel Ángel	Pacheco	Rodríguez	Universidad de Castilla-La Mancha
Alberto	Palomar	Olmeda	Universidad Carlos III de Madrid
Ángel	Pelayo	González-Torre	Universidad de Cantabria
Antonio	Peña	Freire	Universidad de Granada
Joan	Pere	Plaza	Universitat Pompeu-Fabra
Carmen	Pérez	González	Universidad Carlos III de Madrid
Pablo	Pérez	Tremps	Universidad Carlos III de Madrid
José Luis	Pérez	Triviño	Universitat Pompeu-Fabra
Nicolás	Pérez	Sola	Universidad de Jaén
Aurelio de	Prada	García	Universidad Rey Juan Carlos
Evaristo	Prieto	Navarro	Universidad Autónoma de Madrid
Luis	Prieto	Sanchís	Universidad de Castilla-La Mancha
Carmen	Quesada	Alcalá	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Tomás	Quintana	López	Universidad de León
Florabel	Quispe	Ramón	Universidad Carlos III de Madrid
Lorena	Ramírez	Ludeña	Universitat Pompeu-Fabra
Álvaro	Ramírez	Alujas	Universidad de Chile
Consuelo	Ramón	Chornet	Universitat de València
José	Real	Dato	Universidad de Almería
Javier	Redondo	Rodelas	Universidad Carlos III de Madrid
Fernando	Reviriego	Picón	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Mª Josefa	Ridaura	Martínez	Universitat de València
Benjamín	Rivaya	García	Universidad de Oviedo
Jorge	Roa	Roa	Universidad Externado Colombia
Mariluz	Rodríguez	Fernández	Universidad de Castilla-La Mancha
David	Rodríguez-Arias	Vailhen	Universidad Granada
Roberto	Rodríguez	Aramayo	CCHS. CSIC
Lucas	Rodríguez	De las Heras	Universidad Carlos III de Madrid
Teresa	Rodríguez	De las Heras	Universidad Carlos III de Madrid
María Eugenia	Rodríguez	Palop	Universidad Carlos III de Madrid
Joaquín	Rodríguez	Toubes	Universidade de Santiago de Compostela
Remedios	Roqueta	Buj	Universitat de València
Violeta	Ruiz	Almendral	Tribunal Constitucional de España



Alfonso	Ruiz	Miguel	Universidad Autónoma de Madrid
Miguel	Ruiz	Muñoz	Universidad Carlos III de Madrid
José	Ruiz	Saldaña	Instituto Nacional Electoral (México)
Roberto			
Mario	Ruiz	Sanz	Universitat Rovira i Virgili
Mª Olga	Sánchez	Martínez	Universidad de Cantabria
Rubén	Sánchez	Medero	Universidad Carlos III de Madrid
Ángel	Sánchez	Legido	Universidad de Castilla-La Mancha
José	Sánchez	Saudinos	Universidad Carlos III de Madrid
Manuel			
José	Sánchez	Tomás	Universidad Rey Juan Carlos
Miguel			
Julián	Sauquillo	González	Universidad Autónoma de Madrid
Julio	Seoane	Pinilla	Universidad de Alcalá
Enrique	Serrano	Gómez	Universidad Autónoma Metropolitana (México)
Helena	Soletto	Muñoz	Universidad Carlos III de Madrid
Alejandro	Soltonovich		Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Beatriz	Souto	Galván	Universidad de Alicante
Rosana	Triviño	Caballero	Universidade da Coruña
Isabel	Turégano	Mansilla	Universidad de Castilla-La Mancha
Jorge	Urbaneja	Cillán	Universidad de Cáceres
Abril	Uscanga	Barradas	Universidad Nacional Autónoma de México
Rodolfo	Vázquez	Cardozo	Instituto Tecnológico Autónomo de México
Carmen	Vázquez	Rojas	Universitat de Girona
Arturo	Ventura	Püschel	Universidad Complutense de Madrid
André	Viana	Garcés	Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
Roberto	Viciano	Pastor	Universitat de València
José	Vida	Fernández	Universidad Carlos III de Madrid
Josep	Vilajosana	Rubio	Universitat Pompeu-Fabra
María			
Roberto	Villa	García	Universidad Rey Juan Carlos
Manuel	Villoria	Mendieta	Universidad Rey Juan Carlos
Tomás S.	Vives	Antón	Universitat de València
Isabel	Wences	Simon	Universidad Carlos III de Madrid
Pablo	Zapatero	Miguel	Universidad Carlos III de Madrid

