



 **eunomia**
Revista en Cultura de la Legalidad

ISSN 2253-6655

NÚMERO 13
Octubre 2017 - marzo 2018



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

www.uc3m.es/eunomia

2253-6655

Consejo de Redacción

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España
JOSÉ LUIS DEL HIERRO AGUAZAS, Universidad Complutense de Madrid, España
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 MAURICIO (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid, España

ALEJANDRO COTEÑO MUÑOZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España

DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

RUBÉN GARCÍA HIGUERA, Universidad Carlos III de Madrid, España

JORGE SAN VICENTE FEDUCHI, 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
28903 Getafe (Madrid)
eunomia@uc3m.es

ÍNDICE

Presentación

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

Estudios

<i>Del referéndum a la secesión – El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas respecto a la autodeterminación</i>	9
Dave Guénette y Alain-G. Gagnon	

<i>La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del Dictamen relativo a la secesión del Quebec</i>	31
François Rocher	

<i>La experiencia escocesa en los referenda de devolución y secesión</i>	61
Malcolm Harvey	

<i>El papel de los jueces en el marco de una carta de derechos: Una teoría de la contención judicial</i>	80
Aileen Kavanagh	

Foro y ágora

<i>La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español</i>	114
Oscar Capdeferro Villagrasa	

<i>Personal docente universitario y contratación temporal abusiva</i>	148
Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz	

<i>La investidura del Presidente del Gobierno: un análisis a la luz de la experiencia reciente</i>	159
Daniel López Rubio	

<i>El debate constitucional de 1931 en España sobre la libertad de conciencia: una discusión de las relaciones entre Iglesia y Estado</i>	182
Francisco J. Bellido	

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Constitucionalismo débil</i>	198
Mariano C. Melero de la Torre	

<i>Interpretación constitucional</i>	211
Abraham Sánchez Sánchez	

<i>Democracia republicana</i>	221
Abril Uscanga Barradas	

<i>Conciliación (laboral y familiar)</i> Eva Palomo Cermeño	226
<i>Desarrollo (evolución internacional)</i> Jorge Resina de la Fuente	235
<i>Elusión fiscal (regulación en la Unión Europea)</i> Rafael Sanz Gómez	251
<i>Privatización (de la administración)</i> Lucylea Gonçalves França	260
<i>Hecho ilícito internacional</i> Pietro Sferrazza Tabi	271
<i>Crimen de agresión</i> Gloria Fernández Arribas	283
<i>Mutilación genital</i> Tania García Sedano	293

Releyendo a...

<i>Madame Helvétius, una aristócrata contra la pena de muerte. Carta de Madame Helvétius al abad Morellet (1790)</i> Ricardo Hurtado Simó	307
--	-----

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Antropoceno sin antropoceno</i> Manuel Arias Maldonado	321
<i>¿Podrá el modelo de bienestar europeo sobrevivir a la crisis ecosocial?</i> Fernando Arribas Herguedas	327

BOOK FORUM

<i>Alicia García Ruiz (2016), Impedir que el mundo se deshaga. Por una emancipación ilustrada: mirando de reojo el presente</i> Manuel Cruz	331
<i>Alicia García Ruiz (2016), Impedir que el mundo se deshaga. Por una emancipación ilustrada: justicia, soberanía y vulnerabilidad</i> María José Guerra Palmero	335
<i>No interrumpan la conversación (democrática) sin una buena razón: palabras de agradecimiento</i> Alicia García Ruiz	341

RECENSIONES

- Sansón Carrasco (2017), Contra el capitalismo clientelar*
Carlos Sebastián Gascón 347
- Agustí Cerrillo-i-Martínez y Juli Ponce (eds.) (2017), Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*
Jesús Ignacio Delgado Rojas 352
- Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú y Julio Tejedor Bielsa (Dir.) (2016), La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*
Alejandro Coteño Muñoz 358

Presentación

Foreword

José María Sauca
Universidad Carlos III de Madrid
Director de Eunomía

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3802>

Desde que comenzó esta empresa editorial, hace unos siete años, hemos mantenido uniformemente su línea temática fundacional que atiende, y cito, con *especial interés el desarrollo del estado de Derecho y la profundización en la democracia*. Estos respectivos «desarrollo y profundización» pueden ir de la mano y reforzarse mutuamente en un fortalecimiento recíproco hasta el punto de preconizar su implicación solidaria. Sin embargo, esta virtuosa camaradería, como la de tantos valores u objetivos trascendentes, puede entrar en crisis y no están descontados los desencuentros y tensiones entre ambos. Tocqueville nos enseñó que la interacción pacífica entre la libertad e igualdad no era el estado natural de su relación y que profundizar en la segunda manteniendo la primera era una tarea delicada acreedora de nuestros mejores cuidados y mimos. Es posible que el debate político, y teórico político, actual en España se pueda describir como un escenario en el que actores políticos y académicos plantean, en ocasiones con vehemencia, la contraposición de ambos principios en disyuntivas exhaustivas y excluyentes o, más grave, en exclusiones de la opción política alternativa mediante la pretensión de monopolizar como objetiva una de las diversas formas de articular la relación entre ambas. En definitiva, o bien constitucionalismo y democracia se presentan como términos tendencialmente antitéticos, o bien se presentan como objeto de una unívoca lectura que articula fluidamente a ambos sin dejar espacio a modulaciones alternativas. En la medida en que esta revista promueve una *cultura de la legalidad*, hemos decidido contribuir a este debate incorporando la pluma de autores que han tenido el cuidado y mimo de intentar articular el principio de legalidad y el principio democrático y de hacerlo en contextos y con temáticas diferentes a la nuestra. De esta forma, el primero de los trabajos que configuran los *Estudios* de este número corresponde a Alain-G. Gagnon, director de la *Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes* en la *Université du Québec à Montréal*, en colaboración con Dave Guénette, investigador en las universidades de Laval (Quebec, Canadá) y Catholique de Louvain (Bélgica). En el mismo, se ofrece una perspectiva de las experiencias referendarias de 1980 y 1995 en Quebec y su significación para el sistema constitucional canadiense concluyendo en una propuesta de las similitudes y diferencias que aquellos procesos pueden reportar a la realidad española. El segundo viene de la mano de François Rocher, exdirector de la *School of Political Studies - l'École d'études politiques* de la Universidad de Ottawa, y expone las principales características del Dictamen de la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión de Quebec de 1998, centrándose en el análisis de las condiciones en que puede formularse una pretensión de secesión por alguna de las provincias y las



imbricaciones de las obligaciones que dimanar constitucionalmente de la misma. El tercer trabajo corresponde a Malcolm Harvey, profesor de Ciencia política en la Universidad de Aberdeen (Escocia, UK). En él se ofrece una perspectiva general del uso del referéndum en la reciente experiencia política escocesa, centrándose en los referéndums sobre *devolution* en 1979 y 1997, así como en el más reciente sobre la secesión en 2014 y, en general, en la experiencia constitucional británica como fórmula de incremento de la participación democrática. La sección se cierra con un trabajo de la profesora de la Universidad de Oxford, Aileen Kavanagh. Su aportación, más general en este contexto, pone sobre la mesa la experiencia británica tras la aplicación de la *Ley sobre Derechos Humanos de 1998* sobre la que promueve un modelo de control de constitucionalidad débil que propicie una teoría de la contención judicial. Su tesis fundamental alude a que la fórmula de la autocontención judicial es plausible con un adecuado dimensionamiento de su función institucional y del respeto a los poderes con legitimidad democrática directa. En definitiva, los trabajos recogidos en estos *Estudios* presentan un aire de familia monográfico, teórico e internacional. Deseamos que sean una contribución útil al debate sobre los citados elementos básicos de una *cultura de la legalidad*.

La sección de *Foro y ágora* mantiene también una pulsión por cuestiones de actualidad si bien, con diferentes temáticas entre sí. Se abre con el trabajo de Óscar Capdeferro en el que analiza el grado de cumplimiento del Estado español de las obligaciones internacionales contraídas por el mismo en materia de lucha contra la corrupción. La segunda aportación corresponde a Ignasi Beltrán de Heredia y analiza la sentencia del Tribunal Supremo del pasado junio sobre prácticas abusivas en la sucesión temporal de contratos de profesor asociado en la *Universitat* de Barcelona. Esta cuestión no resulta menor en el contexto de las universidades españolas y, según el autor, puede suponer una redefinición de la gestión del personal docente en las mismas. El tercer artículo que corresponde a Daniel López Rubio, trabaja sobre la cuestión de la investidura del Presidente del Gobierno en España, ofreciendo una mirada más amplia que la dogmática constitucionalista a fin de exponer las características de este proceso institucional en un contexto post bipartidista. Finalmente, Francisco J. Bellido presenta un trabajo de carácter histórico sobre el debate parlamentario celebrado en la constituyente republicana de 1931 en materia de libertad de conciencia a través del análisis de las relaciones entre Iglesia y Estado. Es en esta dimensión temática y en este ámbito donde creemos que radica su interés para el debate contemporáneo: un hipotético proceso de reforma constitucional parecería el contexto en que se abordaría la sustitución de los vigentes Acuerdos con la Santa Sede.

La sección de *voces de cultura de la legalidad* mantiene la publicación de diez nuevas entradas, intentado conservar la expresión de la interdisciplinariedad de los conceptos fundamentales de la Cultura de la Legalidad. Las cuestiones de relevancia constitucional son tratadas por Mariano C. Melero quien presenta las características del denominado *constitucionalismo débil* y por Abraham Sánchez que expone las de la *interpretación constitucional*. Los aspectos teórico políticos son expuestos por Abril Uscanga (*Democracia republicana*) y Eva Palomo Cermeño (*Conciliación*). Las perspectivas supraestatales vienen de la mano de Jorge Resina (*Desarrollo*); Rafael Sanz (*Elusión Fiscal*); Lucylea Gonçalves França (*Privatización de la administración*); Pietro Sferazza (*Hecho ilícito internacional*) y Gloria Fernández Arribas (*Crimen de agresión*). Finalmente, Tania García Sedano (*Mutilación genital*) incorpora la perspectiva criminológica.

El *Releyendo a...* recoge un breve texto epistolar de Madame Helvétius dirigida al abad Morellet escrito en 1790. Se trata de un documento en que expone

una de las preocupaciones que su radicalismo republicano le llevó a condenar: la, en sus palabras, cruel y mezquina pena de muerte. El documento se enmarca en la rehabilitación de una tradición feminista de pensamiento ilustrado que se comprende en el contexto de la función que desempeñaron los salones de debate en el París de la Revolución, promovidos por mujeres como Mme. Necker, Mme. Staël, Mme. Condorcet o la propia Mme. Helvétius y que, en gran medida, tuvo que canalizarse, precisamente, a través de la fórmula de *ser esposa de...*

El *Rincón de Lecturas* recoge la acostumbrada estructura de tres subsecciones. El *Debatiendo* incorpora los comentarios críticos que Manuel Arias y Fernando Arribas dirigen al trabajo publicado por Luis Moreno y Daniele Conversi en el anterior *Eunomía* sobre *Modelo social y límites al crecimiento en el Antropoceno*. Ambas aportaciones se presentan como críticas con la ponencia de base; en el primer caso, significando las insuficiencias del modelo y, en el segundo, discrepando del diagnóstico de progreso indefinido presupuesto por aquel. La subsección del *Book fórum* recoge los comentarios de Manuel Cruz y María José Guerra al libro de Alicia García Ruíz, *Impedir que el mundo se deshaga. Por una emancipación ilustrada*, que la propia autora procede a contestar. La última subsección, *Recensiones*, adquiere tintes monográficos al centrarse en comentar tres monografías recientes dedicadas en su totalidad al estudio de diversas dimensiones y manifestaciones de la corrupción. Las aportaciones críticas se deben a Carlos Sebastián, Jesús Ignacio Delgado y Alejandro Coteño.

En conclusión, entregamos el número 13 de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* al lector y, nuevamente, lo hacemos en tiempo y forma. Este resultado sólo ha sido posible gracias al trabajo generoso y desinteresado de los autores, los evaluadores, los traductores, los editores, los informáticos y demás miembros del equipo de la revista. Ojalá que el resultado de todo este trabajo sea de interés para el lector y contribuya, en alguna medida, a incrementar el conocimiento y respeto a los valores de la cultura de la legalidad.

Del referéndum a la secesión – El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas con respecto a la autodeterminación

From referendum to secession – The Québécois process of accession to sovereignty and its teachings with respect to self-determination^{*(**)}

Dave Guénette

Université Laval, Québec y Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve
dave.guenette.1@ulaval.ca

Alain-G. Gagnon

Université du Québec à Montréal
gagnon.alain@uqam.ca

Recibido / received: 26/05/2017
 Aceptado / accepted: 15/07/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3803>

Resumen

Como resultado de los dos referenda sobre la soberanía en 1980 y 1995, Quebec se ha convertido en un caso clave entre el resto de democracias occidentales. Se trata de un estado moderno desarrollado que intenta obtener su independencia, no en tiempo de guerra ni debido a una opresión política grave, ni con el fin de poner fin a una ocupación colonial de sus territorios o de liberarse de un sistema político antidemocrático, sino por razones que son, en primera instancia, culturales, identitarias, lingüísticas y económicas. En este sentido, y a pesar de la falta de éxito en los dos intentos de referéndum, la nación quebequense aún debe ser reconocida por su rol pionero en cuanto a reconocer el derecho a la secesión de las naciones minoritarias. Al adoptar este enfoque, este artículo se centra en el proceso quebequense de acceso a la soberanía y en las lecciones que puede mostrar, en este sentido, a una España multinacional.

* Traducción de Jorge San Vicente Feduchi.

(**) Este artículo toma como base una inédita versión inglesa del trabajo. Una parte del mismo, en su versión francesa, ha sido publicada en la *Revista Catalana del Dret Públic*, núm. 54 (juny 2017), p. 100-117.



Palabras clave

Autodeterminación externa, naciones minoritarias, secesión, referéndum, Quebec, proceso soberanista catalán.

Abstract

As a result of the two referenda on sovereignty held in 1980 and 1995, Quebec has somehow become something of a figurehead for western democracies. It represents a modern developed state seeking national independence, not in time of war or because of serious political oppression, or to end colonial dependence in its territory or rid itself of an antidemocratic political system, but rather and above all by taking this path for cultural, identity, linguistic and economic reasons. In this regard, and notwithstanding the fact that both referenda failed to bring independence, it is still fair to grant the Québécois nation a pioneering role in terms of recognising the right of minority nations to secede. In adopting this approach, this article looks at the Québécois process of accessing sovereignty and the lessons that it can offer, in this regard, to a multinational Spain.

Keywords

External self-determination, minority nations, secession, referendum, Quebec, Catalan sovereignty process.

SUMARIO. 1. La capacidad constitucional de las instituciones del Quebec para celebrar una consulta popular – Una apuesta poco debatida y poco confrontada. 1.1. La dimensión histórica que desembocó en las consultas populares sobre la soberanía del Quebec. 1.1.1. Prácticas de referéndum en Quebec y Canadá previas a los debates sobre la secesión. 1.1.2. Los referenda de 1980 y 1995 sobre la soberanía del Quebec. 1.2. Aspectos legales que permiten los referenda de autodeterminación en Canadá. 1.2.1. La ausencia de restricciones constitucionales positivas para la celebración de un referéndum. 1.2.2. Prácticas constitucionales relativas a la consulta popular. 2. Capacidades constitucionales del Quebec para declarar su independencia – Una cuestión sobre la que hay menos consenso. 2.1. El activismo de las instituciones federales. 2.1.1. La Decisión relativa a la Secesión del Quebec y la reconciliación de intereses altamente divergentes por parte de la Corte Suprema de Canadá. 2.1.2. La Ley de Claridad y la declaración del Parlamento Federal de que era tanto parte como juez en disputas constitucionales. 2.2. La evolución contemporánea del debate y cuestiones en suspenso. 2.2.1. El umbral de la mayoría popular requerida para que Quebec declare su independencia. 2.2.2. La ambigüedad procesal en torno a la obligación de negociar y al proceso de control de constitucionalidad pertinente. 3. Discusión y conclusión – Quebec y Cataluña: casos comparables significativos en contextos políticos y constitucionales muy diferentes.

Durante los últimos 50 años, el debate sobre la capacidad del Quebec de declarar su independencia del resto de Canadá ha definido la vida política y constitucional del país. Desde la elección en 1976 del partido de René Lévesque, el Parti Québécois, hasta los referenda de 1980 y 1995, pasando por el *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec* (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998) y la Ley de Claridad (*Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, 2000) del Parlamento Federal, la cuestión constitucional sobre la soberanía del Quebec ha formado parte del panorama político canadiense.

Quebec, por tanto, ha sido un caso clave entre las democracias occidentales. Se trata de un estado moderno desarrollado que intenta obtener su independencia, no en tiempo de guerra ni debido a una opresión política grave, ni con el fin de poner fin a una ocupación colonial de sus territorios o de liberarse de un sistema político antidemocrático, sino por razones que son, en primera instancia, culturales, identitarias, lingüísticas y económicas. En este sentido, y a pesar de la *falta de éxito* en los dos intentos de referéndum, la nación quebequense aún debe ser reconocida por su rol pionero en la defensa del derecho a la autodeterminación externa de las naciones minoritarias, tanto desde el punto de vista académico como práctico.

Por un lado, desde una perspectiva académica, se ha escrito abundantemente sobre el derecho a la secesión de naciones minoritarias. La literatura científica no solo se refiere a la experiencia del Quebec, sino que se considera aplicable a otras regiones. Estos textos pueden ser divididos en dos categorías, dependiendo de si la apuesta por el derecho a la independencia en estados multinacionales es tratada de manera directa (Patten, 2002: 458; Weinstock, 2001: 182; Dumont y El Behroumi, 2017; Cagliaio y Conde, 2016; Beaud, 2017), o de si el derecho a la autodeterminación se convierte en una opción formal que se debe tener en cuenta al analizar la convivencia (*vivre-ensemble*) en sociedades multinacionales¹. Si bien no asumimos que el caso del Quebec es la fuente de toda esta literatura, se trata indudablemente de un punto de partida ineludible, que puede alimentar de varias maneras nuestras reflexiones.

Por otro lado, desde un punto de vista práctico, desde los referenda sobre la soberanía-asociación (*souveraineté-association*) en 1980 y la soberanía-coparticipación (*souveraineté-partenariat*) en 1995, otras naciones minoritarias en contextos políticos similares también han dado pasos hacia la secesión. Naturalmente, vienen a la mente casos como el de Escocia, donde tuvo lugar un referéndum de autodeterminación en 2014, y el de Cataluña, donde se organizó una consulta popular sobre la independencia en el mismo año, seguida de una elección-referéndum sobre la misma cuestión en 2015. En Cataluña se está planeando en estos momentos un referéndum formal sobre la independencia, que tendría lugar en octubre de 2017. En su largo camino hacia la soberanía, tanto los escoceses como los catalanes se han inspirado en el proceso quebequense y han tratado de aprender tanto de sus éxitos como de los obstáculos que se han encontrado (Bérard, 2015; Rocher y Casanas Adams, 2015: 877; Beauséjour, 2015).

Por estas razones, la experiencia del Quebec y el proceso —aún por terminar— de acceso a su soberanía debe tenerse en cuenta. A pesar de ello, mientras los movimientos secesionistas en Escocia y Cataluña se ven inevitablemente inspirados por esa experiencia, éstos también aportan información valiosa al debate, no solo en lo que se refiere a la soberanía de Quebec, sino también más ampliamente respecto al derecho de autodeterminación de naciones minoritarias dentro de sociedades multinacionales democráticas.

Indudablemente, las lecciones aprendidas del Quebec, Escocia y Cataluña —así como, posiblemente, de experiencias como las de los flamencos o los surtiroleses— comparten fuertes similitudes y contribuyen a una *muestra* más representativa de procesos de autodeterminación de naciones minoritarias en contextos multinacionales. Todos participan en una forma de diálogo dinámico en el que la experiencia práctica de uno de ellos puede tener una influencia concreta y evidente en los debates internos de otros movimientos separatistas e independentistas.

¹ Véase, por ejemplo, Mathieu y Guénette (próximo), en el cual los autores califican al derecho de autodeterminación externa como uno de sus seis pilares socio-culturales.

Teniendo en cuenta esta observación, el proceso de acceso a la independencia del Quebec es, tanto cronológica como sustancialmente, un punto de referencia con respecto a *dos* dimensiones fundamentales distintas (pero complementarias). En efecto, dadas las experiencias escocesa y catalana, creemos que es útil dividir las lecciones del caso quebequés de acuerdo a si se relacionan a (1) la capacidad constitucional de las instituciones del Quebec para celebrar una consulta popular o a (2) la capacidad del Quebec de declarar su independencia del resto de Canadá. Ambas dimensiones serán los sujetos del presente estudio.

1. La capacidad constitucional de las instituciones del Quebec para celebrar una consulta popular – Una apuesta poco debatida y poco confrontada

Tal y como se ha visto en los procesos independentistas de Escocia y Cataluña, la capacidad constitucional de una nación minoritaria de celebrar una consulta popular dentro de sus fronteras no debería darse por sentada. Mientras en Escocia la celebración del referéndum tuvo que ser previamente aprobada por el Gobierno británico en el Acuerdo de Edimburgo (*Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, 2012), en Cataluña, tanto el Gobierno español como el Tribunal Constitucional se oponen firmemente a garantizar esa posibilidad a la comunidad autónoma². Por tanto, parece esencial discutir la capacidad constitucional de las instituciones del Quebec para celebrar una consulta popular. Para ello, nos detendremos en (1.1) la dimensión histórica y (1.2) legal que autorizó los referenda de autodeterminación en Canadá.

1.1. La dimensión histórica que desembocó en las consultas populares sobre la soberanía del Quebec

Para entender el contexto de los referenda de independencia del Quebec, así como su fundamento legal, debemos primero examinar (1.1.1) la historia de prácticas de consulta popular en Quebec y en Canadá previa a los debates sobre la secesión, y después centrarnos en (1.1.2) los referenda de 1980 y 1995 sobre la soberanía del Quebec.

1.1.1. Prácticas de referéndum en Quebec y Canadá previas a los debates sobre la secesión

Los principales pilares de la capacidad del Quebec para celebrar consultas públicas dentro de sus fronteras tienen sus raíces en prácticas que datan de 1867, en la provincia y en el resto de Canadá. En efecto, “debido a razones históricas y contextuales, los referenda en general, y el derecho del Quebec de elegir su estatus político en particular, se han llevado a cabo, *de facto*, liberados, en gran parte, del mecanismo institucional establecido en la constitución formal” (Taillon, 2016: 265, 269-270)³. Así, puede observarse cómo mucho antes de que existiese el debate sobre la posibilidad de celebrar un referéndum sobre la independencia del Quebec, ya existían en Canadá prácticas de democracia directa. Tanto legal como políticamente, las bases de la capacidad del Quebec de celebrar una consulta popular estaban establecidas.

Para empezar, debemos destacar que los plebiscitos han sido relativamente anómalos, tanto a nivel nacional como provincial. Como han puntualizado los juristas

² Véase, por ejemplo, S.T.C. 31/2015, BOE No. 64, p. 190 y S.T.C. 32/2015, BOE No. 64, p. 213.

³ Traducción propia.

Henri Brun, Guy Tremblay y Eugénie Brouillet (2014: 98): “En los regímenes constitucionales inspirados por el modelo británico es generalmente poco común observar técnicas derivadas de la democracia directa”⁴. Dado que este tipo de prácticas no se han utilizado comúnmente en el sistema político canadiense, aquellas no están muy institucionalizadas o sujetas a reglas claras como, por ejemplo, en Suiza.

Históricamente, se han celebrado referenda en Canadá en 1899 —sobre la ley seca (Directeur Général des Elections du Quebec, 2012: 14) — y en 1942 — sobre el servicio militar (ibídem: 15) —. Un tercer referéndum pan-canadiense también tuvo lugar en 1992 para consultar al pueblo sobre el Acuerdo de Charlottetown⁵. Se han celebrado así un total de tres consultas populares en Canadá durante sus primeros 150 años de existencia. Incluso hoy, Canadá solo tiene una “ley de Referéndum limitado” (Marquis, 1993) referente a los plebiscitos, la *Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada*⁶. Esto muestra el bajo grado de institucionalización de las prácticas de consulta popular. Consecuentemente, existe cierta ambigüedad en el proceso de referéndum en Canadá con respecto a sus fundamentos legales, así como a su organización y a la interpretación de sus resultados (Guénette, 2018)⁷.

Un fenómeno similar puede observarse en el nivel provincial, a pesar de que allí estas prácticas han sido un poco más comunes (Marquis, 1993). Por ejemplo, “Saskatchewan, Manitoba y Alberta adoptaron legislación sobre referenda a principios del siglo XX” (Brun, Tremblay y Brouillet, 2014: 98)⁸ para estructurar las prácticas de democracia directa. Por otra parte, algunas provincias supeditan la aprobación de enmiendas a la constitución a la celebración previa de un referéndum provincial (*Constitutional Amendment Approval Act*, 1996; *Constitutional Referendum Act*, 1992). Es más, la gran mayoría de provincias hoy en día “tienen una disposición para la celebración de un plebiscito” (Marquis, 1993).

En el caso del Quebec, se han celebrado cuatro referenda provinciales (Directeur Général des Elections du Quebec, 2017) hasta la fecha. El primero, en 1919 y referente a la ley seca, fue posible “gracias a una ley especial” (Brun, Tremblay y Brouillet, 2014: 98). Estableció por tanto un precedente importante, aunque en el momento Quebec no tenía un marco legal establecido que gobernase sus propias prácticas de democracia directa. Hubo que esperar 50 años para que un proyecto de ley promovido por la Union Nationale, que en ese momento era el partido en el poder en la Asamblea Nacional de Quebec, propusiera el establecimiento de un marco legal para las consultas públicas (ibídem: 98). Abandonado por el Gobierno liberal que sucedió a Union Nationale, esa ley no se adoptó hasta 1978, bajo el gobierno del partido independentista Parti Québécois (ibídem: 98). Este fue el marco legal para los tres referenda sucesivos en Quebec, incluyendo los del 1980 y 1995 referentes a la soberanía de la provincia⁹.

⁴ Traducción propia.

⁵ Volveremos a este referéndum en las secciones 1.1.2 y 1.2.2 para analizar con mayor detalle como contribuyó recordando la capacidad constitucional de Quebec en términos de consulta popular.

⁶ Como su propio nombre indica, esta ley puede ser utilizada únicamente para proveer de un marco a un referéndum en la Constitución; su vocación, por tanto, no es para gobernar todas las acciones de democracia directa en Canadá.

⁷ Traducción propia.

⁸ Traducción propia.

⁹ El tercer referéndum en Quebec llevado a cabo en 1980 es el del Acuerdo de Charlottetown. Aunque fue una consulta pan-canadiense, el Gobierno de Quebec insistió (y lo consiguió) en que fuera llevado a cabo bajo una Ley de Referéndum. Formalmente, por tanto, dos referéndums fueron llevados a cabo en el mismo día.

Si algo podemos aprender de las prácticas de referéndum en Quebec y Canadá, incluso de las anteriores al debate sobre la secesión, es que, a pesar de su relativa poca frecuencia, y a pesar de la falta de un marco legal y constitucional formal para llevarlas a cabo, recurrir a esta herramienta democrática es aún posible para actores políticos tanto a nivel provincial como del Gobierno central. Ahora ya podemos dirigir nuestra atención al estudio de los referenda sobre la independencia del Quebec.

1.1.2. Los referenda de 1980 y 1995 sobre la soberanía del Quebec

Hasta la década de 1980, los quebequeses tan solo habían votado en tres referenda, en 1898, 1919 y 1942. A pesar de ello, entre 1966 y 1977, la idea de que “un referéndum pudiese resolver el eterno debate constitucional volvía a salir a la luz de tiempo en tiempo” (Directeur Général des Elections du Quebec, 2012: 26). El enfoque político de dar forma a la autodeterminación externa, inspirada por la victoria del Gobierno de René Lévesque en 1976, se materializó en la Ley de Referéndum del 23 de junio de 1978 (ibídem: 27), la cual permitió la celebración del primer referéndum sobre la soberanía de Quebec el 20 de mayo de 1980.

Entonces, Quebec votó la propuesta del gobierno provincial sobre una “soberanía-asociación”. El resultado, aunque no fuese el esperado por las fuerzas independentistas, tuvo el mérito de permitir a los quebequeses pronunciarse sobre su futuro político y constitucional. Tras una campaña de 35 días, el 59,56 % de los quebequeses votaron en contra de la independencia, mientras que el 40,44 % apoyó la propuesta independentista en una votación que alcanzó el 85,61 % de participación (Brun, Tremblay y Brouillet, 2014: 113).

Sin embargo, más allá de los resultados, el foco de nuestra atención debería ser el *proceso* de referéndum, ya que el Gobierno del Quebec pudo actuar independiente y autónomamente, sin necesidad de *consultar* ni *pedir autorización* de Ottawa. Formalmente, el proceso fue llevado a cabo dentro del Quebec, a través de sus propias instituciones. Comenzó con un debate que se extendió hasta las 36 horas, repartidas en 17 días, en la Asamblea Nacional, durante el cual todos los representantes de todas las orientaciones políticas tuvieron la oportunidad de expresar sus opiniones (Directeur Général des Elections du Quebec, 2012: 37-38). En la campaña que lo siguió, el líder del “Sí” fue René Lévesque, Primer Ministro de Quebec, y el del “No”, Claude Ryan, líder de la Oposición Oficial en la provincia (ibídem: 39).

Una de las consecuencias de ese debate, formalmente organizado tan solo entre los actores políticos del Quebec, fue que el Gobierno central, aunque no se opusiera a la capacidad del Quebec de celebrar el referéndum, acabó imponiendo su postura y rechazó “ignorar el sistema de comités nacionales establecido en la Ley de Referendos” (Brun, Tremblay y Brouillet, 2014: 112)¹⁰. El Tribunal Superior del Quebec (Boucher v. Mediacom, 1980) y el Consejo del Referéndum (Boucher v. Mediacom, 1980) finalmente decidieron en su favor, permitiendo intervenir a actores de Ottawa en la campaña del referéndum sin prestar atención a las condiciones establecidas en la legislación adoptada en la Asamblea Nacional.

Se estableció, por tanto, un precedente significativo por el que el Gobierno del Quebec podía, de manera autónoma, celebrar un referéndum sobre la soberanía de la provincia a través de las instituciones locales y sin la autorización previa de Ottawa. Sin embargo, el Gobierno central podía por su parte adoptar la estrategia que desease y actuar como quisiese sin importar el marco legal del Quebec.

¹⁰ Traducción propia.

En línea con este precedente, desde un punto de vista procesal, el referéndum de 1995 tuvo mucho en común con el de 1980. Formalmente, se llevó a cabo entre actores del Quebec e incluyó un debate de 35 horas en la Asamblea Nacional y la formación de un bando del “Sí” liderado por el Primer Ministro del Quebec (Jacques Parizeau) y otro del “No” encabezado por el líder de la Oposición Oficial (Daniel Johnson) (Directeur Général des Elections du Quebec, 2012: 51). De nuevo, el Gobierno central rechazó suscribirse al marco legal del Quebec, pero no intentó bloquear la celebración del referéndum.

Fue, sin embargo, el propio resultado lo que diferenció a este referéndum del anterior. En 1995, la opción del “No” ganó estrechamente, con el 50,58 % de los votos, ante el 49,42 % de los votos a favor, con una participación que llegó esta vez hasta el 93,52 % de los votantes registrados (ibídem: 56). La consecuencia de tal resultado fue alentar a las autoridades federales a cambiar sus estrategias en respuesta a la marcha de los quebequenses hacia la independencia¹¹.

Tras este breve repaso histórico de la capacidad del Quebec de celebrar un referéndum sobre su futuro constitucional y político, debemos extraer algunas conclusiones. Para empezar, a pesar de la escasa presencia de prácticas de democracia directa en Canadá, ocasionalmente se han celebrado referenda sobre diversas cuestiones, tanto a nivel federal como provincial, desde que se firmó el pacto constitucional de 1867. Por tanto, si Quebec decidiese establecer un marco legal formal para una consulta popular con el fin de declarar su independencia, parece difícil, si no imposible, tratar de denegarle esa prerrogativa. Consecuentemente, los referenda de 1980 y 1995, así como los consecuentes debates, fueron llevados a cabo estrictamente en instituciones quebequenses. Sin embargo, el Gobierno central intervino a su propia manera en esas campañas, sin agachar la cabeza ante las leyes provinciales sobre la materia.

1.2. Aspectos legales que permiten los referenda de autodeterminación en Canadá

Cuando el camino hacia la independencia del Quebec comenzaba a acelerarse, no fueron solo los precedentes históricos los que parecían hacer posible la celebración de un referéndum interno, sino también su marco legal. La legislación constitucional de Canadá y su naturaleza escrita, consuetudinaria y convencional, así como sus dimensiones (en ocasiones) obsoletas y silenciosas, tuvieron consecuencias en el proceso de autodeterminación del Quebec. Por tanto, debemos evaluar la flexibilidad de las autoridades políticas con respecto a los referenda en el contexto constitucional específico de Canadá. El carácter especial del sistema constitucional canadiense requiere no solo una investigación sobre lo que está permitido en los *textos*, sino también en las *fuentes no escritas* de la Constitución. Con este fin, discutiremos (1.2.1) la ausencia de restricciones constitucionales para la celebración de un referéndum y (1.2.2) las prácticas de consulta popular.

1.2.1. La ausencia de restricciones constitucionales positivas para la celebración de un referéndum

En la Constitución escrita no se menciona ninguna herramienta de democracia directa. Como dice el jurista Patrick Taillon (2016: 270-271), “[d]esde el origen de la federación canadiense en 1867 hasta hoy, los textos de la Constitución canadiense no han aludido a la posibilidad de celebrar un referéndum: tanto en lo que se refiere a las enmiendas constitucionales como a la adopción de legislación federal y

¹¹ Volveremos a esto en la sección 2.1.

provincial, los textos se basan estrictamente en una concepción representativa de la democracia”. A pesar de que este vacío en los escritos no es ni mucho menos un caso aislado en la legislación constitucional canadiense (Guénette, 2015a: 411), tampoco prohíbe ni hace más difícil legalmente el uso de herramientas de consulta. En lo que a ello respecta, para evaluar la legalidad de las consultas populares bajo la legislación canadiense, debemos tomar en consideración no solo las disposiciones constitucionales que puedan informarnos sobre la cuestión, sino también la jurisprudencia generada a través de los años.

Primero, con respecto a las disposiciones constitucionales que pueden no referirse directamente a la posibilidad de celebrar un referéndum pero que pueden ser interpretadas para ello, existen tres secciones especialmente pertinentes. Siguiendo el razonamiento de Patrick Taillon, la sección 45 de la Ley Constitucional de 1982¹² —que establece la capacidad de cada provincia de enmendar unilateralmente su propia constitución—, la sección 92.16 de la Ley Constitucional de 1867 —que establece el poder legislativo de las provincias en “todas las Cuestiones de Naturaleza meramente local o privada en la Provincia”— y la sección 129 de la misma ley —que concierne a la continuidad de las normas legislativas en vigor anteriormente a la Confederación de 1867— probablemente reconocen que las provincias tienen las competencias para convocar un referéndum (Taillon, 2016: 274-275). En conjunto, estas disposiciones constituyen un fundamento jurídico sólido para certificar la legalidad de la consulta popular convocada por el Gobierno del Quebec.

Con respecto a la jurisprudencia, tanto el Comité Judicial del Consejo Privado en Londres como la Corte Suprema de Canadá —que se estableció en 1949 como el tribunal de última instancia— emitieron una decisión en la que aprobaban, en cierta medida, el recurso a mecanismos de referéndum. Para empezar, en 1919 (*In re Initiative and Referendum Act*, 1919) y en 1922 (*R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, 1922), el Comité Judicial emitió una importante sentencia, cuyo resultado fue que las provincias pudieran “invocar la sección 45 [de la Ley Constitucional de 1982] para añadir ciertas herramientas de democracia directa al régimen parlamentario presente” (Pelletier, 1996: 167)¹³. Posteriormente, la Corte Suprema de Canadá confirmó esta interpretación *al completo*, notablemente en las decisiones *Haig* (*Haig v. Canada*, 1993: 995) y *Libman* (*Libman v. Québec*, 1997: 995), y aún más explícitamente en 1998, en el *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec*. Sosteniendo de nuevo la validez de la Ley de Referéndum del Quebec, así como “la autoridad de las provincias de consultar a sus propios electores como vean conveniente” (*ibídem*: 1006), no solo dio por terminado el debate sobre la capacidad de los actores políticos de convocar el referéndum, sino también reiteró la legitimidad democrática de dichos procesos.

En este sentido, la ley canadiense no solo no contiene ninguna limitación *positiva* para la celebración de un referéndum, sino que además sus textos constitucionales, así como la jurisprudencia del Consejo Privado en Londres y de la Corte Suprema de Canadá, confirman la tesis de que la Constitución debe ser interpretada de tal manera que los plebiscitos sean permitidos. Como veremos más abajo, las *prácticas* constitucionales también apoyan este argumento.

1.2.2. Prácticas constitucionales relativas a la consulta popular

¹² Este artículo sustituyó al artículo 92.1 de la Constitución de 1867, pero no existe continuidad legal con él.

¹³ Traducción propia.

Paralelamente al texto de la Constitución y su jurisprudencia, ciertas *prácticas* también llevan a la conclusión de que debe ser posible, bajo la ley canadiense, celebrar una consulta popular. En efecto, “[a] pesar de que no fuese pretendido ni anticipado por los redactores de la Constitución, se han llevado a cabo referenda — de manera paralela a la Constitución— gracias a una evolución en las prácticas políticas y se han consolidado gracias a su reconocimiento en la jurisprudencia” (Taillon, 2016: 290)¹⁴. Estos precedentes, que datan de antes de los debates sobre la secesión del Quebec, también contribuyen a establecer las bases de la legalidad sobre los referenda de soberanía en 1980 y 1995.

Como argumentábamos en el punto 1.1.1, anteriormente al debate sobre la secesión se llevaron a cabo referenda en Canadá, Quebec y en otras provincias, y se adoptó legislación al respecto en algunas provincias para proveer de un marco legal a las consultas populares. En conjunto, estas *prácticas* y estos *mecanismos legislativos* formaron un conjunto de precedentes que, aunque en el límite del mecanismo constitucional, constituyeron los primeros embriones de la democracia directa de Canadá. Ahora, estos forman parte de la cultura constitucional canadiense, y su legalidad no está abierta a debate cuando el Gobierno del Quebec anuncia su intención de convocar un referéndum sobre su soberanía.

Estos precedentes son altamente significativos. Una de las consecuencias de la naturaleza mixta, heterogénea y descentralizada del derecho constitucional canadiense es que un solo precedente puede tener un impacto real y tangible. Como dice el jurista Allan C. Hutchinson (2013, 51-53), la Constitución canadiense es “una mezcla de textos, costumbres, convenciones, ideales y casos”. En este sentido, dada la naturaleza del constitucionalismo canadiense, es muy posible que, si las competencias del Quebec para convocar una consulta popular hubieran encontrado oposición, los precedentes legislativos y las prácticas pasadas, tanto a nivel federal como provincial, hubieran garantizado su celebración.

En resumen, el estudio de las dimensiones históricas y legales muestra que no hay ambigüedad con respecto al poder del Quebec de celebrar referenda de autodeterminación dentro de sus propias fronteras. Las *prácticas históricas* relativas a las consultas populares en Canadá, su estatus como *precedentes constitucionales*, la *ausencia de oposición* por parte del Gobierno central en 1980 y 1995 y el *marco constitucional general* constituyen, en conjunto, otro argumento a favor de esta interpretación. Es por ello que creemos que esta es una cuestión que no genera debate u oposición en Canadá. Sin embargo, la situación es distinta cuando hablamos de la posibilidad de que Quebec pueda declarar su independencia.

2. Capacidades constitucionales del Quebec para declarar su independencia – Una cuestión sobre la que hay menos consenso

Dado que nunca ha habido una verdadera oposición a la posibilidad de que Quebec pudiese consultar a su población a través de un referéndum, los debates en Canadá se han centrado más en la capacidad del Quebec de declarar su independencia. Al menos desde los ajustados resultados en el referenda de 1995, (2.1) las instituciones federales han demostrado un grado de activísimo frente al camino hacia la independencia del Quebec. Uno de los efectos más notables de ese activismo ha sido (2.2) transformar el debate constitucional y plantear nuevas

¹⁴ Traducción propia.

cuestiones sobre las condiciones y los procedimientos que deberían ser respetados durante un proceso secesionista.

2.1.El activismo de las instituciones federales

Tras el referéndum de 1995, en el cual los independentistas se quedaron a tan solo 50.000 votos de la mayoría absoluta, el Gobierno central reaccionó desde diferentes frentes. Como han puntualizado Henri Brun, Guy Tremblay y Eugénie Brouillet (2014: 116), “el hecho de que la opción soberanista se acercase tanto a la victoria incitó a las autoridades federales a replantear su posición estratégica”¹⁵. Aunque es cierto que demostró cierta *apertura* al recomendar que el Parlamento adoptara una moción que reconocía “el carácter distinto de la sociedad de Quebec” (Canadá, House of Commons, 1995: 16791) y al dar a la asamblea legislativa provincial la capacidad de veto sobre ciertas enmiendas constitucionales (*Loi concernant les modifications constitutionnelles*, 1996), el Gobierno central endureció su postura en lo relativo al proceso independentista. Como parte de su respuesta (2.1.1), su primera acción fue reclamar que la Corte Suprema de Canadá tomase una posición sobre la legalidad de la declaración de secesión del Quebec. Después de recibir una matizada respuesta, dirigió su atención al Parlamento canadiense, donde se adoptó la Ley de Claridad (2.1.2).

2.1.1. El *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec* y la reconciliación de intereses altamente divergentes por parte de la Corte Suprema de Canadá

En la ley canadiense, hay un procedimiento que permite al poder ejecutivo consultar al poder judicial su *opinión* sobre asuntos legales o constitucionales. A nivel federal, la sección 53 de la Ley de la Corte Suprema es la que permite al Gobierno central preguntar sobre estas cuestiones a la corte más elevada. A pesar de que las opiniones de la Corte Suprema —y sus decisiones— son formalmente consultativas, estas tienen cierto grado de fuerza normativa y son tomadas en consideración por las autoridades políticas.

Es por tanto en virtud de este procedimiento que “en septiembre de 1996, el Gobierno federal preguntó a la Corte Suprema de Canadá” (Rocher y Casanas Adams, 2016: 899)¹⁶ si, bajo la legislación constitucional canadiense y la legislación internacional, Quebec podía proceder unilateralmente en un proceso de secesión del resto de Canadá. El Gobierno del Quebec, en su deseo de evitar dar legitimidad a un proceso en el que fuera una institución federal la que se pronunciase sobre el derecho del Quebec a declarar su independencia, decidió no participar en el debate en el Corte Suprema: “El Gobierno del Quebec rechazó participar en lo que veía como nueve personas, designadas desde las instituciones federales, decidiendo sobre el derecho a la autodeterminación del pueblo del Quebec” (Des Rosiers, 2000: 171-172).

Dos años después, el 20 de agosto de 1998, la Corte Suprema emitió su respuesta a través del *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec* (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998). De alto valor legal y pedagógico, la decisión fue —y continúa siendo— objeto de relevante análisis y debate y ha alcanzado un claro impacto internacional (Bérard, 2018). Con el fin de analizar y resumir las consecuencias de dicha decisión, debemos entender de dos maneras distintas el *mecanismo* legal promovido por la Corte Suprema: primero, los principios subyacentes de la Constitución sobre los que la Corte basa su razonamiento, y segundo, su aplicación en el contexto de la secesión.

¹⁵ Traducción propia.

¹⁶ Traducción propia.

Dado que la Constitución no se pronunciaba sobre lo que estaba en juego en un proceso de secesión (Brouillet, 2010: 60-61), la Corte tuvo que construir su argumentación sobre fuentes no escritas de esta. El tribunal aseguró entonces que: “Tras la palabra escrita, existe un linaje histórico que se extiende décadas atrás y que asiste en la tarea de considerar los principios subyacentes de la Constitución. Estos principios informan y sostienen al texto constitucional: son supuestos vitales e implícitos sobre los que el texto está basado” (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 49). La Corte continuó indicando que “federalismo, democracia, constitucionalismo y el Estado de Derecho, y el respeto de los derechos de la minoría son cuatro de los principios constitucionales fundamentales en Canadá, añadiendo que “funcionan en simbiosis” y que “[n]ingún principio en sí mismo puede definirse de manera aislada, ni puede, por la misma razón, triunfar sobre o excluir el cumplimiento de otro” (ibídem: 49). Estamos lidiando, por tanto, con normas de mismo peso, al llevar estas implícitas el principio sobredeterminante por el que se establece que ningún actor puede desestimar ninguno de dichos principios con el fin de garantizarse una posición de ventaja.

Tras un examen detallado de cada uno de esos cuatro principios (ibíd.: 49-82), la Corte los aplicó al proceso secesionista del Quebec. Su razonamiento puede ser resumido de la siguiente manera: “El principio federalista, en conjunción con el principio democrático, dicta que el claro rechazo del orden constitucional existente y la clara expresión de la voluntad de perseguir la secesión por la población de una provincia daría lugar a la correspondiente obligación de todos los partidos de la Confederación de negociar los cambios constitucionales para responder ante tal voluntad” (ibíd.: 88). Ahora debemos establecer qué constituyen una *pregunta clara*, una *respuesta clara* y una *negociación de buena fe* (Taillon y Deschênes, 2012: 461), pero la Corte rechazó dar su opinión dado que considera esas cuestiones como de índole política: “La Corte no tiene un papel de supervisión sobre los aspectos políticos de las negociaciones constitucionales. De la misma manera, el ímpetu inicial de la negociación —una clara mayoría respecto a una pregunta clara a favor de la secesión— es, debidamente, el sujeto de una evaluación meramente política (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 100).

El politólogo François Rocher extrae por su parte tres lecciones fundamentales de la decisión de la Corte Suprema: que (1) “un plan de secesión —o de enmendar el orden constitucional canadiense— [es] legítimo si [es] el fruto de la voluntad popular expresada en un referéndum libre de ambigüedades, tanto con respecto a la pregunta como al resultado obtenido a través de dicho referéndum”; que (2) “la legitimidad democrática del plan secesionista requiere, a cambio, una obligación constitucional de Canadá de negociar”; y que (3) “la Corte no tiene la intención [...] de dar una opinión adicional sobre estas cuestiones y [...] otorga a los actores políticos la responsabilidad de juzgar si las ambigüedades se han eliminado de acuerdo a su propia valoración de las circunstancias” (Rocher, 2018). En resumen, si un referéndum sobre la soberanía del Quebec obtuviese un claro apoyo popular, en respuesta a una pregunta clara, las autoridades políticas del Quebec y de Canadá tendrían la obligación constitucional de negociar de buena fe sobre la expresión de dicho resultado.

Con esa decisión, la Corte Suprema reconcilió por tanto intereses altamente divergentes. Su argumento, extraordinariamente matizado, ha sido en general bien recibido, tanto en Quebec como en el resto de Canadá. Además, todo apunta a que fue el resultado de un esfuerzo consciente por parte de la Corte: “Tras [el *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec*], un notable número de autores destacaron la consideración tomada por la Corte Suprema para que su argumento fuese aceptado por los agentes legales del Quebec” (Mathieu y Taillon, 2015: 763-786). Por ejemplo, como subraya el jurista Frédéric Bérard:

“El *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec* es, a ojos de muchos, una respuesta inspiradora y meticulosamente matizada de las complejas consideraciones involucradas en la dinámica secesionista. Al confirmar la simbiosis entre democracia, Estado de Derecho, constitucionalismo, protección de las minorías y federalismo, muchos podrían argumentar que, en varios aspectos, la Corte Suprema de Canadá consiguió cortar un nudo gordiano que había sido hasta entonces imposible de desatar” (Bérard, 2018)¹⁷.

El politólogo François Rocher y la jurista Elisenda Casanas Adam se centran en la recepción de los argumentos de la Corte Suprema, tanto en Quebec como en la Canadá inglesa, así como en el mantenimiento de la neutralidad como árbitro constitucional:

“Así, [el Dictamen] irrumpió como el fruto del razonamiento equilibrado, manteniendo a su vez la legitimidad del poder judicial. La Corte Suprema tuvo éxito en la difícil gesta de declarar que la secesión unilateral del Quebec era ilegal mientras abría la posibilidad a un proceso que, teóricamente, podría desembocar en su independencia tras unas negociaciones de buena fe. Ambas partes podrían extraer de la Decisión argumentos que reforzaran su posición. El papel de la Corte como árbitro no fue objeto de debate” (Rocher y Casanas Adams, 2016: 906)¹⁸.

2.1.2. La Ley de Claridad y la declaración del Parlamento Federal de que era tanto *parte* como *juetz* en disputas constitucionales

Ante la sutileza y la apertura de la Decisión de la Corte Suprema, el Gobierno de Canadá recurrió al Parlamento Federal para *dar efecto* a esa decisión. En palabras de Patrick Taillon: “No habiendo convencido del todo a la Corte Suprema de su defensa basada en el Estado de Derecho, las autoridades federales reaccionaron ante la opinión de la Corte promulgando nueva legislación” (Taillon, 2014: 13, 15-16)¹⁹. A través de dicha ley (*Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, 2000), el Parlamento Federal declaró que era tanto *parte* como *árbitro* de disputas constitucionales. Considerando que “la Cámara de los Comunes, como única institución política elegida para representar a todos los canadienses, tiene un papel importante en identificar qué constituye una pregunta clara y una clara mayoría suficiente para que el Gobierno de Canadá inicie negociaciones en relación a la secesión de una provincia de Canadá” (ibídem: preámbulo), el Parlamento adoptó una ley otorgando a la Cámara el poder de determinar, anteriormente al referéndum, si la pregunta es clara (ibíd.: s. 1), y, posteriormente al referéndum, si se ha obtenido una mayoría clara (ibíd.: s. 2).

Surgen al menos dos problemas con dicha ley: (1) el papel de la Cámara de los Comunes como árbitro, dado que su neutralidad puede ser cuestionada, y (2) la verificación *a posteriori* de la claridad del resultado del referéndum. Primero, con respecto al rol *esquizofrénico* de la Cámara de los Comunes, es altamente problemático garantizar total y únicamente el derecho absoluto y discrecional de juzgar la claridad de la pregunta y el resultado de un referéndum a una institución política federal. Como dice el jurista Stephen Tierney (2012: 318), “la Corte Suprema de Canadá confirmó que la claridad de la pregunta debía ser determinada por ‘los actores políticos’. La Corte no indicó, sin embargo, que dicha cuestión debiera ser

¹⁷ Traducción propia.

¹⁸ Traducción propia.

¹⁹ Traducción propia.

resuelta exclusivamente por actores a nivel federal”. En este sentido, compartimos la posición de que “[m]ientras la Cámara de los Comunes puede, sin lugar a dudas, expresar una determinada opinión política, no tiene, de ninguna manera, la competencia constitucional de tomar una decisión unilateral o emitir un fallo sobre dicha cuestión” (Taillon, 2014: 22)²⁰.

Por otro lado, la evaluación *a posteriori* de la claridad del resultado del referéndum es problemática no solo por la ambigüedad que supone (ibídem: 36), sino también, y por encima de todo, por el recelo que despierta en lo que respecta al principio democrático. Con tal mecanismo de verificación *a posteriori*, “las autoridades políticas federales consiguen tanto cambiar las reglas del juego democrático durante el propio juego, apelando a una ruptura con la norma convencional de *la mitad más uno*, como garantizarse, al mismo tiempo, una capacidad extraordinaria de reescribir, o por lo menos clarificar, las reglas del juego una vez se haya celebrado el referéndum” (ibídem: 37-38)²¹. Por tanto, a través de esta ley, la cual se suponía que daba efecto al requisito de claridad, tal y como demandaba la opinión de la Corte Suprema de Canadá en el *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec*, el Parlamento Federal, al contrario, ideó un mecanismo legislativo que a su juicio podía decretar —unilateral y arbitrariamente— la claridad *a priori* de la pregunta del referéndum y la claridad *a posteriori* de su resultado. En este sentido, la Ley de Claridad “es destacable por su mala fe, obviamente en contradicción con lo establecido por la Corte” (Bérard, 2016: 262)²² y por los principios constitucionales subyacentes.

Por estas razones, estamos profundamente de acuerdo con Patrick Taillon cuando utiliza la expresión “de la claridad a la arbitrariedad” para describir los efectos de la Ley de Claridad. Así mismo, en respuesta a dicha ley —cuyos propósitos democráticos nos parecen más que cuestionables—, la Asamblea Nacional del Quebec adoptó la *Ley relativa al Ejercicio de los Derechos y Prerrogativas Fundamentales del Pueblo de Quebec y del Estado de Quebec (Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, 2001)*. Esta ley reconoce la importancia del *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec* y denuncia la “política del Gobierno federal diseñada para cuestionar la legitimidad, integridad y operación eficiente de sus instituciones democráticas nacionales”, particularmente a través de la Ley de Claridad (ibídem: preámbulo). Las autoridades políticas del Quebec, por tanto, prefirieron responder de manera política a la Ley de Claridad al decretar una ley en Quebec en vez de disputar la ley federal en los tribunales.

Sin embargo, la ley promovida en Quebec no se ha librado de crítica. Adoptada por la Asamblea Nacional del Quebec, afirma que “[e]l pueblo del Quebec, actuando a través de sus propias instituciones políticas, podrá determinar autónomamente el modo en que ejercer su derecho a elegir el régimen político y el estatus legal del Quebec” (ibídem: s. 3), sin referirse a la obligación constitucional de negociar. La ley también establece que, una vez se celebre el referéndum, “la opción ganadora es la opción que obtiene la mayoría de los votos válidos, es decir, el 50 % de los votos válidos emitidos más uno” (ibídem: s. 4), puesto que ese porcentaje es considerado suficiente para asegurar el requisito de claridad del resultado.

Por tanto, aunque es cierto que tanto las autoridades políticas federales como las del Quebec recibieron favorablemente el *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec*, ambas adoptaron legislación diseñada para *darle efecto* en la cual

²⁰ Traducción propia.

²¹ Traducción propia.

²² Traducción propia.

ofrecían interpretaciones muy distintas, demostrando la falta de consenso sobre los requisitos que deben ser cumplidos para que Quebec pueda declarar su independencia. En este sentido, el activismo federal de las instituciones posterior al referéndum de 1995 cambió el debate constitucional y levantó otra serie de cuestiones.

2.2. La evolución contemporánea del debate y cuestiones en suspenso

El *Dictamen relativo a la Secesión del Quebec* fue incuestionablemente un punto de inflexión en el proceso soberanista del Quebec. Para empezar, resolvió un par de cuestiones primordiales, particularmente la cuestión de la capacidad del Quebec de separarse del resto de Canadá siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones: una pregunta clara, una respuesta clara y una negociación previa. Sin embargo, el Dictamen también hizo emerger nuevas cuestiones, incluyendo la que discutiremos en la próxima sección, (2.1.1) relativa al umbral de la mayoría popular requerida para que Quebec declare su independencia, y en la siguiente, (2.2.2) relativa a la ambigüedad procesal en cuanto a la obligación de negociar y al proceso de control de constitucionalidad pertinente.

2.2.1. El umbral de la mayoría popular requerida para que Quebec declare su independencia

La Corte Suprema discute el concepto de la *mayoría clara* en extensión en su decisión, dado que la expresión de tal mayoría debe ser el punto de partida de un proceso secesionista: “un voto mayoritario claro en Quebec en respuesta a una pregunta clara a favor de la secesión conferiría una legitimidad democrática a la iniciativa secesionista que todos los demás participantes de la Confederación deberían reconocer” (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 150). Al no esclarecer explícitamente la forma que debería tomar dicha mayoría (ibídem: 100), la Corte deja en el aire este elemento fundamental. Consecuentemente, los poderes políticos de Ottawa (*Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, 2000: s. 2) y del Quebec (*Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, 2001, s. 4) se apresuraron a interceptar el balón y adoptar legislación —contradictoria— sobre la claridad del referéndum.

Es por ello que el debate evolucionó desde la incertidumbre de si Quebec tendría la capacidad de declarar su independencia a la mayoría necesaria para que eso fuera posible. La decisión de la Corte Suprema hace difícil saber si el precedente está en una *mayoría clara en el sentido cuantitativo* —en otras palabras, una mayoría reforzada—, o si la claridad debe interpretarse de acuerdo a *criterios más cualitativos*. No obstante, a pesar de esta ambigüedad, la Corte sí aportó un elemento importante de la respuesta en su decisión al señalar: “nos referimos a una mayoría ‘clara’ como una evaluación cualitativa. El resultado del referéndum, si es tomado como una expresión de la voluntad democrática, debe estar libre de ambigüedad tanto en la pregunta como en el apoyo conseguido” (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 87).

De esta manera, la Corte señala el principio por el que, para ser *clara*, la mayoría no debería dejar lugar a dudas en cuanto a su *expresión como voluntad democrática*. De acuerdo a algunos autores, para estar libre de ambigüedad, “[l]as dimensiones cualitativas y cuantitativas serían, por tanto, simbióticas” (Bérard, 2016:

255)²³ en el análisis de la claridad del resultado. Aunque este punto de vista sea defendible, debemos observar que, en su decisión, la Corte Suprema nunca menciona una clara mayoría en el sentido *cuantitativo* del término.

Sin embargo, los jueces eligen utilizar conscientemente el término *claro*, no *reforzada* ni *cualificada*, para referirse a la mayoría requerida (Rocher, 2018)²⁴. Por esta razón, aunque los términos y la formulación utilizada por la Corte Suprema no excluyan expresamente la posibilidad de una clara mayoría en el sentido de que debería ser *reforzada*, una interpretación literal nos señala hacia otra dirección. Una mayoría clara, por tanto, sería una que tuviese el apoyo del 50 % + 1 de la población (la cual es una mayoría absoluta) obtenido en un contexto en el que la libre expresión de la voluntad política del pueblo sea posible. La claridad de los resultados —en otras palabras, la ausencia de ambigüedad— sería entonces consecuencia del contexto social, político y legal en el cual la mayoría ha sido obtenida.

La mayoría clara en el sentido cualitativo a la que se refiere la Corte Suprema bien podría estar situada en una progresión de *mayoría simple*, *mayoría absoluta* y *mayoría cualificada*. Mientras una mayoría simple meramente requiere *el mayor número de votos*, una mayoría absoluta requiere la obtención del 50 % + 1 de los votos. Tiene entonces la ventaja de dar el mismo peso político a cada voto durante la consulta. Finalmente, una mayoría cualificada requiere un apoyo mayor al 50 % + 1 de los votos. Por ejemplo, el 55 o el 60 % de los votos podrían ser los requeridos para que una opción pudiera ser considerada ganadora.

En ese sentido, una mayoría clara es más exigente que una mayoría simple o una mayoría absoluta porque está acompañada de un criterio *cualitativo* adicional, pero es más fácil de obtener que una mayoría reforzada. Los requisitos adicionales hacen posible, supuestamente, asegurar la dicha claridad de los resultados del referéndum, actuando como *guardianes* de la legitimidad de la expresión de la voluntad popular. Podríamos por tanto pensar que una *alta participación* en un *referéndum libre de irregularidades* en el que la población tiene que contestar una *pregunta clara* y en el que *los gobiernos han acordado de antemano* las reglas básicas del proceso, además de la obtención de una mayoría del 50 % + 1, constituirían una mayoría clara. Debido a sus componentes constitutivos, este tendría más probabilidades de respetar los principios de federalismo, Estado de Derecho y democracia.

Por ello, dado que es la voluntad de tal *mayoría clara* de quebequenses a favor de la independencia la que obligaría a “las dos mayorías legítimas” (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 93) de Canadá a negociar, parece indispensable que ambas *se pongan de acuerdo* en el significado de la *claridad del referéndum*. En otras palabras, el unilateralismo que hasta ahora ha caracterizado las acciones de los actores políticos tanto provinciales como federales con respecto al movimiento independentista del Quebec no parece ser ya realista. También parece que el proceso adoptado en Escocia deberá guiar la actuación de los actores implicados cuando exista un nuevo referéndum de soberanía: “la reciente aventura escocesa revela, irónicamente, el grado en el que Londres y Edimburgo parecen, al menos implícitamente, haber seguido *in extenso* las enseñanzas de la Corte Suprema de Canadá” (Rocher, 2016: 263)²⁵.

Consecuentemente, los elementos que constituyen la clara mayoría requerida por la Corte Suprema deberían, en un escenario ideal, ser consolidados de manera consensuada entre Quebec y Ottawa, así como determinados y

²³ Traducción propia.

²⁴ Traducción propia.

²⁵ Traducción propia.

conocidos previamente a la celebración del referéndum. Solo si se cumplen estas condiciones será posible que una clara mayoría de los quebequeses se exprese libremente, cumpliendo los principios subyacentes del federalismo y la democracia y estableciendo así la obligación a negociar.

2.2.2. La ambigüedad procesal en torno a la obligación de negociar y al proceso de control de constitucionalidad pertinente

En cuanto una mayoría clara de quebequeses expresen su voto a favor de la independencia, iniciando así el proceso secesionista, se da paso a una ambigüedad procesal: ¿qué pasos debe seguir el proceso? Una vez más, siguiendo el razonamiento de la Corte Suprema, podemos identificar al menos dos fases principales en el proceso: *negociación*, por parte de los actores políticos, de los términos de la secesión; y ratificación del acuerdo de secesión a través de una *enmienda* a la Constitución de Canadá.

Con respecto a la fase de negociación, la Corte no deja lugar a la ambigüedad en lo que respecta su obligatoriedad. Aunque rechaza la posibilidad de que Quebec pueda declarar su independencia unilateralmente, establece al mismo tiempo la obligación del resto de Canadá de negociar en el caso de que el referéndum fuese ganador. En palabras de la propia Corte, dicho referéndum “daría lugar a una obligación recíproca sobre todas las partes de la Confederación para negociar los cambios constitucionales que respondan a la voluntad expresada” (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 88).

No es tanto el *contenido* de las negociaciones lo que importa²⁶ sino los aspectos procesales implicados, es decir, el requerimiento de que las partes participen y el marco de las negociaciones. En relación a los actores participantes, existe un debate significativo sobre si el proceso debe ser *bilateral* o *multilateral*. En otras palabras, las negociaciones, ¿deberían llevarse a cabo exclusivamente entre los gobiernos de Quebec y Canadá, o deberían también incluir a las otras nueve provincias y territorios? La Corte no dice nada al respecto. En efecto, en un principio la Corte menciona que un referéndum ganador en Quebec “obligaría a las otras provincias y al Gobierno federal a reconocer y respetar la expresión de la voluntad democrática participando en las negociaciones” (ibídem: 88)²⁷, pero posteriormente añade que las discusiones deben darse entre “los representantes de *dos mayorías legítimas*, es decir, la mayoría clara de la población del Quebec y la mayoría clara de Canadá en su conjunto, cualquiera que esta sea” (ibíd.: 93)²⁸. Es por tanto imposible determinar con certeza si la Corte opta por el bilateralismo o el multilateralismo en las negociaciones para alcanzar un acuerdo en cuanto a los términos de la secesión. El jurista Frédéric Bérard, sin embargo, plantea una cuestión interesante al afirmar que las otras provincias podrían delegar su papel en las negociaciones al Gobierno federal para facilitar así esa etapa del proceso” (Bérard, 2016: 257-258).

Resulta difícil predecir o estructurar la forma en la que las negociaciones se llevarían a cabo. A pesar del hecho de que han tomado lugar varias veces a lo largo de los años, “las conferencias constitucionales son una especie de objeto legal no identificado en la ley canadiense. Su iniciación, su conducta, sus participantes y su naturaleza vinculante permanecen objeto de preguntas nebulosas” (Guénette,

²⁶ En otras palabras, por ejemplo, los intereses relativos a “asuntos económicos, la deuda, los derechos de las minorías, los pueblos aborígenes y las fronteras territoriales”, (Dion, 2016: 8), [traducción propia].

²⁷ Énfasis propio.

²⁸ Énfasis propio.

2015b, 448)²⁹. No obstante, sin querer ahondar en este tema, la Corte Suprema ha establecido que “[e]l proceso de negociación debe ser conducido en base a los principios constitucionales anteriormente descritos, los cuales deben informar las acciones de *todos* los participantes en el proceso de negociación” (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 94).

Si los actores políticos llegasen a un acuerdo en cuanto a los términos de la secesión de Quebec³⁰, dicho acuerdo tendría que ser ratificado como enmienda formal a la Constitución para tomar efecto y por tanto cumplir con la legislación doméstica (Dion, 2018)³¹. La cuestión que entonces se plantea es simple: ¿qué procedimiento de control de constitucionalidad podría hacer oficial la secesión del Quebec? Dado que el proceso constituyente canadiense está extremadamente diversificado, existen un número de tesis contrapuestas que merecen nuestra atención.

Debido a que la Corte ya ha rechazado el unilateralismo con respecto a la secesión, los procedimientos de control de una ley ordinaria a nivel federal (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998: 94) o provincial (ibídem: 45) deben ser excluidos. El procedimiento de revisión bilateral (ibídem: 43) parece útil puesto que haría resonar la expresión “representantes de dos mayorías legítimas” (ibídem: 93) que la Corte utiliza en el *Dictamen relativo a la secesión del Quebec*. Sin embargo, parece poco probable que el Gobierno federal y los gobiernos de las provincias anglófonas decidieran tomar este camino. El procedimiento “normal”, conocido como 7/50 (*Loi Constitutionnelle*, 1982: s. 42), que requiere el consentimiento del Gobierno federal y de al menos siete provincias que reúnan al 50 % de la población de Canadá, podría entonces aplicarse (Woehrling, 1995: 294). Este representaría el procedimiento *residual* del control de constitucionalidad. Se ha teorizado que podría haber un procedimiento de control *implícito* y *sui generis* único y específico para resolver el caso de la secesión (Tremblay, 1998: 423).

A la luz de lo aprendido recientemente en el *Dictamen relativo a la Reforma del Senado* de la Corte Suprema (Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014), existen sin embargo buenas razones para pensar que el procedimiento preferido sería el de la unanimidad (*Loi Constitutionnelle*, 1982: s. 41). Aunque la secesión de una provincia no sea un asunto directamente tratado por la sección 41 de la Ley Constitucional de 1982, aquella tendría consecuencias estructurales relevantes en los asuntos tratados por dicha sección. Parece obvio que la secesión de la provincia del Quebec conllevaría un cambio en la composición de la Corte Suprema, en la cual debe haber un mínimo de tres jueces del Quebec. Posteriormente, por definición, la secesión de cualquier provincia tendría un impacto en las labores del vicegobernador. Lo mismo ocurre con las fórmulas de enmienda descritas en la Ley Constitucional de 1982 (Bérard, 2016: 258)³². En este sentido, incluso en la ausencia de consenso político o de la confirmación por parte de la Corte Suprema, debemos admitir que el proceso de revisión que requiere la unanimidad del Gobierno federal y de diez provincias sería, probablemente, el más aplicable para la secesión del Quebec bajo la ley canadiense.

En resumen, en la segunda parte de este artículo, hemos visto que el debate sobre la capacidad del Quebec de declarar su independencia es un asunto en el que no hay consenso bajo la ley constitucional canadiense, mientras que la posibilidad de que Quebec celebre un referéndum no presenta realmente ningún problema. En

²⁹ Traducción propia.

³⁰ Dicho acuerdo debería tener una forma similar que el Acuerdo del Lago Meech o el de Charlottetown.

³¹ Traducción propia.

³² Traducción propia.

realidad, fue la Corte Suprema la que puso fin a esta polémica, afirmando que la expresión de una mayoría clara de la población del Quebec, en respuesta a una pregunta igualmente clara, otorgaría la legitimidad necesaria para que los actores políticos del Quebec comenzaran el camino hacia la secesión. A pesar de la confirmación de la capacidad de la nación quebequense de alcanzar la secesión bajo ciertas condiciones, varias preguntas relativas al proceso de acceso a la independencia permanecen aún sin resolver. En concreto, podemos destacar el significado dado al concepto de *mayoría clara*, la manera en la que se debe dirigir el proceso de *negociación*, y el proceso de *enmienda* constitucional que haría efectiva la soberanía del Quebec.

3. Discusión y conclusión – Quebec y Cataluña: casos comparables significativos en contextos políticos y constitucionales muy diferentes

En esta última parte del análisis, tras haber explorado lo que creemos que son todas las preguntas y cuestiones relevantes relativas al proceso de acceso a la soberanía del Quebec, llevaremos a cabo una breve mirada comparativa entre Quebec y Cataluña, en la que sacaremos a la luz las diferencias fundamentales entre ambos procesos, así como las lecciones aprendidas en la experiencia del Quebec que podrían ser de utilidad desde el punto de vista catalán.

Si bien es cierto que existen varios paralelismos entre Quebec y Cataluña — distinta lengua, autonomía gubernamental, población de unos ocho millones, una gran porción de su respectivo Estado, etc. —, ambos casos están inmersos en contextos políticos y constitucionales muy diferentes. Precisamente estas diferencias pueden servir de base para explicar por qué el proceso de obtención de la independencia ha sido tanto más duro para Cataluña que para Quebec.

Para empezar, las constituciones que tienen efecto en Quebec y Cataluña son muy distintas, así como la cultura constitucional en sus respectivos estados. En Canadá, la naturaleza escrita y consuetudinaria combinada de la Constitución proporciona una gran flexibilidad a los tribunales y al poder político con respecto a su interpretación y aplicación. Dado que la Constitución no dice nada sobre la posibilidad de que una provincia demande su secesión, han sido los principios subyacentes de aquella los que han proporcionado la respuesta. Por el contrario, la Constitución española es escrita y superlegislativa y establece la unidad e indivisibilidad del Estado (*Constitución Española*, 1978, art. 2). Esta es una diferencia significativa entre la situación de Cataluña y la del Quebec, siendo para esta última más fácil iniciar un proceso de secesión. Sin embargo, volviendo al espíritu de la decisión de la Corte Suprema de Canadá, los principios de *democracia* y *constitucionalismo* no deben ser interpretados individualmente, abstrayendo al uno del otro, sino que deben ser analizados en un marco de conciliación. En este sentido, y de acuerdo a este argumento, el texto de la Constitución española no debe ser lo único que impida la expresión de la voluntad del pueblo catalán de alcanzar la secesión.

Una segunda diferencia entre las experiencias del Quebec y Cataluña la encontramos en la actitud de los poderes políticos centrales con respecto a los movimientos secesionistas. En Canadá, a pesar de que el Gobierno central ha mostrado cierto activismo desde el segundo referéndum, su actitud sigue estando lejos de la intransigencia del Gobierno español con respecto a los autonomistas e independentistas catalanes. Desde los repetidos recursos en el Tribunal Constitucional a la amenaza de utilizar la coerción para prevenir el avance de la causa soberanista, las acciones del Gobierno central denotan una completa intolerancia y un rechazo absoluto a la posibilidad de un escenario favorable a la secesión de Cataluña. De nuevo, las enseñanzas de la Corte Suprema de Canadá

podrían informar y proveer de argumentos a los autonomistas e independentistas catalanes. En efecto, al imponer *la necesidad de actuar de buena fe y con respecto a los principios constitucionales*, así como *la obligación a negociar la secesión* en respuesta a la expresión de una mayoría clara a favor de esta, la Corte Suprema estableció principios cardinales que pueden servir de argumentos de peso en Cataluña con respecto al ejercicio de la democracia.

Esto nos lleva a una tercera y última diferencia crucial: la naturaleza justa, equitativa y ponderada de las decisiones de los tribunales constitucionales. Mientras que en Canadá la Corte Suprema ha reconocido que el orden legal canadiense hace posible la secesión de una provincia si se cumplen ciertas condiciones, en España el Tribunal Constitucional ha resuelto categóricamente que no es posible siquiera la celebración de un referéndum sobre dicha cuestión.

El efecto de la suma de estas tres diferencias fundamentales entre Quebec y Cataluña es que la última se enfrenta ahora a un *impasse* constitucional absoluto: ¿cómo puede consultar a sus ciudadanos sobre la secesión y actuar de acuerdo a un posible veredicto popular? El marco constitucional español y la intransigencia de los poderes políticos parecen obstáculos decisivos no solo respecto a la independencia de Cataluña, sino también, y sobre todo, con respecto a la expresión de cualquier voluntad democrática por parte del pueblo, lo que también debilita la reputación de España como espacio de democracia real.

Mientras tanto, Escocia —otro caso significativo comparable a los de las naciones quebequense y catalana— se plantea seriamente la posibilidad de celebrar un segundo referéndum sobre su independencia, en respuesta al *brexít*. Ante esta posibilidad, el Secretario de Estado de Escocia, quien es también miembro del Gobierno británico, declaró: “Conocemos el proceso a seguir para celebrar un referéndum. Debería darse el equivalente al anterior acuerdo de Edimburgo” (Carrell, 2017), confirmando así la importancia política y legal del precedente de 2014 sobre la cuestión.

El Reino Unido, de nuevo, da el ejemplo, tanto en sus bases legales como en las acciones de los actores políticos, con respecto a la manera de orquestar una reconciliación perfecta entre los principios constitucionales que una democracia multinacional debe representar en relación al deseo de autodeterminación de una nación minoritaria. Es en esas circunstancias en las que los ciudadanos de una nación podrán ser totalmente capaces de tomar decisiones políticas libres y de determinar su futuro constitucional, bajo los límites de los principios de la democracia y del Estado de Derecho.

En contraposición, cuando el orden constitucional y los actores políticos que en él participan optan por una dinámica y una estructura de dominación con respecto a una nación minoritaria que persigue la emancipación, la reconciliación entre los principios de la democracia, el Estado de Derecho y el federalismo resulta imposible. En contextos similares, el Estado multinacional pierde legitimidad dentro de las fronteras de la nación minoritaria, y dicha nación se vuelve libre de rechazar la camisa de fuerza constitucional (Tully, 1999: 1) que le niega su derecho inherente a la autodeterminación y la igualdad política.

Bibliografía

- BEAUSÉJOUR, A. (2015), “Les référendums sur la souveraineté de l’Écosse et de la Catalogne. Le Renvoi relatif la sécession du Québec en comparaison”, *Tesis de maestría*, Université de Montréal, Montréal.
- BÉRARD, F. y BEAULAC, S. (2015), *Droit à l’indépendance. Québec, Monténégro, Kosovo, Écosse, Catalogne*, XYZ, Montréal.

- BÉRARD, F. (2016), “Du caractère lénifiant de la règle de droit interne en matière d’accession à l’indépendance: les impacts du renvoi relatif à la sécession du Québec”. En: SEYMOUR, M. (Ed.), *Repenser l’autodétermination interne*, Thémis, Montréal.
- BÉRARD, F. (2018), “De la réceptivité des enseignements de la Cour suprême à l’échelle internationale: impacts et répercussions du Renvoi sur la sécession du Québec”. En: TAILLON, P. y BINETTE, A. (Eds.), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, Presses de l’Université Laval, Québec.
- BROUILLET, E. (2010), “Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada: quelques réflexions sur le principe d’exclusivité des pouvoirs”, *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 3.
- BRUN, H., TREMBLAY, G. y BROUILLET, E. (2014), *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- CARRELL, S. (2017), “Theresa May lays down independence vote challenge to Nicola Sturgeon”, *The Guardian*, 3 mars 2017, [www.theguardian.com/politics/2017/mar/03/theresa-may-lays-down-independence-vote-challenge-to-sturgeon?CMP=fb_gu].
- DES ROSIERS, N. (2000), “From Quebec Veto to Quebec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Quebec-Canada Disputes”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 13, n^o 2.
- DION, S. (2016), “Le Renvoi relatif à la sécession du Québec: des suites positives pour tous”, *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 6.
- DION, S. (2018), “L’originalité canadienne en matière de référendums: l’expérience des référendums nationaux et d’autodétermination”. En: TAILLON, P. y BINETTE, A. (Eds.), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, Presses de l’Université Laval, Québec.
- DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS DU QUÉBEC (2012), *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3^e éd., [www.electionsquebec.qc.ca/documents/pdf/dge_6350.3_v.f.pdf].
- DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS DU QUÉBEC (2017), *Référendums*, [www.electionsquebec.qc.ca/francais/provincial/resultats-electoraux/referendums.php].
- DUMONT, H. y EL BEHROUMI, M. (2017), “La reconnaissance constitutionnelle du droit de demander la sécession dans les États plurinationaux”. En: GAGNON, A.-G., y NOREAU, P. (Ed.) *Constitutionnalisme, droits et diversité. Mélanges en l’honneur de José Woehrling*, Thémis, Montréal.
- GUÉNETTE, D. (2015a), “Le silence des textes constitutionnels canadiens – Expression d’une Constitution encore inachevée”, *Les Cahiers de droit*, vol. 56, n^{os} 3-4.
- GUÉNETTE, D. (2015b), “La modification constitutionnelle au Canada – Quelle procédure pour quelle Constitution?”, *Revue belge de droit constitutionnel*, vol. 21, n^o 4.
- GUÉNETTE, D. (2018), “Le référendum constitutionnel dans les sociétés fragmentées – L’expérience canadienne, son ambiguïté et ses conséquences”. En: TAILLON, P. y BINETTE, A. (Eds.), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, Presses de l’Université Laval, Québec.
- HUTCHINSON, A. C. (2013), “Constitutional Change and Constitutional Amendment. A Canadian Conundrum”. En: CONTIADES, X. (Ed.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge, New York.
- MARQUIS, P. (1993), *Les référendums au Canada: les conséquences d’un processus décisionnel populiste pour la démocratie représentative*, [publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp328-f.htm].

- MATHIEU, C. y TAILLON P. (2015), “Le fédéralisme comme principe matriciel dans l’interprétation de la procédure de modification constitutionnelle”, *Revue de droit de McGill*, vol. 60, n° 4.
- MATHIEU, F. y GUENETTE, D. (2018), “Empowering Minorities’ Societal Culture within Multinational Federations”. En: ARORA, B., STEYTLER, N. y SAXENA, R. (Eds.), *The Value of Comparative Federalism. The Legacy of Ronald L. Watts*.
- PATTEN, A. (2002), “Democratic Secession from a Multinational State”, *Ethics*, vol. 112, n° 3.
- PELLETIER, B. (1996), *La Modification Constitutionnelle au Canada*, Carswell, Scarborough.
- ROCHER, F. y CASANAS ADAMS, E. (2016), “L’encadrement juridique du droit de décider: la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec”. En: TAILLON, P., BROUILLET, E. y BINETTE A. (Eds.) *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur d’Henri Brun et de Guy Tremblay*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- ROCHER, F. (2018), “Les incidences démocratiques de la nébuleuse obligation de clarté du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*”. En: TAILLON, P. y BINETTE, A. (Eds.), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, Presses de l’Université Laval, Québec.
- TAILLON, P. (2014), “De la clarté l’arbitraire: Le contrôle de la question et des résultats référendaires par le Parlement canadien”, *Revista d’estudis autonòmics i federals*, n° 20.
- TAILLON, P. (2016), “Le référendum comme instrument de réforme paraconstitutionnelle au Québec et au Canada”. En: SEYMOUR, M. (Ed.), *Repenser l’autodétermination interne*, Thémis, Montréal.
- TAILLON, P. y DESCHÊNES, A. (2012), “Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien: l’obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels”, *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 3.
- TIERNEY, S. (2012), *Constitutional Referendums*, Oxford University Press, Oxford.
- TREMBLAY, G. (1998), “La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec”, *Revue du Barreau*, vol. 58.
- TULLY, J. (1999), “Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales”, *Globe. Revue internationale d’études québécoises*, vol. 2, n° 2.
- WEINSTOCK, D. (2001), “Constitutionalizing the Right to Secede”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 9, n° 2.
- WOEHLING, J. (1995), “Les aspects juridiques d’une éventuelle sécession du Québec”, *Revue du Barreau canadien*, vol. 74, n° 2.

Conferencias

- BEAUD, O. (2017), “La sécession dans une fédération et son rapport avec le pacte”, *Conférence CREQC*, Université du Québec à Montréal, 17 de enero 2017.
- CAGIAO Y CONDE, J. (2016), “Pluralisme national et autogouvernement: vers une constitutionnalisation du droit d’autodétermination?”, *Conférence CRIDAQ*, Université Laval, 3 de octubre 2016.
- CRIDAQ y EURAC (2015), “La politique dans les sociétés fragmentées: Cohésion, reconnaissance, redistribution et sécession”, *Bolzano*, 14-27 de junio 2015.

Legislación

Constitución Española de 1978.

Constitutional Amendment Approval Act, 1996, R.S.B.C., c. 67.

Constitutional Referendum Act, 1992, R.S.A. c. 25.

Loi concernant les modifications constitutionnelles, L.C. 1996, c. 1.

Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada, L.C. 1992, c. 30.



Loi constitutionnelle, L.C. 1982.

Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec, L.C. 2000, c. 26.

Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, 2001, RLRQ, c. E-20.2.

Loi sur la consultation populaire, RLRQ c. C-64.1.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26.

Jurisprudencia

CANADA, Haig c. Canada (Directeur général des élections), [1993] 2 R.C.S. 995.

CANADA, In re Initiative and Referendum Act, [1919] A.C. 935.

CANADA, Libman c. Québec (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 569.

CANADA, R. c. Nat Bell Liquors Ltd., [1922] 2 A.C. 128.

CANADA, Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] 1 R.C.S. 704

CANADA, Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

ESPAÑA, S.T.C. 31/2015, BOE no 64, p. 190.

ESPAÑA, S.T.C. 32/2015, BOE no 64, p. 213.

QUÉBEC, Boucher c. Mediacom, [1980] C.S. 481.

QUÉBEC, Boucher c. Mediacom, Conseil du référendum, 16 mayo 1980.

Documentos oficiales

Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, 15 de octubre 2012, [www.gov.scot/Resource/0040/00404789.pdf].

CANADA, CHAMBRES DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 29 de noviembre 1995.

La incidencia democrática de la nebulosa obligación de claridad del *Dictamen relativo a la secesión del Quebec*^{*}

Democratic Impact of the vague Obligation of Clarity in the *Reference re Secession of Quebec*

François Rocher
 Universidad de Ottawa
francois.rocher@uottawa.ca

Recibido / received: 21/06/2017
 Aceptado / accepted: 12/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3804>

Resumen

El artículo analiza los efectos que el Dictamen del Tribunal supremo de Canadá relativo a la secesión del Quebec genera desde una perspectiva democrática. Para ello se centra en dos aspectos. El primero propone una reflexión sobre los fundamentos del Estado de Derecho; sobre el alcance del constitucionalismo así como sobre las exigencias asociadas al imperio de la ley y a la comprensión del margen de discrecionalidad atribuido a los actores políticos. El segundo pone en evidencia la definición estrecha de la democracia constitucional propuesta por el Tribunal así como sus múltiples zonas de sombra.

Palabras clave

Secesión, derecho de secesión, Imperio de la ley, *Rule of Law*, obligación de negociar, claridad.

Abstract

This article analyses the impact generated by the Reference re Secession of Quebec from a democratic perspective. Following that objective, it focuses on two aspects. The first one proposes a reflexion on the foundations of the Rule of Law, the range of constitutionalism as well as the requests associated to the supremacy of the law and to the understanding of the

* La versión francesa de este texto ha sido presentada para su publicación en Patrick Taillon (sous la direction de), *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, Presses de l'Université Laval, Quebec (en prensa).
 Traducción de José María Sauca.

margin of discretion conferred to political agents. The second one shows up the narrow definition of constitutional democracy proposed by the Court as well as its large grey areas.

Keywords

Secession, Right to secession, Supremacy of the law, Rule of Law, obligation to negotiate, clarity.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Derecho y política, política y Derecho. 2.1. De la dimensión política de los fenómenos jurídicos a la dimensión jurídica de los fenómenos políticos. 2.2. La definición restringida del principio del imperio de la ley. 2.3. Del poder discrecional y del uso arbitrario del poder. 3. Sobre el lado claro-oscuro del Dictamen. 3.1. Una democracia constitucional que enmarca la voluntad popular. 3.2. Una cuestión clara: primera oscuridad. 3.3. Una mayoría clara: segunda oscuridad. 3.4. Los «actores políticos» y las «dos mayorías legítimas»: tercera oscuridad. 3.5. El objeto de las negociaciones: cuarta oscuridad. 4. Conclusión.

Si no podemos ver claro,
al menos veamos mejor las oscuridades.
Sigmund Freud, *Inhibición, síntoma y angustia* (1926)

1. Introducción

El 20 de agosto de 1998, bajo un cielo encapotado, el Tribunal Supremo de Canadá (en adelante, el Tribunal) publicaba su Declaración relativa a la Secesión del Quebec¹. A las 18 horas, llovía sobre la capital federal. Del lado de los portavoces federales se cantaba victoria ya que el cielo político venía a conocer una claridad esperada desde hacía dos años. El Tribunal establecía que el Gobierno del Quebec no podía declarar la secesión unilateralmente. A las 20.01 horas se imponía el crepúsculo. El Dictamen daba origen, en virtud de los principios del federalismo y de la democracia, a una «obligación recíproca para todas las partes que forman la Confederación de negociar las modificaciones constitucionales dirigidas a satisfacer al deseo expresado, una obligación de negociar un cambio del orden constitucional canadiense»². El Tribunal transformaba una obligación política en una obligación jurídica (Monahan, 2012, p. 68; Taillon y Deschênes, 2012). El 21 de agosto, el cielo iba a seguir estando parcialmente nuboso.

¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

² *Id.*, p. 88.

Más allá de las respuestas dadas a las cuestiones sometidas por el Gobierno del Canadá, el Tribunal ha contextualizado su decisión y ha formulado consideraciones suplementarias de profundas consecuencias políticas y jurídicas. Destacamos tres. En primer lugar, ha señalado que un proyecto de secesión —o de modificación del orden constitucional canadiense— era legítimo si éste era fruto de la voluntad popular expresada en el marco de un referéndum sin ambigüedades relativo tanto a la cuestión planteada como a los resultados obtenidos de dicha consulta referendaria. Asimismo, por coherencia, el Tribunal añadía que la legitimidad democrática del proyecto secesionista imponía, en contraparte, una obligación constitucional de negociar por parte de Canadá. Finalmente, aspecto muy infrecuentemente subrayado por los comentaristas del Dictamen, el Tribunal no tenía intención de pronunciarse más sobre estas cuestiones y remitía a los actores políticos la responsabilidad de juzgar si las ambigüedades habían sido resueltas en función de su apreciación de las circunstancias.

El Tribunal fundamenta su resolución sobre la articulación de cuatro principios constitucionales subyacentes (el federal, el democrático, el constitucional y del Estado de Derecho y el de respeto a los derechos de las minorías) que funcionan en simbiosis. Precisa que «ninguno de estos principios puede ser definido en abstracción de los otros y ninguno de estos principios puede impedir o excluir la aplicación de ninguno de los demás»³. Esta resolución está fundada sobre consideraciones jurídicas relativas a la naturaleza de la Constitución y sobre las modalidades de su interpretación invocando especialmente el estado de Derecho. Pero entra de lleno en la esfera política cuando señala a los actores las condiciones de ejercicio de su autoridad y los límites de su margen de maniobra en función de principios que desbordan ampliamente la esfera jurídica.

¿Cuál es la significación política y jurídica de la redefinición de la democracia constitucional preconizada en el Dictamen? Ella plantea los asuntos fundamentales que suponen la forma en que la Constitución debe ser comprendida e interpretada. Recuerda el papel preeminente del Derecho en la consolidación de las relaciones de fuerza que promueven el orden establecido. Descansa sobre una aceptación particular y limitada de la noción de «imperio de la ley» y del modo de funcionar de la democracia constitucional canadiense que clava profundamente sus raíces en una tradición que remonta al siglo XIX. Pone por delante la necesidad de que los actores políticos que deseen modificar el orden constitucional sigan un proceso democrático que no deje lugar a ambigüedad alguna. En su tentativa de resolver la cuadratura del círculo, el Tribunal intenta mostrar como el principio del imperio de la ley (*Rule of Law*) puede desplegarse en una democracia constitucional en la que algunos actores políticos pueden, a pesar de ello, escapar a los límites impuestos por esta misma regla. Más precisamente, avanzamos el argumento según el cual el imperativo de claridad comporta importantes zonas de sombra, permitiendo a los actores políticos tomar decisiones arbitrarias y no razonables motivadas exclusivamente en función de los resultados buscados. En este sentido, el razonamiento pone en entredicho uno de los principios subyacentes que inspiran al conjunto de la Constitución canadiense, a saber: el imperio de la ley. Esto es lo que intentaremos demostrar.

Este artículo consta de dos partes. La primera propone una reflexión sobre los fundamentos del Estado de Derecho; sobre el alcance del constitucionalismo así como sobre las exigencias asociadas al imperio de la ley y a la comprensión del margen de discrecionalidad atribuido a los actores políticos. La segunda parte pone en evidencia la definición estrecha de la democracia constitucional propuesta por el

³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., par. 49.

Tribunal así como sus múltiples zonas de sombra – por no decir de ambigüedad o de oscuridad- creadas por el Dictamen. La resolución de la cuadratura del círculo impuesta por la exigencia de imponer los principios jurídicos a las necesidades políticas pasa por una solución que deje a los actores políticos la oportunidad de definir arbitrariamente las condiciones de aceptabilidad de toda veleidad de modificación del orden constitucional canadiense.

2. Derecho y política, política y Derecho

El proyecto secesionista defendido por los soberanistas quebequenses amenaza el orden constitucional canadiense. Marca una ruptura en relación con el orden establecido y quebranta las bases del régimen político. El Gobierno federal, heredero y garante de este régimen, tenía el deber de recordar el hecho de que Canadá es un «Estado de Derecho» y que todos sus componentes debían operar en el seno del marco jurídico existente.

La estrecha victoria del «no» en el referéndum de 1995 produce un estado de *shock* en Canadá que estuvo a punto de asistir al desmembramiento del país⁴. Los federalistas liberales son señalados con el dedo por su debilidad estratégica. Los líderes de la comunidad anglófona del Quebec, sobre todo concentrada en Montreal, presionan al Gobierno federal para que les proporcione garantías de que no serán dejados a su suerte si un nuevo referéndum tuviese lugar y ganase el «sí». Otros se pronuncian en favor de la partición del Quebec, incluyendo la mitad de la isla de Montreal, reconociendo la soberanía, tal y como hacen los autóctonos (Inuits y Primeras Naciones) en la parte septentrional del Quebec. Algunos grupos se benefician de su «victoria» y se movilizan para reducir la extensión de la legislación lingüística que prohibía completamente la publicidad comercial en otra lengua diferente al francés (Young, 1999, pp. 73–76). En el resto de Canadá, los observadores remarcan que la victoria de los federalistas quebequenses no debía nunca traducirse en una apertura de negociaciones constitucionales que favorecieran al Quebec⁵. Varias voces se elevaron para exigir una regulación jurídica más estrecha en relación con la celebración de otro referéndum y las condiciones de acceso a la soberanía. Son reclamadas nuevas reglas, especialmente en relación con los aspectos siguientes: la necesidad de obtener el apoyo mayoritario de las naciones autóctonas a la secesión antes de autorizarla; la delimitación de las fronteras; la validez de la pregunta; la determinación de una mayoría cualificada (excluyendo el voto del 50% más un voto) (Monahan, Bryant y Coté, 1999, p. 244). En suma, para la mayoría de los canadienses, las reglas que gobernasen la secesión del Quebec no debían en lo sucesivo ser establecidas exclusivamente por los quebequenses.

El Gobierno federal habría podido contentarse con precisar las reglas que tenía intención de seguir ante la celebración de otro referéndum. Sin embargo, a la

⁴ A pesar de que los sondeos realizados durante la campaña del referéndum daban a entender una victoria del Sí (53%), los quebequenses se pronunciaron, por una estrecha mayoría (1,16%), en favor del No que consiguió el 50,58 %. La tasa de participación fue muy elevada: 93,52% (Directeur Général des Élections du Québec, 2000, pp. 37-42). Ver también Rocher (2014).

⁵ G. Feaver, politólogo de la Columbia Británica, observa que «la perspectiva actual en el Canadá inglés es que, en su incesante regateo con Ottawa desde los años sesenta, el Quebec ha ganado ya todo el control que necesita sobre sus asuntos internos. Ahora bien, mientras que una más amplia restitución de poder por el gobierno federal podría ser deseable en principio, ello debería ser una restitución aplicable igualmente a todas las diez provincias y no sólo al Quebec» (Feaver, 1995, pp. 45-46).

luz de las críticas formuladas al punto de vista estratégico de esperar acontecimientos adoptado durante la consulta popular de 1995, al déficit de legitimidad y a la pérdida de confianza en la clase política federal, se decidió a invitar al Tribunal a validar su interpretación de la Constitución solicitándole que dictase, en el marco de un Dictamen, una respuesta a la siguiente pregunta: «¿La Asamblea nacional, el parlamento, o el Gobierno del Quebec puede, en virtud de la Constitución de Canadá, proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá?»⁶ Así, el legislador ha pretendido obtener, a través del apoyo del Tribunal y de la normatividad jurídica de la que es garante, el indispensable soporte ideológico que asegure su propia legitimidad y ganar un apoyo práctico a su acción (Lajoie, 1997, p. 176-177).

2.1. De la dimensión política de los fenómenos jurídicos a la dimensión jurídica de los fenómenos políticos

El Dictamen se inscribe en esta lógica de preservación. La invocación del Estado de Derecho apela a un conjunto de principios tendentes a asegurar la permanencia de valores que fundan el orden social y político (Commaille, 2003, pp. 477-479). Mediante ello, lo jurídico confiere una dignidad a la política deviniendo un elemento constitutivo que nadie ignoraría. En una democracia liberal, el control de los asuntos políticos por el Derecho les confiere una lógica y una retórica teatralizada y codificada. Este «gran juego» es gestionado por los actores –los jueces– que algunos presumen neutros, imparciales, ponderados, prudentes e independientes. El enfrentamiento se desenvuelve en un espacio regulado por las reglas de juego del Derecho y queda en manos de los juristas que se presentan ante los litigantes para debatir sobre un conflicto eminentemente político, ocupando el lugar y posición de los actores políticos. Como remarcaba, con gran tino, el sociólogo Pierre Bourdieu, «ante los litigantes se erige un poder trascendente, irreductible al enfrentamiento de visiones del mundo particulares que no es otro que la estructura y funcionamiento de la especie socialmente instituida de este enfrentamiento» (Bourdieu, 1986, pp. 10). Así, el Derecho, una vez enunciado y fallado, se impone como un argumento de autoridad en el debate político, su valor no podría ser contestado y las normas y principios que dicta permiten apreciar las virtudes de la organización política» (Commaille, 2003).

Los conflictos que afectan a los fundamentos del régimen político y que amenazan el orden y la estabilidad de este último interpelan directamente a la Constitución. Los recursos al constitucionalismo responden a la misma lógica que la que justifica la preservación del Estado de Derecho. En este contexto, no hay nada de sorprendente en que el Tribunal enuncie simple y tautológicamente que «el

⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 2. El procurador general del Canadá también planteó otras dos preguntas al Tribunal: «¿La Asamblea nacional, el parlamento, o el Gobierno del Quebec posee, en virtud del Derecho internacional, el derecho de proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá? En este sentido, en virtud del Derecho internacional, ¿Existe un derecho a la autodeterminación que atribuiría a la Asamblea Nacional, el parlamento, o al Gobierno del Quebec el derecho de proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá? 3. ¿En caso de conflicto entre el Derecho interno y el Derecho internacional cuál tendría prelación entre ellos en Canadá en relación con el derecho de la Asamblea nacional, el parlamento, o el Gobierno del Quebec de proceder unilateralmente a la secesión del Quebec de Canadá?». Para Stéphane Dion, entonces ministro de Asuntos Intergubernamentales, dos razones explican por qué el Gobierno de Canadá se dirigió al Tribunal supremo después del referéndum de 1995: «La primera razón era que el gobierno independentista del Quebec pretendía tener el derecho de separarse unilateralmente. La segunda era que tras el referéndum de 1980, al igual que el de 1995, el Gobierno de Quebec había planteado una pregunta confusa, concebida para inflar artificialmente el apoyo al sí» (Dion, 2012, pp. 387, 295).

principio del constitucionalismo exige que los actos de gobierno sean conformes a la Constitución»⁷. Asimismo, recuerda que la política no puede escapársele y que la Constitución representa un recurso ineludible de los actores que pretenden debatir los asuntos que ligan a los miembros de la comunidad política subsumidos en el seno del Estado de Derecho.

Ahora bien, una constitución no puede ser un documento etéreo, abstracto y ahistórico. Organiza y limita el poder del Estado (Beaud, 2003, pp. 257 y 258; Chevallier, 1993, pp. 251-258; Le Divellec, 2010, p. 1). Más aún, ella delimita la manera en que la autoridad pública debe ser ejercida, identifica los miembros del cuerpo político, establece las instituciones y su modo de funcionamiento. Por añadidura, fija las normas adecuadas de la sociedad que regula así como las condiciones del debate legítimo. Como subrayaba Chris Thornhill, «las normas de una constitución son siempre *normas sociales* y ellas permiten a una sociedad que funcional y reflexivamente se ajuste a su proceso de diferenciación subyacente» (Thornhill, 2010, p. 52)⁸. En este sentido, las normas jurídicas son un «producto político» y traducen las relaciones de fuerza que provienen de los propios actores. Es lo que Jacques Chevallier calificaba de *dimensión política de los fenómenos jurídicos* (Chevallier, 1993, pp. 258 y 259). Sin embargo, estas mismas normas terminan por devenir autónomas por la fuerza «sacralizante» del Derecho y del orden que establecen y se esfuerzan en proteger. Esto nos lleva a hablar aquí de la *dimensión jurídica de los fenómenos políticos*. El rizo es así rizado y los jueces no se privan de recordarlo.

Las incesantes referencias a las normas jurídicas contribuyen a reforzarlas, a cosificarlas y les otorga un estatus de objetividad. El Derecho es así investido de una fuerza apremiante y los comportamientos políticos se someten voluntariamente. Todo rechazo o toda contestación de este orden jurídico serán considerados como un desafío al Estado de Derecho, a la primacía de este último, esto es, contra la propia constitución. En suma, la constitución no sólo sirve para describir el sistema de gobierno sino que vehicula una concepción normativa. Aunque adopte un lenguaje jurídico, la constitución presupone una percepción idealizada de las relaciones entre los individuos, los grupos, las colectividades y el Estado. Es así que la constitución puede ser percibida como una «metanorma» que organiza a las otras normas, sean éstas explícitas o implícitas. En este sentido, Olivier Beaud recuerda los dos sentidos posibles de la constitución normativa:

De una parte, la acepción *material* que es definida por el contenido de las normas que la conforman y en este caso, dice, las normas de la Constitución rigen la organización de los poderes públicos y/o protegen las libertades públicas [...] De otra parte, la Constitución en *sentido formal* permite aislar las normas como constitucionales en la medida en que sean dictadas o modificadas siguiendo un procedimiento determinado (Beaud, 2003, pp. 257 y 258).

Identificar y delimitar las normas constitucionales es lo que el Dictamen se esfuerza por realizar al enumerar los cuatro principios constitucionales subyacentes que, hasta 1998, estaban bien presentes y activos pero permanecían ocultos en la cultura político-jurídica canadiense: «Detrás del documento translucían los arraigados orígenes históricos que ayudan a comprender los principios constitucionales subyacentes. Estos principios inspiran y nutren el texto de la Constitución; ellos son las premisas implícitas»⁹. En este sentido, la Constitución conforma un conjunto de normas jurídicas pero también un marco de sentido del

⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., nota pár. 72.

⁸ NT: El autor cita el texto por su original en inglés, siguiendo el mismo criterio a lo largo del trabajo salvo que se señale lo contrario. En la traducción se ha optado por traducir también al español estas referencias.

⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., pár. 49.

cual es posible extraer un margen de maniobra derivado de los principios que se ocupa de hacer resurgir en el caso y que no se basan en ninguna norma escrita.

Este salto mortal no se hace sin red. Los jueces son actores racionales conscientes de los riesgos a los que se exponen. En nombre de la preservación de su independencia, los tribunales redactan sus sentencias y sus dictámenes de manera que mantengan distancia con los *desiderata* de la clase política. Asimismo, son sensibles al clima social y a la coyuntura que determina la recepción de sus juicios (Radmilovic, 2010, pp. 846 y 847; Lajoie, 1997, p. 47). Como sostiene Andrée Lajoie:

La legitimidad de los jueces se debe menos al temor de los justiciables a los medios represivos de los que dispone el Estado, o incluso a la racionalidad y a la sabiduría probadas en las decisiones judiciales, que a la seguridad de que los jueces comparten sus valores o, al menos, quieren integrarlos en el Derecho (1997, p. 194).

En otros términos, los jueces deben asegurar que sus conclusiones o sus juicios contribuyen a mantener el prestigio del Tribunal al hacer aceptable el resultado de sus deliberaciones para la perpetuación del orden político-jurídico (McFalls, 2005, pp. 49-50 y 59-60)¹⁰. Es lo que Max Weber calificaba de *dominación legítima*, legítima porque

se obedece no a la persona en virtud de un derecho que le es propio, sino a la *norma* codificada que precisa a quién se le debe obedecer y en qué límites se le debe obedecer. En el momento en que emite una orden, aquel que dicta las órdenes obedece también a una regla: a la «ley» o al «reglamento», a una norma *formalmente* abstracta (Weber, [1922] 2014, pp. 291 y 292)¹¹.

De esta manera, la sola legalidad no es, en sí misma, suficiente y debe conformarse a un conjunto de principios, de ideas o de valores que conformen una justificación moral de la ley o del reglamento. Es sobre esta base que se apoya en el consentimiento, fundamento de la legitimidad (Nevitte y Kani, 2002; Gilley, 2006, pp. 502 y 503).

En suma, el Dictamen debe reiterar el hecho de que Canadá es un Estado de Derecho y que, en virtud de ello, es imperativo respetar el principio conjunto del constitucionalismo y del imperio de la ley. La democracia constitucional canadiense, sobre la que volveremos más tarde, no se puede desplegar fuera del Derecho y de las instituciones que reconoce:

El asentimiento de los gobernados es un valor fundamental en nuestra concepción de una sociedad libre y democrática. Sin embargo, la democracia en el verdadero sentido del término no puede existir sin el principio del imperio de la ley. Es la ley quien crea el cuadro en el que la «voluntad soberana» debe ser determinada y puesta en funcionamiento. De últimas, las instituciones democráticas para ser legítimas deben descansar sobre bases jurídicas. Esto significa que deben posibilitar la participación del pueblo y la responsabilidad ante el pueblo por la intermediación de las instituciones públicas creadas en virtud de la Constitución. Sin embargo, es igualmente cierto que un sistema de gobierno no puede subsistir por el solo respeto del Derecho. Un sistema político debe tener también una legitimidad lo que exige, en nuestra cultura política, una interacción del imperio de la ley y del principio democrático.¹²

¹⁰ La legitimidad es un concepto escurridizo. Remite a la opinión pública y a un grado de aceptabilidad y de adhesión a un orden político, de sus elites o de políticas públicas particulares. McFalls pone en evidencia el razonamiento circular que lo anima: «Un orden tiene el derecho de existir porque es legítimo y es legítimo porque existe» (p. 49).

¹¹ Ver también Kauffmann (2014) y Simard (2005).

¹² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 67.

Sin embargo, cuando que el Tribunal hace referencia a «nuestra cultura política» y a su relación con el principio del imperio de la ley, lo hace en función de una lectura particular de este último principio. Así, es relevante descifrar el sentido.

2.2. La definición restringida del principio del imperio de la ley

En su formulación más elemental, el principio del imperio de la ley reenvía a una forma de gobierno en cuyo seno ningún poder puede ser ejercido sin recurrir a los procedimientos, los principios y las obligaciones establecidas por la ley. Los ciudadanos pueden interponer recursos contra cualquiera sin tener en cuenta su estatus e incluso contra los detentadores del poder político. Por ello, no es suficiente establecer una ley, es necesario también que los ciudadanos puedan asegurarse que será aplicada uniformemente y sin discriminación (Scruton, 2007, p. 611).

Esta forma de concebir este principio está profundamente influida por los escritos de Albert Dicey, jurista y académico inglés del siglo XIX que definía el *Rule of Law* en función de tres componentes: la supremacía de la ley por oposición a la influencia del poder arbitrario (que se manifiesta por la prerrogativa o por los amplios poderes discrecionales), la igualdad ante la ley y, finalmente, los principios generales (por ejemplo, la libertad individual o la libertad de asociación) que se derivan más de un conjunto de decisiones de los tribunales tomados a lo largo del tiempo que de reglas generales inscritas en una ley fundamental¹³.

Esta definición se amplía de tal forma que la noción de imperio de la ley corresponde, para algunos, al hecho de que la ley debe ser accesible, inteligible, previsible, no arbitraria, justa, de aplicación uniforme, debe proteger los derechos de la persona, resolver los conflictos sin costes prohibitivos y ser puesta en práctica en plazos razonables. Además, el poder judicial debe ejercerse de forma independiente de los poderes ejecutivo o legislativo y los jueces deben fundar sus decisiones únicamente sobre su interpretación de los hechos en función de su regulación jurídica (Stein, 2009, pp. 300 y 302; Kleinfeld Belton, 2005, p. 16).

En cualquier caso, parece haber un debate de los juristas entre aquellos que conciben el *Rule of Law* como un medio y ponen el acento sobre la presencia de un marco jurídico obligatorio para todos, a saber, un sistema de derechos y aquellos que insisten en los fines perseguidos por el imperio de la ley, especialmente la protección de los individuos (Botero y Ponce, 2010, p. 4 y 5; Tamanaha, 2012, pp. 233 y 234). Para los primeros, la sola existencia de un cuadro jurídico basta y está dissociada de la manera en que es aplicada¹⁴. Para los segundos, se trata sobre todo

¹³ La cita exacta es la siguiente: «ello significa, en primer lugar, la supremacía absoluta o el predominio de la ley ordinaria como opuesta a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de la arbitrariedad, de la prerrogativa o, incluso, de una autoridad ampliamente discrecional por parte del gobierno [...]. Ello significa, de nuevo, igualdad ante la ley o igual sometimiento de todas las clases a la ley ordinaria del lugar administrada por los tribunales ordinarios [...]. El "rule of law", finalmente, puede ser usado como fórmula para expresar el hecho de con nosotros el Derecho de la constitución no es fuente sino consecuencia de los derechos de los individuos tal y como son definidos y aplicados por los tribunales; en breve, los principios del Derecho privado han sido acompañados por la acción de los tribunales y del parlamento hasta el punto de determinar la posición de la Corona y de sus funcionarios; de este modo la constitución es el resultado de la ley ordinaria del lugar» (Dicey, 1893, pp. 191–193). Ver también Allan (1986, pp. 112 y 113), Lajoie (2000, pp. 33 y 34) y Zoller (2003, pp. 1379-1380).

¹⁴ Por ejemplo, para Tamanaha: «El *Rule of Law* es una idea que se refiere a la *legalidad*. La democracia es un *sistema de gobierno*. Los derechos humanos son *normas y estándares universales* o, al menos, normas que reclaman aplicación universal. Dado que cada una de esas nociones tiene un significado que es adecuadamente comprendido, desde mi punto de vista, el insistir que las dos últimas son parte de la definición del *rule of law* da lugar a confusión. Cada una debe ser entendida y razonada en sus propios

de tomar en consideración aquello que permite el respeto del imperio de la ley, esto es, obviamente la preservación de la ley pero también el mantenimiento de la seguridad pública, la protección de las libertades individuales y el acceso equitativo a la justicia.

No es menos cierto que la referencia al principio del imperio de la ley constituye un *deus ex machina* que los tribunales invocan, como un sortilegio, para reiterar la importancia del constitucionalismo como forma de gobierno, colocándose entre aquellos que consideran este principio únicamente bajo el punto de vista de los medios (Allan, 1986, pp. 114 y 115). Este principio es central en virtud de las funciones que cumple. El Tribunal subraya especialmente el hecho de que transmite un sentido de orden, impone el sometimiento a las normas jurídicas conocidas previamente y recuerda la responsabilidad del ejecutivo ante la autoridad legal. Inscribiéndose en la tradición de Dicey, el Tribunal añade que «el principio del imperio de la ley asegura a los ciudadanos y residentes una sociedad estable, previsible y ordenada donde desarrollar su actividad. Proporciona a las personas una muralla contra la arbitrariedad del Estado»¹⁵. Por el contrario, es más difícil para el Tribunal desarrollar una doctrina coherente para ir más allá de este simple enunciado e identificar las características propias que tengan relevancia constitucional. La definición que da el Tribunal de los elementos constitutivos del imperio de la ley es reveladora de esta posición:

[...] el Tribunal ha definido los elementos del imperio de la ley. Hemos subrayado, en primer lugar, la supremacía del Derecho sobre los actos del gobierno y de los particulares. En breve, hay una sola ley para todos. En segundo lugar, explicamos [...] que «el imperio de la ley exige la creación y el mantenimiento de un orden efectivo de Derecho positivo que preserve e incorpore el principio más general del orden normativo». [...] Un tercer aspecto del imperio de la ley [...] se refiere a que «el ejercicio de todo poder público debe, en último término, encontrar su fuente en una norma jurídica». En otras palabras, las relaciones entre el Estado y los individuos deben estar regidas por el Derecho. Tomados en conjunto, estos tres aspectos forman un principio de una profunda importancia constitucional y política.¹⁶

Así, el imperio de la ley corresponde simplemente a la supremacía del Derecho, impone el mantenimiento de las reglas que rigen la organización de los poderes públicos y el ejercicio de estos últimos de conformidad con el Derecho. En suma, el Derecho no reenvía más que a un conjunto de normas positivas y no vehicula ninguna concepción de la justicia más que la procedimental, a saber: el respeto al Derecho. Recurriendo a la lógica, no se puede ser más circular. Esta definición del imperio de la ley que retoma el razonamiento de la teoría positivista empírica, es menos rico que el propuesto por Dicey a fines del siglo XIX ya que se restringe a una parte del primer elemento: la sujeción de todos al *Rule of Law*¹⁷. Sin embargo, el imperio de la ley requiere también que la naturaleza y los límites de las injerencias de las autoridades públicas sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y de las organizaciones/asociaciones de la sociedad civil –así como sobre la capacidad de gestionar las entidades federadas ya que se trata de la constitución de un Estado federal– sean claramente enunciadas previamente, con anterioridad a toda acción tomada contra ellos en nombre del Estado (Allan, 1986, p. 117). El Derecho debe ser conocido y previsible, a falta de lo cual es profundamente contradictorio reclamar el principio del imperio de la legalidad para impedir un acto,

términos. Son elementos distintos que se centran en diferentes aspectos del sistema político-legal que puede existir separadamente o en combinación» (2012, p. 234).

¹⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 70.

¹⁶ *Id.*, p. 71.

¹⁷ Luc B. Tremblay subraya que los constitucionalistas canadienses experimentan la dificultad de enunciar con certeza los postulados del *Rule of Law* aunque se adhieren implícitamente a una teoría positivista anglosajona de la ciencia jurídica. La misma afirmación podría aplicarse al Tribunal supremo (1994, pp. 104 y 105). Sobre la noción de imperio de la ley como justicia, consultar Tremblay (1997).

una elección, un comportamiento, una conducta, una decisión o una gestión. En efecto, ¿cómo declarar ilegal o inconstitucional una iniciativa si los límites a la acción no son conocidos previamente? En otros términos, el imperio de la ley deja de ser una muralla a la arbitrariedad estatal o a una ausencia de control. Al hacerlo, resulta posible planificar una acción ya que sus instigadores sabrán con anterioridad que los resultados no serán declarados inaceptables, ilegales o *ultra vires*.

En el párrafo precedente a la sección que describe los tres componentes del *Rule of Law*, Dicey subraya que «siempre que hay discrecionalidad hay espacio para la arbitrariedad y que en una república no menos que bajo una monarquía, la autoridad discrecional por parte del gobierno implica inseguridad para la libertad jurídica de parte de los sometidos al mismo» (1893, p. 191). En esta perspectiva, el poder discrecional es antinómico con el imperio de la ley en el primero de los sentidos que utiliza Dicey (Cartier, 2004, pp. 189 y 190). Ahora bien, hay que admitir que las normas jurídicas no pueden prever todo y que el Derecho no debe ser comprendido como marco de rigidez excesiva (Cartier, 2009, p. 325). El uso arbitrario del poder no podría confundirse con el margen de discrecionalidad del que disponen las autoridades públicas en los límites, indicaciones y controles impuestos por el Derecho. Incluso la aproximación positivista de Dicey acepta que el poder discrecional pueda ejercerse si se cumplen dos condiciones: debe ser objeto de una autorización legislativa formal y su ejercicio debe ser sometido a vigilancia por parte de los tribunales (Cartier, 2004, p. 190). Estos parámetros han dado lugar a una amplia literatura en Derecho administrativo que conduce a los fundamentos de este poder y a las modalidades de su aplicación¹⁸. El problema se plantea, sin embargo, cuando el poder discrecional no está delegado o transferido a las instancias administrativas sino que debe ser ejercido por los propios actores políticos.

2.3. Del poder discrecional y del uso arbitrario del poder

Todas las múltiples definiciones de la noción de poder discrecional presuponen que su ejercicio, aunque limitado por las normas jurídicas, acepta una cierta *libertad de elección* entre cursos de acción diferentes (Cartier, 2009, p. 314). El jurista belga, Michel van de Kerchove, recuerda que esta libertad de elección puede comprenderse en sentido «débil» o «fuerte». En el primer caso, se trata de un poder de apreciación que descansa sobre la necesidad de apelar al buen juicio en cuanto a la apreciación de los hechos, la significación de las normas y su aplicación. En un segundo sentido, que él también califica de «débil», el poder discrecional reside en la capacidad de una autoridad para tomar una decisión como última instancia, esto es, que no sea susceptible de ser objeto de un recurso o que su elección no será puesta en cuestión. Por demás, en su sentido «fuerte», el poder discrecional corresponde al hecho de que la autoridad que toma la decisión no esté sometida a normas preexistentes; se ejerce sin restricción y no está establecida previamente por una norma jurídica (Van de Kerchove, 1986, pp. 77 y 78). Como subraya Bernard Pachteau, «es la que no está controlada, es lo *que queda cuando todo ha sido controlado*» (Pachteau, 2003, p. 374)¹⁹. En esta segunda perspectiva, la discrecionalidad representa una forma de liberación para con la norma y con la autonomía de los actores en relación con esta norma. Contrariamente a la aceptación «débil», no se trata de adaptar las normas en función del caso o de readaptarlas de manera puntual en el marco de las intervenciones administrativas

¹⁸ Davis (1969), Filion (1979), Lypsky (1980), Goodin, (1986), Bozeman y Rainey (1998), Houle (2001), Warren (2003), Garant (2010), Noreau, Houle, Issalys y Valois (2014).

¹⁹ Las cursivas son del autor.

sino más bien de tomar una decisión sobre la base de una valoración que reconoce los límites del Derecho (Payet, 200, p. 108). En este sentido, como sostiene Jean Pierre Dubois, el poder discrecional se ejerce «cuando la valoración de las circunstancias de los hechos singulares de una situación particular, por la autoridad que aplica una norma general, es libre de toda referencia a criterios predeterminados» (Dubois, 2005).

Las elecciones se basan frecuentemente en consideraciones y criterios de naturaleza política donde el margen de apreciación de los legisladores es más amplio. Evidentemente, se encuentran sometidas al principio del imperio de la ley pero los tribunales quieren limitar su intervención sobre este tipo de decisiones puesto que, al hacerlo, se aventurarían en el terreno de la política. Para Geneviève Cartier:

En el terreno discrecional, la justificación de la no intervención judicial no se traduce en una actitud de deferencia, esto es, del reconocimiento de la legitimidad del ejecutivo en materia de interpretación del Derecho, sino una forma de abstención, esto es, de la necesidad de tener al poder judicial alejado de las decisiones que eran vistas como adoptadas sobre la base de consideraciones ajenas al Derecho (2004, p. 198).

Este razonamiento nos conduce a subrayar que la discrecionalidad en su sentido «fuerte» existe no porque los actores políticos están liberados de las restricciones formales del Derecho sino más bien porque los tribunales aceptan implícitamente (y en ocasiones, explícitamente) que ellos deben mantenerse alejados de las consideraciones políticas que constituyen el fundamento de algunas elecciones discrecionales. En este caso, los tribunales eligen no intervenir invocando el poder reconocido al poder ejecutivo. La posición adoptada por los jueces en el Dictamen es diferente en la medida en que estos últimos conceden al poder político un margen de discrecionalidad anticipadamente a toda acción o decisión. Se trata de un margen discrecional otorgado por delegación.

Así, el reconocimiento de la existencia de un margen de apreciación permite a los actores políticos no estar sometidos a una interpretación demasiado restrictiva del principio del imperio de la ley. Esto no significa que por ello todo este permitido, que sea concebible reintroducir subrepticamente la posibilidad de hacer elecciones arbitrarias, esto es, de manera irrazonable, caprichosa, inverosímil o inaceptable. Si este es el caso, estaría justificada la intervención de los tribunales y que recuerden los límites a respetar a fin de sancionar toda forma de abuso o de desviación de poder.

Este es el mismo problema que el aludido cuando se plantea el tema de la noción de legitimidad. Podemos pensar que cualquier cosa es razonable porque es admisible y compatible con el interés general. Como subrayaba el eminente jurista, Chaïm Perelman:

El carácter irrazonable de una decisión que apela a criterios que son menos jurídicos que sociológicos: es irrazonable lo que la opinión general no puede aceptar, aquello que ella siente como manifiestamente inadecuado a la situación o contrario a la equidad (1978, p. 421).

El uso del poder deviene irrazonable cuando se dirige a dañar a los demás. Incluso así, no es siempre fácil fijar la frontera entre aquello que es perjudicial y aquello que no lo es. Por ejemplo, ¿es irrazonable que un Estado quiera conscientemente perjudicar a un grupo o a un territorio que persiga una secesión? Para algunos, estaría plenamente justificado ya que es necesario, ante todo, preservar la integridad institucional y territorial. Pocas constituciones reconocen el derecho a la secesión. Los individuos que militan en su favor pueden ser acusados de conspirar actividades sediciosas o contrarias a las leyes en vigor. Para otro, no

es tan simple. La respuesta depende, evidentemente, de los medios utilizados para conseguir este objetivo. En una democracia liberal, está generalmente admitido que encarcelar a los individuos sobre la base de sus opiniones políticas, manipular el sistema electoral o prohibir ciertas publicaciones o formaciones políticas pacíficas son medios irrazonables. La medida de lo razonable deviene teleológica: depende el grado de aceptación de los medios implementados por la mayoría.

A la luz de lo antecedente, ¿es posible reconciliar el poder discrecional de los actores políticos con el principio del imperio de la ley? La respuesta simple consistiría en adoptar una aproximación positivista y en limitar la solución a las acciones previamente reguladas por el Derecho. Sin embargo, como hemos subrayado, el poder discrecional de los actores políticos se ejerce precisamente ahí dónde el Derecho es consciente de sus propios límites. Una respuesta más adecuada sería sostener que el poder discrecional de los actores políticos está menos vinculado por el marco jurídico que condicionado por él. Dicho esto, la discrecionalidad no podría ser confundida, repitámoslo, con la arbitrariedad, la buena voluntad o los caprichos de los actores políticos.

La mejor manera de evitar que una decisión sea calificada de arbitraria, de injusta y de imprevisible consistiría, para los actores políticos, en adoptar una concepción dialógica de la discrecionalidad. Ella impone la necesidad de tomar en consideración la representación que la otra parte tiene de sus intereses. Según Geneviève Cartier, las partes deben intentar trascender sus posiciones particulares y explotar el margen de maniobra que les ofrece la discrecionalidad con el fin de favorecer la deliberación sobre las normas y los valores que deberían ser examinados. No se trata de que compartan información sino, sobre todo, de un proceso que permita crear y articular las normas y los valores a los que los actores aceptan adherirse. Siguiendo a Cartier, el interés público y el bien común son servidos mejor en un contexto donde:

La discrecionalidad es delegada, el decisor debe usar su margen de maniobra no como un instrumento de creación unilateral y articulación de valores sino, más bien, como un intersticio para la comunicación y una invitación para establecer esas normas y articular esos valores con la participación de todas las partes afectadas (2009, pp. 321 y 322).

La deliberación se presenta pues como un sólido antídoto al unilateralismo ya que este último es, por su parte, un importante vector de arbitrariedad. Así, el recurso al poder discrecional se aleja del argumento de autoridad para inscribirse en un proceso donde las partes buscan encontrar una vía a la vez compartida y razonable.

Podemos pensar que esta es la vía privilegiada por el Tribunal. En efecto, ¿no había recordado que

nuestras instituciones democráticas necesariamente permiten un proceso continuo de discusión y de evolución, como acredita el derecho reconocido por la Constitución a cada uno de los participantes en la federación de tomar la iniciativa para realizar modificaciones constitucionales?²⁰

Sin embargo, la decisión no hace más que enunciar la obligación de comprometerse en las discusiones *después* de que uno de los participantes haya manifestado su intención de modificar el orden constitucional. No dice nada sobre las normas o los procedimientos que los actores tendrían la obligación de respetar (Courtois, 2014, p. 67). Incluso, cuando se pronuncia sobre la necesidad de plantear una «pregunta clara», no invita a las partes a entenderse *previamente* sobre los

²⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 150.

términos de esta última. Lo único que precisa es que, una vez la pregunta haya sido formulada y los resultados referendarios hayan sido conocidos, «[s]ólo los actores políticos tendrían la información y la pericia para juzgar el momento en el que estas ambigüedades serían resueltas en uno u otro sentido, así como de las circunstancias en las que ellas se producirían»²¹. Esto no permite comprender, contrariamente a aquello que desea el filósofo Stéphane Courtois, que las negociaciones relativas a un acuerdo de secesión precederían a un eventual referéndum²². Algunos pueden, evidentemente, reclamarlas resueltamente pero la decisión no crea una obligación. Al hacerlo, no cierra la puerta a una acción unilateral por parte de uno de los participantes, como le permitiría el lado claro-oscuro del Dictamen.

3. Sobre el lado claro-oscuro del Dictamen

Como en todos los casos que le son sometidos, el Tribunal ha sido llamado a interpretar la Constitución canadiense y a responder a las cuestiones sometidas a su examen por el procurador general de Canadá. Su decisión participa de la elaboración y evolución del Derecho. Las circunstancias particulares de que se ha ocupado el Dictamen han llevado a los jueces, más que nunca, a intentar conciliar el texto de la Constitución con los desafíos planteados en una ocasión concreta²³. Deben demostrar que sus conclusiones no solamente son compatibles con las interpretaciones anteriores que reposan sobre una toma en consideración aceptable de los hechos y de la trama histórica que han dado lugar al litigio, sino que también resultan de un método interpretativo reconocido (LeClair, 2002, pp. 427 y 428). Por demás, esto es lo que hace cuando afirma, antes de identificar los cuatro principios constitucionales fundamentales, que «estas normas y principios provienen de la comprensión del propio texto constitucional, de su contexto histórico y de las diversas interpretaciones ofrecidas por los tribunales en materia constitucional»²⁴. Así, estos son los principios constitucionales subyacentes que nutren el razonamiento. Como veremos, no son definidos de manera abstracta y algunos son estrechamente circunscritos. Ciertamente, una vez enunciadas, las opiniones, los parámetros y las obligaciones identificadas en la decisión confieren un sentido no equívoco, incluso único, a la Constitución (Van de Kerchove, 1988, pp. 296 y 297). En este sentido, el Tribunal precisa que los principios subyacentes, aunque implícitos y no escritos, «son obligaciones imperativas en virtud de la Constitución de Canadá»²⁵. Nada podría anularlos ya que son «imperativos» y de ahora en adelante están inscritos en el Derecho. Tomando en cuenta la importancia atribuida a estas obligaciones, el texto tiene el deber de utilizar un lenguaje preciso –o que lo parezca– a fin de evitar la duda en cuanto a su aplicación. En otros términos, la interpretación del Derecho no debe dar lugar a una indeterminación sobre su aplicación. Ahí es donde está el problema.

3.1. Una democracia constitucional que enmarca la voluntad popular

²¹ *Id.*

²² *Id.*, 69–70.

²³ Sobre los desafíos relacionados con la interpretación constitucional, ver Delpérée (1978, p. 187) y Dumont (2007, p. 477).

²⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 32.

²⁵ *Id.*, p. 153.

El Dictamen responde de manera no equívoca a las cuestiones planteadas por el procurador general de Canadá. Confirma que el Gobierno del Quebec no podría, en virtud de la Constitución canadiense, declarar unilateralmente su independencia. Sin embargo, el Tribunal identifica una nueva esfera jurídica hasta entonces ausente de la Constitución canadiense. A falta de contener una disposición formal que permita a una de sus unidades constitutivas realizar la secesión mediante un proceso previamente definido, la decisión señala que la Constitución no es un obstáculo y que el principio constitucional subyacente es que la democracia no permite a las autoridades políticas hacer oídos sordos a un manifiesto deseo de cambio, incluso si es radical:

La Ley constitucional de 1982 dispone este principio confiriendo a cada participante de la Confederación el derecho de tomar la iniciativa de una proposición de modificación constitucional. A nuestro juicio, la existencia de este derecho impone a los otros participantes de la Confederación la obligación recíproca de asumir los debates constitucionales que tengan en cuenta la expresión democrática de un deseo de cambio de otras provincias²⁶ y de darles respuesta. Esta obligación es inherente al principio democrático que es un precepto fundamental de nuestro sistema de gobierno²⁷.

Las conclusiones del Dictamen, y especialmente aquellas que hayan dado lugar a la obligación de negociar, se basan en principios constitucionales subyacentes que deben iluminar la comprensión del texto constitucional. Uno de estos principios es, así, el de la democracia constitucional. Si, en teoría política, el poder legislativo deriva del consentimiento del pueblo, no es lo mismo en una perspectiva jurídica. En Canadá, como en el Reino Unido, la soberanía popular se materializa en el seno del parlamento y, más concretamente, en el seno de la Cámara de los comunes compuesta por representantes electos. En el marco de la monarquía parlamentaria²⁸, es el parlamento quien otorga, reconoce y establece los límites a los poderes del ejecutivo. Este último debe rendir cuentas al parlamento y obtener su respaldo. El poder ejecutivo debe suscribir sin reserva la regla nuclear del gobierno responsable. La referencia al principio democrático no podría ser comprendida de otra manera. No se trata de avalar la noción de soberanía del pueblo sino más bien de recordar que el poder legislativo deriva del consentimiento de la población que se expresa en el momento de las elecciones generales. Es el parlamento quien es supremo y su autoridad no está limitada más que por el constitucionalismo y el imperio de la ley. El Dictamen define el principio constitucional subyacente que sería la democracia procedimental y sustantiva simultáneamente.

En el capítulo de las instituciones –dimensión procedimental- la democracia constitucional se basa en los seis componentes siguientes: (1) cuerpos legislativos representativos, libremente elegidos, en el nivel federal y provincial²⁹; (2) estos gobiernos están sometidos al principio de las mayorías mediante el ejercicio del

²⁶ NT. La provincia en Canadá es la denominación empleada para referirse a los estados participantes en la federación a los que se suman los denominados territorios autónomos.

²⁷ *Id.*, pág. 69.

²⁸ NT. El autor utiliza el término «monarquía constitucional» para designar la estructura del poder político en el Canadá. Según el uso de este término en esta tradición, la Corona encarna la permanencia del Estado y constituye el principio orgánico de unidad institucional. Se encuentra a la cabeza de las tres ramas del poder: el Ejecutivo en la que el primer ministro es el consejero principal; el Legislativo que la reconoce como parte constitutiva del Parlamento, actuando con el consentimiento del Senado y la Cámara de los comunes y del Judicial ya que todas las decisiones de los tribunales de justicia penal son dictadas en nombre de la Reina. A pesar de estas singularidades, en el contexto lingüístico de la revista, se estima más adecuado traducirlo por «monarquía parlamentaria».

²⁹ *Id.*, pág. 62: «Los jueces de la mayoría han confirmado que “la estructura fundamental de nuestra Constitución establecida por la *Ley constitucional de 1867* toma en cuenta la existencia de ciertas instituciones políticas como los cuerpos legislativos libremente elegidos en los niveles federal y provincial».

sufragio universal³⁰; (3) ellos operan en función del principio de gobierno responsable³¹; (4) garantizan los derechos de los ciudadanos a participar en el proceso político tanto como electores como candidatos³²; (5) descansan sobre el asentimiento de los gobernados³³; (6) no pueden derogar el principio del imperio de la ley que constituye la esencia misma de la democracia constitucional³⁴.

En suma, el Dictamen suscribe el principio de la democracia representativa y excluye toda otra forma de expresión democrática. El pueblo puede manifestar sus preferencias por la vía de la consulta popular pero su puesta en marcha no puede pasar más que por la vía (y los votos) de los representantes elegidos y de las orientaciones adoptadas por el poder ejecutivo. Este último aspecto es importante. En la tradición parlamentaria de tipo *Westminster*, el ejecutivo –o el gobierno– está formado por el partido que ha obtenido más escaños en las elecciones generales. Así, no refleja la pluralidad de preferencias del electorado ni incluso la elección de una mayoría de ciudadanos³⁵.

Por demás, el principio democrático se despliega en el marco de una federación. En este sentido, el Tribunal recuerda que los gobiernos provinciales pueden democráticamente intentar proteger y promover su autonomía así como su identidad particular³⁶. Sin embargo, no podrían imponer una modificación constitucional apoyándose en los resultados de un referéndum ya que iría contra la democracia constitucional como fue definida más arriba, esto es, la democracia representativa³⁷. La soberanía no se ejerce por el pueblo sino a través de sus representantes a condición de que ellos respeten la regla del imperio de la ley.

³⁰ *Id.*, pág. 63: «Por democracia se entiende comúnmente un sistema político sometido a la regla de la mayoría».

³¹ *Id.*, pág. 65.

³² *Id.*: «La democracia, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal, significa el modo de funcionamiento de un gobierno representativo y responsable y el derecho de los ciudadanos a participar en el proceso político en tanto que electores».

³³ *Id.*, pág. 67: «El asentimiento de los gobernados es un valor fundamental en nuestra concepción de una sociedad libre y democrática» y «un sistema político debe también tener una legitimidad, lo que exige en nuestra cultura política, una interacción del imperio de la ley y del principio democrático».

³⁴ *Id.*: «Sin embargo, la democracia en el verdadero sentido del término no puede existir sin el principio del imperio de la ley. Es la ley quien crea el marco en el que la “voluntad soberana” debe ser determinado y puesto en aplicación. Para ser legítimas, las instituciones democráticas deben reposar, en definitiva, sobre bases jurídicas. Esto significa que deben permitir la participación del pueblo y la responsabilidad ante el pueblo por la intermediación de instituciones públicas creadas en virtud de la Constitución».

³⁵ El sistema electoral canadiense contribuye a este fenómeno. Por ejemplo, de las 23 elecciones generales canadienses celebradas desde 1945, el gobierno no ha obtenido el apoyo de una mayoría absoluta de electores más que en dos ocasiones (1958 y 1984). No es raro que un partido forme el gobierno con menos del 40% de los sufragios emitidos, este fue el caso once veces desde 1945 así como en seis de las últimas diez elecciones que se han celebrado entre 1984 y 2015.

³⁶ *Id.*: «La democracia no atañe simplemente a mecanismos gubernamentales. Bien al contrario [...], la democracia está fundamentalmente vinculada a objetivos esenciales como, de forma muy especial, la promoción de la autonomía gubernamental. La democracia respeta las identidades culturales y colectivas [...]. Dicho de otra manera, un pueblo soberano ejerce su derecho a la autonomía gubernamental a través del proceso democrático.» (pág. 64) y «[...] una constitución puede poner en marcha un reparto de poderes que distribuya el poder político entre diferentes niveles de gobierno. Este objetivo no puede ser alcanzado si uno de estos niveles de gobierno democráticamente elegido puede usurpar los poderes de otro simplemente ejercitando su poder legislativo para atribuirse a sí mismo, unilateralmente, poderes políticos suplementarios» (pág. 74).

³⁷ *Id.*, pág. 75: «El argumento según el cual se puede legítimamente sortear la Constitución apoyándose en un voto mayoritario obtenido en un referéndum provincial es superficialmente convincente, en gran parte, porque parece apelar a ciertos principios que sustentan la legitimidad de la propia Constitución como la democracia y la autonomía gubernamental. En breve, se adelanta que, como la noción de soberanía popular sustenta la legitimidad de nuestros pactos constitucionales actuales, entonces esta misma soberanía popular que ha dado nacimiento a la Constitución actual debería también permitir al “pueblo”, en el ejercicio de la soberanía popular, realizar la secesión por un voto simplemente mayoritario.

Pero la comprensión del principio democrático rebasa el mero marco formal del gobierno representativo y responsable. El Tribunal también ha extendido su definición incluyendo dimensiones menos tangibles, dimensiones sustantivas. Estas características son las siguientes: (1) la democracia es un estado permanente de deliberación, de discusión, de debate, de expresión de opiniones, de compromisos y de negociaciones³⁸; (2) impone la necesidad de tomar en consideración las voces disidentes y de darles respuesta en las leyes³⁹; (3) el derecho de proponer modificaciones constitucionales se traduce en la obligación de comprometerse en un debate para tomar en consideración la expresión democrática de un deseo de cambio pudiendo ser expresado por una o varias provincias⁴⁰.

Esta definición de la democracia constitucional se completa con los principios del constitucionalismo y del imperio de la ley. El primero hace referencia a la Constitución de Canadá y a la necesidad de que los actos de gobierno sean conformes a ella, fuente última de autoridad, destronando de paso la supremacía parlamentaria. El segundo, el imperio de la ley, repitémoslo, «asegura a los ciudadanos y a los residentes una sociedad estable, previsible y ordenada donde conducir sus actividades. Ella proporciona a las personas una muralla contra la arbitrariedad del Estado»⁴¹. En suma, el recurso al principio de la soberanía popular no puede, por sí solo, ser invocado para justificar los cambios del orden constitucional, llegando hasta la secesión, puesto que los representantes políticos deben actuar en el marco prescrito por el orden constitucional existente. Esto no es, sin embargo, una cortapisa en la medida en que los cambios pueden ser aportados a la Constitución si los últimos obtienen el apoyo de una «mayoría ampliada»⁴².

Pero, al fin y a la postre, la democracia que se expresa a través de la voluntad popular (especialmente por vía del referéndum) y, más generalmente, por la elección de representantes, no podría ir en contra de los principios del imperio de la ley y de la democracia constitucional que no se desarrolla más que en el seno de las instituciones parlamentarias a escala federal y provincial. La interacción entre el imperio de la ley –que fortalece el orden y la estabilidad política– y el principio democrático –que gestionaría potencialmente la secesión si las condiciones enunciadas por el Tribunal estuviesen satisfechas– está jerarquizada en favor del primero (Lajoie, 2000, p. 41). Esto no es nada sorprendente en la medida en que aquello que es objeto de la decisión, a saber la constitucionalidad de una secesión *unilateral*, pone en tela de juicio la integridad del Estado y la sostenibilidad de la Constitución. Ahora bien, el mandato del Tribunal es proteger al uno y al otro y, al hacerlo, de asegurar su propia razón de ser. En suma, el recurso al principio del imperio de la ley (*Rule of Law*) no debería sorprender si se comprende que el razonamiento tiene como objetivo, entre otros, reforzar el orden existente del que el propio Tribunal constituye un engranaje importante. Aquí, no hay ninguna ambigüedad ya que la vía de la secesión unilateral no está regulada por la Constitución canadiense.

Sin embargo, un análisis más pausado revela que este argumento está mal fundamentado porque desconoce el sentido de la soberanía popular y la esencia misma de una democracia constitucional».

³⁸ *Id.*, p. 68: «La necesidad de constituir mayorías, tanto a nivel federal como a nivel provincial, por su misma naturaleza, entraña compromisos, negociaciones y deliberaciones. Nadie tiene el monopolio de la verdad y nuestro sistema reposa sobre la creencia de que, en el mercado de las ideas, ellas llevarán a las mejores soluciones de los problemas públicos».

³⁹ *Id.*: «Habrá inevitablemente voces disidentes. Un sistema democrático de gobierno está obligado a tomar en consideración estas voces disidentes y a intentar tenerlas en cuenta y darles una respuesta en las leyes que todos los miembros de la colectividad deben respetar».

⁴⁰ *Id.*, p. 69.

⁴¹ *Id.*, p. 70.

⁴² *Id.*, p. 77.



El Dictamen debe, sin embargo, ser considerado a la luz de las múltiples imprecisiones, silencios y ambigüedades que contiene. Estas conciernen más específicamente a las condiciones a respetar para iniciar el proceso inscribiéndose en la obligación de negociar que sigue a la expresión de la voluntad de la población de realizar la secesión.

En este capítulo, el Tribunal circunscribe las dos condiciones que dan efecto a esta obligación. Emite la decisión según la cual:

El proceso de negociación que deriva de una decisión de una *mayoría clara de la población* del Quebec en favor de la secesión, en respuesta a una *pregunta clara*, exigiría la conciliación de diversos derechos y obligaciones por los representantes de las dos mayorías legítimas, a saber una clara mayoría de la población del Quebec y una clara mayoría del conjunto de Canadá cualquiera que ella sea. No se puede admitir que una u otra de estas mayorías acabe con la otra⁴³.

Este pasaje, uno de los más importantes del Dictamen desde el punto de vista de los mecanismos a aplicar y a cumplir para dar efecto a la secesión, plantea cuatro preguntas: (1) ¿Qué es una cuestión clara?; (2) ¿Qué es una mayoría clara?; (3) ¿Quién decide sobre la claridad de una y de otra?; ¿Quién representa a las dos mayorías legítimas en las negociaciones? (4) ¿Qué será objeto de negociación?

Estas cuestiones son fundamentales a la luz del ejercicio al que se presta el Tribunal. Este último recuerda la importancia del respeto del principio constitucional subyacente del imperio de la ley, escudo contra la arbitrariedad, garante del orden, en el marco de una sociedad estable y previsible. Busca, entonces, establecer las reglas o los principios que eliminarían las decisiones fundadas sobre consideraciones arbitrarias que no atiendan a la razón pero, sobre todo, a la subjetividad de los actores políticos. Es, por demás, lo que sostiene cuando escribe que «[l]a tarea del Tribunal era clarificar el marco jurídico en el que las decisiones políticas deber ser adoptadas “en virtud de la Constitución” y no de usurpar las prerrogativas de las fuerzas políticas que actúan en el interior de dicho marco»⁴⁴. En suma, esta decisión debería servir de guía y aportar las respuestas precisas relativas a las normas a seguir para ajustarse a los múltiples imperativos vinculados a la «claridad». Sin embargo, esto es lo que no hace.

3.2. Una cuestión clara: primera oscuridad

El Tribunal no define por ningún lado lo que entiende por una cuestión clara. Al contrario, la claridad tiene una geometría variable según la naturaleza de los asuntos a tratar. Más concretamente, considera que una pregunta planteada por el gobierno en el caso de revisión no debe ser «demasiado imprecisa o ambigua»⁴⁵. Esto es, lo puede ser un poco pero no demasiado. Un cierto nivel de imprecisión es aceptable. Por el contrario, no es lo mismo en el caso de una pregunta referendaria relativa a la secesión, esta pregunta debe estar desprovista «de toda ambigüedad»⁴⁶. En otros términos, todos los actores políticos y todos los

⁴³ *Id.*, pár. 93 [cursiva añadida].

⁴⁴ *Id.*, pár. 153.

⁴⁵ *Id.*, pár. 30 et 31.

⁴⁶ *Id.*, par 87.

ciudadanos deben interpretar en último término de la misma manera el significado de la pregunta⁴⁷.

¿Cómo juzgar la ausencia de toda ambigüedad? El Tribunal no responde a esta cuestión. Esta ausencia de definición de lo que constituye una «pregunta clara», como también de las condiciones necesarias para establecer esta «claridad» no resultan sorprendentes ya que es imposible encontrar una que sea satisfactoria⁴⁸. Las acepciones son múltiples y quizá incluso antinómicas. Para unos, es claro lo que es inteligible, lo que se puede captar por el pensamiento o por la inteligencia. Para otros, la claridad significa que un término, una expresión o un texto se comprenden fácilmente y no dan lugar a ninguna interpretación divergente. Algunos oponen claridad y complejidad, sosteniendo que una idea unidimensional basada en un conjunto limitado de elementos y de información, es más «clara» que aquella que reclama un esfuerzo de diferenciación y de análisis. El mundo pintado en blanco y negro es menos confuso que otro con tonos y matices (Owens, 2011, pp. 1038–1039). En suma, es claro aquello que es unívoco, simple, explícito, evidente, neto o preciso. En definitiva, la claridad se mide por el hecho de que no hay más que una sola interpretación posible y que ésta sea compartida por todos.

Esta manera de concebir la claridad descansa sobre una lógica positivista según la cual el lenguaje es aprehendido, siguiendo los términos de Perelman, «como un instrumento de comunicación *efectivo*, no dando lugar a ningún malentendido, a ningún desacuerdo [adecuándose] a las exigencias planteadas por la construcción de una lengua formalizada» (1978, pp. 3 y 4). El problema radica en que una lengua no tiene un solo uso y no es un instrumento perfecto de comunicación exento de ambigüedades o de controversias. Las expresiones y los textos no son nunca totalmente claros. Todo término contiene una pluralidad de significados y su sentido no puede ser comprendido, bien que de manera imperfecta, más que en función de su doble contexto de formulación y de aplicación, esto es, tomando en consideración las situaciones a las que se aplica. Una palabra, una expresión, un texto no son jamás claros «por ellos mismos», fuera del contexto en el que se formulan y de la aplicación a la que son destinados. Por su naturaleza, una lengua de uso y el uso de una lengua necesitan que los locutores (re)interpreten los términos en un movimiento constante de ida y vuelta, de verificación y contraverificación. Como decía Ludwig Wittgenstein, «es *el uso* el que determina el significado y no el significado el que determina el uso» (citado en Bernatchez, 2015, p. 252). La determinación de la «claridad» o de la «oscuridad» de los términos o de los textos presupone así una interpretación que puede ser previa a su formulación, lo que apela a un argumento de autoridad o al resultado de una deliberación – necesariamente contextual- en cuanto a su significado y su concreto alcance.

⁴⁷ Esta posición era compartida también por la Comisión Electoral del Reino Unido que, en el caso del referéndum escocés de 2014, precisa en sus directivas que «una pregunta debiera ser clara y simple, esto es, fácil de entender; concreta y no ambigua. También debería ser neutral, lo que significa que debería no promover a los votantes a considerar una respuesta más favorable que otra o confundir a los votantes», citado en Verrelli y Cruickshank (2014, p. 210).

⁴⁸ Nosotros no podemos más que subrayar la ironía de esta cuasi-orden relativa a la claridad ya que el Derecho mismo es reconocido por su imprecisión. A título de ejemplo, el artículo 10 del Código procesal civil del Quebec precisa que los tribunales «no tendrán que pronunciarse sobre cuestiones teóricas o en los casos donde el juicio no pueda poner fin a la incertidumbre o a la controversia planteada, pero no pueden renunciar a juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley» (*Code de procédure civile*, RLRQ, c. 25.01, art. 10, al. 3). El Tribunal exige la «claridad» de parte de los actores políticos ya que el Derecho se caracteriza, en muchos aspectos, por su indeterminación semántica. En otros términos, impone a los demás aquello que el Derecho no está en condiciones de respetar por sí mismo. Sobre esta cuestión, ver Bernatchez (2015).

A fin de evitar el recurso al argumento de autoridad, el jurista Michel van Kerchove formulaba la siguiente propuesta:

Por consiguiente, consideramos racional o al menos razonable afirmar que un texto es *claro*, en un contexto de formulación y de aplicación dado, cuando «todas las interpretaciones razonables que podrían darse del mismo conducen a la misma conclusión» y que los criterios de interpretación aplicados se formulan de forma suficientemente explícita para prestarse al control ajeno (1988, p. 314)⁴⁹.

Sin embargo, una interpretación razonable puede dar lugar a variadas soluciones que aparecen, a su vez, plenamente razonables. Esto nos lleva a formular la proposición de la siguiente forma: debe producirse un amplio acuerdo sobre el uso irrazonable de un término en función de las consecuencias percibidas como inaceptables o intolerables (Perelman, 1978, p. 15). Dicho de otra forma, si es imposible eliminar el recurso a nociones confusas por el simple hecho de su polisemia, es posible proscribir su uso si lleva a inducir a error, confundir o a abusar de la confianza de los interlocutores (*ibid.*, p. 17). Esta postura evita la tentación de quedarse con un solo criterio de interpretación —o la subjetividad de un solo intérprete— para tomar en consideración de un conjunto de elementos que tienen en cuenta la posición de los actores, el contexto y los efectos producidos por la adopción de un modo de aprehensión o de comprensión sin dar prioridad a uno sobre los demás. Es entonces irrazonable, sobre todo apelando a un argumento de autoridad, determinar anticipadamente o atribuir el poder de determinar lo que está claro y lo que no lo está, a una sola autoridad. Sería también totalmente irrazonable imponer a todos los intervinientes la obligación de compartir una misma interpretación del sentido que se ha de dar a los términos utilizados. Importa asegurar sobre todo que la elección de los términos o de las expresiones o la formulación de una pregunta referendaria no sean hechas por los actores políticos que actúen con duplicidad, recurran a falsos prejuicios o tiendan a disimular sus intenciones.

Sin embargo, el Tribunal ha propuesto esta falsa dicotomía poniendo de espaldas claridad y ambigüedad⁵⁰. Esta oposición es incluso contradictoria con la concepción de la democracia defendida por el Dictamen. En efecto, la democracia implica un proceso continuo de deliberación, de diálogo, de discusión y de debate. Como recuerda el Tribunal, «Nadie tiene el monopolio de la verdad y nuestro sistema reposa sobre la creencia de que, en el mercado de las ideas, ellas llevarán a las mejores soluciones de los problemas públicos. Inevitablemente habrá voces

⁴⁹ Las cursivas son del autor.

⁵⁰ El Tribunal suscribe más bien la aproximación defendida por el gobierno federal que ha subrayado constantemente el carácter presuntamente ambiguo de las preguntas formuladas en los referendums quebequeses de 1980 y de 1995. En este sentido, Stéphane Dion escribía que «[l]os líderes independentistas rechazaban admitir que las preguntas formuladas en 1980 y en 1995 eran confusas [...]. Hoy, nadie habla de mezclar una pregunta sobre la secesión con una eventual cooperación o una asociación política y económica con Canadá. Esto constituye una enorme ganancia desde el punto de vista de la claridad. En 1995, un elector de cada dos, según los sondeos, creía infundadamente que la conclusión de una cooperación era una condición necesaria de la soberanía» (Dion, 2012, p. 399).

Esta última afirmación es, como poco, sorprendente. Después de 15 años de debates constitucionales, los electores estaban menos «confusos» o «ignorantes» sobre el alcance de la soberanía. No obstante, el 23 % de los quebequeses creyeron siempre que después de una victoria del Sí, el Quebec seguiría siendo una provincia de Canadá. Por demás, menos de un tercio sabían que el Quebec devendría un Estado independiente incluso si las negociaciones con el resto del Canadá fracasaban. Esta confusión jugaba a favor de los soberanistas. Los sondeos demostraban que el hecho de saber que la soberanía sería declarada incluso si las negociaciones fracasaban reducía el apoyo al Sí en un 5%. Finalmente, un poco más de un cuarto de los electores (26%) afirmaban querer votar Sí para gestionar los cambios en el federalismo y no estaban motivados por el deseo de ver acceder al Quebec a la soberanía. Estos electores estaban generalmente menos escolarizados y se declaraban menos interesados por la política. Sobre este tema, ver Pinard (1997, pp. 348-352). Más recientemente, Dion (2014) precisaba que una pregunta era clara cuando su interpretación no daba lugar a ninguna duda.

disidentes»⁵¹. Obviamente, el sentido de las palabras no está dado de una vez para siempre. En la arena política en particular, todos los términos son necesariamente equívocos y las voces disidentes se harán oír inevitablemente. La comprensión de los términos y las palabras está en función del contexto en el que son utilizados.

Ahora bien, la deliberación política lleva indudablemente a cuestiones complejas de múltiples ramificaciones. Exige no solamente un esfuerzo por parte de los actores políticos para que su punto de vista sea bien comprendido sino, igualmente, un esfuerzo por parte de los ciudadanos para comprender los asuntos debatidos. El sentido del mensaje debe ser también interpretado por aquellos a los que va destinado. Les corresponde a ellos determinar si creen comprender los términos del debate (o la claridad de una cuestión) y no a otros a los que no se les dirige el debate o la cuestión (Lajoie, 1999, p. 4). En este sentido, una situación o un asunto pueden ser a la vez complejos e inteligibles a condición de que se haga un esfuerzo en este sentido. Imponer una «obligación de claridad» con antelación al debate y a las deliberaciones públicas vuelve a plantear que todos los miembros de la comunidad política deben compartir la misma interpretación, dar la misma definición a los términos utilizados, lo que es, a la vez, irreal, impracticable, incluso contradictorio con el ejercicio mismo de aquello en que consiste debatir.

Es incluso posible sostener que esta obligación define la democracia en términos prepolíticos. En efecto, la democracia debe ser considerada como un espacio de deliberación abierto donde las ideas y las nociones no son necesariamente percibidas de manera uniforme. Los debates políticos son necesariamente equívocos, el significado de los términos utilizados puede ser interpretado de diferentes maneras según los auditorios, los lugares, los contextos, el momento de su expresión. La obligación *previa* de claridad elimina la posibilidad de debatir sobre el sentido a dar a la pregunta. Al hacerlo, niega uno de los fundamentos de la democracia, el de debatir sobre la acepción de las palabras.

Finalmente, la imposición de esta «obligación de claridad» se inspira en una visión maniquea del político. Sin embargo, el proceso político implica actores que pretenden destacar los objetivos, las orientaciones que contienen siempre una parte confusa, sobreentendida, permitiendo así varias interpretaciones de un mismo discurso. Los episodios de renovación de la Constitución han demostrado, por demás de manera elocuente, que las interpretaciones contradictorias se han manifestado a propósito de las intenciones gubernamentales. Por ejemplo, de 1987 a 1992, la noción de «sociedad distinta», aunque «clara» para unos, parecía que no podía ser más nebulosa para los otros. Esto no impidió al gobierno federal de la época celebrar un referéndum sobre un conjunto de propuestas constitucionales altamente complejas y que notoriamente habrían tenido dificultad en cumplir «la obligación de claridad», tal y como fue planteada ante el Tribunal, si hubiera sido necesario que todos los actores políticos se pusiesen de acuerdo sobre el significado a darle.

En suma, nos parece que lo que está en juego es menos el debate de la denominada «claridad» de una eventual pregunta referendaria que el asegurarnos de que su formulación no se dirija a confundir o a abusar de las personas a las que está destinada en primer lugar. Para hacerlo, el debate político es indispensable a fin de aclarar las consecuencias derivadas de una respuesta en vez de la otra. En este contexto, no es importante que la pregunta sea más o menos larga, que contenga tal o cual palabra. Lo que importa es la comprensión que sus destinatarios tengan de ella y el uso que los participantes en el debate hagan de ella.

⁵¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 68.

3.3. Una mayoría clara: segunda oscuridad

El mismo imperativo de claridad se impone sobre la interpretación a dar a la mayoría que pondría en marcha la obligación de negociar. En el Dictamen, el Tribunal utiliza la expresión «mayoría clara» más de una decena de veces. Especialmente afirma lo siguiente:

El principio democrático definido más arriba exigiría conceder un peso considerable a la expresión clara de la población del Quebec de su voluntad de realizar la secesión de Canadá aunque un referéndum, por sí mismo y sin más, no tendría ningún efecto jurídico y no podría por sí solo realizar una secesión unilateral. Nuestras instituciones políticas están basadas en el principio democrático y, por consiguiente, la expresión de la voluntad democrática de la población de una provincia tendría peso, en este sentido de que confiere legitimidad a los esfuerzos que realizaría el gobierno del Quebec para embarcarse en un proceso de modificación de la Constitución con la perspectiva de realizar la secesión por vías constitucionales. En este contexto, nosotros hablamos de mayoría «clara» en un sentido cualitativo.⁵²

Un referéndum no puede tener más que naturaleza consultiva. No puede más que atribuir una cierta legitimidad al gobierno que desearía realizar la secesión. En este caso, el Tribunal considera que esta legitimidad podría ser contestada argumentando el hecho de que la población esté intensamente dividida o indecisa. Los actores políticos podrían justificadamente no sentirse vinculados por los resultados que juzgarían insuficientes para conducir negociaciones fructíferas. La decisión privilegia la obtención de una mayoría clara «en el sentido cualitativo» pero no por ello precisa el sentido a dar a esta expresión. No utiliza el término, por demás común, de mayoría «cualificada» que habría tenido el efecto de imponer un umbral que iría más allá del 50 por ciento más uno de los votos emitidos. Así, es posible someter a diferentes fórmulas que permitirían concluir la expresión de una mayoría clara «condicional». Un gobierno podría fijar *anticipadamente* un umbral mínimo de participación en una consulta popular (por ejemplo, el 75% de los electores inscritos); podría también establecer que el umbral del 50% más un voto de los electores inscritos en el censo electoral⁵³. La mayoría así despejada podría ser considerada como clara «en sentido cualitativo» si estos criterios previamente determinados fuesen respetados.

El Dictamen refuta el argumento según el cual una provincia podría sortear la Constitución apoyándose en un simple voto mayoritario obtenido en un referéndum. Las normas y convenciones constitucionales a las que los gobiernos provinciales deben someterse:

Definen la mayoría que debe ser consultada a fin de modificar el equilibrio fundamental en materia de reparto del poder político (incluyendo las esferas de autonomía garantizadas por el principio del federalismo), de derechos de la persona y de derechos de las minorías en nuestra sociedad.

Dicho esto, el Tribunal no identifica el umbral de la mayoría necesaria para ajustarse a las reglas, a los principios subyacentes y a las convenciones constitucionales en vigor. Se limita a rechazar el recurso a la «mayoría simple», sin más.⁵⁴

⁵² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 87.

⁵³ Esto es lo que propone el politólogo Massicotte (1992, p. 117).

⁵⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 76.

A título de comparación, el Tribunal toma el cuidado de recordar que una enmienda constitucional se ubica más allá de la regla de la simple mayoría. Por ejemplo, el procedimiento normal de modificación prevé no solamente el acuerdo del Parlamento canadiense sino de, al menos, dos tercios de las provincias representando, al menos, el cincuenta por ciento de la población (fórmula 7/50). Esta mayoría cualificada está justificada por la necesidad de proteger, en primer lugar, los derechos y libertades fundamentales, en segundo, los derechos y garantías reconocidas a los grupos minoritarios vulnerables y, finalmente, los gobiernos contra una transferencia unilateral de los poderes legislativos⁵⁵. Este ejemplo es significativo ya que el Tribunal reconoce la importancia de estar informado de las reglas *antes* de proceder a una modificación constitucional así como las razones que justifican el recurso a una mayoría cualificada.

Las autoridades federales han comprendido el margen de maniobra que les era así ofrecido. El exministro canadiense de Asuntos Intergubernamentales celebraba la virtud de esta imprecisión voluntaria afirmando que «[h]ay aquí una decisión muy sabia del Tribunal. El examen de la claridad de una mayoría tiene una dimensión cualitativa que demanda una evaluación política con pleno conocimiento de las circunstancias concretas» (Dion, 2014, p. 11)⁵⁶. Añadía que fijar anticipadamente el umbral de la mayoría sería un ejercicio peligroso ya que el resultado podría, teóricamente, ser objeto de un recuento judicial de votos o de un reexamen de las papeletas rechazadas que pondría a Canadá en una situación calificada de insostenible y absurda. En otros términos, es preferible que los actores políticos vuelvan a adoptar una evaluación política subjetiva, quizá arbitraria, formulada después de la celebración del referéndum en el que ellos habrían tenido una parte activa.

3.4. Los «actores políticos» y las «dos mayorías legítimas»: tercera oscuridad

A pesar del hecho de que el principio democrático impone una obligación recíproca de negociar, la obtención de una mayoría clara tras una pregunta clara constituye dos condiciones previas a las negociaciones para realizar la secesión. Sin embargo, el Tribunal no identifica «quién» tendría la autoridad de pronunciarse sobre la celebración de las eventuales discusiones dirigidas a llegar a un acuerdo. Se contenta con volver a plantear a la vasta categoría de «actores políticos» y de «representantes democráticamente elegidos de los participantes en la Confederación»⁵⁷. Por añadidura, afirma que:

El papel de nuestro Tribunal en este Dictamen se limita a identificar los aspectos pertinentes de la Constitución en su sentido más amplio. Nosotros hemos interpretado las decisiones como referidas al marco constitucional en el que las decisiones políticas pueden, en último análisis, ser adoptadas. En el interior del marco, los engranajes del proceso político son complejos y no pueden ser determinados más que por medio de juicios y de evaluaciones de orden político. El Tribunal no tiene ningún papel de vigilancia que jugar sobre los aspectos políticos de las negociaciones constitucionales. Incluso, la incitación inicial a la negociación, a saber: una mayoría clara en favor de la secesión en respuesta a una cuestión clara, no está sometida más que a una evaluación de orden político y ello con toda la razón. El derecho y la obligación correspondiente de negociar no pueden reposar sobre una presunta expresión de voluntad democrática si esta expresión está, ella misma, cargada de ambigüedades. Solo los actores políticos tendrían información y pericia para juzgar sobre el

⁵⁵ *Id.*, p. 74.

⁵⁶ Este retoma los argumentos presentados por el politólogo Jean-Pierre Derriennic (1998, p. 3).

⁵⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, op. cit., p. 88.

momento en que las ambigüedades estarían resueltas en uno u otro sentido, así como de las circunstancias en las que ello se haría⁵⁸.

El «margen de apreciación» no está reglamentado y los jueces se remiten simplemente a la buena fe de los participantes. Así, son los actores políticos, probablemente –pero no necesariamente– constituidos por representantes del gobierno federal y de los gobiernos provinciales, quienes determinarían si las condiciones previas de claridad han sido cumplidas o no. El Dictamen no precisa si estas condiciones deben ser enunciadas antes o después de la celebración de la consulta popular.

Una vez las dos primeras condiciones se han cumplido, las negociaciones podrían comenzar ¿Quién las desarrollará? El Tribunal permanece nebuloso en cuanto a los portavoces que actuarían en nombre de Canadá. Se limita a decir que estas discusiones serán conducidas «por los representantes de las dos mayorías legítimas, a saber: una clara mayoría de la población del Quebec y una clara mayoría del conjunto de Canadá, cualquiera que ella sea»⁵⁹. El Dictamen no precisa cómo hay que comprender la noción de «clara mayoría del conjunto del Canadá» y si se aplicarían las mismas condiciones que han sido enunciadas para juzgar la respuesta mayoritaria a un pregunta referendaria. Para ser legítimas ¿las «dos mayorías» deben reconocerse mutuamente como tales? ¿Podrían los representantes del gobierno del Quebec rechazar negociar los términos de la secesión – y proceder unilateralmente invocando irónicamente el Dictamen- si juzgasen que los portavoces de la mayoría canadiense no son «claramente» representativos?

3.5. El objeto de las negociaciones: cuarta oscuridad

Para ser conformes a la Constitución canadiense, la secesión de una provincia debe realizarse por vía de negociación con las otras partes que permanecen, por el momento, indefinidas. El objeto de las discusiones no está precisado. Estos intercambios serían desde luego difíciles y sin garantías de resultado pero deberían imperativamente «ocuparse de los intereses del gobierno federal, del Quebec y de las otras provincias, de otros participantes así como de los derecho de todos los canadienses al interior y al exterior del Quebec»⁶⁰.

El Tribunal insiste sobre la complejidad de los temas a abordar tomando en cuenta la imbricación de los intereses económicos y las poblaciones potencialmente afectadas. Entre los temas que podrían ser tratados, identifica, solamente a título de ejemplo, la deuda nacional, las fronteras territoriales, las minorías lingüísticas y culturales y los pueblos autóctonos⁶¹. De nuevo, se remite a los actores políticos para determinar el contenido de estas negociaciones así como el proceso que debería seguirse. En esta etapa, los tribunales no tendrían que jugar ningún rol de vigilancia⁶².

Las negociaciones deben, evidentemente, ser tomadas en serio por cada una de las partes y llevadas adelante de buena fe. Pero más allá de esa orden general, en el estricto sentido jurídico, varios elementos permanecen

⁵⁸ *Id.*, pág. 100.

⁵⁹ *Id.*, pág. 93.

⁶⁰ *Id.*, pág. 92.

⁶¹ *Id.*, pág. 96.

⁶² *Id.*, pág. 154.

particularmente vagos. Por un lado, la buena fe de los actores políticos está sometida a la apreciación de todas las partes. Por otro, no conduce necesariamente a la obtención de un acuerdo si los intereses de unos y otros son irreductibles. Puede ser tentador juzgar la buena fe de cada uno en función de los compromisos aceptados. Pero ante los objetivos políticos contradictorios, especialmente la secesión contra el mantenimiento del orden constitucional canadiense, es posible que ningún compromiso sea satisfactorio sin que por ello las negociaciones estén desarrolladas en un contexto marcado por la mala fe.

Paralelamente, el Tribunal permanece en silencio sobre aquello que podría suceder en caso de *impasse* en las negociaciones y ello incluso en el caso de que estas últimas se desarrollasen en pleno respeto de los principios constitucionales fundamentales. En un contexto así, Quebec podría, de forma ilegal, declarar unilateralmente la secesión rompiendo el orden constitucional canadiense o decidir conformarse al marco constitucional existente y mantenerse en el seno de Canadá.

A falta de entendimiento, correspondería a la comunidad internacional juzgar la legitimidad de una secesión unilateral en la medida en que no existen, en último término, recursos jurídicos para impedirlo.

Si contra toda expectativa, el gobierno del Quebec tuviese éxito en que se acepte la validez de la pregunta referendaria, que la mayoría obtenida fuese juzgada suficiente por los «actores políticos» del resto del Canadá y que las negociaciones fuesen concluidas a satisfacción de las «dos mayorías legítimas», el problema del procedimiento constitucional a seguir para realizar esta secesión queda pendiente por entero. Aun cuando el Tribunal comente extensamente las condiciones a respetar para evitar una secesión unilateral, permanece voluntariamente mudo sobre esta cuestión eminentemente jurídica: «Según la regla de la prudencia requerida en materia constitucional, nosotros nos abstenemos de toda conclusión en cuanto a la aplicación posible de un procedimiento preciso para realizar la secesión en tanto que no existen suficientes hechos claros que eleven una cuestión justificable»⁶³. El resultado de las negociaciones y las modificaciones constitucionales que se derivarían ¿deberían ser ratificadas siguiendo el procedimiento normal de modificación⁶⁴, por consentimiento unánime del Parlamento canadiense y de las legislaturas provinciales⁶⁵ o por un simple acuerdo bilateral⁶⁶?

Para algunos juristas y actores políticos, la unanimidad sería necesaria⁶⁷. Por un lado, porque el artículo 54 (3) precisa que «[l]a Constitución de Canadá no puede ser modificada más que conforme a los poderes conferidos por ella». La secesión tendría incidencia directa sobre los elementos para los que se impondría el consentimiento del Senado, de la Cámara de los Comunes y de la Asamblea legislativa de cada provincia y el recurso a los artículos 41 d) y 42 (1) d). A título de ejemplo, la retirada del Quebec tendría por consecuencia modificar la composición del Tribunal Supremo. Incluso, habría también que revisar el artículo 41 e) que afecta el procedimiento de modificación que forma la parte V de la *Loi constitutionnelle de 1982* (Woehrling, 1991, p. 12; MacLauchlan, 1997, p. 170; Webber, 1997, pp. 314-318; Dawson, 1999, p. 5). Para otros, como Guy Tremblay, el Dictamen acredita más bien la existencia de un procedimiento especial que no

⁶³ *Id.*, pár. 105.

⁶⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 38 et 42.

⁶⁵ *Id.*, art. 41.

⁶⁶ *Id.*, art. 43.

⁶⁷ Retomamos aquí un argumento presentado en Rocher y Casanas Adam (2016, p. 905).

requeriría el acuerdo de las Cámaras federales y de las asambleas legislativas de, al menos, dos tercios de otras provincias representando más del cincuenta por ciento de su población (Tremblay, 1998, p. 423; Brun, Tremblay y Brouillet, 2014, pp. 242 y 243). El tal procedimiento permitiría respetar las vías del Tribunal que sostenían que el resultado del proceso de negociación debía recibir el asentimiento de una mayoría clara (y no la unanimidad) del conjunto de Canadá. Esta mayoría sería obtenida por la aprobación formal vía de las resoluciones de las asambleas legislativas y del Parlamento canadiense. Cualquiera que sea, es muy probable que un nuevo dictamen sería solicitado al Tribunal a fin de que determine –o improvise– el procedimiento de modificación que debería ser utilizado.

4. Conclusión

El Tribunal dictó una decisión que ha contribuido a fijar los parámetros que rigen el marco institucional así como el proceso de deliberación y de negociación sorteando un cambio constitucional solicitado por un gobierno provincial. En este sentido, para retomar la fórmula propuesta por Chevallier, esta decisión ilustra de manera elocuente la síntesis entre las dimensiones políticas de los fenómenos jurídicos y las dimensiones jurídicas de los fenómenos políticos. El Tribunal se esfuerza por llegar a identificar los principios constitucionales subyacentes hasta ahora escondidos en la Constitución canadiense. Si estos principios se imbrican y no pueden estar aislados los unos de los otros, su interpretación debe realizarse de forma coherente. Los múltiples silencios del Dictamen minan, sin embargo, esta aparente cohesión. Ciertamente, la decisión invita a las partes, en el marco de una democracia estrechamente definida, a debatir pero sin precisar las normas y los procedimientos que deberían ser respetados. Será posible ver el reconocimiento del poder discrecional de los actores políticos. Es, en efecto, ilusorio prever el tenor de las deliberaciones y aún menos predecir los resultados. Sin embargo, los silencios y las zonas de sombra que enturbian la argumentación presentada por los jueces hacen mucho más que ilustrar la deferencia del tribunal para con los actores políticos. Ellos introducen la posibilidad real de favorecer las decisiones fundadas en criterios arbitrarios que no reposan más que sobre la interpretación subjetiva de los actores en función de sus intereses y preferencias⁶⁸. En este sentido, crean un desequilibrio entre los actores que son con todo convocados a los debates y a las negociaciones.

El Dictamen se apoya, no obstante, en el principio medular del imperio de la ley que se dirige a limitar la arbitrariedad y a recordar las reglas del juego a las que todos los actores políticos deben conformarse. El Tribunal consigue disminuir el margen de maniobra del Quebec, especialmente retirándole el poder de definir los términos de la pregunta referendaria y de asegurar que se comprende bien en su contexto de formulación y de aplicación, esto es, el Quebec y los quebequenses que eventualmente deberían responderla. El Tribunal establece igualmente que una

⁶⁸ Es, por demás, lo que el gobierno está deseoso de hacer al adoptar su *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26. Sobre esta cuestión, ver los trabajos de Courtois (2000, p. 58), Turp (2001, p. 138), Rocher y Verrelli (2003, p. 207), Lajoie (2003, p. 175), Taillon (2014, p. 14) y Rocher y Casanas Adam (2016, p. 905).

mayoría simple no sería suficiente para entablar las negociaciones pero sin precisar la fórmula que convendría y que sería justa, equitativa y legítima. Peor aún, la decisión avala la posibilidad de un rechazo arbitrario e imprevisible de un resultado referendario después de su celebración sobre la base de reglas desconocidas. Nada permite limitar este «poder de perjuicio», más que la opinión que se impondría en la comunidad internacional para con una acción que sería juzgada desleal o inequitativa. Nosotros podemos preguntarnos si semejante determinación sería el fruto de una combinación de cálculos geopolíticos, de intereses financieros y comerciales –y de presiones del Estado potencialmente desmembrado– inscribiéndose en la *realpolitik*, o reposaría sobre un juicio fundado sobre una evaluación de la moralidad de la secesión. Es lícito dudar de que la segunda aproximación gane sobre la primera como demuestran las tentativas recientes de reconocimiento internacional de Estados creados tras una secesión⁶⁹. Por el contrario, el Dictamen reintroduce el recurso a la arbitrariedad para los actores políticos del resto del Canadá –categoría por demás indefinida– por las numerosas zonas que deja, voluntariamente o no, en la sombra. En este sentido, ilustra la fragilidad de los principios subyacentes a la Constitución que buscar ardientemente proteger.

Bibliografía

- ALLAN, T.R.S. (1985), “Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism”, *Cambridge Law Journal*, 44 (1), pp. 111-143.
- BEAUD, O. (2003), “Constitution et droit constitutionnel”. En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, París.
- BERNATCHEZ, S. (2015), “Briser la loi du silence sur le silence de la loi : de l’interprétation sémantique à l’application pragmatique du droit”, *Les Cahiers de droit*, 56 (3-4), pp. 233–255.
- BOTERO, J.C. y PONCE, A. (2010), *Measuring the Rule of Law*, The World Justice Project—Working Paper Series, núm. 001.
- BOURDIEU, P. (1986), “La force du droit”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64 (1), pp. 3-19.
- BOZEMAN, B. y RAINEY, H. G. (1998), “Organizational Rules and the ‘Bureaucratic Personality’”, *American Journal of Political Science*, 42 (1), pp. 163-189.
- BRUN, H., TREMBLAY, G. y BROUILLET, E. (2014), *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- CARTIER, G. (2004), “Le contrôle de l’exercice du pouvoir discrétionnaire: le difficile passage de la théorie à la pratique”. En: CONFÉRENCE DES JURISTES DE L’ÉTAT, *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l’État*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- CARTIER, G. (2009), “Administrative Discretion and the Spirit of Legality: From Theory to Practice”, *Canadian journal of law and society*, 24 (3), pp. 313–335.

⁶⁹ Sobre este tema, ver Hillgruber (1998), Orakhelashvili (2008), Van der Linden (2009), Worster (2009), Ryngaert y Sobrie (2011), Gökçe (2013).

- CHEVALLIER, J. (1993), "Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité". En: CURAPP, *Droit et politique*, Presses universitaire de France, Paris.
- COMMAILLE, J. (2003), "Droit et politique ». En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, Paris.
- COURTOIS, S. (2000), "Entre légitimité et stabilité: le débat sur la majorité requise dans l'éventualité d'un troisième référendum", *Arguments*, 2 (2).
- COURTOIS, S. (2014), "En quel sens peut-on affirmer que l'avis de la Cour suprême sur la sécession du Québec "constitutionnalise" la sécession?", *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 6, pp. 47-71.
- DAVIS, K.C. (1969), *Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Baton Rouge.
- DAWSON, M. (1999), "Reflections on the Opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference", *National Journal of Constitutional Law*, 11 (2), pp. 5-48.
- DELPÉRÉE, F. (1978), "La Constitution et son interprétation". En: VAN DE KERCHOVE (dir.), M., *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Faculté universitaire Saint-Louis, Bruselas.
- DERRIENNIC, J.P. (1998), "Majorité claire: mode d'emploi", *Cité libre*, 26 (9).
- DICEY, A.V. (1893), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 4^a ed., Macmillan, Londres/Nueva York.
- DION, S. (2012), "La sécession et les vertus de la clarté", *Revue de droit d'Ottawa*, 44 (2).
- DION, S. (2014), "Le Renvoi relatif à la sécession du Québec: des suites positives pour tous", *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 6, pp. 3-20.
- DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS DU QUÉBEC (2002), "Le référendum de 1980", *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3^a ed., Directeur général des élections du Québec, Quebec.
- DUBOIS, J.P. (2005), *Pouvoir discrétionnaire* [s.l.]. Disponible en línea; <http://users.unimi.it/ferminio/ParteSpecialeAP2015/DuboisJP2015%20%20Pouvoir%20discr%C3%A9tionnaire.pdf>
- DUMONT, H. (2007), "Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle". En: ANDERSEN, R., DÉOM, D., LEURQUIN-DE VISSCHER, F., RASSON-ROLAND, A., RENDERS, D., VERDUSSEN, M., *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruylant/L.G.D.J., Bruselas/Paris.
- FEAVER, G. (1995), "Canadian Political Miscalculation? Quebec's Referendum 95", *Government and Opposition*, 30 (2), pp. 45-61.
- FILION, M. (1979), "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives: les directives", *Les Cahiers de droit*, 20 (4), pp. 855-899.
- GARANT, P. (2010), *Droit administratif*, 6^a ed., Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- GILLEY, B. (2006), "The meaning and measure of state legitimacy: Results for 72 countries", *European Journal of Political Research*, 45 (3), pp. 499-525.
- GÖKÇE, Y. (2013), "Recognition of External Right to Self Determination and Syria Case", *Law & Justice Review*, 4 (2), pp. 277-300.
- GOODIN, R.E. (1986), "Welfare, Rights and Discretion", *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (2), pp. 232-261.
- HILLGRUBER, C. (1998). "The Admission of New States to the International Community", *European Journal of International Law*, 9 (3), pp. 491-509.
- HOULE, F. (2001), *Les règles administratives et le droit public aux confins de la régulation juridique*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- KAUFFMANN, E. (2014), "'Les trois types purs de la domination légitime' de Max Weber: les paradoxes de la domination et de la liberté", *Sociologie*, 5 (3), pp. 291-302.

- KLEINFELD BELTON, R. (2005), *Competing Definitions of the Rule of Law. Implications for Practitioners*, Carnegie Papers, núm. 55.
- LAJOIE, A. (1997), *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Presses universitaires de France, París.
- LAJOIE, A. (1999), *Avis juridique le sens de l'expression « question claire » dans le renvoi relatif à la sécession du Québec*, [s.n.], [s.l.].
- LAJOIE, A. (2000), "La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec", *Politique et Sociétés*, 19 (2-3), pp. 31-41.
- LAJOIE, A. (2003), "La loi sur la Clarté dans son contexte". En: GAGNON, A-G. (dir.), *Québec: État et Société*, Québec Amérique, Montreal.
- LE DIVELLEC, A. (2010), "L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution", *Jus Politicum Revue internationale de droit politique*, 4.
- LECLAIR, J. (2002), "Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles", *Queen's Law Journal*, 27, pp. 389-443.
- LYPSKY, M. (1980), *Street-level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, Nueva York.
- MACLAUCHLAN, H. W. (1997), "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference", *The Canadian Bar Review*, 76, pp. 155-185.
- MASSICOTTE, L. (1992), "La réforme de la procédure référendaire québécoise : la réflexion sur quelques enjeux". En: CÔTÉ, P.F. (dir.), *Démocratie et référendum : la procédure référendaire. Actes du colloque du département de science politique de l'Université de Montréal*, Université de Montréal, Montreal.
- MCFALLS, L. (2005), "L'État bâtard : illégitimité et légitimation chez Max Weber". En: COUTU, M. y ROCHER, G. (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Presses de l'Université Laval, Quebec.
- MONAHAN, P. J. (1999), "The Public policy role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference", *National Journal of Constitutional Law*, 11, pp. 65-105.
- MONAHAN, P.J., BRYANT, M.J. y COTÉ, N.C. (1999), "Coming to Terms with Plan B: Ten Principles Governing Secession". En: CAMERON, D.R. (dir.), *The Referendum Papers. Essays on Secession and National Unity*, University of Toronto Press, Toronto.
- NEVITTE, N. y KANJI, M. (2002), "Authority orientations and political support: A cross-national analysis of satisfaction with governments and democracy", *Comparative Sociology*, 1, pp. 387-412.
- NOREAU, P., HOULE, F., ISSALYS, P. y VALOIS, M. (2014), *La justice administrative: entre indépendance et responsabilité. Jalons pour la création d'un régime commun des décideurs administratifs indépendants*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- ORAKHELASHVILI, A. (2008), "Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo". En: VON BOGDANDY, A. y WOLFRUM, R. (dirs.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 12, Martinus Nijhoff Publishers, Londres.
- OWENS, R.J. (2011), "Justices and Legal Clarity: Analyzing the Complexity of U.S. Supreme Court Opinions", *Law & Society Review*, 45 (4), pp. 1027-1061.
- PACTEAU, B. (2003), "Discrétionnarité". En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, París.
- PAYET, J.P. (2008), "Le "caractère" du fonctionnaire. Sur les conditions ordinaires de la reconnaissance". En: PAYET, J.P. y BATTEGAY, A. (dirs.), *La reconnaissance à l'épreuve. Explorations socio-anthropologiques*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq.
- PERELMAN, C. (1978), "L'usage et l'abus des notions confuses", *Logique & analyse*, 21 (81), pp. 3-17.

- PERELMAN, C. (1978), “La motivation des décisions de justice, essai de synthèse”. En: PERELMAN, C. y FORIERS, P. (dirs.), *La motivation des décisions de justice*, Émile Bruylant, Bruselas.
- PINARD, M. (1997), “Les déterminants psychosociaux”. En: PINARD, M., BERNIER, R. y LEMIEUX, V. (dirs.), *Un combat inachevé*, Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy.
- RADMILOVIC, V. (2010), “Strategic Legitimacy Cultivation at the Supreme Court of Canada: Quebec Secession Reference and Beyond”, *Canadian Journal of Political Science*, 43 (4), pp. 843-869.
- ROCHER, F. (2014), “Self-determination and the Use of Referendums. The Case of Quebec”, *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 27 (1), pp. 25-45.
- ROCHER, F. y CASANAS ADAM, E. (2016), “L'encadrement juridique du droit de décider : la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec”. En TAILLON, P., BROUILLET, E. y BINETTE, A. (dirs.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.
- ROCHER, F. y VERRELLI, N. (2003), “Questioning Constitutional Democracy in Canada: From the Canadian Supreme Court Reference on Quebec Secession to the Clarity Act”. En GAGNON, A-G., GUIBERNAU, M. y ROCHER, F. (dirs.), *The Institutional Accommodation of Diversity*, Institute for Research on Public Policy, Montreal.
- RYNGAERT, C. y SOBRIE, S. (2011), “Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia”, *Leiden Journal of International Law*, 24 (2), pp. 467-490.
- SCRUTON, R. (2007), *The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought*, Palgrave Macmillan, Nueva York.
- SIMARD, A. (2005), “Légalité et légitimité (d')après Max Weber”, *Aspects sociologiques*, 12 (1), pp. 159-188.
- STEIN, R. (2009), “Rule of Law: What Does it Mean?”, *Minnesota Journal of International Law*, 18, pp. 293-203.
- TAILLON, P. (2014), “De la clarté à l'arbitraire : le contrôle de la question et des résultats référendaires par le Parlement canadien”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* (REAF), 20, pp. 13-59.
- TAILLON, P. y DESCHÊNES, A. (2012), “Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien: L'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels”, *Les Cahiers de droit*, 53 (3), pp. 461-522.
- TAMANAH, B. Z. (2012), “The History and Elements of the rule of Law”, *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 232-247.
- THORNHILL, C. (2010), “Legality, legitimacy and the constitution: A historical-functional approach”. En: THORNHILL, C. y ASHENDEN, S. (dirs.), *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Nomos, Baden-Baden.
- TREMBLAY, G. (1998), “La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec”, *Revue du Barreau* 58, pp. 423-437.
- TREMBLAY, L.B. (1994), “La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit”, *Revue de droit de McGill*, 39, pp. 101-143.
- TREMBLAY, L.B. (1997), *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, McGill-Queen's University Press, Montreal.
- TURP, D. (2001), “Le Droit du Québec à l'autodétermination et à l'indépendance : La loi sur la Clarté du Canada et la Loi sur les droits fondamentaux du Québec en collision”. En: LABOUZ, M.F. (dir.), *Intégration et identités nord-américaines vues de Montréal, 1995-2000*, Bruylant, Bruselas.

- VAN DE KERCHOVE, M. (1986), "Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Aux confins de la légalité", *Sociologie et sociétés*, 18 (1), pp. 77-96.
- VAN DE KERCHOVE, M. (1988), "Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité?". En: VASSART, P., HAARSCHER, G., INGBER, L. y VANDER ELST, R. (dirs.), *Arguents d'autorité et arguents de raison en droit*, Éditions Nemesis, Bruselas.
- VAN DER LINDEN, C. (2009), "Secession: Final Frontier for International Law or Site of Realpolitik Revival?", *Journal of International Law and International Relations*, 5 (2), pp. 1-10.
- VERRELLI, N. y CRUICKSHANK, N. (2014), "Exporting the clarity ethos: Canada and the Scottish independence referendum", *British Journal of Canadian Studies*, 27 (2), pp. 195-117.
- WARREN, K.F. (2003), "Administrative Discretion". En: RABIN, J. (dir.), *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, Marcel Dekker, Nueva York.
- WEBBER, J. (1997), "The Legality of a Unilateral Declaration of Independence under Canadian Law", *McGill Law Journal*, 42, pp. 281-318.
- WEBER, M. ([1922] 2014), "Les trois types purs de la domination légitime (Traduction d'Elisabeth Kauffmann)", *Sociologie*, 5 (3), pp. 291-302.
- WOEHLING, J. (1992), "Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec", *Revue québécoise de droit international*, 7 (1), pp. 1-110.
- WORSTER, W. T. (2009), "Law, Politics, and the Conception of the State in State Recognition Theory", *Boston University International Law Journal*, 27 (1), pp. 115-172.
- YOUNG, R.A. (1999), *The Struggle for Quebec. From Referendum to Referendum*, McGill-Queen's University Press, Montréal-Kingston.
- ZOLLER, E. (2003), "Rule of Law". En: ALLAND, D. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, Paris.

Textos Jurídicos

Code de procédure civile, RLRQ, c. 25.01.

Loi constitutionnelle de 1982.

Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec, L.C. 2000.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998].

La experiencia escocesa en los referenda de devolución y secesión^{*(**)}

The Scottish experience of devolution and secession referenda

Malcolm Harvey
University of Aberdeen
malcolm.harvey@abdn.ac.uk

Recibido / received: 04/08/2017
Aceptado / accepted: 18/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3805>

Resumen

Consultar e involucrar a la población se ha vuelto habitual en los últimos años. El Reino Unido, que no cuenta con una constitución codificada, ha utilizado el referéndum para decidir sobre diversas cuestiones constitucionales, siendo la más reciente la consulta sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea en junio de 2016. Este artículo explora la experiencia escocesa de referenda, examinando el fallido referéndum de devolución de 1979, su repetición exitosa en 1997, y el referéndum de independencia de 2014, en el que los escoceses, de forma aparentemente decisiva, decidieron quedarse en el Reino Unido. Este artículo argumenta que, aunque en cada ocasión fueron las consideraciones políticas, más que los principios, los que llevaron al uso del referéndum, defensores de la democracia directa y activistas y defensores de casos similares pueden aprender algunas lecciones de todas ellas.

Palabras clave

Escocia, Referenda, Devolución, Independencia.

Abstract

Consulting and engaging with the public has become vogue in recent years. The United Kingdom, without a codified constitution, has utilised the referendum to decide upon constitutional issues, with the vote to leave the European Union in June 2016 the most recent of these. This article explores the Scottish experience of referendums, examining the failed devolution referendum of 1979, the reversal of this decision in 1997, and the independence referendum of 2014, in which Scots, apparently decisively, voted to remain in the UK. This article argues that, though on each occasion political considerations rather than principle led to the use of referendums, there are lessons to be learned from each, both for proponents of direct democracy and for campaigners and activists in similar cases.

* Nota del traductor: de aquí en adelante, se utilizará el término “devolución” como traducción más próxima al inglés “devolution”. Este concepto debe ser entendido como la “devolución” del Poder Legislativo al nuevo ente independiente, es decir, la creación en él de una cámara legislativa propia.

** Traducción de Jorge San Vicente Feduchi.

Keywords

Scotland, Referendums, Devolution, Independence.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Referenda y el proceso democrático. 3. El referéndum de devolución de 1979. 4. El referéndum de devolución de 1997. 5. Control de los tiempos y cooperación: ¿cuestiones clave? 6. El proceso hacia el referéndum de 2014. 7. El contexto cambiante. 8. Conclusión.

1. Introducción

En el Reino Unido (al contrario que, por ejemplo, en la República de Irlanda), no es necesario un referéndum para alterar los acuerdos de Gobierno o las circunstancias constitucionales. A pesar de que el Reino Unido no tiene una constitución única y codificada, decir que no tiene una “constitución” escrita es impreciso: la Constitución británica está escrita en varios documentos, los cuales incluyen la Magna Carta, ciertas las leyes del Parlamento o la obra *Erskine May: Parliamentary Practices*, así como en la costumbre y en precedentes. Con tal fin, el Gobierno de turno puede utilizar los referenda cuando así lo vea necesario y políticamente prudente. Por ello su uso no ha sido especialmente escrupuloso, pero han tenido un propósito claro: asegurarse de que los cambios constitucionales propuestos tienen el apoyo del público antes a su implementación. Pero en ocasiones —como pasó recientemente, en el referéndum sobre el *brexit*—, los votantes han acabado rechazando la opción preferida del Gobierno; y cuando esto ocurre, éste acepta el resultado como si la consulta fuera vinculante.

En tres ocasiones durante los últimos 40 años, el electorado escocés ha sido consultado sobre el nivel de autonomía que debería ser otorgado a Escocia. En 1979, Escocia votó, por poco margen, a favor de un Parlamento escocés, aunque el apoyo no logró el umbral de participación requerido y la legislación fue por tanto derogada. En 1997, un Parlamento escocés más fuerte (con poderes para manejar asuntos fiscales) fue apoyado ampliamente por el electorado y finalmente establecido en 1999. Y en 2014, el Partido Nacional Escocés (SNP, en sus siglas en inglés), que había conseguido la mayoría en dicho Parlamento, acordó con el Gobierno británico la celebración de un referéndum que permitiese al electorado votar sobre su misma *raison d'être*: la independencia. La propuesta fue rechazada con un 55 por ciento del voto en contra. En cada ocasión, el referéndum fue utilizado para involucrar a la ciudadanía en el proceso, por lo que podemos aprender lecciones de cada una de esas experiencias.

El presente artículo examina en detalle estos tres referenda, considerando los procesos que cada uno siguió, cómo se involucraron los actores principales y el impacto de dos factores comunes a cada caso: el momento en el que se llevó a cabo el referéndum y la coordinación y cooperación de las partes para conseguir su resultado preferido. Con tal fin, el artículo destaca el papel del referéndum en las democracias representativas, y específicamente en el Reino Unido, argumentando que deben ser utilizados tan solo en circunstancias particulares —circunstancias que el Reino Unido ha mantenido desde el primer uso de un referéndum en 1973—. En segundo lugar, el artículo estudia los procesos que se llevaron a cabo en los tres referenda relativos a la autonomía de Escocia (en 1979, 1997 y 2014), comparando

las campañas, los tiempos y la implicación de los votantes en cada uno de ellos. Finalmente, el artículo destaca un cambio en el contexto para el uso de referenda y otros mecanismos de participación ciudadana en el Reino Unido, especialmente desde el cambio de siglo, argumentando que, aunque la población parece más dispuesta a participar en el proceso político de un referéndum que en el de unas elecciones, la experiencia reciente del *brexit* ha alterado, potencialmente, la opinión pública de cuándo deben celebrarse las consultas populares.

Aunque el autor esté ampliamente a favor del principio de participación ciudadana como un componente positivo de los referenda, el artículo defiende que, de varias maneras, el referéndum ha sido utilizado cínica y estratégicamente como una herramienta partidista. Ante la expectativa de futuros referenda constitucionales en el horizonte —la posibilidad de que se celebre un segundo referéndum de independencia en Escocia o los esfuerzos continuados de Cataluña para hacer lo propio por primera vez son solo dos de estos ejemplos—, podemos extraer algunas lecciones de la experiencia escocesa. En particular, el papel del Gobierno central para legitimar el referéndum —así como la alta participación en el referéndum sobre la independencia en 2014— es un claro beneficio para el proceso democrático.

2. Referenda y el proceso democrático

El referéndum es el ejemplo más claro de democracia directa utilizado en las democracias representativas contemporáneas, por lo que su uso se ha vuelto común (Butler y Ranney, 1994). Para algunos, el aumento en su uso se explica por el papel negativo del pueblo en las democracias representativas; es decir, que el poder del pueblo se limita a seleccionar y deseleccionar a sus representantes de preferencia en elecciones (Bogdanor, 1994). Para otros, es una cuestión de incrementar la legitimidad de una medida particular; si la gente vota por ello, parece tener más legitimidad (Papadopoulos, 2001). Para Qvortrup, los referenda son “un suplemento de la democracia indirecta”, dando a los ciudadanos el voto decisivo y la oportunidad de llevar a la democracia más cerca del “ideal de gobierno por discusión” que a través de votos dispersos que responden a una línea de partido de las democracias representativas contemporáneas (Qvortrup, 2005). Sin embargo, Chambers argumenta que la polarización del debate en los referenda y la inevitabilidad de resultados mayoritarios en realidad “perjudica la deliberación y, en su camino, debilita la legitimidad de los resultados”. En efecto, ello conlleva a considerar la votación en un referéndum como “final” y a tratar al propio referéndum como un “juego de suma cero” (Chambers, 2001: 240-245). La crítica de LeDuc’s (2003) va más allá, al subrayar que los referenda son habitualmente susceptibles a “información insuficiente, preguntas confusas o argumentaciones contradictorias en cuanto a las consecuencias de la votación”. Tierney (2012) destaca que los referenda en contextos de democracia representativa son problemáticos, potencialmente anti-democráticos y pueden no ser el método más apropiado de involucrar directamente a la población en discusiones políticas (y, especialmente, constitucionales). El más famoso partidario del referéndum en el Reino Unido, A.V. Dicey, consideraba al referéndum una respuesta a lo que él veía como el problema de que una pequeña mayoría de la Cámara de los Comunes pudiera cambiar la Constitución sin que el pueblo tuviera ninguna influencia en la decisión (Qvortrup, 2005: 47). Desde su punto de vista, el referéndum era un “mecanismo conservador” dada su propuesta de utilizar los referenda para limitar la capacidad del Parlamento de alterar radicalmente la Constitución sin tener necesariamente el apoyo de la ciudadanía (Constitution Unit, 1996: 19). Bogdanor argumenta que Dicey tiene y no tiene razón: tiene razón en cuanto a que, en lo que se refiere a cuestiones constitucionales, la opinión del pueblo debería contar más que la del Parlamento;

pero no la tiene al decir que el referéndum solo podría utilizarse en un número pequeño de cuestiones constitucionales (Bogdanor, 1996: xv-xix).

En el Reino Unido, los referenda tienen una naturaleza *ad hoc* y consultiva: *ad hoc* porque no hay un requerimiento constitucional de que algunos asuntos se decidan por referéndum, por lo que los Gobiernos pueden decidir recurrir a ellos por varias razones; y consultiva porque el principio de soberanía parlamentaria supone que, sea cual sea el resultado, el Parlamento británico conserva la autoridad de no estar comprometido a este y de actuar de la manera que considere apropiada. Y dado que los referenda en el Reino Unido no están estipulados por ninguna legislación formal —y que la justificación constitucional para su celebración difiere en cada caso, dificultando su determinación por precedente— la conveniencia política se vuelve una motivación relevante al tomar la decisión de convocarlos (Balsom, 1996: 221). Esto da el control de los referenda a los Gobiernos británicos de varias maneras. Pueden decidir sobre las cuestiones que se discutirán en un referéndum, cuándo se celebrará y cuál será la pregunta. En resumen, controlan la agenda del referéndum y su puesta en marcha (Setälä, 2006: 709). Generalmente, el partido gobernante solo se decidiría a convocar un referéndum si considera que ganará (Le Duc, 2002). Sin embargo, en ocasiones, para el electorado, el referéndum no es un procedimiento aislado sobre una cuestión en particular, sino que la votación puede convertirse en un juicio de la labor del Gobierno. Esto también influirá en la decisión de un Gobierno de convocar una consulta popular.

La Cámara de los Lores solicitó a su Comité Especial sobre la Constitución la investigación del “papel de los referenda en la experiencia constitucional británica”. El informe estudió una serie de fuentes a favor de continuar, expandir o formalizar el uso de referenda en el Reino Unido. Entre los argumentos a favor se encontraban: resolver un problema; incrementar la participación ciudadana; promocionar la educación democrática; salvaguardar al Parlamento o al Gobierno ante decisiones polémicas; el hecho de que, cuando los votantes dejan clara su posición en un referéndum, dicha posición es difícil de revertirse; y que el referéndum es un complemento de la democracia representativa tal y como es practicada en el Reino Unido (House of Lords, 2010). En su contra, consideraron también argumentos como que los referenda eran simples mecanismos tácticos; que las campañas estaban dominadas por las élites; que tenían un impacto negativo sobre las minorías; que suponían un obstáculo para el progreso; que no resuelven la cuestión; que tienden a divergir de la pregunta; que son caros; y que, de hecho, debilitan la democracia representativa. Concluyeron que, mientras compartían las críticas a la naturaleza *ad hoc* de los referenda —específicamente, a su uso como mecanismo táctico—, los referenda tenían su papel en el Reino Unido; concretamente, resultaban apropiados cuando se trataban “asuntos constitucionales fundamentales”, tal y como el cambio del sistema electoral de la Cámara de los Comunes o cuestiones de secesión nacional de la Unión.

Qvortrup establece cinco tipos distintos de referéndum: transferencias de soberanía, cuestiones constitucionales, cuestiones económicas, cuestiones morales y asuntos varios como la adopción, la energía nuclear o la conducción por la derecha (Qvortrup 2005: 63). Los referenda de devolución previos entrarían claramente en la categoría de cuestiones constitucionales, aunque el referéndum propuesto por el Gobierno del SNP probablemente se solaparía con la categoría de transferencias de soberanía dado que su contenido afecta a aspectos de ambas. Asimismo, la propuesta de referéndum conllevó fines políticos específicos para ayudar a resolver los dilemas del partido en cuanto a políticas, responsabilidades y votos (Müller y Strøm, 1999). Ayudó al SNP a abstraerse de la independencia en las elecciones escocesas y aumentó su capacidad de obtener el Gobierno; los votantes

podían apoyar al SNP, por ejemplo, en base a sus políticas, sabiendo que ese apoyo no significaba una independencia inminente, sino que votaban a favor de un referéndum no necesariamente inmediato. En este sentido, el referéndum independentista del SNP está diseñado pensando en sus votantes y sus detractores y tiene similitudes con los referenda de devolución previos. Los referenda de devolución de 1979 y 1997 fueron promovidos por la oposición (Qvortrup 2005: 106): la iniciativa de 1979 vino de la oposición a la devolución mientras que el de 1997 fue diseñado para desarmar una campaña conservadora contra los poderes relativos al Impuesto sobre la Renta del Parlamento escocés (los poderes de variación de impuestos, como fueron descritos en la papeleta). Sin embargo, como se discute más abajo, las cuestiones relacionadas con el uso del referéndum en ambos casos eran heterogéneas y complejas.

Existen otras dos cuestiones a destacar sobre el uso de referenda en Reino Unido. En primer lugar, dada la ausencia de una constitución codificada y la prevalencia de la soberanía parlamentaria en la cultura jurídica británica, merece la pena recordar que los referenda son meramente consultivos, no constitucionales o vinculantes. El Reino Unido no tiene normas constitucionales ni disposiciones para los referenda, por lo que existe un elemento *ad hoc* en ellos, aunque actualmente existe cierta consistencia en su organización y conducta debido al trabajo regulatorio de la Comisión Electoral. En el contexto del Reino Unido como monarquía constitucional, el Gobierno no tiene la obligación de otorgar a la ciudadanía la oportunidad de votar sobre determinadas cuestiones —el sistema de democracia representativa permite al electorado votar a un parlamentario, que votará en la Cámara de los Comunes como su representante—. Este sentimiento está tan imbuido en la tradición democrática británica que rara vez se ha recurrido a referenda; y cuando se ha hecho, estos han tenido siempre un carácter no vinculante y consultivo, manteniendo por tanto la soberanía del Parlamento británico (Bogdanor, 1996: 223). No obstante, se ha establecido un precedente en el que, cuando se legisla sobre asuntos constitucionales, el Gobierno consultará a la ciudadanía a través de un referéndum —y aunque estos sean teóricamente consultivos, el Gobierno ha respetado la opinión pública en cada uno de los once referenda celebrados hasta la fecha—.

Tabla 1: Referenda en el Reino Unido (1973-2016)			
Año	Cuestión	Área del RU	Resultado
1973	Soberanía de Irlanda del Norte	Irlanda del Norte	Irlanda del Norte se mantiene en el Reino Unido
1975	Entrada en la CEE	Todo Reino Unido	Reino Unido se mantiene en la CEE
1979	Devolución de Escocia	Escocia	Asamblea No (regla del 40%)
1979	Devolución de Gales	Gales	Asamblea No
1997	Devolución de Escocia	Escocia	Aceptado el Parlamento escocés
1997	Devolución de Gales	Gales	Aceptada la Asamblea de Gales
1998	Devolución de Londres	Londres	Establecimiento de la Autoridad del Gran Londres y de su alcaldía

1998	Acuerdo de Viernes Santo	Irlanda del Norte	Acuerdo aceptado
2004	Devolución del noreste	Noreste de Inglaterra	Asamblea No
2011	Poderes de devolución de Gales	Gales	Ampliación de poderes para la Asamblea de Gales
2011	Voto alternativo	Todo Reino Unido	En contra de cambios en el sistema electoral
2014	Independencia de Escocia	Escocia	Escocia se mantiene en el Reino Unido
2016	Permanencia en la UE	Reino Unido	Reino Unido sale de la UE

En segundo lugar, la Constitución —en términos generales— es materia reservada, lo que significa que el Parlamento tiene los poderes para legislar en este aspecto. Esto abre dos vías para que el Parlamento escocés convoque un referéndum sobre una cuestión constitucional: o, por un lado, llega a un acuerdo con el Parlamento británico para que éste le otorgue la competencia temporal de legislar a favor de un referéndum (como ocurrió en el referéndum sobre la independencia de 2014) o, por otro lado, prosigue sin contar con la aprobación del Parlamento británico, pero con una pregunta menos directa. La segunda vía era la preferida por el Gobierno del SNP antes de alcanzar la mayoría en las elecciones al Parlamento escocés de 2011. Entonces consideraban que la Ley de Escocia (*Scotland Act*) no permitía un referéndum con una pregunta de Sí/No sobre la independencia, pero sí una sobre si se negociaba un acuerdo de independencia con el Gobierno del Reino Unido. La SNP había tomado esto en consideración y su intención era diseñar una pregunta que fuese “constitucional” y pudiese ser aprobada a través del proceso legislativo del Parlamento escocés (es decir, que obtuviese un certificado de validez jurídica por parte del Presidente de la Cámara, el apoyo en el Parlamento de un ministro relevante y la aprobación del secretario de estado escocés). La mayoría obtenida por el SNP y las subsecuentes negociaciones con el Gobierno del Reino Unido, que derivaron en el Acuerdo de Edimburgo, hicieron que el nuevo Gobierno escocés desestimara esa estrategia y permitiera una pregunta de Sí/No (Harvey y Lynch, 2012).

3. El referéndum de devolución de 1979

En los setenta, la idea de un referéndum como consulta previa al establecimiento de una asamblea nacional no entraba en los planes del Gobierno. El proyecto de ley conjunto para Escocia y Gales de 1976 —tumbado en la Cámara de los Comunes en 1977 por una moción “guillotina”— concedía el principio de referéndum a los anti-devolucionistas para tratar de salvar la ley. En aquel momento, se pensaba que esta estrategia habría disminuido las opciones de que la devolución tomara efecto en Gales —donde el apoyo popular era débil— pero aumentado las opciones de establecer una asamblea escocesa, dado que los escoceses parecían estar a favor de la devolución (Drucker y Brown, 1980). Finalmente se reintrodujeron dos proyectos de ley separados para cada región a finales de 1977. El proyecto para Escocia fue entonces publicado en noviembre de 1977 e incluía la concesión del Gobierno de un referéndum postlegislativo, manteniéndose ésta invariable en los posteriores debates. Fue esta concesión la que establecería un precedente para cambios constitucionales futuros.

Sin embargo, la decisión de proceder por la vía del referéndum no fue especialmente bienintencionada. La cuestión a debate no era si los cambios constitucionales deben requerir una votación pública. El Gobierno laborista se

enfrentaba a una clara división interna —como también había ocurrido en el debate sobre la permanencia en la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1975— y, de nuevo, consideraron que era políticamente apropiado consultar a la ciudadanía en un referéndum (Bochel et. al. 1981: 170). Lo que estaba claro era que el derecho a votar sobre los cambios constitucionales sería limitado a aquellos a los que estos afectarían directamente; por tanto, solo los electores de Escocia y Gales serían consultados sobre las propuestas de devolución. Esto constituía también un precedente importante, pues no solo afectaba a futuros referenda de devolución (en 1997), sino que también establecía el principio bajo el que cada una de las naciones que componen el Reino Unido podría determinar autónomamente los términos de su membresía (Bogdanor, 1979: 156). Sin embargo, dada la percepción del amplio apoyo a la devolución en Escocia, el referéndum no fue considerado como una concesión lo suficientemente grande para los anti-devolucionistas del bando laborista. En enero de 1978 se aprobó por tanto una enmienda al proyecto de ley para Escocia —así como para el de Gales, donde el apoyo de los votantes parecía disminuir aún más— por la que se establecía que, para que la legislación saliese adelante, el 40 % de los electores deberían apoyarla. La *enmienda de Cunningham*, como se denominó al umbral requerido, fue un golpe crítico para los defensores de la devolución.

La campaña en el referéndum de devolución de 1979 estuvo fuertemente condicionada por algunas consideraciones partidistas; en concreto, por el efecto del referéndum sobre el Gobierno laborista, por las futuras elecciones generales en el Reino Unido, y por varias contiendas electorales entre el Partido Laborista y el SNP en las elecciones generales de octubre de 1974 y las subsiguientes elecciones locales. El laborismo estaba dividido en la cuestión de la devolución tanto en Westminster como en las organizaciones locales. Aun así, el partido quería atribuirse exclusivamente el mérito de una victoria del Sí. Los conservadores tenían claro su apoyo al No, pero no querían dañar sus expectativas de voto en Escocia para las elecciones generales por ser considerados como anti-escoceses. El Partido Conservador también tuvo que manejar algunas divisiones internas respecto a la devolución, pues algunos de sus parlamentarios y miembros estaban a favor de una Asamblea escocesa. El SNP estaba definitivamente a favor del Sí en 1979, pero mantenía sospechas respecto al proceso y a la propia cuestión de la devolución puesto que estaban haciendo campaña por algo en lo que no creían —una devolución reducida—, mientras que algunos parlamentarios y activistas laboristas hacían campaña en contra de las propuestas de su Gobierno.

En términos de organización, existían diferentes grupos de campaña. En particular, el bando del Sí evidenció las amplias divisiones que levantaba el asunto de la devolución. En este lado se encontraba *Yes for Scotland*. A pesar de la intención de hacer de este un movimiento que reuniera a votantes de todos los partidos, la ausencia de apoyos de los laboristas y los conservadores hizo que se acabara identificando con el SNP y el disidente Partido Laborista escocés de Jim Sillars. El laborismo decidió luchar por su propia campaña, en lugar de “ensuciarnos las manos uniéndonos a cualquier grupo heterogéneo del Sí”, como dijo Helen Liddell, la Secretaria General escocesa del partido (Bochel, Denver y Macartney 1981: 17). En cambio, el partido creó el *Labour Movement Yes*, conformado por parte del laborismo, los sindicatos y el Partido Cooperativo. El tercer grupo del bando del Sí era la Alianza por la Asamblea, cuya intención era mostrar la unidad entre partidos como alianza entre parlamentarios *tories*, laboristas y liberales, pero prácticamente pasó inadvertida. También existía una campaña para el Sí del Partido Conservador, con parlamentarios destacados como Alick Buchanan-Smith y Malcolm Rifkind, así como actos de campaña individuales por parte del Partido

Liberal y el Partido Comunista. El resultado de todo esto fue una campaña por el Sí desunida, afectada por los intereses de partido.

En el bando del No estaban *Scotland Says No* y *Labour Vote No*. El primero estaba formado por conservadores y empresarios y sirvió como la organización transversal del No. Tenía fondos de considerable calado y la oportunidad de dirigir su atención a la norma del 40 %, no solo al voto del No. Los conservadores también llevaron a cabo su propia campaña individual, pero *Scotland Says No* fue el centro de atención de las actividades del partido —en parte porque distraía hasta cierto punto a los *tories* de la cuestión de la devolución—. De forma paralela actuaba *Labour Vote No*, dirigida por Brian Wilson y Tam Dalyell. *Labour Vote No* fue importante porque suponía que había una oposición transversal activa a la Asamblea escocesa y una organización que podía atraer al electorado laborista escocés más allá de la opción conservadora/empresarial.

4. El referéndum de devolución de 1997

Tras la derrota en el referéndum de devolución de 1979, se precisaba de una nueva campaña para recuperar la atención del público. Esta llegó, oportunamente, a través de la Comisión Constitucional escocesa. La Comisión emitió una serie de recomendaciones sobre el sistema electoral, la representación de las mujeres y el papel del Parlamento escocés en los contextos europeo y británico, además de la peliaguda cuestión fiscal (Scottish Constitutional Convention, 1994). Mientras que la Comisión no resolvió adecuadamente cada uno de estos problemas, al menos proporcionó un foro de discusión y una agenda para negociaciones futuras entre las partes (Lynch, 1996). La misma Convención elaboró dos documentos en 1995. El primero, “Key Proposals for Scotland’s Parliament”, publicado por el Comité Ejecutivo en octubre, actualizaba el documento “Towards Scotland’s Parliament”, de 1990, con los principios que se habían convenido recientemente (que incluían un nuevo sistema de elección de los 129 miembros que compondrían el Parlamento escocés) (Scottish Constitutional Convention, 1995a). El “Scotland’s Parliament, Scotland’s Right”, que recogía las anteriores propuestas y sería el informe final de la Convención, fue publicado el 30 de noviembre (el Día de San Andrés) (Scottish Constitutional Convention, 1995b). Fue crucial el hecho de que en ambos casos se mantuvo el apoyo tanto de los liberaldemócratas como de los laboristas, quienes probablemente obtendrían el nuevo Gobierno. Al obtener el apoyo de ambos en sus respectivos congresos al año siguiente, la Convención hizo que la devolución fuese una promesa clave de sus manifiestos electorales en las próximas elecciones. Sin embargo, a mediados de 1996, un año antes de las elecciones, el líder laborista Tony Blair anunció que, si su partido ganaba las elecciones, la legislación de devolución sería de nuevo sometida a *referenda*; en plural, porque la proposición de otorgar al Parlamento escocés capacidad de decisión sobre asuntos fiscales sería también objeto de una consulta. Un examen de la opinión pública estaba de vuelta en la agenda sobre la devolución.

Naturalmente, esto sorprendió a la Convención Constitucional escocesa, y muchos de los implicados sospechaban que el anuncio de Blair no fuese más que una maniobra para frustrar los planes de la devolución. Muchos también lo tomaron como una intromisión de Londres en el proceso. George Robertson, secretario de Estado “en la sombra” de Escocia, había informado hasta una semana antes del anuncio de Blair de que no habría referéndum, mientras que el parlamentario John McAllion dimitió de su puesto como protesta por no haber sido consultado sobre el cambio de estrategia (McCrone y Lewis, 1999: 19). Se organizaron reuniones entre Tony Blair y Kenyon Wright, que aún presidía el Comité Ejecutivo de la Convención. Wright concluyó que el referéndum había sido utilizado como un mecanismo táctico

dirigido a facilitar la aprobación de un proyecto de ley para Escocia en el Parlamento británico —y, específicamente, para consolidar al Parlamento como parte del escenario político—. A pesar de no ser reconocido por los detractores de un referéndum, la propuesta de Blair fue, en realidad, la continuación de la estrategia de su predecesor en lo que respecta a la devolución. John Smith, en una entrevista realizada en 1981 en los días posteriores al primer referéndum de devolución, declaró que un nuevo referéndum sería “inevitable”, lo que “daría al Gobierno una base sólida para seguir adelante” (McCrone y Lewis, 1999: 18-22). La opinión de Smith no era solo que el referéndum era positivo para la devolución —que, como pretendía Tony Blair, consolidaría la futura asamblea escocesa—, sino que además el precedente de la consulta de 1979 precisaba que cualquier avance hacia la devolución fuese objeto de una estrategia similar. Estas reflexiones, además del deseo de consultar a la ciudadanía y el precedente del anterior referéndum, ayudaron a dar forma a la estrategia del SNP para conseguir la independencia.

La naturaleza del anuncio, sin embargo, causó cierta consternación entre los partidos políticos escoceses, así como en la Convención Constitucional escocesa. El Comité Ejecutivo Nacional del laborismo escocés tuvo que ser convencido de apoyar la propuesta —algo que solo hizo tras preguntárselo dos veces—. Los presidentes de la Convención no estaban demasiado contentos con la decisión, que no había sido consultada de antemano, y los liberaldemócratas estaban igualmente molestos (Harvie y Jones, 1999: 173). A la Convención le preocupaba que la labor de informar, educar y concienciar a la ciudadanía escocesa —una labor con la que se había comprometido— no se había llevado a cabo, y presentaron pruebas de la falta de conexión con el pueblo durante el proceso (Wright, 1997: 230). Sin embargo, de nuevo se tendieron puentes entre las partes y la Convención se unió a la propuesta de devolución. Dos semanas después de la victoria en 1997 del Partido Laborista en las elecciones generales —con un margen aplastante—, el proyecto de ley para el referéndum fue publicado y este fue convocado para el 11 de septiembre de 1997 (McCrone y Lewis, 1999: 24). Mientras que, por un lado, la Convención reconocía que existía una clara demanda a favor de la devolución, como evidenciaban las encuestas de opinión en las semanas previas y posteriores a las elecciones generales, también reconocían que esta no valdría de nada si la campaña estaba tan desunida como en 1979. Esto significaba que debían tender lazos con el SNP, que había permanecido fuera del proceso de la Convención, puesto que tomaban a esta como un medio para disminuir las posibilidades de independencia. Conseguir el apoyo del SNP era un objetivo clave, para lo cual se hicieron subsecuentes movimientos en el verano de 1997 (McLean, 2005: 164). El propio SNP quería esperar a ver cómo sería el Libro Blanco de los laboristas (eventualmente publicado como *Scotland's Parliament* [Cm. 3658]) antes de comprometerse a la campaña a favor de la devolución. El antiguo líder de la SNP Gordon Wilson estaba vehementemente en contra de apoyar la campaña, denominándola como la “ciénaga de la devolución”, pero el Consejo Nacional del partido votó ampliamente a favor del doble Sí (ambas cuestiones —la de la devolución y la de materia fiscal— habían sido combinadas en un mismo referéndum), por lo que el SNP se unió a la campaña del Sí-Sí (McCrone and Lewis, 1999: 25).

5. Control de los tiempos y cooperación: ¿cuestiones clave?

Respecto a la implicación de los partidos, la campaña para el referéndum de 1997 fue mucho más directa que la de 1979. Tres partidos cooperaron en la campaña del Sí, tanto formal como informalmente —Laborista, Liberal Demócrata y el SNP—, y en la iniciativa transversal *Scotland Forward*. Los tres partidos también llevaron a cabo sus propias campañas nacionales y locales y participaron en debates

televisivos y eventos nacionales como un grupo relativamente unido. A pesar del descalabro en las elecciones generales de 1997, los conservadores participaron en la campaña del No a través de *Think Twice*, liderada por Brian Montieth, David McLetchie y el vicepresidente Donald Findlay, puesto que no había parlamentarios *tories* escoceses que quisieran estar al frente de la campaña. El laborista Tam Dalyell prosiguió en su rechazo a la devolución, pero no se adhirió a *Think Twice*. Comparada a la experiencia de 1979, la campaña del Sí en esta ocasión estuvo mucho más unificada y expuso un balance de 3-1 entre los partidos a favor de la devolución y los conservadores; estos últimos, una fuerza mucho menor, fuera del poder, sin fondos y conscientes de que, probablemente, el Sí obtendría una convincente victoria (Denver, Mitchell, Pattie y Bochel, 1998).

Existe otro foco de interés respecto a los referenda de devolución: el control de los tiempos fue esencial en ambas experiencias. El momento en que se llevaron a cabo influiría en si la cuestión de la devolución estaría contaminada por otros asuntos y eventos, algo que podría afectar al referéndum de independencia. En 1979, los propios diputados del Gobierno laborista forzaron el referéndum (así como el umbral del 40 %) a finales de legislatura y en un periodo de conflicto económico y político. La popularidad del Partido Laborista había caído, mientras que el SNP había decaído como fuerza política tras llegar un momento de auge, por lo que los actores de cambio estaban en pleno retroceso. En 1997, el referéndum se celebró en plena “luna de miel” del laborismo, tras una victoria aplastante en las elecciones de mayo, y tras la práctica desaparición de la representación conservadora en Escocia (Harvey y Lynch, 2012). La cuestión de la devolución se vio por tanto afectada por la popularidad del Gobierno, así como por las condiciones políticas y económicas, y, a diferencia de en 1979, el Gobierno laborista pudo elegir el momento en el que se celebraría el referéndum y cómo se haría. La larga permanencia en el Gobierno puede ser una dificultad para el SNP en el futuro: en el referéndum de 2014, ya llevaban siete años en el poder, y todavía mantenían una valoración pública razonable. En el momento de escribir (mediados de 2017), esta ha aumentado a diez años, aunque las encuestas —como se comprobó en las elecciones generales de 2017— han variado notablemente en este periodo. Un referéndum de independencia en lo que se percibe como el final de un largo periodo en el Gobierno no sería una ventaja para la causa independentista.

Por otro lado está la cuestión de las condiciones económicas y políticas en las que se celebra el referéndum. Las dificultades de esta situación se muestran particularmente claras en el referéndum de 1979. Como indicó el entonces parlamentario laborista y defensor de la devolución Dennis Canavan, sobre esa experiencia:

Había basura en las esquinas y ratas y de todo. La gente —incluso los que tradicionalmente había apoyado a Partido Laborista— se preguntaba, “¿qué demonios pasa aquí?” El país está inmerso en un caos absoluto y esperáis que vayamos a votar en un referéndum, ¿qué tiene que ver el referéndum en todo esto? Mucha gente, incluidos los votantes tradicionales del Partido Laborista, veía el referéndum como la manera de darle a Jim Callaghan y a su Gobierno un puñetazo en las narices o, incluso, un golpe mortal. (Harvey y Lynch, 2012)

Estas circunstancias no se dieron en 1997. La campaña se llevó a cabo en condiciones políticas más prometedoras y sin un bagaje económico negativo (que probablemente hubiera afectado más a los conservadores, que estuvieron en el Gobierno entre 1979 y 1997). La importancia de unas condiciones políticas y económicas positivas ha sido obvia para el SNP durante la campaña por un referéndum de independencia. En 2007, su intención fue mostrarse como un partido capaz de gobernar, ganando la confianza de la gente en el partido y, por extensión,

en la causa independentista. También organizó una consulta durante tres años para tantear la opinión pública sobre el cambio constitucional como parte de un intento de ganar adeptos para la independencia gradualmente, con el objetivo de celebrar un referéndum en 2010. Durante este periodo, Escocia y el Reino Unido sufrieron una fuerte recesión y una serie de factores económicos negativos que podrían haber tenido efecto en el referéndum.

6. El proceso hacia el referéndum de 2014

En 2014, la política escocesa había cambiado de nuevo. El Parlamento escocés estaba consolidado y la clase política bien establecida. Las reglas establecidas por el *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* habían obligado a los partidos políticos a meterse de lleno en el proceso hacia el referéndum independentista, creando y desempeñando un papel activo en grupos de campaña. La campaña a favor del Sí unió al SNP con el Partido Verde Escocés y el Partido Socialista Escocés. *Better Together*, la campaña a favor de la permanencia de Escocia en el Reino Unido, reunió a conservadores, laboristas y liberaldemócratas. Más allá de los partidos, otros sectores y grupos de interés, así como ciudadanos independientes, se organizaron a favor de una u otra opción. En el bando del Sí, el espectro de intereses y puntos de vista se hizo evidente de inmediato. *Business for Scotland* y *Wealthy Nation* ofrecían una perspectiva de centroderecha de la independencia, defendiendo una bajada de impuestos, libertad económica y autonomía. Esto contrastaba con la posición igualitaria de la *Radical Independence Campaign*. La organización *Women for Independence* —una de las más destacadas en el lado del Sí— se centró en cuestiones de igualdad de género y justicia social y buscaba extender la participación política de las mujeres. *Generation Yes*, por su parte, vio el cambio constitucional como una oportunidad para alterar el contexto político e institucional en favor de la población joven de Escocia. *National Collective* congregó a artistas, escritores y músicos, argumentando que “el acto creativo definitivo: crear una nueva nación” ofrecería oportunidades de cambio. La campaña escocesa por el desarme nuclear, por su lado, vio también en la independencia una oportunidad para deshacerse de las armas nucleares en Escocia. De muchas maneras, los grupos dispares mostraron las contradicciones inherentes en el corazón de la campaña a favor de la independencia; que las ambiciones y deseos de cada grupo no podrían ser cumplidas, dado que se contradecían las unas a las otras. No obstante, la naturaleza de “todo para todos” de la campaña del Sí sirvió para atraer a los votantes y abrió el debate desde su limitado enfoque en el acuerdo constitucional a una discusión más amplia y en varios frentes (Convery y Harvey, 2015).

Al contrario que en el caso español, donde la posición más absolutista del Gobierno español en relación a Cataluña —que la Constitución española prohíbe por completo un referéndum de secesión en Cataluña—, el Gobierno británico adoptó una estrategia más permisiva con respecto a las demandas de un referéndum independentista en 2014, permitiendo al Parlamento escocés organizar y celebrar la votación respetando el resultado. La relación entre el Gobierno y el Parlamento británicos de Westminster y la asamblea escocesa en Holyrood, Edimburgo, parece ser mucho más flexible que la de sus homólogos españoles. Recientemente, la posición del Gobierno británico parece haberse endurecido, a la vez que parece disminuir la posibilidad de acordar un segundo referéndum de independencia, especialmente tras las elecciones generales de junio de 2017 y el repunte de los conservadores en Escocia.

La devolución en Escocia era una reacción a una demanda clara de algún tipo de autogobierno. El establecimiento de un Parlamento escocés no fue visto

como un peligro para la Unión, sino como un medio para asegurar su existencia. George (ahora Lord) Robertson, el secretario de Estado escocés “en la sombra”, proclamó que la devolución “remataría al nacionalismo” (Harvey, 2015, p. 15). Además, la posición hegemónica del laborismo en Escocia no se veía desafiada por el SNP. Los nacionalistas no se habían involucrado en el proceso de democratización de la devolución administrativa a la ejecutiva, y no estaban en la posición —en los primeros años de la devolución— de gobernar. Sin embargo, cuando el SNP ganó el Gobierno minoritario en 2007, y subsecuentemente obtuvo la mayoría en las elecciones al Parlamento escocés de 2011, lo hicieron con la intención expresa (como se detalla abajo) de celebrar un referéndum de independencia. El Gobierno británico, guiado en parte por las encuestas de opinión, que sugerían que la opción de permanecer en el Reino Unido ganaría con holgura, retaron al SNP a declarar el referéndum. Esto era, ostensiblemente, una apuesta arriesgada: el Gobierno británico creía que su victoria sería amplia y que esta acabaría con la discusión de futuros cambios constitucionales.

Tabla 2: Comparación de los referenda en Escocia			
	1979	1997	2014
Propuesto por	Oposición	Gobierno	Gobiernos escocés y británico
Gobierno	Minoría laborista	Mayoría laborista holgada	RU: coalición conservadora-liberaldemócrata Escocia: mayoría SNP
Cuestión(es)	Asamblea escocesa (Sí/No)	P1. Parlamento escocés (Acuerdo/Desacuerdo) P2. Poderes en materia fiscal (Acuerdo/Desacuerdo)	Independencia (Sí/No)
Resultado	Sí 52-48 No	P1. Acuerdo 74-26 Desacuerdo P2. Acuerdo 63-37 Desacuerdo	Sí 45-55 No
Umbral	40% del electorado	Mayoría simple	Mayoría simple
Conclusión	Ley de Escocia de 1978 derogada	Ley de Escocia de 1998 aprobada Establecido el Parlamento escocés en 1999	Escocia permanece en el RU
Control de los tiempos	Marzo 1979 – final del “Invierno del descontento” y Gobierno laborista en minoría	Septiembre 1997 – 4 meses de Gobierno de Blair tras victoria aplastante	Septiembre 2014 – a mediados del segundo mandato del SNP en Escocia; final de la coalición conservadora-liberaldemócrata
Campaña: a favor	<i>Yes for Scotland</i> (SNP, Partido Laborista Escocés disidente); <i>Labour Movement Yes</i> (laborismo, sindicatos,	<i>Scotland Forward</i> (Partido Laborista, Partido Liberal Demócrata, SNP); campañas individuales de cada partido –	<i>Yes Scotland</i> (SNP, Partido Verde Escocés, Partido Socialista Escocés); <i>Business for Scotland</i> ; <i>Wealthy Nation</i> ; <i>Radical</i>

	Partido Cooperativo); <i>Alliance for an Assembly</i> (parlamentarios conservadores, laboristas y liberaldemócratas); <i>Conservative Yes Campaign</i>	campaña coordinada	<i>Independence Campaign; Women for Independence; Generation Yes; National Collective</i>
Campaña: en contra	<i>Scotland Says No</i> (conservadores, empresarios); <i>Labour Vote No</i> (parlamentarios laboristas anti-devolución)	<i>Think Twice</i> (activistas del Partido Conservador); parlamentarios laboristas individuales anti-devolución	<i>Better Together</i> (Partidos Laborista, Conservador, Liberal Demócrata)

Como resultado, se organizó un referéndum con el apoyo del Gobierno británico —una coalición del Partido Conservador y el Partido Liberal Demócrata—, cuyas normas se establecieron en el llamado Acuerdo de Edimburgo. Entre ambos Gobiernos, se tomaron decisiones respecto al sufragio, al número de opciones y preguntas que se incluirían en la papeleta y a la fecha límite para celebrar la votación. Con una participación del 84,6 %, el referéndum atrajo a la población hasta niveles nunca vistos en una votación bajo sufragio universal. El primer ministro británico David Cameron tuvo varias intervenciones en el debate, enfatizando que su familia pertenecía al clan Cameron, cuyo lema “unámonos” (*Let us unite*, en inglés) jugó a su favor al defender la existencia de la Unión. La frase “Una Nación” fue utilizada más de una veintena de veces por el entonces líder de la oposición Ed Miliband en uno de sus discursos —ostensiblemente en el sentido económico, pero también en referencia al debate en Escocia—. Tanto el ex primer ministro Gordon Brown como la actual primera ministra Theresa May hicieron sendas referencias al Reino Unido como “familia de naciones” y una “Unión de naciones”, enfatizando la unidad a pesar de las diferencias de identidad (Cetrà y Harvey, 2017).

El resultado —la derrota de la propuesta independentista por 55,3 % a 44,7%— mostró a dos millones de personas a favor de permanecer en el Reino Unido frente a 1,6 millones que votaron a favor de la independencia. No obstante, las elecciones generales de mayo de 2015 reforzaron la posición del SNP respecto a la cuestión constitucional dado su bueno resultado. Mientras que en 2010 el partido había obtenido seis escaños en circunscripciones donde históricamente habían tenido un alto nivel de apoyo, en 2015 el SNP obtuvo 56 de los 59 parlamentarios en Escocia, dejando a los Partidos Laborista, Conservador y Liberal Demócrata con un escaño cada uno. Las elecciones al Parlamento escocés de 2016 devolvieron el Gobierno al SNP, aunque en minoría. Sin embargo, el aumento de escaños para el Partido Verde Escocés ha mantenido en mayoría a los parlamentarios escoceses a favor de la independencia. El Gobierno británico —tras 2015 una mayoría conservadora— buscó mermar el apoyo a la independencia extendiendo aún más la autonomía del Parlamento escocés. Las disposiciones en materia fiscal de la Ley de Escocia de 2012 fueron aprobadas tras las elecciones de 2016 y se concedieron más competencias tras el referéndum de independencia y la proceso de la Comisión Smith. Es evidente que la intención del Gobierno británico en cuanto a la cuestión constitucional es acomodar las demandas de mayor autonomía en el marco de la devolución y permitir al Parlamento escocés la oportunidad de legislar libremente dentro de sus áreas de competencia. No obstante, después del referéndum del *brexít*, en el que el apoyo mayoritario que

mostró el resto de la Unión prevaleció sobre el deseo de permanencia en la UE de Escocia, la primera ministra escocesa Nicola Sturgeon indicó su intención de empezar un nuevo proceso hacia un segundo referéndum de independencia. Theresa May, por su parte, respondió declarando que “ahora no es el momento” para un segundo referéndum, insinuando que el consentimiento con dicho referéndum no se retiraría indefinidamente, pero sí en el corto plazo. En cualquier caso, el Parlamento escocés ha dado su apoyo a una orden de la Sección 30, que transferiría temporalmente el poder de celebrar un referéndum al Parlamento escocés —como hizo en 2014—, lo que significa que el Gobierno británico tendrá que tomar una decisión sobre qué estrategia planea seguir.

El argumento de Reino Unido con respecto a Escocia contiene ciertos matices. Acepta el principio de Escocia como nación, así como su derecho a la autodeterminación, aunque no sin salvedades. Esto no es algo nuevo; los ex primeros ministros conservadores Margaret Thatcher y John Major aceptaron que Escocia pudiese optar por la secesión de la Unión (Keating y McEwen, 2017: 9). En efecto, es generalmente aceptado entre los políticos británicos que se oponen a la independencia que Escocia podría ser un país independiente *exitoso*. Su argumento, no obstante, es que no debería *querer* serlo. Gran parte del argumento de los unionistas se centra en la idea del Reino Unido como una “Unión de Naciones”, de “lo británico” como una identidad transversal, siendo esto complementario a la existencia de una identidad escocesa, galesa o inglesa. Tener múltiples identidades nacionales no resulta un problema para el Estado británico, que felizmente incorporara y acomoda estas actitudes si esto ayuda a conservar la Unión. Esta llamada al unionismo no es un argumento legal, sino una apelación a los lazos emocionales e históricos que unen a las naciones que componen el Estado. Este argumento señala el hecho de que no hay una barrera constitucional a la secesión y que el cambio constitucional puede llegar —y así ha ocurrido— para facilitar esta posibilidad.

El control de las cuestiones constitucionales continúa siendo una competencia reservada. No obstante, el Gobierno británico cedió temporalmente este control al Parlamento escocés en 2014 para permitir la celebración del referéndum de independencia. Theresa May, así como el secretario de Estado de Escocia David Mundell, han indicado que estarían dispuestos a hacerlo de nuevo en el futuro, pero que “ahora no es el momento” para tal referéndum (Johnson, 2017). En resumidas cuentas, mientras la soberanía y las competencias sobre la Constitución siguen recayendo sobre Westminster, hemos visto que esa soberanía se ha compartido en el pasado y puede compartirse de nuevo en el futuro —aunque a criterio del Gobierno central—. Este punto es importante, pues enfatiza el hecho de que la flexibilidad de la Constitución solo influye parcialmente en permitir la competencia compartida. La confianza del Reino Unido en las costumbres y los precedentes y su uso *ad hoc* del referéndum —generalmente, cuando se suponía a favor de los intereses del Gobierno— suponen que el compromiso del Gobierno con el derecho a la autodeterminación de las naciones que componen el Reino Unido no es una parte intrínseca de la Constitución, sino una posición a la que se ha llegado con el fin de conseguir la mayor influencia política posible. Como se ha mencionado anteriormente, la orden de la Sección 30 que otorgó temporalmente al Parlamento escocés la capacidad de convocar un referéndum fue, esencialmente, un cambio de las competencias constitucionales de la institución. Lo que también parece claro es que los actores independentistas en Escocia han estado dispuestos a participar en el proceso y a “seguir las reglas del juego” establecidas por la soberanía del Gobierno británico respecto a tal cuestión. No han amenazado con celebrar un referéndum sin el consenso del Gobierno y han estado dispuestos a negociar para conseguir tal fin, permitiendo a ambas partes mantener una postura diplomática.

Esta experiencia llevó a Liñeira y Cetrà (2015) a establecer cuatro lecciones específicas que ser de utilidad en futuros procesos: el requisito de un mandato popular; una decisión tomada a través de un referéndum; un acuerdo entre Estado y sub-Estado para determinar los términos de la consulta; y la claridad de la pregunta en cuestión (2015: 261).

7. El contexto cambiante

Antes de que la devolución tomara efecto —es decir, antes de 1999— la política del SNP no era que la independencia debiera ser tratada en un referéndum; el hecho de obtener una mayoría de los escaños en Escocia en las elecciones generales (en ese momento, 37 de las 72 circunscripciones existentes) sería suficiente para poder declarar la independencia. Sí habría un referéndum para aprobar la nueva Constitución escocesa y una Carta de derechos (Scottish National Party, 1997: 6). En las primeras elecciones al nuevo Parlamento escocés en 1999, el SNP propuso celebrar un referéndum de independencia en los próximos cuatro años (Scottish National Party, 1999: 10). Esta posición cambió ligeramente en los años posteriores, con la nueva intención de celebrarlo en los últimos meses de legislatura del Gobierno. El manifiesto del SNP de 2007, de hecho, sugirió que el año sería el 2010 (Scottish National Party, 2007: 8). El manifiesto de 2011 reiteró el apoyo al referéndum independentista, aunque sin ningún compromiso de temporalidad (Scottish National Party, 2011: 28); a pesar de que la propuesta de celebrar un referéndum en la segunda mitad de la actual legislatura fue promovida antes y después de las elecciones de 2011, lo cual sería también sugerido en un anuncio del primer ministro, que establecía la celebración del referéndum en otoño de 2014.

Dado que el partido había reforzado su posición —primero en la oposición (1999-2007), después en el Gobierno escocés (2007-presente) y posteriormente (2015-presente) como el grupo más grande de parlamentarios escoceses en el Parlamento británico— el contexto y las condiciones de su éxito han cambiado. Algunos de estos cambios han sido a petición del partido y se han llevado a cabo por razones estratégicas o tácticas. El hecho de incluir un compromiso a convocar un referéndum alentó a más votantes a “ceder” su voto al partido sin arriesgarse a la independencia si ganaban una mayoría: los votantes podían votar en contra de la independencia y aun así apoyar al partido en las elecciones. Este cambio permitió al SNP enfocar su campaña en presentarse ante los votantes como una alternativa de Gobierno en las elecciones al Parlamento escocés y pedir su confianza en el manejo de la administración, dándoles a la vez la oportunidad de votar sobre la cuestión constitucional en otra ocasión.

Por tanto, aunque el apoyo al partido creció —particularmente cuando finalizó su Gobierno en minoría (2007-2011)—, el apoyo a la independencia se mantuvo razonablemente constante alrededor de un tercio del electorado. Esto cambió significativamente cuando la verdadera campaña del referéndum comenzó, pero no obstante era una indicación de la sofisticación del electorado escocés. Aunque estaban en desacuerdo con el partido respecto a la cuestión constitucional, estaban más que dispuestos a apoyarles como partido de Gobierno. Después de que la independencia fuese rechazada en el referéndum de independencia de 2014, las expectativas generales eran que volvería la “política normal”, con el laborismo dominando la representación escocesa en Westminster en las elecciones generales de 2015 y volviendo al poder en Escocia en las elecciones de 2016. Esta expectativa se desvaneció cuando el SNP ganó 56 de los 59 escaños escoceses en 2015, dejando tan solo tres escaños, uno por cabeza, para laboristas, conservadores y liberaldemócratas. El SNP no había obtenido tan solo una mayoría; había obtenido el 95 por ciento de los escaños. Veinte años antes, esto habría valido

para declarar la independencia; pero mucho pasó en esos veinte años. Y, en efecto, la capacidad del SNP de alcanzar tal cifra de apoyos se debía, parcialmente, a la decisión de celebrar un referéndum previo a la declaración de independencia. No obstante, las circunstancias políticas —tanto constitucionales como generales— han cambiado, de nuevo, dramáticamente.

En 1951, 2,9 millones de británicos formaban parte del Partido Conservador y Unionista, mientras que el Partido Laborista contaba con 876.000 miembros. La participación fue del 83,9% y los dos grandes partidos obtuvieron el 96 % de los votos y 616 de los 625 escaños de la Cámara de los Comunes. En 2011, el número de miembros de cada partido se había reducido significativamente: los conservadores contaban tan solo con 177.000 miembros mientras que el Partido Laborista, ahora la fuerza más grande, alcanzaba los 190.000. En las elecciones generales de 2010, la participación fue del 65 % y, aunque entre ambos partidos aún contaban con el 87 % de los votos, tan solo consiguieron 564 de los 650 escaños. Las elecciones generales de mayo de 2015 y de 2017, por su parte, supusieron un leve incremento de la participación hasta el 66 % y el 69 %, respectivamente, aunque el apoyo combinado a los dos grandes partidos históricos ha continuado su descenso. (Convery y Harvey, 2015). Estas cifras contrastan con las presentadas en el referéndum de independencia en Escocia de septiembre de 2014, en el que el 97 % de los potenciales votantes se registró para votar y la participación alcanzó el récord escocés de 84,6 %. Aun así, los números no hacen justicia al éxito democrático del referéndum. Los mítines en ayuntamientos estaban llenos, ciudadanos anteriormente desencantados con la política sacrificaron sus tardes y fines de semana para participar en la campaña y no se podía entrar en un bar, una tienda o un taxi sin que alguien mencionase el referéndum. Después del recuento y con la permanencia de Escocia en el Reino Unido asegurada (al menos a corto plazo), muchos de esos “reencantados” permanecieron activos y se unieron a partidos —generalmente, aquellos que habían hecho campaña a favor de la independencia—. En lo que respecta a la votación en sí, el 84,6 % del electorado —3.623.344 de los registrados— acudió a las urnas, un porcentaje significativamente mayor que la participación escocesa en las elecciones generales de 2010 (63,8 %) y en las elecciones al Parlamento escocés (50,4 %).

En los meses posteriores al referéndum, la mayoría de los partidos vieron un aumento en el número de afiliados, prueba de que el electorado que se había comprometido con la campaña en septiembre mantenía el interés por la política y por que su voz se escuchara. El aumento en el número de miembros entre los partidos que apoyaron la independencia, no obstante, fue significativamente mayor que el de aquellos que apoyaron la permanencia. El SNP ha anunciado recientemente que su número de afiliados ha sobrepasado los 100,000 —lo que supone aproximadamente el 0,2 % de la población escocesa. ¿Qué nos sugiere el hecho de que los defensores de la independencia sigan estando desproporcionadamente más involucrados en el proceso político? En parte, hay una reacción a la profecía del ex primer ministro Alex Salmond de que “el sueño nunca morirá” (Salmond, 2015), un reconocimiento si la voluntad del pueblo es el cambio constitucional, será necesario el activismo político. Por otra parte, es también un recordatorio de la voluntad de cambio, la cual se hizo evidente durante la campaña del referéndum, y del compromiso de los activistas. Pero también podemos interpretar que las bajas expectativas anteriores respecto a la política se hayan visto afectadas por la expectativa de que el cambio solo puede conseguirse mediante el activismo político a través de la militancia en los partidos. Esto sugiere que ha vuelto parte de la confianza en el sistema político; y, particularmente, que existe una expectativa de que el activismo político puede tener un impacto positivo (Convery y

Harvey, 2015). La experiencia del referéndum escocés puede, por tanto, servir como catalizador de una mayor implicación ciudadana en la política.

8. Conclusión

A pesar de que la Constitución británica no requiere a su uso, los referenda se han vuelto más frecuentes en el Reino Unido debido a la intención de sucesivos Gobiernos británicos (y los de sus distintas regiones) de alterar los acuerdos constitucionales. Temas como la reforma electoral, la devolución, el incremento de autonomía, la independencia o la relación entre Reino Unido y Europa han sido votadas por los ciudadanos, que han estado involucrados en estos procesos de manera significativa. La participación del 84,6 % en el referéndum de independencia de Escocia indicaba que la población agradece estas oportunidades de participar en procesos políticos —con la contrapartida de que esto solo ocurre cuando perciben que su participación tiene un impacto directo sobre el resultado—. La participación en 1979 y 1997 fue notable, pero no llegó hasta tal punto, mientras que la participación en las elecciones al Parlamento escocés se ha mantenido en torno al 50 %. En los años posteriores al referéndum de independencia, muchos de los grupos de campaña entonces establecidos han permanecido activos, mientras que muchos activistas han decidido unirse a partidos políticos. El interés en la cuestión constitucional permanece alto, aunque ni los defensores ni los detractores de la independencia parece excesivamente dispuestos a participar en otro referéndum en el futuro próximo.

La evidencia presentada en la experiencia escocesa con los referenda es clara en este sentido: el manejo de los tiempos y la manera en la que se constituyen las campañas —así como el papel del Gobierno británico en la organización de la consulta— juegan un papel relevante en el resultado. El referéndum de 1979 —con la descoordinada campaña a favor y en las últimas semanas de un debilitado Gobierno en minoría— enfatiza el lado negativo de esto. Por el contrario, el hecho de celebrar el referéndum de 1997 en el periodo inicial de la victoria aplastante de Tony Blair casi aseguró una la propia victoria del referéndum; añadiendo el factor de que los únicos detractores de la campaña, los conservadores, habían perdido todos los escaños escoceses, debilitando significativamente la campaña del No.

Para observadores interesados —potencialmente en los Gobiernos catalán y español— estas lecciones son relevantes. Para los catalanes, la participación y el acuerdo del Gobierno español es crucial para obtener legitimidad; sin ella, como hemos visto en el “proceso participativo” de 2014, el voto es meramente simbólico. Para el Gobierno español, la principal lección está en mantener el control del proceso —en particular, el manejo de los tiempos y de las reglas que rodean a la votación—, lo que ayudaría a mantener cierta ventaja sobre ellos en el que caso de que el referéndum se acabe permitiendo. Cómo se constituyen las campañas —cuántos partidos establecidos participan en cada lado, y cómo se coordinan estas campañas— son también lecciones clave para ambos lados. No obstante, como hemos visto en Reino Unido en relación al referéndum del *brexit*, el electorado puede sorprender tanto al Gobierno como a la oposición, independientemente de los factores que estén intentando controlar.

Bibliografía

BALSOM, D. (1996), “The United Kingdom: constitutional pragmatism and the adoption of the referendum”. En GALLACHER, M. y ULERI, P. V. (Eds.), *The Referendum Experience in Europe*, MacMillan Press Ltd., Basingstoke.

- BOCHEL, J., DENVER, D. Y MACARTNEY, A. (Eds.) (1981), *The Referendum Experience: Scotland 1979*, Aberdeen University Press, Aberdeen.
- BOGDANOR, V. (1979), *Devolution*, Oxford University Press, Oxford.
- BOGDANOR, V. (1994), "Western Europe". En Butler, D. y Ranney, A. (Eds.), *Referendums around the world: the growing use of direct democracy*. The MacMillan Press Ltd., Basingstoke.
- BOGDANOR, V. (1996), *Politics and the Constitution: Essays on British Government*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot.
- BOGDANOR, V. (1999), *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford..
- BUTLER, D. Y RANNEY, A. (Eds.) (1994), *Referendums around the world: the growing use of direct democracy*, The MacMillan Press Ltd., Basingstoke.
- CETRÀ, D. Y HARVEY, M. (2017), "Explaining the differing government responses to self-determination demands in Spain and the UK". Artículo preparado para la *Annual Conference of the Political Studies Association*, April 2017, Glasgow.
- CHAMBERS, S. (2001), "Constitutional Referendums and Democratic Deliberation". En MENDELSON, M. y PARKIN, A. (Eds.) (2001), *Referendum Democracy: Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*, Palgrave, Basingstoke.
- CONSTITUTION UNIT (1996), *Report of the Commission on the Conduct of Referendums*, Constitution Unit, Londres. Disponible en: <http://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/7.pdf>
- CONVERY, A. Y HARVEY, M. (2015), "Political Engagement and the Scottish Referendum: Supply or Demand Explanations?". Artículo presentado en la *Political Studies Association conference*, March 2015, Sheffield.
- DENVER, D., MITCHELL, J., PATTIE C. Y BOCHEL, H. (1998), *Scotland Decides: The Devolution Issue and the Scottish Referendum*, Frank Cass, Londres.
- DRUCKER, H. M. Y BROWN, G. (1980), *The Politics of Nationalism and Devolution*, Longman, Londres.
- HARVEY, M. (2015), "A tale of two countries", *Scottish Left Review*, March/ April.
- HARVEY, M. Y LYNCH, P. (2012), "Getting to Yes: What can Scottish Independence Campaigners learn from the Devolution Referendums of 1979 and 1997". Artículo preparado para la *Annual Conference of the Political Studies Association*, 3-5 April 2012, Belfast.
- HARVIE, C. Y JONES, P. (2000), *The Road to Home Rule: Images of Scotland's Cause*, Polygon, Edimburgo.
- HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION (2010), "Referendums in the United Kingdom", *Twelfth Report of Session 2009-10, HL Paper 99*, Her Majesty's Stationery Office, Londres. Disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/99.pdf>
- JOHNSON, S. (2017), "Theresa May tells Nicola Sturgeon 'now is not the time' for second independence referendum", *The Telegraph*, 16 March 2017. Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/2017/03/16/theresa-may-formally-rejects-nicola-sturgeons-timetable-second/>
- KEATING, M. Y MCEWEN, N. (2017), "The Scottish Independence Debate". En KEATING, M. (Ed.), *Debating Scotland: Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*, Oxford, Oxford University Press, pp.152-164.
- LEDUC, L. (2002), "Referendums and Elections: How do campaigns differ?". En FARRELL, D. M. y SCHMITT-BECK, R. (Eds.), *Do Political Campaigns Matter? Campaign Effects in Elections and Referendums*, Routledge, Londres.
- LEDUC, L. (2003), *The Politics of Direct Democracy: Referendums in Global Perspective*, ONT: Broadview Press, Peterborough.
- LIJPHART, A. (1984), *Democracies: Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries*, Yale University Press, New Haven.

- LIÑEIRA, R. Y CETRÀ, D. (2015). "The Independence Case in Comparative Perspective", *The Political Quarterly*, Vol. 86, No. 2, (April 2015), pp. 257-64.
- LYNCH, P. (1996), "The Scottish Constitutional Convention 1992-5", *Scottish Affairs*, No. 15 (Spring 1996), pp. 1-16.
- MCCRONE, D. Y LEWIS, B. (1999), "The Scottish and Welsh Referendum Campaigns". En TAYLOR, B. y THOMSON, K. (Eds.), *Scotland and Wales: Nations Again?* University of Wales Press, Cardiff.
- MCLEAN, B. (2005), *Getting It Together: The History of the Campaign for a Scottish Assembly/ Parliament 1980-1999*. Luath Press Limited, Edimburgo.
- MÜLLER, W. C Y STRØM, K. (1999), *Policy, Office or Votes? How Political Parties in Western Europe Make Hard Decisions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- PAPADOPOULOUS, Y. (2001), "How does direct democracy matter? The impact of referendum votes on politics and policy making 2", *West European Politics*, Vol. 24, Part 2, pp. 35-58.
- QVORTRUP, M. (2005), *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, Manchester University Press, Manchester.
- SALMOND, A. (2015), *The Dream Shall Never Die: 100 Days that Changed Scotland Forever*, William Collins, Glasgow.
- SCOTTISH CONSTITUTIONAL COMMISSION (1994), *Further Steps Towards A Scheme for Scotland's Parliament*, Scottish Constitutional Commission, Edimburgo.
- SCOTTISH CONSTITUTIONAL CONVENTION (1995a), *Key Proposals for Scotland's Parliament*, Scottish Constitutional Convention, Edimburgo.
- SCOTTISH CONSTITUTIONAL CONVENTION (1995b), *Scotland's Parliament, Scotland's Right*, Scottish Constitutional Convention, Edimburgo.
- SCOTTISH NATIONAL PARTY (1997), *Yes We Can win the best for Scotland: The SNP General Election Manifesto*, Scottish National Party, Edimburgo.
- SCOTTISH NATIONAL PARTY (1999), *Scotland's Party, Scotland's Parliament: Manifesto for the 1999 elections*, Scottish National Party, Edimburgo.
- SCOTTISH NATIONAL PARTY (2007), *Manifesto 2007: It's Time*, Scottish National Party, Edimburgo.
- SCOTTISH NATIONAL PARTY (2011), *A Scottish Government Working for Scotland*, SNP, Edimburgo.
- SCOTTISH OFFICE (1997), *Scotland's Parliament*, (Cmnd. 3658), Her Majesty's Stationery Office, Londres. Disponible en: <http://www.scotland.gov.uk/government/devolution/scpa-00.asp>
- SETÅLA, M. (2006), "On the Problems of Responsibility and Accountability in Referendums", *European Journal of Political Research* Vol. 45, Issue 4, June 2006, pp. 699-721.
- SMITH, J. (1998 [1981]), "Interview: Portrait of a Devolutionist". En PATERSON, L., *A Diverse Assembly: The Debate on a Scottish Parliament*, Edinburgh University Press, Edimburgo.
- TIERNEY, S. (2012), *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford.
- WRIGHT, K. (1997), *The People Say Yes: The Making of Scotland's Parliament*, Argyll Publishing, Argyll.

El papel de los jueces en el marco de una carta de derechos: Una teoría de la contención judicial

The Role of Courts under a Bill of Rights: A Theory of Judicial Restraint

Aileen Kavanagh* (**)

University of Oxford

aileen.kavanagh@law.ox.ac.uk

Recibido / received: 25/07/2017

Aceptado / accepted: 21/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3806>

Resumen

Este trabajo tiene un doble objetivo. La primera parte ofrece una visión de conjunto del sistema de derechos configurado en el Reino Unido mediante la *Human Rights Act* de 1998, donde se trata de mostrar que, a pesar de haber sido descrito como un ejemplo destacado de la revisión judicial “débil” de constitucionalidad, el sistema británico muestra en realidad muchos rasgos de sutil fortaleza. En la segunda parte se toma como referencia la jurisprudencia de los tribunales británicos en el marco de dicha ley, con objeto de articular una teoría de la contención judicial. La conclusión es que, a la hora de determinar la fuerza o debilidad del poder judicial en un determinado sistema de revisión constitucional, necesitamos ir más allá de los mecanismos formales contenidos en los textos para analizar las doctrinas y los recursos que usan efectivamente los jueces cuando revisan la compatibilidad de la legislación con los derechos.

Palabras clave

Revisión judicial en materia de derechos humanos, revisión judicial “débil”, supremacía judicial, contención judicial.

Abstract

The aim of this paper is twofold. First, it provides an overview of the system of the rights-based under the UK Human Rights Act 1998, trying to show that although it is often described as a leading exemplar of ‘weak-form’ constitutional review, in reality, the UK system displays many signs of subtle strength. Second, it adopts the decision making of the English courts under this bill of human rights to elaborate a theory of judicial restraint. The upshot is that when assessing any system of constitutional review in order to determine the strength or weakness of judicial power, we need to look beyond the formal textual mechanisms to explore the doctrines and devices judges use when reviewing legislation for compliance with rights.

* Este artículo encuentra su origen en dos trabajos previos (Kavanagh, 2010a y 2015a) que han sido objeto de revisión y reedición por parte de la autora para esta ocasión, incorporando unas nuevas conclusiones. En dicha labor ha contado con la colaboración del profesor Mariano C. Melero de la Torre que asimismo ha revisado la traducción.

(**) Traducción de Rubén García Higuera.

Keywords

Rights-based judicial review, weak-form judicial review, judicial supremacy, judicial restraint.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La *Human Rights Act* de 1998: forma y función. 2.1. La interpretación bajo la sec. 3 de la HRA. 2.2. De la interpretación a la declaración de incompatibilidad. 2.3. El efecto de la declaración de incompatibilidad. 3. El papel de los tribunales en la aplicación del derecho público. 3.1. El dilema de la contención judicial. 3.2. Un intento de definición. 3.3. Razones para la contención judicial. 3.4. La interacción entre razones de carácter sustantivo e institucional. 3.5. Contención e imagen pública. 3.6. Cortesía, confrontación y sinceridad. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Cuando en la academia se comenzó a apuntar que en el sistema de protección de derechos adoptado por Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda se vislumbraba un nuevo modelo de “constitucionalismo *commonwealth*” (Gardbaum, 2001), el único reclamo del modelo era que parecía dar a los poderes electos la “última palabra” acerca de si y/o cómo proteger los derechos. Sin embargo, como demuestra la experiencia acumulada en dichos sistemas, los parlamentos no han utilizado de manera significativa su potestad formal para invalidar decisiones judiciales (Kavanagh, 2009, pp. 322–324; Dixon, 2012, p. 488). En Canadá, la cláusula *notwithstanding* apenas ha sido invocada por el Gobierno Federal (Hiebert, 2006; Bateup, 2009) y el Parlamento británico nunca ha invalidado o rechazado abiertamente una declaración judicial de incompatibilidad. Tampoco se ha revocado o modificado una interpretación judicial realizada al amparo de la sección 3, ni siquiera en aquellos casos en los que era manifiesto el desacuerdo político respecto a la decisión tomada por los tribunales (Crawford, 2014).

En este trabajo se pretende cumplir con dos objetivos que convergen en un solo argumento. En la primera parte se proporciona una visión de conjunto del sistema de protección de derechos establecido en el Reino Unido mediante la *Human Rights Act* de 1998. En dicha descripción se intenta mostrar que el sistema británico, observado en su funcionamiento efectivo, difícilmente puede calificarse como un sistema de revisión constitucional “débil”. En general, la idea que sostengo es que deberíamos sospechar de cualquier tipología de derecho constitucional comparado que adopte como principal componente de análisis los canales formales para la resolución de desacuerdos entre el legislador y los tribunales. Es precisamente esta idea desde la que se elabora, en la segunda parte del trabajo, una teoría de la revisión judicial a partir del proceso real de toma de decisiones que emplean los tribunales británicos bajo la mencionada ley de derechos humanos. Según esta teoría, la revisión judicial substantiva de la proporcionalidad de las decisiones públicas debe complementarse necesariamente con un escrutinio de las razones institucionales que definen el grado apropiado de deferencia judicial hacia los poderes democráticamente elegidos. La tesis principal de esta teoría es que la auto-contención judicial es una de las formas en que los jueces pueden calibrar si su actividad respeta adecuadamente la competencia institucional y la legitimidad de los poderes electos, facilitando así la división del trabajo entre los diferentes poderes del estado.

2. La *Human Rights Act* de 1998: forma y función



Cuando la *Human Rights Act* fue aprobada en 1998, la principal preocupación a lo largo del arco político era encontrar la manera de permitir a los jueces hacer cumplir los estándares de derechos humanos a la vez que se preservaba la idea de soberanía parlamentaria (Klug, 2003; Klug, 2007, p. 703; Kavanagh, 2009, pp. 310-3). No había el deseo de otorgar a los tribunales el poder para derogar leyes que existe en el modelo norteamericano (Irvine, 2003; Lester, 2002; Feldman, 1999, p. 169). El reto consistía en encontrar una forma de proteger los derechos a la vez que se aseguraba que el parlamento tendría la “última palabra” a la hora de determinar el contenido del derecho (Klug, 2003, p. 126). ¿Cómo podía lograrse esto? Los legisladores encontraron una innovadora “solución de compromiso”¹ que incorporaron a la estructura y diseño de la HRA².

La HRA contiene tres mecanismos pensados para mejorar la protección de los derechos humanos en la legislación ordinaria. Los dos primeros son facultades otorgadas a los jueces; el tercero es un mecanismo orientado al procedimiento parlamentario. Los poderes dados a los tribunales se encuentran vinculados. El primero es el deber de interpretación previsto en la Sección 3 de la HRA, donde se indica que: “hasta donde sea posible, la legislación principal y la subordinada deben leerse y aplicarse de un modo que sea compatible con los derechos del Convenio”³. No obstante, cuando un tribunal considere que una interpretación acorde con los derechos no es posible, se activa el segundo mecanismo de protección de derechos, esto es, la facultad de emitir una “declaración de incompatibilidad” prevista en la Sección 4. Es significativo que esta declaración “no afecta a la validez de la norma en cuestión, que continúa aplicándose y ejecutándose,”⁴ y tampoco es vinculante para las partes del procedimiento en que tiene lugar⁵. No tiene efecto jurídico vinculante.

En relación con el impacto de la HRA en el procedimiento parlamentario, la Sección 19 de la HRA establece que, cuando se presenta un proyecto de ley en el Parlamento⁶, el Ministro debe realizar (a) una declaración señalando que tal medida es compatible con los derechos del Convenio (“declaración de compatibilidad”); o (b) en caso de no poder realizar esa declaración, afirmar que, a pesar de ello, el Gobierno desea que la Cámara de los Comunes continúe la tramitación del proyecto. La Sección 19 habilita específicamente al Gobierno para tramitar una ley incluso en los casos en que considere que ésta pudiera violar los derechos del Convenio, si bien le obliga a explicitar dichas intenciones durante la tramitación del proyecto en el Parlamento (Kavanagh, 2009, p. 12). Pese a que el Ministro proponente no tiene la obligación jurídica de argumentar la declaración de la Sección 19, ni de iniciar un debate parlamentario sobre la materia, se ha establecido la práctica de que el Gobierno proporcione un Memorándum en el que delinea sus argumentos sobre la compatibilidad (véase Hunt, 2007, p. 473). Los Ministros casi siempre realizan una declaración de compatibilidad positiva. La “declaración de incompatibilidad” solo se ha producido en una ocasión (en relación con el Proyecto de Ley de Comunicaciones en 2003) y dicha ley fue declarada después por el Tribunal Supremo del Reino Unido como compatible con los derechos del Convenio.

¹ Feldman (1999), p. 169; *R. (Chester) v. Secretary of State for Justice*, [2013] 3 W.L.R. 1076 (S.C.), par. 120 (Lord Sumption).

² El texto completo de la ley puede consultarse en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> (fecha de consulta 29/08/2017). Véase también Van Zyl Smit (2011).

³ *Human Rights Act* 1998, c. 42, par. 3(1) (U.K.).

⁴ *Ibid.*, par. 4(6)(a).

⁵ *Ibid.*, par. 4(6)(b).

⁶ Esta declaración debe realizarse antes de la Segunda Lectura del Proyecto de Ley, *ibid.*, par. 19(1).

En este breve esbozo se pueden identificar fácilmente algunas de las características que son relevantes para la distinción entre los sistemas de revisión de carácter fuerte y débil. En particular, el legislador británico tuvo una voluntad deliberada de no otorgar a los tribunales el poder de derogar leyes, por lo que el Parlamento está expresamente facultado para promulgar legislación que pudiera contravenir los derechos del Convenio. Por tanto, desde un punto de vista de diseño constitucional, la HRA parece encajar dentro de la tipología elaborada por Mark Tushnet como un ejemplo de “revisión judicial débil”. Pasemos entonces a observar cómo dichas previsiones funcionan en la práctica, con la finalidad de evaluar la utilidad de dicha caracterización. En este punto, será esencial atender a si estos mecanismos logran satisfacer lo que a juicio de Tushnet es el principal objetivo de la “forma débil de revisión judicial”, esto es, dar al poder legislativo la “última palabra” en las cuestiones que afectan a derechos humanos (Tushnet, 2006). Para ello, me centraré primero en las dos facultades otorgadas al poder judicial y en la respuesta política a las mismas, debido a que éste es el elemento principal en la distinción de Tushnet entre las formas fuerte y débil de revisión judicial. Por esta razón, no indagaré acerca de la práctica de la “revisión legislativa de derechos”, que se lleva a cabo durante la tramitación legislativa en el Parlamento⁷, ni tampoco haré mención al importante trabajo que lleva a cabo la Comisión Mixta para los Derechos Humanos en el fomento de una creciente implicación del legislativo en la protección de los derechos⁸.

2.1. La interpretación según la Sección 3 de la HRA

La cuestión decisiva en relación con la Sección 3 de la HRA es cuán lejos pueden llegar los jueces a la hora de interpretar la compatibilidad de la legislación con los derechos del Convenio⁹. Las reglas de la sección 3 no proporcionan mucha orientación, ya que simplemente señalan que los tribunales deberían adoptar una lectura compatible con el Convenio “hasta donde sea posible”. Los tribunales han realizado una interpretación extensiva de las facultades de la Sección 3, que les ha permitido alterar el significado de preceptos que en otro caso parecerían claros. Para ello, han ideado un proceso de interpretación dividido en dos fases, que funciona de la siguiente forma¹⁰. El primer paso consiste en establecer si la legislación, entendida de modo ordinario, viola los derechos del Convenio. Si no lo hace, en este punto finalizaría el análisis. Sin embargo, si el tribunal considera que *prima facie* se infringen derechos del Convenio, entonces debe entrar a valorar si hubiera la posibilidad de realizar una interpretación “conforme” que, siguiendo las reglas de la Sección 3 de la HRA, eliminara o “sanara” la aparente incompatibilidad¹¹. En esta segunda fase, los tribunales han sostenido que la Sección 3 les faculta para “adoptar una interpretación que lingüísticamente pudiera parecer forzada. Entre las técnicas a usar se incluyen la no consideración de la literalidad del texto legal [“*reading down of express language in a statute*”] así como la inferencia de disposiciones no escritas [“*reading in*” o “*implication of provisions*”]¹².

⁷ Véase más en Hiebert (2012). En ocasiones esta táctica es calificada como “revisión política de derechos”, ver Choudhry (2013).

⁸ Para una visión general en este tema, ver Hunt (2010). Nótese que, a diferencia de Mark Tushnet, Stephen Gardbaum hace de la “revisión legislativa de derechos” uno de los componentes esenciales de lo que denomina “modelo *commonwealth*” de justicia constitucional, ver Gardbaum (2013).

⁹ El significado de “posible” en el apartado 1 de la Sección 3 de la *Human Rights Act* fue una de las mayores preocupaciones de los primeros estudiosos de la Ley, ver Kavanagh (2009), pp. 25–9.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 23–4; Gearty (2002).

¹¹ Para una descripción del proceso en dos etapas, ver Gearty (2002), 252; Kavanagh (2009), 23–4; *R. v. A.*, [2002] 1 A.C. 45 (H.L.), par. 43 (U.K.); *Sheldrake v. Director of Public Prosecutions*, [2005] 1 A.C. 264 (H.L.), par. 27–8 (Lord Bingham) (U.K.).

¹² *R. v. A.*, [2002] 1 A.C. 45 (H.L.), par. 44.

El ejemplo más ilustrativo en materia de interpretación según la Sección 3 es *Ghaidan v. Mendoza*¹³. Este caso trata sobre el derecho de un miembro de una pareja homosexual al arrendamiento contraído por su pareja fallecida, en base a la *Rent Act* de 1977. En dicha ley se garantizaba el derecho de sucesión del arrendatario por parte del “cónyuge sobreviviente”, definiendo “cónyuge” como “aquella persona que cohabitaba con el arrendatario original como su marido o mujer”¹⁴. La cuestión versaba sobre si dicho precepto era aplicable a las parejas del mismo sexo. La Cámara de los Lores sostuvo que, entendido en un sentido ordinario, la *Rent Act* no era aplicable a las parejas del mismo sexo, por lo que violaba claramente los derechos que el señor Mendoza tenía según el Convenio¹⁵. La siguiente pregunta era si esta vulneración aparente o *prima facie* podía ser solventada por la vía de una interpretación de la Sección 3.1. Una mayoría de 4 a 1 en la Cámara de los Lores sostuvo que esto era posible. ¿Cómo lograrlo? El tribunal estableció que, aunque la literalidad de la ley parecía excluir a las parejas del mismo sexo, la “política social” subyacente a dicha ley pretendía asegurar el arrendamiento a las parejas que mantenían una relación amorosa estable, criterio que podía aplicarse igualmente a las parejas del mismo sexo. De esta forma, los tribunales utilizaron la Sección 3 para releer la *Rent Act* de un modo compatible con el Convenio, eliminando el potencial efecto discriminatorio para las parejas del mismo sexo¹⁶.

Todos los jueces estimaron que la obligación interpretativa recogida en la Sección 3.1 tenía un “alcance inusualmente amplio”¹⁷ y no se limitaba a resolver las ambigüedades de la legislación mediante una interpretación que fijara un significado compatible con la Convención¹⁸. Tras este importante caso, Lord Nicholls aclaró que

incluso si, construido según los principios básicos de la interpretación, el significado de la legislación no admitiese dudas, la sección 3 podría otorgar a la legislación otro significado... La Sección 3 puede requerir al tribunal que se aparte de la intención legislativa, esto es, que se aparte de la intención del Parlamento que promulgó la legislación...¹⁹

¿Qué herramientas pueden utilizar los tribunales para hacer que la legislación sea conforme a los derechos del Convenio? Lord Nicholls ha aportado alguna orientación al respecto:

La Sección 3 permite interpretar el lenguaje de forma restrictiva o expansiva. Pero va incluso más allá. La Sección 3 tiende además a demandar del tribunal que introduzca palabras que modifican el significado de la legislación promulgada, haciéndola conforme con el Convenio. Dicho de otro modo, la intención del Parlamento al promulgar la sección 3 era que, hasta un punto sólo limitado por lo que es “posible”, un tribunal pudiera modificar el significado, y por ende el efecto, de la legislación primaria y secundaria²⁰.

¹³ *Ghaidan v. Mendoza*, [2004] 2 A.C. 557 (H.L.) (U.K.). Para un análisis detallado del caso, véase Kavanagh (2009), capítulo 3.

¹⁴ *Rent Act* 1977, c. 42, par. 2(1), sch. 1.

¹⁵ *Ghaidan v. Mendoza*, [2004] 2 A.C. 557 (H.L.), par. 24 (U.K.).

¹⁶ *Ibid.*, par. 35.

¹⁷ *Ibid.*, par. 30.

¹⁸ *Ibid.*, pars. 29–30 (Lord Nicholls), par. 44 (Lord Steyn), par. 119 (Lord Rodger), par. 67 (Lord Millett).

¹⁹ *Ibid.*, par. 29.

²⁰ *Ibid.*, par. 32. Para la consideración de la analogía entre la Sección 3 de la *Human Rights Act* y la obligación que tienen los tribunales, según el Tratado de la Comunidad Económica Europea, de interpretar la legislación nacional a la luz del texto y los objetivos de las Directivas comunitarias, ver Schaeffer (2005).

A pesar de que este enfoque expansivo de la obligación interpretativa no está exento de críticas en la academia (Van Zyl Smit, 2011; Nicol, 2006), ha sido plenamente respaldado en los casos posteriores y hoy está bien asentado en la jurisprudencia. Como señaló con sencillez Lord Bingham en el caso *R. (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*: “la sección 3 proporciona una importante herramienta que debe ser usada allá donde la modificación de la legislación sea posible y necesaria, con el objeto de evitar incompatibilidades entre los derechos protegidos en la Ley y los derechos del Convenio”²¹. En la actualidad no hay “ninguna duda”²² de que la obligación interpretativa que contiene la Sección 3 es “muy fuerte y de largo alcance, y puede demandar al tribunal que se aleje de la intención legislativa del Parlamento”²³.

Amparados en la Sección 3, los tribunales han realizado interpretaciones audaces y creativas. Se han dado casos donde los tribunales han utilizado la Sección 3 para descartar palabras (*read down*) en aquellas disposiciones que claramente imponían al acusado una carga de la prueba “persuasiva” (es decir, más allá de toda duda razonable), con objeto de que significaran que el acusado sólo tenía la obligación de presentar una carga “probatoria” (*evidential burden*, es decir, suficiente para poner en cuestión la presunción de culpabilidad)²⁴. En *R. (Hammond) v. Home Secretary*²⁵, la Cámara de los Lores entendió que en la disposición normativa donde se establecía que la determinación de la duración mínima de las condenas a cadena perpetua “debe determinarse por un solo juez del Tribunal Superior sin vista oral”, se daba al juez la posibilidad discrecional de celebrar vista oral cuando así lo exigiera el principio de imparcialidad, con objeto de hacer esta disposición compatible con el derecho a un juicio justo²⁶. En el caso más controvertido de los resueltos por la Cámara de los Lores durante los primeros años de vigencia de la HRA (*R v. A*)²⁷, el tribunal sostuvo que una disposición promulgada por el Parlamento el año anterior,²⁸ que pretendía proteger a las víctimas de violación limitando severamente la discrecionalidad judicial a la hora de admitir la historia sexual del querellante como prueba en el proceso judicial (incluyendo la historia sexual con el acusado), vulneraba el derecho del acusado a un juicio justo. Pese a que la disposición normativa era sumamente detallada y claramente excluía la admisibilidad de dicha prueba (de hecho, fue precisamente promulgaba para limitar la discreción judicial en tales casos)²⁹, el tribunal infirió una subsección entera dentro de la Ley, con el fin de otorgar a los jueces la discreción para decidir si tales elementos probatorios eran o no “relevantes para valorar el consentimiento, de modo que al excluirse, se estaría poniendo en peligro la imparcialidad del proceso protegida por el Artículo 6 del Convenio”³⁰. Aunque “lingüísticamente forzada”, esta inferencia de disposiciones se consideró aceptable a la luz de la Sección 3, en gran medida con objeto de garantizar al acusado el derecho a un juicio justo³¹.

²¹ *R. (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*, [2008] 1 A.C. 153 (H.L.), par. 15 (U.K.).

²² *Sheldrake v. Director of Public Prosecutions*, [2005] 1 A.C. 264 (H.L.), par. 28 (Lord Bingham).

²³ *Ibid.*

²⁴ Véase, por ejemplo, *R. v. Lambert*, [2002] 2 A.C. 545 (H.L.), par. 22 (U.K.). En este caso, el Tribunal entendió que la palabra “probar” en la Sección 28(2) de la *Misuse of Drugs Act*, de 1971, c. 38 (U.K.), significaba “dar suficientes indicios”.

²⁵ *R. (Hammond) v. Home Secretary*, [2005] U.K.H.L. 69.

²⁶ *Criminal Justice Act*, 2003, apéndice 22, par. 1.

²⁷ *R v. A*, [2002] 1 A.C. 45 (H.L.) (U.K.). Para un análisis de este y otros casos resueltos durante los primeros años, véase Kavanagh (2009), ch. 2. Ver también Kavanagh (2005).

²⁸ *Youth Justice and Criminal Evidence Act*, 1999, c. 23 (U.K.).

²⁹ *Ibid.*, par. 41.

³⁰ El “test de admisibilidad” completo que fue incluido en la Sección 41 de la ley, está fijado en el párrafo 46; ver también Kavanagh (2009), 21.

³¹ Para otro caso (más reciente) de inferencia, véase *R. v. Waya*, [2012] U.K.S.C. 51 (U.K.).

Con carácter preliminar, varias cuestiones pueden señalarse sobre la naturaleza del deber interpretativo de la Sección 3. La primera consideración es que, con independencia de lo que digamos ulteriormente sobre él, no parece que sea adecuado describirlo como “débil”. En la forma en que ha sido interpretado por los tribunales británicos, se ha entendido como una “exigencia fuerte”³² de interpretar la legislación en un sentido compatible con los derechos del Convenio, incluso aunque esto signifique ir en contra tanto del sentido inequívoco de la literalidad de la ley como de su intención. La dinámica del enfoque en dos fases muestra que la Sección 3 sólo se aplica cuando hay, *prima facie*, una vulneración de los derechos del Convenio (Gearty, 2002). Por ello, la cuestión en la segunda fase es si se puede (a pesar del juicio inicial en contrario) convertir una disposición en “compatible con el Convenio”³³, utilizando las técnicas interpretativas. Los tribunales evalúan qué pueden hacer para “solventar la incompatibilidad”³⁴ existente, ya sea eliminando o añadiendo palabras en la ley³⁵. De hecho, es tal la fuerza con que los jueces han usado la Sec. 3 que ésta ha sido acusada de ser indistinguible de la enmienda legislativa (Nicol, 2004; sin embargo, véase Kavanagh, 2004).

En segundo lugar, recordemos que, al delinear su distinción entre formas fuertes y débiles de revisión judicial, Tushnet califica la interpretación compatible con los derechos como “la variante más débil de la revisión judicial débil” (Tushnet, 2003, p. 820; 2008, p. 28). La revisión judicial débil permite a los tribunales “interpretar, pero no reemplazar la legislación” (Tushnet 2003, p. 821; cfr. Kavanagh, 2004). Sin embargo, esta afirmación subestima el alcance que tienen ciertas formas de interpretación legislativa, que pueden llegar a “reemplazar” o, al menos, modificar preceptos legales inequívocos. Ciertamente, en la interpretación transformativa de la Sección 3 parece que se reemplazan disposiciones legales inequívocas por interpretaciones compatibles con los derechos elaboradas por el propio tribunal. De hecho, se podría sostener que, al menos en algunos casos, la Sección 3 permite a los tribunales británicos una forma más fuerte de sustitución que el que normalmente tienen los tribunales en los sistemas con competencias “derogatorias”. Al fin y al cabo, “derogar” [“striking down”] es una metáfora para indicar que los tribunales declaran que la normativa vulnera derechos, y tiene el efecto de anular o declarar inaplicables las disposiciones en cuestión (Macklem, 2006). Cuando esto ocurre, el legislativo tiene la capacidad de decidir la forma en que enmienda la legislación con el fin de rectificar la vulneración de derechos, o si se olvida de dicha normativa por completo³⁶. Sin embargo, cuando un tribunal del Reino Unido realiza una interpretación siguiendo la Sección 3, no se limita meramente a la labor negativa de identificar que existe una vulneración de derechos. Va un paso (positivo) más allá, implementando una acción correctora que repara la violación, para lo cual utiliza diferentes técnicas interpretativas, como la inclusión y la exclusión de palabras, así como “la inferencia de disposiciones”.

Además, es difícil valorar si el hecho de que los jueces reescriban o rectifiquen las leyes con objeto de “subsananlas” o de evitar que interfieran con los derechos, es más o menos controvertido, desde un punto de vista democrático, que el hecho de que invaliden la legislación (Schauer, 1995, p. 95). Al menos la derogación da al legislativo la oportunidad de decidir qué hacer para corregir la

³² *R. v. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebilene*, [1999] 4 All E.R. 801 (H.L.) (U.K.).

³³ *Principal Reporter v. K*, [2010] U.K.S.C. 56, par. 66 (U.K.).

³⁴ *Ibid.*, pars. 66 y 69.

³⁵ *Secretary of State for the Home Department v. M.B.*, [2008] 1 A.C. 440 (H.L.), par. 4 (Lord Bingham) (U.K.); *R. (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] 3 W.L.R. 1800 (H.L.), par. 58 (Lord Steyn) (U.K.).

³⁶ Una derogación crea un deber negativo, que prohíbe algo en particular, pero que permite otras opciones. Véase Macklem (2006), p. 123.

vulneración de derechos, invitando así a una mayor colaboración e implicación por parte de los otros poderes que mediante la interpretación rectificativa. De hecho, en numerosas jurisdicciones con facultad derogatoria, los jueces a veces suspenden el efecto de la anulación con el fin de dar al legislativo el tiempo suficiente para adaptar la normativa a la resolución judicial a través de la medida que consideren más apropiada³⁷. Esto amplía el margen de maniobra del legislativo a la hora de decidir cómo confeccionar la disposición correctora.

Por el contrario, cuando son los propios jueces los que corrigen la ley siguiendo la previsión de la Sección 3, son ellos quienes efectivamente se encargan de una especie de reconstrucción de la legislación, que corrige la vulneración de derechos con efecto inmediato (Sales & Ekins, 2011, pp. 230–1; Mashaw, 1997, p. 105). Esta es una forma de enmienda por parte del poder judicial que conlleva cierta sustitución de la voluntad del parlamento (Schauer, 1995, pp. 94–5). En muchos casos, además, la sustitución tiene un carácter definitivo, ya que el parlamento carga con una inercia legislativa que dificulta su posible voluntad de invalidar una interpretación según la Sección 3³⁸. De hecho, el Parlamento de Westminster nunca ha vencido esa inercia promulgando una disposición que dejara sin efecto o modificara una interpretación de la Sección 3 llevada a cabo por los tribunales superiores (para más información, véase Crawford, 2014). En consecuencia, si el rasgo característico de un sistema de revisión judicial débil es la relativa facilidad con que el legislativo puede responder a las decisiones judiciales en materia de derechos, este tipo de revisión no ha sido puesto en práctica en el Reino Unido, al menos en relación con las interpretaciones amparadas en la Sección 3.

2.2. De la interpretación a la declaración

Pasemos ahora a la declaración incompatibilidad, que normalmente se califica como uno de los elementos más innovadores del diseño previsto en la HRA. El primer punto a destacar sobre la declaración de incompatibilidad es que va inextricablemente unida al mandato de interpretación de la Sección 3. Esto es debido a que los tribunales solo pueden emitir la declaración “cuando la interpretación no pueda resolver la incompatibilidad”³⁹. Por tanto, los límites de la Sección 3 provocan la declaración de la Sección 4. La HRA no especifica cuáles son dichos límites. Así, queda al criterio de los tribunales el fundamentar de forma razonada por qué consideran que no es posible realizar una interpretación conforme.

En el caso *Ghaidan*, la Cámara de los Lores señaló dos límites principales. El primero es que “los tribunales deben adoptar un significado que no sea contradictorio con elementos fundamentales de la legislación”. El segundo es que los tribunales no realizaran pronunciamientos “para los que no estén capacitados. Puede haber diversas formas de hacer que una disposición sea conforme con el Convenio y la elección entre las mismas puede afectar a cuestiones que demandan deliberación del legislativo”⁴⁰. Podemos calificar estas limitaciones como el límite de los “rasgos fundamentales” y el límite de la “deliberación legislativa”, respectivamente (Kavanagh, 2009, p. 88). Ambos indican que, incluso cuando es posible para los tribunales incluir o excluir palabras usando la Sección 3, no se debe

³⁷ Para una investigación sobre este fenómeno en Canadá, ver Choudhry y Roach (2003), p. 211; y Leckey (2015), cap. 5. En Irlanda, ver Carolan (2011).

³⁸ Para una discusión acerca de las diferentes inercias entre la Sección 3 y 4 de la *Human Rights Act*, véase Bateup (2009) p. 569; Choudhry (2013) 1099; Kahana (2002), pp. 250–251; Chandrachud, (2014).

³⁹ *R. (Morris) v. Westminster City Council*, [2005] E.W.C.A. Civ. 1184 (C.A.), para. 56 (Sedley LJ) (U.K.); *Wilson v. First County Trust*, [2003] U.K.H.L. 40, para. 14 (U.K.).

⁴⁰ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] U.K.H.L. 30, para. 33 (U.K.).

contravenir “por completo la esencia”⁴¹ de la legislación que está siendo interpretada⁴². Allí donde la interpretación compatible con los derechos causara demasiada discordancia con el programa legislativo o requiriera de una reforma legal integral, los tribunales se inclinarán por dictar una declaración de incompatibilidad, dejando al parlamento la labor de corregir la vulneración de derechos⁴³.

En general, los tribunales se han “abstenido de intentar formular reglas precisas”⁴⁴ acerca de cuándo se han sobrepasado los límites de la Sección 3, pero sí han expresado su confianza en que, en la práctica, tales casos serían “bastante fáciles de identificar”⁴⁵. *Bellinger c. Bellinger*⁴⁶ proporciona un buen ejemplo sobre las causas que pueden llevar a un tribunal británico a dictar una declaración de incompatibilidad, en vez de corregir por sí mismo la vulneración a través de la Sección 3. Según la señora Bellinger, una transexual que había cambiado su sexo de hombre a mujer, la *Matrimonial Causes Act* de 1973 violaba su derecho a la vida familiar y era discriminatoria al permitir casarse únicamente al “hombre” y a la “mujer” (con el género determinado por el nacimiento). La Cámara de los Lores aceptó que, entendida en sentido ordinario, la Ley de 1973 vulneraba los derechos del Convenio de la señora Bellinger. No obstante, a pesar de que hubiera sido sencillo el inferir la inclusión de los transexuales en la Ley de 1973 (Bateup, 2009; Kavanagh, 2009, p. 120; Phillipson, 2007; Hickman, 2010), y así corregir la vulneración de derechos con carácter inmediato, la Cámara declinó esa opción. Al decidir dictar una declaración de incompatibilidad, los jueces argumentaron que dar a “masculino” y “femenino” un significado más amplio

... plantearía asuntos cuya solución demanda un estudio en profundidad y un amplio proceso de consulta y debate en la opinión pública. Se plantean cuestiones de política social y de viabilidad administrativa en algunos puntos, y su interacción debe ser evaluada y equilibrada. No es adecuado que estas cuestiones sean determinadas a través de un proceso judicial. Son materias propias del Parlamento⁴⁷.

En este caso se trataba de un asunto que “demandaba una reforma legislativa comprehensiva y no un desarrollo judicial por partes”⁴⁸. Por lo tanto, la declaración de incompatibilidad era la solución más apropiada.

Se pueden apuntar una serie de cuestiones acerca de la interacción entre la Sección 3 y la Sección 4. La primera es que la elección entre la rectificación judicial de una normativa incompatible por la vía de la Sección 3 y la declaración de incompatibilidad prevista en la Sección 4 depende del contexto y está muy influenciada por la preocupación reparadora del tribunal (Van Zyl Smit, 2011; Kavanagh, 2009, p. 123; Dixon, 2009). Si el tribunal cree que puede corregir una vulneración de derechos por la vía interpretativa de la Sección 3 (haciendo justicia para con el litigante individual), sin causar una excesiva discordancia en el marco legislativo en cuestión ni otros efectos colaterales negativos, entonces optará por la Sección 3 (Dixon, 2009; Choudhry y Roach, 2003, p. 243). En cambio, si fuera

⁴¹ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] U.K.H.L. 30, para. 111 (Lord Rodger) (U.K.).

⁴² *Ibid.*, para. 33 (Lord Nicholls).

⁴³ Véase más en Kavanagh (2004), pp. 270–274, 279–282. Sobre el “dilema de la reforma parcial”, ver Raz (1979), cap. 10.

⁴⁴ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] U.K.H.L. 30, para. 50; *Sheldrake v. Director of Public Prosecutions*, [2005] 1 A.C. 264 (H.L.), para. 28 (U.K.); *R. v. Waya*, [2012] U.K.S.C. 51, para. 14 (U.K.).

⁴⁵ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] U.K.H.L. 30, para. 50.

⁴⁶ *Bellinger v. Bellinger*, [2003] 2 A.C. 467 (H.L.) (U.K.).

⁴⁷ *Bellinger v. Bellinger*, [2003] 2 A.C. 467 (H.L.), para. 37 (U.K.).

⁴⁸ *Chief Constable of West Yorkshire Police v. A.*, [2005] 1 A.C. 51 (H.L.), para. 12 (U.K.); Kavanagh (2009), pp. 137–142.

necesaria la reforma integral de un área completa y el tribunal creyera que no tiene ni suficientes competencias ni legitimidad para resolver el problema, entonces se inclinará por la declaración de la Sección 4⁴⁹. Como señaló Lord Bingham extrajudicialmente, a la hora de elegir entre la Sección 3 y la Sección 4, un tribunal debe evaluar

si, enfrentados a una incompatibilidad, el Gobierno y el Parlamento contarían con medios más efectivos, desde un punto de vista práctico, para corregir la vulneración y, en su caso, si deberían tener la oportunidad de encontrar la mejor solución; si no, la Sección 3 proporciona la solución más inmediata y definitiva (Bingham, 2010, p. 572).

En segundo lugar, los tribunales británicos han formulado el principio general de que la Sección 3 debe tratarse como el remedio principal dentro de la Ley de Derechos Humanos, mientras que la declaración de incompatibilidad sólo debe usarse como último recurso⁵⁰. Este es un principio que hoy en día se encuentra asentado en la jurisprudencia⁵¹. Como el Tribunal Supremo británico ha sostenido en numerosas ocasiones: “la sección 3(1) es el remedio principal y el recurso a la declaración de incompatibilidad debe tener siempre un carácter excepcional”⁵². ¿Por qué los tribunales han dado prioridad a la sección 3 de esta manera? Una de las razones podría ser el hecho de que, al tiempo que el debate del proyecto de ley de derechos humanos estaba teniendo lugar en el Parlamento, los Ministros del Gobierno expresaron la opinión de que los jueces deberían ser capaces de realizar una interpretación compatible con el Convenio “en casi todos los casos”⁵³. La principal razón, sin embargo, es que solo una interpretación de la Sección 3 puede dar una solución al litigante individual. Irónicamente, es la vacuidad reparadora de la declaración de incompatibilidad lo que orienta a los tribunales del Reino Unido a adoptar interpretaciones altamente creativas e intervencionistas, que buscan llenar el vacío y corregir la situación. En algunas de las subsanaciones más controvertidas por la vía de la Sección 3, los tribunales estuvieron claramente motivados por la preocupación de que la legislación que siguiera a la declaración de incompatibilidad fuera a dejar desprotegidos a los litigantes individuales, causando una injusticia grave. Así, en un caso que versaba sobre el derecho a un juicio justo en un caso de violación, el tribunal re-escribió de modo substancial las disposiciones legales en cuestión, debido a que, en caso contrario, el acusado hubiera podido sufrir un juicio injusto.⁵⁴ En este caso individual, el precio a pagar por subsanar una potencial injusticia fue un cierto grado de distorsión de la ley. De este modo, el hecho de que la declaración de incompatibilidad no tenga un efecto legal inmediato puede suponer un fuerte incentivo para que los tribunales británicos adopten interpretaciones legales más atrevidas y creativas de lo que sería la regla general en los sistemas en los que los tribunales tienen el poder de

⁴⁹ Rosalind Dixon ha defendido que la dimensión reparadora distorsiona la jurisprudencia, dado que los tribunales tienen un fuerte incentivo para adoptar una interpretación de la Sección 3 en los casos de derecho civil o penal, pero se sentirán más liberados para dictar una declaración de incompatibilidad en los “casos puros de derecho público”, donde el problema de la reparación no es tan apremiante o inmediato, ver Dixon (2009); véase también Davis y Mead (2014).

⁵⁰ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] U.K.H.L. 30, para. 46 (U.K.).

⁵¹ *Sheldrake v. Director of Public Prosecutions*, [2005] 1 A.C. 264 (H.L.), para. 28; *R. v. Waya*, [2012] U.K.S.C. 51, para. 14.

⁵² *R v. A*, [2002] 1 A.C. 45 (H.L.), para. 44 (Lord Steyn).

⁵³ H.L. Debates, Feb. 5, 1998, col. 840 (tercera lectura) and H.C. Debates, Feb. 16, 1998, col. 778 (segunda lectura).

⁵⁴ Ver, p. ej., *R v. A*, [2002] 1 A.C. 45 (H.L.) (U.K.). Sobre la idea de que las consideraciones acerca de la reparación son un factor elemental en este caso, ver Kavanagh (2009), p. 33; Dixon (2009), pp. 345–346.

anular la legislación⁵⁵.

Hay otro aspecto que merece ser mencionado y que está directamente relacionado con la distinción entre las formas fuerte y débil de revisión judicial. En el modo en que Tushnet y otros académicos lo presentan, la característica distintiva más atractiva de los sistemas de revisión judicial débil (y su principal ventaja frente a los sistemas fuertes) es que se da al legislativo la “última palabra” sobre cuestiones relacionadas con derechos. La experiencia de la HRA en el Reino Unido muestra que, con frecuencia, el gobierno no desea tener la última palabra y está feliz dejando que los tribunales tomen las decisiones en esos asuntos, liberando así al gobierno de la carga de corregir el problema. En este sentido, los abogados del Estado británico suelen argüir que, en los casos en los que se impugna la legislación ordinaria invocando la Ley de derechos humanos, los tribunales deberían corregir las vulneraciones de derechos por vía de la Sección 3, en vez de pronunciar una declaración de incompatibilidad⁵⁶. Sobre esta práctica, Lord Phillips ha señalado que, en su experiencia judicial, el uso atrevido y creativo de la Sección 3 ha venido muy bien al Gobierno.

A los Ministros no les gustan las declaraciones de incompatibilidad. Siempre que no se perjudique el objetivo principal de su legislación, se muestran encantados de que los tribunales revisen la legislación para hacerla conforme con el Convenio antes de que la declaren incompatible. En mi experiencia, el abogado del Estado normalmente invita a los tribunales a interpretar de manera laxa, por muy complicado que sea, antes que realizar una declaración de incompatibilidad (Phillips, 2010).

¿Por qué los gobiernos suelen abogar por una interpretación de la Sección 3 y dejan a los tribunales que hagan el trabajo en derechos humanos por ellos? ¿Por qué no se apresuran a tomar la “última palabra” en cuestiones de tal importancia, tal y como muchos teóricos del derecho constitucional piensan que deberían hacer? Una posibilidad es que el gobierno no quiera asumir el coste político asociado a los titulares condenatorios que conlleva una declaración de incompatibilidad, y que por eso prefiera que los tribunales modifiquen la ley a través del proceso relativamente invisible de la interpretación judicial (Nicol, 2004, p. 468; Hiebert, 2012, p. 311; Kavanagh, 2010b, 849-50). Después de todo, para el público general en el Reino Unido, que carece de un conocimiento detallado de los mecanismos de la HRA, una interpretación de la Sección 3 se asemeja a un visto bueno en términos de derechos humanos. Es lógico, puesto que el efecto práctico de un caso solucionado a través de la Sección 3 es que la legislación no vulnera derechos a partir de ese momento (dado que la potencial vulneración fue eliminada o “subsana” por vía interpretativa) (Kavanagh, 2010b, p. 850). Por otro lado, es difícil presentar una declaración de incompatibilidad como otra cosa que no sea un simple fallo del Gobierno a la hora de proteger los derechos humanos (ibid., p. 849). Por tanto, aunque se piensa que el atractivo de los sistemas de revisión débil es que dan al legislador la “última palabra” en materia de derechos, la realidad es que el legislador puede no querer ejercer dicha palabra, debido a que no desea cargar con las críticas de que no respeta los derechos humanos. La experiencia del Reino Unido muestra que los gobiernos pueden preferir dejar a los tribunales las decisiones controvertidas en materia de derechos antes que iniciar un diálogo político abierto sobre dichas cuestiones.

⁵⁵ Kavanagh (2009), p. 132; Dixon (2009), pp. 345–346. Sobre la idea de que la confianza en la Sección 3 suele ser una consecuencia de la relativa debilidad de la Sección 4, véase más en Wintemute (2006), p. 215.

⁵⁶ *R. (Hammond) v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] U.K.H.L. 69, paras. 17, 29 (U.K.); *R. (Clift) v. Secretary of State for the Home Department*, [2007] 1 A.C. 484 (H.L.), para. 40 (U.K.); *Secretary of State for the Home Department v. M.B.*, [2008] 1 A.C. 440 (H.L.) (U.K.); *Secretary of State for the Home Department v. AF (No. 3)*, [2009] 3 W.L.R. 74 (H.L.) (U.K.).

2.3. El efecto de la declaración de incompatibilidad

Pasemos ahora a examinar la naturaleza e impacto de la declaración de incompatibilidad. Como hemos visto, la característica principal de esta declaración es que no vincula a las partes ni ofrece una solución a los litigantes. Ciertamente, este es el punto débil del mecanismo declarativo y la razón por la que la mayoría de los litigantes prefieren que se realice una interpretación por vía de la Sección 3. ¿Podemos, entonces, calificar a la declaración de incompatibilidad como débil? Esta es una pregunta esencial, dado que buena parte de la distinción entre las formas débil y fuerte de revisión judicial depende del hecho de que en los sistemas de revisión fuerte los tribunales tienen la facultad de anular disposiciones legislativas mediante un fallo que es final y coercitivo, mientras que en la revisión débil los tribunales cuentan solo con las llamadas “soluciones débiles”, como la declaración de incompatibilidad, que dejan la última palabra al parlamento.

Pese a que la declaración de incompatibilidad no es jurídicamente vinculante para el Gobierno o el Legislativo, hay razones para sostener que no es tan “débil” como pudiera pensarse a primera vista. En primer lugar, la estructura de la HRA tiene una importante dimensión de derecho internacional, que no debe ser ignorada (véase más en Kavanagh, 2009, p. 284; Sales & Ekins (2011), pp. 228 y ss.). Si un tribunal británico emite una declaración de incompatibilidad y el gobierno y/o el parlamento rehúsan corregir la situación, los agraviados pueden llevar el recurso al Tribunal de Estrasburgo. Allí, el interesado sostendrá que ha sufrido una vulneración en los derechos que tiene reconocidos por el Convenio (como han confirmado los tribunales superiores de su país) y que el Gobierno del Reino Unido, sin embargo, no ha corregido dicha vulneración. En esta situación, es muy probable que el Tribunal de Estrasburgo confirme la vulneración de derechos (para indagar en las razones, véase Kavanagh, 2009, pp. 284, 286–7), tras lo cual, el Gobierno del Reino Unido estará en la obligación de cambiar la legislación de acuerdo con lo establecido en la sentencia, según el derecho internacional (Kavanagh, 2009, p. 284; Lester, 1998, pp. 671, 668; Elliott, 2002, p. 348; Fenwick, 2007, pp. 199-204).

Por tanto, el Gobierno sabe que contravenir una declaración de incompatibilidad solamente sirve para posponer el problema, ya que es prácticamente inevitable que pierda el caso en Estrasburgo, con el coste en imagen que conlleva (tanto a nivel nacional como internacional). El riesgo de sufrir una dura humillación política en caso de perder en Estrasburgo constituye un fuerte incentivo para cumplir con la declaración –más cuando fue en parte para evitar dicho sonrojo que el Parlamento británico adoptó la HRA en primera instancia (Kavanagh, 2009, p. 3; Irvine, 2003, pp. 245ss; Bateup, 2009, p. 583, n. 201; Perry, 2003, p. 671). Así las cosas, el Gobierno británico tiene potencialmente poco que ganar y mucho que perder si contradice una declaración. Aunque la Declaración de Incompatibilidad se presenta a menudo como un mecanismo de carácter puramente político, tiene significativas repercusiones legales. A pesar de no ser jurídicamente vinculante en sí misma, indica que los tribunales pueden alertar al Parlamento del incumplimiento de una obligación de derecho internacional⁵⁷.

En segundo lugar, hay numerosos medios de presión política para lograr que el Gobierno británico cumpla con una declaración de incompatibilidad. No se trata solo de la publicidad adversa que conlleva un fallo judicial que declara que hay una

⁵⁷ *R. (Animal Defenders International) v. Culture Secretary*, [2008] U.K.H.L. 15, p. 53 (Baroness Hale) (U.K.); *R. (Countryside Alliance) v. Attorney General*, [2007] U.K.H.L. 52, para. 113 (Baroness Hale) (U.K.); *Sathanapally*, (2012); *R. (Morris) v. Westminster City Council*, [2005] E.W.C.A. Civ. 1184 (C.A.), para. 56 (Sedley LJ) (U.K.).

vulneración de derechos, sino que este tipo de fallos son aprovechados con frecuencia por los diputados de la oposición para movilizar a la misma dentro del Parlamento frente a las políticas del Gobierno (Sathanapally, 2012). Asimismo, las declaraciones son normalmente elevadas a la Comisión Mixta para los Derechos Humanos del Parlamento, con el fin de realzar la importancia de la violación de los derechos humanos y reforzar así la presión política al Gobierno, dentro y fuera del Parlamento, para que proceda a corregir la violación (véase más en Kavanagh, 2015b). En definitiva, las repercusiones políticas de contravenir un pronunciamiento judicial sobre vulneración de derechos, junto a las repercusiones legales de un altamente probable fallo en contrario en Estrasburgo, unidas a la relación de cortesía mutua entre el Parlamento y los tribunales y al respeto generalizado a las decisiones de estos últimos, provoca que una declaración de incompatibilidad tenga mucha más fuerza en la práctica de la que se colegiría de su estatus jurídico no vinculante (Kavanagh, 2009, 278).

En tercer lugar, cuando se introdujo el proyecto de ley de derechos humanos en el Parlamento, muchos diputados señalaron durante el debate parlamentario que había una expectativa generalizada de que el Gobierno respetaría las declaraciones de incompatibilidad. Así, el entonces Lord Canciller declaró que “esperamos que tanto el Gobierno como el Parlamento sean requeridos, seguramente en todos los casos, a cambiar la legislación de acuerdo con las declaraciones de incompatibilidad”⁵⁸. Esta expectativa, calificada por una parte de la doctrina como una “expectativa constitucional” (Jowell & Cooper, 2003, p. 3), ha sido corroborada en la práctica.

Desde la promulgación de la HRA se han dado 21 declaraciones de incompatibilidad y en casi todos los casos el Gobierno/Parlamento han actuado para corregir de alguna manera la violación de derechos⁵⁹. Es cierto que el cumplimiento en algunos casos podría calificarse como mínimo y perezoso, y que en los últimos tiempos ha venido acompañado de un discurso político que exagera los problemas de las decisiones judiciales (particularmente de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo) sobre los derechos del Convenio⁶⁰. Además, las declaraciones se han implementado con un considerable retraso⁶¹. Sin embargo, “hasta la fecha no ha habido un caso donde el Gobierno o el Parlamento haya optado deliberadamente por no corregir una legislación incompatible” (King, 2015). A pesar de los retrasos y de los discursos negativos, hay una ratio casi perfecta de cumplimiento con las declaraciones de incompatibilidad desde que la HRA fue promulgada (Young, 2011, 779).

La única posible excepción se encuentra en una declaración de incompatibilidad relacionada con la exclusión del derecho de sufragio activo a las personas que se encuentran en prisión, donde el Gobierno se ha demorado casi diez años para abordar una modificación legislativa, a pesar de las numerosas sentencias del Tribunal de Estrasburgo indicando que una prohibición total del derecho al voto a quienes cumplen condena en prisión vulnera el Convenio (véase Bates, 2014). El caso sobre el derecho de sufragio activo tiene rasgos peculiares. El primero es que todos los principales partidos políticos del Reino Unido están de acuerdo en denegar a los reclusos dicho derecho. El segundo es que se considera

⁵⁸ Citado en *Burden v. UK*, (2006) 21 B.H.R.C. 640, para. 22 (U.K.). Ver también K.D. Ewing (1999), p. 92; Fenwick (2007), p. 190; Hiebert (2006), pp. 15–6.

⁵⁹ *U.K. Ministry of Justice, Report to the Joint Committee on human rights on the Government's Response to human rights judgments* 44 (Oct. 2013); Chandrachud (2014).

⁶⁰ Véase la reacción política tras la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Hirst v. U.K.*, [2005] E.C.H.R. 681. Ver también Murray (2013a).

⁶¹ Sobre este problema, véase King (2015); Van Zyl Smit (2011), pp. 74–76; Amos (2009), p. 893.

que la oposición a otorgar a los reclusos el derecho a voto no tiene coste electoral, debido a que las élites políticas piensan que dicha opción concuerda con la opinión popular. Raramente se cumplen estas dos condiciones. Así las cosas, si estas fueran las condiciones bajo las que una declaración de incompatibilidad puede ser contravenida o ignorada, son condiciones difíciles de alcanzar. Serán cumplidas solo en circunstancias excepcionales. Ciertamente, el discurso político en esta materia puede llegar a ser a veces desafiante, con políticos sugiriendo que ignorarán o desobedecerán la sentencia de Estrasburgo o, incluso, que retirarán al Reino Unido del Convenio. Aun así, la Comisión parlamentaria en la materia ha recomendado al Gobierno que implemente el fallo de alguna manera⁶². Está por ver cómo reaccionará el Gobierno. Por el momento continúa sin hacer nada.

El alto grado de cumplimiento de las declaraciones de incompatibilidad ha llevado a parte de la doctrina a sugerir que puede estar desarrollándose un tipo de convención constitucional por la que el Parlamento se cree en la obligación constitucional de cumplir con las declaraciones de incompatibilidad (Kavanagh, 2009, p. 289; King, 2015; Vermeule, 2012; Elliott, 2002, p. 340; Klug, 2017). Para que dicha convención constitucional existiera se requeriría de una práctica política frecuente que fuera considerada como políticamente (aunque no legalmente) vinculante por parte de los actores institucionales más relevantes (ver, por ejemplo, Jennings, 1959; Jaconelli, 1999). Probablemente sea demasiado pronto para llegar a una conclusión sobre si el cumplimiento de las declaraciones de incompatibilidad ha alcanzado el estatus de convención constitucional, aunque cada vez hay más pruebas en ese sentido. Desde luego, existe “la práctica casi uniforme de enmendar la legislación como respuesta (a las declaraciones)” (King, 2015). En esta línea, muchos periodistas y líderes políticos del Reino Unido califican las resoluciones basadas en las declaraciones de incompatibilidad de vinculantes o señalan que tienen el efecto de “revocar” o “derogar” la legislación ordinaria (Sathanapally, 2012, pp. 154, 192). Incluso cuando los parlamentarios expresan su desacuerdo con una declaración de incompatibilidad, la presentan como una “decisión normativa, no una mera opinión o consejo” (id., p. 192), sugiriendo que están obligados a darle cumplimiento (id., p. 168).

Jan Van Zyl Smit aporta una explicación para este hecho. Este autor sostiene que podría ser una forma rudimentaria de escurrir el bulto, que permite a los Ministros no tener que cargar con la responsabilidad de decisiones impopulares, dado que la crítica se dirige hacia los tribunales (Van Zyl Smit, 2011; Davis, 2010, pp. 92-93; Murray 2013b; Hirschl, 2013, p. 1089; véase también Graber, 1993). Habría otra explicación menos cínica de esta cuestión. Puede ser que, simplemente, en países donde los tribunales gozan de una alta consideración y donde hay un convencimiento compartido sobre la importancia de proteger los derechos y el imperio de la ley dentro de una cultura constitucional, los fallos de los tribunales superiores (sean o no declarativos) son tratados en la práctica como vinculantes o, como mínimo, como decisiones argumentadas y, en la mayoría de casos, dignas de ser respetadas (Bateup, 2009, 566, n.138)⁶³. Si esto es cierto, entonces es poco probable que los novedosos mecanismos eminentemente asociados a los modelos de “revisión débil” (concretamente, la declaración de incompatibilidad en el Reino Unido y la “notwithstanding clause” canadiense) satisfagan su promesa de dar al legislativo la “última palabra” en las cuestiones relacionadas con derechos –al

⁶² *Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill, Report, Session 2013–14* (16 de Diciembre de 2014). Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/103.pdf>. (fecha de consulta: 27 de Julio de 2017).

⁶³ Para reflexiones acerca de si la forma débil de revisión judicial puede ser trasladada a otras culturas constitucionales, véase Hirschl (2013), pp. 1086, 1088 y ss.

menos en el sentido de permitir a los representantes electos el discrepar de las decisiones de los tribunales superiores en materia de derechos de forma frecuente, libre y abierta. Esta explicación tendería a concordar, además, con las opiniones de quienes sostienen que una convención constitucional sobre el cumplimiento está en proceso de desarrollo.

Asimismo, puede resultar dudosa la plausibilidad de presentar a los sistemas como el británico incorporando un “modelo dialógico de protección de derechos” (Hiebert, 2006; Bateup, 2009; Young, 2009, cap. 5; Hickman, 2005), al menos si la metáfora del diálogo es tomada como una conversación entre iguales combinada con el recurso de que el legislador tome la decisión final (Crawford, 2014, p. 46)⁶⁴. La realidad empírica no se corresponde con la imagen del diálogo. Por lo general, el Parlamento británico acepta los fallos judiciales que declaran que los derechos del Convenio se han vulnerado en un caso particular, y concibe que su papel es diseñar la solución apropiada que corrija la violación de una forma no excluida por la decisión judicial (King, 2015; Sathanapally, 2012, p. 5; Chandrachud, 2014, p. 625). Esto se parece menos a una conversación abierta y más a un sistema complejo de división del trabajo en el que cada rama del estado desarrolla una función diferente (aunque complementaria) en la protección de derechos.

La efectividad de las distintas formas de presión sobre el Parlamento para que termine enmendando la legislación en cumplimiento de las declaraciones de incompatibilidad ha llevado a parte de la doctrina a sugerir que, aunque los tribunales del Reino Unido no tienen formalmente la facultad de derogar legislación, “en la práctica lo hacen de forma indirecta, dado que el Gobierno procederá a cambiar la ley con casi total seguridad” (Ewing, 1999, p. 92; Lester, 1998, p. 668; Fenwick, 2007, pp. 190, 199 y ss.). Aunque en teoría tiene un carácter exhortatorio, la práctica de las declaraciones de incompatibilidad se parece “a una facultad judicial *de facto* para proceder a enmendar la legislación que vulnera derechos fundamentales”, similar a un poder para derogar (Elliott, 2002, p. 349; Lester, 1998, p. 672; Ewing, 1999, p. 92; Sales & Ekins, 2011, p. 230). Lord Hoffmann ha sugerido –fuera de su función judicial– que la diferencia entre un poder de derogación y una declaración de incompatibilidad es meramente “técnica”, ya que “cuando el tribunal realiza una declaración de incompatibilidad, la presión política al gobierno y al Parlamento para que armonicen la norma es difícil de resistir” (Hoffmann, 1999, 160). Ciertamente, si las declaraciones de incompatibilidad se han acatado en casi todos los casos, es que tienen un efecto similar a una derogación, en el sentido de asegurar que en última instancia se cambia la legislación en línea con el pronunciamiento judicial sobre las exigencias en materia de derechos humanos (Kavanagh, 2009).

La principal diferencia entre ambos poderes radica en el hecho de que una declaración de incompatibilidad no tiene efecto inmediato en la legislación y no proporciona beneficios inmediatos para el litigante. Como hemos visto, la falta de efecto retroactivo que acompaña a una declaración de incompatibilidad no carece de importancia. Incentiva a los tribunales a adoptar interpretaciones compatibles con los derechos –incluso cuando retuerce el lenguaje de la normativa (Dixon, 2009, p. 346; Choudhry y Roach, 2003). También puede desincentivar a los potenciales litigantes a la hora de alegar problemas relacionados con los derechos humanos en aquellos casos en los que la vulneración de derechos está íntimamente relacionada con un elemento fundamental del marco legislativo, ya que esto excluiría la posibilidad de una interpretación por vía de la Sección 3. Sin embargo, la

⁶⁴ Para un análisis crítico acerca de la utilidad de la metáfora del diálogo, véase Kavanagh, 2009, pp. 128–32, 408–411; Sathanapally, 2012, pp. 38 y ss.; MacDonald, 2004, p. 5.

consecuencia habitual, más que dejar una laguna en la que los derechos no son protegidos por los tribunales, es la de reforzar la protección de derechos a través de la interpretación creativa. Esto cambia la forma en que los derechos son protegidos, pero no hace que la protección sea necesariamente más débil. De hecho, cabe argumentar que —en contra de las clasificaciones hipotéticas de Tushnet— este tipo de revisión otorga a los jueces una mayor participación en la protección de derechos de lo que ocurre en los sistemas de revisión fuerte.

3. El papel de los tribunales en la aplicación del derecho público

3.1. El dilema de la autocontención judicial

Uno de los retos más importantes al que se enfrentan los tribunales en los asuntos sobre derecho público es el de determinar los límites propios de su función constitucional. Cuando una parte en el litigio alega que sus derechos fundamentales están en juego, ¿hay alguna circunstancia que aconseje al tribunal abstenerse de la protección de los derechos o, al menos, abstenerse de hacerlo en un grado óptimo? Los jueces poseen formación y conocimientos jurídicos, pero a veces llevan a cabo su función decisoria en condiciones de incertidumbre. Pueden no tener una visión de conjunto sobre el contexto político, social o económico que envuelve una decisión o, en caso de que lo tuvieran, pueden no encontrarse en la mejor posición para evaluar sus implicaciones en un contexto más amplio. Cuando el legislativo o el ejecutivo reclama tener un mayor conocimiento o pericia respecto de un caso particular, ¿se justifica que los tribunales actúen con cierta modestia, cautela y deferencia? Incluso más allá de las consideraciones acerca de la pericia de cada uno, ¿la relativa falta de legitimidad democrática de los jueces debería obligarles a contenerse cuando examinan si las decisiones de los poderes de origen electo son conformes a los derechos fundamentales?

Estas son algunas de las cuestiones más importantes y debatidas en la teoría y el derecho constitucionales. Claramente, el grado de contención ejercido por los tribunales tiene una repercusión directa en la mayor o menor restricción efectiva del legislativo/ejecutivo por los derechos, y en el mayor o menor respaldo judicial a los reclamos de derechos individuales. Incluso dejando de lado la importancia práctica para el resultado de los casos individuales, la cuestión sobre la contención judicial nos obliga a reflexionar sobre cuestiones teóricas de mayor alcance relacionadas con la separación constitucional de poderes entre las tres ramas del estado. Nos invita a considerar qué deben hacer los tribunales y, sobre todo, qué no deben hacer. Asimismo, nos exige pensar detenidamente acerca de la naturaleza del razonamiento judicial y sobre si es apropiado que los jueces tengan en cuenta el efecto de sus decisiones en la reputación de la judicatura. Por último, la pregunta sobre la conveniencia o idoneidad de la contención judicial pone en cuestión nuestros compromisos teóricos más firmes sobre la naturaleza y función de los derechos, particularmente en lo que concierne a si los derechos son o deberían ser inmunes a consideraciones consecuencialistas.

La contención judicial plantea a los tribunales un dilema. ¿Cómo van a ejercer los jueces un grado apropiado de contención sin ceder a los poderes electos las cuestiones que afectan a la legalidad de las decisiones impugnadas? O, en otras palabras, ¿cómo pueden los tribunales defender los derechos humanos sin sobrepasar los límites de su papel constitucional? No hay una solución fácil para este dilema, pero para analizarlo, necesitamos tener una percepción clara de las razones y argumentos que justifican la autocontención judicial. De forma concisa, mi posición es que los límites institucionales de los tribunales a veces justifican la

autocontención judicial. Hay veces en que los jueces deben estar dispuestos a pronunciarse firmemente frente al ejecutivo o al legislativo, pero hay otras ocasiones donde deberían ejercer sus competencias con prudencia y cautela.

Dividiré mi razonamiento en cinco apartados. En primer lugar, intentaré definir qué entiendo por autocontención judicial (3.2). En segundo lugar, examinaré las razones que justifican dicha autocontención (3.3). En tercer lugar, abordaré el que considero que es el principal argumento frente a la autocontención, esto es, que puede llevar a los jueces a abstenerse de la protección de derechos o, al menos, de protegerlos en un grado óptimo (3.4). En cuarto lugar, examinaré la vía por la que el deseo de salvaguardar la reputación de los tribunales puede dar lugar a la contención (3.5). En último lugar, abordaré la posibilidad de que los jueces tengan razones para contenerse, no sólo en el resultado de sus decisiones, sino también en la forma en que expresan, presentan y justifican las mismas (3.6).

3.2. Un intento de definición

La autocontención judicial es una característica generalizada en el proceso judicial de toma de decisiones. Se puede decir que en casi todos los casos los jueces toman en consideración si deben contenerse más o menos. De una forma u otra, un juez siempre se enfrenta a la decisión de innovar o contenerse, entendiendo por “innovación” el desarrollo judicial de la norma y la creación judicial de derecho y por “contención” la actitud de limitarse al derecho positivo, absteniéndose de explorar una solución más creativa. En este sentido, la autocontención judicial se refiere tanto a la disposición de los tribunales a cambiar o desarrollar la ley como a su sentido de cuándo y por qué es adecuado actuar así⁶⁵.

En la literatura académica, la autocontención judicial abarca una amplia variedad de doctrinas, entre las que se incluyen la deferencia al proceso de decisión legislativo y/o administrativo, el respecto por el precedente (y la renuencia a la anulación), la aproximación literal o constructivista a la interpretación normativa, las doctrinas sobre la legitimación activa y sobre las cuestiones sin relevancia jurídica, los principios prudenciales como el “*floodgates argument*” e, incluso, la supuesta exigencia de que los jueces deben evitar hacer elecciones morales o sobre directrices políticas⁶⁶. El punto que todo este variado conjunto de doctrinas tiene en común es la convicción de que los tribunales deberían mostrar cautela y contención con respecto a las opciones que se les presentan en su función decisoria.

En la resolución de disputas de derecho público, la cuestión de la contención judicial tiene una dinámica propia. Este trabajo se centra en la revisión constitucional, concretamente en la potestad que tienen los tribunales para revisar y analizar las decisiones del legislativo (por ejemplo, la legislación ordinaria) en lo referente a su conformidad con los derechos humanos. En la revisión constitucional, la contención judicial determina el grado en que, o la intensidad con la que, los tribunales están dispuestos a examinar la decisión del legislativo y la justificación aportada en respaldo de dicha decisión. La contención indica una menor intensidad o exigencia probatoria a la hora de examinar la legislación⁶⁷. Puede llevar a la decisión de no resolver sobre un asunto, como ocurre cuando un tribunal aplica la doctrina de la no-justiciabilidad. Como alternativa, los tribunales pueden decidir

⁶⁵ Así, el “activismo judicial” en materias sujetas a revisión constitucional suele definirse como la disposición de los tribunales a desafiar la legislación alegando que viola derechos; véase a modo de ejemplo, Waldron (2005), p. 441.

⁶⁶ Para una visión de conjunto, véase Daley (2000), p. 279; véase también Posner (1996), pp. 314-34.

⁶⁷ Por ello, Guy Davidov caracteriza a la deferencia judicial en la jurisprudencia constitucional de Canadá de revisión constitucional suave o laxa; ver Davidov (2002).

pronunciarse sobre la cuestión, pero de un modo menos intenso o fiscalizador del que hubieran utilizado en otras circunstancias (véase más en King, 2008; Kirk, 2001).

Antes de continuar con la justificación de la contención judicial en la resolución de materias de derecho público, debemos realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, la contención judicial es una cuestión de grado. Un juez puede contenerse más o menos y puede evidenciar dicha contención de formas diversas. La contención judicial nada tiene que ver con el simple reclamo de que los jueces no deban interferir en las decisiones del legislativo o de que la legislación nunca pueda ser revisada de una manera exhaustiva y fiscalizadora, sino con el principio de que los jueces deberían tener un cierto grado de contención en ciertas circunstancias (ver también Daley, 2000, pp. 279, 292). Más aún, los modos en que los tribunales pueden ejercer esa contención son múltiples y variados. En algunos casos, pueden abstenerse de derogar una ley y criticarla, sin embargo, de manera firme y explícita. En otros, pueden derogar una disposición normativa, pero aplacar el golpe expresándose de una manera deferencial y moderada. Los jueces pueden mostrarse contenidos en la forma y ser, en cambio, firmes y “activistas” en el contenido de sus decisiones, o viceversa⁶⁸.

En segundo lugar, la contención judicial es una cuestión de *auto*-contención. Son los tribunales quienes delinear los límites de su papel en las decisiones constitucionales y quienes determinan el grado apropiado de contención en dicho campo. Así, la contención judicial no se asocia a las facultades legales que tienen atribuidas los tribunales. Más bien, está relacionado con la conveniencia de que no ejerzan dichas facultades o que se moderen a la hora de utilizarlas.

En tercer lugar, cuando dictaminan que una normativa vulnera derechos humanos, los tribunales limitan el poder del legislativo para promulgar la normativa que desee (Macklem, 2006, pp. 109 y 122-4). De aquí se colige que cuanto más dispuestos se muestren los primeros a declarar que una normativa viola los derechos humanos, mayor será el límite que impondrán a los poderes electos. Por tanto, la contención judicial a la hora de resolver sobre materias de derecho público tiene una relación directa con el legislativo y el ejecutivo. Por este motivo, algunos autores consideran la contención judicial como una exigencia derivada de la necesidad de que los jueces no contradigan o interfieran con las decisiones de los otros poderes del estado (Posner, 1996, p. 314). En este trabajo, utilizo una noción de “interferencia con” el legislativo deliberadamente vaga. No se limita a la “derogación” de legislación, sino que se incluye también otros mecanismos a través de los que se ejerce la facultad judicial de revisar si una normativa cumple con los derechos humanos, como la interpretación creativa. Esto provoca que la defensa de la contención judicial tenga un grado de generalidad que le permita ser aplicable tanto a sistemas en los que existe facultad derogatoria como a aquellos en los que no, como el Reino Unido⁶⁹.

⁶⁸ Un ejemplo de este fenómeno puede encontrarse en *R. (Abbasi) v. Foreign Secretary and Home Secretary* [2003] U.K.H.R.R. 76, en el que el Tribunal de Apelación de Inglaterra rechazó que la negativa del Secretario de Exteriores británico a pedir la liberación de personas detenidas en Guantánamo, que no contaban con la nacionalidad británica, fuera ilegal, lo que no evitó que criticara la situación en Guantánamo en términos explícitos en 64-6; véase más en Endicott (2003), pp. 101-4.

⁶⁹ Para un análisis más detallado de los poderes de los tribunales según la HRA británica, véase Kavanagh (2009), pp. 281-93.

Por último, que un tribunal se contenga no debería equivaler a que no haga nada o se muestre pasivo⁷⁰. Como sabemos por nuestra vida cotidiana, ejercer contención puede requerir de una fuerte voluntad y determinación. Puede tener un carácter tan activo como una intervención. Más aún, la necesidad de justificar moralmente la contención no es menor que la de justificar una posición más intervencionista. Tampoco la contención judicial debería asemejarse a conservadurismo político. Los jueces pueden tener un pensamiento de izquierdas o progresista respecto a determinadas cuestiones (tales como la redistribución de la riqueza o la necesidad de intervención estatal), a la vez que respaldan la idea de contención judicial.

3.3. Razones a favor de la contención judicial

Tras haber definido a *grosso modo* el significado de contención judicial, debemos pasar ahora a la tarea de justificarla. El principal argumento de este trabajo es que la contención judicial estaría justificada por las limitaciones institucionales de los tribunales, así como por una determinada concepción de las relaciones constitucionales adecuadas entre el parlamento y el poder judicial. Permítaseme ahondar en este punto acerca de cómo influyen las limitaciones institucionales de los tribunales en el razonamiento judicial.

Al decidir sobre asuntos jurídicos, el razonamiento judicial está determinado por dos tipos de consideraciones. La primera es un análisis del contenido jurídico sustantivo de la cuestión que se dirime en sede judicial. En las resoluciones sobre materias de derecho público, tales cuestiones incluyen si la legislación viola o respeta derechos, o si una decisión tomada por un Secretario de Estado es equitativa, justa o razonable. Evaluar este tipo de cuestiones jurídicas sustantivas es la primera tarea de los tribunales. Esto les exige establecer qué es lo que prescribe la ley para un determinado caso. Podemos calificar este tipo de consideraciones como “razones sustantivas”. Ahora bien, este no es el único tipo de planteamientos que influye en el razonamiento judicial. También son relevantes las que podríamos denominar como “razones institucionales”. Este tipo de razones exigen al juez plantearse el alcance y los límites de su papel institucional respecto al parlamento, así como la adecuación de su intervención en un caso particular desde un punto de vista constitucional (Kavanagh, 2009, pp. 176ff). Esto implica que los tribunales deben preguntarse no sólo cuestiones de primer orden del tipo “¿Qué exigen los derechos en este caso?”, sino también cuestiones de segundo orden relacionadas con la separación de poderes constitucional, tales como “¿es adecuado que el tribunal interfiera con la disposición legislativa, teniendo en cuenta que fue promulgada por un poder democráticamente elegido tras un periodo de deliberación y mediante una amplia consulta popular?” La primera cuestión versa sobre el contenido de los derechos. La segunda es una pregunta sobre el papel de los tribunales en una democracia constitucional. Este segundo aspecto es el que da origen a la exigencia de contención judicial⁷¹.

Se pueden identificar, al menos, cuatro razones institucionales a favor de la contención judicial. Éstas estarían relacionadas con (1) la pericia judicial, (2) el carácter gradual de la creación judicial de derecho, (3) la legitimidad institucional y

⁷⁰ Por esta razón, me abstendré de describir la contención judicial como una “virtud pasiva”, pese a que algunos de mis argumentos tienen afinidad con el persuasivo análisis sobre la contención judicial realizado por Alexander Bickel en Bickel (1962).

⁷¹ Nótese que, aunque es posible distinguir conceptualmente entre los dos tipos de razones, estas pueden ser difícil de separar en la práctica. Un argumento a favor de que las decisiones constitucionales deberían depender, en parte, de razonamientos de segundo orden relacionados con la capacidad institucional, puede verse en Sunstein (2006).

(4) la reputación de la judicatura. Examinemos estas razones una a una. La restricción relacionada con el “pericia limitada” tiene su origen en las limitaciones epistémicas de los tribunales a la hora de evaluar ciertos asuntos. En situaciones en las que el juez no sabe (o no sabe con seguridad) cómo se debe resolver un problema particular o, mejor aún, en la que desconoce cuáles serán las consecuencias de su decisión, esa incertidumbre puede aconsejar un cierto grado de contención judicial (Kavanagh, 2009, pp. 183-90; véase también Kavanagh, 2008, pp. 194-200).

El segundo argumento a favor de la restricción viene dado por el carácter gradual de la creación judicial de derecho. Mientras que los legisladores son relativamente libres para iniciar la tramitación de un proyecto legislativo en un determinado tema, y se pueden embarcar en una reforma integral de una determinada área del derecho, los jueces están mucho más constreñidos. Por lo general, la creación judicial suele ser gradual y fragmentaria –se encarga de cubrir los vacíos del marco legal existente, para lo que trata con una disposición legislativa en cada caso en vez de reformar la ley o el área del derecho en su totalidad. Esto provoca lo que Joseph Raz ha llamado “el dilema de la reforma parcial” (Raz, 1979, p. 200) –un dilema, debido a que los tribunales se ven con asiduidad enfrentados a la elección entre dejar una disposición legal intacta (por ejemplo, no interfiriendo con la misma) o reformarla de una forma necesariamente parcial o fragmentaria. Los jueces son conscientes de que las reformas parciales pueden suponer un verdadero riesgo, ya que pueden ser contraproducentes o no lograr el objetivo deseado⁷². Estos problemas pueden aconsejar la contención judicial.

La tercera razón en apoyo de la contención está relacionada con la legitimidad institucional. En ocasiones, los tribunales se contienen antes de interferir con la legislación ordinaria debido a que, están preocupados porque su decisión de cambiar una ley no sea aceptada por la opinión pública o por los otros poderes del estado como consecuencia de una percepción de los tribunales como carentes de legitimidad democrática y de una rendición electoral de cuentas. Aunque esto ha generado cierta controversia dentro de la academia británica de derecho público (véase, por ejemplo, Jowell, 2003, p. 596; una respuesta a los argumentos de Jowell puede encontrarse en Kavanagh, 2009, pp. 191-193), no es difícil encontrar pronunciamientos por parte de los jueces en los que sostienen que sus resoluciones deberían respetar las decisiones del legislativo, dada su mayor legitimidad democrática⁷³.

El cuarto argumento se basa en cuestiones de reputación. Los jueces deben dictar sus decisiones de un modo en que se preserve la buena imagen pública de la judicatura y se inspire confianza en su papel de tercero imparcial que llega a decisiones justas. Los tribunales deben asegurar que, en la medida de lo posible, sus decisiones sean respetadas –tanto por los poderes políticos (el parlamento y el ejecutivo) como por el conjunto de la opinión pública–, por lo que trataran de eludir las decisiones que causen un daño a su reputación. Más adelante examinaremos este argumento con mayor detalle.

3.4. La interacción entre las razones sustantivas e institucionales

Una vez que tenemos una idea general de las razones que aconsejan la

⁷² Cass Sunstein defiende cierto grado de contención judicial en aquellos casos en que el escándalo público haría que la decisión judicial fuera inútil, contraproducente o hiciera más mal que bien, Sunstein (2007), pp. 170-2.

⁷³ Para un ejemplo de este fenómeno de la jurisprudencia relacionada con la HRA británica, de 1998, véase Kavanagh (2009), pp. 190-7.

contención judicial, necesitamos algo más de claridad sobre cómo se interrelacionan las razones sustantivas e institucionales. Las “razones sustantivas” (p. ej., aquellas referidas al contenido de los derechos) deben ser las primeras en tomarse en consideración por los jueces en la revisión constitucional, ya que son las que propiamente definen la tarea judicial de examinar las decisiones legislativas y administrativas. Pero esto no significa que estas sean las únicas razones a tener en cuenta, o que siempre resulten decisivas. Los jueces deben evaluar los reclamos sobre derechos sustantivos siendo sensibles a las limitaciones institucionales del proceso judicial y a la idoneidad constitucional de su intervención en un asunto determinado⁷⁴. En el esfuerzo por llegar a la mejor decisión posible, que tenga en cuenta todas las circunstancias, los tribunales deben sopesar tales limitaciones frente a las razones sustantivas relevantes del caso concreto.

Este proceso de ponderación es un rasgo distintivo del proceso de toma de decisiones en materia de derecho público que se lleva a cabo en los tribunales británicos. Un ejemplo se encuentra en el conocido fallo de Sir Thomas Bingham M. R. en *R v. Ministry of Defense, ex parte Smith*⁷⁵: “Cuanto más sustancial sea la interferencia con los derechos humanos, mayor será la exigencia del tribunal respecto a la justificación antes de reconocer que la decisión impugnada es razonable”⁷⁶. En esta declaración se condensa la exigencia de que los tribunales ponderen los argumentos sustantivos y los institucionales, en un esfuerzo por alcanzar el mejor resultado posible para el caso concreto. La gravedad de las vulneraciones a los derechos humanos juega en contra de los argumentos a favor de la contención. Esto significa que las cuestiones institucionales acerca del grado en el que los jueces deberían deferir en el agente decisor principal dependen, en parte, de las materias en discusión en el lado sustantivo de la balanza. Es más probable que las consideraciones institucionales se impongan cuando las razones sustantivas son más débiles. Sin embargo, cuando se está en presencia de una vulneración clara y sustancial de derechos, esta puede pesar más que las preocupaciones acerca del conocimiento, la incertidumbre o las consecuencias políticas. En dichas situaciones, la ponderación puede inclinarse en favor de la intervención judicial y no de la contención.

Parte de la academia se opone ferozmente a la idea de que los jueces puedan o deban tener en cuenta razones institucionales a la hora de revisar si la legislación cumple con los derechos humanos (véase más en Allan, 2006, pp. 689, 675; para una respuesta a las opiniones de Allan sobre la deferencia judicial, ver Kavanagh, 2010c). Trevor Allan considera que la contención judicial supone una “renuncia a la responsabilidad judicial” (Allan, 2006, p. 675) de proteger los derechos. La contundente crítica elaborada por Allan trae a primer plano las preocupantes y desagradables consecuencias que pueden acompañar a la contención judicial; concretamente, que si los jueces se auto-restringen a la hora de decidir en casos sobre derechos humanos, puede haber reivindicaciones de derechos que queden sin reparación. La persona concreta no obtendrá justicia –o al menos no la obtendrá en un grado satisfactorio. Un autor canadiense lo ha expresado sucintamente así: dado que la contención judicial conlleva “la relajación de las obligaciones del estado, recorta derechos constitucionales” (Davidov, 2002, p. 135). ¿Cómo puede justificarse este hecho? Más aún, los derechos se conciben

⁷⁴ Para un estudio sobre cómo la ponderación entre razones sustantivas e institucionales se hace evidente en la jurisprudencia bajo la HRA británica de 1998, particularmente a la hora de elegir entre realizar una interpretación según la Sección 3(1) de la HRA o la emisión de una “declaración de incompatibilidad” de la sección 4 de la HRA, véase Kavanagh, (2009), pp. 133-7.

⁷⁵ *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] Q.B. 517.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 554. Para una discusión más detallada sobre la interacción entre las razones sustantivas y las institucionales, ver Kyritsis (2017), cap. 7.

normalmente como inmunes a las consideraciones consecuencialistas. En esta línea, Ronald Dworkin elaboró el conocido argumento de que son “triumfos”, en el sentido de que no deberían ser vulnerables a los cotidianos cambios de criterio sobre la utilidad social (Dworkin, 1984). Ciertamente, uno no necesita ser un fiel seguidor de Dworkin para tener graves reservas ante la posibilidad de que los jueces no protejan los derechos con el objetivo de salvaguardar su propia reputación o de evitar una reacción hostil por parte de la opinión pública. A decir verdad, ¿es ilegítimo este crudo intercambio entre derechos y razones prudenciales siendo el verdadero propósito de los derechos la defensa contra las políticas oportunistas?⁷⁷.

Este es, sin duda, un importante desafío, construido sobre las creencias más comunes acerca de la naturaleza y la función de los derechos y sobre el papel de los tribunales en su defensa. Sin embargo, creo que el argumento está no obstante mal orientado. Permítaseme comenzar a responder a dicho desafío haciendo una observación acerca de las teorías de la contención en general. El supuesto problema en relación con la contención judicial surge, en parte, del hecho de que las teorías sobre la contención parecen tener un carácter paradójico (Raz, 1986, pp. 110-111; Raz, 1998a, pp. 47-8; Enoch, 2009, p. 45). Allan está en lo cierto al señalar que la contención de los jueces puede suponer la no corrección de una injusticia en la legislación ordinaria. Esto, a su vez, sugeriría que los jueces no deben actuar por razones de justicia, a pesar de que el argumento principal para dar a los jueces la facultad de revisión constitucional (y, de este modo, aislarlos de la presión directa por parte de la opinión pública) es precisamente asegurar que la legislación cumple con los requisitos de la justicia (Endicott, 2009, p. 10). No hay, sin embargo, nada paradójico en las doctrinas sobre la contención: en ocasiones tenemos buenas razones para no actuar según lo que reconocemos como buenas razones – especialmente cuando operamos dentro de un marco institucional⁷⁸. Aunque parezca paradójico, los jueces a veces se abstienen de enmendar injusticias contenidas en la legislación ordinaria, si entienden que al hacerlo causarían más mal que bien. Los derechos no son el único valor a tomar en consideración a la hora de decidir cuestiones de derecho público. Los derechos deben ser ponderados frente a las razones institucionales referentes a los límites del papel judicial, la adecuación de la intervención judicial en ciertos contextos, así como al grado en que una decisión judicial innovadora vaya ser aceptada por el poder político y por la opinión pública en su conjunto.

En segundo lugar, pese a que las razones institucionales pueden llevar a un tribunal a abstenerse de corregir una injusticia en la legislación, no debe olvidarse que dichas razones también hacen parte de la idea de justicia⁷⁹. La división del trabajo apropiada entre los tres poderes que componen una democracia constitucional es una cuestión moral, por lo que, al decidir su grado apropiado de contención, los jueces realizan un juicio moral acerca de cómo los poderes del estado deberían ser distribuidos, ejercidos y limitados (véase más en Kavanagh, 2009, pp. 200-201; Dworkin, 1998, 1730; Waldron, 2009, p. 7). Por consiguiente, lo que exige la justicia en un caso particular es aquella decisión judicial que venga respaldada por una adecuada ponderación entre las razones sustantivas e institucionales relevantes. En ocasiones, la justicia exigirá la intervención judicial; en otras, cautela y autocontención.

⁷⁷ Esta posición, sin embargo, también tiene sus detractores dentro de la filosofía; ver, por ejemplo, Raz (1992).

⁷⁸ Para una teoría de las razones excluyentes, véase p. ej., Raz (1979); para un estudio sobre las virtudes de la contención en la vida democrática, ver Wall (2007).

⁷⁹ Esto da a las razones en favor de la contención un carácter irónico, ver Endicott (2009), p. 10.

Probablemente, esta respuesta no sea suficiente para aquellos que se oponen a la idea de auto-contención judicial. Aunque puedan reconocer que la pregunta sobre la distribución del poder puede tener naturaleza moral o normativa, no admitirán la idea de que los argumentos pragmáticos o consecuencialistas pueden incluirse en el dominio de la “moral”. La gran objeción a mi argumento, dirán, es que consiente la inaceptable idea de que los jueces elijan conveniencia por encima de justicia, al menos en algunos casos. A decir verdad, ¿es inaceptable que los jueces se abstengan de tomar la decisión moralmente correcta por el mero hecho de que pueda afectar negativamente al poder judicial o de que pueda ser impopular o políticamente controvertida? Esto último, insistirían los críticos, son consideraciones de carácter consecuencialista que no deberían jugar ningún papel en el proceso judicial de toma de decisiones.

No obstante, esta crítica aparentemente devastadora descansa en algunas distinciones y asunciones de carácter dudoso. Ciertamente, la cuestión de si los jueces deben evitar los razonamientos de tipo consecuencialista, o la cuestión filosófica más amplia sobre si el razonamiento práctico puede, de hecho, dividirse entre argumentos morales y consecuencialistas, como asume la crítica que acabamos de ver, son problemas importantes y complejos que no pueden dilucidarse dentro de los confines de este artículo (ver más en Cane, 2000; Sadurski, 2009, pp. 30-31; en una perspectiva más general, ver Raz, 1999, p. 303). Quizás sea suficiente con aportar algunos ejemplos de razonamiento judicial en los que parece aceptarse la inclusión de consideraciones consecuencialistas. Cuando un juez decide sobre un caso de negligencia médica, consideramos totalmente legítimo el tomar en cuenta (como a menudo se hace) cuál sería el impacto de su decisión en la práctica médica (Woolf, 2001). Del mismo modo, si los jueces tienen que decidir sobre si un miembro de la policía tiene un deber de protección para con los miembros del público, aceptamos que los jueces tengan en cuenta las consecuencias que dicha acción tendría tanto en la labor policial y su capacidad para acabar con la criminalidad como, más en general, en el desarrollo del derecho y el papel de los tribunales⁸⁰.

Este es el típico “argumento de la avalancha” [*“the floodgates argument”*], típico porque es una característica común y aceptada en el proceso judicial de toma de decisiones. Si un tribunal dicta una resolución donde reconoce una reclamación sobre derechos en un nivel óptimo, pero que, por ejemplo, socava por completo la capacidad de la policía para erradicar la criminalidad, tenemos un motivo para estar preocupados. Sólo los más fervientes entusiastas de los derechos podrían celebrar dicha decisión. Igualmente, si un tribunal estuviese dispuesto, por ejemplo, a dictar una decisión donde valerosamente se reconociera el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, pero intuyese que la sociedad simplemente no está preparada para ello, o que al menos no está preparada para aceptarlo por el dictado de un tribunal, entonces tendría buenas razones para la contención. Si una resolución judicial no fuera a conseguir más que una reacción negativa hacia las parejas homosexuales, incrementando la intolerancia hacia dicho colectivo y socavando el proyecto político de implementar una reforma legal (o, más aún, movilizándolo a la sociedad a favor de rechazar dicha reforma en su conjunto), tal resolución sería, en el mejor de los casos, inútil y, en el peor, positivamente dañina para los intereses que en primera instancia se trata de proteger mediante la reivindicación de derechos⁸¹. Las decisiones judiciales tienen efectos en el mundo

⁸⁰ Ver, por ejemplo, *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] A.C. 53, par. 65 (Lord Templeman).

⁸¹ Véase también Sunstein, (2007), p. 174; Cole (2009), pp. 12-6; Bamforth (2007), p. 57, quienes señalan que, incluso cuando protegen los derechos de las parejas del mismo sexo, los tribunales se

en el que vivimos, y no se sirve a la justicia cuando los jueces dictan resoluciones que son ineficaces, contraproducentes o perjudiciales para los intereses amparados por los derechos.

Estos ejemplos deberían servir para mostrar otro punto importante, el de que la preocupación de los jueces por las consecuencias de sus resoluciones no es un aspecto excepcional o aberrante del proceso de toma de decisiones judiciales. Por el contrario, la consideración al posible daño social o a los objetivos de política pública son parte de la “caja de herramientas tradicional del poder judicial” (Scalia, 1989, p. 515). En este sentido, cuando examinamos la resolución de asuntos de derecho público, solemos pensar que es difícil separar las consideraciones consecuencialistas de las que podríamos identificar como consideraciones directamente morales (véase Kavanagh, 2009, p. 200-1). La dificultad a la hora de desligar ambos tipos de consideraciones es un punto a favor de quienes niegan la tradicional división del razonamiento práctico entre razones morales y de interés propio (Raz, 1999, p. 303; ver también Sadurski, 2009, pp. 30-1). Esto concuerda con mi propia opinión, ya que sostengo que, para llegar a una decisión justa, los jueces tienen que tener en cuenta las consideraciones de tipo práctico, político y consecuencialista, además de las exigencias sustantivas asociadas a los derechos. En otras palabras, un juez no puede alcanzar una conclusión aceptable sobre lo que sería la decisión justa para un caso particular si no ha evaluado el peso relativo que debe otorgar a las razones sustantivas e institucionales –entre otras cosas porque lo que la justicia o la moral exigen en una resolución particular dependerá (en parte) de las consecuencias que esta pudiera tener. Si hay buenas razones para que los jueces no interfieran con una decisión del legislativo o del ejecutivo –una razón de suficiente peso para compensar las razones sustantivas basadas en las exigencias de los derechos–, entonces no interferir es la mejor o la más justa decisión judicial.

Los firmes defensores de la revisión constitucional, que ven los tribunales como el bastión de protección de los derechos, tienden a obviar estos argumentos. Su instrucción a los jueces pareciera ser “haz lo correcto”, entendiendo por correcto el proteger únicamente el derecho fundamental sobre el que versa el caso concreto. Pero los tribunales no actúan en su propio nombre. Son órganos del estado, con determinadas responsabilidades institucionales. En mi análisis, la instrucción apropiada para los tribunales sería “haz lo correcto en la medida en que puedas hacerlo responsablemente dentro de las restricciones institucionales bajo las que operas”. La indicación de “hacer lo correcto” ordena a los tribunales que sean sensibles a las razones sustantivas referidas al contenido de los derechos y que procuren la preservación del imperio de la ley obligando con firmeza a los poderes electos a rendir cuentas. Pero la exigencia de que lo hagan de manera “responsable con las restricciones institucionales que definen su papel” es la parte que garantiza la contención judicial. Este requisito abre la posibilidad lógica de diferenciar entre lo que un juez pudiera decidir a título individual y lo que sería constitucionalmente adecuado decidir en su posición de juez. Lo cual también subraya el hecho de que las razones para la contención judicial tienden a ser razones “vinculadas al agente decisor” (Raz, 1998b, p. 188), es decir, pueden exigir a los jueces no interferir con la legislación ordinaria, sin que sean aplicables a otros agentes (como el parlamento o, desde luego, los ciudadanos privados). Pero este deber judicial de ser sensibles al papel institucional que tienen encomendado, con sus limitaciones, y de tomar seriamente en consideración las consecuencias adversas que pudieran tener sus decisiones, es también una responsabilidad moral.

contienen, dando cierto margen temporal al legislativo para que implemente la reforma legal en la materia.



3.5. Contención e imagen pública

En este punto, trataré las razones a favor de la contención que se refieren al afán por proteger y mejorar la imagen pública de los tribunales. Las preocupaciones relacionadas con la reputación suelen llevar a los jueces a adoptar una posición contenida, en vez de intervencionista, en la toma de decisiones. Un buen ejemplo de este fenómeno lo encontramos en la forma en que la judicatura británica asumió el rol asignado por la *Human Rights Act* de 1998 (HRA) en el periodo inmediatamente posterior a su promulgación. En dicho periodo, Lord Woolf señaló –fuera de su función judicial– que, dada la magnitud del cambio que propiciaba la HRA, estaba justificado “cierto grado de conservadurismo”: “El objetivo debe ser convencer al parlamento y al ejecutivo de que la supervisión de los tribunales tiene un carácter constructivo” (Woolf, 2003). En la misma línea, Lord Bingham consideraba –también de modo extra-judicial– que, al desarrollar la nueva función decisoria asignada por la HRA, los jueces deberían guardar el debido respeto hacia los poderes elegidos democráticamente: “Eso ciertamente ayudaría a disipar los miedos de quienes ven [en la HRA] una objetable usurpación de la autoridad democrática” (Bingham, 1998, pp. 269-270). Esta preocupación también se encuentra en el comentario de Lord Justice Keene, quien advierte de que la potencial “reacción hostil por parte de opinión pública en caso de que los tribunales se excedieran de su función constitucional” (Keene, 2007, p. 210) es una de las razones que puede llevar a los tribunales a adoptar la contención judicial. En todas las jurisdicciones es fácil encontrar ejemplos en los que se demuestra que los tribunales tienen en cuenta la reacción política a sus decisiones y que se preocupan de no ser acusados de aventurismo⁸². Estos factores influyen claramente en las decisiones judiciales. La pregunta es si este modo de actuar es legítimo o no.

En mi opinión, sería una irresponsabilidad que los jueces fallaran sin tener en cuenta las posibles consecuencias políticas y sociales de sus decisiones, incluyendo si la decisión puede acarrear el descrédito de toda la judicatura, o si puede desencadenar una reacción violenta en la sociedad, o si la sociedad está preparada o no para dicho cambio legal, o si puede resultar contraproducente el introducir la medida en un momento concreto, o si puede mover al gobierno o al legislativo a reducir el poder de los tribunales. Aunque los jueces tienen la obligación de hacer justicia en el caso particular, no es su única obligación. También deben asegurar que los tribunales son respetados por los otros poderes del estado y por el público en general. Del mismo modo que se preocupan por hacer justicia en el caso particular, también deben velar por mantener su capacidad para cumplir dicho rol en el largo plazo.

Esto no quiere decir que las razones relacionadas con la reputación siempre deban imponerse. Hay casos en que los tribunales deciden (adecuadamente) enfrentarse a las críticas de la opinión pública o ir más allá de lo aceptado por la sociedad para hacer justicia en el caso concreto, pese a las dudas (legítimas) sobre la factibilidad de implementar la decisión⁸³. Puede haber casos donde la injusticia tenga un carácter tan atroz que el tribunal crea que no hay otra opción, especialmente si no hay signos de reforma por parte de los otros poderes públicos (McLachlin, 2001, p. 319). Pero incluso adoptando esta posición intervencionista y “activista”, los jueces deben valorar el contexto político en el que operan. Ellos son el poder más débil y dependen de los otros poderes públicos para lograr el respeto y

⁸² Para algunos ejemplos de este fenómeno en el contexto norteamericano y canadiense, ver Tushnet (2003), pp. 829-30.

⁸³ En el contexto de Estados Unidos, *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954) es el ejemplo clásico. Sin embargo, la dificultad de implementación de Brown, que demoró varias décadas, muestra que las razones de tipo prudencial y moral a favor de posponer dichos cambios legislativos pueden tener una enorme fuerza; ver Marmor (2005), p. 162.

la ejecución de sus decisiones. A causa de esta situación de dependencia, su poder efectivo para desarrollar el derecho y hacer justicia en los casos individuales depende, en parte, de no alienarse respecto a los poderes legislativo y ejecutivo, asegurando así que sus sentencias son respetadas por el conjunto de la sociedad. Esta es una de las razones a favor de cierto grado de contención en el proceso judicial de toma de decisiones. Implica que las razones de carácter institucional pueden prevalecer a veces frente a las de carácter sustantivo en las decisiones sobre derecho público⁸⁴.

3.6. Cortesía, confrontación y sinceridad

Ya mencionamos arriba que, incluso en los casos en que los jueces se oponen al legislador y derogan una disposición legislativa, pueden no obstante presentar su decisión de un modo deferencial y contenido. En esta sección vamos a indagar si es legítimo que los jueces ejerzan la contención cuando presentan, expresan o justifican sus decisiones. Mucha gente se opone rotundamente a esta propuesta. Señalan que los jueces deberían ser tan transparentes y francos como sea posible respecto a todos los elementos que los han llevado a tomar su decisión. La sinceridad judicial es apreciada no sólo porque se considera que mejora la transparencia en el proceso de toma de decisiones, sino también porque es un modo de limitar el poder judicial, incrementando la probabilidad de que los jueces basen sus decisiones en razones legítimas (Shapiro, 1987, p. 737).

Mucho se podría decir acerca de estas afirmaciones. La apertura, la transparencia y la rendición de cuentas pública son obligaciones de todas las instituciones públicas, incluyendo los tribunales. Nadie quiere que las decisiones judiciales estén envueltas bajo un halo de misterio o subterfugios. Sin embargo, los jueces tienen a veces buenas razones para no ser completamente sinceros respecto a los fundamentos de una decisión. La honestidad absoluta, argumentaré, no es siempre la mejor política judicial. No sólo la contención judicial exige a los jueces que se limiten en cierto grado al tomar decisiones, también los exige que se contengan en la forma en que expresan o presentan la justificación de las mismas.

Dejemos a un lado, para defender este punto, la discusión acerca del razonamiento judicial y pensemos de manera más general en el valor de la contención en, por ejemplo, ámbitos como la amistad. En ocasiones, un amigo puede realizar una acción que nos parece moralmente incorrecta. En tal situación, podemos sentirnos inclinados a ser sinceros y directos respecto a la opinión que nos merece su actuación. No obstante, la absoluta franqueza no es siempre la reacción correcta. De hecho, a veces puede ser inútil y contraproducente. La sinceridad a veces no sólo no evita que los amigos sigan actuando inmoralmente, sino que contribuye a que persistan en la misma al tiempo que les enfada, pudiendo llegar a socavar dicha amistad. Todos esperamos que nuestros amigos nos apoyen, incluso en situaciones en las que no estamos haciendo lo correcto. Por tanto, el valor que sostiene la amistad, el apoyar y respetar a los amigos, justificará a veces cierto grado de contención y tolerancia, y no la sinceridad absoluta.

⁸⁴ Ver también Raz (1998b), p. 187. Fue David Dyzenhaus quien me indicó que es un error que los jueces se basen en argumentos sobre su reputación o prudencia porque hay casos (él mencionó *Hamdi v. Rumsfeld* 542 U.S. 507 (2004) como ejemplo) en los que deciden tener una actitud deferente para no irritar al ejecutivo, hasta que descubren que su estrategia de deferencia fue contraproducente o que supuso un obstáculo para la actuación judicial futura, debido a la creación de un mal precedente. Como respuesta, simplemente indicaría que, como ocurre con el “activismo” judicial, la contención judicial también tiene el riesgo de provocar un efecto indeseado o conllevar malas consecuencias políticas o legales. Sin embargo, esto no socava el argumento general en favor de la contención judicial –solamente muestra que la contención judicial debe ser ejercida con precaución y consciencia sobre las (potencialmente negativas) consecuencias futuras.

Hay ejemplos menos extremos del valor de la contención en las relaciones de amistad. Muchos amigos discrepan acerca de política, música, arte y mucho más. A veces, los desacuerdos claros y sinceros en tales materias no dañan en absoluto la relación de amistad. Sin embargo, no siempre es así. Hay situaciones en las que los amigos evitan discutir sobre política, ya que saben que podría generar acritud y discordia. En ocasiones, es aconsejable minimizar el grado de desacuerdo por miedo a ofender gratuitamente a un amigo. Hay situaciones donde la contención está justificada por razones de respeto al amigo y por un deseo de conservar la amistad.

Estos ejemplos sirven para subrayar algunas de las virtudes que la contención puede tener en el contexto judicial. En primer lugar, la contención no es una cuestión de todo o nada, que se aplicaría de forma generalizada. Más bien, se debería evaluar si la contención es aconsejable en el contexto concreto y, en caso de que lo fuera, en qué medida. En segundo lugar, está fundamentada en el valor del respeto. Como muestra de respeto hacia los otros, a veces se requiere que seamos educados y amables sobre las materias en las que no estamos de acuerdo. La absoluta franqueza, en cambio, puede conducir a la ofensa, al insulto y al resentimiento. No solamente debemos respetar a nuestros amigos, sino que tiene que existir la *apariencia* de que efectivamente eso es así⁸⁵.

Esto también es válido para las relaciones entre los tribunales y los poderes electivos del estado. La contención judicial es a veces una muestra de respeto por la mayor competencia, pericia y legitimidad democrática de los otros poderes (véase más en Kavanagh, 2008, p. 184). Naturalmente, respeto no significa que los tribunales deban estar de acuerdo con todo lo que hacen el legislativo y el ejecutivo. El desacuerdo y el respeto no son mutuamente excluyentes. No obstante, cuando se está en desacuerdo con el parlamento, los tribunales deben expresarlo de forma respetuosa, moderada y amable. Parte de su función como jueces es convencer al legislativo y al ejecutivo de que los tribunales son un socio constructivo a la hora de defender un gobierno equitativo en el marco de una democracia constitucional⁸⁶. Esta exigencia de cortesía para con los poderes de origen electo significa que los tribunales no deberían tomar decisiones que menosprecien o ridiculicen al parlamento, o que busquen deslegitimar la legislación o a las decisiones políticas que el parlamento o el ejecutivo hayan tomado. Por consiguiente, incluso si un juez considerara que el gobierno de turno está absolutamente equivocado en el desarrollo de un programa legislativo particular y que meramente se ha doblegado a las demandas de la prensa sensacionalista en un crudo intento de ganar votos antes de las elecciones, la sinceridad acerca de esta cuestión podría socavar el respeto que los jueces deben mostrar hacia los poderes electos del estado. Tal sinceridad puede distanciar al legislativo y al ejecutivo, de quienes dependen los tribunales a la hora de ejecutar sus decisiones; puede causar resentimiento y represalias por parte del poder político, y sobre todo puede ser totalmente contraproducente. En algunos casos, este hecho avala la moderación por encima de la crítica abierta.

Se puede objetar en este punto que la analogía entre los amigos, por un lado, y el parlamento y los tribunales, por otro, es engañosa debido a que el parlamento y los tribunales no tienen una relación de amistad ni nada que se le parezca⁸⁷. Hay quien cree que la relación entre el parlamento y los tribunales es más parecida a la de un siervo y su amo. Para otros, la relación se asemejaría más

⁸⁵ Sobre la significación moral de la educación o la cortesía como una forma de mostrar respeto, véase Calhoun (2000), p. 255; Buss (1999), p. 801.

⁸⁶ Endicott (2009), p. 1; ver también Dyzenhaus, (2006), donde el autor sostiene que el imperio de la ley se entiende mejor como un "proyecto compartido" entre todas las ramas del estado.

⁸⁷ Este argumento me fue indicado por Panu Minkkinen.

a una relación de enemistad más que de amistad. Para estos, el rol de los tribunales no es apoyar al parlamento, sino frenarle, oponerse a sus decisiones si son injustas, pedirle cuentas y obligarle a respetar los derechos aunque no quiera.

Para responder a esta objeción debo señalar lo siguiente. El principal objetivo de la analogía de la amistad era simplemente mostrar la verosimilitud que a primera vista tiene la afirmación de que la franqueza total e ilimitada no es siempre una virtud. Es un lugar común el señalar que la amistad verdadera exige de la honestidad de las partes en la relación. Pero sabemos que ese tópico no sirve para explicar las relaciones de amistad en toda su complejidad. A veces, la moderación es más apropiada. Usó la amistad como un mecanismo heurístico con el que mostrar que, aunque la creencia en la importancia de la sinceridad judicial se ha convertido en un lugar común, los hechos señalan que hay buenas razones en favor de la contención judicial.

Hay otro aspecto en la analogía de la amistad que, bajo mi punto de vista, confiere a la misma cierta verosimilitud a la hora de resaltar la dimensión inter-institucional del razonamiento judicial. Este se refiere a que mantener una amistad es una empresa común que debe durar en el tiempo. Ser amigo de alguien significa que, en alguna ocasión, uno se ha mordido la lengua en una situación concreta, a fin de no dañar la relación en el largo plazo. De igual modo, en las relaciones institucionales entre los tribunales y el legislativo, los tribunales deben tener en cuenta el largo plazo y las consecuencias de sus acciones, con el objetivo de ganarse el respeto y el apoyo del poder legislativo en dicho horizonte temporal⁸⁸.

Aun así, no negamos que la analogía de la amistad no puede ser llevada mucho más allá. No trato de sugerir los tribunales y el legislativo tengan una relación cómoda, con ambas partes compartiendo siempre la misma posición en cada asunto. Por el contrario, ambas instituciones tienen sus puntos fuertes y sus debilidades. Como parte en la empresa de asegurar un gobierno constitucional equitativo, los tribunales pueden verse exigidos a enfrentarse al órgano legislativo, oponerse a una decisión legislativa y a anularla si fuera necesario. En ocasiones el legislativo y el judicial pueden presionar en distinta dirección, por lo que el legislativo se sentirá constreñido por las decisiones judiciales. Como corresponsables en la empresa, los tribunales deben estar preparados (en el contexto adecuado) para mantenerse firmes.

4. Conclusiones

¿Cómo pueden asegurar los jueces que la legislación cumple con los derechos humanos sin renegar de su responsabilidad de permanecer dentro de los límites del papel constitucional que tienen asignado? No hay una respuesta fácil a este dilema. Pese a que es importante remarcar que los tribunales tienen el deber de defender los derechos en tiempos de crisis, no se debe olvidar que tienen limitaciones políticas e institucionales que pueden impedir la protección efectiva de los derechos en todos los casos. De acuerdo con la teoría de la autocontención que hemos expuesto en este trabajo, los jueces deberían evaluar las razones substantivas e institucionales, teniendo en cuenta tanto las exigencias derivadas del contenido de los derechos como las consideraciones institucionales pertinentes en el caso concreto. Esta teoría subraya las deficiencias de las aproximaciones que se limitan a examinar quién tiene la “última palabra” a la hora de comprender la compleja dinámica interinstitucional que tiene lugar en el marco de la HRA. En vez de pensar en términos absolutos sobre a qué poder del

⁸⁸ Para una discusión más detallada sobre la idea del derecho como una “empresa compartida” entre las diferentes instituciones del estado, ver Kyritsis (2008).

estado le correspondería “la última palabra” en el diálogo constitucional, la teoría de la autocontención se basa en una aproximación más amplia y realiza un análisis más profundo acerca de la naturaleza y la forma de las diferentes contribuciones realizadas por todos los poderes con el fin de proteger los derechos. Se trata de una visión más matizada, donde los tribunales y el legislador tienen una responsabilidad compartida a la hora de proteger derechos, cada cual en un rol diferente (aunque complementario). Así, en el Reino Unido, los tribunales pueden tener la última palabra sobre si un determinado derecho ha sido vulnerado en el caso particular al que se enfrenta, pero si se dicta una declaración de incompatibilidad, el parlamento será quien tenga la última palabra para decidir el modo en que se corrige dicha vulneración.

Este análisis tiene importantes consecuencias, tanto para el esfuerzo doctrinal de establecer una tipología dentro del derecho constitucional comparado como para los debates teóricos en torno a la justificación de la revisión judicial de constitucionalidad. Respecto a las tipologías de derecho comparado, recuérdese que cuando se comenzó a afirmar que las medidas de protección de derechos aprobadas en el Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda representaban un nuevo modelo de “constitucionalismo *commonwealth*” (Gardbaum, 2001), el único componente diferenciador era que parecía dar la “última palabra” sobre si y/o cómo proteger los derechos a los poderes electos del estado. Sin embargo, tras la experiencia acumulada con estos sistemas, lo cierto es que el legislador no ha usado sus poderes formales para revocar las decisiones judiciales en ningún grado significativo.

Si una de las virtudes características de la revisión judicial “débil” es que “se supone que impone un coste político para el gobierno, al llamar la atención sobre la posibilidad de que éste hubiera violado derechos constitucionales” (Tushnet, 2003, p. 834), entonces debemos afrontar el hecho de que el poder legislativo (al menos dentro de la cultura constitucional prevaleciente en los países de la *Commonwealth*) está normalmente poco inclinado a asumir dicho coste. Como ha observado Tushnet, “esos costes pueden ser suficientes para convertir una decisión que podría ser nominalmente inaplicada en una decisión final *de facto*” (id., p. 824), reduciendo así la distinción entre los sistemas de revisión judicial “débil” y “fuerte” a la mera posibilidad teórica de ejercer una potestad que nunca es puesta en práctica.

Aunque la distinción entre formas fuertes y débiles de revisión judicial nos impele a fijarnos principalmente en los canales formales para la resolución de desacuerdos entre los tribunales y los legisladores, la práctica constitucional real de estos países parece estar ocurriendo en un plano más informal, sustentada por una serie de doctrinas y recursos que facilitan diferentes formas de interacción y colaboración inter-institucional entre los tribunales y los poderes electos (Kavanagh, 2009; Hogg & Bushell, 1997; Dixon, 2012; Young, 2011). Como consecuencia, uno de los asuntos más importantes y vehementemente discutidos en la literatura académica del Reino Unido es hasta qué punto está justificado (si es que en todo caso lo está) que los jueces defieran en las decisiones ponderadas de las asambleas democráticas y, en su caso, en qué medida. Este tipo de autocontención judicial es simplemente una forma en la que los jueces pueden calibrar su respeto hacia la competencia institucional y legitimidad de los poderes electos del estado, facilitando así una división del trabajo entre ellos. La relevancia de las diferentes doctrinas de contención judicial nos advierte que nuestras tipologías deberían moverse más allá de los enunciados formales textuales sobre la fuerza o debilidad

de la revisión judicial, para reconocer y asumir la fuerza real de la práctica tal y como ésta se implementa y aplica por los jueces en sede judicial⁸⁹.

Por último, en relación con los debates teóricos sobre la justificación de la revisión judicial de constitucionalidad, debería reconocerse que la revisión “débil” no es, en contra de lo que muchos creyeron, la solución rápida al problema de legitimidad que acarrea la revisión judicial al estilo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Sin duda se creyó que una de las grandes virtudes de la revisión judicial “débil” era que solucionaba el problema de legitimidad reduciendo los poderes de los tribunales y dando a los legisladores la “última palabra” sobre si y/o cómo la legislación debe proteger los derechos. Considerada en su literalidad, la revisión judicial débil parecía resolver (o, al menos, mitigar) la tensión entre el autogobierno democrático y la revisión constitucional basada en derechos. Pero si los legisladores no desean, o al menos no afirman su poder para decir “la última palabra” en ningún grado significativo, entonces el problema de legitimidad sigue en gran medida pendiente. Este problema puede no ser insuperable, pero debe afrontarse directamente como parte del desafío justificatorio. La solución no viene necesariamente de una carta de derechos en el que se otorga al legislador la posibilidad de saltarse las decisiones judiciales; eso depende, en un sentido crucial, de cómo los tribunales y el legislador dividen la tarea constitucional entre ellos y de qué institución tiene en la práctica la última palabra.

5. Bibliografía

- ALLAN, T. R. S. (2006), “Human Rights and Judicial Review: A Critique of ‘Due Deference’”, *Cambridge Law Journal*, 65/3, pp. 671-95.
- AMOS, M. (2009), “Problems with the Human Rights Act and How to Remedy Them: Is a Bill of Rights the Answer?”, *Modern Law Review*, 72, pp. 883-908.
- BAMFORTH, N. (2007), “Same-Sex Partnerships: Some Comparative Constitutional Lessons”, *European Human Rights Law Review*, 1, pp. 47-65.
- BATES, E. (2014), “Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg”, *Human Rights Law Review*, 14, pp. 503-40.
- BATEUP, Ch. (2009), “Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak Form Bills of Rights”, *Hastings International Law & Comparative Law Rev.*, 32, pp. 529-600.
- BICKEL, A. (1962), *The Least Dangerous Branch*, YUP, New Haven.
- BINGHAM, T. (1998), “Incorporation of the ECHR: The Opportunity and the Challenge”, *Jersey Law Review*, 2, pp. 257-70.
- BINGHAM, T. (2010), “The Human Rights Act”, *European Human Rights Law Review*, 6, pp. 568-75.
- BUSS, S. (1999), “Appearing Respectful: The Moral Significance of Manners”, *Ethics*, 109, pp. 795-826.
- CALHOUN, Ch. (2000), “The Virtue of Civility”, *Philosophy & Public Affairs*, 29, pp. 251-75.
- CANE, P. (2000), “Consequences in Judicial Reasoning”. En: HORDER, J. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, OUP, Oxford, pp. 41-60.
- CAROLAN, E. (2011), “The relationship between Judicial Remedies and the Separation of Powers: Collaborative Constitutionalism and the Suspended Declaration of Invalidity”, *Irish Jurist*, 46, pp. 18-32.
- CAROLAN, E. (2016), ‘Dialogue isn’t working: The case for collaboration as a model of legislative-judicial relations’, *Legal Studies*, 36, pp. 209-29.
- CHANDRACHUD, Ch. (2014), “Reconfiguring the Discourse on Political Responses to

⁸⁹ La literatura sobre la deferencia judicial debida bajo la HRA es muy extensa. Para un resumen de las posiciones más relevantes en el debate académico, véase Allan, (2006); Kavanagh (2010c); King (2008).

- Declarations of Incompatibility”, Public Law, pp. 624-41.
- CHOUDHRY, S. (2013), “The Commonwealth Constitutional Model or Models?”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, pp. 1094-99.
- CHOUDHRY, S. y ROACH, K. (2003), “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies”, *Supreme Court Law Review*, 21, pp. 205-66.
- COLE, D. (2009), “The Same-Sex Future”, *New York Review of Books* (2 de julio), pp. 12-6.
- CRAWFORD, Ch. (2014), “Dialogue and Rights-Compatible Interpretations under Section 3 of the Human Rights Act 1998”, *King’s Law Journal*, 25, pp. 34-59.
- DALEY, J. (2000), “Defining Judicial Restraint”. En: CAMPBELL, T. y GOLDSWORTHY, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Ashgate, Aldershot, pp. 279-314.
- DAVIDOV, G. (2002), “The Paradox of Judicial Deference”, *New Zealand Law Journal*, 12/2, pp. 133-64.
- DAVIS, F. (2010), “The Human Rights Act and Juridification: Saving Democracy from Law”, *Politics*, 30/2, pp. 91-7.
- DAVIS, F. y MEAD, D. (2014), “Declarations of Incompatibility, Dialogue and the Criminal Law”, *Common Law World Review*, 43, pp. 62-84.
- DIXON, R. (2009), “A Minimalist Charter of Rights for Australia: The U.K. or Canada as a Model?”, *Federal Law Review*, 37, pp. 335-62.
- DWORKIN, R. (1984), “Rights as Trumps”. En: WALDRON, J. (ed.), *Theories of Rights*, OUP, Oxford, pp. 153-67.
- DWORKIN, R. (1998), “Darwin’s New Bulldog”, *Harvard Law Review*, 111, pp. 1718-38.
- DYZENHAUS, D. (2006), *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, CUP, Cambridge.
- ELLIOTT, M. (2002), “Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention”, *Legal Studies*, 22, pp. 340-75.
- ENDICOTT, T. (2003), “The Reason of the Law”, *American Journal of Jurisprudence*, 48, pp. 83-106.
- ENDICOTT, T. (2009), “*Habeas Corpus* and Guantanamo Bay: A View from Abroad”, *American Journal of Jurisprudence*, 54, pp. 1-40.
- ENOCH, D. (2009), “On Estlund’s Democratic Authority”, *Jerusalem Philosophy Quarterly*, 58, pp. 35-48.
- EWING, K.D. (1999), “The Human Rights Act and Parliamentary Democracy”, *Modern Law Review*, 62, pp. 79-99.
- FENWICK, H. (2007), *Civil liberties and human rights*, OUP, Oxford.
- FELDMAN, D. (1999), “The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles”, *Legal Studies*, 19, pp. 165-206.
- GARDBAUM, S. (2001), “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, 49, pp. 707-60.
- GARDBAUM, S. (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, CUP, Cambridge.
- GEARTY, C. (2002), “Reconciling Parliamentary Democracy and Human Rights”, *Law Quarterly Review*, 118, pp. 248-69.
- GRABER, M. (1993), “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”, *Studies in American Political Development*, 7, pp. 35-73.
- HICKMAN, T. (2005), “Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998”, *Public Law*, pp. 306-35.
- HICKMAN, T. (2010), *Public law after the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford.
- HIEBERT, J. L. (2006), “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, *Modern Law Review*, 69/1, pp. 7-28.
- HIEBERT, J. L. (2012), “Parliamentary Engagement with the Charter: Rethinking the Idea of Legislative Rights Review”, *Supreme Court Law Review*, 58, pp. 87-107.

- HIRSCHL, R. (2013), "How Consequential is the Commonwealth Constitutional Model?", *International Law Journal of Constitutional Law*, 11/4, pp. 1086-93.
- HOFFMANN, L. L. (1999), "Human Rights and the House of Lords", *Modern Law Review*, 62/2, pp. 159-66.
- HUNT, M. (2007), "Reshaping Constitutionalism". En: MORISON, J., McEVOY, K. y ANTHONY, G. (eds.), *Judges, Transition, and Human Rights*, OUP, Oxford, pp. 467-77.
- HUNT, M. (2010), "The Impact of the Human Rights Act on the Legislature: A Diminution of Democracy or a New Voice for Parliament?", *European Human Rights Law Review*, 6, pp. 601-8.
- IRVINE, D. (2003), *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System*, Hart Publishing, Oxford.
- JACONELLI, J. (1999), "Do Constitutional Conventions Bind?", *Cambridge Law Journal*, 64/1, pp. 149-76.
- JENNINGS, I. (1959), *The law and the Constitution* (5^a ed.), ULP, Londres.
- JOWELL, J. (2003), "Judicial Deference: Servility, Civility or Institutional Capacity?", *Public Law*, pp. 592-601.
- JOWELL, J. y COOPER, J. (2003), "Introduction". En: JOWELL, J. y COOPER, J. (eds.), *Delivering Rights: How the Human Rights Act is Working*, Hart Publishing, Oxford, pp. 1-4.
- KAHANA, T. (2002), "Understanding the Notwithstanding Mechanism", *University of Toronto Law Journal*, 52, pp. 221-74.
- KAVANAGH, A. (2004), "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24/2, pp. 259-85.
- KAVANAGH, A. (2005), "Unlocking the Human Rights Act: The 'Radical' Approach to Section 3(1) Revisited", *European Human Rights Law Review*, 3, pp. 260-76.
- KAVANAGH, A. (2008), "Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication", in HUSCROFT, G. (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, CUP, Cambridge, pp. 184-215.
- KAVANAGH, A. (2009), *Constitutional review under the UK Human Rights Act*, OUP, Oxford.
- KAVANAGH, A. (2010a), *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*, University of Toronto Law Journal, 60, pp. 23-40.
- KAVANAGH, A. (2010b), "Special Advocates, Control Orders and the Right to a Fair Trial", *Modern Law Review*, 73/5, pp. 836-57.
- KAVANAGH, A. (2010c), "Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory", *Law Quarterly Review*, 126, pp. 222-50.
- KAVANAGH, A. (2015a), "What's so weak about 'weak-form review'? The case of the UK Human Rights Act 1998", *International Journal of Constitutional Law*, 13/4, pp. 1008-39.
- KAVANAGH, A. (2015b), "The Joint Committee on Human Rights: A Hybrid Breed of Constitutional Watchdog". En: HUNT, M., HOOPER, H. J. y YOWELL, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, Oxford, pp. 115-40.
- KAVANAGH, A. (2015c), "A Hard Look at the Last Word", *Oxford Journal of Legal Studies*, 35/4, pp. 825-47.
- KAVANAGH, A. (2016), "The Lure and the Limits of Dialogue", *University of Toronto Law Journal*, 66, pp. 83-120.
- KEENE, D. (2007), "Principles of Deference under the Human Rights Act". En: FENWICK, H., PHILLIPSON, G. y MASTERMAN, R. (eds.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, CUP, Cambridge, pp. 206-12.
- KING, J. (2008), "Institutional Approaches to Judicial Restraint", *Oxford Journal Law Studies*, 28/3, pp. 409-41.
- KING, J. (2015), "Parliament's Role Following Declarations of Incompatibility under the

- Human Rights Act". En: HUNT, M., HOOPER H. J. y YOWELL, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart, Oxford, pp. 165-92.
- KIRK, J. (2001), "Rights, Review and Reasons for Restraint", *Sydney Law Review*, 23/1, pp. 19-52.
- KLUG, F. (2003), "Judicial Deference under the Human Rights Act 1998", *European Human Rights Law Review*, pp. 125-33.
- KLUG, F. (2007), "A Bill of Rights—Do We Need One or Do We Already Have One?", *Public Law*, pp. 701-19.
- KYRITSIS, D. (2008), "What Is Good about Legal Conventionalism?", *Legal Theory*, 14/2, pp. 135-66.
- KYRITSIS, D. (2017), *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*, OUP, Oxford.
- LECKEY, R. (2015), *Bills of rights in the Common law*, CUP, Cambridge.
- LESTER, A. (1998), "The Art of the Possible—Interpreting Statutes under the Human Rights Act", *European Human Rights Law Review*, pp. 665-80.
- LESTER, A. (2002), "The Magnetism of the Human Rights Act 1998", *Victoria University Wellington Law Review*, 33, pp. 477-505.
- MACDONALD, L. (2004), "Rights, 'Dialogue' and Democratic Objections to Judicial Review", *Federal Law Review*, pp. 32, 1-28.
- MCLACHLIN, B. (2001), "The Supreme Court and the Public Interest", *Saskatchewan Law Review*, 64, pp. 309-21.
- MACKLEM, T. (2006), "Entrenching Bills of Rights", *Oxford Journal Legal Studies*, 26/1, pp. 107-29.
- MARMOR, A. (2005), *Interpretation and Legal Theory* (2^a ed.), Hart Publ., Oxford.
- MASHAW, G. (1997), *Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, YUP, Yale.
- MURRAY, C. (2013a), "A Perfect Storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement", *Parliamentary Affairs*, 66/3, pp. 511-39.
- MURRAY, C. (2013b), "The Continuation of Politics, by Other Means: Judicial Dialogue under the Human Rights Act 1998". En: MASTERMAN, R. y LEIGH, I. (eds.), *The United Kingdom's Statutory Bill of Rights. Constitutional and Comparative Perspectives*, OUP/British Academy, Oxford, pp. 51-80.
- NICOL, D. (2004), "The Human Rights Act and the Politicians", *Legal Studies*, 24, pp. 451-79.
- NICOL, D. (2006), "Law and Politics after the Human Rights Act", *Public Law*, 4, pp. 722-51.
- PERRY, M. J. (2003), "Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?", *Wake Forest Law Review*, 38, pp. 635-96.
- PHILLIPS, N. (2010), "The Art of the Possible: Statutory Interpretation and Human Rights", The First Lord Alexander of Weedon Lecture. Disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.supremecourt.uk/docs/speech_100419.pdf (fecha de consulta: 25 de Julio de 2017).
- PHILLIPSON, G. (2007), "Deference, Discretion, and Democracy in the Human Rights Act Era", *Current Legal Problems*, 60/1, pp. 40-78.
- POSNER, R. (1996), *The Federal Courts*, HUP, Cambridge, Mass.
- RAZ, J. (1979), *The Authority of Law*, OUP, Oxford.
- RAZ, J. (1986), *The Morality of Freedom*, OUP, Oxford.
- RAZ, J. (1992), "Rights and Individual Well-Being", *Ratio Juris*, 5/2, pp. 127-42.
- RAZ, J. (1998a), "Disagreement in Politics", *American Journal of Jurisprudence*, 43, pp. 25-52.
- RAZ, J. (1998b), "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries". En: ALEXANDER, L. (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, CUP, Cambridge, pp. 152-93.
- RAZ, J. (1999), *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, OUP, Oxford.

- ROACH, K. (2004), "Dialogic Review and Its Critics", *Supreme Court Law Review*, 23/2, pp. 49-104.
- SADURSKI, W. (2009), "Rights and Moral Reasoning: An Unstated Assumption - A Comment on Jeremy Waldron's "Judges as Moral Reasoners"", *International Journal of Constitutional Law*, 7, pp. 25-45.
- SALES, P. & EKINS, R. (2011) "Rights-Consistent Interpretation and the Human Rights Act 1998", *Law Quarterly Review*, 127, pp. 217-38.
- SATHANAPALLY, A. (2012), *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*, OUP, Oxford.
- SCALIA, A. (1989) "Judicial Deference to Administrative Interpretations of the Law", *Duke Law Journal*, 3, pp. 511-21.
- SCHAEFFER, A. (2005), "Linking *Marleasing* and s.3(1) of the Human Rights Act 1998", *Judicial Review*, 10/1, pp. 72-7.
- SCHAUER, F. (1995), "Ashwander Revisited", *Supreme Court Review*, pp. 71-98.
- SHAPIRO, D. L. (1987), 'In Defence of Judicial Candour', *Harvard Law Review*, 100, pp. 731-50.
- SUNSTEIN, C. (2006), "Second-Order Perfectionism", *Fordham Law Review*, 75/6, pp. 2867-83.
- SUNSTEIN, C. (2007), "If People would be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?", *Stanford Law Review*, 60/1, pp. 155-212.
- TUSHNET, M. (2003), "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries", *Wake Forest Law Review*, 38, pp. 813-38.
- TUSHNET, M. (2006), "Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 41, pp. 1-22.
- TUSHNET, M. (2008), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, PUP, Princeton.
- VAN ZYL SMIT, J. (2011), "Statute Law: Interpretation and Declarations", in D. Hoffman (ed.) *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, CUP, Cambridge, pp. 66-90.
- VERMEULE, A. (2012), "The Atrophy of Constitutional Powers", *Oxford Journal Legal Studies*, 32/3, pp. 421-44.
- WALDRON, J. (2005), "Compared to What? Judicial Activism and New Zealand's Parliament", *New Zealand Law Journal*, pp. 441-45.
- WALDRON, J. (2009), "Judges as Moral Reasoners", *International Journal of Constitutional Law*, 7/1, pp. 2-24.
- WALL, S. (2007), "Democracy and Restraint", *Law & Philosophy*, 26, pp. 307-42.
- WINTEMUTE, R. (2006), "The Human Rights Act's First Five Years: Too Strong, Too Weak or Just Right?", *King's Law Journal*, 17, pp. 209-27.
- WOOLF, H. (2001), "Are the Courts Excessively Deferential to the Medical Profession?", *Medical Law Review*, 9, 1-16.
- WOOLF, H. (2003), "Current Challenges in Judging" (Fifth Worldwide Common Law Judiciary Conference, Sydney, Australia). Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.judiciary.gov.uk/publications_media/speeches/pre_2004/lcjl00403.htm (fecha de consulta: 25 de Julio de 2017).
- YOUNG, A. L. (2009), *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford.
- YOUNG, A. L. (2011), "Is Dialogue Working under the Human Rights Act 1998?", *Public Law*, pp. 773-800.

La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español¹

The international legal obligation to fight against corruption and its compliance within the Spanish State

Oscar Capdeferro Villagrasa²

Universidad de Barcelona

ocapdeferro@ub.edu

Recibido / received: 21/04/2017

Aceptado / accepted: 18/07/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3807>

Resumen

A la luz del ordenamiento jurídico internacional, puede entenderse que se ha generado para los Estados la obligación de luchar contra la corrupción, ya que se han aprobado una serie de tratados que, a pesar de la distinta naturaleza de sus cláusulas, contienen claras obligaciones al respecto. En el presente estudio se analizan los principales instrumentos internacionales ratificados por el Estado español que, a consecuencia de su integración en el Derecho interno ex art. 96.1 CE, han generado la obligación de establecer medidas tanto para prevenir como para castigar la corrupción. El análisis formal de los instrumentos internacionales así como de sus mecanismos de evaluación de la aplicación permite identificar los perfiles de las obligaciones asumidas y el grado de cumplimiento observado, de lo que pueden extraerse orientaciones para futuras reformas del ordenamiento interno.

Palabras clave

Corrupción pública, buena administración, Derecho internacional, prevención, sanción.

¹ El presente trabajo se enmarca en las actividades llevadas a cabo en el proyecto de investigación DER2014-57391-C2-1-R, "Regeneración democrática, buena administración e integridad pública: el papel del derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas", IP: Juli Ponce Solé. Además de a los miembros y colaboradores de dicho proyecto, el autor quiere agradecer a los/as autores/as de las evaluaciones ciegas sus sugerentes comentarios y observaciones, que han servido para enriquecer el presente trabajo y, también, para apuntar nuevas líneas de investigación para futuros trabajos en torno al tema aquí tratado.

² Investigador Posdoctoral (Programa Universidad de Barcelona-Obra Social de la Fundación Bancaria «La Caixa»), área de Derecho administrativo. Instituto de Investigación TransJus.

Abstract

In the light of the International law, to fight against corruption can be understood as compulsory for the States, since some treaties containing specific obligations in this regard have been adopted. In this article, the main international treaties ratified by Spain imposing – through their incorporation in the domestic law ex art. 96.1 SC– the adoption of preventive and sanctioning measures are analysed. The formal analysis of the international instruments and their implementation mechanisms allows us to identify the characteristics of the assumed obligations and the observed implementation degree in Spain, what could be used to guide future legal reforms.

Keywords

Public Corruption, Good Administration, International Law, Prevention, Sanction.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2.1. La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC): estructura y contenido. 2.2. El mecanismo de examen de la aplicación de la CNUCC. 3. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. 4. El Consejo de Europa. 4.1. El Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y su protocolo adicional. 4.2. El Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999. 4.3. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) y sus rondas de evaluación. 5. La Unión Europea. 5.1. El Informe de lucha contra la corrupción de la UE (*EU Anti-corruption report*). 5.2. La participación de la UE en instrumentos e iniciativas internacionales contra la corrupción. 6. Conclusiones: hacia un mejor cumplimiento de la obligación internacional de luchar contra la corrupción. 7. Bibliografía.

1. Introducción

La corrupción³ supone uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico⁴, político y social sostenible para economías desarrolladas, emergentes o en desarrollo. La corrupción incrementa el coste de las transacciones en los mercados, desincentiva la inversión nacional y extranjera en el país⁵ y tiene efectos

³ Sobre la dificultad para precisar la definición del término, y las extensas discusiones doctrinales que ello ha provocado, vid., entre otros, VILLORIA y JIMÉNEZ (2012, pp. 13-47), JAIN (2001, pp. 71-121) y COCCIOLO (2008, pp. 17-51). El mismo término también ha generado discusiones en el marco de la elaboración de instrumentos internacionales contra la corrupción, y no todos los instrumentos que abordan el problema lo definen y, en caso de hacerlo, no es nunca en los mismos términos, vid. HENNING (2001, pp. 793-865).

⁴ A pesar de que algunos estudios inicialmente teorizaron los beneficios de la corrupción para el desarrollo económico entendiendo que la misma podría agilizar sistemas ineficientes (LEFF, 1964, pp. 8-14, o HUNTINGTON, 1968) con posterioridad se ha comprobado que sus efectos sobre el mismo son, en términos generales, perjudiciales (por todos, vid. MAURO, 1995, pp. 681-712).

⁵ La Corte dei Conti italiana ha estimado que el descenso de cada punto en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional provoca un descenso del 16% de la inversión extranjera (Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione della pubblica amministrazione 2013, *La corruzione. Per una politica di prevenzione*, Governo Italiano, p. 19).

perniciosos en su productividad. La presencia de corrupción lleva a que la inversión de recursos no se haga en aquellos sectores o programas más beneficiosos para la colectividad sino que tiendan a desviarse hacia los que ofrecen mayores perspectivas de enriquecimiento personal de los políticos que adoptan las decisiones, como los proyectos de construcción de grandes infraestructuras o programas militares, en detrimento de sectores como la educación o la sanidad. Además, la calidad de las prestaciones de servicios públicos o la realización de obras públicas tiende a empeorar en términos cualitativos, ya que los mismos son asignados no al mejor cualificado para llevarlos a cabo sino a quien ofreció el mayor soborno. Los fondos públicos, por su parte, son malversados o desviados de su destinación legítima para el enriquecimiento particular. Y finalmente, entre otras consecuencias, también se ha mencionado que la corrupción perpetúa la pobreza, ya que se ha constatado un efecto negativo en el crecimiento de las rentas del 20% de las personas más pobres de un país (OCDE, 2014, pp. 2-4)⁶. Adicionalmente, dificulta el respeto, cuando no supone directamente una violación, de los derechos humanos⁷; erosiona la confianza en el gobierno y la legitimidad de las instituciones políticas (Villoria, 2013, pp. 159-167)⁸, e incluso llegaría a favorecer entre la ciudadanía una mayor aceptación de comportamientos antijurídicos (Villoria, Van Ryzin y Lavena, 2012, pp. 85-94).

A la vista de las graves consecuencias que produce, especialmente graves en un contexto global de crisis económica en que la menguada capacidad económica de los entes públicos provoca significativos recortes en los derechos sociales y en el bienestar de las personas⁹, no resulta extraño que dicho fenómeno se cuente entre los que más preocupan a la ciudadanía¹⁰.

Para reducir esas nocivas prácticas en una sociedad desde hace ya décadas consolidadamente globalizada, se ha promovido, desde distintos foros internacionales, la asunción de firmes obligaciones por parte de los distintos Estados de la sociedad internacional, a efectos de unificar en lo posible el rechazo global a este fenómeno, así como el compromiso global de combatirlo¹¹. Esa preocupación

⁶ Accessible en www.cleangovbiz.com (fecha de consulta: 20 de abril de 2017).

⁷ MARTINÓN QUINTERO (2016, pp. 8-33), KUMAR (2005, pp. 416-419), BACIO TERRACINO (2010, pp. 243-246) y KAUFMANN (2004), conferencia consultable en: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/humanrights.pdf> (fecha de consulta: 20 de abril de 2017), y BOERSMA (2012, pp. 2-7).

⁸ Con un enfoque sobre el impacto de la corrupción en la democracia, vid. LAGUNES (2012, pp. 802-826).

⁹ Resulta de interés la vinculación entre recortes de derechos sociales y detracciones ilícitas de fondos públicos que se puede leer en el Auto AP de Barcelona (secc. 2ª) de 1 de marzo de 2013, rec. núm. 14/2013, ponente D. Javier Arzúa Arrugaeta, RJ 6º (resolución comentada en CAPDEFERRO VILLAGRASA, 2013, pp. 891-918). Otras sentencias, en otros Estados, hacen vinculaciones similares entre servicios o derechos sociales y corrupción, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú de 5 de octubre de 2004 (exp. N° 2016-2004-AA/TC), que afirma que «[l]a realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda» (F. 35º).

¹⁰ Algunos instrumentos de opinión ciudadana así lo ponen de manifiesto, como por ejemplo los eurobarómetros especiales sobre corrupción que elabora la Comisión Europea o, en ámbito interno, los barómetros mensuales del CIS o los barómetros sobre corrupción que publica cada dos años la Oficina Antifraude de Cataluña.

¹¹ A efectos de hacer notar la disparidad en el nivel de tolerancia de la corrupción en distintos Estados, según expone Alejandro POSADAS, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América informó de que el conjunto de las empresas norteamericanas había perdido, a favor de sus competidoras europeas, cerca de 10.000 millones de dólares en contratos públicos entre 1993 y 1996 por culpa de los distintos estándares nacionales en la lucha contra la corrupción. Recuerda el citado autor que, en este punto, conviene recordar que en países como Alemania no solo no era previsible una severa sanción por mantener prácticas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales sino que incluso era posible la deducción fiscal de los gastos soportados en el extranjero en concepto de soborno (POSADAS, 2000, pp. 345-414).

de la sociedad internacional se ha plasmado en instrumentos jurídicos que, en efecto, a la postre han terminado por generar, cada vez de forma más precisa e ineludible, un marco en el que se incluyen auténticas obligaciones para los Estados de prevenir y castigar la corrupción (De Benedetto, 2015, pp. 479-501), pues los tratados aprobados, a pesar de la distinta naturaleza de sus cláusulas, contienen obligaciones relativas a la lucha contra la corrupción que han sido asumidas por los Estados que los han ratificado. Es por ello, justamente, que puede hablarse de una obligación para los Estados de luchar contra la corrupción, previniéndola en lo posible y sancionándola en lo descubierto (Bacio Terracino, 2012).

La finalidad del presente artículo es, precisamente, estudiar cómo se concreta la obligación asumida en el plano internacional por parte del Estado español, dando cuenta de su grado de cumplimiento. En consecuencia, el análisis no se circunscribe únicamente a los tratados internacionales ratificados por el Estado español sino que, aprovechando que el Derecho internacional anticorrupción no solo se limita a ofrecer unas reglas a las que adaptar la legislación nacional, sino que además ha proporcionado sistemas de evaluación constante sobre el grado formal de cumplimiento y sobre la efectividad práctica de los sistemas nacionales, entendemos que el análisis debe considerar también los mecanismos internacionales de evaluación y examen de los ordenamientos nacionales, particularmente en sus pronunciamientos respecto del ordenamiento español.

Aunque en el plano internacional ha sido elaborado un significativo número de tratados en materia de lucha contra la corrupción, tanto por parte de organizaciones internacionales universales (como la Organización de las Naciones Unidas y su convención contra la corrupción de 2003) como regionales (como la Organización de los Estados Americanos, que adoptó la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996¹²), e incluso se han adoptado también múltiples iniciativas internacionales desde foros no gubernamentales¹³, en los apartados que siguen dedicaremos atención únicamente a aquellos que tienen un impacto directo en el ordenamiento jurídico español. En consecuencia, dejaremos de lado cualquier análisis relativo a instrumentos internacionales no aplicables en España, así como las iniciativas de organizaciones no gubernamentales, para centrarnos en los instrumentos en materia de lucha contra la corrupción de Naciones Unidas (apartado 1), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (apartado 2), el Consejo de Europa (apartado 3) y la Unión Europea (apartado 4). Por último, el estudio se cierra con unas conclusiones extraídas del análisis del Derecho internacional anticorrupción y su adecuación en el Estado español, con indicaciones que acaso pudieran orientar en el futuro su reforma.

2. La Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Aunque la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, primer y hasta la fecha único tratado elaborado por la ONU específicamente sobre esta materia, sea del año 2003, lo cierto es que esta organización internacional ha venido mostrando una constante preocupación respecto de los delitos relacionados con la corrupción desde la década de 1970.

¹² Sobre el análisis de este instrumento, resultan de interés BENITO SÁNCHEZ (2012, pp. 63-72), GONZÁLEZ PÉREZ (2014, pp. 65 y ss.) y HENNING (2001, pp. 806-815). Sobre el proceso que condujo a su aprobación, también vid. POSADAS (cit., pp. 382-383).

¹³ Merecen especial atención Transparencia Internacional y su proyecto sobre sistemas nacionales de integridad. Los resultados de este análisis aplicado a las instituciones españolas se puede consultar en VILLORIA y BEKE (2012).

En el marco del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Kyoto en 1970, se constató con preocupación el aumento de nuevas formas de delincuencia a nivel mundial, como el soborno y otras prácticas de corrupción, que fueron consideradas como obstáculos para el progreso y el desarrollo económico. Esa constatación quedó plasmada en la declaración que adoptó el Congreso por unanimidad, en la que se manifiesta que, además de los delitos tradicionales, también habían proliferado peligrosamente «formas más sutiles y complejas del delito y la corrupción organizados»¹⁴. Aunque tras esa fecha los debates y estudios sobre los delitos de corrupción fueron una constante en los Congresos de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente¹⁵, no fue hasta la segunda mitad de la década de 1990 cuando, de forma decidida y clara, se apostó por elaborar un instrumento internacional específico contra la corrupción.

La Reunión del Grupo de Expertos sobre Corrupción, celebrada en Buenos Aires del 17 al 21 de marzo de 1997, alentada por iniciativas regionales exitosas como la Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996 adoptada por la Organización de los Estados Americanos¹⁶, propuso que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de Naciones Unidas elaborara una convención internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, lo que a su juicio constituiría el instrumento más apropiado para abordar ese problemático fenómeno. Posteriormente, el Consejo Económico y Social, en su resolución 1998/16, decidió convocar una reunión de expertos de los gobiernos para estudiar una estrategia internacional adecuada contra la corrupción, incluido el producto dimanante de ese delito, en cuyo cumplimiento se convocó la Reunión de Expertos sobre la Corrupción y sus Circuitos Financieros en París del 30 de marzo al 1 de abril de 1999. Esos expertos recomendaron a los Estados miembros de Naciones Unidas estudiar la elaboración de un instrumento universal sobre la materia.

Esas propuestas de los expertos, que recomendaban la elaboración de un instrumento específico contra la corrupción, fueron aceptadas y ya en el año 2000 se iniciaron los debates sobre un nuevo instrumento internacional contra la corrupción¹⁷, que culminaron, tras la pertinente negociación, en la adopción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003 (en adelante, CNUCC).

2.1. La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC): estructura y contenido

¹⁴ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales) (1972), *Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Kyoto (Japón), 17 a 26 de agosto de 1970: informe preparado por la Secretaría, A/CONF.43/5*, ONU, Nueva York, pág. iii.

¹⁵ UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) (2012), *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, pp. xii-xxiv.

¹⁶ ONU Consejo Económico y Social – Comisión de Prevención del delito y Justicia Penal), *Promoción y mantenimiento del imperio de la ley y la buena gestión de los asuntos públicos. Medidas contra la corrupción y el soborno*, E/CN.15/1997/3/Add.1, ONU, 8 de abril de 1997, párrs. 25 y 55.

¹⁷ Si bien antes, en 1999, se había acordado introducir una disposición relativa a la corrupción en el sector público en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la medida en que la corrupción de funcionarios públicos había sido ya constatada como una práctica recurrente de los grupos criminales organizados; vid. art. 8 Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Este tratado internacional (CNUCC) contiene medidas preventivas y represivas para combatir la corrupción, entendida como tal tanto la corrupción pública como la privada. La CNUCC no contiene una definición objetiva de la corrupción pues, en lugar de optar por la definición, opta por la descripción, listando una serie de conductas que hay que considerar en todo caso como manifestaciones de la corrupción¹⁸.

En cuanto a su fuerza vinculante, conviene señalar que el tratamiento de sus disposiciones no es uniforme. En general, podemos decir que existen tres tipos distintos de disposiciones en la CNUCC: las que imponen la obligación de legislar un aspecto concreto con un contenido mínimo, las que imponen la obligación de estudiar la posibilidad de legislar en una determinada materia pero sin la obligación de terminar necesariamente legislando sobre la misma, y las que no imponen obligación de ningún tipo y podrían considerarse meras recomendaciones¹⁹.

Formalmente se estructura en 8 capítulos, que se refieren, respectivamente, a: disposiciones generales, medidas preventivas, penalización y aplicación de la ley, cooperación internacional, recuperación de activos, asistencia técnica e intercambio de información, mecanismos de aplicación y disposiciones finales.

Las disposiciones generales contenidas en el capítulo I (arts. 1-4) contienen la finalidad de la convención (principalmente, promover y reforzar las medidas para prevenir y castigar la corrupción de forma eficaz, art. 1); define los términos relevantes utilizados en la convención, excepto el propio término “corrupción”, que a pesar de emplearse repetidas veces no aparece definido (art. 2); delimita el ámbito de aplicación de la CNUCC (art. 3) y garantiza la integridad territorial de los Estados, de tal modo que cada Estado parte cumplirá con las obligaciones derivadas de la

¹⁸ En el marco de la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, el Vicepresidente del Comité Especial encargado del capítulo que incluye las definiciones de los términos relevantes en la Convención creó *ex professo* un grupo de trabajo oficioso para llegar a un acuerdo sobre la definición de corrupción. Este grupo finalmente acabó determinando que lo mejor era prescindir de una definición genérica, la cual dividía y enfrentaba a los Estados participantes, para poner el énfasis en la tipificación de conductas que se debían considerar corruptas. Tal y como se lee en los trabajos preparatorios de la Convención de Naciones Unidas: «En el sexto período de sesiones del Comité Especial, el Vicepresidente encargado de este capítulo del proyecto de convención pidió al representante del Pakistán que coordinara la labor de un grupo de trabajo oficioso con el objeto de redactar una nota para los *travaux préparatoires* sobre el concepto de “corrupción”. Los resultados de las deliberaciones de ese grupo de trabajo figuran en el documento A/AC.261/L.248. Se aclaró que el grupo de trabajo oficioso había suspendido su debate acerca de las definiciones del término “corrupción” después de que se reconociera que ese debate estaba relacionado con ciertas cuestiones básicas que planteaban una marcada división que el grupo no estaba facultado para abordar. El Presidente (Pakistán) propuso el siguiente proyecto de nota para los *travaux préparatoires* relativa a la definición del término “corrupción” como base de ulteriores consultas: “El término “corrupción” se utiliza en la presente Convención para referirse a los actos penalizados en el capítulo III y a los actos que los Estados Parte puedan penalizar o ya hayan penalizado» (UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cit.*, p. 52).

¹⁹ Para identificar a qué grupo corresponde cada disposición es necesario atender a su literalidad. Así señala la distinción la guía legislativa de la propia CNUCC: «[s]iempre que se emplee la expresión “cada Estado parte adoptará” se hace referencia a una disposición obligatoria. De lo contrario, las expresiones que se utilizan en la Guía son “considerarán la posibilidad de adoptar” o “procurarán”, lo que significa que se insta a los Estados a que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y a que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico. Para las disposiciones que son totalmente facultativas se emplea la expresión “podrán adoptar”» (UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción* (2012), p. 4). Dicha guía ordena las disposiciones de cada sección en función de su naturaleza, obligatoria o facultativa, y, en este último caso, las separa también entre facultativas con “obligación de considerar su cumplimiento” y facultativas “que los Estados parte tal vez deseen aplicar”.

CNUCC sin intervenir en los asuntos internos de otros Estados, ni ejercer en territorio de otros Estados «jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades» (art. 4).

El capítulo II, que contiene los arts. 5-14, se dedica a las medidas preventivas. Algunas de sus cláusulas son imperativas²⁰ mientras otras, que son la mayoría, no imponen ninguna obligación directamente exigible para los Estados²¹. En primer lugar, la CNUCC exige que los Estados formulen y apliquen (o mantengan) políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción (art. 5.1), y recomienda establecer y fomentar medidas eficaces sometidas a evaluación periódica (art. 5, aps. 2 y 3). A continuación regula el órgano u órganos anticorrupción, que deben existir en todo caso, y que deben gozar de la independencia necesaria para desempeñar sus funciones sin influencias indebidas, así como contar con los recursos personales y materiales necesarios para llevar a cabo sus funciones (art. 6). También regula aspectos para prevenir la corrupción en el sector público mediante la mejora de los sistemas de convocatoria, contratación, promoción y jubilación de empleados públicos y prescribe considerar la posibilidad de adoptar medidas destinadas a establecer criterios para la candidatura y elección de los cargos públicos electos, así como respecto de la financiación de sus candidaturas y de los partidos políticos (art. 7). El siguiente artículo encabezado con la rúbrica «Códigos de conducta para funcionarios públicos» establece que los Estados parte deberían procurar la aplicación de códigos o normas de conducta que garanticen el correcto ejercicio de las funciones públicas, establecer medidas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien actos de corrupción de los que tengan conocimiento, establecer medidas para exigir que los funcionarios hagan declaraciones de actividades, bienes y derechos y regalos u otros beneficios que pudieran dar lugar a una situación de conflicto de intereses, y establecer medidas disciplinarias ante la transgresión de los códigos o normas de conducta que en su caso se establezcan (art. 8). El art. 9 establece los aspectos que deben desarrollarse para conseguir sistemas de contratación pública apropiados para prevenir la corrupción, así como para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Por su parte, el art. 10 regula la transparencia en la Administración pública, cuestión siempre relevante en materia de prevención de la corrupción, y establece que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para aumentarla. Otras cuestiones son abordadas por los restantes artículos, como las medidas para reforzar la integridad y evitar la corrupción entre los jueces y fiscales mediante normas o códigos de conducta para el poder judicial (art. 11), la adopción de medidas eficaces para prevenir la corrupción en el sector privado (art. 12), la adopción de medidas para el fomento de la participación activa de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción (art. 13) y la adopción de medidas destinadas a la prevención del blanqueo de capitales (art. 14).

El capítulo III (arts. 15-42) se refiere a la represión de la corrupción. En primer lugar, dedica varios artículos a la tipificación como delito, por parte de los Estados, de una serie de conductas que se consideran manifestaciones y prácticas de corrupción. En unos casos, esa tipificación es obligatoria para los Estados parte

²⁰ P. ej. el art. 6 CNUCC prescribe que cada Estado parte «garantizará» la existencia de un órgano encargado de prevenir la corrupción, al que le «otorgará» la independencia necesaria para llevar a cabo sus funciones eficazmente y sin influencias indebidas. Respecto de esta obligación, vid. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, cit., pp. 20-21.

²¹ P. ej., de acuerdo con el art. 5.3 CNUCC, cada Estado parte «procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción».

(arts. 15, 16.1, 17, 23 y 25), mientras otras conductas están establecidas en la convención como delitos de tipificación facultativa (arts. 16.2, 18, 19, 20, 21, 22 y 24)²². Esas conductas son, respecto del sector público, el soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15), extranjeros y de organizaciones internacionales públicas (art. 16); la malversación, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario (art. 17); el tráfico de influencias (art. 18); el abuso de funciones o del cargo²³ (art. 19); el enriquecimiento ilícito (art. 20); y respecto del sector privado, el soborno (art. 20) y la malversación de bienes (art. 21). Otros delitos asociados a la corrupción regulados son el blanqueo del producto de los delitos de corrupción (art. 23), el encubrimiento o la retención continua de bienes producto de los delitos de corrupción (art. 24) y la obstrucción de la justicia en relación con los delitos de corrupción (art. 25). Asimismo regula otros aspectos del ámbito represivo, como la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción (art. 26), la responsabilidad por cualquier forma de participación en la comisión de delitos de corrupción (sea también como cómplice, colaborador o instigador) o en su tentativa (art. 27), criterios de juicio para inferir la intencionalidad de los autores (art. 28), la prescripción (art. 29), la proporcionalidad de las sanciones y las garantías del proceso (art. 30), el embargo preventivo, incautación y decomiso del producto de los delitos de corrupción o de los bienes utilizados en los delitos de corrupción (art. 31), la protección de testigos, peritos y víctimas contra eventuales actos de represalia o intimidación por prestar testimonio sobre delitos de corrupción (art. 32), o la protección de los denunciantes de hechos relacionados con delitos de corrupción (art. 33), garantizar que los sujetos perjudicados puedan obtener una indemnización (art. 35), garantizar que existan órganos y personas especializadas para la aplicación coercitiva de la ley (art. 36) y que se adopten medidas para alentar la cooperación ciudadana con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (art. 37), la cooperación entre organismos nacionales (art. 38), la cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado en cuestiones relativas a la comisión de delitos de corrupción (art. 39), y mecanismos para garantizar que el secreto bancario no obstaculice las investigaciones penales en la materia (art. 40).

Adicionalmente, en este mismo capítulo se establece la obligación para los Estados parte de eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, como por ejemplo la revocación de una concesión que haya sido resultado de un acto de corrupción (art. 34), y también regula cuestiones referidas a antecedentes penales y de jurisdicción respecto de delitos de corrupción (arts. 41 y 42).

El capítulo IV se refiere a cuestiones de cooperación internacional, y regula aspectos de cooperación entre Estados parte respecto de la prestación de asistencia en las investigaciones y procedimientos relacionados con la corrupción (art. 43), la extradición (art. 44), el traslado de personas condenadas a cumplir una pena (art. 45), la asistencia judicial recíproca (art. 46), la remisión de actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito de corrupción (art. 47), la cooperación en materia de cumplimiento de la ley (art. 48), los acuerdos para la realización de investigaciones conjuntas en uno o más Estados parte (art. 49) y las técnicas especiales de investigación, como por ejemplo la vigilancia electrónica o las operaciones encubiertas (art. 50).

²² Vid. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, cit., pp. 61-92.

²³ Entendido, de acuerdo con el mismo art. 19 CNUCC, como la «realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido».

Por su parte, el capítulo V está dedicado a la recuperación de activos, tanto mediante actuaciones internas como mediante técnicas de cooperación internacional (arts. 51-59).

El capítulo VI comprende tres preceptos referidos a cuestiones de asistencia técnica en materia anticorrupción, y al intercambio de información sobre las mejores prácticas para prevenir y combatir la corrupción (arts. 60-62). Con la finalidad de mejorar la capacidad de los Estados parte (y la cooperación entre ellos) para alcanzar los objetivos contemplados en la CNUCC y promover y examinar su aplicación, en el capítulo VII se regulan la Conferencia de los Estados parte en la Convención (art. 63), y la Secretaría que asistirá a dicha Conferencia (art. 64).

En último lugar, el Capítulo VIII incluye las disposiciones finales de la CNUCC, que incluyen: la obligatoriedad para los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la CNUCC (art. 65), el mecanismo de solución de controversias respecto de la interpretación o aplicación de la CNUCC (art. 66), el proceso de firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión (art. 67), la entrada en vigor (art. 68), el procedimiento de enmienda de la CNUCC (art. 69), la denuncia de la CNUCC (art. 70), su depositario y las lenguas en que está disponible el texto original y las traducciones auténticas (art. 71).

España firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción el 16 de septiembre de 2005 y la ratificó mediante instrumento de ratificación el 9 de junio de 2006, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 19 de junio de 2006. De acuerdo con el art. 96.1 de la Constitución Española, los tratados ratificados por España forman parte de la legislación interna²⁴ y, por lo tanto, pueden aplicarse de manera directa.

Además de los Estados, de acuerdo con el art. 67.3 CNUCC, la convención está abierta a las organizaciones regionales de integración económica, que podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha depositado previamente uno de esos instrumentos. En virtud de esta cláusula, la Unión Europea (UE) aprobó la CNUCC y autorizó para depositar el instrumento comunitario de confirmación formal mediante la Decisión del Consejo 2008/801/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La CNUCC supuso el primer instrumento vinculante de carácter global y elevó al plano internacional la lucha anticorrupción; y aunque, en términos generales, ha impulsado y reforzado la lucha contra la corrupción, la doctrina ha observado deficiencias y debilidades que podrían estar conduciendo a que su impacto sea más bien limitado, como el hecho de que la tipificación de las prácticas de corrupción en el sector privado no figure como obligatoria para los Estados parte, así como la falta de compromiso en el establecimiento de un riguroso sistema de examen de cumplimiento y, en su caso, sanción a los Estados parte (Webb, 2005, pp. 191-229 y Graf Lambsdorff, 2009, p. 69).

²⁴ De acuerdo con el art. 96.1 CE, «[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

2.2. El mecanismo de examen de la aplicación de la CNUCC

El art. 63 CNUCC establece la creación de un órgano denominado Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuya finalidad es «mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación» (art. 63.1 CNUCC). Con tal fin, una de las facultades de las que dispone este órgano es la de crear «un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la presente Convención» (art. 63.7 CNUCC).

De conformidad con el art. 63.7 CNUCC, la Conferencia de los Estados Parte estableció en su tercer período de sesiones, celebrado en Doha del 9 al 13 de noviembre de 2009, mediante su Resolución 3/1, un mecanismo de examen de la aplicación de la CNUCC (Resolución 3/1 de la Conferencia de los Estados parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2009).

Este mecanismo se aplica a todos los Estados parte, y se compone de distintos ciclos de evaluación. Cada uno de esos ciclos se extiende a lo largo de cinco años y se dedica a un grupo distinto de artículos de la CNUCC. El primer ciclo, que abarca los años 2010-2015, tiene por objeto analizar la aplicación de los capítulos III (“Penalización y aplicación de la ley”) y IV (“Cooperación internacional”) de la CNUCC. Por su lado, el segundo, iniciado en 2015, cubre los capítulos II y V, referidos a las medidas preventivas y a la recuperación de activos.

De acuerdo con las reglas que rigen el procedimiento de este mecanismo²⁵ (en adelante, Términos de referencia), la evaluación de un Estado será llevada a cabo por otros dos Estados parte, a través de los expertos que designe cada uno. Uno de los dos Estados examinadores deberá pertenecer a la misma región geográfica que el Estado examinado, y, en lo posible, deberá tener un ordenamiento jurídico análogo al de aquél (aps. 18 y 19 de los Términos de referencia).

El examen del país que corresponda se inicia con la elaboración, por parte del mismo país examinado, de respuestas al formulario denominado “lista amplia de verificación para la autoevaluación”, en el que, en esencia, se pide al Estado que exponga la información requerida acerca de la aplicación de la CNUCC y el cumplimiento de sus disposiciones. Esas respuestas deben enviarse a la Secretaría en un plazo de dos meses tras haberse informado oficialmente del inicio de la realización del examen. Estas respuestas se traducirán y entregarán a los expertos evaluadores en el plazo de un mes (ap. 15 de los Términos de referencia). Desde la recepción de las respuestas, los expertos evaluadores disponen del plazo de un mes para elaborar un examen documental de las respuestas, en el que podrán formular solicitudes de aclaración o información adicional o preguntas complementarias (aps. 15-22 de los Términos de referencia). El examen documental debe acompañarse de un diálogo constructivo (a través de conferencias, videoconferencias, correos electrónicos...) entre los expertos examinadores y el país examinado, y debería, en principio, contar también con alguna forma de diálogo directo, sea mediante una visita al país examinado o bien mediante una reunión conjunta en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena (aps. 24 y ss. de los

²⁵ Denominado “Términos de referencia del Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. Puede consultarse en UNODC, *Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Documentos Base*, ONU, Nueva York, 2011.

Términos de referencia). Finalizada la visita al país o las reuniones en la Oficina de las Naciones Unidas, los expertos evaluadores deben compartir sus conclusiones preliminares entre sí y con la Secretaria en el plazo de dos semanas (ap. 29 de los Términos de referencia), tras lo cual prepararán conjuntamente un proyecto de informe en el que «incluirán observaciones con respecto a la incorporación en la legislación nacional de los artículos de la CNUCC examinados, así como respecto de su aplicación en la práctica», y «se indicarán los éxitos, las buenas prácticas y las dificultades y se formularán observaciones para la aplicación de la Convención [y, en su caso,] se especificarán en el informe las necesidades de asistencia técnica para mejorar la aplicación de la Convención» (aps. 30 y 31 de los Términos de referencia). El Estado parte objeto del examen recibirá ese proyecto de informe a efectos de poder formular observaciones, que serán incluidas en el informe definitivo, informe que, en cualquier caso, precisará de la conformidad del Estado evaluado (ap. 34 de los Términos de referencia). Estas evaluaciones están sometidas a un procedimiento de seguimiento en el que los Estados parte deben informar respecto de sus propios progresos realizados respecto de las observaciones contenidas en los informes de evaluación.

El Estado español fue sometido a evaluación en la primera ronda en el año 2011. El informe de evaluación sobre España, elaborado por expertos de Bélgica y Lituania, señala la adaptación de la legislación penal a los acuerdos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, especialmente a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y añade que todos los delitos contemplados en la CNUCC están tipificados en el Código Penal. Las escasas recomendaciones se limitan a sugerir una mayor claridad en la regulación de algunos aspectos del delito de cohecho, a evaluar o, en su caso, establecer una política de protección de testigos y a establecer regulaciones específicas para la protección de denunciantes (de casos de corrupción) en el derecho laboral y administrativo (Informe sobre el examen del país del Reino de España. Examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación de parte de España del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y del Capítulo IV. “Cooperación internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ciclo de examen 2010 – 2015, UNODC, 2013).

A fecha de redacción de este trabajo, la evaluación de España en la segunda ronda todavía estaba pendiente de publicación.

3. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

La labor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en materia de lucha contra la corrupción se inició en la década de 1970, gracias al impulso y preocupación de los Estados Unidos de América²⁶. En 1976 se adoptaron las primeras líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales²⁷, en las que ya figuraba un apartado dedicado a la lucha contra la

²⁶ En 1974, la *Securities and Exchange Commission* de Estados Unidos estimó que unas 360 empresas norteamericanas habrían pagado sobornos en transacciones comerciales internacionales. El descubrimiento de algunos de esos escándalos impulsó la adopción de una norma sancionadora (la *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977) aplicable a los nacionales norteamericanos, fueran personas físicas o jurídicas, que pagaran sobornos a cargos o empleados públicos en el marco de las relaciones comerciales internacionales. Al respecto, vid. BENITO SÁNCHEZ (2012, pp. 54 y ss.)

²⁷ Posteriormente han aparecido múltiples revisiones. La última es de 2011, publicada como OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, consultable en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> (fecha de última consulta: 20 de abril de 2017).

corrupción, recomendando a las empresas no realizar pagos o entregar ventajas indebidos para obtener o mantener un contrato en el ámbito internacional. Con la finalidad de lograr un mayor compromiso de los Estados y un mejor equilibrio entre las distintas potencias en el comercio internacional, Estados Unidos impulsó la adopción de mayores compromisos internacionales que impusieran al resto de empresas multinacionales una regulación equivalente a la aplicable en materia de soborno internacional a las empresas norteamericanas de acuerdo con su Derecho interno (Huber, B., 2002, pp. 95-115 y Nieto Martín, A., 2003, pp. 3-26). Así, se creó en 1989 un grupo de trabajo en materia de lucha contra la corrupción en el comercio internacional, cuyos resultados se materializaron en la Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales (OCDE, *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions*, C(94)75/FINAL), adoptada por el Consejo de la OCDE el 27 de mayo de 1994. Sin embargo, este instrumento no era un convenio internacional vinculante, sino una mera recomendación.

El salto del *soft law* al *hard law* vino unos pocos años más tarde, cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos auspició la celebración de un convenio internacional, esta vez vinculante, en materia de lucha contra la corrupción, aunque limitando su alcance a la lucha contra el soborno en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales²⁸. Ese instrumento fue el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. Dicho convenio fue ratificado por España el 3 de enero de 2000²⁹, y entró en vigor el 4 de marzo del mismo año. El mismo no está limitado a los Estados miembros de la OCDE ya que en la actualidad lo han ratificado 41 Estados: los 34 Estados miembros de la OCDE y, además, Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica.

Este Convenio, de índole eminentemente penal, establece distintas obligaciones para los Estados parte, entre las que destacan: el deber de tipificar, en su Derecho interno, el delito de corrupción (en este caso, cohecho) de agentes públicos extranjeros³⁰ (art. 1), el establecimiento de responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción de agentes públicos extranjeros (art. 2), el establecimiento de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias en caso de corrupción de agentes públicos extranjeros (art. 3), la jurisdicción de los Estados respecto de la comisión de este delito (art. 4), la adopción de medidas en materia de contabilidad a efectos de evitar la contabilidad no registrada en los libros (art. 8), o la inclusión de la corrupción de agentes públicos extranjeros como delito extraditable (art. 10).

El 26 de noviembre de 2009, la OCDE adoptó un nuevo instrumento, vinculado al convenio arriba referido, para incrementar los esfuerzos y capacidad de los Estados parte para combatir el soborno de agentes públicos en el ámbito de las

²⁸ En palabras de Peter HENNING, «[t]he OECD Convention is concerned with the payment of bribes by business enterprises and not a broader program to combat all forms of official corruption» (2001, p. 816).

²⁹ Sin embargo, el Instrumento de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 tardó un tiempo en ser publicado, pues su publicación tuvo lugar en el BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002, pp. 7155-7159.

³⁰ De acuerdo con el art. 1.1: «[c]ada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales».

transacciones comerciales internacionales mediante una serie de recomendaciones, a las que se añadía, como anexo, una guía de buenas prácticas para la implementación de los artículos 1, 2 y 5 del convenio (OCDE, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 2009). Este acuerdo de 2009 cuenta con otra guía de buenas prácticas adicional añadida en forma de anexo, que fue adoptada el 18 de febrero de 2010 (OCDE, *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, 2010).

Con la finalidad de controlar el cumplimiento del convenio y sus recomendaciones, se estableció el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales, formado por representantes de todos los Estados Parte del convenio. El proceso de evaluación está dividido en tres fases. En la primera, se evalúa la adecuación de la legislación nacional de los Estados parte al Convenio; en la segunda, la aplicación eficaz de la legislación nacional; y, en la tercera, la aplicación del convenio, la recomendación de 2009 y de las recomendaciones de la segunda fase que aún no hayan sido implementadas.

El Estado español ha sido objeto de evaluación en las tres fases y, aunque se han constatado esfuerzos significativos en el plano formal para dar cumplimiento al convenio, en general parece ser que la aplicación práctica efectiva ha sido notoriamente insuficiente. En cumplimiento de las obligaciones contraídas por España, se aprobaron las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003, que incorporaron al Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, delito posteriormente reformado mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (art. 445 CP), reforma que ha introducido, además, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP). Sin embargo, en la tercera fase evaluadora, los examinadores formularon múltiples propuestas con la finalidad de mejorar la adaptación del ordenamiento jurídico español al convenio (OCDE, *Phase 3 report on implementing the OECD Anti-bribery Convention in Spain*, 2012, pp. 73 y ss), y, a nivel general, pusieron de manifiesto su preocupación respecto de la efectividad del Estado español en la persecución del soborno de agentes extranjeros en transacciones comerciales, y subrayaron que en los casi trece años que llevaba en vigor el convenio en España (en diciembre de 2012), tan solo se habían llevado a cabo siete investigaciones, y ninguna había acabado en juicio o condena alguna³¹.

Este convenio ha sido objeto de críticas, siendo una de las principales el hecho de limitar de forma excesiva el concepto de soborno utilizado, que excluiría, entre otras formas, el cohecho a través de donaciones finalistas a los partidos políticos (Corral Escariz, 2014, p. 90).

4. El Consejo de Europa

Los principales instrumentos del Consejo de Europa para luchar contra la corrupción son dos convenios internacionales regionales (el Convenio penal sobre la corrupción, número 173 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y el Convenio Civil sobre la Corrupción, número 174 del Consejo de

³¹ Tal y como expone, literalmente, dicho informe: «[t]he lead examiners are seriously concerned that none of the very few foreign bribery investigations initiated since the foreign bribery offence entered into force in Spain, almost 13 years ago have resulted in prosecutions or convictions and that one of the reasons for this is a dire lack of communication between the relevant authorities. They are particularly alarmed at the low number of foreign bribery investigations given the size of the Spanish economy and its significant external commercial activities, including in high-risk sectors and countries», OCDE, *Phase 3 report on implementing the OECD Anti-bribery Convention in Spain*, cit., p. 11.

Europa, hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999) y el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), que fue establecido por resolución (99) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el día 1 de mayo de 1999.

Siguiendo las recomendaciones de la 19ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en La Valeta en 1994, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó en noviembre de 1996 el Programa de Acción contra la Corrupción. En la 21ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Praga en 1997, se adoptó una resolución en la cual se instaba a la aplicación del mencionado Programa de acción y, en particular, recomendaba «la elaboración de un convenio penal sobre la corrupción en que se establezca la tipificación penal coordinada de los delitos de corrupción, el fortalecimiento de la cooperación en la persecución de dichos delitos y un mecanismo de seguimiento eficaz que esté abierto a los Estados miembros y a los demás Estados no miembros en pie de igualdad»³²; tras lo cual se iniciaron los trabajos pertinentes para darle cumplimiento.

Los trabajos de elaboración de instrumentos jurídicos internacionales llevados a cabo en el seno del Consejo de Europa conforme al Programa de Acción contra la Corrupción se concretaron en dos convenios, uno sobre la represión penal de la corrupción y otro sobre las acciones civiles de indemnización por los daños resultantes de actos de corrupción, aprobados en 1999.

4.1. El Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y su protocolo adicional

El Plenipotenciario de España firmó en Estrasburgo el Convenio penal sobre la corrupción el 10 de mayo de 2005, si bien el instrumento de ratificación no fue depositado hasta el 28 de abril de 2010³³. Dicho convenio entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2002, y para España lo hizo el 1 de agosto de 2010, de conformidad con lo establecido en el art. 32.4 del convenio.

Este convenio impone la tipificación como delito, en los Estados parte, de una serie de conductas que conforman las prácticas y manifestaciones habituales de la corrupción, revistan o no elementos de internacionalidad. En concreto, los Estados deberán tipificar como delito el soborno de agentes públicos³⁴ nacionales o extranjeros (arts. 2, 3 y 5), el soborno de miembros de la asamblea pública nacional o extranjera que ejerza poderes administrativos o legislativos (arts. 4 y 6), el soborno en el sector privado (arts. 7 y 8), el soborno de funcionarios internacionales (art. 9), el soborno de miembros de asambleas parlamentarias internacionales (art. 10), el soborno de jueces y de agentes de tribunales internacionales (art. 11), el tráfico de influencias (art. 12), el blanqueo del producto de delitos de corrupción (art. 13), y los delitos contables³⁵ cometidos con la finalidad de cometer, ocultar o disimular los delitos de corrupción (art. 14). También deberá castigarse cualquier forma de complicidad con esos delitos (art. 15), y deberá garantizarse que pueda hacerse responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción (art. 18). Por

³² Vid. preámbulo del Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

³³ Dicho instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010 (pp. 65780 y ss.).

³⁴ De acuerdo con el art. 1.a del convenio, se entiende como tal al «funcionario», «oficial público», «alcalde», «ministro» o «juez», término, este último, que abarcaría tanto a fiscales como jueces y magistrados (vid. art. 1.b).

³⁵ Éstos se concretan en «extender o utilizar una factura o cualquier otro documento o asiento contable que contenga informaciones falsas o incompletas» y «omitir de manera ilícita la contabilización de un pago» (art. 14).

estos delitos deberán establecerse sanciones y medidas (como la confiscación de los instrumentos y productos de los delitos) efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 19).

Adicionalmente, se regula el alcance de la competencia de los Estados parte en relación con los delitos de corrupción (art. 17), la necesidad de autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción que gocen de independencia en el ejercicio de sus funciones (art. 20), la cooperación entre las autoridades públicas nacionales y cualquier agente público con las autoridades encargadas de la investigación y persecución de los delitos (art. 21), la protección de los denunciantes, colaboradores de la justicia y testigos en casos de corrupción (art. 22) y las medidas encaminadas a facilitar la recogida de pruebas y la confiscación de los productos de la corrupción (art. 23).

Por último, otros aspectos sustantivos regulados en este convenio³⁶ son los mecanismos de cooperación internacional entre los Estados parte (arts. 25 y ss.).

Este tratado cuenta con un protocolo adicional. Se trata del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, que fue ratificado por España el 17 de enero de 2011³⁷, y entró en vigor para España el 1 de mayo de ese mismo año. El principal cometido de este protocolo adicional es establecer la obligación para los Estados parte de castigar también la corrupción de árbitros³⁸ y jurados³⁹, tanto nacionales como extranjeros.

4.2. El Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999

Tal y como sucedió respecto del convenio penal, el convenio civil también fue firmado por el Plenipotenciario de España en Estrasburgo el 10 de mayo de 2005, si bien el instrumento de ratificación no fue depositado hasta varios años más tarde. En concreto, la ratificación se formalizó el 16 de diciembre de 2009, y dicho instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2010 (pp. 29967 y ss.). El convenio entró en vigor de forma general el 1 de noviembre de 2003, y para España, entró en vigor el 1 de abril de 2010, de conformidad con lo establecido en su art. 15.

Este convenio regula una serie de medidas a adoptar a nivel nacional conducentes al establecimiento de procedimientos de indemnización en favor de las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de actos de corrupción (arts. 1 a 7), la nulidad de los contratos que tengan por objeto un acto de corrupción (art. 8), la protección de los denunciantes de corrupción (art. 9), la regulación para garantizar la claridad y fiabilidad de las cuentas anuales de las empresas y su sometimiento a auditorías (art. 10) y la obtención de pruebas y la adopción de

³⁶ Con la expresión “aspecto sustantivo” nos referimos a todo aspecto regulatorio más allá de las habituales cláusulas de firma y entrada en vigor, adhesión, proceso de enmienda o solución de controversias, que en este caso se encuentran en los arts. 32 y ss., contenidos en el Capítulo V, rubricado como «Disposiciones finales».

³⁷ El instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2011, pp. 25504 y ss.

³⁸ De acuerdo con el art. 1.1 del Protocolo adicional, el término “árbitro” «en cualquier caso deberá abarcar a una persona que, en virtud de un acuerdo de arbitraje, esté llamada a dictar una decisión jurídicamente obligatoria en un litigio que le haya sido sometido por las partes en dicho acuerdo».

³⁹ De acuerdo con el art. 1.3 del Protocolo adicional, el término “jurado” «en cualquier caso deberá abarcar a una persona que, actuando como miembro no profesional de un órgano colegiado, se encarga de pronunciarse en el ámbito de un procedimiento penal acerca de la culpabilidad de un acusado».

medidas cautelares en procedimientos civiles que tengan su origen en un acto de corrupción (arts. 11 y 12); así como aspectos de cooperación internacional (art. 13), además de las habituales cláusulas de seguimiento en la aplicación (art. 14) y las habituales disposiciones finales sobre aspectos como la entrada en vigor, la adhesión, la formulación de reservas o la propuesta de enmiendas (arts. 15 y ss.).

4.3. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) y sus rondas de evaluación

En 1999, y como culminación a un proceso de creciente preocupación por la corrupción y su control en el seno del Consejo de Europa iniciado un lustro antes (Villoria Mendieta, 2001, p. 106), el Consejo de Europa creó un organismo, denominado Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)⁴⁰, para mejorar la lucha contra la corrupción por parte de los Estados miembros, mediante la supervisión de la adecuación de los ordenamientos de tales estados a los estándares anticorrupción de la organización⁴¹.

Este organismo opera regido por las reglas de funcionamiento aprobadas en el primer encuentro plenario de sus miembros en Estrasburgo del 4 al 6 de octubre de 1999, las cuales, hasta la fecha, han sido modificadas en siete ocasiones, en los años 2000, 2001, 2002, 2003 (marzo), 2003 (julio), 2005, 2010 y 2011; hoy recogidas en el documento Greco (2011) 20E, *Rules of Procedure*, de 5 de diciembre de 2011⁴² (en adelante, Reglas de Funcionamiento).

En la actualidad, cuenta con 49 Estados miembros (los Estados Unidos de América y 48 países europeos, entre ellos, España). Todos los Estados miembros están sujetos a procedimientos de evaluación organizados en múltiples rondas de evaluación (reglas 22 y siguientes de las Reglas de Funcionamiento), en cada una de las cuales se procede al análisis de diferentes aspectos de los marcos legislativos nacionales relacionados con la corrupción, contribuyendo a la identificación de las deficiencias de las políticas anticorrupción de los Estados parte. Como resultado de las evaluaciones, el GRECO publica con el consentimiento del Estado evaluado (vid. regla 34.2 Reglas de Funcionamiento) informes en que, tras exponer los resultados del análisis, se recomiendan reformas en la legislación nacional o modificaciones en las prácticas institucionales que, a pesar de no ser vinculantes, sí contribuyen a promover la adopción de medidas anticorrupción.

Tras ese informe evaluador, el Estado parte evaluado envía, en un plazo determinado, el denominado “Informe de situación”, en el que se debe dar cuenta al GRECO de las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones señaladas en el primer informe (regla 30.2 Reglas de Funcionamiento).

Con posterioridad, el GRECO elabora otro informe, llamado “Informe de cumplimiento” (regla 31 Reglas de Funcionamiento), en el que este organismo evalúa si se ha cumplido con las recomendaciones contenidas en el informe de evaluación. La implementación de las recomendaciones puede juzgarse como completa (satisfactoria), parcial o nula, es decir, no implementada. Si no se han implementado medidas para cumplir de forma satisfactoria con lo recomendado por

⁴⁰ Mediante Resolución (99) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 1 de mayo, estableciendo el Grupo de Estados contra la Corrupción – GRECO.

⁴¹ El GRECO es el órgano encargado del seguimiento de la aplicación, por parte de los Estados, de los convenios sobre corrupción del Consejo de Europa, de acuerdo con el art. 24 del Convenio penal y el art. 14 del Convenio civil.

⁴² Un análisis detallado del funcionamiento del GRECO se puede encontrar en CORRAL ESCARIZ (2014, pp. 81 y ss.).

el GRECO, se solicita al Estado que, en un plazo determinado, adopte las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones y remita un nuevo “informe de situación” indicando las nuevas medidas. Ese informe es, a su vez, respondido con un nuevo “informe de cumplimiento” (conocido como “Addenda al informe de cumplimiento”), con el que generalmente se finalizará el proceso evaluador para el Estado evaluado en esa ronda.

A continuación, se expone el contenido de las distintas rondas evaluadoras efectuadas, y se señalan los principales resultados del Estado español.

- Primera Ronda de Evaluación

La primera ronda se centró en evaluar la independencia, nivel de especialización y medios disponibles de los organismos nacionales implicados en la prevención y lucha a la corrupción, y también en el alcance de las inmunidades que evitarían o dificultarían la persecución de la corrupción realizada por determinados cargos, como los diputados y senadores. El informe de evaluación de España en esta primera ronda fue aprobado en la 5ª sesión plenaria del GRECO, celebrada entre los días 11-15 de junio de 2001, donde, entre otras cuestiones, se recomendó la adopción de una estrategia multidisciplinar contra la corrupción, que incluyera el estudio de la extensión y tipología del fenómeno, incluyendo la compilación de datos sobre los casos detectados, así como la adopción de algunos tratados internacionales en la materia; la aprobación de un código de conducta para los empleados públicos; o una serie de reformas en el Ministerio Fiscal, tales como garantizar su independencia frente al Gobierno o el refuerzo (tanto en materia de personal como presupuestaria) de la Fiscalía Anticorrupción⁴³.

El informe de cumplimiento elaborado en 2003 por el GRECO y la posterior addenda de 2005 a dicho informe señalan que las recomendaciones fueron satisfactoriamente implementadas, salvo las referidas a la adopción de una estrategia multidisciplinar contra la corrupción, que incluyera el estudio de la extensión y tipología del fenómeno, y a la adopción de medidas para aumentar la concienciación de los empleados públicos respecto de la necesidad de denunciar prácticas de corrupción⁴⁴.

- Segunda Ronda de Evaluación

El informe de la segunda ronda de evaluación sobre España se aprobó en mayo de 2005⁴⁵. Este informe incluye una descripción del marco jurídico nacional y su análisis, con las recomendaciones convenientes en las materias siguientes: el decomiso de los beneficios obtenidos mediante la corrupción, la Administración Pública y la corrupción (que incluye cuestiones como el acceso a la información pública, los conflictos de intereses, las incompatibilidades y los códigos de conducta) y las personas jurídicas y la corrupción. Ante el previsible mayor interés que puede suscitar en el lector de la presente Revista, prestaremos especial atención a este análisis, a efectos de saber qué deficiencias advirtió el GRECO en nuestro

⁴³ GRECO, *First Evaluation Round: Evaluation Report on Spain*, aprobado en la 5ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de junio de 2001.

⁴⁴ GRECO, *First evaluation round: Compliance report on Spain*, aprobado en la 15ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 13-17 de octubre de 2003, y GRECO, *First evaluation round: Addendum to the compliance report on Spain*, aprobado en la 24ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 17-20 de mayo de 2005.

⁴⁵ GRECO, *Second evaluation round: Evaluation report on Spain*, aprobado en la 23ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 27 de junio-1 de julio de 2005.

ordenamiento jurídico-administrativo para la prevención de la corrupción y promoción de la integridad en las Administraciones Públicas.

El apartado dedicado a las Administraciones Públicas y la corrupción (párr. 26-53 del informe de evaluación) se inicia con la identificación de aspectos generales, como la estructura del Estado, las principales normas que regulan la actividad de la Administración pública (como la LRJPAC) y la política anticorrupción (en particular, las normas que sancionan prácticas corruptas y los órganos que realizan controles para asegurar que las funciones administrativas sean llevadas a cabo respetando los principios y objetivos básicos de la Administración, como por ejemplo el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo).

Como primer elemento temático se aborda el acceso a la información pública, con mención de los principales preceptos normativos de carácter general entonces vigentes (arts. 105.b CE y 37 LRJPAC). Señala también el marco de la consulta pública respecto de la elaboración de reglamentos (art. 24 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) y actos administrativos (arts. 84-86 LRJPAC). El GRECO entiende que el régimen de acceso a la información contenido en la LRJPAC no es adecuado para que el público general pueda acceder satisfactoriamente a la información requerida que no forma parte de un procedimiento administrativo o a la información administrativa general. Considera que la transparencia es una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción y, sin embargo, sospecha que una interpretación restrictiva del régimen de acceso a la información pública de la LRJPAC puede limitarla mucho. En consecuencia, recomienda que se lleve a cabo una evaluación sobre la propia legislación de acceso, así como de su aplicación práctica, a efectos de determinar si se está limitando de forma inapropiada el derecho de la ciudadanía de acceder a la información pública.

A continuación describe brevemente el sistema de recursos de los actos administrativos (tales como, expone el informe, la denegación de acceso a los documentos públicos), así como el Defensor del Pueblo, del que identifica su marco normativo de referencia (art. 54 CE y Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo) y deja constancia de sus funciones.

El empleo público es el siguiente elemento de relevancia para la lucha a la corrupción en el seno de la Administración Pública al que presta atención el GRECO. Empieza identificando los principios que jurídicamente rigen el acceso al empleo público en la Constitución (arts. 23.2 y 103.3 CE) y en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (en especial, el art. 19.1, todavía vigente en fecha del análisis del GRECO): igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A continuación enumera los regímenes generales para acceder al empleo público y, si bien los principios y el sistema en general parecen bastante adecuados, concluye destacando que no se establece ningún sistema de rotación para los funcionarios en posiciones particularmente vulnerables a la corrupción.

Seguidamente se analiza la formación de los empleados públicos. Se constata que, tanto al acceder al puesto de trabajo como durante la carrera profesional, tienen la posibilidad de participar en solventes programas de formación para empleados públicos en materia de ética, en que se incluye el tratamiento y actuación ante posibles casos de corrupción.

El informe dedica otro apartado a los conflictos de interés e incompatibilidades. El GRECO pasa revista al principal contenido de las normas sobre incompatibilidades generales para empleados públicos (Ley 53/1984, de 26 de

diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas) y para los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado (Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado). En particular, detecta problemas en los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales del Gobierno y los altos cargos, y apunta que debería rediseñarse el sistema de registros para permitir que a partir de las declaraciones de actividades y bienes y derechos se pudieran formular recomendaciones individualizadas para evitar potenciales conflictos de intereses e incompatibilidades.

A continuación se refiere a la prohibición de aceptar regalos e identifica como norma de referencia el art. 426 CP, que tipificaba como delito la aceptación, por parte de autoridades o funcionarios, de dádiva o regalo ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente⁴⁶.

También presta atención a la obligación de perseguir y castigar la corrupción, para lo que encuentra dos preceptos que respaldan la existencia de semejante obligación en nuestro ordenamiento y sancionan su incumplimiento: el art. 408 CP, que sanciona la falta de persecución de hechos delictivos⁴⁷ y, respecto de la responsabilidad disciplinaria, el art. 7.D del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, en virtud del cual se considera como una falta muy grave tolerar las faltas graves o muy graves de los subordinados.

Otro elemento analizado fueron los códigos de conducta. El GRECO señaló, en el año 2005, que el concepto de código de conducta no había arraigado todavía en España aunque observó que estaba empezando a ser introducido. De todos modos, la actuación de los empleados y cargos públicos no está regida por un código de conducta sino por varias normas de rango legal⁴⁸, normas que prevén los deberes y obligaciones en el puesto o cargo, incluyendo las incompatibilidades y prohibiciones, y sancionan penal y disciplinariamente su incumplimiento, en garantía de la conducta ética de los empleados y cargos públicos. El GRECO subrayó que no existe un texto general y vinculante que pueda ser considerado como un código de conducta para empleados y cargos públicos, a pesar de que su elaboración fue recomendada en la primera ronda de evaluación. También observó que tanto empleados como cargos públicos precisan mayor orientación en aspectos problemáticos como la aceptación de regalos, problemas que, para ser solventados, requieren un desarrollo más allá de la mera descripción penal contenida en el tipo del delito correspondiente. Por otra parte, el GRECO critica esta dispersión normativa de las reglas que contienen las obligaciones y los derechos de los empleados y cargos públicos, por lo que recomienda compilar las reglas disciplinarias y penales en un solo texto y poner el mismo a disposición tanto de empleados y cargos públicos como del público en general. También recomienda realizar una evaluación completa de la efectividad del sistema sancionador

⁴⁶ Tras la modificación operada por el art. único.126 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, este artículo contempla la exención de la pena por el delito de cohecho al particular que denuncie haber accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público dentro del plazo de dos meses desde la fecha de los hechos.

⁴⁷ El tenor literal del art. 408 CP es el siguiente: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

⁴⁸ A este respecto, menciona un conjunto de normas ya citadas anteriormente: el CP, la Ley 30/1986, el RD 33/1986 y la Ley 12/1995.

instaurado por las citadas normas que sustituyen a un código de conducta vinculante para empelados y cargos públicos, evaluación cuyos resultados deberían hacerse públicos.

Respecto del resto de cuestiones analizadas por el GRECO en esta ronda (el producto de la corrupción y las personas jurídicas y la corrupción), las recomendaciones formuladas en 2005 fueron la incorporación de un decomiso cautelar de los productos de la corrupción, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos de corrupción, así como un registro de las sociedades sancionadas por su participación en casos de corrupción, y una mayor implicación de la Cámara de Comercio en la promoción de la ética empresarial.

En el año 2007, las autoridades españolas presentaron al GRECO las medidas legales adoptadas para aplicar las recomendaciones formuladas en el informe de 2005, y un nuevo informe del GRECO (el Informe de Cumplimiento) fue adoptado en octubre, en el que se analizaban las nuevas medidas adoptadas por España. El GRECO llegó a la conclusión de que las recomendaciones se habían llevado a cabo parcialmente.

En cuanto a las tres recomendaciones formuladas en el ámbito Administración Pública y corrupción por el informe de 2005, en el año 2007 únicamente la relacionada con la elaboración de directrices para los funcionarios y empleados públicos abordando situaciones que puedan crear un conflicto de intereses fue considerada implementada por completo y de manera satisfactoria por efecto de la aprobación de 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 y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por otro lado, se consideraron pendientes de correcta implementación las recomendaciones sobre acceso a la información pública y la evaluación y publicación de la efectividad del sistema de sanciones penales y/o disciplinarias. En la primera cuestión, relativa al acceso a la información pública, el Estado español alegó la adopción de medidas de administración electrónica (en particular, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos), y aunque el GRECO valoró positivamente la adopción de medidas legislativas de esa índole, incidió en que las mismas no guardaban relación con la substancia de la recomendación consistente en conocer cómo se aplican a la práctica las leyes de acceso a los documentos e información públicos, motivo por el que entendió que la recomendación no se había implementado satisfactoriamente. Respecto de la evaluación del sistema sancionador de empleados y cargos públicos, el Estado español informó de la adopción de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y señaló específicamente la regulación contenida en el Capítulo VI del Título III (arts. 52 y ss.), rubricado como “Deberes de los empleados públicos. Código de conducta”, y la contenida en el Título VII (“Régimen disciplinario”), destacando que ahí se señalan las infracciones que dan lugar a un proceso disciplinario; así como la adopción del Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado⁴⁹. Aunque el GRECO estima conveniente y positiva la adopción de guías éticas, insiste en que su recomendación consistió en solicitar la compilación, unificada, de las reglas sancionadoras penales y disciplinarias y su difusión entre

⁴⁹ Aprobado mediante la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

empleados y cargos públicos y los ciudadanos en general, así como una evaluación de la efectividad de los sistemas sancionadores aplicables a las conductas ilícitas de empleados y cargos públicos, y en ninguna de ambas cuestiones se indicó avance alguno⁵⁰.

En cuanto a estas dos recomendaciones no implementadas satisfactoriamente, en el “informe de cumplimiento” se pidió a España que presentara información adicional en 2009.

En el año 2009, algunas nuevas medidas fueron implementadas por España sobre la base del informe de 2007, y las presentaron de nuevo al GRECO, que adoptó un nuevo informe en octubre (“Addenda al informe de cumplimiento”), en el que se volvió a evidenciar la falta de implementación de las recomendaciones. Se concluyó que se habían tomado algunas medidas en las áreas analizadas pero las recomendaciones no estaban todavía completamente implementadas. En concreto, el GRECO entendió que de 2007 a 2009 no se hizo nada para cumplir con la recomendación referida al acceso a la información pública, así como tampoco se hizo nada por evaluar la efectividad del sistema sancionador, ni se elaboró la compilación de normas sancionadoras recomendada. Además, el GRECO recomendó que las autoridades españolas tradujeran a la lengua oficial del Estado su informe de Addenda, lo que tampoco se ha realizado hasta la fecha.

- Tercera Ronda de Evaluación

La tercera ronda de evaluación se dividió en dos grandes temas, dando lugar a dos informes separados: en primer lugar, se evaluó la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades españolas con el fin de cumplir con las exigencias derivadas del Convenio Penal sobre la Corrupción y su protocolo adicional⁵¹ y, en segundo lugar, se analizó la transparencia en la financiación de los partidos políticos⁵².

En la primera cuestión el GRECO destacó especialmente la condición de España como uno de los pocos Estados miembros del GRECO que no había ratificado el Convenio Penal sobre Corrupción, por lo que recomendó en primer lugar que ratificara el Convenio y su protocolo adicional, así como una serie de recomendaciones en torno a aspectos penales de la corrupción que requerían de una reforma, como, entre otras, criminalizar la corrupción en el sector privado o el aumento de las penas correspondientes a los delitos de cohecho y tráfico de influencias.

Respecto de la financiación de los partidos políticos, el GRECO también formuló múltiples propuestas; entre otras, que se tomaran las medidas oportunas para garantizar que los préstamos concedidos a los partidos políticos no se utilizaran para eludir las disposiciones sobre financiación política, que se aumentaran los recursos financieros y de personal destinados al Tribunal de

⁵⁰ Como podemos observar, más que reformas, el GRECO se limitó a recomendar la compilación informativa de varios preceptos diseminados en múltiples normas y el estudio de la efectividad del sistema vigente, dos cuestiones éstas, de la claridad y la efectividad, que no parecen estar en la línea de las medidas tradicionalmente adoptadas por el Estado español.

⁵¹ GRECO, *Informe de evaluación relativo a España: Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema 1)*, aprobado en la 42ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de mayo de 2009.

⁵² GRECO, *Tercera ronda de evaluación: Informe de Evaluación sobre Transparencia en la Financiación de Partidos Políticos en España (Tema II)*, aprobado en la 42ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de mayo de 2009.

Cuentas de forma que estuvieran en mejores condiciones para realizar de forma eficaz sus tareas de control y ejecución en relación con la financiación política, incluyendo una supervisión más a fondo de los informes financieros de los partidos políticos, y que se definieran claramente las normas sobre financiación política y que se introdujeran sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para dichas infracciones.

El “Informe de cumplimiento” de 2011⁵³, que es único para ambos temas, abordó las quince recomendaciones formuladas en total en los dos informes precedentes, de las que consideró solamente cinco como satisfactoriamente implementadas (incluida la ratificación del Convenio Penal sobre Corrupción y su Protocolo Adicional, ratificaciones que tuvieron lugar en 2010 y 2011 respectivamente). Sin embargo, el acatamiento de las recomendaciones es muy dispar en función de la materia, y mientras en materia de responsabilidad penal se operó un avance notable, no se puede afirmar lo mismo respecto de la financiación de los partidos políticos, materia en que ninguna de las recomendaciones fue implementada satisfactoriamente, aunque tres fueron parcialmente implementadas. La situación cambió ligeramente en 2013, tras la adopción del Segundo Informe de Cumplimiento⁵⁴, en que una recomendación en materia de partidos políticos pasó a ser considerada como satisfactoriamente implementada y todas las demás pasaron a considerarse como parcialmente implementadas (no es ajena a este avance la adopción de la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos)⁵⁵.

- Cuarta Ronda de Evaluación

La cuarta ronda de evaluaciones se inició en 2012 y su foco de atención es la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales⁵⁶. En el informe relativo a España se señaló la excelencia de los jueces y fiscales en sus funciones, si bien se advirtieron dificultades en el funcionamiento de la Justicia a causa de la excesiva carga de trabajo que deben asumir los tribunales, y, en particular, preocupó la cuestión de la independencia estructural de los órganos rectores del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, por lo que podría llegar a pensarse que intereses partidistas podrían estar interviniendo en las decisiones judiciales; cuestiones que llevaron al GRECO a formular varias propuestas, como reconsiderar el método de selección y el mandato del Fiscal General, establecer por ley requisitos y procedimientos claros para incrementar la transparencia de comunicación entre el Fiscal General y el Gobierno, realizar una evaluación del marco legislativo que rige el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y de sus efectos sobre la independencia de este órgano frente a cualquier influencia indebida, o que se estipulen por ley los criterios objetivos y los requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos en la judicatura.

Respecto de los parlamentarios, el GRECO recomendó, entre otras cuestiones, tomar medidas adicionales para infundir, mantener y promover una

⁵³ GRECO, *Third Evaluation Round Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)” and “Transparency of Party Funding”*, adoptado en la 50ª reunión plenaria, celebrada los días 28 de marzo-1 de abril de 2011.

⁵⁴ GRECO, *Third Evaluation Round: Second Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)” and “Transparency of Party Funding”*, adoptado en la 60ª reunión plenaria, celebrada los días 17-21 de junio de 2013.

⁵⁵ La addenda a este informe de evaluación fue adoptada en la 65ª reunión plenaria celebrada los días 6-10 de octubre de 2014.

⁵⁶ GRECO, *Cuarta ronda de evaluación. Informe de evaluación: España*, aprobado por el GRECO en su 62ª Reunión Plenaria celebrada los días 2-6 de diciembre de 2013.

sólida cultura ética entre los parlamentarios que incluya, mediante la adopción de un código de conducta y la introducción de medidas de concienciación concretas, cuestiones relativas a la integridad; e incrementar la transparencia sobre los contactos que mantienen los parlamentarios con terceros.

El pasado 20 de marzo de 2017 se dio inicio a la quinta ronda, encargada de evaluar la prevención de la corrupción y la promoción de la integridad en los gobiernos centrales y los organismos de cumplimiento de la ley. Como resulta lógico, en la fecha de redacción de estas líneas, no se dispone todavía de los resultados de esta última ronda evaluadora.

5. La Unión Europea

En el marco instaurado tras la adopción del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992⁵⁷, los Estados miembros consideraron que, para realizar los objetivos de la Unión, era necesario luchar contra la delincuencia que perjudicaba a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, por lo que el Consejo de la Unión Europea, mediante su Acto de 26 de julio de 1995, estableció el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁵⁸, donde se abordaba la lucha contra el fraude en perjuicio de dichos intereses⁵⁹. Unos meses más tarde fue elaborado un protocolo a dicho convenio, mediante Acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996⁶⁰, por el que se preveía que los Estados que lo adoptaran tipificaran como infracción penal la realización de actos de corrupción en que estuvieran implicados funcionarios comunitarios o de los Estados miembros y que causaran o pudieran causar un perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

El siguiente paso en la lucha contra la corrupción dado en el seno de la Unión Europea consistió en elaborar otro instrumento para promover la armonización en la sanción de la corrupción, pero esta vez con mayor alcance, pues este instrumento ya no se limitaba a los actos de corrupción en perjuicio de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. En el año 1997, el Consejo de la Unión Europea elaboró un convenio con la finalidad de que los Estados de la Unión que lo adoptaran⁶¹ tipificaran y sancionaran penalmente los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios europeos y funcionarios nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea⁶². En tanto que, en el marco de la elaboración de este convenio fue considerado de interés común para

⁵⁷ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (92 / C 191 / 01).

⁵⁸ Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, publicado en el Diario Oficial C 316 de 27 de noviembre de 1995.

⁵⁹ Respecto de esta cuestión, un análisis exhaustivo se encuentra en WHITE (1998).

⁶⁰ Acto de Consejo de 27 de septiembre de 1996, por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (96 / C 313 / 01).

⁶¹ En la medida en que fue adoptado sobre la base del art. K.3.2.C del Tratado de la Unión Europea de 1992, se trata de un convenio de adopción recomendada a los Estados miembros, según sus respectivas normas constitucionales. La entrada en vigor de los mismos está sujeta a la adopción por parte de todos los Estados miembros. Por ejemplo, vid. art. 11.3 del Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (95 / C 316 / 03).

⁶² Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (97/C 195/01), publicado en el Diario Oficial núm. C 195 de 25 de junio de 1997. Este convenio fue publicado en el BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2006, páginas 11804 a 11809.

los Estados miembros el desarrollo de la cooperación judicial, también se regularon aspectos de cooperación en la investigación, en las diligencias judiciales y en la ejecución de las sanciones impuestas (arts. 8 y 9). La entrada en vigor de este convenio se produjo el 28 de septiembre de 2005 (art. 13.3), y permanece abierto a la adhesión de cualquier Estado que se incorpore como nuevo miembro de la UE (art. 14.1)⁶³.

El Tratado de la Unión Europea, según su redacción tras la aprobación de la modificación aprobada en el Tratado de Ámsterdam del año 1997⁶⁴, menciona específicamente, en su artículo K.1, la prevención y la lucha contra la corrupción como uno de los objetivos para lograr la creación y salvaguardia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que serán realizados a través de una mayor cooperación entre las fuerzas policiales y las autoridades judiciales de los Estados miembros, así como mediante la aproximación de las normas de dichos Estados en materia penal.

El siguiente gran hito en la configuración de la intervención de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción tuvo lugar en el año 2003, mediante la adopción de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 28 de mayo de 2003, denominada “Una política global de la UE contra la corrupción” (COM (2003) 317 final). En esta comunicación, el Consejo hizo balance de las actuaciones de la Unión Europea que habían sido llevadas a cabo hasta la fecha en la lucha contra la corrupción, señaló posibles mejoras y apuntó a una serie de iniciativas que sería conveniente adoptar en los próximos años.

Unos años más tarde, la Unión Europea amplió su intervención reguladora a la corrupción privada. De acuerdo con el Consejo de la Unión Europea, el progresivo aumento en el comercio transfronterizo de bienes y servicios terminó por convertir la corrupción privada en un asunto no solo interno sino también transnacional, ante el que convenía adoptar una actuación conjunta de la Unión Europea⁶⁵, motivo que condujo a la aprobación de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. En virtud de esta decisión, los Estados parte deben tipificar como delito en su Derecho interno la corrupción en el sector privado y deben contemplar, para esos casos, la responsabilidad tanto de personas físicas como jurídicas (vid. arts. 5 y 6).

En desarrollo de la unión entre los Estados parte, se elaboró el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. De acuerdo con la modificación introducida por dicho tratado en el Tratado de la Unión Europea, el nuevo art. 69B.1 faculta al Parlamento Europeo y al Consejo para establecer, mediante directivas, «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones» en una serie de ámbitos delictivos de

⁶³ Sobre este instrumento, así como sobre el Protocolo de 1996 antes citado, vid. POSADAS (2000, pp. 396-399).

⁶⁴ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, publicado, respectivamente, en el DOCE C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997; y en el BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999.

⁶⁵ Vid. considerando 1º de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

especial gravedad y dimensión transfronteriza, entre los que se cuenta la corrupción⁶⁶.

Aproximadamente un año más tarde, el Consejo adoptó la Decisión 2008/852/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción. Esa red de puntos de contacto está formada por las autoridades u organismos nacionales encargados de luchar contra la corrupción y por representantes de la Comisión Europea, el Europol y el Eurojust. La finalidad de esta red es la de operar como un foro de intercambio de información y buenas prácticas, y facilitar el contacto entre sus miembros.

En 2011, la Comisión adoptó una comunicación específica sobre la lucha contra la corrupción⁶⁷, en la que se presentaron una serie de medidas orientadas a mejorar la lucha contra la corrupción en la Unión Europea. En dicha comunicación, el Consejo constató la gravedad del problema de la corrupción, y subrayó que, a pesar de existir mecanismos internacionales y de la Unión Europea para luchar contra el fenómeno, su aplicación por parte de los Estados miembros era desigual y, en ocasiones, insuficiente. Con la finalidad de reforzar la voluntad política de luchar contra la corrupción en los Estados miembros, se estableció la elaboración del informe anticorrupción de la Unión Europea, se solicitó a los Estados miembros que, si todavía no lo habían hecho, incorporaran integralmente a su Derecho interno la legislación europea contra la corrupción en el sector privado y que ratificaran los acuerdos internacionales contra la corrupción. Además, la Comisión propuso una mayor consideración de la corrupción en las políticas internas y externas de la Unión Europea.

Con posterioridad, mediante Decisión de la Comisión⁶⁸, se creó el Grupo de expertos en corrupción. Este grupo de expertos fue creado con la finalidad de asesorar a la Comisión en todas las cuestiones relativas a la corrupción y, en particular, para prestarle asistencia en la elaboración del informe anticorrupción anunciado en la comunicación anterior.

5.1. El Informe de lucha contra la corrupción de la UE (*EU Anti-corruption report*)

En respuesta a la petición del Parlamento Europeo de que sean supervisados periódicamente los esfuerzos de los Estados miembros de la UE⁶⁹ y a la vista de las limitaciones presentadas por otros mecanismos internacionales de vigilancia y evaluación⁷⁰, la Comisión estableció el mecanismo conocido como "Informe Anticorrupción de la UE" mediante su comunicación de 2011 relativa a la lucha contra la corrupción en la Unión. Este instrumento está gestionado por la Comisión, con la ayuda del grupo de expertos contra la corrupción y una red de

⁶⁶ De acuerdo con el art. 69B.1, esos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea»* (COM, 2011, p. 308 final).

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Decisión de la Comisión de 28 de septiembre de 2011 por la que se crea el Grupo de expertos en corrupción*, publicada en el DO C 286 de 30 de septiembre de 2011.

⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *Declaración por escrito 0002/2010 sobre los esfuerzos de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción*, adoptada por el Parlamento Europeo el 18 de mayo de 2010.

⁷⁰ Vid. apartado 2.1 de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea»* (COM, 2011, p. 308 final).

corresponsales locales de investigación conformada por representantes de la sociedad civil y del mundo académico, establecida por la misma Comisión.

El primer informe anticorrupción de la UE, finalmente traducido al español como “Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la UE”⁷¹, fue adoptado por el Consejo de la Unión Europea el 3 de febrero de 2014⁷², y deben ser elaborados nuevos informes anticorrupción cada 2 años.

El informe anticorrupción es el mecanismo, específico de la Unión Europea, de control y evaluación de los esfuerzos de los Estados miembros en materia de lucha contra la corrupción, en el que se reflejan tanto las vulnerabilidades y deficiencias como los logros y las buenas prácticas llevadas a cabo, procurando «promover altos estándares de lucha contra la corrupción en toda la UE»⁷³. En base a dicho informe puede apreciarse hasta qué punto existe en la UE y en cada uno de sus Estados miembros una lucha efectiva contra la corrupción⁷⁴.

El contenido más relevante del informe es el siguiente: como elemento central figura un capítulo temático, referido a algún aspecto relativo a la lucha contra la corrupción en la UE, donde se incluyen al respecto estudios de casos, ejemplos de buenas prácticas y recomendaciones⁷⁵; en segundo lugar, se incluye un análisis por países en los capítulos nacionales, con análisis y recomendaciones específicas para cada uno de los 28 Estados miembros, y que finalmente se ha publicado en forma de anexos⁷⁶; y por último, en este informe también se incluyen las tendencias de la UE respecto de experiencias sobre corrupción en el territorio de la Unión Europea⁷⁷. Para la elaboración de estos contenidos, la Comisión se sirve de múltiples fuentes de información, como «los mecanismos de supervisión existentes (GRECO, OCDE, UNCAC [ó, de acuerdo con las siglas utilizadas en este trabajo, CNUCC]), expertos independientes, conclusiones de la investigación, los servicios de la Comisión y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), los Estados miembros, las agencias de la UE como Europol y Eurojust, la Red Europea contra la Corrupción, los estudios del Eurobarómetro y la sociedad civil»^{78,79}.

⁷¹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE* (COM, 2014, p. 38), de 3 de febrero de 2014.

⁷² Si bien, tal y como indicaba la Comunicación de la Comisión de 2011, la previsión inicial fue que el primer informe anticorrupción fuera publicado durante el año 2013, su aprobación se retrasó hasta inicios del año siguiente.

⁷³ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE* (COM, 2014, p. 3).

⁷⁴ Vid. introducción de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea»* (COM, 2011, p. 308 final).

⁷⁵ En el primer informe anticorrupción publicado en 2014, el tema escogido ha sido la contratación pública.

⁷⁶ En efecto, el informe cuenta con un anexo por cada Estado miembro. Respecto de España, el anexo es el ya citado COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE* (COM, 2014, p. 38 final, Anexo 9), de 3 de febrero de 2014.

⁷⁷ Entre otras fuentes, es de especial relevancia el Eurobarómetro sobre corrupción, que mide a percepción de los ciudadanos europeos respecto de la corrupción en distintos ámbitos.

⁷⁸ En este último grupo destaca especialmente la contribución de Transparencia Internacional referente al análisis del sistema nacional de integridad de los Estados miembros de la Unión Europea, informe que también hemos citado aquí. La evaluación global, conjunta, de los Estados miembros de la Unión Europea se publicó en el informe TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Money, politics, power: Corruption risks in Europe*, Transparency International, Berlin, 2012; y, específicamente para el caso español, el informe completo se publicó en TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA y BEKE, cit.

⁷⁹ Vid. apartado 2.2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea» (COM, 2011, p. 308 final).

Respecto del capítulo nacional del Estado español, las cuestiones que la Unión Europea considera merecedoras de especial atención y señala en su informe como puntos vulnerables son la financiación de los partidos políticos, la corrupción a nivel regional y local, los conflictos de intereses y las declaraciones públicas de patrimonio, el desarrollo urbano, la contratación pública y el acceso a la información y la transparencia⁸⁰.

A pesar de constatar la existencia de recientes reformas legislativas en los ámbitos considerados, recomienda prestar mayor atención a varias cuestiones para fortalecer la lucha contra la corrupción en España: en primer lugar, recomienda proseguir con las reformas en curso y garantizar la aplicación efectiva de las nuevas normas sobre la financiación de los partidos políticos; en segundo lugar, aconseja desarrollar estrategias «a la medida para las administraciones regionales y locales, precedidas por evaluaciones de riesgo de corrupción», así como «[r]eforzar los mecanismos de control, hacer más transparente el proceso de toma de decisiones y garantizar una supervisión coherente de la calidad de la gobernanza local y regional»; en tercer lugar, recomienda el desarrollo de códigos de conducta (y sus respectivos instrumentos sancionadores en caso de incumplimiento) para los cargos electos, el desarrollo de códigos éticos dentro de los partidos políticos, la mejora de la regulación en materia de publicidad patrimonial y conflictos de intereses para los cargos electos y de libre designación, el refuerzo de la independencia y capacidad sancionadora de la Oficina de Conflictos de Intereses y garantizar un adecuado marco de aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (supervisión independiente de su aplicación e imposición de sanciones disuasorias); en cuarto y último lugar, se contienen una serie de recomendaciones referidas a los ámbitos sectoriales del urbanismo y la contratación pública: tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de Cuentas e instituciones equivalentes autonómicas respecto de los procedimientos de contratación pública y aumentar su capacidad para realizar un control efectivo de los contratos públicos a nivel autonómico y local, identificar los factores de riesgo de corrupción en la contratación y en la planificación urbanística en base a una evaluación independiente de las principales decisiones llevadas a cabo en ambos sectores durante los últimos años y la difusión de buenas prácticas normalizadas en materia de contratación pública⁸¹.

Conviene destacar, en último lugar, que a principios de 2017, cuando ya se esperaba la segunda edición del informe, se anunció la interrupción de este mecanismo evaluador. Tal y como explicó el primer vicepresidente de la Comisión Frans Timmermans, aunque el primer informe fuera muy útil en algunos aspectos, la Comisión ya no considera que continuar publicando periódicamente este tipo de informes evaluadores sea la mejor forma de proceder en la lucha contra la corrupción⁸².

5.2. La participación de la UE en instrumentos e iniciativas internacionales contra la corrupción

Más allá de los instrumentos propios, la UE también ha jugado cierto papel en otros instrumentos internacionales, mediante la adopción de posiciones comunes

⁸⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., sección 2 (“Cuestiones en el punto de mira”), pp. 5 y ss.

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 16.

⁸² La carta elaborada por el vicepresidente puede consultarse en: <http://transparency.eu/wp-content/uploads/2017/02/20170130-Letter-FVP-LIBE-Chair.pdf> (fecha de consulta: 20 de abril de 2017).

de los Estados miembros en su participación en otros foros internacionales. En concreto, el Consejo de la UE adoptó en 1997 dos posiciones comunes de los Estados miembros relativas a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en materia de lucha contra la corrupción⁸³. Con la primera posición común se acordó que los Estados miembros apoyarían la elaboración de instrumentos internacionales adecuados en los que se contemplara la tipificación penal de la corrupción de los funcionarios extranjeros y de los funcionarios de organizaciones internacionales, que velarían por que las disposiciones de los instrumentos elaborados en el Consejo de Europa y en la OCDE fueran compatibles entre sí y con otros instrumentos establecidos entre los Estados miembros (particularmente, respecto de las materias siguientes: asistencia judicial, extradición, lucha contra la corrupción y protección de los intereses financieros de la Comunidad) y que, en lo posible, coordinarían sus posiciones y se esforzarían por encontrar puntos de acuerdo en aquellas cuestiones relevantes para los intereses de la Unión Europea. La segunda posición común se refería casi exclusivamente a la elaboración del proyecto de Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, respecto del que los Estados miembros acordaron perseguir conjuntamente una específica definición de la infracción sancionada por el proyecto de convenio de la OCDE que fuera compatible con la infracción sancionada por el respectivo Convenio adoptado por la Unión Europea, alcanzar un determinado concepto de agente público extranjero, hacer constar en los trabajos de la OCDE que en el proyecto de convenio no se incluye el tráfico de influencias; y en general, abarcando tanto los convenios del Consejo de Europa como de la OCDE, se acordó recomendar el establecimiento de normas de competencia que garantizaran un grado de compromiso equivalente para todos los Estados que participaran en la represión de los actos de corrupción activa en los dos convenios, señalar la conveniencia de que se estableciera en los convenios un mecanismo de seguimiento eficaz y coordinado, buscar el mayor número de ratificaciones y que los convenios solo establecieran medidas de cooperación internacional en caso de necesidad manifiesta.

La UE no solo se limita a elaborar instrumentos propios para luchar contra la corrupción o a impulsar una posición común de los Estados miembros en las negociaciones llevadas a cabo en otras organizaciones internacionales sino que, además, en la medida de lo posible, procura participar directamente, por sí misma, en instrumentos pertenecientes a otros foros supranacionales.

Como vimos en el apartado dedicado a la CNUCC, el art. 67.3 de dicha convención permite la ratificación, aceptación o aprobación por parte de las organizaciones regionales de integración económica; y la Unión Europea (UE), aprovechando esa posibilidad, aprobó la CNUCC mediante la Decisión del Consejo 2008/801/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La UE también ha pretendido participar en el GRECO. En la Comunicación “Una política global contra la corrupción” de 2003, la Comisión ya consideró la posible participación de la UE en el GRECO como una de sus líneas de actuación

⁸³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Posición común, de 6 de octubre de 1997, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OCDE sobre la lucha contra la corrupción* (97/661/JAI), publicada en el Diario Oficial L 279 de 13 de octubre de 1997, y *Segunda posición común* (97/783/JAI), de 13 de noviembre de 1997, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en torno a la lucha contra la corrupción, publicada en el Diario Oficial L 320 de 21 de noviembre de 1997.

en su política contra la corrupción, pero dadas las limitadas competencias de la Unión Europea fue imposible desarrollar esta participación hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En ese nuevo marco de competencias de la UE, la Comisión elaboró un informe⁸⁴ analizando todas y cada una de las distintas formas de participación en los trabajos que permite el GRECO (observador y participante, en este último caso con dos variantes: adhesión de pleno derecho y adhesión con un derecho de voto limitado), más una fórmula alternativa: el programa conjunto. De todas las opciones posibles, finalmente en 2012 se acordó adoptar una participación en dos fases diferenciadas: en primer lugar, como participante de pleno derecho, lo que implicaría, entre otros aspectos, que la UE podría acceder a la información recogida por el GRECO y a participar en el proceso de evaluación de los Estados miembros de la UE y, si prestan su consentimiento, de los países candidatos; y una segunda fase de plena adhesión, lo que podría incluir la evaluación de las instituciones de la UE por parte del GRECO⁸⁵. Asimismo, el GRECO participará en la elaboración del informe anticorrupción de la UE.

6. Conclusiones: hacia un mejor cumplimiento de la obligación internacional de luchar contra la corrupción

Tras el sintético análisis de los múltiples instrumentos jurídicos internacionales que resultan vinculantes para el Estado español, así como de sus mecanismos de examen de cumplimiento, se pueden extraer una serie de conclusiones que deben ser consideradas en el futuro para el establecimiento o mejora de la política anticorrupción.

a) Del ordenamiento jurídico derivan auténticas obligaciones para los poderes públicos de luchar contra la corrupción.

España ha ratificado varios tratados internacionales en materia de lucha contra la corrupción, mediante los cuales se han asumido auténticas obligaciones en materia de prevención y sanción de la corrupción. En consecuencia, podría hablarse de una genuina obligación jurídica internacional⁸⁶, a la que debe dar cumplimiento el Estado español (mediante todos los poderes públicos que lo integran, en todos los niveles territoriales). Esa obligación no es genérica sino que se encuentra suficientemente perfilada por estos múltiples tratados internacionales, con obligaciones ya enumeradas previamente, como podrían ser las de eliminar las consecuencias de los actos de corrupción (p. ej. revocando una concesión que haya sido resultado de un acto de corrupción, art. 34 CNUCC), o la tipificación como delito del soborno de funcionarios públicos (art. 15 CNUCC).

Esta lucha contra la corrupción, de la que incluso se ha dicho que es una exigencia fundamental del Estado social y democrático de Derecho (Jiménez Villarejo, 1996, pp. 10-15) y que formaría parte natural de cualquier política de buena administración (Prats Català, 2007, pp. 13-29)⁸⁷, no se limita a la mera

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo de 6 de junio de 2011 sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)* (COM, 2011, p. 307 final), de 6 de junio de 2011.

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, «Participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)»*, (COM, 2012, p. 604 final), de 19 de octubre de 2012.

⁸⁶ Recuérdese, en este punto, que sólo algunas de las disposiciones de la CNUCC pueden ser consideradas en cierta medida *soft law*.

⁸⁷ PONCE SOLÉ (2012, pp. 93-140). Dando un paso más, se ha afirmado que la lucha contra la corrupción, en conexión con la buena gobernanza y la transparencia, se estaría consolidando como un nuevo estándar para el Derecho internacional, vid. PÉREZ GONZÁLEZ (2015, pp. 143-165).

transposición formal al ordenamiento interno de preceptos de extracción supranacional, sino que el cumplimiento de la misma debe resultar en una política eficaz contra la corrupción (vid. art. 5.1 CNUCC y art. 3 del Convenio de Lucha contra la Corrupción de 1997 de la OCDE), pues algunas obligaciones son claras exigencias de resultado⁸⁸. Ahora bien, ¿se extrae, del análisis precedente, que la práctica española haya sido adecuada tanto en el plano formal como en el de la efectividad en la aplicación?

b) El Derecho anticorrupción nacional debe adaptarse a los instrumentos internacionales en la materia, cumpliendo en lo posible las exigencias y recomendaciones que deriven de los mismos.

El marco internacional proporciona instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados (como la CNUCC) y también establece mecanismos de evaluación de la regulación y la puesta en práctica a nivel nacional de las distintas técnicas que se estiman eficaces para luchar contra la corrupción, que señalan vulnerabilidades o, en su caso, incumplimientos de los correspondientes tratados internacionales, y apuntan las buenas prácticas a efectos de promocionar las mejores técnicas de lucha contra la corrupción entre los Estados (como los mecanismos de evaluación de cumplimiento de los distintos tratados o el informe anticorrupción de la UE).

En consecuencia, entendemos que el desarrollo del Derecho anticorrupción nacional debe tener en cuenta, y cumplir, las obligaciones impuestas por los tratados internacionales celebrados, y es muy recomendable que, en lo posible, responda mediante la incorporación de buenas prácticas a las deficiencias detectadas en las evaluaciones efectuadas por órganos evaluadores internacionales.

A los incumplimientos detectados hay que añadir aquellos que todavía no han sido puestos de relieve por el simple hecho de que todavía no han sido objeto de evaluación. En ese aspecto, sorprende que todavía hoy se incumpla en buena parte del territorio español un artículo tan relevante en la lucha contra la corrupción como el art. 6 CNUCC, relativo a la constitución de órganos independientes de prevención de la corrupción, y que hasta fechas muy recientes tan solo había sido cumplido de forma explícita en Cataluña, mediante la creación de la Oficina Antifraude de Cataluña en 2008 (Cerrillo i Martínez, 2014, pp. 312-330), y a la que no ha sido hasta 2016 que se han empezado a sumar iniciativas equivalentes de otros territorios⁸⁹.

c) El Derecho español ya ha incorporado la gran mayoría de mecanismos exigidos o recomendados internacionalmente para luchar contra la corrupción, pero han demostrado ser notablemente ineficaces en la práctica.

Como ponen de relieve las evaluaciones de cumplimiento o seguimiento internacionales sobre la legislación nacional anticorrupción, se ha podido apreciar que ésta es muy completa, en la medida en que abarca la práctica totalidad de mecanismos recomendados para luchar efectivamente contra la corrupción.

⁸⁸ Por ejemplo, las ya mencionadas obligaciones de eliminar resultados de la corrupción del art. 34 CNUCC y de establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias en determinados casos de corrupción, que contempla el art. 3 del Convenio de Lucha contra la Corrupción de 1997 de la OCDE.

⁸⁹ Por ejemplo, mediante las leyes: 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears; 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana; y 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas (Aragón).

En efecto, tanto el Derecho penal como el administrativo cumplen de forma suficiente su papel de reprimir y prevenir la corrupción. En particular, el Derecho administrativo dispone de un elenco amplio y variado de instrumentos jurídicos que cubren la gran mayoría de instrumentos requeridos internacionalmente para luchar de forma efectiva contra este fenómeno, en particular tras la aprobación de la tantas veces exigida regulación general de transparencia administrativa y derecho de acceso a la información pública.

Aun cuando en algunos aspectos presenten algunas deficiencias que puedan propiciar la aparición de corrupción, también se advierten buenas prácticas en el plano autonómico⁹⁰, así como recientes modificaciones de la legislación estatal que parecen apuntar en la buena dirección, y atenúan también las deficiencias detectadas. Sin embargo, esos mecanismos presentan serios problemas de eficacia, y el control de la corrupción parece limitarse a la mera formalidad. Esta cuestión nos conduce, inexorablemente, a una nueva y distinta conclusión.

d) Es necesario que el ordenamiento jurídico incorpore medidas para incrementar la eficacia de los instrumentos y técnicas disponibles para combatir la corrupción.

En consecuencia, y dando un cumplimiento adecuado a la obligación de luchar contra la corrupción, entendemos que es necesario reforzar los mecanismos anticorrupción intentando mejorar su efectividad.

Según un informe de Transparencia Internacional de 2012, «[e]n su conjunto, una característica general del sistema [en España] es que [...] el marco formal de normas está suficientemente desarrollado, pero la aplicación de las mismas dista de ser la adecuada», a lo que contribuye la influencia (cuando no control) de los partidos políticos sobre las instituciones públicas. Subraya especialmente la debilidad de los mecanismos de rendición de cuentas en la práctica, y señala que las prácticas de despilfarro y las corruptelas no están suficientemente controladas ni sancionadas (Villoria y Beke, pp. 6-8).

Analizar las causas de esa ineficacia, así como las vías de mejora de los instrumentos jurídicos en vigor, constituiría por entero otro trabajo⁹¹. A mero título de ejemplo, valga la opinión de Alejandro Nieto (1997, pp. 203 y ss.)⁹², para quien la inoperatividad de los mecanismos preventivos y de control administrativos tiene su origen en la voluntad del Gobierno por perpetuar las prácticas corruptas. En su opinión, mientras formalmente se establecen medidas organizativas para luchar contra la corrupción, éstas se bloquean y se impide que funcionen correctamente en la práctica, controlando por ejemplo la asignación de medios personales o materiales para el control de la corrupción, para así garantizar que siempre serán insuficientes (lo que él denomina medidas de “contraorganización”). Por ello, no es de extrañar que el autor sugiera que: «[p]ara prevenir la corrupción lo primero que hay que hacer es permitir que funcionen los mecanismos que ya existen con tal objetivo. Mecanismos que pueden perfeccionarse, pero que para empezar tienen que ponerse en funcionamiento y es el caso que hasta ahora el propio Estado que los ha creado no los deja funcionar» (Nieto, 1997, p. 209).

⁹⁰ Por ejemplo, la Oficina Antifraude de Cataluña fue destacada como *best practice* en el informe de lucha contra la corrupción de la Unión Europea de 2014.

⁹¹ Un estudio de esa índole, centrado en la corrupción urbanística, se puede encontrar en CAPDEFERRO VILLAGRASA (2016).

⁹² Posteriormente, ha mantenido y ampliado alguna de sus principales observaciones en otras obras, como en NIETO (2008, pp. 153-180).

7. Bibliografía

BACIO TERRACINO, J. (2012), *The International Legal Framework against Corruption. States' obligations to prevent and repress corruption*, Intersentia, Cambridge.

- (2010) "Linking corruption and human rights", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 104, pp. 243-246.

BENITO SÁNCHEZ, D. (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid.

BOEHM, F. Y GRAF LAMBSDORFF, J. (2009), "Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional", *Revista de Economía Institucional*, vol. II, núm. 21, pp. 45-72.

BOERSMA, M. (2012), *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Intersentia, Cambridge.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (2016), *El Derecho administrativo y la prevención de la corrupción urbanística*, Marcial Pons, Madrid.

- (2013), "Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho administrativo y el Derecho penal", *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 112, nº 4, 2013, pp. 891-918.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014), *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra.

COCCIOLO, E. E. (2008), «Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo», *Revista de Lengua i Dret*, núm. 50, pp. 17-51.

CORRAL ESCARIZ, V. (2014), *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DE BENEDETTO, M. (2015), "Corruption and controls", *European Journal of Law Reform*, vol. 17 (4), pp. 479-501.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2014), *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, 2ª ed., Navarra.

HENNING, P. (2001), "Public corruption: A comparative analysis of international corruption conventions and United States law", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 18, núm. 3-2001, pp. 793-865.

HUBER, B. (2002), "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19, diciembre de 2002, pp. 95-115.

HUNTINGTON, S. P. (1968), *Political order in changing societies*, Yale University Press, New Haven-Londres.

JAIN, A. K. (2001), "Corruption: a review", *Journal of economic surveys*, vol. 15, núm. 1, Oxford, pp. 71-121.

JIMÉNEZ VILLAREJO, C. (1996), “Democracia contra corrupción”, *Jueces para la democracia*, núm. 27, pp. 10-15.

KAUFMANN, D. (2004), *Human rights and development: Towards mutual reinforcement*, 2004, conferencia.

KUMAR, C. R. (2005), “Corruption, Human Rights, and Development: Sovereignty and State Capacity to Promote Good Governance”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 99, pp. 416-419.

LAGUNES, F. (2012), “Corruption’s Challenge to Democracy: A Review of the Issues”, *Politics & Policy*, vol. 40, nº 5, pp. 802-826.

LEFF, N. H. (1964), “Economic development through bureaucratic corruption”, *American Behavioral Scientist*, vol. 8, pp. 8-14.

MARTINÓN QUINTERO, R. (2016), “Corrupción y Derechos Humanos. En particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm.10, abril – septiembre 2016, pp. 8-33.

MAURO, P. (1995), “Corruption and Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, núm. 110, vol. 3, pp. 681-712.

NIETO, A. (1997), *La corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

- (2008), *El desgobierno de lo público*, Ariel, 1º ed., Barcelona.

NIETO MARTÍN, A. (2003), “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*, núm. 12, pp. 3-26.

PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2015), “On Transparency, Good Governance and the Fight against Corruption: Some Lessons (and Questions) from an International Law Perspective”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 19, pp. 143-165.

PONCE SOLÉ, J. (2012), “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local: (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, *Anuario del Gobierno Local* 2012, pp. 93-140.

POSADAS, A. (2000), “Combating Corruption under International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 10, 2000, pp. 345-414.

PRATS CATALÀ, J. (2007), “La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, mayo-agosto 2007, pp. 13-29.

VILLORIA, MANUEL (Dir.) y BEKE, M. (Coord.) (2012), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLORIA, M. (2013), “Corrupción pública”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 159-167, en particular pp. 164-165.

- (2001), “Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España”, *GAPP*, núm. 21, mayo-agosto 2001, pp. 95-115.

VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F. (2012), “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”, *Revista de estudios políticos*, núm. 156, abril-junio, pp. 13-47.

VILLORIA, M., VAN RYZIN, G. G., y LAVENA, C. F. (2012), “Social and political consequences of administrative corruption: a study of public perception in Spain”, *Public administration review*, vol. 73, pp. 85-94.

WEBB, P. (2005), “The United Nations Convention against Corruption. Global achievement or missed opportunity?”, *Journal of International Economic Law*, núm. 8, vol. 1, pp. 191-229.

WHITE, S. (1998), *Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight Against Fraud and Corruption*, Wolters Kluwer, La Haya.

Personal docente universitario y contratación temporal abusiva

University teaching staff and abusive use of fixed-term contracts

Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
ibeltran_de_heredia@uoc.edu

Recibido / received: 10/07/2017
Aceptado / accepted: 31/07/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3809>

Resumen

Análisis de la STS 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015) que, a la luz de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE, declara que una sucesión de contratos temporales de un profesor de la Universitat de Barcelona debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y por atender a necesidades permanentes de la Universidad. El estudio concluye que el contenido de esta doctrina puede acabar forzando una redefinición de la gestión del personal docente universitario existente.

Palabras clave

Personal docente universitario, Directiva 1999/70, contratación temporal abusiva.

Abstract

Analysis of the STS 1 June 2017 (rec. 2890/2015), which, in the light of the doctrines Pérez López and Márquez Samohano of the EU Court, states that a succession of teaching contracts at the University of Barcelona should be described as abusive because it was not linked to the objectives of the fixed term contract used and were used to attend to the University's teaching permanent needs. The study concludes that this doctrine can force a redefinition of the existing management of university teaching staff.

Keywords

University teaching staff, Directive 1999/70, abusive use of fixed-term contracts.

SUMARIO. 1. Punto de partida: la precariedad derivada de la excesiva temporalidad y su reflejo en la contratación del personal docente universitario. 2. Notas (muy breves) sobre la caracterización del profesor asociado. 3. Fundamentación de la STS 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015). 4. Valoración final: renovación ilícita si no concurre provisionalidad e indefinidos no fijos.



1. Punto de partida: la precariedad derivada de la excesiva temporalidad y su reflejo en la contratación del personal docente universitario

El mercado de trabajo español padece, desde hace décadas, gravísimos problemas que (en términos de precarización) supuran de la acentuada dualidad que lo caracteriza. La preferencia del legislador por la contratación indefinida, manifestada a través de la exigencia de un motivo (o causa) que justifique el recurso a la contratación temporal, no se ha traducido en un uso preferente y generalizado por la primera (Beltrán de Heredia Ruiz, 2016).

Al contrario, el empleo de la contratación temporal irregular (esto es, sin respetar el principio de causalidad) está ampliamente asentado y, lo que es peor, a pesar de su carácter endémico (y ampliamente conocido), no parece que sea una práctica que tenga visos de erradicarse a corto o medio plazo.

De hecho, el derecho comunitario, a través del TJUE, ha manifestado en diversas ocasiones la inadecuación de nuestro marco normativo a los requerimientos que se desprenden de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP. Y particularmente duros han sido sus pronunciamientos cuando se trata de evaluar el (masivo y prolongado) recurso a la contratación temporal irregular o abusiva en el empleo público, plenamente sujeto a dichas disposiciones comunitarias¹.

Las tres sentencias de septiembre de 2016 (Casos “de Diego Porras”; “Martínez Andrés y Castrejana López”; y “Pérez López”) son particularmente ilustrativas al respecto, evidenciando una situación particularmente preocupante, cuya solución (es obvio) no es sencilla.

Lo que no cabe duda es que estos pronunciamientos han “sacudido” el statu quo interno (de hecho, se las ha calificado de “trío sísmico”) y están contribuyendo a cuestionar unas inercias patológicas sólidamente asentadas (y resignada y generalizadamente aceptadas); y, sobre todo, a convencer a todos los operadores (y, especialmente, al Legislador) de la necesidad de articular con urgencia una reformulación en profundidad del modelo existente (Goerlich Peset, 2017).

Y, en este contexto, lamentablemente, la Universidad tampoco ha quedado exenta de esta problemática. Las fórmulas de contratación del personal docente que habilita la Ley Orgánica de Universidades (LOU) han sido empleadas, en un número (muy) superior al que sería deseable (o aceptable), de forma “dudosa”, especialmente en contextos (recientes) de contención presupuestaria (Pérez Rey y Trillo Párraga, 2014; y Moreno Gené, 2014)². En este sentido, es importante destacar que el propio TJUE (Auto 9 febrero de 2017, C 443/16, Rodrigo Sanz), en relación a una reducción de jornada impuesta a profesores funcionarios interinos y no a los de carrera, ha declarado que la contención presupuestaria no es un elemento objetivo que justifique suficientemente un trato diferenciado (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017a).

¹ Entre otras, SSTJUE 4 de julio 2006 (C-212/04), Adeneler; y 13 de marzo 2014 (C-190/13), Márquez Samohano. Y en la doctrina al respecto, entre otros, Rodríguez-Piñero Royo (2017: 48 y ss.).

² De hecho, la tasa de temporalidad en el ámbito universitario se sitúa alrededor del 40%. Rodríguez-Piñero Royo (2017: 37).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015), que resuelve un recurso de casación frente a la STSJ Cataluña 22 de mayo 2015 (rec. 1663/2015), - finalmente - ha evidenciado esta específica problemática y, al abordarla, ha cuestionado (profundamente) la adecuación de la política de contratación empleada de forma generalizada en muchos centros universitarios, colocándola en una encrucijada³.

En este pronunciamiento, en esencia, revocando el criterio mantenido en suplicación, el Alto Tribunal (a la luz de la doctrina del TJUE en los casos “Márquez Samohano” y “Pérez López”), estima que, una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades de acuerdo con la normativa autonómica: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva, porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y, muy significativamente, por atender a necesidades permanentes de la Universidad.

Es importante advertir que esta sentencia ha puesto en el punto de mira a la figura del “profesor asociado” a tiempo parcial, pero no solo, pues (como se expondrá con posterioridad), de la lectura de la fundamentación y, sobre todo, atendiendo a las características de las sucesivas tipologías contractuales formalizadas por el docente en la citada Universidad, principalmente, también castiga el uso de modalidades temporales de naturaleza provisional para cubrir necesidades permanentes.

No cabe duda que se trata de un fallo especialmente relevante para el modelo de contratación empleado en el sistema universitario, que podría llegar a tener un notable impacto en la articulación del personal docente (pudiendo llegar, incluso, a forzar una amplia consolidación)⁴.

De modo que el interés por el contenido de este pronunciamiento está fuera de toda duda. No obstante, antes de proceder al análisis de la fundamentación que ha llevado al TS a sostener este criterio interpretativo, conviene detenernos, brevemente, en la figura del profesor asociado para (sin pretender una exhaustiva exposición) conocer someramente sus elementos característicos más relevantes y así comprender mejor la matriz argumentativa de la citada sentencia.

2. Notas (muy breves) sobre la caracterización del profesor asociado

Es importante tener en cuenta, siguiendo a Moreno Gené (2014: 236), que recoge el parecer de la doctrina judicial al respecto (entre otras, la STSJ Galicia 24 de abril 2009, rec. 675/2009), que el art. 48 de la Ley Orgánica de Universidades (LOU) evidencia “la posibilidad de que puedan existir contratos temporales al margen de los previstos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores”, debiéndose aplicar éste con carácter supletorio⁵.

Y, en este contexto, siguiendo con el mismo autor (Moreno Gené, 2014: 236), la figura de los profesores asociados “constituye el puente entre la universidad,

³ De hecho, un sector de la doctrina, se ha apresurado a reclamar una “ordenación” urgente de la contratación del profesorado universitario. Rojo Torrecilla (2017).

⁴ Especialmente, si se tiene en cuenta que esta doctrina ha sido confirmada por la STS 22 de junio 2017 (rec. 3047/2015).

⁵ Una exposición sintetizada de las diversas modalidades de contratación temporal en el sector universitario y de investigación en Rodríguez-Piñero Royo (2017: 35-37).

en especial la docencia y la investigación que en la misma se realiza, y el mundo profesional que se desenvuelve de forma preferente fuera de la misma”⁶.

Se trata, por tanto, de un contrato de naturaleza temporal y a tiempo parcial, para desarrollar principalmente actividades docentes y cuya licitud está asociada a la concurrencia de los requisitos que lo caracterizan (en esencia – pues, puede variar en función de cada normativa autonómica y las regulaciones convencionales – la acreditación de una actividad profesional fuera del ámbito académico universitario); renovable (siempre que concurren dichos requisitos y, en ocasiones, con carácter limitado); y excluida expresamente (ex DA 15^a.2 ET) de las reglas de limitación de la contratación temporal previstas en el art. 15.5 ET (y que precipitan la calificación de relación como indefinida si se acumula una prestación de servicios temporal determinada en un cierto período de tiempo) (Moreno Gené, 2014:236-240)⁷.

En definitiva, por tanto, se dan todas las circunstancias legales para que la sucesión de contratos sea una práctica muy habitual (y, a priori, no pueda ser calificada de fraudulenta⁸).

No obstante, la STS 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015), alterará radicalmente esta apreciación, al albur de la idea de que el universitario “... [no es] un espacio inmune al cumplimiento de la normativa comunitaria y española sobre contratación temporal y las consecuencias de una utilización indebida de la misma”.

Veamos, a continuación, la fundamentación esgrimida por el Alto Tribunal para precipitar este giro interpretativo.

3. Fundamentación de la STS 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015)

Superado el juicio de contradicción (aportándose como sentencia de contraste la STSJ Madrid 12 de diciembre 2014, rec. 713/2014) los argumentos del Tribunal Supremo para calificar como abusiva esta sucesión contractual pueden sintetizarse en 3 ideas clave y una conclusión:

Primera: la doctrina del TJUE en el caso “Pérez López”

El contenido de esta doctrina, como se ha apuntado, forma parte de lo que se conoce como “trío sísmico” y se refiere, específicamente, a nombramientos sucesivos – en el marco del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud – para “realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria”.

En este sentido, el TJUE (reiterando una doctrina consolidada) estima que, si bien es posible el recurso a la contratación temporal sucesiva, es necesario que la

⁶ O, como apuntan Pérez Rey y Trillo Párraga (2014: 13) - recogiendo el planteamiento de la Exposición de Motivos de la LOU -, “esta figura aporta al ámbito de la docencia ‘el conocimiento y la experiencia de profesionales del sector productivo’. Esta importante función justifica que la presencia de profesores asociados haya sido una constante en el sistema universitario español, dado el importante papel docente que desempeñan, difícilmente sustituible por cualquier otra figura contractual o estatutaria de las contempladas en las distintas legislaciones sobre el particular”.

⁷ Y, en relación a la citada D. Ad. ver también, Ballester Laguna (2016: 252).

⁸ Recogiendo el criterio de la doctrina judicial al respecto (en concreto, la STSJ Galicia 24 de abril 2009, rec. 675/2009), Moreno Gené (2014: 241).

misma quede justificada por “razones objetivas”. Y, en este sentido, el TJUE ha entendido que “el concepto de «razones objetivas» se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”.

En cambio, prosigue el TJUE, “una disposición legislativa o reglamentaria nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias que se han precisado”. De modo que “una disposición de esta naturaleza, de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Por tanto, tal disposición entraña un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de contratos y, por ende, no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco”.

De modo que, si no concurren dichas medidas objetivas y se entiende se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, debe poderse aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con el objeto de eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión”.

Pues bien, en este sentido, el TS en la sentencia objeto de comentario, haciéndose eco de esta doctrina, destaca dos elementos clave de la misma y que resultarán determinantes para la resolución del caso enjuiciado. En primer lugar, recalca que “la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral (...)”.

Y, en segundo lugar, que “la observancia de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y que una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal”.

Segunda: el ámbito universitario no es un espacio inmune al cumplimiento de la normativa comunitaria y española sobre contratación temporal

En la línea apuntada con anterioridad, respecto a la sujeción de la Administración a la legalidad vigente, el TS entiende que “la Administración en su condición de empresario puede recurrir tanto a la contratación indefinida como a la contratación temporal, si bien, en este último caso los supuestos en los que resulta admisible la contratación temporal son los mismos y en las mismas condiciones que los previstos en la legislación laboral común, salvo norma legal específica que ampare la

posibilidad de acudir a otro tipo de contratos temporales o de modalidades contractuales diferentes y específicas, que es lo que ocurre en el ámbito universitario” (esto es, art. 48 LO 6/2001, de Universidades).

De modo que, llegados a este estadio y siguiendo con la exposición anterior respecto a los elementos característicos de esta modalidad de contratación temporal, el Alto Tribunal expone que la misma “ha estado siempre vinculada a profesionales de reconocido prestigio. Con su formalización se pretende incorporar al mundo universitario a tales profesionales para puedan aportar la experiencia y conocimientos adquiridos en su actividad profesional diaria. Siendo esto así, no sólo se deberá acreditar el desempeño de una actividad profesional distinta a la universitaria, sino también, que ésta guarde relación directa con las actividades docentes fijadas en la convocatoria y que, a su vez, se haya desempeñado durante un lapso de tiempo más o menos amplio que le confiera al candidato la condición de ‘profesional de reconocido prestigio’”.

Tras describir las características del contrato de profesor asociado (brevemente descritas con anterioridad), el TS afirma que “en el ámbito universitario, la forma normal de prestación de servicios” queda sujeta a “la lógica general del cumplimiento de las previsiones legales en orden a las posibilidades de celebrar cada uno de los contratos previstos; esto es, que las modalidades contractuales específicas de este ámbito docente y los contratos temporales comunes, cuando resulten de aplicación, únicamente podrán ser utilizadas en los casos, durante los períodos y para las necesidades previstas legalmente”.

De modo que, concluyendo con esta segunda “idea clave”, asevera que “en el ámbito de la docencia universitaria la contratación temporal es posible en los supuestos previstos en la ley, incluso para atender necesidades permanentes, siempre que tales contrataciones respondan a los fines e intereses protegidos por la norma legal que habilita la correspondiente contratación temporal”.

Tercera: la doctrina del TJUE “Márquez Samohano”

Este argumento (juntamente con lo expuesto respecto de la doctrina “Pérez López”) se erige en el elemento argumentativo principal, especialmente porque esta doctrina se refiere específicamente a un caso de un profesor asociado en una situación similar a la enjuiciada en este caso (Pérez Rey y Trillo Párraga, 2014; Moreno Gené, 2014; y Castellano Burguillo, 2014).

En síntesis, el TJUE en este caso sostiene que “la celebración y renovación, por parte de las universidades, de contratos de trabajo de duración determinada con profesores asociados (...), están justificadas por la necesidad de confiar a «especialistas de reconocida competencia» que acrediten que ejercen su actividad profesional fuera de la universidad el desarrollo a tiempo parcial de tareas docentes específicas, para que éstos aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad, estableciendo de este modo una asociación entre el ámbito de la enseñanza universitaria y el ámbito profesional”.

Además, en la medida que el marco normativo exige que el profesor asociado haya ejercido una actividad profesional remunerada, durante un período mínimo de varios años durante un período anterior a su contratación por la Universidad y que estos contratos “se celebran y renuevan siempre que siga cumpliéndose el requisito del ejercicio de la actividad profesional y deben finalizar cuando el profesor asociado de que se trate cumpla la edad de jubilación”, el TJUE, asumiendo que los contratos de duración determinada son característicos del

empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades, concluye que se establecen “las circunstancias precisas y concretas en las que los contratos de trabajo de duración determinada pueden celebrarse y renovarse para contratar profesores asociados y responde a una necesidad auténtica”⁹.

No obstante, el propio TJUE advierte que “aunque pueda en principio admitirse la razón objetiva prevista por una normativa nacional (...) las autoridades competentes deben procurar que la aplicación concreta de esa normativa nacional, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio, se ajuste a las exigencias del Acuerdo marco”. Y, en concreto, deben establecerse “criterios objetivos y transparentes con objeto de comprobar si la renovación de esos contratos responde efectivamente a una necesidad real y puede lograr el objetivo pretendido y necesario a tal efecto”. De modo que “la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, no está justificada a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco”.

Lo que significa que debe comprobarse “que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada con profesores asociados trata de atender a necesidades provisionales, y que una normativa (...) no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas de las universidades en materia de contratación de personal docente”.

Llegados a este estadio y volviendo a la argumentación esgrimida por la sentencia objeto de comentario, es importante destacar la voluntad explícita del TS de “acomodar” esta fundamentación del TJUE al marco interno. Y, por este motivo, afirma que la misma debe complementarse “con las precisiones que esta Sala puede añadir para una comprensión más general de la doctrina aplicable”; quedando reflejada en los siguientes términos (que, por su relevancia, casi reproduzco en su completa literalidad):

Apartado a) La cláusula 5 del Acuerdo marco (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de prórrogas de dichos contratos, desde el momento en que tales contratos están justificados por una razón objetiva.

Apartado b) Al órgano judicial interno le corresponde comprobar la existencia de la justificación por razón objetiva que, en principio, se presume de los contratos para profesores asociados celebrados en las condiciones establecidas en la normativa vigente puesto que la mera circunstancia de que los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados se renueven para satisfacer una necesidad recurrente o permanente de las universidades en la materia y que tal necesidad no se pueda satisfacer mediante un contrato de trabajo

⁹ Argumento (ajustadamente) criticado por la doctrina (Pérez Rey y Trillo Párraga, 2014: 144) porque “el razonamiento de la sentencia no asume que en realidad las particularidades de los profesores asociados, ser profesionales de reconocida competencia y mantener esa condición en las sucesivas renovaciones, no implica necesariamente la temporalidad del contrato. Es difícil ver en las tareas docentes de estos profesionales una especial naturaleza o característica inherente que las particularice frente al conjunto de la actividad docente de las universidades. Y a su vez no se entiende bien por qué la necesidad de mantener su labor profesional para seguir prestando servicios en la universidad debe por fuerza articularse mediante la contratación temporal”.

de duración indefinida no permiten excluir la existencia de una razón objetiva (...), dado que la naturaleza de la actividad docente en cuestión y las características inherentes a tal actividad pueden justificar, en el contexto de que se trate, el uso de contratos de trabajo de duración determinada. Los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas docentes bien definidas -ligadas a su quehacer profesional fuera de la universidad- que forman parte de las actividades habituales de las universidades

Apartado c) Incumbe al órgano judicial interno comprobar en cada caso que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada en cuestión trata realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la reguladora de la contratación de profesores asociados no sea utilizada, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas ordinarias en materia de contratación de personal docente. Y ello porque la renovación de tales contratos temporales debe corresponderse a una necesidad real de lograr el objetivo pretendido por los mismos e inherente a su propia configuración contractual.

Apartado d) La renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, cuando no están conectadas con la finalidad de la modalidad contractual elegida, no está justificada a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a) del Acuerdo Marco puesto que no pueden utilizarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente y alejadas de la configuración finalista del propio contrato utilizado.

Conclusión: existencia de un uso abusivo en la contratación

A la luz de todo lo expuesto, (y tras descartar la aplicación del art. 9.2 ET), el TS entiende que la modalidad contractual empleada por la Universitat de Barcelona no se ajusta al marco normativo. Y, en este sentido sostiene que “Lo que realmente hay en este tipo de situaciones es la utilización de una modalidad contractual, generalmente temporal, para la realización de trabajos que no resultan amparados por la regulación finalista del contrato utilizado. Existe, por tanto, una situación de fraude en la utilización de la modalidad contractual de que se trata”. A lo que añadirá posteriormente que “Nos encontramos sin duda ante una sucesión de contratos de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero (...)”. Y, además, no ha quedado acreditado que “el demandante realizara una actividad profesional ajena a la Universidad cuando fue contratado como asociado”.

Por consiguiente, concluye que “la sucesiva concatenación de contratos temporales bajo el formal amparo de modalidades contractuales específicas del ámbito universitario que no cumplían materialmente los requisitos y las finalidades previstas legalmente implicó una actuación fraudulenta que determinó, por ministerio de la ley, la consideración de que existía un contrato de carácter indefinido no fijo, cuya unilateral extinción bajo la alegación de finalización de una duración temporal inexistente debió calificarse como despido improcedente”¹⁰.

¹⁰ En la doctrina avanzando esta posible interpretación a pesar de lo apuntado en la doctrina “Márquez Samohano”, Moreno Gené (2014: 250-251).

4. Valoración final: renovación ilícita si no concurre provisionalidad e indefinidos no fijos

A mi entender, los pilares centrales de la argumentación del TS para estimar que concurre un fraude de ley (según sus palabras, “resulta evidente”) son:

Primero: la realización de necesidades docentes regulares y estructurales de la universidad demandada desvinculadas de los objetivos propios de la contratación utilizada.

Segundo: falta de acreditación de la realización de una actividad profesional ajena a la Universidad cuando el docente fue contratado como asociado.

Teniendo en cuenta que el demandante, con posterioridad a su condición de “asociado”, fue contratado como “lector” (modalidad que no exige la acreditación de una actividad en el ámbito profesional), salvo que se entienda que la cadena contractual ha quedado “contaminada” a causa de la ilicitud de los primeros contratos de profesor asociado (aspecto que no detalla la sentencia), podría entenderse que el fraude concurre en gran medida porque, a partir de un determinado momento, los contratos se dirigieron a la realización de necesidades docentes regulares y estructurales de la universidad.

Y, en este sentido, la sentencia, al “precisar” la doctrina del TJUE “Márquez Samohano”, parece que estaría corroborando este planteamiento. En efecto, repárese que, si bien es cierto que en los contratos de profesores asociados se presume la existencia de una razón objetiva¹¹; a continuación, condiciona su licitud a la concurrencia de una “necesidad provisional”¹².

O, dicho en otras palabras (convirtiéndose probablemente en el elemento más destacable de esta sentencia), el TS estaría estableciendo una presunción de licitud iuris tantum, que decaería en el caso de que no se pruebe la existencia de una “necesidad provisional”. Y, si se confirmara esta doctrina, parece razonable entender que, en el ámbito universitario, la misma sería exigible más allá de los contratos temporales a profesores asociados.

Planteamiento (en su conjunto) verdaderamente contundente porque, si como se apuntaba al inicio de este ensayo, el recurso a las modalidades de contratación temporal por parte de estos centros docentes se ha alejado de los márgenes de la legalidad en un número (muy) considerable de supuestos, el número de trabajadores indefinidos no fijos “potenciales” podría experimentar un incremento notable.

¹¹ Recuérdese, (“Cuarto. Apartado b”), la misma no queda excluida porque “se renueven para satisfacer una necesidad recurrente o permanente de las universidades en la materia y que tal necesidad no se pueda satisfacer mediante un contrato de trabajo de duración indefinida”.

¹² Recuérdese: “Cuarto. Apartado c)”: “Incumbe al órgano judicial interno comprobar en cada caso que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada en cuestión trata realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la reguladora de la contratación de profesores asociados no sea utilizada, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas ordinarias en materia de contratación de personal docente”.

Lo que, en relación a estos posibles indefinidos no fijos¹³, significaría lo siguiente (de acuerdo con la reciente doctrina del TS):

Primero: al no ser contratos “temporales” (ex STS 28 de marzo 2017, rec. 1664/2015 (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017b)), la llegada del término pactado no provocaría la ineficacia contractual (describiendo, en cambio, un despido improcedente, como en el caso enjuiciado).

Segundo: la extinción por cobertura reglamentaria de la plaza implicaría el reconocimiento de una indemnización de 20 días (ex STS 28 de marzo 2017, rec. 1664/2015); y

Tercero: su amortización únicamente podría articularse a través de la resolución por “causas de empresa” - arts. 51 y 52.c) ET (ex SSTS 24 de junio 2014, rec. 217/2013; y 8 de julio 2014, rec. 2693/2013).

Vectores que (de confirmarse) estarían describiendo, sin duda, una nueva matriz en la gestión del personal docente universitario.

Bibliografía

- BALLESTER LAGUNA, F. (2016), “¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE”. En Ballester Laguna (Coord.), *El estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, INAP, Madrid.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2017a), “Vulneración Directiva 1999/70 por reducción de jornada a profesor universitario funcionario interino y no a los de carrera”, Blog del Autor (fecha de consulta: 28/07/17): <http://ignasibeltran.com/2017/03/01/vulneracion-directiva-199970-por-reduccion-de-jornada-a-profesor-universitario-funcionario-interino-y-no-a-los-de-carrera/>
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2017b), “¿Qué es un indefinido no fijo? A propósito de la STS 28 de marzo de 2017”, *Revista de Derecho VLex*, núm. 155.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2016), “El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad en la actividad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 74.
- CASTELLANO BURGUILLO, E. (2014), “Protección de los trabajadores titulares de un contrato de profesor asociado en las universidades españolas”, *Temas Laborales*, núm. 126.
- GOERLICH PESET, J. M. (2017), “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral*, núm. 110.
- MORENO GENÉ, J. (2014), “La contratación irregular de profesores asociados de Universidad y sus efectos: comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, de 28 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Social*, núm. 68.
- PÉREZ REY, J. y TRILLO PÁRRAGA, F. (2014), “Precariedad en la universidad pública: los ‘falsos asociados’. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 13 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Social*,

¹³ Al respecto, es importante advertir que no existe una doctrina consolidada sobre si el carácter de indefinido no fijo puede ser únicamente reconocido por sentencia judicial o no. Así, entendiendo que debe ser judicial (*obiter dicta*), STSJ\C-A Cataluña 19 de febrero 2014 (rec. 170/2013); y, manteniendo que no es necesario, SAN 10 de febrero 2016 (rec. 335/2015).

núm. 66.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2017), “La contratación temporal en el sector público”, *Documentación Laboral*, núm. 110.

ROJO TORRECILLA, E. (2017), “Toca ordenar, con rapidez, la contratación de profesorado universitario (no sólo del asociado) y cumplir con la normativa (europea, estatal y autonómica) vigente. Notas a la importante sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017”, Blog del Autor (fecha de consulta: 28/06/17):

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/06/toca-ordenar-con-rapidez-la.html>

La investidura del Presidente del Gobierno: un análisis a la luz de la experiencia reciente

The investiture procedure in Spain: an analysis in light of the recent experience

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

Recibido / received: 12/06/2017
Aceptado / accepted: 28/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3811>

Resumen

Las elecciones generales de 2015 y 2016 en España han puesto fin a un período de más de tres décadas marcado por un claro bipartidismo. Hasta ese momento, los procesos de investidura no revistieron nunca una especial dificultad, lográndose de un modo relativamente rápido la formación de gobierno. La nueva situación política, que ha traído 315 días sin un gobierno en plenitud de funciones, aconseja revisar la normativa constitucional relativa a la elección del Presidente del Gobierno, reflexionando sobre la conveniencia o no de introducir algunas reformas.

Palabras clave

Investidura, elección del Presidente, gobierno parlamentario, funciones del Rey, reforma constitucional.

Abstract

More than three decades of a strong two-party system ended after the Spanish general elections of 2015 and 2016. Until then, investiture had never been particularly difficult and the formation of the government had taken place rapidly. The new political situation, that produced a 315-day span without government, suggests reviewing the constitutional rules for the election of the President of the Government and discussing whether or not some legal reforms are convenient.

Keywords

Investiture, election of the President, parliamentary government, the King's constitutional role, constitutional reform.

SUMARIO. 1. Un nuevo panorama político. 2. Regulación general del proceso de investidura. 3. El papel del Rey. 4. El papel del candidato.



5. El “reloj de la democracia”. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía. 8.
Apéndice: votaciones de investidura (1979-2016).

1. Un nuevo panorama político

Las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 generaron un vuelco en el sistema de partidos asentado en España en los últimos 30 años. Por primera vez, los dos grandes partidos políticos apenas lograban superar por unas décimas el umbral del 50% de los sufragios. Se ponía así fin a un período histórico en que, como puede observarse en la Tabla 1¹, la suma de sus votos llegó en ocasiones a más del 80% de los votos totales, y en que nunca había descendido por debajo del 65%.

Tabla 1

Elecciones	Porcentaje acumulado de voto de los dos principales partidos
1979	65,24 (34,84 UCD + 30,40 PSOE)
1982	74,47 (48,11 PSOE + 26,36 AP-PDP)
1986	70,03 (44,06 PSOE + 25,97 AP-PDP-PL)
1989	65,39 (39,60 PSOE + 25,79 PP)
1993	73,54 (38,78 PSOE + 34,76 PP)
1996	76,42 (38,79 PP + 37,63 PSOE)
2000	78,68 (44,52 PP + 34,16 PSOE)
2004	80,3 (42,59 PSOE + 37,71 PP)
2008	83,81 (43,87 PSOE + 39,94 PP)
2011	73,39 (44,63 PP + 28,76 PSOE)
2015	50,72 (28,71 PP + 22,01 PSOE)
2016	55,64 (33,01 PP + 22,63 PSOE)

El paso de un sistema bipartidista a uno multipartidista tuvo su más relevante consecuencia cuando llegó el momento de intentar formar un gobierno. Hasta el momento los procesos de investidura en España no habían tenido una especial dificultad. El líder del partido más votado siempre logró la Presidencia del Gobierno en la sesión parlamentaria convocada a tal efecto y, en la mayoría de los casos, de manera holgada en primera votación². El nuevo panorama político, con cuatro partidos con más de 40 escaños, y todos ellos alejados de la mayoría absoluta, provocó que la elección del nuevo jefe del ejecutivo se convirtiera en un rompecabezas al que las negociaciones no lograron dar solución alguna. 2016 se convirtió así en el año en que acontecieron situaciones nunca antes vistas en nuestro sistema político-constitucional. Por primera vez un líder político declinaba el ofrecimiento del Rey de ser candidato a la Presidencia del Gobierno. Por primera vez el Rey propuso como candidato al líder de una formación que no había ganado las elecciones. Por primera vez un candidato no obtuvo la confianza del Congreso

¹ Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior disponibles en: <http://www.infoelectoral.mir.es/infoelectoral/min/>

² Solo Leopoldo Calvo-Sotelo (1981) y José Luis Rodríguez Zapatero (2008) habían necesitado segunda votación para lograr la investidura.

de los Diputados en una sesión de investidura. Y por primera vez se procedió a la disolución automática de las Cortes Generales ante la imposibilidad de formar un gobierno tras dos meses desde la primera votación.

Celebradas las nuevas elecciones el 26 de junio de 2016, el reparto de fuerzas sufrió muy pocas variaciones. El bloqueo político se mantuvo otros 125 días y solo in extremis se logró evitar una nueva disolución de las Cámaras. Como se comprueba en la Tabla 2³, tras 37 años en que los procesos de formación de gobierno apenas duraban unos 44 días de media tras las elecciones, 2016 nos ha deparado 10 meses de interinidad.

Tabla 2

Legislatura	Fecha elecciones	Fecha investidura	Días transcurridos
I (1979-1982)	01-03-79	30-03-79	29
II (1982-1986)	28-10-82	01-12-82	34
III (1986-1989)	22-06-86	23-07-86	31
IV (1989-1993)	29-10-89	05-12-89	37
V (1993-1996)	06-06-93	09-07-93	33
VI (1996-2000)	03-03-96	04-05-96	62
VII (2000-2004)	12-03-00	26-04-00	45
VIII (2004-2008)	14-03-04	16-04-04	33
IX (2008-2011)	09-03-08	11-04-08	33
X (2011-2015)	20-11-11	20-12-11	30
XI (2015-2016)	20-12-15	-	-
XII (2016-)	26-06-16	29-10-16	125 (314)

Todos estos acontecimientos nos llevan a la necesidad de reflexionar sobre el sistema de investidura diseñado por la Constitución de 1978, con el ánimo de analizar la pertinencia o no de su reforma. Un modelo multipartidista no tiene por qué conducir de manera obligada a un colapso del que sea imposible hacer emerger un gobierno. Pero sí resulta evidente que la formación del mismo se torna más compleja. La fragmentación parlamentaria obliga a los partidos a enarbolar la bandera del diálogo y la moderación, abandonando la mentalidad del veto y la línea roja. Carentes estas virtudes en el juego político español registrado en los últimos tiempos, el proceso de investidura ha devenido tortuoso.

El primer episodio de desbordamiento de un sistema bipartidista hasta ahora de férrea salud ha conducido a un período de 315 días sin gobierno en plenitud de facultades (solo nos superan en este ámbito Bélgica, con 541 días; Moldavia, con 528; y Camboya, con 352). Más allá de la necesaria asunción por las formaciones políticas de un sistema de valores en que prime la capacidad de cesión, la altura de miras y la responsabilidad institucional, imprescindibles en todo régimen parlamentario, parece saludable preguntarse, desde la óptica del Derecho Constitucional, por la oportunidad de introducir alternaciones en el marco jurídico del proceso de formación de Gobierno que puedan facilitar el logro de su objetivo y la superación de algunas de sus dificultades.

2. Regulación general del proceso de investidura

El artículo 99 de la Constitución española es el encargado de regular el proceso ordinario de designación del Presidente del Gobierno. La primera de las etapas de este proceso es protagonizada de manera inequívoca por el Jefe del Estado. A él

³ Elaboración propia a partir de datos extraídos de www.congreso.es

corresponde iniciar una serie de consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria y proponer, tras ellas, un candidato a través del Presidente del Congreso. El candidato propuesto por el Rey deberá exponer el programa político del gobierno que pretenda formar y solicitar la confianza de la Cámara baja. Obtendrá ésta si logra la mayoría absoluta de los votos en primera votación. De no ser así, se celebrará una segunda cuarenta y ocho horas después en la que será suficiente la mayoría simple. De no lograr éxito en ninguna de las dos ocasiones, se tramitarán sucesivas propuestas del modo expuesto. En caso de que ninguna candidatura fuera capaz de obtener la investidura en los dos meses siguientes a la primera votación, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.

El modo extraordinario de acceso a la Presidencia del Gobierno supone el triunfo de una moción de censura. En efecto, el carácter constructivo de que se dotó a esta figura implica la necesidad de propuesta de un candidato alternativo que sustituya al Presidente cuya censura se pretende. Pues bien, el artículo 114.2 de la Constitución subraya que, en el supuesto de que el Congreso apruebe la moción, el Presidente deberá presentar su dimisión y se entenderá investido de la confianza de la Cámara al candidato, que deberá ser nombrado Presidente del Gobierno por el Rey.

En este trabajo nos centraremos exclusivamente en el proceso ordinario que reglamenta el artículo 99 CE. En este primer apartado trataremos los siguientes puntos de análisis: a) supuestos desencadenantes del proceso; b) la exclusión del Senado; c) las personas llamadas a participar en las consultas regias; d) el doble carácter individual del proceso; e) las votaciones; y f) la convocatoria del Pleno de investidura. Analizaremos en los apartados siguientes, con algo más de detenimiento, los roles del Rey y del candidato, así como la disolución automática de las Cámaras como cláusula de cierre.

a) El artículo 99 CE establece que el proceso de investidura debe abrirse “después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda”. El primero de los hitos que exigen la puesta en marcha del procedimiento implica, pues, la celebración de elecciones en el Congreso. En este sentido, importante resulta precisar que una renovación exclusiva del Senado no activaría la necesidad de una investidura. Como señala Revenga Sánchez (1988: 66), “la renovación del Senado, al igual que la celebración de elecciones locales o autonómicas, no guarda relación jurídica causal con el cese del Gobierno”. En efecto, el artículo 101.1 CE prevé el cese del Gobierno “tras la celebración de elecciones generales”, concepto que de modo claro alude a la renovación completa del Parlamento. El fenómeno de la disolución aislada del Senado, aunque poco probable desde el punto de vista político, es posible bajo la regulación del artículo 115 CE, que permite que el Presidente proponga la disolución de las Cortes Generales al completo, o de una sola de sus Cámaras integrantes.

Respecto a “los demás supuestos constitucionales en que así proceda”, debemos hablar de la pérdida de la confianza parlamentaria, de la dimisión y del fallecimiento del Presidente. Por pérdida de la confianza parlamentaria no podemos sino entender la que resulta de una cuestión de confianza, dado que, como vimos, de una moción de censura exitosa resulta la designación automática del candidato alternativo propuesto. Espín Templado (1982: 236) considera que la aprobación por el Congreso del planteamiento de una acusación por traición o delito contra la seguridad del Estado (artículo 102.2 CE) también constituye un caso de pérdida de la confianza parlamentaria que debe activar los trámites de la investidura. Revenga

Sánchez (1988: 90), en oposición a esta posibilidad, recuerda que “estamos en presencia de una mera iniciativa”, de manera que “hasta el momento en que exista una decisión judicial que ponga término al procedimiento incoado, el Presidente del Gobierno y los ministros, al igual que cualquier otro ciudadano, están protegidos por la presunción de inocencia”.

En lo relativo a la dimisión no puede sino recordarse la calificación que de ella realizó el Tribunal Constitucional en su sentencia 60/1982: “Cabe inferir del artículo 23.2 que, si todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a cualquier cargo público, también tienen el de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual”. Como es sobradamente conocido, en los años de vigencia del actual texto constitucional solo se ha producido una dimisión, la del Presidente Adolfo Suárez.

El supuesto de fallecimiento no requiere de precisión alguna. Ahora bien, se ha planteado en la doctrina la posibilidad de incorporar la incapacidad del Presidente como supuesto análogo capaz de activar el proceso de investidura. Bar Cendón (1985: 150) defiende esta opción siempre que la incapacidad resulte total e irreversible. No es partidario de esta tesis Vintró Castells (2007: 273), que recuerda cómo “el constituyente rechazó esta posibilidad al eliminar la Comisión Mixta Congreso-Senado la mención a la incapacidad del Presidente del Gobierno como causa del cese del Gobierno. Por ello, en términos estrictamente jurídico-constitucionales, no cabe la aplicación del artículo 99, sino la activación de los mecanismos de suplencia previstos por la Ley 50/1997, sin perjuicio eventualmente de la dimisión o la aprobación de una moción de censura”. Por consiguiente, parece claro que, para poder activar el proceso de investidura ante un caso de incapacidad grave del Presidente, debería antes darse su dimisión. Siempre quedaría a disposición de los diputados, de no llegar ésta, la moción de censura.

b) La Constitución dispuso que fuera solo el Congreso de los Diputados el responsable de otorgar la confianza necesaria para ostentar la Presidencia del Gobierno. Ausente pues el Senado del proceso de investidura, tampoco tiene capacidad alguna de romper el nexo fiduciario que de ella deriva. De este modo, y aunque la Cámara alta participa del control de la acción del Gobierno (artículo 66.2 CE), su labor en ningún caso podrá generar su cese obligatorio.

A lo largo del proceso constituyente no hubo prácticamente fisuras en el convencimiento de que debía ser solamente el Congreso quien asumiera la facultad de investir al Presidente del Gobierno⁴. Tan solo una enmienda planteada en el Senado por Fidel Carazo (Grupo Mixto) propuso, obviamente sin éxito, instaurar un proceso de doble confianza⁵.

Esta exclusión del Senado ha motivado que algunos autores duden de la conveniencia de que la disolución automática que propugna el 99.5 CE ante la imposibilidad de investir a un Presidente afecte a la Cámara alta. Así, por ejemplo, a juicio de Revenga Sánchez (1988: 41) “no parece lógico hacer copartícipe al Senado de la suerte de un Congreso incapaz de articular una mayoría, sin disponer al mismo tiempo su participación en la investidura”, a lo que añade que “el reenvío al

⁴ Para conocer con precisión el contenido de los debates constituyentes sobre el artículo 99 de la Constitución, resultan de imprescindible consulta Bar Cendón (1985: 144-147) Revenga Sánchez (1988: 20-44) y Vintró Castells (2007: 263-270).

⁵ La enmienda, número 226, no llegó a ser defendida por su autor, pues su incomparecencia en la sesión pertinente (7 de septiembre de 1978) la hizo decaer. El texto de la propuesta puede ser consultado en: <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmsenado.pdf>

electorado quedaría en puridad satisfecho con un pronunciamiento por su parte respecto a la composición de la Cámara que ha originado el impasse”. López Guerra (2016: 146) considera que el motivo principal para defender la disolución conjunta radica en la necesidad de evitar que se produzca “un desajuste entre las orientaciones políticas del Congreso y Senado, como podría ocurrir si las nuevas elecciones afectasen únicamente al primero”. A pesar de lo razonable del objetivo, lo cierto es que se pueden imaginar vías menos gravosas para su consecución. En efecto, el Presidente que resulte definitivamente investido podría, caso de confirmarse el desajuste entre las Cámaras, proceder a la disolución aislada del Senado por la vía del artículo 115 CE, en búsqueda de un resultado más homogéneo.

c) El proceso de investidura vigente en España presenta un doble carácter individual. Así, por un lado, los candidatos son propuestos por el Rey de uno en uno, sin que las presentaciones de sus programas y las votaciones sobre ellos puedan ser simultáneas. De Otto (1980: 150) subraya que esta intervención del Congreso “no es una elección, sino una votación: la Cámara no elige entre varios candidatos, sino que se limita a decir sí o no a la confianza que se solicita de ella”. Este método de elección entre candidatos diversos no es desconocido, en todo caso, en nuestro país, pues está presente en el proceso de designación de Lehendakari en el País Vasco y de Presidente del Principado de Asturias⁶.

Por otro lado, podemos hablar de carácter individual en el sentido de que la investidura solo recae sobre el Presidente, siendo la designación de sus Ministros un proceso autónomo de aquélla. Es el artículo 100 CE el que dispone que “los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente”. El tenor literal del precepto no deja espacio para la duda: el Presidente posee plena libertad para configurar la composición de su Gobierno. El Congreso no tiene, pues, facultad alguna de condicionar al Presidente en este aspecto. Precisamente por ello, el candidato a ser investido no está obligado, en el momento de presentar su programa político, a revelar la composición del gabinete que pretende formar⁷, “por lo que hacerlo no sería más que un acto de cortesía parlamentaria” (Pérez Francesch, 1997: 179). Siendo así las cosas, resulta lógico que, en caso de ser retirada la confianza parlamentaria al Presidente, el Gobierno cese en bloque (101.1 CE).

El hecho de que este vínculo de confianza parlamentaria quede circunscrito a la persona del Presidente, siendo él el único facultado para nombrar y separar Ministros, supone el eje principal de un sistema constitucional que busca otorgar una clara preeminencia al Presidente del Gobierno, huyéndose, como señala Bar Cendón (1985: 172), de un “sistema de gabinete”.

d) El artículo 99 CE establece la obligación de que el Rey emprenda consultas con “los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria”. En los primeros compases del proceso constituyente

⁶ Este método también estuvo presente en la elección del Presidente de Extremadura hasta 1999, cuando fue sustituido por un sistema idéntico al del artículo 99 CE. Lo mismo ocurrió en la Comunidad Valenciana, que operó el cambio en 2006.

⁷ De hecho, tal y como expone Bar Cendón (1985: 174), la revelación de la composición del futuro Gobierno “es de todo punto disfuncional, pues contribuiría a desustanciar el debate de investidura, específicamente destinado al análisis del candidato a la presidencia y de su programa, atrayendo la atención hacia otro elemento personal constitucionalmente no previsto”.

el precepto llamaba a representantes de los grupos parlamentarios⁸, pero se decidió optar por la fórmula más amplia de “grupos políticos con representación parlamentaria”. Como expone Vintró Castells (2007: 276) “la práctica seguida desde 1979 y la mayor parte de los autores [...] han venido a coincidir en que por grupos políticos con representación parlamentaria deben entenderse las fuerzas políticas (partidos políticos en sentido estricto, coaliciones electorales, federaciones de partidos) que habiendo presentado candidatura a las elecciones han obtenido por lo menos un escaño”.

La Constitución no especifica si estos grupos deben ser exclusivamente los del Congreso de los Diputados. Contrario a esta opción es Torres del Moral (1981: 46-47), quien entiende que “las consultas deben extenderse necesariamente a los grupos políticos con representación en el Senado, a pesar de que la Cámara no tiene poder de investidura”. La práctica constitucional ha sido hasta la fecha contraria a esta tesis, no habiendo consultado nunca el Rey con representantes designados por los grupos políticos presentes en el Senado. En todo caso, sostiene Aguiar de Luque (1980: 72) que la previsión del artículo 99 CE no es más que un “techo mínimo”, de modo que nada impide que, llegado el caso, el Jefe del Estado decida ampliar el espectro de sus consultas⁹.

e) El candidato debe obtener, para resultar investido, la mayoría absoluta de los miembros del Congreso. En caso de no alcanzar tal mayoría, se someterá de nuevo a votación su propuesta cuarenta y ocho horas después, bastando en esta ocasión la mayoría simple¹⁰. El hecho de que en la primera votación sea exigido el voto afirmativo de la mitad más uno de los diputados, siendo suficiente el logro de más votos afirmativos que negativos al cabo de dos días no parece tener un excesivo sentido¹¹. Revenga Sánchez (1988: 33), considera esta previsión “un mero desiderátum vacío de consecuencias prácticas y dudosamente apto como medio de presión constitucional para aumentar la base parlamentaria del gobierno”. En la misma línea, Aguiar de Luque (1980: 77) subraya que “carece de sentido jurídico la

⁸ El artículo 97.1 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978, rezaba así: “Al comienzo de cada legislatura, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los Presidentes de ambas Cámaras de las Cortes Generales y los portavoces designados por los grupos parlamentarios, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno”.

⁹ De la misma opinión es Bar Cendón (1985: 154), que considera que la fórmula constitucional es “propiamente una exigencia de mínimos, destinada a indicar al Monarca quiénes son realmente los sujetos decisivos de la confrontación política, cuya audiencia es inexcusable. Ello no tiene por qué excluir, pues, la posibilidad de que el Rey, en cualquier caso, pudiese ampliar su información consultando con otras personas cualificadas”.

¹⁰ Como expone Requejo Pagés (2004: 79), “la Constitución prefigura [...] un sistema de parlamentarismo corregido que permite la formación y continuidad de Gobiernos minoritarios. La posibilidad de investidura [...] por mayoría simple y el modelo de censura constructiva arbitrada como cauce para su derrocamiento blindan suficientemente al Gobierno”.

¹¹ Bastida Freijedo (1993: 9) comparte que, en sistemas donde hay un único candidato sometido a votación, “no tiene mucho sentido que se requiera mayoría absoluta en primera votación para luego bastar en una segunda votación sobre el mismo candidato la mayoría simple. No parece lógico que, pudiendo obtener la investidura por mayoría simple con el único apoyo de su grupo o con el adicional de un grupo pequeño de diputados a cambio de favores menores, el candidato se someta a pactos más amplios y a condiciones más gravosas con el único objeto de salir elegido unas horas antes por mayoría absoluta”. En cambio, allí donde se admiten varios candidatos al mismo tiempo “sí tiene sentido que en la primera votación se exija mayoría absoluta, porque, de no alcanzarse, sirve para calibrar los apoyos parlamentarios de cada candidato y permitir para la segunda vuelta acuerdos dirigidos a obtener más apoyos a favor que en contra y/o recibir más votos que el o los contrincantes”.

exigencia de mayoría absoluta en primera votación, pues si políticamente parece establecer presidentes de gobierno de dos categorías, desde el plano jurídico la dualidad es irrelevante y tiene un alcance meramente estético”. Debe añadirse, además, que esa dualidad puede lograrse de igual modo en un sistema con una única votación donde se exigiera mayoría simple: la distinción política entre los presidentes que obtuvieran la mayoría absoluta, pese a no ser necesaria, y aquellos que no lo hicieran, perviviría¹².

f) Propuesto un candidato por el Rey, en los términos que más adelante analizaremos en detalle, el Presidente del Congreso debe convocar el pleno de investidura. Ocurre, sin embargo, que el Reglamento del Congreso de los Diputados¹³ no prevé un plazo máximo de tiempo para ejecutar este deber. Parece claro lo intencionado de esta laguna, pretendiéndose así que el Presidente pueda controlar los tiempos a fin de conceder un cierto margen de maniobra al candidato para realizar las negociaciones que considere precisas de cara al logro de su objetivo. En favor de esta opción se muestra Bar Cendón (1985: 179), resaltando que “no sería demasiado correcto establecer un plazo rígido de tiempo al candidato propuesto por el Rey para presentarse al Congreso, pues conviene tener en cuenta que aquí la propuesta regia no incluye un Gobierno ya formado, sino solo a una persona, la cual, en principio, no solamente ha de preparar su programa, sino que ha de realizar las primeras gestiones para ver la posibilidad de formar un gobierno”.

Centrándonos en la práctica constitucional, en la Tabla 3¹⁴ puede comprobarse cómo, en aquellas ocasiones en que el logro de la investidura resultaba garantizado por la situación política, la convocatoria del Pleno apenas se demoró unos días. Por el contrario, cuando la aritmética parlamentaria ha sido más ajustada, la Presidencia del Congreso ha solido conceder margen suficiente al candidato para que pudiera buscar los apoyos necesarios para su investidura.

Tabla 3

Legislatura	Fecha propuesta candidato	Fecha Pleno	Días transcurridos
I (1979-1982)	28-03-79	30-03-79	2
	10-02-81	18-02-81	8
II (1982-1986)	25-11-82	30-11-82	5
III (1986-1989)	17-07-86	22-07-86	5
IV (1989-1993)	27-11-89	04-12-89	7
V (1993-1996)	03-07-93	08-07-93	5
VI (1996-2000)	12-04-96	03-05-96	21
VII (2000-2004)	12-04-00	25-04-00	13
VIII (2004-2008)	07-04-04	15-04-04	8
IX (2008-2011)	04-04-08	08-04-08	4
X (2011-2015)	16-12-11	19-12-11	3

¹² Desde 1978, han obtenido la investidura por mayoría absoluta en primera votación: Adolfo Suárez en 1979; Felipe González en 1982, 1986, 1989 y 1993; José María Aznar en 1996 y 2000; José Luis Rodríguez Zapatero en 2004; y Mariano Rajoy en 2011. Por contra, resultaron elegidos en segunda votación Leopoldo Calvo Sotelo en 1981; José Luis Rodríguez Zapatero en 2008; y Mariano Rajoy en 2016. En el apéndice final pueden consultarse los resultados de todas las votaciones de investidura celebradas hasta la fecha.

¹³ Artículo 170 RCD: En cumplimiento de las previsiones establecidas en el artículo 99 de la Constitución, y una vez recibida en el Congreso la propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno, el Presidente de la Cámara convocará el Pleno.

¹⁴ Elaboración propia a partir de datos extraídos de www.congreso.es

XI (2015-2016)	02-02-16	01-03-16	28
XII (2016-)	28-07-16 25-10-16	30-08-16 26-10-16	33 1

Analizadas todas estas cuestiones, conviene detener ahora nuestra atención en tres importantes ámbitos del proceso de investidura que, a la luz de la experiencia reciente en nuestro país, pueden ofrecer mayor campo para el debate. Así, a continuación analizamos los papeles del Rey y del candidato, junto con la disolución automática de las Cámaras prevista en el 99.5 CE.

3. El papel del Rey

Resulta evidente que el sistema de elección del Presidente del Gobierno que configura la Constitución española de 1978 ha otorgado el papel de protagonista al Congreso de los Diputados. En efecto, es la Cámara la que va a otorgar de un modo expreso la confianza precisa para poder acceder a la jefatura del poder ejecutivo. A diferencia de lo previsto en otras monarquías europeas como Reino Unido, Bélgica o Países Bajos, donde el Rey opera de modo directo el nombramiento del primer ministro (aunque no ya de un modo libre, sino buscando al líder que posea mayor apoyo parlamentario), en España el nombramiento regio no es más que una formalidad que opera como último paso de un proceso decisorio del Parlamento. De este modo, el constituyente español descartó aquellos sistemas de confianza implícita para acoger la necesidad de una manifestación expresa de la misma.

Torres Muro (2012: 319) explica cómo en 1978 se decidió “implicar lo menos posible al titular de la Corona en el juego político diario, y no cabe duda de que la decisión sobre quién ha de ser el Presidente del Gobierno es una de una carga política muy importante, de la que aquél debe mantenerse, en la medida de lo posible, al margen”. Asignado, pues, el protagonismo indiscutible el Parlamento, al Rey se le confieren dos intervenciones secundarias en el proceso: a) la propuesta de candidato y b) el nombramiento de aquél que obtenga la investidura del Congreso. Analicemos cada una de ellas en profundidad.

a) Como requisito previo a la propuesta de candidato, la Constitución exige al Rey mantener consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, tal y como vimos con anterioridad. Ocurre que en ningún sitio se ha dispuesto cuándo deben emprenderse estas consultas, lo que nos da pie aquí a un breve comentario. En principio, el Rey puede conocer cuáles serán los grupos políticos con cuyos representantes deberá reunirse la misma noche de las elecciones (o pocos días después si se quiere aguardar a que los posibles recursos hayan quedado solventados¹⁵). Nada obligaría, pues, a esperar hasta la constitución del Congreso de los Diputados, máxime si recordamos el hecho de que no son aquí los grupos parlamentarios, que se constituyen en el plazo de 5 días desde la sesión constitutiva de la Cámara¹⁶, los llamados a participar en el proceso. Sin embargo, la práctica constitucional ha sido la de arrancar la ronda de consultas una vez hubiera quedado constituido el Congreso y elegido su Presidente¹⁷. Así, de media se ha tardado unos 26 días en iniciar las consultas desde la celebración de

¹⁵ A todos ellos, con indicación del plazo en que pueden quedar resueltos, se refiere Delgado Ramos (2012).

¹⁶ Artículo 24.1 RCD.

¹⁷ Esta práctica se ha engarzado con la exigencia que realiza el artículo 4.2 RCD de que el Presidente del Congreso comunique al Rey la constitución del Congreso.

elecciones (véase la Tabla 4¹⁸). En la única ocasión en que el proceso de investidura se ha puesto en marcha tras una dimisión (la de Adolfo Suárez), con toda lógica las consultas fueron celebradas al día siguiente de producirse el supuesto desencadenante, no existiendo razón alguna para demorarlas.

Tabla 4

Legislatura	Fecha elecciones	Fecha inicio consultas	Días transcurridos
I (1979-1982)	01-03-79	24-03-79	23
II (1982-1986)	28-10-82	23-11-82	26
III (1986-1989)	22-06-86	16-07-86	24
IV (1989-1993)	29-10-89	23-11-89	25
V (1993-1996)	06-06-93	30-06-93	24
VI (1996-2000)	03-03-96	02-04-96	30
VII (2000-2004)	12-03-00	10-04-00	29
VIII (2004-2008)	14-03-04	05-04-04	22
IX (2008-2011)	09-03-08	02-04-08	24
X (2011-2015)	20-11-11	14-12-11	24
XI (2015-2016)	20-12-15	18-01-16	29
XII (2016-)	26-06-16	26-07-16	30

Celebradas las reuniones con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria, el Rey ha de proponer candidato a la Presidencia del Gobierno. Pese a la sencillez de la fórmula, tres son al menos los espacios que arroja para la reflexión. En primer lugar, debe señalarse que el Rey no está obligado a realizar una propuesta. En efecto, si de las conversaciones mantenidas con los líderes políticos no emerge en el Jefe del Estado el convencimiento de que alguno tenga ya opciones de formar una mayoría parlamentaria suficiente para lograr la investidura, nada le obliga a formalizar una propuesta. Esta situación ha acontecido en dos ocasiones: tras la primera ronda de consultas celebrada a raíz de las elecciones del 20 de diciembre de 2015, en que el Rey no propuso candidato por declinar el ofrecimiento al respecto Mariano Rajoy¹⁹; y tras la tercera y última ronda de consultas realizada tras aquellas elecciones²⁰.

Cuando la situación política que resulte del contenido de sus conversaciones con los líderes llamados a consultas no ofrezca un candidato claro que pueda aunar (o intentar aunar) los apoyos necesarios, la ausencia de propuesta regia sirve a los fines de otorgar más tiempo a las fuerzas políticas para negociar. Inaceptable

¹⁸ Elaboración propia a partir de datos extraídos de www.congreso.es y hemeroteca del diario ABC.

¹⁹ En comunicado de la Casa de S.M el Rey de 22 de enero de 2016 se indicaba simplemente que el Rey había ofrecido la candidatura a Mariano Rajoy, y que éste, pese a agradecer el ofrecimiento, la había declinado. Tras ello, indicaba una próxima reunión con el Presidente del Congreso a fin de emprender una nueva ronda de consultas.

²⁰ En aquella ocasión, el comunicado emitido por la Casa de S.M el Rey el 26 de abril de 2016 rezaba así: "Su Majestad el Rey, tras valorar la información que le han trasladado los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria que han comparecido en las consultas, ha constatado que no existe un candidato que cuente con los apoyos necesarios para que el Congreso de los Diputados, en su caso, le otorgue su confianza. En ese sentido y de acuerdo con lo expuesto el pasado 12 de abril en la convocatoria de estas consultas, Su Majestad el Rey ha comunicado al Sr. Presidente del Congreso, Don Patxi López Álvarez, que no formula una propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno. Todo ello a los efectos de lo previsto en el artículo 99 de la Constitución".

resultaría, sin embargo, que el Rey se negara por convicciones de carácter personal a proponer candidato cuando el panorama político sí ofrezca de manera evidente un líder capaz de lograr la investidura. La Corona estaría entrando en un juego político al que debe ser ajena, y vería amenazada su propia supervivencia.

En segundo lugar, tampoco existe ningún plazo previsto para que el Rey formalice su propuesta tras la realización de las consultas. En este sentido, nada impediría que el Rey adoptara unos días de reflexión para meditar sobre el contenido de su decisión. O que aguardara a que el previsible candidato culminara las negociaciones precisas para asegurar el éxito de su propuesta en el Congreso. Sea como fuere, la realidad ha sido que el Jefe del Estado ha manifestado siempre su propuesta de manera inmediata tras el fin de las reuniones con los líderes políticos (véase la Tabla 5²¹). Tan sólo con la propuesta de Leopoldo Calvo-Sotelo la decisión se demoró varios días, y ello por razones de fácil comprensión: el Rey quiso esperar a conocer el resultado del Congreso de UCD en el que se esperaba que el entonces vicepresidente segundo del Gobierno y ministro de Economía resultara elegido sucesor de Adolfo Suárez.

Tabla 5

Legislatura	Fechas inicio/fin consultas	Fecha propuesta candidato	Días transcurridos
I (1979-1982)	24-03-79 / 27-03-79	28-03-79	1
	30-01-81 / 06-02-81	10-02-81	4
II (1982-1986)	23-11-82 / 25-11-82	25-11-82	0
III (1986-1989)	16-07-86 / 17-07-86	17-07-86	0
IV (1989-1993)	23-11-89 / 27-11-89	27-11-89	0
V (1993-1996)	30-06-93 / 02-07-93	03-07-93	1
VI (1996-2000)	02-04-96 / 12-04-96	12-04-96	0
VII (2000-2004)	10-04-00 / 12-04-00	12-04-00	0
VIII (2004-2008)	05-04-04 / 07-04-04	07-04-04	0
IX (2008-2011)	02-04-08 / 04-04-08	04-04-08	0
X (2011-2015)	14-12-11 / 15-12-11	16-12-11	1
XI (2015-2016)	18-01-16 / 22-01-16	Sin candidato	-
	27-01-16 / 02-02-16	02-02-16	0
	25-04-16 / 26-04-16	Sin candidato	-
XII (2016-)	26-07-16 / 28-07-16	28-07-16	0
	24-10-16 / 25-10-16	25-10-16	0

En tercer y último lugar, nos centraremos en el contenido de la propuesta regia. En línea de principio puede decirse que aquí la decisión del Rey tiene carácter discrecional, en el sentido de que las consultas realizadas previamente tienen un carácter preceptivo pero no vinculante (Bar Cendón, 1985: 159). Ocurre, sin embargo, que la realidad política limitará de manera inequívoca esta facultad regia²². Así, en caso de que un partido político ostente la mayoría absoluta, parece claro que el Rey deberá proponer al líder del mismo como candidato. La discrecionalidad se incrementa, en palabras de Vitró Castells (2007: 288) “cuando el abanico de fuerzas políticas existentes en el Congreso no ofrece una clara solución política de

²¹ Elaboración propia a partir de datos extraídos de www.congreso.es y hemeroteca del diario ABC.

²² En este sentido, entiende Álvarez Vélez (2016: 7) que “el Rey está sujeto a la obligación constitucional de proponer al candidato que goce de mayores expectativas de obtención de la confianza del Congreso”.

gobierno”. En estos casos, la lógica parece imponer una determinada manera de proceder por parte del Rey: por regla general deberá proponer al candidato cuya fuerza política sume más escaños. Ahora bien, no deberá aplicarse esta regla en el supuesto de que los demás partidos logren cerrar acuerdos por los cuales alcancen la mayoría. La matización es importante, pues sería absurdo proponer al líder del grupo mayoritario si otros partidos ya han conseguido armar una coalición suficiente de gobierno. La votación de aquél estaría condenada al fracaso, y se estaría dilatando la constitución de un gobierno.

En este sentido, el control operado por el Presidente del Congreso parece imprescindible. El artículo 64.1 CE dispone que la propuesta de candidato ha de ser por él refrendada. Parece razonable que este refrendo no sea únicamente de legalidad (esto es, acreditativo del cumplimiento de los requisitos constitucionales) sino también de oportunidad (Bar Cendón, 1985: 164). Con gran claridad lo expuso en su día Satrústegui Gil-Delgado (1979): “[El Presidente del Congreso] no está obligado a refrendar y transmitir al Congreso cualquier propuesta de candidato formulada por el Rey. Dado que la responsabilidad implica poder de decisión, el Presidente de la Cámara podrá negar su refrendo y en realidad deberá hacerlo si la propuesta del Rey no se inscribe en la mayoría parlamentaria que los partidos previamente han articulado”.

En escenarios de fuerte fragmentación política, resulta ya acreditada como válida por la práctica constitucional la posibilidad de que el candidato propuesto no tenga, al tiempo de su designación como tal, cerrados los acuerdos necesarios para lograr la investidura. En este caso la decisión del Rey tendría el significado de fomentar la puesta en marcha de los trabajos necesarios para lograr esos acuerdos por parte del líder que, a la luz de las informaciones extraídas en las consultas, más opciones tenga de lograrlos. El primer ejemplo se produjo en 1996. El Partido Popular ganó las elecciones por un estrecho margen, quedando lejos de la mayoría absoluta. Pues bien, el Rey propuso a José María Aznar como candidato a pesar de que todavía no tenía suscritos los pactos necesarios para asegurarse la victoria en la votación de investidura. El conocido Pacto del Majestic se cerró dos semanas después de la propuesta regia.

Con la situación política que emergió de las contiendas electorales de 2015 y 2016, se ha vuelto a dar esta figura del candidato “explorador”. Así, el líder del Partido Socialista Obrero Español, Pedro Sánchez, aceptó ser candidato pese a no tener suscrito en el momento de hacerlo ningún apoyo ajeno al de su formación política. Misma situación se produjo con Mariano Rajoy tras las elecciones del 26 de junio. En ambos casos, los acuerdos que ambos líderes lograron con el partido Ciudadanos (a la postre insuficientes para lograr la investidura) fueron posteriores a la propuesta del Rey. Más allá de la conveniencia política o no de esta opción, el hecho de que, como veremos, el plazo de dos meses previsto para disolver las Cámaras en caso de que ningún candidato obtenga la investidura empiece a correr desde la primera votación infructuosa, hace aconsejable que alguno de los líderes de los partidos con mayor peso parlamentario asuman este rol de exploración y puesta en marcha del plazo.

Finalmente, debe resaltarse que nada impide que el Rey pueda reiterar como candidato a un líder cuya propuesta de gobierno haya fracasado previamente en la investidura. Sería perfectamente posible que, tras derrota en las dos votaciones, el líder en cuestión logre cerrar los pactos necesarios para tener éxito en una nueva sesión. Esta situación se ha dado en una ocasión: Mariano Rajoy fue propuesto como candidato tras las elecciones del 26 de junio. En aquella primera ocasión no logró ser investido. Al cabo de unas semanas, tras el cambio de postura del Partido

Socialista Obrero Español (que acordó abstenerse en la segunda votación), el Rey volvió a proponer como candidato a Mariano Rajoy, que logró ser investido por mayoría simple.

La experiencia vivida en nuestro país en 2016 debe hacernos reflexionar sobre la conveniencia de que el Rey mantenga la facultad de proponer candidato a la Presidencia del Gobierno. Aunque puede decirse con rotundidad que la labor realizada por el Jefe del Estado ha sido de una neutralidad exquisita (y así ha sido percibida por los españoles²³), puede resultar una posición arriesgada cuando el reparto de fuerzas en la Cámara sea demasiado ajustado. Dos medios de comunicación de primer orden llegaron a publicar informaciones en que relataban un cierto malestar en el seno del Partido Popular por la designación regia de Pedro Sánchez como candidato²⁴. Aunque de manera pública ninguna formación ha cuestionado el rigor de la actuación del Rey, en momentos de fragmentación y crispación política, la labor de propuesta de candidato puede llevar aparejada una fuerte tensión. Deberá estarse al modo en que se desarrollen los acontecimientos en un futuro de similares rasgos, pero podría llegar a ser saludable, en defensa de la institución de la Corona, que la facultad de propuesta pasara a manos del Presidente del Congreso²⁵.

Podría reflexionarse también sobre la conveniencia de sustituir el sistema de investidura actual por un modelo de elección al estilo del presente en País Vasco y Asturias. Como explicamos en el apartado 2, en este sistema se admite la propuesta de más de un candidato, y ello a iniciativa de los grupos políticos con representación parlamentaria (artículo 165.2 del Reglamento del Parlamento Vasco) o bien de cinco parlamentarios (artículo 170.2 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias). Si se deseara otorgar un papel al respecto al Rey, perfectamente podría ser el de proponer solemnemente al Congreso a los candidatos indicados por los grupos. En este caso su discrecionalidad sería nula, al igual que ocurre en su labor de nombramiento formal del Presidente investido por la Cámara. Sea como fuere, lo más destacable de los modelos vasco y asturiano es el hecho de que los candidatos son sometidos a una votación conjunta en la que los parlamentarios solo pueden pronunciarse a favor de uno de los candidatos o abstenerse²⁶. La imposibilidad de

²³ Según sondeo de Metroscopia, cuyos resultados fueron difundidos por el diario El País el 18 de junio de 2016 (en plena situación de bloqueo), el 73% de los españoles aprobaba la labor del Rey.

²⁴ Así, el diario El Mundo publicó el 9 de febrero de 2016 cómo se produjo “malestar por la actuación del Rey” tras el bloqueo provocado por los resultados electorales del 20 de diciembre de 2015. En información firmada por Marisol Hernández, se indicaba que Mariano Rajoy hubiera preferido que no se propusiera ningún candidato y poder “explorar fórmulas legales para poder convocar elecciones sin que nadie acudiera previamente a la votación del Congreso”. A idéntico malestar se refería el diario El País en información del 24 de marzo de 2016, firmada por Natalia Junquera.

²⁵ Esta posibilidad, por lo demás presente en los sistemas de todas las Comunidades Autónomas salvo País Vasco y Asturias, fue defendida en el proceso constituyente a través de enmienda presentada al Anteproyecto de Constitución por el diputado de Esquerra Republicana de Catalunya, Heribert Barrera. En su justificación, la enmienda razonaba del siguiente modo: “el Rey puede encontrarse implicado en las luchas políticas al deber tomar la responsabilidad de designar candidatos a la Presidencia del Gobierno. Parece preferible que el monarca se mantenga por encima de posibles conflictos entre partidos y entre personas y en ningún caso pueda manifestar preferencias que podrían comprometer sus altas funciones moderadoras y arbitrales”. El contenido de las enmiendas es accesible desde <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>

²⁶ Artículo 165.11 del Reglamento del Parlamento Vasco: En la votación pública por llamamiento para la investidura, cuando hubiera más de un candidato a lehendakari, los

voto en contra asegura que, por más complejo que sea el reparto de fuerzas en la Cámara, no se producirán vetos y siempre se logrará elegir a un Presidente. La única opción de que el proceso se estanque se daría en caso de empate entre dos candidatos, a cuya resolución se encomienda la repetición de las votaciones.

Este sistema, pues, no sólo es interesante por la protección que hace de la Corona, excluyendo su capacidad de decisión por más compleja que sea la situación política, sino que también asegura que, en cualquier escenario, incluido el nuevo multipartidismo nacido de las elecciones de 2015 y 2016, se logrará formar un gobierno.

b) El nombramiento formal del candidato investido por el Congreso de los Diputados corresponde al Rey (artículo 99.3 CE). Escaso análisis podemos emprender de esta previsión. Como explica Bar Cendón (1985: 188), estamos ante un “acto necesario u obligado”. Por lo demás, parece clara la conexión del acto con el papel de símbolo del Estado que corresponde por mandato constitucional al Rey. Al igual que ocurre en la propuesta de candidato, es el Presidente del Congreso quien ha de refrendar el nombramiento (artículo 64.2 CE).

4. El papel del candidato

Formalizada la propuesta del Rey a través del Presidente de la Cámara, el candidato “expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa del gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara” (99.2 CE). Tres son en este caso las cuestiones a dilucidar: a) la naturaleza del programa a presentar; b) la posibilidad de que un líder político decline el ofrecimiento del Rey de ser candidato; y c) la posibilidad de que el candidato propuesto por el Rey renuncie a acudir a la sesión de investidura.

a) En la exposición de su programa, parece claro que el candidato debe ofrecer las principales líneas de actuación que seguirá el gobierno cuya formación se pretende. El Reglamento del Congreso de los Diputados no fija límite de tiempo alguno para el discurso²⁷, por lo que el candidato puede llegar a descender a medidas relativamente concretas. Ha de quedar claro, en todo caso, que ni la Constitución ni el Reglamento fijan un contenido obligatorio del programa²⁸, por lo que el grado de concreción será algo a decidir por el candidato. De hecho, dotar al programa de mayor o menor detalle no deja de ser parte del mensaje político del candidato. Así, por ejemplo, si quien está solicitando la confianza lo hace en busca de la reelección como Presidente, es razonable que el grueso de su exposición haga referencia a la necesidad de mantener lo actuado en su anterior mandato, sin que sea de esperar una larga batería de nuevas medidas. Los diputados serán, pues,

parlamentarios, al ser llamados para la votación pública nominal, responderán con el nombre de uno de los candidatos, o bien declararán que se abstienen.

Artículo 172 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias: La votación para la elección del Presidente se realizará de forma pública y por llamamiento. Los Diputados responderán con el nombre de uno de los candidatos o responderán “Me abstengo”.

²⁷ Artículo 171.2 RCD: A continuación [tras lectura de la propuesta por uno de los Secretarios], el candidato propuesto expondrá, sin limitación de tiempo, el programa político del gobierno que pretende formar y solicitará la confianza de la Cámara.

²⁸ Esta ausencia de exigencia alguna sobre el contenido del programa contrasta con la regulación realizada por la Constitución portuguesa de 1976 en su artículo 188: “En el programa de gobierno constarán las principales orientaciones políticas y medidas a adoptar o a proponer en los diversos ámbitos de la actividad gubernamental”.

libres de utilizar los rasgos que presente el programa como parte de sus argumentos en favor o en contra del candidato.

Sobre su naturaleza, no hay duda de que estamos ante una exposición meramente política cuyo cumplimiento habrá de ser verificado a través de las diversas estructuras e instituciones del control parlamentario, sin que quepa asignarle obligatoriedad jurídica alguna²⁹. A priori, una desviación radical del programa expuesto en su día por el candidato debería implicar la necesidad de que el Presidente busque revalidar la confianza parlamentaria a través de la cuestión de confianza, pero lo cierto es que este procedimiento es de ejercicio plenamente discrecional.

Es evidente, asimismo, que el intento de cesar al Presidente a través de una moción de censura no procede únicamente en los casos en que su gobierno se desvíe del programa ofrecido en la investidura. En efecto, el gobierno podría estar dando perfecto cumplimiento a lo prometido en su día por el candidato, y pese a ello existir un grupo de diputados (al menos una décima parte) que no consideren adecuado para la buena marcha del país la continuidad del Presidente y su equipo. En definitiva, la Constitución no exige como supuesto de hecho para poder poner en marcha una moción de censura la desviación por parte del Presidente del programa expuesto en su investidura.

b) Si el Rey ofrece a un líder político ser candidato, ¿puede éste declinar el ofrecimiento? Parece obvio que sí. El derecho de acceso a cargos públicos no puede convertirse en una obligación impuesta a ningún ciudadano. La práctica ha confirmado esta posibilidad, habiendo rechazado el líder del Partido Popular, Mariano Rajoy, el ofrecimiento del Rey de ser candidato tras la primera ronda de consultas celebrada a raíz de las elecciones del 20 de diciembre de 2016.

¿Qué ocurriría, no obstante, si ningún líder político quisiera asumir la candidatura a la Presidencia del Gobierno? Como veremos en el último apartado de este trabajo, la disolución de las Cámaras por imposibilidad de formar un gobierno solo procede cuando han transcurrido dos meses desde la primera votación fallida de investidura. En ausencia de votación alguna, y sin ningún líder que quiera poner en marcha el proceso (aunque fuera a través de una candidatura “mártir”), el país quedaría sumido en un bloqueo institucional total. En estas circunstancias extraordinarias, la facultad regia de moderar el normal funcionamiento de las instituciones nos permite reflexionar sobre dos posibles opciones en manos del Rey: la primera consistiría en obligar a uno de los líderes de las formaciones políticas con representación parlamentaria a presentar su candidatura a la sesión de investidura³⁰. Siendo el único objetivo de esta actuación activar el citado plazo de dos meses, bastaría con que el candidato se sometiera a la primera votación, pudiendo renunciar tras ella a continuar con el proceso. La segunda implicaría una constatación regia de la imposibilidad de proponer candidato alguno, debiendo en todo caso esta declaración del Rey ser aceptada por todos los líderes de las formaciones políticas con representación parlamentaria, y refrendada por el Presidente del Congreso. Ambas opciones tienen claros inconvenientes: así,

²⁹ Así lo entiende Aguiar de Luque (1980: 75), que destaca que “el programa a que se refiere la Constitución es un acto personalísimo del candidato a presidente del gobierno, una declaración de intenciones, cuyo contenido y valor está supeditado a su posición parlamentaria, pero a la que no se puede asignar ninguna virtualidad jurídica”.

³⁰ De manera similar, Torres del Moral (2016) y Revenga Sánchez (2017: 117) plantean que en este supuesto habría de ser el Presidente del Gobierno en funciones quien asumiera la responsabilidad de actuar como sujeto desencadenante del plazo de dos meses contemplado en el artículo 99.5 CE.

mientras la primera choca con el evidente derecho a no concurrir a una investidura, la segunda lo hace con la ausencia de un plazo que obligue al Rey a formular una propuesta (¿a partir de qué momento sería razonable la emisión de aquella constatación?) Sea como fuere, estamos ante un caso “de laboratorio”, pues resulta difícil imaginar que ningún dirigente desee asumir el rol de candidato³¹.

c) Si un líder político acepta el ofrecimiento del Rey y pasa a ser candidato, ¿puede negarse posteriormente a acudir a la sesión de investidura? Aunque la Constitución utiliza la forma imperativa para indicar que el candidato “expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara”, la lógica jurídica obliga a ofrecer una respuesta positiva al interrogante. Como dijimos con anterioridad, el derecho de acceso y desempeño de cargos públicos incluye la facultad de dimitir, por lo que parece claro que el candidato puede renunciar a su papel cuando lo considere oportuno. En este sentido, considera Bar Cendón (1985: 183) que “no hay vínculo fiduciario alguno entre el candidato y el Rey, o el Congreso, que permita a cualquiera de estas dos instancias el oponerse en base al mismo a esta renuncia”. Considero, no obstante, que en circunstancias extremas como las anteriormente descritas, el Rey podría no aceptar la retirada del candidato. La necesidad de que el período de interinidad sea lo más breve posible, a cuyo servicio se ha previsto la amenaza de disolución de las Cortes Generales del 99.5 CE, haría posible que en determinados casos el Rey impidiese la renuncia del candidato con el objetivo de que, tras el fracaso de su primera votación, se activara el plazo de dos meses. Así, solo cabría esta negativa del Jefe del Estado en un escenario sumamente extraordinario que reuniese dos requisitos: i) ser la primera propuesta del Rey, sin que se haya celebrado previamente ninguna sesión de investidura y, por tanto, sin que aquel plazo esté en marcha; y ii) no existir ningún otro líder dispuesto a asumir el papel de candidato para explorar posibles acuerdos. De nuevo, el hecho de que el fin último sea la puesta en marcha del plazo permite afirmar que el candidato solo debe someterse a la primera votación, pudiendo renunciar posteriormente a continuar con el proceso de investidura.

5. El “reloj de la democracia”

Si tras dos meses desde la primera votación de investidura ningún candidato hubiera obtenido la investidura, el Rey disolverá las Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso (artículo 99.5 CE). Esta cuenta atrás, bautizada por un conocido político como “el reloj de la democracia”, supone, en términos de López Guerra (2016: 161), “un recurso al arbitraje del electorado, encargado así de romper la situación de inmovilidad institucional que supone el no nombramiento de un Presidente”. Sobre esta auténtica “bomba de relojería” (Rubio Llorente, 1997: 178) serán tres las cuestiones a analizar: a) el imprescindible cambio del *dies a quo* en este plazo; b) la imposibilidad de disolver las Cámaras sin el transcurso de los dos meses; y c) otras alternativas ante la imposibilidad de lograr una investidura exitosa.

a) La regulación constitucional ha dispuesto que el plazo de dos meses arranque tras la primera votación fallida. Ocurre que este hito adolece de una indeterminación total: es imposible saber cuándo se producirá esa votación a la luz

³¹ Solozábal Echavarría (2017: 58) sugiere la posibilidad de contar con un candidato no parlamentario que asuma el papel de desbloquear la situación. En la medida en que estaríamos ante una candidatura puramente ficticia y sin recorrido ulterior, ello debería facilitar la consecución de un nombre que no despertara recelos en ninguna formación política.

de la ausencia de plazos tasados para i) iniciar la ronda de consultas; ii) proponer un candidato; y iii) convocar el Pleno de investidura. Ello puede provocar que en determinadas circunstancias la primera votación tarde muchos días en llegar, lo que no parece especialmente deseable en una materia en la que la rapidez para solventar la situación de interinidad existente es un valor de gran importancia. Así las cosas, parece razonable fijar un momento concreto a partir del cual se active la cuenta atrás, siendo imaginables diferentes opciones: la primera sería utilizar el día de constitución del Congreso (modelo seguido en Aragón y Asturias); podría también emplearse el día de la celebración de elecciones (modelo seguido en Navarra); finalmente, también podría recurrirse al día en que concluya la primera ronda de consultas regias, aunque el hecho de que el Rey no tenga un calendario tasado en este ámbito desaconseja su empleo como *dies a quo*.

b) En el supuesto de que, ante una situación de bloqueo político, nadie concurra a la votación de investidura, ¿pueden disolverse las Cámaras sin haber agotado el plazo de dos meses previsto en la Constitución? En 2016, dada la complejidad vivida en el proceso de designación de Presidente del Gobierno, surgieron algunas voces, de carácter más periodístico que académico, que defendieron esta posibilidad. Ninguna tesis fue especialmente concreta, pero todas pasaban por aplicar la opinión vertida por el Consejo de Estado en el año 2003 sobre el proceso de investidura de Presidente de la Comunidad de Madrid. El propio Gobierno en funciones³² llegó a defender este precedente como aplicable al caso que nos ocupa.

Debemos, por tanto, analizar la naturaleza y contenido de este informe para poder responder a la incógnita que nos ocupa. Pues bien, en 2003 se celebraron elecciones a la Asamblea de la Comunidad de Madrid. Pese a que los resultados arrojaron la posibilidad de un gobierno de coalición entre el Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida (superando la suma de ambas formaciones al Partido Popular por tan solo un diputado³³), el día de constitución de la Asamblea se produjo la sonada ausencia de dos diputados socialistas (Eduardo Tamayo y María Teresa Sáez)³⁴. Dado el revuelo político causado, así como el significativo vuelco que ello generaba en el reparto parlamentario de fuerzas, inicialmente ninguno de los líderes de las formaciones políticas con representación en la Asamblea accedió a ser candidato a la investidura. En este punto es obligado señalar que la normativa de la Comunidad de Madrid en materia de investidura es idéntica a la del artículo 99 CE, con la única salvedad de que es el Presidente de la Asamblea quien ha de proponer candidato, teniendo además un plazo tasado para ello de quince días desde la constitución de la Cámara.

Ante la inicial ausencia de candidato alguno, surgió la duda acerca de la fecha a partir de la cual debía contabilizarse el plazo de dos meses previsto para la disolución de la Asamblea y convocatoria de nuevas elecciones. Esta cuestión, junto con la referida a si era posible proceder a tal disolución por acuerdo mayoritario de

³² Tras rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros del día 29 de enero de 2016, la Vicepresidenta del Gobierno en funciones, Soraya Sáenz de Santamaría, fue preguntada por un periodista sobre si era posible acudir a nuevas elecciones sin que mediara una investidura fallida. En su respuesta, la Vicepresidenta afirmó entender que en la materia existe “un vacío constitucional” pero subrayó que “los precedentes de informes de otras instituciones sobre casos similares al nuestro están ahí”. (Transcripción de la rueda de prensa disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2016/cmrrp20160129.aspx>).

³³ El Partido Popular obtuvo 55 escaños, 47 logró el Partido Socialista Obrero Español, y 9 Izquierda Unida.

³⁴ Detallada crónica de aquella crisis institucional se encuentra en Pajares Montolío (2006).

la Cámara sin que hubieran expirado los dos meses, fueron planteadas al Consejo de Estado por el Presidente de la Comunidad en funciones.

En su dictamen, de 26 de junio de 2003, el Consejo de Estado afirmó lo siguiente en relación al primer interrogante:

“(…) el intento frustrado de formalizar la propuesta de un candidato en el plazo establecido de quince días equivale (en buena hermenéutica y subrayando el carácter esencial de su fin para entender una institución jurídica y aplicar correctamente cualquier norma) a la primera votación de investidura en la que un candidato no hubiera obtenido la confianza de la Asamblea. Esta interpretación soslaya la que (ad absurdum) llevaría a vedar el inicio del cómputo del plazo de dos meses previsto en el artículo 18.5 del Estatuto e impedir que se alcance -quizás indefinidamente- la propia finalidad perseguida con la imposición estatutaria de tal plazo: apurar durante dos meses toda posibilidad de que sea designado un Presidente de la Comunidad y celebrar nuevas elecciones si la designación no ha tenido lugar cuando los dos meses hayan transcurrido”.

Tras esta afirmación, el Consejo añadió, de manera lógica, que en ningún caso era posible proceder a la disolución de la Asamblea ante la ausencia de candidato y sin haberse agotado el plazo de dos meses. Así, el dictamen señaló:

“El que al inicio del cómputo de dicho plazo no se haya siquiera conseguido presentar o proponer a la Asamblea un candidato no convierte por sí en definitiva e indefectible la falta de candidatos a la investidura, de modo que permita prescindir de la realización de las gestiones y consultas tendentes a conseguir que el procedimiento de elección de un Presidente de la Comunidad llegue a buen fin. La certidumbre moral, la probabilidad o la razonable previsión de que durante esos dos meses no habrá un candidato que pueda ser investido no legitima la inactividad ni autoriza a operar ‘como si’ tal plazo -impuesto por prescripción estatutaria- no existiera o ‘como si’, por decisión según el arbitrio de los grupos o de la propia Asamblea, cupiera optar entre respetarlo o neutralizarlo o eliminarlo”.

Por consiguiente, escaso sentido tenían las apelaciones a este dictamen en defensa de la posibilidad de disolver las Cortes Generales y celebrar nuevas elecciones sin que se diera previamente una investidura fallida y se agotara el plazo de dos meses abierto tras ella. El transcurso de éste es, por tanto, imprescindible. A la misma conclusión llegó en su día Revenga Sánchez (1988: 223), explicando que la salida a este tipo de situaciones de bloqueo en que se manifieste la ausencia de candidato alguno por la imposibilidad de armar una mayoría suficiente, solo puede darse a través de la investidura “de un candidato que asuma el compromiso de presidir un Gobierno de transición, con inmediata disolución de las Cámaras y ulterior convocatoria de nuevas elecciones”.

Queda tan sólo por resolver si puede aplicarse por analogía la conclusión del dictamen sobre el hecho de que la constatación de la imposibilidad de proponer candidato a la investidura equivale a una primera votación fallida. A priori, como supra dijimos, resulta complejo trasladar esta solución al ámbito del artículo 99 CE. Y ello porque, a diferencia del Presidente de la Asamblea de Madrid, el Rey no tiene fijado plazo alguno para tener que operar su propuesta³⁵. Así, ¿en qué momento se

³⁵ Blanco Valdés (2017: 92) ha sugerido la posibilidad de introducir un plazo tasado (un mes desde la constitución del Congreso) para la propuesta regia de candidato a la Presidencia. Sin embargo, el autor no anuda a la ausencia de propuesta al término del plazo la consecuencia de la activación del término de dos meses para disolver las Cámaras, sino que plantea que en tal caso el Rey habrá de convocar nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.

podría producir la constatación regia de esta imposibilidad? Dada esta notable dificultad, se hace más razonable la opción que planteábamos previamente: el Rey ha de buscar un líder dispuesto a protagonizar una candidatura “mártir”, pudiendo de manera excepcional llegar a imponerla en base a sus facultades moderadoras. Sirvan en todo caso estos apuros en la búsqueda de una solución satisfactoria como potente argumento en defensa de la reforma del *dies a quo* que antes proponíamos.

c) En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se ha previsto una cláusula de cierre distinta a aquella por la cual queda disuelto el Parlamento y convocadas nuevas elecciones si tras dos meses ningún candidato obtiene la investidura. Su Estatuto de Autonomía decreta que, tras el transcurso de este plazo, queda automáticamente designado como Presidente el candidato del partido que tenga mayor número de escaños. Con una cláusula de este tipo, como dice Bastida Freijedo (2001: 69), “no se busca otorgar al candidato con más escaños la confianza parlamentaria; únicamente designarlo Presidente de la forma más rápida posible”. En este sentido, Pérez Royo (1986: 16) habla de manifiesta inconstitucionalidad en esta previsión: “el supuesto que se contempla es el de la investidura de un candidato que no alcanza la mayoría ‘relativa’, es decir, un candidato contra el que se pronuncia expresamente la mayoría de la Asamblea. Quiebra, por tanto, el principio básico del régimen parlamentario que establece la Constitución para las Comunidades Autónomas y quiebra de manera radical”. Cabe añadir a estos argumentos el hecho de que un ejecutivo así formado tendría, a priori, prácticamente asegurada una ingobernabilidad total (Aragón Reyes, 2017: 22). En resumen, parecen existir poderosas razones en defensa del mantenimiento de la llamada al electorado como cláusula de cierre del proceso de investidura nacional.

6. Conclusiones

Tras el vigesimoquinto aniversario de la Constitución Española, y haciendo balance de todos los procesos de investidura realizados hasta la fecha, Revenga Sánchez (2004: 506) escribía lo siguiente: “El artículo 99 es una de las disposiciones de la Constitución que suele aparecer en los repertorios anotados huérfana de referencias legislativas o jurisprudenciales, y ello porque la experiencia de vida constitucional incorporada al mismo es una experiencia de buen funcionamiento y óptima valía con respecto al fin para el que fue concebido, y no una de vacíos, oscuridades y conflictos”. La reflexión es certera y creo que ha conservado gran actualidad hasta el año 2016. Sin embargo, el nuevo multipartidismo que emergió de las elecciones del 20 de diciembre de 2015, y que fue revalidado el 26 de junio de 2016, ha abierto algunas fisuras en el sistema de elección del Presidente del Gobierno.

La principal modificación que debería ponerse encima de la mesa tiene que ver con la actitud de los partidos políticos. El tacticismo, la mala fe en las negociaciones, la demonización del adversario y la falta de responsabilidad institucional son los principales palos en la rueda del proceso de formación de gobierno en contextos de fragmentación parlamentaria. En un clima de tolerancia y respeto, muy probablemente, no se habría producido bloqueo institucional alguno tras las elecciones de 2015. El hecho de que, tristemente, no debamos esperar con demasiado optimismo un cambio en este sentido obliga a meditar la conveniencia de incorporar modificaciones como las planteadas en este trabajo.

Así, en primer lugar, el papel regio de proponer candidato a la Presidencia del Gobierno ha adquirido una importancia extraordinaria ante la ausencia de mayorías claras y rotundas. Aunque la labor realizada en este sentido por Felipe VI ha sido de una neutralidad ejemplar, considero beneficioso, para aislar a la Corona

de peligrosas turbulencias políticas, conferir esta facultad al Presidente del Congreso.

En segundo lugar, deberíamos abrir el debate sobre la oportunidad de introducir un sistema de pluralidad de candidatos en el que, no pudiendo los diputados utilizar votos negativos, se asegure una rápida solución al proceso de elección del Presidente.

Finalmente, es imprescindible alterar el *dies a quo* del plazo de dos meses previo a la disolución de las Cámaras tras el fracaso del proceso de investidura. La indeterminación de la regulación actual no resulta compatible con la necesidad de que la situación de interinidad sea solventada del modo más rápido posible, a cuyo servicio trabaja tal amenaza de disolución. Confiar en que siempre existirá un líder dispuesto a activar el reloj pese al riesgo de ser vapuleado políticamente en una sesión de investidura negativa resulta irresponsable.

En el supuesto de que se llegara a proceder a la reforma constitucional del artículo 99 -lo que exigiría su aprobación por mayoría de 3/5 de ambas Cámaras y la superación de un referéndum popular en caso de que lo solicitaran 1/10 de los miembros de Congreso o Senado (solicitud que el nuevo reparto de fuerzas hace más probable)- no debería olvidarse una corrección relevante, aunque no conectada directamente con el buen término del proceso de investidura. Nos referimos a la disolución del Senado a la finalización del plazo del párrafo quinto del artículo 99. Carece de utilidad someter a este trance -de coste económico no desdeñable- a una Cámara sin responsabilidad alguna en la elección del Presidente.

Han sido 315 días los que España ha permanecido sin un gobierno en plenitud de funciones. Como decía al comienzo de este trabajo, el multipartidismo no tiene por qué conducir de manera inexorable a este tipo de bloqueos institucionales, pero sí es evidente que introduce nuevos retos y complejidades al proceso. En este contexto, y en previsión de que el nuevo reparto de fuerzas no sea un hito puntual en nuestra historia electoral, deberíamos, al menos, reflexionar sobre estas posibles reformas.

7. Bibliografía

- AGUIAR DE LUQUE, L. (1980), "La estructura del proceso de formación de gobierno. El caso español en el marco del derecho comparado", *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, pp. 61-81.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (2016), "La investidura del Presidente del Gobierno y las similitudes y diferencias de las investiduras de los Presidentes de los ejecutivos autonómicos", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 22.
- ARAGÓN REYES, M. (2017), "Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, pp. 15-34.
- BAR CENDÓN, A. (1985), "Artículo 99". En: ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 137-192.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. (1993), "Investidura de los Presidentes autonómicos y parlamentarismo negativo", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 17, pp. 1-31.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2001), "De nuevo sobre el modo de designación de los Presidentes autonómicos y la forma de gobierno", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, pp. 39-70.

- BLANCO VALDÉS, R. (2017), “El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, pp. 63-96.
- DE OTTO, I. (1980), “La posición constitucional del Gobierno”, *Documentación Administrativa*, núm. 188, pp. 139-182.
- DELGADO RAMOS, D. (2012), “Breves notas sobre una cuestión controvertida: ¿es posible acortar los plazos para la investidura del candidato a Presidente del Gobierno?”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, pp. 203-216.
- ESPÍN TEMPLADO, E. (1982), “El Gobierno”. En: DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L. (Dir.), *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor, pp. 230-242.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2016), “El Gobierno”. En LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M., *Derecho Constitucional*. Volumen II. 10ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 131-150.
- PAJARES MONTOLÍO, E. (2006), “Madrid (25 mayo 2003-31 diciembre 2005)”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1.
- PÉREZ FRANCESCH, J. L. (1997), “Investidura, programación y dirección política”, *Revista de Derecho Político*, núm. 42, pp. 173-183.
- PÉREZ ROYO, J. (1986), “Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 49, pp. 7-32.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (1988), *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2004), “Veinticinco años de formación del gobierno”, *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, pp. 503-522.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2017), “La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, pp. 97-120.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2004), “Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, pp. 73-89.
- RUBIO LLORENTE, F. (1997), *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M. (1979), “El Rey y el Presidente del Congreso, en la formación de Gobierno”, *El País*, 10-03-1979. Disponible en: http://elpais.com/diario/1979/03/10/espana/289868404_850215.html
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2017), “La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, pp. 35-61.
- TORRES DEL MORAL, A. (1981), “Los grupos parlamentarios”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9, pp. 21-66.
- TORRES DEL MORAL, A. (2016), “Lecciones de la pasada (no) investidura”, *El Mundo*, 22-07-2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/opinion/2016/07/22/5790fb15468aeb25508b4612.html>
- TORRES MUÑOZ, I. (2012), “La reforma del procedimiento ordinario de nombramiento del Presidente del Gobierno”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 30, pp. 315-334.
- VINTRÓ CASTELLS, J. (2007), *La investidura parlamentaria del Gobierno: perspectiva comparada y Constitución española*, Congreso de los Diputados, Madrid

8. Apéndice: votaciones de investidura (1979-2016)

Candidato	A favor	En contra	Abstenciones	Ausencias	Confianza otorgada
Adolfo Suárez (30-03-79)	183 (UCD, CD, PSA, PAR, UPN)	149 (PSOE, PCE, PNV, EE, UN, UPC, ERC)	8 (CiU)	10 (5 diputados del PSOE, 1 de CD, 1 de PNV, 3 de HB)	Sí
Leopoldo Calvo-Sotelo (20-02-81)	169 (UCD, UPN, 3 diputados de CD)	158 (PSOE, PCE, PNV, PSA, EE, UN, UPC, ERC)	17 (CiU, PAR, 6 diputados de CD)	6 (2 diputados del PSOE, 1 de PSA, 3 de HB)	No
Leopoldo Calvo-Sotelo (25-02-81)	186 (UCD, CD, CiU, PAR, UPN)	158 (PSOE, PCE, PNV, PSA, EE, UN, UPC, ERC)	0	6 (3 diputados del PSOE, 3 de HB)	Sí
Felipe González (01-12-82)	207 (PSOE, CDS, PCE, EE)	116 (CP, UCD)	21 (CiU, PNV, ERC)	5 (1 diputado del PSOE, 2 de AP, 2 de HB)	Sí
Felipe González (23-07-86)	184 (PSOE)	144 (CP, CDS, CiU, PDP, IU, EE, PAR, CG, UV, AIC)	6 (PNV)	16 (11 CP, 5 HB)	Sí
Felipe González (05-12-89)	167 (PSOE, AIC)	155 (PP, IU, CDS, CiU, PA, UV, EA, EE)	6 (PNV, PAR)	4 (HB)	Sí
Felipe González (09-07-93)	181 (PSOE, CiU, PNV)	165 (PP, IU, CC, UV, EA, ERC)	1 (PAR)	3 (2 HB, 1 IU)	Sí
José María Aznar (04-05-96)	181 (PP, CiU, PNV, CC)	166 (PSOE, IU, BNG, EA, ERC)	1 (UV)	2 (HB)	Sí
José María Aznar (26-04-00)	202 (PP, CiU, CC)	148 (PSOE, IU, PNV, BNG, EA, ERC, IC-V, PA, CHA)	0	0	Sí
José Luis R. Zapatero (16-04-04)	183 (PSOE, IU-IC, ERC, CHA, BNG)	148 (PP)	19 (CiU, PNV, EA, NB)	0	Sí
José Luis R. Zapatero (09-04-08)	168 (PSOE)	158 (PP, ERC, UPyD)	23 (CiU, PNV, IU-ICV, BNG, CC, NB)	1 (PSOE)	No
José Luis	169	158 (PP,	23 (CiU, PNV,	0	Sí

R. Zapatero (11-04-08)	(PSOE)	ERC, UPyD)	IU-ICV, BNG, CC, NB)		
Mariano Rajoy (20-12-11)	187 (PP, FAC, UPN)	149 (PSOE, CiU, IU-ICV- CHA, UPyD, ERC, BNG, Compromís, GB)	14 (Amaiur, PNV, CC-NC)	0	Sí
Pedro Sánchez (02-03-16)	130 (PSOE, C's, NC)	219 (PP, P's- ECP-Marea, ERC, DiL, PNV, Compromís, IU-UP, EHB, UPN, FAC)	1 (CC)	0	No
Pedro Sánchez (04-03-16)	131 (PSOE, C's, NC, CC)	219 (PP, P's- ECP-Marea, ERC, DiL, PNV, Compromís, IU-UP, EHB, UPN, FAC)	0	0	No
Mariano Rajoy (31-08-16)	170 (PP, C's, UPN, CC, FAC)	180 (PSOE, UP-ECP- Marea, ERC, PDC, PNV, Compromís, EHB, NC)	0	0	No
Mariano Rajoy (02-09-16)	170 (PP, C's, UPN, CC, FAC)	180 (PSOE, UP-ECP- Marea, ERC, PDC, PNV, Compromís, EHB, NC)	0	0	No
Mariano Rajoy (27-10-16)	170 (PP, C's, UPN, CC, FAC)	180 (PSOE, UP-ECP- Marea, ERC, PDC, PNV, Compromís, EHB, NC)	0	0	No
Mariano Rajoy (29-10-16)	170 (PP, C's, UPN, CC, FAC)	111 (15 diputados del PSOE, UP- ECP-Marea, ERC, PDC, PNV, Compromís, EHB, NC)	68 (PSOE)	0	Sí

El debate constitucional de 1931 en España sobre la libertad de conciencia: una discusión de las relaciones entre Iglesia y Estado

The 1931 Spanish constitutional debate on freedom of conscience: a discussion about the relations between Church and State

Francisco J. Bellido
Universidad de Málaga
franbellido@hotmail.es

Recibido / received: 16/07/2017
Aceptado / accepted: 08/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3812>

Resumen

Este estudio analiza el debate parlamentario de 1931 en España, en el marco del debate sobre la nueva Constitución, en torno a la libertad de conciencia a través de las relaciones entre Iglesia y Estado que los distintos partidos políticos perfilan. Defiende que el debate sobre la libertad de conciencia es, sobre todo, un debate sobre el papel de estas dos instituciones en el nuevo orden constituyente. En la primera parte de este trabajo se recogen las intervenciones parlamentarias que configuran el debate constitucional sobre la libertad de conciencia durante septiembre de 1931. Junto a ellas se exponen algunos de los factores políticos que ayudan a entender el contexto del debate constitucional en esas fechas. En la segunda parte se introducen precisiones sobre el vocabulario político de los constituyentes, enfatizando la necesidad de prestar atención al uso de conceptos políticos comunes: secularización, autonomía, libertad y Estado. En la tercera parte se examinan, al hilo de las intervenciones parlamentarias del debate constitucional a lo largo de octubre de 1931, los argumentos aducidos por los diputados de las distintas formaciones y se recapitulan las razones que sostienen la hipótesis de trabajo.

Palabras clave

Debate constitucional español de 1931, Constitución española de 1931, libertad de conciencia, Iglesia y Estado en España, vocabulario político de la Segunda República.



Abstract

This study examines the Spanish parliamentary debate of 1931, in the framework of the debate on the new Constitution, about freedom of conscience through the relations between Church and State outlined by the different political parties. It defends that the debate on freedom of conscience deals mainly with the role of both institutions in the new constituent order. The first part of this article shows parliamentary sessions on freedom of conscience that took place in September 1931. In the second part some clarifications regarding the political vocabulary used by the constituents are introduced. It pays attention to the use of common political: secularisation, autonomy, liberty and State. In the third part the arguments held by the representative during October 1931 are examined. Finally, it summarises the arguments supporting the article's hypothesis.

Keywords

Spanish constitutional debate of 1931, Spanish Constitution of 1931, freedom of conscience, church and state in Spain, political vocabulary of the Spanish Second Republic.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La apertura del debate constitucional de 1931 sobre la libertad de conciencia. 3. El vocabulario político de los constituyentes de 1931. 4. El debate constitucional en octubre de 1931: libertad de conciencia y libertad religiosa. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía

1. Introducción

La discusión sobre la libertad de conciencia llevada a cabo a lo largo de las sesiones del debate constitucional de 1931 durante el período constituyente de la Segunda República tiene lugar entre los meses de septiembre y octubre de 1931. Las fechas más relevantes donde se menciona el principio de la libertad de conciencia formando parte del debate sobre el articulado de la Constitución son el 9 de septiembre y el 13 de octubre de 1931, si bien es preciso señalar que buena parte de estas referencias aparecen dispersas a lo largo de octubre de ese mismo año. Así, encontramos alusiones explícitas al principio político de libertad de conciencia desde el 8 hasta el 20 de octubre.

Las intervenciones de los diputados de las distintas formaciones políticas, al referirse a la libertad de conciencia, traen a la Cámara el enfrentamiento entre dos sectores claramente diferenciados. Por un lado, los grupos del ala derecha con la excepción del Partido Republicano Progresista (PRP): la Minoría Popular Agraria (MPA) y la Minoría Vasco-Navarra (MVN), partidarios, con distintos matices, de que se reconociera constitucionalmente el libre ejercicio de la religión católica como condición indispensable para garantizar la libertad de conciencia de todos los ciudadanos con independencia de su filiación religiosa. Por otro lado, los partidos de centro e izquierda: Partido Republicano Liberal Demócrata (PRLD), Partido Republicano Radical (PRR), Acción Republicana (AR), Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Partido Republicano Radical Socialista (PRRS), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) y Organización Republicana Gallega Autónoma (ORGA), defensores de la laicidad de las instituciones públicas, se proponían evitar cualquier mención explícita a la religión católica en el artículo constitucional que definiría la libertad de conciencia.

Este trabajo trata de arrojar luz sobre estas dos posturas en la medida en que significan dos visiones opuestas acerca de cómo debían plasmarse en la Constitución de 1931 las relaciones entre Iglesia y Estado. Lo que dio lugar, por tanto, a un nuevo modelo de estado democrático en disputa permanente en torno al grado de secularización al que debían someterse sus instituciones¹. El examen del debate constitucional sobre la libertad de conciencia permite contrastar los argumentos, referencias y vocabularios utilizados por los constituyentes de los distintos partidos políticos representados en el Parlamento.

El objetivo que se plantean las distintas secciones que integran este estudio consiste en indagar en los recursos parlamentarios que utilizan los constituyentes cuando mencionan la libertad de conciencia y responder a por qué el debate sobre esta cuestión remite reiteradamente a las relaciones entre Iglesia y Estado.

Para ilustrar las posiciones que se dan cita en las Cortes se recogen las intervenciones de los propios constituyentes. Se seleccionan aquellas en las que se delibera sobre la libertad de conciencia: Ricardo Gómez Rojí (Minoría Popular Agraria), Melquíades Álvarez (Partido Republicano Liberal Demócrata), Juan Botella Asensi (Partido Republicano Radical Socialista), Cirilo del Río (Partido Republicano Progresista, hasta julio de 1931 Derecha Liberal Republicana), Jerónimo García Gallego (independiente), Humbert Torres i Barberá (Esquerra Republicana de Catalunya), Manuel Azaña (Acción Republicana), Joaquín Beunza y Antonio Pildain (Minoría Vasco-Navarra), José María Gil-Robles (Minoría Popular Agraria), Amós Sabrás (Partido Socialista Obrero Español) y Antoni María Sbert (Esquerra Republicana de Catalunya).

En el espectro ideológico, los partidos que protagonizan el debate sobre la libertad de conciencia se ubican de derecha a izquierda como sigue: Minoría Vasco-Navarra, Minoría Popular Agraria, Partido Republicano Progresista, Partido Republicano Liberal Demócrata, Acción Republicana, Partido Socialista Obrero Español, Partido Republicano Radical Socialista y Esquerra Republicana de Catalunya. El Partido Republicano Liberal Demócrata se sitúa en el centro político, mientras que el Partido Republicano Progresista y Acción Republicana representan, respectivamente, las posiciones más moderadas desde la derecha y la izquierda. El Partido Republicano Radical de Alejandro Lerroux se sitúa en el espectro de centro, sin embargo, no se recoge aquí ninguna intervención de sus miembros. Su apoyo fue decisivo para la aprobación final del artículo 27 del proyecto de Constitución, pero su participación en el debate sobre la libertad de conciencia es residual.

La discusión en sede parlamentaria de dicho artículo del proyecto de Constitución terminará con la amenaza de abandono del Parlamento por parte de la Minoría Popular Agraria y la Minoría Vasco-Navarra el 13 de octubre de 1931 y las dimisiones del Presidente de la República Niceto Alcalá Zamora y el Ministro de Gobernación Miguel Maura (Juliá, 2009: 64). Será en el primer párrafo de este artículo 25 del proyecto (artículo 27 en la Constitución de 1931), aprobado con algunas modificaciones en los párrafos siguientes, donde aparezcan los términos generales en que se reconocía la libertad de conciencia: “La libertad de conciencia y el derecho de profesar libremente cualquier religión quedan garantizados en el

¹ Este estudio se ocupa de la secularización *política*, es decir, la laicidad. La secularización *social* entendida como el proceso gradual que explica la pérdida de influencia de las instituciones en la vida de los individuos que componen una sociedad es una cuestión distinta. Una breve aclaración puede encontrarse en McLure y Taylor (2011: 15-6).

territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública” (CE 1931: art. 27)².

En lo que respecta a los argumentos utilizados durante el debate, las posiciones sostenidas por los constituyentes se dividen, a grandes rasgos, en dos posturas encontradas: por una parte la defensa de la libertad de conciencia para significar el libre ejercicio de la fe católica sin impedimentos gubernamentales y, por otra parte, la garantía de la libertad de conciencia desde la laicidad de las instituciones públicas, incluido el sistema de enseñanza. Teniendo en cuenta el desarrollo del debate constitucional español de 1931 en torno a la libertad de conciencia a lo largo de los meses de septiembre y octubre puede observarse cómo las menciones de este derecho básico por parte de los constituyentes están ligadas a la discusión de las relaciones entre Iglesia y Estado.

Este estudio se funda, en primer lugar, en la revisión de las jornadas del debate constitucional de 1931, disponible a través del *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*. En segundo lugar, atiende a las distintas fases en la redacción de este artículo: el anteproyecto elaborado por la Comisión Jurídica Asesora, el proyecto de Constitución elaborado por la comisión parlamentaria presidida por Luis Jiménez de Asúa y la propia Constitución aprobada el 9 de diciembre de 1931.

2. La apertura del debate constitucional de 1931 sobre la libertad de conciencia

La intervención que da comienzo al debate sobre la libertad de conciencia tiene lugar el 4 de septiembre. El diputado Ricardo Gómez Rojí, representante de la Minoría Popular Agraria, expresa este principio oponiendo dos concepciones que no se corresponden con el concepto jurídico moderno de la libertad de conciencia. Reduce este principio a guía de la conducta orientada según los principios morales de la religión que, además, no admite el error como posibilidad de la conducta libre:

“Si por libertad de conciencia se entiende el derecho de adorar a Dios, según los dictados de la conciencia de cada uno, sin molestia por parte de los otros ciudadanos, es la libertad de conciencia un derecho del hombre, pero si por libertad de conciencia se entiende que cada uno es libre para formar la opinión que quiera, sin mirara si es falsa o verdadera, esto, señores, no es un derecho del hombre” (DSCCRE, 4 de septiembre de 1931: 769)³.

Gómez Rojí no elabora un argumento. Se limita a señalar que la libertad de conciencia debe ser entendida en un sentido religioso que excluye otro tipo de consideraciones. Su formulación hace incompatibles la libertad de conciencia y la libertad de opinión a pesar de que esta última se encuentra íntimamente ligada al principio de libertad intelectual. Las realizaciones del derecho de libertad de

² La Constitución de 1931 es la primera y única constitución de la historia de España en dar cabida al principio de libertad de conciencia como tal (Valero Heredia, 2008: 24). El reconocimiento de la libertad de conciencia, la libertad de cátedra, el derecho a profesar cualquier religión, la supresión de privilegios por ideas o creencias y la extensión de la enseñanza pública configuran un orden constitucional de sociedad laica (Lacasta Zabalza, 2007: 292). La vigente Constitución de 1978 recoge en el artículo 16.1 la libertad ideológica, religiosa y de culto para todos los individuos y comunidades con las restricciones especificadas por ley pero, en ningún caso, alude a la libertad de conciencia (CE 1978: art. 16).

³ En adelante, dado que todas las referencias corresponden a 1931, se indicará sólo el día y el mes del *Diario de Sesiones*.

conciencia son la libertad religiosa, la libertad de expresión e información y la libertad de enseñanza (Llamazares Fernández, 2007: 163). Gómez Rojí plantea en esta intervención sus reservas sobre el principio de libertad de expresión, excluyendo, por tanto, una de las realizaciones de la libertad de conciencia en tanto que derecho y principio jurídico. Desde un punto de vista estrictamente ideológico, su posición se enmarca en la defensa del principio de libertad de conciencia religiosa y el reconocimiento efectivo de esta libertad en el orden jurídico.

Si se atiende a las intervenciones de las minorías de derecha en el debate constitucional, la Minoría Popular Agraria y la Minoría Vasco-Navarra ejemplifican lo que buena parte de la historiografía ha señalado como una falla en la modernización de España, esto es, la pervivencia de posturas políticas y espirituales superadas en otros países europeos (Tomás Villarroya, 1981: 125). La cuestión religiosa se debate en términos que, salvando las distancias, se asemejan al debate sobre la laicidad que tuvo lugar más de medio siglo atrás durante la Tercera República Francesa a partir de las intervenciones de León Gambetta en 1877. El laicismo de Estado que suele atribuirse al modelo planteado en la Constitución de 1931 puede considerarse, en buena medida, una adaptación del laicismo francés reconocido en la Ley Francesa de 1905 (Souto Paz, 2001: 680; Valero Heredia, 2008: 127).

Debe señalarse que la separación entre la Iglesia y el Estado fue reconocida en el artículo 3, donde se afirmaba que “el Estado español no tiene religión oficial”, punto aceptado por todos los partidos del gobierno provisional (Oliver Araujo, 1991: 66). El mismo artículo del proyecto de Constitución afirmaba: “no existe religión del Estado” (Juliá, 2009: 196). No obstante, el artículo 3 no se debatió en las Cortes Constituyentes hasta el día 13 de octubre de 1931 junto con el artículo 26 del mismo proyecto, 24 en la Constitución. Las razones para posponer el debate hasta esa fecha obedecieron, en gran medida, al temor de las fuerzas del gobierno a adelantar un debate a buen seguro enconado con la oposición que podría suponer un obstáculo para aprobar otros artículos.

A estas circunstancias se sumó que en los primeros días de septiembre, concretamente hasta el día 8, tuvo lugar el debate sobre la totalidad del proyecto en un contexto de inestabilidad. Los rumores sobre la posible crisis de gobierno se debieron a dos factores: el primero, la posición de debilidad del Partido Republicano Progresista de Alcalá-Zamora como partido del ala derecha dentro de una coalición de gobierno mayoritariamente de izquierdas; y el segundo, el enfrentamiento entre el Partido Socialista Obrero Español y el Partido Republicano Radical por el papel que tras la aprobación de la constitución debían jugar los socialistas (Álvarez Tardío, 2002: 160).

Esta coyuntura fue aprovechada por la Minoría Popular Agraria y la Minoría Vasco-Navarra para hacer explícito su rechazo del proyecto constitucional. Melquíades Álvarez, sin embargo, opta por situar a su partido, el centrista Partido Republicano Liberal Demócrata, del lado de los redactores del proyecto de Constitución. En la sesión del 9 de septiembre de 1931 utiliza estas palabras:

“Yo propugné mucho sobre esta cuestión [las relaciones entre Iglesia y Estado] y he dicho que era necesario en primer término, substituir aquella mezquina tolerancia religiosa por una libertad de conciencia, y yo tengo que felicitar al Gobierno de la República por haber establecido desde los primeros días el precepto de la libertad de conciencia, que es un postulado universal del derecho de gentes y base de la civilización moderna” (DSCCRE, 9 de septiembre: 818).

La libertad de conciencia, a juicio de Melquíades Álvarez, es un principio superador de la tolerancia religiosa. Tolerancia significa admitir la convivencia de creencias dispares en el seno de la sociedad; la libertad de conciencia implica el reconocimiento eficaz de dichas creencias como un principio consustancial al Estado. A diferencia de lo que sostenía Gómez Rojí, la libertad de conciencia no es un principio subsidiario de la libertad religiosa. Por el contrario, se trata de un rasgo recogido por las constituciones modernas que reconocen a sus ciudadanos la potestad de guiar la propia conducta según convicciones que no tienen por qué derivar de la fe religiosa⁴.

A continuación, dentro del mismo hilo del debate y desde una posición conciliadora, reconocía que nunca se mostró partidario de la separación entre la Iglesia y el Estado. Aunque eso no le impide admitir la, a su juicio, necesaria secularización progresiva a la que debían someterse las instituciones sociales, económicas y políticas en el nuevo orden republicano:

“Yo no he defendido nunca la separación de la Iglesia y el Estado. A mí no me extraña que se defienda la separación de la Iglesia y el Estado; yo creo que es una aspiración que debe tener todo republicano y todo demócrata, que debe realizarse tan pronto como las circunstancias permitan que se realice” (DSCCRE, 9 de septiembre, p. 818).

La transigencia de Melquíades Álvarez no está reñida con sus reservas hacia un proceso de separación abrupto de las relaciones entre Iglesia y Estado. Poco después en su intervención, advierte sobre los posibles peligros de mermar excesivamente el poder de la Iglesia. De igual modo que reconocerla como corporación de derecho público suponía poner en peligro el poder del Estado, situar a la Iglesia dentro de las Asociaciones de Derecho Privado sería considerado por los sectores clericales un ataque contra la libertad religiosa. El propio Álvarez considera su intervención una llamada al realismo (DSCCRE, 9 de septiembre: 819). La labor del Partido Republicano Liberal Demócrata de Melquíades Álvarez se centró en negociar una progresiva secularización compatible con la libertad de culto y la enseñanza privada religiosa que preservara el estatuto jurídico de las congregaciones religiosas como organismos sometidos a la legislación ordinaria (De la Cueva Merino, 2010: 33)⁵.

Félix Gordón Ordás, del Partido Republicano Radical Socialista, expresó la oposición de su partido al reconocimiento de la Iglesia como corporación de derecho público. El temor a que las distintas corporaciones ganasen progresivamente autonomía y constituyesen por sí mismas organizaciones independientes que rivalizasen con la soberanía del Estado fue el argumento esgrimido por los radical-socialistas contra dicho reconocimiento (DSCCRE, 22 de septiembre: 1050).

⁴ Entre los constituyentes no existe un concepto unánime de la libertad de conciencia, es por tanto un concepto disputado. La contraposición entre el significado moderno de la libertad de conciencia frente al tradicional, que concibe este principio como sinónimo de la libertad religiosa, pone en liza los usos flexibles de los conceptos políticos. Una caracterización actual del principio de libertad de conciencia puede encontrarse en Dionisio Llamazares Fernández, quien la define como la facultad para “mantener unas u otras convicciones o creencias, unas u otras ideas, en la medida en que estas últimas estén estrechamente unidas a las convicciones, así como a expresarlas o a silenciarlas, a comportarse con ellas cuando se trata de auténticas convicciones” (2007: 22-23).

⁵ Adolfo Posada, eminente jurista español de la Escuela de Oviedo y miembro de la comisión jurídica asesora que redactó el anteproyecto de Constitución, se mostró contrario a la concesión del estatuto de corporación de derecho público a la Iglesia por considerar que esa categoría no se encontraba fundada en el derecho político español (1932: 150).

Además, conviene recordar que el reconocimiento de la Iglesia como corporación de derecho público no fue inicialmente bien recibido por la nunciatura, que en una pastoral emitida en agosto de 1931 desechó esa posibilidad una vez conocido públicamente el anteproyecto de Constitución. Esta postura inicial de rechazo, no obstante, fue matizada posteriormente (Navarro de Luján, 2009: 189).

A la intervención de Álvarez le sigue Juan Botella Asensi, miembro del Partido Republicano Radical Socialista y de la Comisión Constitucional. Su defensa del proyecto de Constitución es también una defensa de la labor de su partido en la coalición de gobierno:

“En la Constitución se respetan todas las Iglesias, en la Constitución se dice terminantemente que se garantiza la libertad de conciencia, que se garantiza la profesión y la práctica de todas las creencias religiosas; y eso es lo que juzgan irreligioso y eso es lo que consideran una prueba de persecución” (DSCCRE, 9 de septiembre: 827).

Botella Asensi representa el sector más escorado a la izquierda de quienes componen la comisión parlamentaria encargada de elaborar el proyecto de Constitución. Entiende la libertad de conciencia formando parte de la libertad religiosa, si bien niega que ese principio deba ligarse a la Iglesia Católica y tampoco aclara en qué consiste este principio. Anticipa algunos de los argumentos que esgrimirán las fuerzas de la oposición en los debates posteriores, como la persecución de la Iglesia. Su mensaje se dirige sin nombrarlos, a los partidos del ala derecha de la Cámara. No es coincidencia que la cuestión religiosa cerrase la discusión de totalidad. En parte puede interpretarse como una llamada de atención para encontrar apoyos parlamentarios en la Cámara de cara a aprobar el proyecto de Constitución.

Debe señalarse que el decreto sobre la libertad de conciencia, publicado por el gobierno tres meses antes de que comenzara el debate constitucional en las Cortes en mayo de 1931, convertía la enseñanza religiosa en opcional. Esa circunstancia condicionó las dificultades en la tramitación parlamentaria de los artículos relativos a la denominada cuestión religiosa. Dicho de forma clara, este decreto ponía fin a la obligatoriedad de la enseñanza religiosa en las escuelas. Los sectores próximos a la Iglesia lo recibieron con preocupación cuando no indignados. Algunos de estos sectores, como ocurrió entre los jaimistas de Aragón, se mostraron partidarios de la insurrección por las armas (Álvarez Tardío, 2002: 114). La premura en la publicación del decreto abonó el terreno de futuras disputas que hicieron todavía más tensas las negociaciones entre los sectores pro-católicos del Parlamento y el Gobierno en los meses siguientes⁶.

Con respecto a la cuestión religiosa, es necesario atender a la vía de conciliación entre los regímenes liberales y la Iglesia Católica en Europa, motivada por la estrategia de negociaciones emprendida por el Vaticano durante el pontificado de León XIII en la última década del siglo XIX. La política de *ralliement* o adhesión, iniciada en la última década del siglo XIX y continuada por Pío XI durante todo su mandato, es uno de los factores que explica la aceptación pública de la Segunda

⁶ Hay que tener en cuenta que el debate sobre la libertad de conciencia y la enseñanza viene condicionado por la estrategia que el PSOE había trazado en el Congreso Extraordinario celebrado el 11 de julio de 1931. Allí se acordaron dos directrices que en buena medida obedecían a los ideales de la Institución Libre de Enseñanza: escuela única y laica perteneciente al Estado y enseñanza primaria gratuita con carácter obligatorio inspirada en ideales pacifistas y humanistas (Ostolaza, 2012: 213).

República por parte de los altos representantes eclesiásticos en 1931 (De la Cueva Merino, 2014: 101). La historiografía reciente ha interpretado las distintas reacciones de la Iglesia al advenimiento de la Segunda República distinguiendo tres corrientes: posibilistas, antiliberales y tradicionalistas (Salomón Chéliz, 2012: 233). Si se acepta esa clasificación, la corriente posibilista se identifica con la postura oficial de la Iglesia durante los primeros meses de gobierno republicano.

El debate sobre la denominada cuestión religiosa impregna el resto de los temas debatidos en la cámara, incluida la libertad de conciencia. Para entender el contexto en que se produce el debate constitucional debe tomarse en cuenta la postura anticlerical que buena parte de los partidos republicanos adopta desde el inicio de las discusiones dentro de la Cámara. Este hecho frustró las aspiraciones de democratización de la nueva legislación republicana y ofreció una baza a los adversarios de la República (Gil Pecharromán, 1997: 114). En cualquier caso, la contraposición entre partidos clericales y anticlericales en el debate, aunque existió, no es lo suficientemente informativa, puesto que entre esas dos posturas extremas tienen cabida matices en la defensa de la delimitación de competencias entre Iglesia y Estado.

La cuestión religiosa condicionó decisivamente la redacción de algunos de los artículos de la Constitución finalmente aprobada en 1931. Los artículos 3, 26, 27 y, parcialmente, los artículos 43 y 48 conformaban la cuestión religiosa en el texto constitucional. Tanto el artículo 3 como el 26 supusieron un reto parlamentario hasta que finalmente fueron aprobados (Oliver Araujo, 1993: 179-181). Debido a las tensiones que comenzaron a generarse entre gobierno y oposición en el parlamento, así como en la opinión pública, la discusión de ambos artículos se aplazó. El artículo 3 se debatió junto al 24 el día 29 de septiembre; el artículo 26 fue examinado el 13 de octubre (Juliá, 2009: 54 y 63-64). Este aplazamiento sólo es explicable si se tiene en cuenta el grave obstáculo que habría supuesto para el desarrollo del debate constitucional la discusión de estos artículos en septiembre de 1931. El laicismo de estado propugnado en el artículo 27 del texto constitucional suscitó oposición pero en ningún caso derivó en las tensiones experimentadas en los artículos antes mencionados.

López Castillo interpreta el laicismo de los constituyentes republicanos en términos de ruptura con el confesionalismo de la tradición constitucional española del siglo XIX. El anticlericalismo sustituiría así la libertad de conciencia y la libre profesión religiosa como motivación última de los cambios introducidos en el proyecto de Constitución. Algunas expresiones de los constituyentes habilitan esta hipótesis. Las declaraciones de Manuel Azaña en las que afirmaba “España ha dejado de ser católica” constituyen el ejemplo más conocido (López Castillo, 1998: 222). Sin embargo, si atendemos a la variedad de intervenciones de los constituyentes encontramos que más allá de las tendencias enfrentadas que podrían calificarse de anticlericales y procatólicas, según los casos, el contenido de los debates apunta más a la secularización que constituyentes como Melquíades Álvarez (PRDL) y Humbert Torres i Barberá (ERC) presentan como una necesidad social y política a la que debía apuntar el texto constitucional (DSCCRE, 9 de septiembre: 818; DSCCRE, 10 de septiembre: 851).

3. El vocabulario político de los constituyentes de 1931

Los términos y conceptos clave utilizados por los constituyentes durante el debate sobre la libertad de conciencia son secularización, autonomía, libertad y Estado. Podrían enumerarse algunos otros conceptos auxiliares como los de tolerancia o

conciencia moral. Todos ellos conforman un vocabulario caracterizado por albergar significados políticos muy disputados entre los distintos partidos políticos representados en el Parlamento, reflejo de las tensiones entre partidarios y detractores de un modelo de estado con facultades amplias de regulación económica y social.

La concepción contemporánea de la secularización descansa sobre el principio de la libertad de conciencia y requiere dos condiciones de partida: la separación entre la Iglesia y el Estado y la neutralidad de este último con respecto a toda confesión religiosa (McLure y Taylor, 2011: 20). El término secularización, que describe tanto el proceso como el punto de llegada al que los sectores del centro y la izquierda de la Cámara desean conducir el nuevo Estado democrático, aparece en los debates constitucionales sólo ocasionalmente y, en la mayoría de los casos, inserto en el breve debate acerca de la jurisdicción civil de los cementerios⁷. Las excepciones a este uso se encuentran en las intervenciones de Melquíades Álvarez (PRDL), Fernando de los Ríos (PSOE) y Antonio Guallar (PRRS) durante los días 9 de septiembre, 8 de octubre y 13 de octubre respectivamente.

Álvarez sostiene abiertamente la necesidad de secularizar las instituciones políticas y jurídicas con el fin de garantizar que el Estado sea la única autoridad soberana (DSCCRE, 9 de septiembre: 818-819). De los Ríos defiende que el compromiso por la secularización adquirido por el Gobierno de la República dentro de la cuestión general de las relaciones entre Iglesia y Estado no puede posponerse (DSCCRE, 8 de octubre: 1521). Guallar, por su parte, habla en términos más gruesos proclamando desterrar a “Dios de toda la vida del Estado” para, a continuación, afirmar la secularización de la vida social del país (DSCCRE, 13 de octubre: 1655). Que exista un número de referencias tan escaso sobre la secularización del Estado durante los debates constitucionales cuando precisamente fue una reivindicación clave para los partidos en el Gobierno sólo se explica por el sentido ofensivo que las fuerzas del ala derecha de la Cámara atribuían a este concepto. Esta circunstancia condicionó el uso de términos menos controvertidos. Así pues, Manuel Azaña (AR) habla de transformar el Estado y la sociedad pero no de secularizarlos (DSCCRE, 13 de octubre: 1667-1668). Este discurso lo pronuncia un día antes de que se produzca la dimisión de Alcalá-Zamora que desembocaría en el nombramiento del propio Azaña como nuevo Presidente de la República. Las precauciones terminológicas de los constituyentes por evitar términos polémicos serán una constante a lo largo de octubre de 1931.

El término autonomía se utiliza en las Cortes Constituyentes con un sentido preciso que en el debate entre los partidarios del estado federal, el estado integral y el estado centralizado, se prolonga durante el mes de octubre de 1931 (las fechas en las que se producen los momentos más intensos del debate se corresponden con los días 9, 10 y 11 de octubre). Autonomía significa para los defensores del Estado federal una petición legítima de las regiones que reclaman un Estado que ceda parte de sus competencias, sin que signifique una merma en la soberanía del Estado. Autonomía y soberanía son conceptos distintos, pero el concepto de autonomía aplicado a las regiones federables constituía en la práctica una reivindicación de soberanía compartida (García Santos, 1980: 498-499).

El 9 de octubre tiene lugar el debate sobre si la Iglesia debía considerarse corporación de derecho público, una salida negociada que contentaba tanto a los

⁷ El párrafo segundo del artículo 27 de la Constitución de 1931 reconoce la exclusividad de la jurisdicción civil en la gestión de los cementerios (CE 1931: art. 27).

partidos de la derecha moderada, especialmente al Partido Republicano Progresista de Alcalá-Zamora, como a los socialistas (Álvarez Tardío, 2002: 173-4). El diputado Manuel González Ramos (PSOE) defendió la enmienda que otorgaba a la Iglesia dicho estatuto considerando que se trataba de una concesión de autonomía, pero no de soberanía (DSCCRE, 9 de octubre: 1568). El término autonomía aparece en un contexto de disputa parlamentaria sustituyendo al término controvertido de soberanía. Lejos de ser un término tabú para los constituyentes, se habla de soberanía para reivindicar el sentido positivo que legitima las aspiraciones de las regiones en oposición al poder del Estado. En este sentido lo emplea Torres i Barberá (ERC) (DSCCRE, 10 de septiembre: 849).

La reivindicación de la libertad como concepto político absoluto es un recurso político común a los regímenes parlamentarios desde el siglo XIX. Las Cortes españolas de 1931 no son una excepción. Los distintos partidos políticos aluden a la libertad como principio de su doctrina. En el período republicano la palabra libertad es un término en boga. Los avances en las libertades se hacen patentes a través del texto constitucional, por lo que con frecuencia se asocia la libertad a democracia y República. Los sectores de izquierda hablan de enemigos de la libertad para señalar a monárquicos y fascistas. Es importante notar que en el período de debate constitucional se asocian libertades y garantías constitucionales (García Santos, 1980: 415-417). No en vano, el vocabulario legal de los constituyentes juega un papel relevante en la dotación de nuevos significados a las libertades en correspondencia con el reconocimiento efectivo de la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de conciencia.

Estado y nación funcionan como sinónimos al plantearse el debate sobre la autonomía regional. Central y democrático son dos de los adjetivos más recurrentes que acompañaron al término Estado (García Santos, 1980: 437-439). La afirmación del poder público y de la legitimidad del nuevo orden vigente se convirtieron en temas omnipresentes en el debate constitucional que fueron duramente contestados por la Minoría Popular Agraria. Antonio Royo Villanova (MPA) cuestionó las facultades cada vez más extensas que eran atribuidas al Estado (DSCCRE, 2 de octubre: 1398). José María Gil Robles dirigió su crítica contra la institución del Estado en otros términos. En una de sus intervenciones contestaba a Mariano Ruiz Funes (AR) que si el Estado se denominaba liberal su rechazo a garantizar la enseñanza por parte de las instituciones religiosas no respondía al ideal del liberalismo (DSCCRE, 13 de octubre: 1712). La Minoría Agraria receló de la concesión de competencias extensas del poder central, lo que condicionó las negociaciones con el gobierno desde el comienzo del debate constitucional. Las minorías de derecha asociaron al Estado con la intransigencia y el exceso de poder.

4. El debate constitucional en octubre de 1931: libertad de conciencia y libertad religiosa

El 1 de octubre Luis Jiménez de Asúa pronuncia un discurso en la Universidad Central ante los estudiantes madrileños. Enfatiza la política como un oficio en el que la realidad reclama una respuesta rápida. La Federación Universitaria Escolar (FUE), de inspiración izquierdista y fundada por Antoni María Sbert, interviene en la ceremonia de manos de su representante estudiantil. Su respuesta anticipa el contenido del debate sobre la libertad de conciencia en relación a la enseñanza escolar que tendría lugar días más tarde: “las disposiciones sobre la enseñanza de la Religión [...] deben garantizar la libertad de conciencia del niño sobre prejuicios ancestrales” (Crisol, 1 de octubre: 5).

El 8 de octubre se discuten los artículos sobre la enseñanza y la religión. Fernando de los Ríos (PSOE) se posiciona en contra de que se reconozca a la Iglesia como corporación de derecho público argumentando que debía ser el Estado el único órgano competente sobre el estatuto jurídico de la Iglesia (Juliá, 2009: 62). Cirilo del Río (PRP), por su parte, enarbola la defensa de la enseñanza laica y de la competencia exclusiva en educación para el Estado. Afirma que “la enseñanza del Estado debe ser laica” y, justo a continuación, “sin enseñanza laica primaria del Estado no puede haber en absoluto libertad de conciencia”. Del Río habla de pensar en liberal para marcar su defensa de la laicidad como una bandera que los partidos de centro-derecha de la Cámara debían adoptar (DSCCRE, 8 de octubre: 1541). El argumento de que la laicidad del Estado debe sostenerse en mantenerse al margen de las confesiones religiosas constituyó una expresión recurrente en los debates constitucionales que ilustra cómo el principio de neutralidad del Estado informa una concepción política completamente moderna de las relaciones institucionales.

Un ejemplo de las tensiones sociales que se producen al debatirse en las Cortes la libertad de conciencia la protagonizó la Asociación Nacional de Padres de Familia. Esta asociación eleva una petición a las Cortes Constituyentes en la que expresa su malestar ante la desprotección de “la libertad de conciencia de los padres católicos y de sus hijos” al no quedar garantizada la asignación presupuestaria de los centros religiosos y sí la de los estatales (La Nación, 8 de octubre: 8). El descontento entre los sectores de la sociedad civil católica comienza a fraguar desde el mismo día en que se conocen las intenciones de algunos de los partidos del gobierno.

Jerónimo García Gallego, diputado independiente aunque afín a la Minoría Popular Agraria, tacha el proyecto de Constitución de antirreligioso en su turno de intervención parlamentaria el 9 de octubre. Para García Gallego la separación de la Iglesia y el Estado en nombre de la libertad carece de sentido:

“No nos habléis de libertad; no, seamos sinceros, seamos feroces; por el motivo expresado [las injerencias del Estado en materia religiosa] esta Constitución es antirreligiosa, no tiende a la libertad de conciencia, sino a deprimir el espíritu nacional, a clavar a la España católica en el madero de la Cruz” (DSCCRE, 9 de octubre: 1577).

En la jornada del 9 de octubre Humbert Torres i Barberá (ERC) hizo patente en el Parlamento el rechazo de su partido a cualquier intento de dar cabida en la enseñanza a la Iglesia por los abusos cometidos contra las libertades públicas, entre las que cita la libertad de conciencia (DSCCRE, 9 de octubre: 1588). El diario *La Voz* resumía de forma sencilla el argumento contenido en la intervención de Torres i Barberá aunque prescindiendo de toda literalidad: “Por respeto a la libertad de conciencia de nuestros hijos, no debemos consentir que ningún extremista de izquierda ni de derecha influya en ellos. Votaremos, pues, por la disolución de todas las órdenes religiosas dedicadas a la enseñanza” (La Voz, 9 de octubre: 8).

El 13 de octubre Manuel Azaña (AR) presenta la defensa de la libertad de conciencia en términos que parecen hacer referencia a la libertad religiosa. El líder de Acción Republicana presenta como incompatibles la defensa de la libertad religiosa y la pervivencia de la República:

Ese mismo día Joaquín Beunza (MVN) adopta una actitud moderada en su intervención, en la que aboga por el respeto a las conciencias: “a los que no piensan como nosotros, todas las garantías que crean necesarias para su libertad y para sus

conciencias” (DSCCRE, 13 de octubre: 1649), posición que se comprende a la luz de la tensión de las discusiones unos días antes, que debilitó a los sectores de derecha en el debate constitucional.

Antonio Pildain (MVN) consumió su turno en la Cámara para responder a las críticas vertidas por los diputados de José López Varela (Partido Republicano Radical) y Eduardo Ortega y Gasset (Partido Republicano Radical Socialista), quienes acusaban a la Minoría Vasco-Navarra de apelar a la libertad de conciencia como último recurso. La respuesta de Pildain es de nuevo identificar la libertad de conciencia con la libertad religiosa: “Si por libertad de conciencia se entiende que la fe y las creencias no pueden imponerse a nadie, dogma es de nuestra religión que la fe es libre” (DSCCRE, 13 de octubre: 1707).

Poco después durante esa misma jornada, Gil Robles alude a libertad de conciencia considerando que constituye “el principio que más directamente deriva del liberalismo”. A su juicio, el texto constitucional que se discute “significa que el Estado se erige en depositario de la verdad objetiva” (DSCCRE, 13 de octubre: 1712). Su oposición frontal al papel del Estado en esta materia refleja la desconfianza de las minorías de derecha hacia un Estado dotado de amplios poderes de decisión en la vida pública, pero también denota una adhesión a principios liberales básicos desde presupuestos, en origen, no estrictamente liberales.

Las últimas intervenciones en el debate constitucional sobre la libertad de conciencia tienen lugar el 20 de octubre. Amós Sabrás (PSOE) vindica la libertad de conciencia desde la defensa de la libertad de enseñanza en oposición a la secular influencia de la Iglesia en el ámbito educativo:

“Pero aquello que tanta risa causó, se pagaba el año 98 con lágrimas y desastres, porque es la legítima compensación a una risa imbécil el respeto del analfabetismo y una libertad de conciencia y una libertad de enseñanza, propio libertinaje que en España equivale al monopolio por las Órdenes religiosas y la desvergüenza a ultranza de nuestra Iglesia Católica española” (DSCCRE, 20 de octubre: 1819).

Antoni María Sbert (ERC) expresa a las claras la postura del ala más radical de la Cámara. Libertad de conciencia se opone a la libertad de enseñanza. La habitual disputa del concepto de libertad de conciencia para significar bien la libertad religiosa en las escuelas en el caso de los sectores procatólicos, bien la enseñanza articulada en términos emancipatorios de laicidad para los sectores de la izquierda radical de la Cámara, identifica la libertad de enseñanza con la libertad religiosa:

“Sentado el principio de autonomía, también es preciso consignar que el principio de la libertad de la enseñanza es para nosotros incompatible con el principio de la libertad de conciencia” (DSCCRE, 20 de octubre: 1831).

5. Consideraciones finales

Ya en diciembre de 1931, tras la aprobación de la Constitución el día 9 de ese mismo mes, el diario *La Época* se hace eco del discurso político que Ángel Ossorio y Gallardo pronuncia en Málaga defendiendo el papel del Estado como garante de las libertades políticas y civiles. Llama la atención que refiriese la compatibilidad de libertades, reconociendo, por tanto, las tensiones inherentes entre algunas libertades individuales:

“Para los liberales todos, el Estado existe al objeto de garantizar el desarrollo de las libertades individuales y compatibilizarlas. Urge reivindicar los valores espirituales de personalidad, humanitarismo, internacionalismo, antimilitarismo, libertad de conciencia y libertad de enseñanza” (La Época, 8 de diciembre: 3).

El descontento de los sectores conservadores tras la aprobación de la Constitución de 1931 fue de rechazo. El diario carlista *El Cruzado Español* mostraba lo que buena parte de la corriente procatólica estimaba lesivo para sus intereses:

“Consagrose la libertad de conciencia, la de prensa, la de asociación, para lo bueno y para lo malo, y, ya en la pendiente se ha llegado al Estado sin religión y a la prohibición de todo culto externo católico” (El Cruzado Español, 11 de diciembre: 5).

Las redacciones del anteproyecto, el proyecto de Constitución y la Constitución finalmente aprobada coinciden en el primer párrafo al contemplar la garantía del ejercicio de la religión y la libertad de conciencia. La interpretación según la cual el laicismo de estado reconocido en los artículos 26 y 27 de la Constitución de 1931 era ya recogido en el Estatuto jurídico del Gobierno Provisional al regular las relaciones entre Iglesia y Estado es discutible, puesto que en el punto tercero no se especifica ninguna obligación o restricción en el ejercicio de la libertad de creencias y de cultos (Cuenca Toribio, 1980: 154; Juliá, 2009: 140).

El artículo 12 del anteproyecto (25 en el proyecto y 27 en la Constitución aprobada en 1931) fija la libertad pública y privada de cultos manteniendo intacta la personalidad civil y política de los religiosos (Juliá, 2009: 174). En cambio, el proyecto de Constitución restringe la libertad de cultos al ámbito privado y deja en manos del orden público determinar las condiciones de su ejercicio (Juliá, 2009: 199). El artículo 27 finalmente aprobado añade al artículo 25 del proyecto la jurisdicción civil de los cementerios y un aspecto conflictivo inadmisibles para los sectores católicos: el ejercicio público del culto religioso debía ser autorizado expresamente por el gobierno (CE 1931: art. 27). Este punto reconocido en el párrafo tercero fue, como se ha visto, determinante en el rechazo de la Constitución por la Iglesia y un amplio sector de la opinión pública vinculado a ella.

El artículo 26 de la Constitución de 1931 declaraba que todas las confesiones religiosas se considerarían asociaciones sometidas a una ley especial. A esta exigencia le siguieron en el mismo artículo 26 la total extinción del presupuesto para el clero en el plazo de dos años y la disolución de las órdenes religiosas que por su estatuto determinaran deberes de obediencia que entrasen en conflicto con los del Estado. A juicio de Joaquín Varela la aprobación del artículo 26 reflejaba el “sectarismo anticlerical” al constreñir la libertad religiosa (Varela, 2007: 594). Alfonso Fernández-Miranda destaca que frente al laicismo estatal que inspiró la Constitución de 1931, el principio de libertad religiosa acompaña al liberal Estado laico moderno. Este modelo de Estado liberal da cabida a la libertad de conciencia, de expresión y de asociación manteniendo un principio de neutralidad que, a su juicio, vulneraba la redacción constitucional de 1931 (Fernández-Miranda, 1978: 67)⁸.

⁸ Un estudio exhaustivo del principio de laicidad puede encontrarse en los trabajos de Víctor J. Vázquez Alonso: *Laicidad y Constitución* y, exclusivamente centrado en el caso español, *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*. En este segundo libro el capítulo “El legado laico de la Segunda República Española” analiza brevemente en qué medida el laicismo de buena parte de los constituyentes republicanos puja con el sentido moderno del concepto de laicidad (2017: 369-371).

Si tenemos en cuenta el enfrentamiento entre clericales y anticlericales tal como aparece en los debates constitucionales, entonces es legítimo concluir que en el juicio negativo de los sectores católicos pesó no sólo la redacción del artículo 26 de la Constitución de 1931, sino también la del artículo 27. Es más, en el debate constitucional, como puede comprobarse revisando las referencias de los propios constituyentes, la discusión de ambos artículos se produce con una intensidad similar.

No en vano, es necesario tener en cuenta que a pesar de que el debate fue programado para que se produjese un debate ordenado de los artículos fijado por el Presidente del Parlamento, Julián Besteiro (PSOE), eso no obstaculizó que la discusión de los artículos que afectaban a la denominada cuestión religiosa, como hemos visto, trajese a colación contenidos de los artículos adyacentes.

Retórica y estrategia parlamentarias no están reñidas con la discusión de argumentos. A lo largo de septiembre los partidos políticos descubren sus posiciones de partida aduciendo argumentos que contribuyen a fijar las estrategias políticas particulares capaces de influir en la redacción del texto constitucional. El léxico político que los constituyentes emplean se articula en torno a un número limitado de términos como secularización, autonomía, libertad y Estado, que funcionan como estándares de los argumentos introducidos en las intervenciones parlamentarias. En octubre el debate cristaliza y provoca disensiones en la Cámara al esbozar cada fuerza parlamentaria su propia visión de las futuras relaciones entre Iglesia y Estado en los artículos 26 y 27 de la Constitución de 1931.

La primera fase del debate centrada en la búsqueda de apoyos parlamentarios a lo largo de septiembre da paso a una segunda fase en la que se contraponen dos visiones: una visión del Estado que hiciera compatible un alto grado de autonomía de las instituciones religiosas católicas con la propia pervivencia de la República, lo que significaba posponer el ideal de laicidad y neutralidad preconizado por las fuerzas de centro e izquierda; y una concepción de la sociedad y del nuevo orden constitucional que garantizase las libertades reconocidas en las constituciones contemporáneas de otros países impulsando un modelo de laicismo de inspiración francesa que desligase por completo las instituciones religiosas de las instituciones públicas, esto es, que separase de forma eficaz el poder civil correspondiente al Estado del poder religioso vinculado a la Iglesia.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ TARDÍO, M. (2002), *Anticlericalismo y libertad de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DE LA CUEVA MERINO, J. (2010), "Hacia la República laica: proyectos secularizadores para el estado republicano". En *Laicismo y catolicismo: el conflicto político-religioso en la Segunda República*, Universidad de Alcalá, Madrid.
- DE LA CUEVA MERINO, J. (2014), "El laicismo republicano: tolerancia e intolerancia religiosa en la Segunda República española", *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 44(1), pp. 89-109.
- CUENCA TORIBIO, J. M. (1980), "Relaciones Iglesia y Estado en la España del siglo XX (1931-1980)", *Hispania. Revista Española de Historia*, 40, pp. 153-176.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA, A. (1978), "Estudio laico y libertad religiosa", *Revista de Estudios Políticos*, 6, pp. 57-80.
- GARCÍA SANTOS, J. F. (1980), *Léxico y política en la Segunda República*, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- GIL PECHARROMÁN, J. (1997), *La Segunda República*, Historia 16, Madrid.
- JULIÁ, S. (2009), *La Constitución de 1931*, Iustel, Madrid.
- LACASTA ZABALZA, J. I. (2007), "Libertad religiosa: ¿es posible un diálogo laico con la Iglesia Católica?", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24, pp. 277-303.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2007), *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. I, Civitas, Madrid.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (1998), "Acerca de la libertad religiosa en el tiempo", *Revista de Estudios Políticos*, 102, pp. 217-230.
- MACLURE, J. y TAYLOR, C. (2011), *Secularism and Freedom of Conscience*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, New York.
- NAVARRO DE LUJÁN, V. L. (2009), "La cuestión religiosa en el debate constituyente de 1931", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67-68, pp. 179-225.
- OLIVER ARAUJO, J. (1993), "La cuestión religiosa en la Constitución de 1931: Una nueva reflexión sobre un tema clásico", *Revista de Estudios Políticos*, 81, pp. 175-183.
- OSTOLAZA, M. (2012), "Los socialistas y el conflicto educativo (1900-1936)". En *Izquierda obrera y religión en España (1909-1939)*, Universidad de Alcalá, Madrid.
- POSADA, A. (1932), "Le problème religieux". En *La nouvelle Constitution espagnole*, Recueil Sirey, París.
- SALOMÓN CHÉLIZ, P. (2012), "Libertad religiosa y laicismo en la España contemporánea. Reflexiones sobre algunas perspectivas historiográficas recientes", *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, 86(2), pp. 227-245.
- SOUTO PAZ, J. A. (2001), "Perspectives on Religious Freedom in Spain", *Brigham Young University Law Review*, 2, pp. 669-710.
- TOMÁS VILLARROYA, J. (1981), "La Constitución de 1931", *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- VALERO HEREDIA, A. (2008), *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad: un estudio comparado*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- VARELA, J. (2007), "La Constitución española de 1931. Reflexiones sobre una constitución de vanguardia", *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (2012), *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (2017), "El legado laico de la Segunda República Española". En GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTÍN, S. y VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (Dir.), *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Marcial Pons, Madrid.

Fuentes

Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española (DSCCRE). Disponible en: http://www.congreso.es/est_sesiones/.

Constitución de 1931. Disponible en http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf.

Prensa

Crisol. Periódico de Madrid (1931-1932).



La Nación. Periódico de Madrid (1925-1936).

La Época. Periódico de Madrid (1849-1936).

El Cruzado Español. Periódico de ámbito nacional editado en Madrid (1929-1936).

Constitucionalismo débil

Weak-form judicial review

Mariano C. Melero de la Torre
 Universidad Autónoma de Madrid
mariano.melero@uam.es

Recibido / received: 22/07/2017
 Aceptado / accepted: 21/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3814>

Resumen

Se suele denominar constitucionalismo “fuerte” al tipo de justicia constitucional predominante después de la segunda gran posguerra, el cual se caracteriza por otorga a los jueces (o a un tribunal especializado) el poder para inaplicar y/o invalidar aquellas leyes que los tribunales consideran contrarias a su interpretación de los derechos protegidos, pudiendo el legislador revocar o modificar las determinaciones judiciales únicamente mediante las mayorías cualificadas que se incluyen en un proceso formal de reforma constitucional. En esta entrada se presentan y discuten varias formas de constitucionalismo “débil”, cuyo rasgo distintivo común consiste en tratar de asegurar la primacía de los derechos básicos sobre el resto del ordenamiento jurídico (incluso mediante su “atrincheramiento” formal), sin asumir la supremacía de los jueces constitucionales en su interpretación. La discusión girará en torno a cuál es el significado preciso de la “debilitación” de los jueces constitucionales y, en consecuencia, cuál debería considerarse la forma más deseable para su articulación institucional.

Palabras clave

Supremacía judicial, constitucionalismo débil, revisión judicial basada en derechos, deferencia debida.

Abstract

The kind of constitutional justice which has been globally dominant since the end of the Second World War is usually termed ‘strong’ constitutionalism. It gives judges (or a specialized tribunal) the power to strike down legislation that they consider incompatible with their interpretation of those rights and, simultaneously, allows the legislature to override those judicial determinations only by gaining the qualified majorities included in a formal amending process. This entry expounds and discusses some ‘weak’ forms of judicial review, whose common distinctive character is aiming to ensure the supremacy of the basic rights over the rest of the legal system (even with their formal “entrenchment”), without assuming the judicial supremacy in their interpretation. The discussion will revolve around the precise sense of the “weakening” of the courts in a rights-based constitutional review, and which institutional design should be considered its most desirable form.

Keywords

Judicial supremacy, weak-form judicial review, rights-based judicial review, due deference.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Constitucionalismo limitado. 3. Constitucionalismo fuerte. 4. Constitucionalismo débil. 4.1. Justicia constitucional penúltima. 4.2. Reforma constitucional mayoritaria. 4.3.



Justicia constitucional thayeriana. 5. Conclusión

1. Introducción

La voz “constitucionalismo débil” ha renovado su interés a raíz del intenso debate en la filosofía jurídica en torno al control judicial de constitucionalidad y al déficit democrático que este control acarrea cuando se aplica a la legislación ordinaria. Diversos autores han utilizado la expresión “revisión judicial débil” para referirse a cualquier sistema de protección de derechos básicos en el que, a diferencia de lo que ocurre en las formas de control de constitucionalidad del Tribunal Supremo de los EE.UU. y de los Tribunales Constitucionales de la mayoría de los países de la Unión Europea, la primacía de la constitución (o de una declaración formal de derechos) con respecto al resto del ordenamiento jurídico no implica automáticamente la supremacía de los tribunales revisores en la interpretación de los derechos protegidos.

En la polémica entre constitucionalismos “fuerte” y “débil” no se discute la necesidad y/o la deseabilidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes; por el contrario, la discusión gira en torno a cuál es el mecanismo o diseño institucional que nos parece más apropiado para realizar dicho control en una sociedad democrática. Las diferentes versiones del constitucionalismo “débil” representan distintas formas de promover un equilibrio alternativo y mejor ponderado que el que auspicia (en sus distintas versiones) el constitucionalismo “fuerte” entre los dos principales objetivos de un régimen constitucional (la protección de los derechos individuales y el respeto a la dignidad de la legislación democrática ordinaria). El rasgo común a las diversas formas de constitucionalismo “débil” consiste en que se reserva formalmente al legislador ordinario la “última palabra” en la definición precisa del alcance de los derechos protegidos.

Esto no quiere decir que en este tipo de justicia constitucional los jueces tiendan a ejercer con menor frecuencia, o con menor intensidad, sus poderes para revisar la constitucionalidad de las leyes. Una cosa es la constitución formal (es decir, los diversos mecanismos institucionales establecidos en uno o varios documentos más o menos “rígidos” o difíciles de cambiar), y otra cosa distinta la práctica constitucional que efectivamente opera en cada país (Lane, 1996, pp. 5-9). Más allá de las formas institucionales, la “fuerza” efectiva de los tribunales revisores depende principalmente del contexto histórico y de la cultura política y jurídica de la comunidad en que dichos tribunales operan.

2. Constitucionalismo limitado

El constitucionalismo, en general, hace referencia al ideal político de un gobierno limitado o moderado por las leyes, un ideal que hunde sus raíces en la filosofía antigua (Salazar, 2006, pp. 73-75). Sin embargo, la identificación del constitucionalismo con los derechos humanos (lo que caracteriza precisamente la versión “fuerte” de este ideal) no se produce hasta la llegada de la Modernidad y las Revoluciones liberales. Es sólo entonces (con Locke, Montesquieu y Kant, por citar sólo algunos nombres) cuando los “derechos naturales” de la persona comenzaron a entenderse como la base del ordenamiento jurídico y político de la sociedad. No obstante, incluso durante la Modernidad, el ideal constitucional se asoció tradicionalmente a una norma metajurídica cuya función era establecer la distribución de competencias y potestades entre los principales poderes públicos. En este constitucionalismo “clásico”, la constitución se reducía a un reparto de “magistraturas”: cada poder era la autoridad última dentro del ámbito de su competencia, de modo que, dentro de dicho ámbito, no existía obligación alguna

que forzase a motivar o dar razones de sus actos y decisiones. La finalidad de esta constitución meramente procedimental (o de separación de poderes) era “limitar el poder, pero dando prioridad a las técnicas formales, al gobierno *per leges*” (Salazar, 2006, p. 93). Los jueces eran los encargados de revisar la validez de los actos y decisiones de las personas y órganos de la administración del estado, velando por el mantenimiento de los principios del imperio de la ley –es decir, el principio *ultra vires* y los principios de “justicia natural” (Lane, 1996, pp. 152-60). Este constitucionalismo “limitado” se corresponde con el “Estado legislativo de derecho” que predominó en la mayoría de los países europeos hasta la segunda mitad del siglo XX.

En contraste, los Estados Unidos de América introdujeron muy pronto en su ordenamiento jurídico un grupo reducido de derechos (los denominados derechos “liberales” o “de primera generación”), a través de una serie de reformas constitucionales. A consecuencia de dicha introducción, el Tribunal Supremo se reconoció a sí mismo en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* como el guardián de la consistencia de las leyes con los derechos protegidos. A pesar de ello, como ha señalado Mark Tushnet, la revisión judicial nació en los EE.UU. en su versión “débil” (Tushnet, 2003a, pp. 2782-6). Bajo una constitución “principialista” rígida, la cultura constitucional de este país estuvo dominada durante el siglo XIX y principios del XX por la doctrina del “departamentalismo”, según la cual la constitución se limitaba a ser un reparto de potestades¹.

Actualmente, el constitucionalismo limitado (sin ninguna declaración formal de derechos) se mantiene en su forma originaria únicamente en la Constitución federal australiana de 1901; y ni siquiera aquí puede desarrollarse en sus propios términos, dado que las dos regiones más pobladas de Australia (Victoria y el Territorio de la Capital Australiana) cuentan con sendas cartas de derechos que siguen, con ligeras variaciones, el sistema de protección británico.

No obstante, algunos autores defienden el constitucionalismo limitado como una alternativa más democrática que los modelos de supremacía judicial (Goldsworthy, 2006; Campbell, 2006 y 2011). El constitucionalismo limitado responde a lo que se ha denominado como “modelo geográfico de las relaciones entre la constitución y las leyes” (Prieto Sanchís 2004, p. 56), y cabe considerarlo como “un concepto jurídicamente ‘puro’, libre de elementos extrajurídicos e inmune a las interpretaciones” (Salazar, 2006, p. 92). Lo cual no significa que no guarde relación con la política y la moral. Al contrario, este tipo de constitucionalismo se sostiene sobre el ideal ético del “constitucionalismo político”, según el cual todas las cuestiones constitucionales sustantivas deben reservarse a los poderes orientados políticamente. En palabras de Tom Campbell, “la justicia formal para los tribunales,

¹ Como explica Tushnet, aunque *Marbury* estableció que el Tribunal Supremo tenía el poder para declarar inconstitucional una ley del parlamento, el alcance de esta doctrina, así como su relación con los papeles de otras ramas del gobierno en la interpretación constitucional, fueron muy discutidos durante décadas. Es más, la propia sentencia *Marbury* puede considerarse una decisión departamentalista en un doble sentido: en primer lugar, porque determinó que el Congreso había reorganizado impropiamente la asignación constitucional dentro de la judicatura, confirmando así que cada departamento o rama tenía la responsabilidad exclusiva de determinar la constitucionalidad de las acciones de otros departamentos que afectasen a su propia actividad; y, en segundo lugar, porque rechazó la interpretación razonable de la Constitución que había hecho el Congreso y el Presidente al promulgar la disposición de la *Judiciary Act*, que se declaró inválida en la sentencia, respaldando así la idea de que cada departamento tenía un derecho constitucional a actuar según su propia interpretación de la Constitución, sin importar lo que otras ramas hubieran dicho, véase Tushnet (2003a, p. 2782).

la justicia sustantiva para los parlamentos, al menos en las democracias”². A mi juicio, aunque este ideal pueda ser “compatible” con algunas de las “nuevas” formas de constitucionalismo débil (Tushnet, 2013, p. 2250), estas últimas no pueden dejar de ser una “segunda mejor opción” para los defensores de dicho ideal, puesto que todas ellas presuponen la introducción de los derechos sustantivos básicos en el ordenamiento jurídico, así como la autorización de una revisión judicial de las leyes basada en tales derechos. Volveré sobre este punto más adelante.

3. Constitucionalismo fuerte

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se ha producido un cambio profundo en el ideal constitucionalista. A grandes rasgos, cabe decir que el modelo “clásico” de constitución ha dado paso a un constitucionalismo “principlista”, que protege determinados derechos dentro del ordenamiento jurídico, otorgándoles un estatus superior y obligando a los jueces a aplicar las leyes de un modo consecuente con los mismos (véase Prieto Sanchís, 2003). Esto significa que, además de las cuestiones relativas al reparto de competencias (aún hoy foco principal de conflicto constitucional en los estados con organización federal), la constitución se encarga de establecer una serie de principios morales abstractos que limitan el ejercicio del gobierno democrático. Se busca de este modo un gobierno *sub lege*, que suponga un sometimiento formal y material del gobernante al derecho, en lugar de un mero gobierno *per leges* (Salazar, 2006, p. 86). Del elemental *rule by law*, se aspira a alcanzar el *rule of law*. Diversos autores han señalado que este nuevo paradigma representa un “modelo argumentativo” de las relaciones entre la constitución y las leyes (Prieto Sanchís 2004, p. 56), o una “cultura de la justificación” donde la validez jurídica no depende exclusivamente de criterios formales, sino también de la consistencia de las normas jurídicas con los principios constitucionales sustantivos (Dyzenhaus, 2015, p. 425; Hunt, 2015, p. 2).

Este constitucionalismo “principlista” ha generado una importante controversia en el pensamiento jurídico y político contemporáneo, en cuanto que necesariamente implica un aumento considerable del poder interpretativo de los jueces y, como consecuencia, un riesgo de debilitamiento de la democracia. Dicho riesgo es especialmente crítico cuando la traducción institucional de este tipo de constitucionalismo consiste en la combinación de dos elementos conceptualmente distintos: por una parte, una constitución escrita y rígida que incluye unos procedimientos de reforma constitucional de naturaleza contramayoritaria (mayorías reforzadas o cualificadas), y, por otra, una revisión jurisdiccional de las leyes y actos ejecutivos que permite a los tribunales revisores no aplicar o considerar inválidas aquellas disposiciones que consideran contrarias a los derechos protegidos.

Nótese que la supremacía judicial propia del constitucionalismo “fuerte” se produce por la suma de ambos componentes (Bayón 2000, p. 69; Martí 2014, pp. 552-555). La Constitución española, por ejemplo, articula un sistema centralizado de revisión judicial fuerte en el que un tribunal especializado tiene el poder exclusivo de anular la legislación incompatible con la Constitución; sin embargo, la supremacía del Tribunal Constitucional sólo es efectiva porque, al mismo tiempo, la Constitución crea un proceso tan gravoso para las reformas que afectan a los derechos fundamentales (el artículo 168 exige su aprobación por mayorías cualificadas en dos legislativos separados por unas elecciones generales, y su ratificación mediante referéndum) que apenas existe la posibilidad real de que la comunidad política

² Título del trabajo presentado por el autor en el seminario “II International Meeting on Law and Justice: What Aspects of Justice Should not be the Law’s Concern?” celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en junio-julio de 2016.

pueda usar esta vía para anular los efectos de una decisión del Tribunal Constitucional. En términos generales, cabe decir que la fuerza de los poderes revocatorios de los jueces constitucionales depende, en última instancia, de la rigidez constitucional, de tal modo que la versión más fuerte del constitucionalismo fuerte sería aquella que, recogiendo un proceso rígido de reforma constitucional, acepta la posibilidad de que los jueces declaren inconstitucionales ciertas reformas de la constitución³.

Como veremos en el siguiente apartado, el constitucionalismo débil logra deshacerse de la supremacía judicial mediante dos estrategias vinculadas a la rigidez constitucional: o bien excluyéndola (total o parcialmente, es decir, estableciendo sólo leyes ordinarias de derechos humanos, o permitiendo al legislador bajo ciertas condiciones contradecir mediante legislación ordinaria las interpretaciones judiciales de una constitución escrita y rígida), o bien suprimiendo la rigidez contramayoritaria (es decir, mediante un procedimiento mayoritario de reforma constitucional)⁴.

4. Constitucionalismo débil

El constitucionalismo débil reaparece a finales del siglo XX como una forma de revisión judicial más democrática dentro del paradigma constitucional de los derechos humanos. En este “nuevo” constitucionalismo débil, en cualquiera de sus versiones, se otorga a los jueces (o a un tribunal especializado) el poder para revisar el posible conflicto o contradicción entre la legislación ordinaria con los derechos protegidos, pero se reserva la última palabra al legislador democrático (la mayoría legislativa ordinaria) en la determinación precisa del contenido y los límites de (todos o la mayoría de) tales derechos.

³ Dentro de este constitucionalismo extra-fuerte cabría, a su vez, distinguir entre, por una parte, las constituciones con “cláusulas de eternidad” o “de intangibilidad” y, por otra, aquellas que no incluyen este tipo de cláusulas pero bajo las que los jueces constitucionales han podido elaborar la denominada “doctrina de la estructura básica”. En el primer caso, cuyo ejemplo más conocido es la Constitución alemana de 1949, se prohíbe expresamente la reforma de ciertos derechos, pero las cláusulas que establecen tal prohibición pueden ser suprimidas o modificadas mediante una reforma constitucional, por lo que la mera posibilidad de que los jueces acepten dichas enmiendas sólo nos permite hablar de un constitucionalismo un poco más fuerte que el que no contiene este tipo de cláusulas. En el segundo caso, en cambio, la supremacía de los jueces es total. Según la doctrina judicial de la estructura básica, elaborada principalmente por el Tribunal Supremo de la India, aunque la constitución no establezca la indisponibilidad de ninguna de sus partes, los jueces pueden identificar por sí mismos los principios y valores constitucionales que actúan como límites infranqueables para el legislador ordinario y el poder de reforma constitucional, pudiendo revocar las reformas constitucionales que se consideren contrarias a tales principios. Dentro de este tipo de constitucionalismo extra-fuerte, encontramos una versión “débil” en la que se permite al poder de reforma constitucional contradecir las determinaciones judiciales (como ocurre en Colombia, donde la constitución prevé un mecanismo para poder “saltarse” dichas determinaciones mediante una asamblea autorizada para ejercer el poder constituyente del pueblo), véase Colón-Ríos (2014, pp. 152-162).

⁴ Cabría todavía una tercera forma de constitucionalismo débil que, en lugar de descansar en la capacidad de respuesta del legislador democrático, se basaría en la escasa intensidad (o la mayor deferencia) con la que los jueces revisan la constitucionalidad de la legislación. Como argumentaré al final de este trabajo, creo que este modelo responde al ideal “clásico” de constitucionalismo que vimos al inicio de este trabajo, en el que las cuestiones constitucionales sustantivas corresponden exclusivamente a los poderes políticos representativos; en mi opinión, este ideal no se compadece con el nuevo paradigma constitucionalista en el que los jueces constitucionales intervienen de manera inevitable en la determinación de los derechos básicos.

Como han puesto de relieve varios autores, la importancia de este tipo de diseño institucional no debería medirse por sus efectos directos (es decir, la cantidad de casos en que la opinión del legislador prevalece sobre los jueces), sino por sus efectos indirectos o “reflejos” (principalmente, por el modo en que los jueces conciben su propia función dentro del marco constitucional y analizan su competencia y legitimidad en cada caso concreto) (Dixon, 2012; Kavanagh, 2015). En definitiva, lo que pretende el constitucionalismo débil es desconectar la primacía constitucional de la supremacía judicial, pero no de una manera directa, “sacando la constitución de los tribunales” y encomendando su interpretación únicamente a los poderes electos (como en un primer momento defendieron algunos de los defensores del ideal del “constitucionalismo político”)⁵, sino articulando mecanismos institucionales que promuevan la interacción y el “diálogo” entre tales poderes y los jueces constitucionales. A mi modo de ver, esto significa que, más allá de la polémica entre los partidarios de un “constitucionalismo fuerte” y los defensores de una “democracia fuerte”, las diversas formas institucionales del constitucionalismo “débil” responden a un ideal “colaborativo” de los derechos humanos. Según este ideal, la interpretación constitucional se debe asumir como un proyecto común en el que intervienen, desde perspectivas distintas y complementarias, todos los poderes del estado. Las formas “débiles” de constitucionalismo no tienen por objeto arrebatar a los tribunales revisores la capacidad para especificar o determinar lo que exige la constitución con respecto a los derechos protegidos, sino forzarles a compartir esta tarea con el gobierno, el parlamento y (a través de éste o directamente) la ciudadanía.

Por último, es preciso mencionar un último factor, que puede desmontar en gran medida este diseño institucional. Me refiero a la existencia de los sistemas supranacionales de derechos humanos, que permiten a ciertos tribunales internacionales controlar la compatibilidad de las leyes con tales derechos, según su interpretación de los mismos. De nada vale la debilitación de la justicia constitucional nacional si, a la postre, la legislación ordinaria acaba siendo fiscalizada por un tribunal supranacional según su propia interpretación de unos tratados internacionales cuya modificación esta fuera del alcance real del legislador democrático⁶.

⁵ La frase proviene del libro de Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, donde el autor mantiene una posición abiertamente opuesta a cualquier tipo de revisión judicial de constitucionalidad, Tushnet (1999). Posteriormente, sin embargo, el autor ha señalado varias técnicas de revisión judicial débil por las que podría encauzarse legítimamente la colaboración entre legisladores y jueces, con objeto de hacer más robustos los derechos socioeconómicos (por ejemplo, mediante la declaración judicial de las violaciones de estos derechos, sin especificar cuál debería ser la solución apropiada para remediar tal violación, o mediante la imposición judicial de deberes, pero dejando al gobierno una amplia discrecionalidad para su cumplimiento), véase Tushnet (2008), cap. 8. En definitiva, Tushnet estaría defendiendo ahora la intervención de los jueces en la interpretación de los derechos socioeconómicos, así como la necesidad de que los legisladores reconozcan en la definición judicial de estos derechos los umbrales de protección que no deben dejar de cumplir. Para el autor, sin embargo, no habría aquí contradicción alguna con su posición anterior, puesto que en su modelo los jueces seguirían careciendo de autoridad para obligar a los legisladores a actuar en un determinado sentido.

⁶ A pesar de ello, creo que una tipología constitucional basada fundamentalmente en las formas de revisión jurisdiccional de constitucionalidad sigue siendo relevante; en contra de este enfoque, puede verse Huscroft (2007); Dixon (2012); Weill (2014); Kavanagh (2015). Más allá de los argumentos críticos, Rivka Weill propone utilizar los procesos que en cada modelo se usan para la adopción y reforma de la constitución como base para la distinción entre constitucionalismos “fuertes” y “débiles”. Según la autora, el constitucionalismo fuerte respondería a un modelo “dualista” de construcción constitucional, como el de los EEUU, o a

4.1. Justicia constitucional penúltima

El ejemplo quizás más característico del “nuevo” constitucionalismo débil es aquél en el que la autoridad final sobre el significado y alcance de los derechos reside en los poderes electoralmente responsables, de modo que a los jueces solo les corresponde la “penúltima palabra” en las controversias constitucionales sustantivas. Éste es el modelo que opera, con diferentes formas institucionales, en Canadá (bajo la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982), en Nueva Zelanda (desde la aprobación en 1990 de la *New Zealand Bill of Rights Act*) y en el Reino Unido (a partir de la *UK Human Rights Act* de 1998). Desde el punto de vista doctrinal, es reseñable el trabajo de descripción y análisis de este modelo por parte de autores como Steven Gardbaum (2001, 2010, 2013), Janet Hiebert (2002, 2004) y Kent Roach (2001, 2006, 2007). Aunque ha recibido diversos nombres (“nuevo modelo Commonwealth”, “parlamentarista”, “híbrido”), creo que el calificativo de “penúltimo”, resaltado por Michael Perry (Perry, 2003, pp. 665-673), es el que mejor define este tipo de justicia constitucional.

En el Reino Unido y Nueva Zelanda, los derechos básicos están protegidos mediante legislación ordinaria, es decir, por leyes de derechos humanos que carecen de un estatus formal jerárquicamente superior al resto del ordenamiento. Esto no obsta, sin embargo, para que dichas leyes puedan funcionar como auténticas “leyes marco” dentro de las que debe interpretarse toda la producción legislativa ordinaria (salvo que el legislador declare expresamente lo contrario). Según este esquema “interpretativo”, una disposición legal puede vulnerar los derechos protegidos sólo después de que los jueces hayan intentado, hasta donde sea posible, realizar una interpretación conforme o compatible de dicha disposición con tales derechos. En caso de que dicha interpretación conforme no fuera posible, los jueces carecen de la facultad de no aplicarla, pero pueden emitir una declaración de incompatibilidad que fuerce al legislador a asumir el coste político que acarrea la promulgación de una ley que (según el Tribunal Supremo) viola clara y explícitamente los derechos protegidos.

¿Hasta qué punto es débil este sistema de protección? Diversos autores han puesto de manifiesto cómo este poder-deber interpretativo de los jueces trae consigo inevitablemente poderes revocatorios o “correctivos”, en la medida en que se autoriza a los jueces a decidir hasta dónde cabe hacer una interpretación de las leyes compatible con los derechos protegidos (Rishworth, 2004; Kavanagh, 2004). En todo caso, como ya señalamos, el uso efectivo de tal poder de interpretación depende del contexto histórico y la cultura política y jurídica de cada sociedad. Mientras que en el Reino Unido el Tribunal Supremo ha hecho un amplio uso de sus poderes interpretativos, su equivalente neozelandés los ha utilizado muy restrictivamente. Por otro lado, como ya se señaló más arriba, el modelo queda en gran medida puesto en cuestión en el Reino Unido, puesto que, al tratarse de un estado miembro del Consejo de Europa, su legislación está fiscalizada por el Tribunal de Estrasburgo a partir de la interpretación que hace dicho tribunal del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Canadá, por su parte, representa un caso de constitucionalismo débil con una constitución “principalista” escrita y rígida. Su carta constitucional de derechos

un modelo “fundamentalista”, como el de Alemania y la India, mientras que el constitucionalismo débil obedecería a un modelo “monista” de soberanía parlamentaria que, a su vez, podría adoptar la versión de “auto-atrincheramiento legislativo”, como en Israel y algunos países de Europa del Este, o la de “forma y modo” (*manner and form model*), como en Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda.

(*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) incluye una cláusula *notwithstanding* (Sección 33) que permite a los parlamentos (federal y provinciales) mantener vigente sus disposiciones legislativas a pesar de que los tribunales las hubiesen invalidado por considerarlas contrarias a los derechos protegidos. Hay que tener en cuenta, no obstante, que dicha potestad aparece limitada en su alcance (excluye los derechos “democráticos”, “de movilidad” y “lingüísticos”) y en su validez en el tiempo (debiendo ser revalidada tras cinco años por un parlamento de nueva configuración).

Aunque la sección 33 de la Carta suele considerarse el rasgo más distintivo del modelo canadiense, lo cierto es que la metáfora del diálogo constitucional que surge a raíz de la aplicación de la Carta (Hogg y Bushell, 1997) no toma como referencia esta sección sino la sección 1, la cual permite al legislativo determinar los derechos protegidos mediante “aquellas limitaciones razonables prescritas por ley que puedan justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática”. A mi juicio, la posibilidad de responder a las decisiones judiciales que invalidan leyes mediante nueva legislación ordinaria es el mecanismo más sencillo y efectivo para debilitar un sistema supremacista basado en una constitución escrita y rígida. Como muestra el ejemplo canadiense, el legislador puede responder a las sentencias de inconstitucionalidad con medidas menos restrictivas o más proporcionadas, cumpliendo así la decisión judicial y, simultáneamente, justificando su nueva ley⁷.

Con todo, la sección 33 ha tenido un efecto indirecto en la actitud de los tribunales revisores (Dixon, 212, pp. 495-496). Por una especie de “ley de las reacciones anticipadas” (Elster, 2000, p. 166), el mayor poder del legislador para “saltarse” (*to override*) una sentencia sobre derechos constitucionales implica (o tiende a producir) un mayor incentivo institucional para que el tribunal revisor defiera al juicio del legislador en materia de derechos, especialmente cuando tiene que revisar una “secuela legislativa” con la que el legislador trata de reemplazar una ley previamente declarada inconstitucional. En este sentido, cabe decir que el Tribunal Supremo de Canadá no sólo ha asumido como propia la metáfora del “diálogo”, sino que ha articulado por su cuenta, de manera no sistemática, una doctrina de la deferencia judicial a partir de la aplicación del análisis de proporcionalidad que requiere la sección 1 de la Carta (Choudhry, 2006). Según esta doctrina, los jueces no deben preguntarse si la medida legislativa supone una decisión *correcta* sobre una cuestión constitucional, sino si dicha medida puede incluirse dentro del rango de alternativas *razonables*. Paralelamente, una parte de la doctrina canadiense y británica actuales ha discutido ampliamente acerca de los factores de competencia y legitimidad que, en el contexto de cada caso, determinan el grado de deferencia que los jueces constitucionales deben mostrar hacia la interpretación de los derechos protegidos que realizan los demás poderes del estado (Hunt, 2003; Kavanagh, 2010; Dyzenhaus, 2014).

4.2. Reforma constitucional mayoritaria

Un segundo tipo de constitucionalismo débil sería aquél que cuenta con una constitución sustantiva rígida, incluso con un control jurisdiccional de

⁷ Esta colaboración entre legisladores y jueces puede tener incluso una expresión más directa en la práctica de los tribunales constitucionales. Concretamente en el ámbito de la protección de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha adoptado una nueva versión de revisión judicial “débil” en la que, cuando declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, ordena revisar la medida revocada en términos tan generales que el legislador tiene un amplio margen de maniobra, de modo que, a la luz de la nueva legislación, el tribunal puede revisar sus determinaciones, imponiendo más o menos requerimientos al legislador, véase Tushnet (2003b, pp. 822-823).

constitucionalidad con poderes revocatorios, pero que incluye mecanismos mayoritarios de reforma constitucional que permiten al legislador, o incluso directamente a la ciudadanía, intervenir en la delimitación de los derechos protegidos. Estos mecanismos no contramayoritarios están diseñados para aumentar la calidad de la deliberación democrática, obligando al parlamento a volver sobre dicha decisión después de unas elecciones generales (las llamadas cláusulas de enfriamiento, como la que existe en Suecia) o sometiendo el contenido de la reforma a un referéndum popular por mayoría simple (como ocurre en Irlanda).

Estos mecanismos de reforma constitucional prueban que hay otros modos de evitar la supremacía judicial que no pasan por otorgar al legislativo la capacidad para responder a las sentencias de inconstitucionalidad mediante legislación ordinaria. La reforma constitucional mediante mayorías no cualificadas permite combinar unos poderes de revisión judicial “fuerte” con un sistema en el que los jueces constitucionales no tienen la última palabra sobre los derechos básicos. Por otra parte, tampoco habría nada que objetar desde el punto de vista del ideal del autogobierno democrático a la intervención directa de la ciudadanía en la determinación de los derechos. De hecho, la práctica constitucional de las sociedades democráticas está sustentada en la idea de que la participación popular en la construcción constitucional (normalmente a través de un órgano representativo) es una precondition de la legitimidad constitucional (Dixon y Stone, 2016, p. 98).

Sin embargo, a pesar de estas razones de principio, son pocos los autores que defienden los procedimientos de reforma constitucional como un medio para lograr un tipo de constitucionalismo más colaborativo. Desde luego, no parece aconsejable la reforma constitucional como un mecanismo habitual para responder a las sentencias de inconstitucionalidad controvertidas. James Madison (uno de los principales artífices del engorroso Artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos) ya argumentó en el ensayo No. 43 de los *Federal Papers* que la excesiva mutabilidad de una constitución escrita haría que ésta perdiese su principal razón de ser, esto es, la de servir de marco básico “estable” para el gobierno democrático.

A lo que habría que añadir, en mi opinión, que cuando el legislador y/o la ciudadanía pueden reformar fácilmente la constitución, se corre el riesgo de aumentar y complejizar enormemente el texto constitucional, introduciendo modificaciones que protegen únicamente intereses de grupo o de partido (Sullivan, 1995; Sunstein, 2014). El problema en este sentido no es sólo la prolijidad y la posibilidad de incoherencia de un texto que regula al detalle la forma en que deben interpretarse los derechos, sino también la trivialización de la noción misma de los derechos básicos en una constitución donde puede llegar a incluirse cualquier tipo de interés o preferencia personal, por banal o irrelevante que sea para la vida social.

Por estas razones, no me parece deseable en principio la debilitación de la justicia constitucional mediante la extrema flexibilización de los mecanismos de reforma de la constitución; lo cual no significa, por supuesto, negar la posibilidad de que ésta sea la solución más adecuada para una comunidad política en un contexto histórico y con una cultura jurídica y política determinadas. Creo que esto es especialmente cierto cuando se propone el referéndum por mayoría simple como mecanismo para desactivar la supremacía de los jueces constitucionales. Según Eoin Carolan, este mecanismo funciona razonablemente bien en Irlanda, una sociedad donde, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU. (el ejemplo paradigmático del constitucionalismo fuerte), no existe “una profunda polarización política y geográfica” (Carolan, 2016, p. 98).

4.3. Justicia constitucional thayeriana

Por último, cabría entender como otra forma de constitucionalismo débil un orden constitucional en el que, a pesar de la rigidez contramayoritaria de la constitución escrita y del poder de los jueces constitucionales para invalidar legislación ordinaria, los tribunales revisores tienen la obligación formal de aplicar sus poderes revocatorios únicamente en aquellos casos excepcionales en los que se da un “error manifiesto” en materia de derechos, debiendo aplicar en el resto de los casos una presunción fuerte de constitucionalidad. Este tipo de justicia constitucional, al que me referiré con el nombre de su más conocido exponente, James Bradley Thayer, es el que establece expresamente la actual Constitución de Finlandia, y es un requisito constitucional articulado por la doctrina judicial en Suecia y Dinamarca (véase Gyorfi, 2016, pp. 226-227).

A primera vista, este tipo de constitucionalismo débil podría incluirse como una subclase de la revisión constitucional penúltima. Sin embargo, se trata de dos diseños institucionales opuestos. En la justicia constitucional “penúltima” son los jueces los encargados de interpretar la constitución y los límites precisos de los derechos, si bien el legislador tiene la “última palabra” para hacer valer su propia interpretación en caso de desacuerdo; en la justicia de los jueces máximamente deferentes, por el contrario, es al legislador a quien se le supone responsable de la definición de los derechos, si bien los jueces constitucionales tienen la “última palabra” en aquellos casos extremos donde se vulneran los derechos básicos de manera indubitada (en una especie de jurisdicción constitucional como “freno de emergencia”).

Además, los dos modelos sostienen doctrinas de la “deferencia debida” muy distintas. En la justicia constitucional penúltima, la presunción de constitucionalidad significa únicamente una deferencia “mínima” que se aplica con carácter general a toda la legislación democrática; la “deferencia sustantiva”, en cambio, no responde a ninguna presunción, sino que debe ganarse por el decisor principal (legislativo/ejecutivo) argumentando a favor de su superior competencia o legitimidad para decidir sobre el asunto en cuestión⁸. Por último, en este modelo la deferencia es máxima a la hora de rechazar cualquier impugnación de la constitucionalidad de las leyes que no logre superar una serie de obstáculos procedimentales y de prueba (y, allí donde los jueces constitucionales actúan también como jueces, siempre que sea estrictamente necesario para resolver la controversia entre las partes).

El modelo thayeriano, en cambio, concibe la presunción de constitucionalidad de manera análoga a la presunción de inocencia en el derecho penal; se parte de una presunción fuerte de constitucionalidad que sólo una prueba indiscutible por parte de quien impugna la constitucionalidad de una ley puede llegar a destruir (De Lora, 2000, pp. 55 y 62-63). En este modelo no se contempla la inversión de la carga de la prueba en el momento en que el tribunal considera probada la infracción o interferencia de un derecho básico; por este motivo, tampoco contempla la posible

⁸ A partir de la revisión constitucional del Tribunal Supremo del Reino Unido en el marco de la Ley de derechos humanos de 1998, Aileen Kavanagh define la deferencia “sustantiva” como aquella en la que los tribunales otorgan un “peso importante” (“great weight”) a las razones del decisor principal (legislador o gobierno) en la justificación de sus decisiones, actos y omisiones. Este tipo de deferencia sólo es apropiada, según la autora, en dos tipos de casos: cuando los tribunales no están seguros acerca de la decisión correcta y/o cuando discrepan del decisor principal pero tienen razones (basadas en la estimación de su propia competencia y legitimidad) para no interferir en la decisión elegida por dicho decisor. Estas últimas razones son los “factores formales de deferencia”, véase Kavanagh (2009, 169-172).

aplicación de la deferencia en este segundo momento de la revisión judicial.

Lo cual nos conduce a lo que, en mi opinión, es el principal defecto de este modelo. En un marco constitucional donde los jueces son máximamente deferentes hacia el juicio del legislador, la revisión judicial no se concibe como un mecanismo legítimo para exigir a los poderes públicos la justificación razonada de las decisiones que afectan a los derechos protegidos, sino principalmente como un asalto a la certeza del sistema jurídico, cuyo alcance debe restringirse lo más posible por los tribunales revisores. Este modelo responde, en mi opinión, al mismo ideal ético que vimos al hablar del constitucionalismo “limitado”, un ideal ético en virtud del cual “la justicia formal corresponde a los jueces, la justicia sustantiva a los parlamentos, al menos en las democracias”. Una justicia constitucional máximamente deferente no permite a los jueces entrar en la determinación sustantiva de los derechos, salvo en los casos extremos de manifiesto error por parte del legislador democrático. De este modo, no parece que pueda servir de base para concebir la interpretación constitucional como un proyecto compartido, puesto que (aplicando de nuevo la ley de las reacciones anticipadas) es improbable que una justicia constitucional thayeriana pueda suponer un incentivo institucional suficiente para que el legislador exponga las razones públicas que respaldan sus decisiones controvertidas (Ferrerres, 1997, 186-187). Lo cual no impide, por supuesto, que ese incentivo resida en otro lugar de la práctica constitucional; después de todo, no podemos ignorar que los países nórdicos donde opera este sistema pueden considerarse con razón democracias bien asentadas.

5. Conclusión

En este trabajo se ha tratado de ofrecer una visión somera, pero lo más completa posible, de un tipo de constitucionalismo relativamente “nuevo”, el cual pretende “profundizar” en el carácter democrático de los regímenes constitucionales, haciendo responsables a todos los poderes públicos, no solamente a los jueces, del mantenimiento de la legalidad (incluyendo en dicha legalidad los derechos básicos) como un proyecto común de la comunidad política. Con este objetivo, la discusión sobre el constitucionalismo “débil” se plantea en torno al mejor diseño institucional capaz de promover dicha cooperación.

Bibliografía

- BAYÓN, J. C. (2000), “Derechos, democracia y constitución”, *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, 1, pp. 65-94.
- CAMPBELL, T. (2006), “Human rights strategies: An Australian alternative”. En: CAMPBELL, T., GOLDSWORTHY, J. y STONE, A. (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, pp. 319-341.
- CAMPBELL, T. (2011), “Parliamentary review with a democratic charter of rights”. En: CAMPBELL, T., EWING, K. D., TOMKINS, A. (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*, OUP, Oxford.
- CAROLAN, E. (2016), “Leaving behind the Commonwealth model of rights review: Ireland as an example of collaborative constitutionalism”. En: BELL, J., y PARIS, M. (eds.), *Rights-Based Constitutional Review. Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 94-119.
- CHOUDHRY, S. (2006), “So what is the real legacy of Oakes? Two decades of proportionality analysis under the Canadian *Charter’s* Section 1”, *Supreme Court Law Review*, 34/2, pp. 501-35.
- COLÓN-RÍOS, J. I. (2014), “A new typology of judicial review of legislation”, *Global*

- Constitutionalism, 3/2, pp. 143-169.
- DE LORA, P. (2000), "La posibilidad del constitucional thayeriano", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, pp. 49-75.
- DIXON, R. (2012), "Weak-form judicial review and American exceptionalism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 32/3, pp. 487-506.
- STONE, A. (2016), "Constitutional amendment and political constitutionalism. A philosophical and comparative reflection". En: DYZENHAUS, D. y THORBURN, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, OUP, Oxford, pp. 95-115.
- DYZENHAUS, D. (2014), "Proportionality and deference in a culture of justification". En: HUSCROFT, G., MILLER, B. W. y WEBBER, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning*, CUP, Cambridge, pp. 234-258.
- DYZENHAUS, D. (2015), "What is a democratic culture of justification?". En: HUNT, M., HOOPER, H. J. y YOWELL, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, Oxford, pp. 425-445.
- ELSTER, J. (2000), *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, CUP, Cambridge.
- FERRERES, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARDBAUM, S. (2001), "The new Commonwealth model of constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, 49, pp. 707-760.
- GARDBAUM, S. (2010), "Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, 8, pp. 167-206.
- GARDBAUM, S. (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, CUP, Cambridge.
- GOLDSWORTHY, J. (2006), "Introduction". En: CAMPBELL, T., GOLDSWORTHY, J. y STONE, A. (eds.) *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*, Ashgate, Aldershot, pp. 1-13.
- GYORFI, T. (2016), *Against the New Constitutionalism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- HIEBERT, J. (2002), *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?*, McGill-Queen's University Press, Montreal.
- HIEBERT, J. (2004), "New constitutional ideas: Can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?", *Texas Law Review*, 82, pp. 1963-1987.
- HOGG, P. W. y BUSHELL, A. A. (1997), "The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)", *Osgoode Hall Law Journal*, 35, pp. 75-124.
- HUSCROFT, G. (2007), "Constitutionalism from the top down", *Osgoode Hall Law Journal*, 45/1, pp. 91-104.
- HUNT, M. (2003), "Sovereignty's blight: Why contemporary public law needs the concept of 'due deference'". En: BAMFORTH, N. y LEYLAND, P. (eds.), *Public Law in a Multi-layered Constitution*, Hart Publishing, Oxford, pp. 337-370.
- HUNT, M. (2015), "Introduction". En: HUNT, M., HOOPER, H. J. Y YOWELL, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, Oxford, pp. 1-25.
- KAVANAGH, A. (2004), "The elusive divide between interpretation and legislation under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24/2, pp. 259-285.
- KAVANAGH, A. (2009), *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, CUP, Cambridge.
- KAVANAGH, A. (2010), "Judicial restraint in the pursuit of justice", *Toronto Law Journal*, 60, pp. 23-40.
- KAVANAGH, A. (2015), "What's so weak about 'weak form review'? The case of the

- UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, 13/4, pp. 1008-1039.
- LANE, J. E. (1996), *Constitutions and Political Theory*, MUP, Manchester.
- MARTÍ, J. L. (2014), “Is constitutional rigidity the problem? Democratic legitimacy and the last word”, *Ratio Juris*, 27/4, pp. 550-558.
- PERRY, M. J. (2003), “Protecting human rights in a democracy: What role for the courts”, *Wake Forest Law Review*, 38, pp. 635-696.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- RISHWORTH, P. (2004), “The inevitability of judicial review under ‘interpretative’ bills of rights: Canada’s legacy to New Zealand and Commonwealth constitutionalism?”. En: HUSCROFT, G., y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto, pp. 234-267.
- ROACH, K. (2001), *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto.
- ROACH, K. (2006), “Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States”, *International Journal of Constitutional Law*, 4/2, pp. 347-370.
- ROACH, K. (2007), “Dialogic judicial review and its critics”. En: DYZENHAUS, D., REIBETANZ, S. y RIPSTEIN, A. (eds.), *Law and Morality*, (3ª edición), University of Toronto Press, Toronto, pp. 589-644.
- SALAZAR, P. (2006), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, FCE, México.
- SULLIVAN, K. (1995), “Constitutional amendmentitis”, *The American Prospect*, 23/6. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://prospect.org/article/constitutional-amendmentitis> (fecha de consulta: 22 de Julio de 2017).
- SUNSTEIN, C. (2014), “The refounding father”, *The New York Review of Books*, 5. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.nybooks.com/articles/2014/06/05/justice-stevens-refounding-father/> (fecha de consulta: 22 de Julio de 2017).
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, PUP, Princeton.
- TUSHNET, M. (2003a), “Alternative forms of judicial review”, *Michigan Law Review*, 101, pp. 2781-802.
- TUSHNET, M. (2003b), “New forms of judicial review and the persistence of rights- and democracy-based worries”, *Wake Forest Law Review*, 38, pp. 813-838.
- TUSHNET, M. (2008), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, PUP, Princeton.
- TUSHNET, M. (2013), “The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review”, *German Law Journal*, 14/12, pp. 2249-2263.
- WEILL, R. (2014), “The new Commonwealth model of constitutionalism notwithstanding: On judicial review and constitution-making”, *The American Journal of Comparative Law*, 62, pp. 127-169.

Interpretación constitucional

Constitutional Interpretation

Abraham Sánchez Sánchez*
 Universidad de Rosario – Bogotá
abraham_sanch@yahoo.es

Recibido / received: 18/08/2017
 Aceptado / accepted: 04/09/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3815>

Resumen

Mediante este trabajo se efectúa una presentación general de la interpretación constitucional, con fundamento en los principales temas de discusión a que ha dado lugar su reciente aparición en el panorama jurídico. Que la Constitución sea objeto de interpretación depende de la incorporación de sus cláusulas en un documento escrito dotado de carácter normativo. A partir de estas condiciones se hace hincapié en el contenido material de las constituciones actuales, así como en la indeterminación de sus preceptos y en el papel de los métodos tradicionales para la interpretación constitucional, entendida, por amplios sectores, como especial y necesitada de métodos propios. Asimismo, se aborda lo referente a los intérpretes de la Constitución, centrando la atención en el legislador y en el Tribunal o Corte Constitucional que, en cuanto máximo intérprete, entra en contacto con los jueces ordinarios y con el propio legislador, relación esta última que se muestra particularmente problemática, al grado de evidenciar una tensión entre Constitución y democracia. Además se advierte acerca de situaciones riesgosas en las que se puede incurrir so pretexto de la interpretación de la Constitución, con afectación de su carácter escrito y de su condición normativa, que son, precisamente, las condiciones que hacen posible la interpretación constitucional.

Palabras clave

Interpretación, Constitución, métodos de interpretación, tribunales constitucionales.

Abstract

This article presents a general view of constitutional interpretation based on the main topics that are being discussed currently. First, to be an object of interpretation, the Constitution needs a written document endowed with normative character. Hereafter we conduct a review of the material content of the current Constitutions, the indetermination of its articles and the role of conventional methods of constitutional interpretation. In addition, it deals with the agents of constitutional interpretation, paying attention to the legislature and the Constitutional Courts. The latter, due to its position of supreme interpreters of the Constitution, has direct and constant contact with the ordinary judiciary and the legislature. This Constitutional Court-legislature relation is particularly problematic because it contains a tension between two concepts: Constitution and Democracy. Finally, the paper remarks the risks associated with constitutional interpretation which affects its written and normative character, the two main requirements that make constitutional interpretation possible.

* Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.

Keywords

Interpretation, Constitution, methods of interpretation, Constitutional Courts.

SUMARIO. 1. Interpretación y Constitución. 2. La Constitución como norma. 3. La interpretación constitucional como problema y los métodos de interpretación. 4. Los intérpretes de la Constitución. 5. El máximo intérprete constitucional y sus relaciones con los jueces ordinarios y con el legislador. 6. La interpretación constitucional y sus riesgos.

1. Interpretación y Constitución

De acuerdo con un entendimiento elemental, la interpretación consiste en dotar de significado y puede aludir al proceso desarrollado con tal propósito o a su resultado último. Cuando el objeto interpretado es la Constitución, los interrogantes iniciales pretenden indagar acerca de las condiciones que hacen posible la búsqueda del sentido de las cláusulas superiores del ordenamiento jurídico, y una de las primeras respuestas destaca como presupuesto indispensable el carácter escrito, que implica la existencia de un documento en el cual se recogen las disposiciones fundamentales del Estado, preceptos cuya expresión textual se sirve de un lenguaje natural.

Aunque el concepto formal, ligado a la expedición de un texto, contribuye a acotar el ámbito de lo interpretable, en cuanto deja por fuera de esa esfera las constituciones consuetudinarias, desde el punto de vista de la evolución histórica la constancia escrita no es supuesto suficiente de la interpretación que recae sobre el documento constitucional. Durante un largo periodo se impuso la índole política de las constituciones escritas, que limitaba su alcance a la regulación de las relaciones entre los tres poderes integrantes de la clásica tridivisión, al paso que el principio de la soberanía parlamentaria desplegó toda su influencia y elevó al legislador, tenido por racional, a una posición prevalente que transmitía a la ley, dotada de la consecuente primacía entre las fuentes formales del Derecho.

Para que la Constitución deviniera en objeto de interpretación se requería que a su carácter escrito se sumara la connotación jurídica, es decir, que fuera parte del Derecho. Así aconteció tras un proceso de desenvolvimiento que para algunos tiene su punto de inicio en la Constitución de los Estados Unidos, adoptada en 1787 e impulsora de un desarrollo diferente del cumplido en la Europa continental, hasta que el movimiento europeo vino a confluir con el norteamericano, como resultado de un progresivo acercamiento consolidado en la segunda posguerra mundial, de cuyas recíprocas influencias habría surgido la aceptación creciente de la condición normativa de la Constitución.

La juridificación de las constituciones supuso la subordinación tanto del legislador como de la ley a un Derecho superior. El grado de ese sometimiento depende de múltiples factores, entre ellos, de la cobertura de los contenidos constitucionales, que hoy se ha extendido a una multiplicidad de materias que práctica y ampliamente desbordan las teorías que, como la kelseniana, abogaron por constituciones solo dedicadas a procedimientos, en especial a los destinados a la creación normativa, y depuradas al máximo de contenidos sustantivos.

2. La Constitución como norma

A causa de la profusa incorporación de materias, junto a los comunes aspectos organizativos, las constituciones actuales suelen ser la sede de un abigarrado conjunto de preceptos clasificables en variadas categorías, de las que basta mencionar los valores y los principios para percatarse de la complejidad de su conceptualización y tratamiento, que dista bastante de la mayor facilidad que supone el entendimiento y aplicación de las reglas, estructuradas de tal modo que a un supuesto de hecho concreto le sigue una consecuencia ya determinada en la misma disposición.

La confluencia de preceptos de tan diferente estructura ha llevado a sostener que la Constitución, más que una norma, es un conjunto normativo, condición esta que, sin embargo, no despeja todas las dudas suscitadas alrededor de la juridicidad del escalón superior del ordenamiento jurídico interno. De una parte, se piensa que la normatividad de la Constitución no difiere de la que corresponde a la ley, mientras que, de otro lado, se proclama la diferencia, aun cuando se discute si la predicada distinción es cuantitativa o de orden cualitativo.

Si la calidad es el factor que marca la diferencia, la Constitución, en cuanto entidad normativa, sería por completo diferente de las restantes normas del ordenamiento y, particularmente, de la ley. Por el contrario, si prevalece una aproximación cuantitativa, no habría diferencia sustancial entre las normas plasmadas en fuentes subordinadas y las que tienen su asiento en la Constitución, salvo que en el documento superior hallaría sitio un acrecentado número de preceptos que no darían lugar a la típica solución que liga una consecuencia jurídica a la ocurrencia de un supuesto específico.

Concepciones teóricas hay que pretenden hacer de la Constitución el mundo exclusivo de los principios y de la ley el ámbito propio de las reglas, pero tan absoluta separación no es característica de un ordenamiento que cuenta con varios niveles, en cada uno de los cuales bien pueden mezclarse reglas y principios, sin que de esa combinación sea posible exceptuar a las constituciones. En el texto de estas últimas se encuentran reglas y, de la misma manera, aunque los contenidos de la ley se consideren más propicios a las reglas, estas no están exentas de la figuración de los principios.

La indeterminación de las cláusulas no es, entonces, fenómeno que corresponda únicamente a la Constitución, aunque desde un punto de vista cuantitativo cabría sostener no solo que es elevada la cantidad de disposiciones indeterminadas presentes en el documento superior, sino también que su densidad regulativa es todavía más escasa, quizá por cuenta de la composición plural de las instancias políticas que adoptan las constituciones y, desde luego, de la ingente cuantía de grupos, ideologías e intereses existentes en las heterogéneas sociedades contemporáneas, cuya difícil articulación solamente podría lograrse a partir de la inclusión en el texto superior de muy amplias fórmulas de compromiso, propicias a una futura conciliación no prefigurada en la carta constitucional y, por lo mismo, pendiente de la apreciación de variables sometidas a cambios a lo largo del tiempo.

3. La interpretación constitucional como problema y los métodos de interpretación

La interpretación constitucional surge así como un problema nuevo cuando ya la cuestión interpretativa había recorrido un importante camino en otras ramas



jurídicas, principalmente en los dominios del Derecho Civil que, habiendo experimentado la codificación, fue el campo en el cual se decantaron postulados hermenéuticos que luego pasaron a otros sectores de posterior aparición, en los que fueron asumidos sin grandes dificultades y no obstante la peculiaridad de algunos de sus contenidos.

Cuando en el campo del Derecho Constitucional empezaron a suscitarse las cuestiones inherentes a las labores interpretativas, a fin de responder a las inquietudes que plantean las constituciones como objeto de interpretación jurídica, el empleo de los métodos previamente canonizados por Savigny fue propuesto como solución adecuada. Sin embargo, otras corrientes advirtieron al mismo tiempo que, para enfrentar los problemas generados por la interpretación constitucional, los elementos gramatical, histórico y lógico-sistemático no resultaban apropiados. Respecto de ellos, las posiciones adoptadas varían desde la descalificación fincada en su total inutilidad, hasta una aceptación matizada por su reconocida insuficiencia siempre que de interpretar la Constitución se trate.

La solución basada en el uso de las tradicionales reglas de interpretación tiene sustento en la total equiparación entre Constitución y ley, defendida por Forsthoff en aras de la seguridad jurídica y de la inhibición de las facultades del intérprete, pero, en la medida en que la mencionada equiparación no puede sostenerse, la consecuencia referente a la solución de los problemas de la interpretación constitucional mediante la sola aplicación de los criterios tradicionales tampoco es aceptable.

Aun así, resulta exagerado desechar del todo los métodos tradicionales, ya que, tratándose de la Constitución o de la ley, la interpretación que se pretenda siempre comporta la búsqueda del significado de una disposición jurídica mediante el empleo de los instrumentos que con tal fin se hayan perfilado, aunque ante los requerimientos de un nuevo objeto los métodos habituales ya no sean tan decisivos, tengan que ser complementados o deban compartir su espacio con técnicas distintas y prevalentes.

Cualquiera sea su incidencia o el apoyo, mayor o menor, que presten en la interpretación constitucional, los criterios clásicos llegan a este debate con las transformaciones experimentadas en su propio devenir. Estos cambios influyen en su apreciación, así como en el papel que están llamados a cumplir y dependen de aquello que en un momento dado se tenga por significado de un precepto jurídico.

En efecto, si se considera que el significado de una disposición viene dado por su autor o es portado por el mismo texto, aun con independencia de su creador, la actividad interpretativa será un acto cognoscitivo y se orientará al descubrimiento de ese significado previo y único; mas si se estima que el significado no es prefigurado por el autor ni viene inexorablemente incorporado al precepto como posibilidad única, la interpretación no consiste en descubrir, sino en atribuir un significado que, incluso, puede ser escogido entre varias alternativas disponibles.

El entendimiento de la interpretación como atribución de significado es la tendencia dominante ya desde épocas en las que imperaban los métodos clásicos, luego la participación que les corresponda a estos criterios tradicionales cuando se trate de interpretar la Constitución está impregnada de la referida comprensión de la actividad interpretativa y del significado que se busca mediante su despliegue. Esto significa que el propósito de la interpretación constitucional no sea descubrir una voluntad ínsita en los preceptos superiores o absolutamente determinada por cuerpos constituyentes de composición plural, sino atribuir sentido, dirección en la

cual también deben actuar las técnicas o los métodos propios de la interpretación constitucional.

Los métodos de la interpretación constitucional están llamados a superar la insuficiencia de las herramientas provenientes del Derecho Privado, para hacer efectiva la atribución de significado a las cláusulas del ordenamiento superior. En el cumplimiento de esa tarea, por ejemplo, la actuación aislada del elemento gramatical difícilmente podría dar cuenta del sentido de disposiciones con tan altos niveles de indeterminación y que están destinadas a operar en contextos mudables. Los cambios sociales, a su turno, generan una dinámica que, con gran rapidez, aleja el transcurrir de las constituciones del momento constituyente y de las intenciones de sus autores. De tal manera, los efectos de las constantes transformaciones rebasan la visión estática del elemento histórico y hacen girar su cometido hacia la apreciación de la influencia que tienen las circunstancias causadas por la evolución de la sociedad y de las instituciones en el desarrollo de la interpretación constitucional. Para ello, se le reconoce gran relevancia al método sistemático, que también sale replanteado de su contacto con la Constitución, pues debe atender a la unidad y la coherencia de los intereses involucrados en aquellas situaciones en las que las disposiciones superiores actúan, por lo que no puede quedar reducido a la simple apreciación del lugar que un precepto ocupa en el documento constitucional.

De las reglas enunciadas por Savigny no forma parte el elemento teleológico, cuya importancia en la interpretación constitucional ha sido destacada por algunos sectores que evidencian el vínculo entre la búsqueda de la finalidad de las disposiciones superiores y la realización del orden de valores incorporado en el texto constitucional. Este orden axiológico ha sido concebido como portador de una inmensa potencialidad para incidir en cada ejercicio interpretativo y transformar su orientación y resultados, lo cual le confiere al criterio teleológico una enorme amplitud de miras que, según otros sectores, conduce a confundir su propósito con el de la interpretación misma. Así, la pregunta por el objetivo de un precepto, de inmediato remite a la indagación sobre los métodos para identificar ese sentido o finalidad, sin que, en realidad, haya avance respecto de la cuestión central que plantea toda interpretación.

En palabras de Hesse, en lo que respecta a la interpretación constitucional, las reglas tradicionales apenas ofrecen una explicación parcial de un panorama complejo y comprensivo de distintos puntos de vista que deben ser relacionados, coordinados y valorados con la ayuda de varios principios. Así, el principio de unidad de la Constitución obliga a involucrar el conjunto pertinente de preceptos constitucionales, que deben ser interpretados evitando las contradicciones y procurando decisiones consonantes con las decisiones básicas de la Carta. Por su parte, el principio de concordancia práctica invita a coordinar los bienes jurídicos involucrados manteniendo su entidad y sin apresurarse a efectuar una ponderación que lleve al sacrificio de uno para realizar otro. Además, el criterio de corrección funcional le impone al intérprete el deber de conservar la distribución de las funciones estatales de acuerdo con lo constitucionalmente asignado a los respectivos agentes y el principio de la eficacia integradora supone la realización de la unidad política pretendida por la Constitución, lo que exige preferir las soluciones que promuevan y mantengan esa unidad.

La relación entre los criterios clásicos y los que han sido postulados como propios de la interpretación constitucional no es asunto pacífico. La posición defendida depende de la manera en que sea asumida la Constitución y el vínculo entre sus diferentes cláusulas. De este modo, quien piense que la Constitución es cualitativamente diferente del resto del ordenamiento y de la ley en particular,

pondrá el énfasis en los criterios que se estiman propios de la interpretación constitucional. Pero si se sostiene que la comentada distinción, con todo y su importancia, es solo cuantitativa, es posible que se imponga una tendencia que, con mayor o menor intensidad, incline la balanza del lado de las reglas tradicionales, incluso bajo la advertencia de que deben responder a un reto más grande que los usuales o soportar replanteamientos que les doten de mejor aptitud para responder a un problema complejo.

Asimismo, si se acepta que las normas constitucionales, y en especial las de derechos fundamentales, están en una tensión permanente y proclive al conflicto, que puede desatarse o ponerse en evidencia a raíz de un caso concreto, no resulta extraño que se recurra a procedimientos que, como los test, traten de ponderar o de lograr el mejor balance entre los derechos enfrentados. Sin embargo, si la tesis que propone el conflicto real o latente entre distintas cláusulas constitucionales no es aceptada, lo coherente sería descartar la ponderación y sus procedimientos para, basándose en la unidad de la Constitución, sostener que el caso se rige por una de las cláusulas en juego y no por la otra e, incluso, que es factible resolver la cuestión mediante una subsunción. Esto en radical oposición a otras tendencias para las cuales el razonamiento silogístico y la subsunción están definitivamente desterrados del Derecho Constitucional.

4. Los intérpretes de la Constitución

La mención de ponderaciones y subsunciones evoca, de inmediato, lo atinente a los intérpretes de la Constitución, tema ligado a otro concerniente a la necesidad de saber a quiénes está dirigido el documento constitucional. De nuevo las respuestas dependen de la idea de Constitución que se prohíje. Así, al asumir teóricamente que el texto superior, aun dotado de carácter normativo, únicamente contiene los procedimientos para la creación de los preceptos que en la escala jerárquica están situados por debajo de la Constitución, la inevitable conclusión es que ésta se dirige de preferencia al legislador que, a su vez, sería su intérprete privilegiado.

Las constituciones que además de los aspectos organizativos y procedimentales abrigan numerosos contenidos de orden material también están dirigidas al legislador, encargado de desarrollarlas mediante la ley y ese desarrollo supone que el órgano legislativo interpreta la Constitución. No obstante, habría que añadir que aun cuando se trata del primer intérprete no es el único, pues en virtud de su condición normativa, los contenidos del documento constitucional se dirigen a todos los órganos del Estado. Al irradiar el ordenamiento jurídico entran en contacto con numerosos agentes y operadores que, teniéndolos a su alcance, pueden verse precisados a interpretarlos, ejercicio del que tampoco se excluye a los particulares, en cuanto sujetos de los derechos y deberes plasmados en la Constitución.

Puestas de este modo las cosas, el problema se desplaza hacia la indispensable articulación de las interpretaciones, para impedir que la Constitución se disuelva en una multiplicidad de lecturas equivalente a la cantidad de intérpretes que puedan surgir a propósito de los más variados asuntos, todo lo cual hace pensar en la necesaria previsión de mecanismos de unificación con la aptitud jurídica suficiente para imponer con fuerza vinculante los significados que deben guiar la actividad interpretativa.

Aparece, entonces, la previsible figura de un intérprete supremo de la Constitución, que en los regímenes actuales suele ser un tribunal o corte constitucional, investida por el propio texto superior de competencias de control dirigidas a hacer valer la supremacía de la Carta, merced al cumplimiento de una

función de índole judicial -o jurisdiccional si el referido órgano es situado fuera del poder judicial- llevada a cabo con fundamento en métodos y criterios jurídicos.

5. El máximo intérprete constitucional y sus relaciones con los jueces ordinarios y con el legislador

La función encomendada al órgano erigido como máximo juez constitucional lleva a indagar acerca de sus relaciones con los jueces ordinarios y con el legislador, primer intérprete de la Constitución. En cuanto hace a los jueces ya ha sido superada la separación absoluta entre la jurisdicción constitucional, a cuya cabeza se encuentra el supremo intérprete de la Carta, y la jurisdicción ordinaria, disociación que se cimentaba en la pretensión de dejar a los jueces comunes la interpretación y aplicación de la ley, y encargar al tribunal constitucional, en régimen de excluyente monopolio, la interpretación y aplicación del documento constitucional.

El carácter normativo de la Constitución y la materialidad de buena parte de sus contenidos han sido factores propicios a la interacción de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, colaboración que se manifiesta en el papel que le corresponde a la Constitución en las tareas encomendadas a los jueces ordinarios, quienes la tienen a su alcance y deben hacer interpretación constitucional de la ley que les permite resolver un caso concreto. También en la actuación de los tribunales y cortes constitucionales que, aun cuando encargados de la interpretación definitiva de la Constitución, deben acometer la interpretación de la ley para hacer posible el control de constitucionalidad de la obra del legislador.

En cualquiera de los dos escenarios es posible advertir que la interrelación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria implica la confluencia de la interpretación de la Constitución y de la ley, a propósito de las facultades otorgadas a cada jurisdicción, debiéndose anotar que en el caso de la jurisdicción constitucional se presenta otra relación, ya no del máximo intérprete de la Constitución con los jueces, sino con el legislador, intérprete primario del texto superior y perteneciente a una rama del poder público distinta de la judicial.

Según lo anotado, el legislativo interpreta la Constitución a fin de desarrollarla mediante la ley, que se presenta ante el tribunal que ha de juzgar su constitucionalidad investida de la legitimidad democrática que le da el hecho de haber sido adoptada por el que es órgano representativo por excelencia, a causa de su elección popular directa y de albergar en su seno la más completa representación de diversos sectores e intereses, incluidas las corrientes minoritarias. Estos aspectos marcan un contraste radical con los jueces de una corte constitucional, pocos y carentes de la unción discernida por el pueblo, pese a lo cual, en su condición de máximos intérpretes de la Constitución, tienen la última palabra sobre la ley de innegable origen democrático y a la que pueden separar del ordenamiento.

Los poderes del supremo juez de la constitucionalidad ejercidos aun en contra de la decisión del legislador han dado lugar a la denominada objeción contramayoritaria, que cuestiona el control de constitucionalidad en cuanto mecanismo capaz de dar al traste con las leyes, imponiéndose así a la interpretación constitucional hecha por el legislador. Las posiciones favorables a la existencia del control de constitucionalidad han ensayado un amplio repertorio de soluciones, entre las que es común mencionar la observancia del *self restrain* por tribunales y cortes constitucionales, la especial consideración de la dignidad democrática de la ley, la nulidad como recurso último y extremo ante violaciones flagrantes de normas constitucionales o el agotamiento de las posibilidades que harían viable una interpretación de la ley conforme a la Constitución.

Desde otras orillas, la franca prevención hacia la supremacía de los jueces en la interpretación constitucional se expresa mediante la recomendación de idear o fortalecer mecanismos destinados a hacer valer la participación popular en la interpretación de la Constitución. Sea que se persiga reemplazar el control judicial de constitucionalidad o morigerar la influencia de un tribunal erigido en supremo intérprete constitucional, resulta indispensable destacar la propuesta consistente en involucrar en las toma de las decisiones últimas acerca de los significados del documento superior a intérpretes distintos del legislador o del tribunal constitucional, lo que se acompasa con el carácter normativo de la Constitución y con el surgimiento de nuevos agentes de su interpretación. Esto sin olvidar que algunos de los sistemas de jurisdicción constitucional existentes brindan oportunidades de intervención en los procesos de constitucionalidad a ciudadanos, grupos, centros universitarios, instituciones privadas y públicas interesadas en los resultados o encargadas de funciones de representación social.

De todas maneras, las instancias llamadas a controlar la interpretación constitucional que el legislador vierte en una ley, o a expresar su parecer en relación con el problema que se haya suscitado, deberán tener en cuenta que de la Constitución no se deriva una sola opción de desarrollo y que, por ello, el legislador está asistido por una amplia libertad de configuración que le permite escoger entre varias alternativas plausibles la que se adopte bajo la forma de ley por haber obtenido el respaldo de una mayoría, que en el futuro puede cambiar e incluso preferir una iniciativa diferente, siempre dentro de los márgenes de la Constitución que así, en lugar de aportar respuestas únicas, instaura límites que los órganos de control constitucional deben cuidar, para que no sean traspasados por interpretaciones contrarias a las que, válidamente, cabría derivar de los contenidos superiores del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, en la tensión entre la interpretación que el legislador provee y la que con fuerza vinculante adopta el máximo juez constitucional se manifiesta una tensión de fondo que, al contraponer la Constitución a la democracia, incide en la importancia que se le asigne a la interpretación del documento superior, pues cuando se le reconoce prevalencia a la opción democrática se tiende a procurar lecturas minimalistas de la Constitución, cuyo contenido puede quedar pendiente de la activación de los mecanismos que permitan conocer la voluntad popular, en tanto que si la preferencia se ubica del lado de la Constitución, es más probable que se promueva una interpretación maximalista de sus contenidos.

6. La interpretación constitucional y sus riesgos

Sea de lo anterior lo que fuere, parece inevitable que los riesgos acompañen la interpretación constitucional, ya porque al texto interpretado se le vacíe de contenido o se le someta a constantes cambios aun de tinte plebiscitario, ora porque se traspasen sus posibilidades interpretativas so pretexto de hacerlo valer al máximo o debido a que el documento formal resulte desplazado por conceptos alternativos que, acerca de lo que es o debería ser una Constitución, admita o tolere el intérprete, situaciones todas de no muy difícil acaecimiento, pues tanto los contenidos del texto superior, como la función que este debe cumplir se ubican en fronteras fácilmente traspasables.

Sin pretensiones de exhaustividad, baste mencionar que la aceptación del carácter jurídico de la Constitución no la priva de su connotación política, ligada al hecho de situarse en los límites entre el Derecho y el poder al que busca organizar y contener, finalidad cuya búsqueda da lugar a interpretaciones de las cuales se suele destacar su carácter jurídico, pero también sus efectos políticos. Esto es parte de un

delicado equilibrio que, sin embargo, se puede romper en el proceso interpretativo para acentuar los elementos políticos, en detrimento de la Constitución, disminuida en sus alcances o tergiversada, ya porque se le vacíe de contenido o porque se le fuerce a expresar algo que, en realidad, no tenga asiento en las posibilidades interpretativas jurídicamente válidas.

Otro flanco proclive a distorsiones es el de la complicada relación entre la Constitución y la realidad, asunto que, en medio de intensas discusiones, algunos dan por solucionado haciendo ver que los contenidos constitucionales incorporan sectores de la realidad y le asignan a cada uno de esos sectores sus respectivas consecuencias jurídicas. En cambio, otras posiciones insisten en la permanente disociación entre el texto superior y una realidad imposible de ser encauzada mediante regulaciones jurídicas y que debe ser preferida en la interpretación, a tal grado que el documento formal se convierte en simple hoja de papel contrarrestada por los factores reales de poder o por una subyacente constitución material, fundada en la historia y que, siendo la auténtica, prevalece y desplaza al texto adoptado por el poder constituyente.

Pero la Constitución también puede resultar difuminada a fuerza de hacer predominar concepciones de derecho natural solo accesibles a intérpretes capaces de desentrañar contenidos no perceptibles a partir de los textos y que siempre se imponen a ellos, o de proclamar la existencia de un orden objetivo de valores que actúa por debajo del documento constitucional para orientar todo el proceso interpretativo.

A todo lo anterior cabe agregar la desconfianza hacia el método literal, que ya no está en boga y podría ser obviado, o la disolución proveniente de la exagerada atención prestada al caso concreto, que orientaría la solución con mayor eficacia que las cláusulas abstractas, llamadas a ceder en aras de un conjunto de procedimientos multiplicados en un abultado número de test cada vez mejor perfilados para encorsetar en sus distintos pasos los datos del problema específico y producir la correcta mixtura de los contenidos previamente elegidos para la confrontación, aunque otros contenidos de la Constitución, que debería ser leída como una unidad, queden por fuera de la argumentación, pese a su relevancia y a causa de no hallar sitio en los estrictos moldes elaborados para hacer posible una ponderación que no admite el “balance” de todos los elementos que deberían ser tenidos en cuenta.

Nótese que cuando se incurre en alguno de los anotados riesgos se menoscaba o directamente se desconoce el carácter escrito de la Constitución y, por contera, su condición normativa, elementos estos que, conforme fue apuntado al inicio de este trabajo, son las condiciones que hacen posible la interpretación constitucional. Es claro que al eludir el texto y su contenido normativo no habrá nada diferente a una apariencia de interpretación que, aun cuando se ampare en el documento superior, no lo tiene realmente en cuenta o lo instrumentaliza, haciéndolo servir a otros propósitos escondidos bajo la fachada de una interpretación constitucional sin Constitución.

A fin de disipar las prevenciones ocasionadas por la circunstancia de que la interpretación constitucional tenga por objeto la Constitución, sería suficiente recordar que la elevada indeterminación de buena parte de sus cláusulas le facilita al intérprete operar en un extenso margen para concretar los valores, principios y fines prohijados por el mismo texto superior, adaptar la obra del poder constituyente a nuevas situaciones, retrasar las reformas y facilitar la permanencia de la

Constitución, gracias a una interpretación evolutiva que no pierda el horizonte trazado por el documento formal.

Finalmente, resulta de interés apuntar que con frecuencia se recomienda como indispensable referente de la interpretación constitucional una apropiada teoría de la Constitución que, sin descuidar los componentes generales, sea una teoría del específico texto superior que en un momento dado rige para una determinada organización política estatal, pero la formulación de esa teoría supera con creces el objetivo de estas notas y, además, la precisión con que debería plantearse escapa al alcance de un trabajo dedicado a ciertos aspectos comunes a la interpretación que tiene por objeto a los documentos constitucionales genéricamente entendidos.

Recomendación bibliográfica

- BOKENFORDE, E. W. (1993), *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden.
- BELLO HUTT, D. E. (2017), "Contra la supremacía judicial en la interpretación de la constitución", *Revus* [Online], in print, online since 26 June. URL: <http://revus.revues.org/3826>; DOI: 10.4000/revus.3826.
- DE OTTO Y PARDO, I. (2010), "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", *Obras completas*, Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, pp. 1159 - 1172.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (Coordinador), (2005), *Interpretación constitucional* (2 volúmenes), Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- GARCIA AMADO, J. A. (2003), *Ensayos de Filosofía Jurídica*, Editorial Temis, Bogotá.
- GUASTINI, R. (2001), *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México.
- HESSE, K. (2011), *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- JIMENEZ CAMPO, J. (1997), "Contra la Constitución material", *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid.
- MÜLLER, F. (1989), "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27.
- PRIETO SANCHIS, L. (1991), "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9.
- SANCHEZ SANCHEZ, A. (2014), *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

Democracia Republicana

Republican Democracy

Abril Uscanga Barradas

Universidad Nacional Autónoma de México

auscangab@derecho.unam.mx

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3816>

Resumen

Este trabajo pretende explicar los orígenes e importancia del republicanismo como teoría aplicable a la democracia, así como su posible aplicación como una válvula de escape a la crisis democrática actual, pues últimamente se presentan numerosas y constantes críticas al sistema democrático imperante en nuestros días, lo que nos hace pensar en la existencia de una serie de deficiencias tanto políticas como sociales que, quizás, podrían ser subsanadas replanteando el modelo o visualizándolo desde otra perspectiva más acorde a los fines y necesidades de la sociedad contemporánea.

Palabras clave

Democracia republicana, libertad como no dominación, virtudes cívicas, liberalismo, crisis democrática, Estado.

Abstract

This paper aims to explain the origins and importance of republicanism as a theory applicable to democracy, as well as, its application like a scape valve of the democratic crisis that prevails today, currently, there are many criticisms of today's democratic system, which makes us think of the existence of a series of deficiencies both political and social that, maybe could be rethought or visualized from another perspective, more in line with the aims and needs of contemporary society.

Keywords

Republican democracy, liberty without domination, civic virtues, liberalism, democratic crisis, State.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La democracia republicana: sus inicios y consolidación 3. Republicanismo neo-ateniense 4. Republicanismo neo-romano



1. Introducción

La democracia republicana se contrapone a algunos ideales de la democracia liberal, pero, sobre todo, se presenta como una salida de emergencia a las deficiencias democráticas de los Estados Constitucionales de Derecho.

Desde hace ya algún tiempo, se está debatiendo si la democracia se puede entender como el sistema político más idóneo en la actualidad, pues está evidenciando cada vez con mayor fuerza una serie de debilidades o inconsistencias (Benjamin, 2004) que hacen pensar que debe ser reformulada o, en su caso, sustituida por otra forma de gobierno, la cual bien podría ser una democracia asentada en el republicanismo.

Existen muchas preguntas que contestar respecto a esta propuesta teórica, sin embargo, nos abocaremos a contestar únicamente la pregunta: ¿A qué nos referimos cuando hablamos de republicanismo?, para así tratar de dilucidar si nos adentramos a un proyecto que promete, al menos de forma consistente, posibles soluciones a nuestra tan deslucida democracia.

2. La democracia republicana: sus inicios y consolidación

Resulta una tarea complicada el establecer la definición, características y fechas definitivas de teorías, ideologías o corrientes del pensamiento.

La palabra republicanismo tiene connotaciones diversas, por lo que lo dividiremos, en un primer momento, en cuatro grandes bloques:

1) el primero, correspondiente al pensamiento político del mundo antiguo¹, conocido como republicanismo clásico, entendido como una tradición, un conjunto de principios y prácticas del pensamiento que se remontan a la antigua Grecia y la Roma clásica.

El republicanismo clásico tuvo sus primeras manifestaciones en Atenas con la aportación de Solón², Clístenes³, Efialtes y Pericles⁴. Posteriormente se nutrió de las ideas de Polibio, Heródoto, Platón y Aristóteles, quienes estudiaron las formas de gobierno, la tendencia de las formas de gobierno a degenerarse o viciarse y la necesidad de un gobierno mixto, respectivamente (Uscanga, 2016a). En todo caso, este republicanismo que podríamos definir como clásico, fue seguido en épocas posteriores por autores como Maquiavelo (1971) o Montesquieu (1747 [2003]), por lo que su relevancia es indiscutible, y,

¹ Esta tradición acentuaba rasgos como el honor, la importancia de las virtudes cívicas, la participación política, el peligro de la corrupción, los beneficios de las constituciones mixtas y la sustitución del imperio del hombre por el imperio de la ley, la infravaloración de lo privado con respecto a la *polis*, el sometimiento de las mujeres, la aceptación de la esclavitud, la propensión a la guerra, la vulnerabilidad a las luchas civiles, la exhortación a la virtud, la solidaridad, la piedad, la sospecha del comercio y la exaltación de la vida pública.

² Solón hizo una distribución de las obligaciones y derechos políticos de los ciudadanos de la *polis* ática de acuerdo a los ingresos de la misma distribuyendo las obligaciones y derechos políticos de los ciudadanos de acuerdo a las cuatro divisiones o clases formadas.

³ Clístenes perfeccionó la Constitución Soloniana a partir de la re-organización de distritos electorales atenienses, logrando una democracia atemperada debido a la conciliación que existía entre libertad y autoridad libremente aceptada.

⁴ Estos dos últimos autores fueron parte de los líderes atenienses que promovieron las reformas contra los elementos aristocráticos –conservadores de la *polis* ática que tenían por objetivo darle mayor poder al pueblo llano y construir algo llamado democracia radical-.

2) el segundo, relativo al periodo de republicanismo renacentista, momento en el cual se evidencia que el republicanismo clásico fue diseñado para las repúblicas de la antigüedad o las renacentistas caracterizadas por tener reducida población que permitían a los ciudadanos que se conocieran, contar con una participación política activa y directa en la gestión de la cosa pública y la preocupación por la cosa pública, lo que implicaba en último término que estaba pensada para una colectividad reducida en la que todos los habitantes tendrían un papel activo en la política.

3) el tercero sería el republicanismo revolucionario, el cual tuvo su origen en los primeros siglos de la Edad Moderna, periodo en el que predominó políticamente la monarquía absoluta hasta finales del siglo XVIII y, derivado de este absolutismo se propulsó la lucha contra este tipo de régimen, apostando por el republicanismo como sistema más deseable. En este periodo encontramos periodos de lucha y revoluciones como fue, por ejemplo, la Revolución Francesa. Los autores más destacados de esta etapas son Maquiavelo con su obra *El Príncipe*, en la que distinguió entre repúblicas y principados, Marsilio de Padua con el *Defensor pacis*; Tomás de Aquino con la *Summa theologiae*; Bodin con *Six livres de la république*; Hobbes con *De cive e leviathan*; Locke con *Two treatises on government*; Rousseau con *Contrat social*; Kant con *Rechtslehre*; Hegel con *Rechtsphilosophie*; o Montesquieu con *L'esprit des lois*.

4) el cuarto, relativo a la más reciente corriente conocida como neo republicanismo o simplemente republicanismo, entendido como una doctrina política actual. Esta teoría gestó sus bases ideológicas poco antes de la década de 1970 con la publicación de tres obras que retomaron la visión republicana dentro de la discusión historiográfica para situarla como una corriente contemporánea alternativa al liberalismo⁵. La primera obra fue publicada en 1967 por Bernard Bailyn bajo el título *The ideological origins of the American Revolution*, la cual criticaba la visión liberal dominante. La segunda fue el libro de Gordon S. Wood titulado *The creation of the American Republic, 1776-1787* -publicado por primera vez en 1969-, en el que se mostró al republicanismo como principio ideológico. Por último, la tercera obra se titula *The machiavellian moment*; la cual fue realizada por John Pocock quien, con su publicación en 1975, hizo una propuesta de relectura del pensamiento político desde una lógica diferente a partir de una interpretación neo republicana aristotélica (Rivero, 2005: 6; Ovejero Lucas, 2003: 16- 18). Sin embargo, no fue hasta la década de 1990 cuando se presentó con más fuerza el *revival* republicano, respaldado en gran medida por la academia anglo-americana (Francisco, 2007: 13).

Teniendo en consideración todo lo anterior, se puede entender al republicanismo como una corriente del pensamiento político y filosófico contemporáneo que tiene como antecedente histórico remoto el pensamiento republicano clásico de la Atenas democrática, la Roma republicana, las repúblicas italianas del Renacimiento y las revoluciones democráticas.

Hoy, el republicanismo aún se encuentra en desarrollo y se presenta como una alternativa democrática al liberalismo. Presumimos, en primera instancia, que se le denomina neo republicanismo, a pesar de su evidente alejamiento de los

⁵ En especial, al liberalismo de Rawls que constituye el resurgimiento de la filosofía política de la segunda mitad del siglo XX. Esto se origina con la publicación del libro *Teoría de la justicia* en 1971; en donde realiza un proyecto alternativo por fundamentar una nueva concepción de la moral, la política y el derecho que repercutirá en el desarrollo institucional de la democracia -ya que daba cabida a una concepción de justicia como equidad capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad-. Véase Mejía Quintana (2010: 171).

postulados clásicos, toda vez que retoma algunos aspectos de este último para reconstruirse desde la perspectiva de las sociedades contemporáneas (Ruibal, 2009: 81), es decir, se crea un *revival* del republicanismo antiguo a través de las diferentes etapas, siendo el republicanismo renacentista y el republicanismo revolucionario

En general se puede decir que se entiende al republicanismo como: “una tercera vía capaz de superar tanto los excesos del formalismo liberal como la cerrazón sistemática de todo tribalismo comunitario” (Villaverde, 2008: 284).

El discurso del republicanismo contemporáneo, de acuerdo a teóricos como John Maynor o Knud Haakonssen, se divide genéricamente en dos vertientes: por un lado, los teóricos inspirados en un tipo de republicanismo neo-ateniense y humanismo cívico; y por el otro lado, los inspirados en la versión neo-romana del republicanismo (Laborde y Maynor, 2008: 3).

Será importante comprender que el republicanismo no se agota en la defensa de una forma particular de Estado o gobierno, sino que comprende definiciones más amplias y sustantivas sobre el conjunto del sistema social, la economía, la cultura, la sociedad, la ciudadanía y la democracia.

Por lo anterior, podemos comprender el republicanismo desde dos perspectivas, por una parte, la postura neo romana y por otra, la postura neo ateniense.

3. Republicanismo neo-ateniense

El neo republicanismo ateniense también conocido como republicanismo neo aristotélico, acentúa las virtudes cívicas y la participación política como un bien intrínseco que se ha presentado en ciertas etapas del florecimiento humano.

Esta corriente del pensamiento es asociada tanto con el comunitarismo -en el que encontramos como principales expositores a Alasdair MacIntyre, Charles Taylor y Michael Walzer, como con el humanismo cívico (con el que tiene algunos puntos de encuentro) -cuyas mayores figuras son Arendt, Wood y Worden-.

De acuerdo a Maynor, el republicanismo neo-ateniense ha sido retomado en algunos discursos políticos contemporáneos de filósofos como Charles Taylor (1997: 191-194), John Rawls y Sandel como una forma de revitalizar las instituciones liberales modernas. Estos autores consideran que participar en las instituciones autónomas de política democrática y cultivar las virtudes cívicas son elementos esenciales porque dan como resultado que los individuos crezcan de forma natural como seres políticos.

4. Republicanismo neo-romano

Por otro lado, se encuentra la vertiente que pone especial énfasis en el concepto de libertad, la cual tiene como principales teóricos a Quentin Skinner y Philip Pettit, y se caracteriza por explicar que el gobierno fue concebido para proteger a los ciudadanos contra la demagogia y tiranía.

Este pensamiento se centra en crear los mecanismos institucionales que ayuden a preservar la libertad, relevando el postulado fundamental de participación democrática del pueblo expuesto en la teoría clásica como una de las más elevadas formas del bien.

Con base en todo lo anterior, nos encontramos ante un modelo que puede presentar buenos e importantes puntos que nos permitan revalorar elementos indispensables de los Estados democráticos, como: la libertad, especialmente en la vertiente entendida como “libertad como no dominación” y las virtudes cívicas representadas en la práctica, en cierta forma, como “Cultura de la legalidad”, para asentar un sistema que vaya más allá de la democracia liberal dominante en la actualidad, la cual presenta ciertas debilidades visualizadas desde hace varias décadas. Es así que, dadas esas deficiencias, las cuales son básicamente una escasa implicación y participación política de la ciudadanía y una ineficiente representatividad, es momento de repreguntarnos si es pertinente seguir en el camino de la democracia liberal o si es momento de, a través de otras teorías, poder generar mecanismos de solución a los problemas que se presentan en los Estados Constitucionales de Derecho; especialmente, si reconocemos que los elementos que conforman nuestra democracia liberal no parecen suficientes ni desde la práctica, ni de la teoría para lograr su perfeccionamiento, superando el desánimo, la falta de interés, la resignación, la libertad con dominación, la ciudadanía sin ciudadanos comprometidos, la política sin comunidad política, la igualdad que ignora la diferencia (Uscanga, 2016b: 7), los individuos sin virtudes, entre muchos otros.

Sin duda, asegurar que éste es el momento para la puesta en marcha de la democracia republicana sería muy arriesgado, pero, aun así, será un reto y un anhelo irrenunciable el intentar perfeccionar y consolidar nuestras instituciones democráticas, tal vez a través de la introducción de nuevas teorías, como la republicana.

Bibliografía

- BENJAMIN B. (2004), *Democracia fuerte*, trad. de Juan Jesús Mora y Boris Malmielca, Almuzara, Córdoba.
- FRANCISCO, A., (2007), *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano*, Catarata, Madrid.
- LABORDE, C. y MAYNOR, J. (2008), *Republicanism and political theory*, Blackwell, UK.
- MAQUIAVELO, N. (1971), *Obras políticas*, Ciencias Sociales, La Habana.
- MONTESQUIEU, C. (1747) [2003], *El espíritu de las leyes*, Alianza, Madrid.
- MEJÍA QUINTANA, Ó. (2010), *Del liberalismo racional al republicanismo razonable*, Universidad Nacional, Bogotá.
- OVEJERO LUCAS, F. (2003). “La alternativa republicana”. En: OVEJERO LUCAS, F. *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, pp 11-74.
- RIVERO, Á. (2005). “Republicanismo y neo republicanismo”, *Isegoría*, núm. 33, pp. 5- 17.
- RUIBAL, A. M. (2009). “El republicanismo y sus implicancias para las instituciones legales y políticas”, *Isonomía*, núm. 30, pp. 81-100.
- TAYLOR, C. (1997), *Argumentos filosóficos: ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad* (trad. de Fina Birulés Bertrán), Paidós, Barcelona.
- USCANGA BARRADAS, A. (2016), *Nuevas teorías de la filosofía política: Republicanismo, Liberalismo y Comunitarismo*, Tirant lo Blanch, México.
- USCANGA BARRADAS, A. (2016), *Deficiencias de la Democracia Liberal Contemporánea*, Fontamara, México.
- VILLAVERDE RICO, M. J. (2008), *La ilusión republicana. Ideales y mitos*, Colección Biblioteca de Historia y Pensamiento Político, Tecnos, Madrid.

Conciliación (laboral y familiar)

Reconciliation (of work and family life)

Eva Palomo Cermeño
 Universidad Rey Juan Carlos (URJC)
eva.palomo@urjc.es

Recibido / received: 21/07/2017
 Aceptado / accepted: 18/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3818>

Resumen

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral supone un reto para cualquier sociedad que pretenda hacer efectiva la igualdad de género. El actual desarrollo de políticas públicas en este sentido se enfrenta a diversos obstáculos económicos, políticos e ideológicos relacionados con el modo en que se ha conformado y conceptualizado históricamente la división sexual del trabajo en torno a dos espacios separados y jerarquizados: el público y el privado. Se revisa el marco normativo español y europeo en el que se insertan las diversas medidas de conciliación. Por último, se hace referencia a los debates más actuales en torno a los principales logros y limitaciones de las medidas de conciliación, y a la necesidad de desarrollar una verdadera corresponsabilidad entre mujeres y hombres respecto a las responsabilidades domésticas y de cuidados.

Palabras clave

Conciliación de la vida laboral y familiar, corresponsabilidad, cuidados, división sexual del trabajo, igualdad de género, políticas públicas.

Abstract

The reconciliation of work and family life is a challenge for any society willing to implement gender equality. The present development of public policies in this sense faces different economic, political and ideological obstacles related to how the sexual division of labor has been shaped and conceptualized historically around two separate and hierarchical public and private spheres. The Spanish and European legal framework in which reconciliation policies are inserted is revised. Finally, present debates on reconciliation measures' main achievements and constraints as well as the need to develop real co-responsibility between women and men regarding domestic and care work are raised.

Keywords

Work/family reconciliation, co-responsibility, care, sexual division of labor, gender equality, public policies.

SUMARIO. 1. Introducción ¿Qué entendemos por conciliación? 2. Antecedentes históricos y conceptuales de la división sexual del trabajo y de la “doble jornada”. 3. Marco normativo de la conciliación. 4. Debates actuales: de la conciliación de la vida laboral y familiar a la corresponsabilidad. 5. Conclusiones.



1. Introducción ¿Qué entendemos por conciliación?

Si entendemos por conciliar poner de acuerdo o compatibilizar personas o cosas diferentes entre sí, se planteará inevitablemente la dificultad de aunar aspectos distintos que pueden resultar, o no, opuestos y excluyentes entre sí. Ello es más evidente cuando se trata de la conciliación de la vida laboral y la vida familiar y personal.

La necesidad de compatibilizar las tareas y exigencias correspondientes al ámbito laboral con las que se dan en el ámbito doméstico, familiar y de la vida privada, requiere de una respuesta política; es decir, de medidas políticas de conciliación orientadas a eliminar los obstáculos al acceso, permanencia y promoción de las mujeres en el entorno laboral mediante el reparto equitativo de responsabilidades domésticas y de cuidado entre hombres y mujeres. Se trata de una cuestión que afecta a la mayor parte de la población, aunque de manera diferente atendiendo a los condicionantes económicos, sociales y culturales bajo los que se desarrolla la existencia humana.

En las últimas décadas hemos asistido a un aumento de los estudios e investigaciones que, desde distintas disciplinas, abordan la relación entre espacio público y privado, producción y reproducción o trabajo remunerado y no remunerado. Nunca habíamos contado con tantos datos. Sin embargo, el análisis de los mismos sería muy limitado si no fuese por el papel desempeñado por los estudios de género.

Desde la perspectiva de género se ha podido identificar la desigualdad entre hombres y mujeres en todas sus expresiones y se ha alertado sobre el sesgo androcéntrico presente en las distintas ramas del conocimiento. En el caso que nos ocupa, esta perspectiva nos ayuda a comprender que conceptos como la *conciliación de la vida laboral y familiar* no son neutrales, sino que tienen un componente de género.

En nuestro país, una sociedad formalmente igualitaria, la situación real de las mujeres frente al acceso y promoción en el empleo, las retribuciones salariales y el reparto de tareas domésticas y de cuidado aún dista mucho de esa equidad que se suponía llegaría tras incorporarse estas masivamente al mercado laboral. En los últimos veinte años hemos asistido a cambios legislativos importantes orientados a lograr esa igualdad de género tan demandada por buena parte de la sociedad, de sus instituciones y organizaciones políticas, sindicales y sociales. Ello, junto a las correspondientes políticas públicas concretadas en Planes de igualdad, han contribuido a “corregir” esa tradicional división sexual del trabajo heredada históricamente. Sin embargo, resulta necesario conocer cómo se ha concebido lo privado frente a lo público y en qué términos se plantean los debates más actuales sobre el reparto del trabajo remunerado y el de cuidados.

Así mismo, una revisión del marco normativo en que se encuadran las iniciativas para favorecer la conciliación de lo laboral y familiar permite comprender el desarrollo de medidas como permisos parentales, atención a la infancia y a las personas dependientes o la creación de una organización del entorno laboral que facilite a mujeres y hombres compatibilizar y conciliar adecuadamente las diferentes responsabilidades.

2. Antecedentes históricos de la división sexual del trabajo y de la “doble jornada”

Resulta clarificador estudiar y analizar cómo se desarrolló la división sexual del trabajo desde la antigüedad. Sin embargo, tomaremos como punto de partida para comprender la situación actual un momento clave para la consolidación de las sociedades modernas: la Revolución francesa y su proyecto ilustrado. En una Europa en plena Revolución Industrial, la división del espacio en público y privado, adjudicándose uno a cada sexo, quedó reforzada y legitimada ideológicamente (Borderías, Carrasco y Torns, 2011, p. 15). Tanto la legislación como el pensamiento ilustrado asumen como “natural” este reparto en base a la diferencia sexual. Y así fue teorizado por la mayor parte de los filósofos, como J. J. Rousseau, que identificaron a las mujeres con el mundo privado, con la gestión altruista y abnegada de los cuidados, con el mundo de las emociones, la irracionalidad, la inmadurez y la naturaleza. Así, para que pueda existir el ciudadano libre y autónomo, debe existir la mujer que sirva y cuide en el espacio doméstico (Molina, 1994). Además, la relación del individuo con ese espacio doméstico y la manera en que hombres y mujeres se construyen fue muy diferente atendiendo a la jerarquía sexual y a la división sexual del trabajo (Murillo, 1996). Numerosas teóricas feministas (Amorós, 1992; Cobo, 1995; Fraisse, 1991; Pateman, 1995; Puleo, 1993; Valcárcel, 1997) han estudiado exhaustivamente la repercusión de unos planteamientos que excluyeron a las mujeres —no siempre de forma explícita— del contrato social y el derecho de ciudadanía.

Al desarrollo industrial de finales del siglo XVIII le acompañó una clara desacreditación del espacio doméstico (Murillo, 1996). Para las mujeres más acomodadas se trataba de un espacio de reclusión que impedía su acceso al espacio público, a la participación política y al trabajo profesional remunerado y reconocido socialmente. Para las trabajadoras, suponía unas obligaciones que formaban parte de su interminable “doble jornada”, tras pasar horas agotadoras en fábricas y talleres con un salario inferior al de los hombres, aunque realizaran el mismo trabajo.

Por una parte, el sufragismo demandaba la participación de las mujeres en todos los ámbitos de lo público, derechos civiles y económicos, a la vez que denunciaba la dinámica existente en el “idílico” espacio doméstico. Ya a finales de los años 60 del siglo XIX en Inglaterra, John Stuart Mill apoyó la causa de la igualdad en sus escritos como filósofo y a través de su labor política como parlamentario liberal, junto a la socialista Harriet Taylor. La demanda de las sufragistas estadounidenses de una igual “participación en los trabajos y ganancias, riesgos y remuneraciones de la industria productiva”, que recogía el manifiesto fundacional de Seneca Falls de 1948, fue difundida en sus *Ensayos sobre la Igualdad sexual* (Mill y Taylor, 2001). Ello tuvo una enorme repercusión en el movimiento de mujeres de todo el mundo. Como bien señala Pateman (1995), el sufragismo constituye un ejemplo claro de cómo un movimiento de mujeres denunciaba ya en el siglo XIX la dicotomía entre lo privado y lo público.

Por otra parte, la tradición socialista y marxista abordó la situación de las mujeres trabajadoras en el sistema de producción capitalista como la “cuestión femenina”, una parte de la lucha de la clase trabajadora. A partir, sobre todo, de Flora Tristán y su denuncia de la situación de la mujer obrera como “la esclava del esclavo” (Tristán, 2003), explotadas tanto en el trabajo mal remunerado como en el hogar, surgió la corriente de pensamiento del feminismo socialista. Los llamados socialistas utópicos europeos, como Charles Fourier o Robert Owen y antes William Thompson y Ana Wheeler, habían señalado los obstáculos a los que se enfrentaban las mujeres a la hora de participar en el espacio público en condiciones de igualdad

(Fourier, 1966; Thompson, 2000). Sin embargo, fue a principios del siglo XX cuando distintas autoras y activistas propusieron la necesidad de articular los intereses de ambos sexos en los procesos revolucionarios. Es el caso, entre otras, de la teórica rusa Alexandra Kollontai, o la sufragista inglesa Sylvia Pankhurst, quien denunció los pactos interclasistas entre varones en el mundo laboral (Palomo, 2015). Para Kollontai, era necesario crear estructuras de apoyo que canalizaran la socialización del trabajo doméstico y de cuidado (De Miguel, 2005): “La revolución que las mujeres necesitan tiene que incluir necesariamente la socialización del trabajo doméstico y una nueva concepción, una redefinición de la maternidad. Las mujeres deben ser descargadas de los trabajos domésticos y hasta donde sea posible de la tarea de la reproducción social de la especie” (De Miguel, 2005, p. 322). En este sentido, las propuestas, desde la idea de colectivización de las tareas domésticas hasta las medidas adoptadas por los estados del bienestar tras la segunda guerra mundial —protección a la maternidad, servicios públicos de atención a la infancia y a las personas dependientes, derechos laborales etc.—, reflejan un proceso de toma de conciencia en cuanto a la responsabilidad de los gobiernos y de la sociedad respecto al trabajo reproductivo y de cuidados. Hay que señalar, no obstante, que la idea de que las tareas pudieran ser compartidas con los varones en el espacio privado es muy reciente, y apenas se planteó como alternativa posible.

La división sexual del trabajo se mantuvo a lo largo del siglo XX a pesar de que las mujeres habían demostrado que podían realizar con éxito cualquier tipo de trabajo durante la Primera Guerra Mundial. Al terminar este paréntesis bélico se les exigió que cedieran sus puestos de trabajo a los hombres que regresaban del frente¹. En el período de entreguerras se consolidó el modelo del padre de familia proveedor o *breadwinner*. El salario familiar ha sido central en el sistema productivo y en las demandas del movimiento obrero, lo que explica las iniciativas de crear sindicatos de mujeres para defender sus propios derechos (Rowbotham, 1973; Davis, 2011). En los años 60 y 70 del siglo XX se cuestionó nuevamente la desigualdad, a la vez que se analizaba su origen y el modo en que se reproducía. Simone de Beauvoir (2005) había concluido que “la mujer no nace; se hace”, y Betty Friedan (2009), que el discurso idealizado sobre lo doméstico no se correspondía con el malestar de las mujeres respecto a su papel en esta división sexual del trabajo. Fueron muy ricos los análisis (Eisenstein, 1978; Hartmann, 1987; James y Dalla Costa, 1977; Zaretsky, 1976) acerca de la relación entre el sistema económico y la sobrecarga de trabajo femenino, la llamada “doble jornada”. También se cuestionaron aquellos discursos que de modo esencialista justificaban la abnegación y la sumisión de las mujeres en el espacio doméstico (Millet, 2010). Como recogía el conocido eslogan “lo personal es político”, a partir de los años setenta las organizaciones de mujeres centraron su atención en el modo en que se organizaba el espacio doméstico. Como ha señalado Laura Nuño (2010), la inclusión de las mujeres en el espacio público y el poder ejercer la ciudadanía requiere inevitablemente de una reforma importante del espacio privado.

Los años ochenta y noventa se caracterizaron en muchos países por la implementación desigual de las políticas de igualdad y del intento de transversalizar la perspectiva de género a todos los ámbitos institucionales. A pesar de que se ha conseguido aumentar el grado de conciencia social sobre el tema del reparto de responsabilidades en el trabajo no remunerado, la sobrecarga de roles y funciones que afrontan las mujeres muestra que el modelo de división sexual del trabajo

¹ Para una descripción de la vida de las mujeres en Inglaterra tras la Gran Guerra, y cómo la prensa reflejaba la vida de aquellas que habían alcanzado un mayor grado de autonomía económica, ver V. Nicholson, *Ellas solas. Un mundo de hombres tras la Gran Guerra*, Madrid, Turner, 2008.

pervive, aderezado por nuevos mitos; uno de los más recientes ha sido el de la *superwoman* (Nuño, 2010: 160) que oculta el estrés de la mayor parte de las madres que intentan conciliar (Tobío, 2002).

3. Marco normativo de la conciliación

A lo largo del siglo XX fueron apareciendo normas y acuerdos internacionales que reflejaban una preocupación por el modo en que la incorporación de las mujeres al mercado laboral pudiese afectar a la vida familiar, articulándose sobre todo medidas de protección a la maternidad —Convenios de la OIT desde 1919, o el art. 25.2. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948— y que sirvieron de marco a las políticas de conciliación desarrolladas más tarde por los Estados de la Unión Europea (UE).

La Carta Social Europea de 1961 —ratificada por España en 1980— establecía, entre otras medidas, la ilegalidad de la extinción de un contrato de trabajo cuando las mujeres estuviesen haciendo uso de la baja de maternidad. En 1966 se firmó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que protegía los derechos de las madres trabajadoras durante el permiso retribuido por maternidad. En 1979, la Convención de la ONU abordó la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres, recomendando a los Estados la adopción de medidas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de mujeres y hombres. Pero fue a partir de 1981 cuando se abordó seriamente esta problemática, con el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y ya en 1995 la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer (Beijing) se comprometía a fomentar la armonización de las responsabilidades familiares y laborales de las personas trabajadoras.

Desde 1989 la conciliación de la vida familiar y laboral está recogida en toda la legislación de la UE; en su Carta comunitaria de Derechos Fundamentales, en las Directivas comunitarias que establecen requisitos mínimos de obligado cumplimiento que pueden ser mejoradas por los Estados miembros², en las decisiones y resoluciones del Consejo Europeo (CE) —en 2000, con el establecimiento de programas de acción comunitaria— o en la propuesta de modelo de calidad de vida de la Comisión Europea (2001).

En la normativa española dirigida a facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal destacan fundamentalmente dos leyes: la Ley 39/1999 del 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras³, y la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴, que en su Título IV. Cap. II, Art. 44.1, establece el derecho a la conciliación. Además, tiene como objetivo la adopción de medidas que garanticen la conciliación y el fomento de la corresponsabilidad en la asunción de

² DIRECTIVA 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. DIRECTIVA 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DIRECTIVA 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro.

³ Para un análisis acerca del carácter limitado de esta ley, ver el texto de M. A. Ballester (2000).

⁴ Respectivamente disponibles en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-21568> y <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

responsabilidades familiares y domésticas entre mujeres y hombres. Toda la legislación expuesta ha inspirado la puesta en marcha de los diferentes Planes de Igualdad.

4. Debates actuales: de la conciliación de la vida familiar y laboral a la corresponsabilidad

En España las personas que, acogiéndose al derecho a conciliar la vida familiar y laboral, solicitaron en los últimos años permisos de excedencia por cuidado de hijos e hijas (el 96,67 % en 2005 y el 92,63 % en 2016) o familiares a su cargo (84,42 % en 2005 y el 84,04 % en 2016) son mayoritariamente mujeres, y aunque se observa un ligero aumento en los porcentajes de hombres que lo solicitan, éste es insignificante⁵.

Por otra parte, según datos del *Estudio de Fecundidad y Valores en la España del siglo XXI* del CIS de 2006⁶, el 64,6 % de las mujeres consultadas dicen preferir un modelo igualitario frente a cualquier otro, es decir, formar parte de una pareja con similar dedicación al trabajo remunerado y un reparto corresponsable de las tareas domésticas y de cuidado (Nuño, 2010, p. 188).

En las sociedades más desarrolladas, el acceso a la educación no es ya una limitación para la igualdad, como se había denunciado a lo largo de la historia. El 56,91 % de las personas que completaron el nivel de máster universitario durante el curso 2015-16 en España son mujeres. Contar con datos estadísticos desagregados por sexos ha constituido una aportación fundamental para poder constatar que existe una brecha salarial de género, una segregación tanto horizontal como vertical en el empleo y una flagrante desigualdad sexual en cuanto al cobro de pensiones y otras prestaciones. Tras lo expuesto surge la pregunta acerca de qué es lo que está fallando y si la legislación y las políticas públicas de igualdad están respondiendo adecuadamente a las necesidades de las mujeres. Mucho se ha escrito sobre hasta qué punto se sigue considerando la conciliación como un “asunto de mujeres” (Carrasco, 2001). Ya en los años noventa Jónnasdóttir (1993), analizó el hecho de que, en las sociedades escandinavas donde los estados del bienestar habían facilitado la implementación de políticas de igualdad de género, no se lograse un verdadero reparto de las responsabilidades en el espacio doméstico.

Frente a una conciliación —femenina— surge el concepto de corresponsabilidad, entendida como un reparto equitativo de las responsabilidades domésticas y del cuidado entre mujeres y hombres. Una de las propuestas recientes para lograrlo apunta a que el tiempo dedicado a la crianza de hijas e hijos por parte de sus progenitoras pueda estar equiparado; es decir, que, por ejemplo, los

⁵ Datos citados sobre permisos de excedencia en: <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>.

Datos sobre la distribución del tiempo de hombres y mujeres en España: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472448&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888 y en Europa: <http://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-statistics-in-focus/-/KS-NK-06-004>

⁶ Disponible en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/2620_2639/2639/Informemetodologico2639.pdf

permisos laborales por nacimiento y/o adopción sean iguales, intransferibles y remunerados al cien por cien para ambos (Castro y Pazos, 2012)⁷.

Desde los años noventa el campo de la economía feminista ha aportado un análisis de la economía con perspectiva de género que ha repercutido en una revalorización del trabajo doméstico y de cuidados (Folbre, 2001), no solo desde el punto de vista social y humano sino también desde lo estrictamente económico⁸. Sus análisis abarcan cuestiones centrales: que las economías domésticas no estén incluidas en el análisis macroeconómico (Waring, 1994; Durán, 1988), cómo los modelos fiscales conllevan un impacto de género (De Villota, 2007; Medialdea y Pazos, 2011), cómo el trabajo no es sinónimo de empleo (Durán, 2012) o cómo los indicadores económicos tradicionales no recogen lo producido por el trabajo de las mujeres⁹. Últimamente, se ha profundizado en la valoración social y la cuantificación de los cuidados, y en el modo en que los usos del tiempo se distribuyen entre hombres y mujeres (Carrasco, 2006; Gálvez, Rodríguez y Domínguez, 2010). También se está analizando el papel del trabajo de cuidados y la interdependencia en relación a modelos que aseguren la sostenibilidad de la vida (Pérez Orozco, 2006). Son reflexiones y planteamientos de cambio que están cada vez más presentes en la opinión pública, no solo en los textos académicos. Un ejemplo de ello es el reciente trabajo de la periodista Katrine Marçal (2016), *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía*.

5. Conclusiones

En un mundo globalizado, los debates actuales sobre conciliación y corresponsabilidad continúan abordando, desde la perspectiva de género, los aspectos psicológicos, los derechos laborales, la responsabilidad social de la empresa, la legislación y el sistema económico, así como la evaluación de las distintas medidas, planes o programas diseñados e implementados.

El análisis de los datos estadísticos en torno al empleo, el uso de permisos para el cuidado de hijos e hijas u otros familiares o el uso de los tiempos, muestra que la igualdad real entre mujeres y hombres aún no se ha alcanzado; ni en el entorno laboral ni en el espacio doméstico. Sin embargo, como bien señala Pazos (2016, p. 58), la división sexual del trabajo no es “natural ni inevitable...”.

Desde la conciencia de que somos vulnerables y dependientes de otras personas en menor o mayor grado a lo largo de toda nuestra vida, la igualdad real solo será posible cuando las responsabilidades domésticas y de cuidados sean asumidas por ambos sexos de manera equitativa. El tiempo dirá si las generaciones

⁷ En España este tipo de medidas han sido desarrolladas y divulgadas con acierto desde 2005 por la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA): <http://igualeseintransferibles.org/>

⁸ En 1988 se publicó *If women counted* de Marilyn Waring, considerado como un texto fundacional de la economía feminista. A partir de los años noventa se consolidó esta disciplina siendo algunas de sus autoras más destacadas Ester Boserup, Marianne Ferber, Julie Nelson, Nancy Folbre, Diane Elson o Ailsa McKay. En 1992 se creó la Asociación Internacional para la Economía Feminista (IAFFE); su revista *Feminist Economics*, en 1994.

⁹ Es importante la creación de nuevos indicadores como el Índice de desarrollo de Género (Gender-related Development Index, GDI): <http://hdr.undp.org/es/content/el-%C3%ADndice-de-desarrollo-de-g%C3%A9nero> o el Indicador de Empoderamiento de Género (Gender Empowerment Measure, GEM) creado por el PNUD en 1995.

más jóvenes, socializadas en la igualdad formal, serán capaces de materializar el ideal igualitario de corresponsabilidad en sus vidas cotidianas.

Bibliografía

- AMORÓS, C. (coord.) (1992), *Feminismo e Ilustración, (1988-1992)*, UCM, Madrid.
- BALLESTER, M. A. (2000), *La ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BORDERÍAS, C., CARRASCO, C. Y TORNS, T. (2011), "Introducción. El trabajo de cuidados: antecedentes históricos y debates actuales". En: BORDERÍAS, C., CARRASCO, C. y TORNS, T. (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, Madrid, Catarata, pp. 13-95.
- CARRASCO, C. (2001), "La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?", *Mientras Tanto*, N° 82, pp. 43-70.
- CARRASCO, C. (2006), "La paradoja del cuidado necesario pero invisible", en *Revista de economía crítica*, N° 5, pp. 39-64.
- CASTRO GARCÍA, C. y PAZOS MORÁN, M. (2012), "Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales para conseguir un comportamiento corresponsable?", en *PT* N° 9, Instituto de Estudios Fiscales.
- COBO, R. (1995), *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid.
- DAVIS, M. (ed.), (2011), *Class and Gender in British Labour History. Renewing the Debate (or starting it?)*, Merlin Press, Pontypool.
- DE BEAUVOIR, S. (2005). *El Segundo sexo*, Cátedra, Madrid.
- DE MIGUEL, A. (2005), "La articulación del feminismo y el socialismo: el conflicto clase-género". En: AMORÓS, C. y DE MIGUEL, A. (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, Madrid, Minerva Ediciones, pp. 295-332.
- DE VILLOTA, P. (2007), "Análisis de un retroceso desde la perspectiva de género en la política fiscal española Ley 35/2006, de 28 de noviembre", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 21, pp. 47-55.
- DURÁN, M. A. (1988), "La integración de las economías domésticas en el sistema económico global". En: Durán, M. A. et al., *De puertas adentro*, Instituto de la Mujer, Madrid.
- DURÁN, M. A. (2012), *El trabajo no remunerado en la economía global*, Fundación BBVA, Bilbao.
- EISENSTEIN, Z. (1978), *Capitalist patriarchy and the case for socialist feminism*, Monthly Review Press, Nueva York.
- FOLBRE, N. (2001), *The Invisible Heart: Economics and Family Values*, New Press, Nueva York.
- FOURIER, C. (1966), *Théorie des Quatre Mouvements et des destinées générales*, en Oeuvres complètes de Charles Fourier, T. 1, Anthropos, París.
- FRAISSE G. (1991), *Musa de la razón: la democracia excluyente y la diferencia de los sexos*, Cátedra, Madrid.
- FRIEDAN, B. (2009), *La mística de la feminidad*, Cátedra, Madrid.
- GÁLVEZ, L., RODRÍGUEZ, P. y DOMÍNGUEZ, M. (2010), "Género, trabajos y usos del tiempo en España dentro del contexto europeo". En: VILLAR, A. (Coord.), *Mujeres y mercado laboral en España: cuatro estudios sobre la discriminación salarial y la segregación laboral*, Bilbao, Fundación BBVA, pp. 83-138.
- HARTMANN, H. (1987), "The family as the locus of gender, class, and political struggle: the example of housework". En HARDING, S., *Feminism and methodology social science issues*. Milton Keynes Buckinghamshire, Open

- University Press. pp. 109–134.
- JAMES, S. y DALLA COSTA, M. (1977), *El poder de la mujer y la subversión de la comunidad*, Siglo XXI, México D.F..
- JÓNASDÓTTIR, A. (1993), *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Cátedra, Madrid.
- MARÇAL, K. (2016), *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía*, Debate, Madrid.
- MEDIALDEA, B. y PAZOS, M. (2011), “¿Afectan los impuestos a la (des)igualdad de Género? El caso del IRPF español”, *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*. Serie economía, Nº 2, pp. 7-18.
- MILL, J. S. y TAYLOR MILL, H. (2001), *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Cátedra, Madrid.
- MILLET, K. (2010), *Política sexual*, Cátedra, Madrid.
- MOLINA, C. (1994), *Dialéctica feminista de la Ilustración*, Anthropos, Madrid.
- MURILLO, S. (1996), *El mito de la vida privada*, Siglo XXI, Madrid.
- NUÑO, L. (2010), *El mito del varón sustentador*, Icaria, Barcelona.
- PALOMO, E. (2015), *Sylvia Pankhurst. Sufragista y socialista*, Ediciones Castilla-La Mancha, Almad.
- PATEMAN, C. (1995), *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona.
- PAZOS MORÁN, M. (2016), “De las actualmente llamadas “*políticas de igualdad de género*” a la eliminación de la división sexual del trabajo (DST)”. En: *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 1 (1), pp. 58-89, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://dx.doi.org/10.17979/arief.2016.1.1.1826> (fecha de consulta: 25 de abril de 2017)
- PÉREZ OROZCO, A. (2006), *Perspectivas feministas en torno a la economía: el caso de los cuidados*, CES, Madrid.
- PULEO, A. (ed.), (1993), *La Ilustración olvidada*, Anthropos, Barcelona.
- ROWBOTHAM, S. (1973), *Hidden from History: 300 years of Women's Oppression and the Fight against it*, Pluto Press, Londres.
- THOMPSON, W. y WHEELER, A. (2000), *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres, contra la paternidad de la otra mitad, los hombres, de mantenerlas en la esclavitud política, y en consecuencia, civil y doméstica*, Comares, Granada.
- TOBÍO SOLER, C. (2002), “Conciliación o contradicción: Cómo hacen las madres trabajadoras”, en Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid (ed.), *Conciliar la vida. Tiempos y servicios para la igualdad*, Madrid, Dirección General de la Mujer, pp. 15-43.
- TRISTÁN, F. (2003), *Feminismo y socialismo. Antología* (ed. de Ana de Miguel y Rosalía Romero), Los libros de la Catarata, Madrid.
- VALCÁRCEL, A. (1997), *La política de las mujeres*, Cátedra, Madrid.
- WARING, M. (1994), *Si las mujeres contaran. Una nueva economía feminista*, Vindicación feminista, Madrid.
- ZARETSKY, E. (1976), *Capitalism, the Family and Personal Life*, Harper & Row, Nueva York.

Desarrollo (evolución internacional) Development (international evolution)

Jorge Resina de la Fuente
Universidad Complutense de Madrid
jorge.resina@gmail.com

Recibido / received: 28/06/2017
Aceptado / accepted: 25/07/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3820>

Resumen

Este artículo analiza la construcción histórica y legal del concepto de desarrollo en el ámbito internacional, desde su institucionalización a mediados del siglo XX hasta la aprobación en 2015 de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible por parte de las Naciones Unidas. Para ello, se plantea un estudio sobre cómo evoluciona el término a través de un recorrido por los distintos contextos en los que aparece y los debates que se generan en torno a cuestiones como crecimiento, sustentabilidad o capacidades humanas.

Palabras clave

Desarrollo, Sostenibilidad, Desarrollo Humano, Cooperación Internacional, Agenda 2030.

Abstract

This article analyzes the historical and legal construction of the concept of development in the international arena, since its institutionalization in the middle of the twentieth century to the adoption of the 2030 Agenda for Sustainable Development by the United Nations in 2015. To do this, we study how the term evolves through the different contexts in which it appears, and what debates are generated, with issues such as growth, sustainability or human capabilities.

Keywords

Development, Sustainability, Human Development, International Cooperation, 2030 Agenda.

SUMARIO. 1. Introducción: los orígenes contemporáneos de la idea de desarrollo. 2. Visiones críticas y alternativas al desarrollo por etapas. 3. El desarrollo como derecho. 4. Hacia el desarrollo humano sostenible. 4.1. Desarrollo sostenible. 4.2. Desarrollo humano. 5. De la Declaración del Milenio a la Agenda 2030. 6. Apuntes finales: el incierto camino por recorrer.

1. Introducción: los orígenes contemporáneos de la idea de desarrollo

El concepto de desarrollo tiene un significado variable según el momento histórico en el que aparece. Para Dubois (2002), se trata de un término que no puede definirse de forma atemporal, ya que depende de las convicciones, expectativas y posibilidades de futuro que cada sociedad formula en distintas épocas. De esa forma, el contexto geopolítico, la situación económica y el pensamiento predominante moldean dicha noción.



La institucionalización del concepto surgió a mediados del siglo XX, con el discurso que en 1949 dirigió el entonces presidente de EE. UU., Harry Truman, al Congreso (Acosta, 2015). En el punto cuarto de su alocución, el mandatario propuso una división del mundo entre zonas desarrolladas y subdesarrolladas, en la que EE. UU. se encontraba en la cúspide del desarrollo y, como tal, se convertía en el modelo a seguir para el resto de países¹.

La Doctrina Truman inauguró así un nuevo orden mundial y estableció una jerarquía moral, en la que el modelo de industrialización occidental era un proceso no solo deseable, sino también inevitable para progresar. Esta visión, en un contexto de Guerra Fría, pronto se convirtió en hegemónica y las políticas emprendidas se orientaron hacia la promoción de este desarrollo por el mundo, en especial en aquellos países que se categorizaron como Tercer Mundo; una invención que, como relata Escobar (1996), surge como contraparte necesaria del discurso que se estaba conformando.

La máxima expresión de este paradigma es la publicación en 1961 del libro *Las etapas del crecimiento económico. Un manifiesto no comunista* del economista Walt W. Rostow, una obra que consolida la perspectiva economicista del desarrollo, al relacionarlo directamente con el crecimiento económico. Su autor parte de una crítica a Marx, con quien comparte el sentido teleológico de la historia, y, al contrario que éste, afirma que las contradicciones del capitalismo no conducirán a su sustitución por un modelo socialista sino a una nueva etapa capitalista caracterizada por el incremento del ingreso per cápita y el avance tecnológico.

La interpretación de Rostow plantea que el desarrollo se alcanza pasadas ciertas etapas, que éstas son irreversibles y que su alcance es universal. De este modo, todos los países han de experimentar cinco fases para transitar del subdesarrollo al desarrollo. La primera comienza en la sociedad tradicional, y la última supone un estado de alto consumo de masas. Entre medias de ambos extremos, se produce un proceso secuencial: primero, se generan las condiciones previas que favorecen un impulso inicial; después, se da ese impulso inicial (al que el autor dedicó la mayor atención, ya que es el momento en el que se superan los obstáculos que impedían el crecimiento y se incrementa el producto nacional); por último, se alcanza la madurez.

2. Visiones críticas y alternativas al desarrollo por etapas

A pesar de que la visión de desarrollo por etapas fue la predominante de la época, pronto surgieron respuestas por parte de otras corrientes que alertaron sobre los límites del crecimiento y sus costes sociales. Durante las décadas de los sesenta y setenta proliferaron las voces críticas y, desde diversos ámbitos, se planteó una reflexión sobre las consecuencias indeseables de este modelo.

Desde la filosofía, la Escuela de Frankfurt advirtió de los efectos en las relaciones de dominación. Uno de sus principales representantes, Herbert Marcuse, describió en *El hombre unidimensional* (2014) [1964] cómo la sociedad que se estaba construyendo eliminaba el disenso, mercantilizaba la resistencia social y establecía nuevas formas de control. En un sentido parecido, Castoriadis (1980) [1977] criticó el mito del progreso que acompaña al desarrollo, basado en

¹ Detrás de esta interpretación del desarrollo se encuentra sin duda una visión del mundo y de la historia que ha predominado en Occidente desde la Edad Moderna: la idea de progreso. Un estudio completo sobre su evolución puede encontrarse en Nisbet, R. (1986), "La idea de progreso", *Revista Libertas*, núm. 5, pp. 1-30.

presuposiciones como la racionalidad económica y la omnipotencia de la técnica que habían conformado un imaginario de crecimiento ilimitado.

En el ámbito socio-económico, Galbraith (1958) consideró un fracaso el modelo de sociedad opulenta que caracterizaba a EE. UU., donde el aumento de la producción convivía con la pobreza. Su principal preocupación era lograr un equilibrio social y, para ello, apelaba a la necesidad de una acción pública que a través de la educación orientara los hábitos de consumo. En la misma línea, Mishan (1967) cuestionó la relación entre crecimiento económico y bienestar social, alertando sobre los costes del desarrollo, con efectos nocivos como el tráfico, la degradación ambiental o la contaminación y las enfermedades que provoca. Con un planteamiento similar, Hirsch (1976) ahondó en los efectos subjetivos del crecimiento. Acorde al autor, el consumo de bienes posicionales (aquellos que, frente a los materiales básicos, definen el status social de una persona) no implica una mayor felicidad sino más derroche, ya que su consumo supone una competencia entre riquezas.

Otra de las principales fuentes críticas fue la surgida en torno al pensamiento ambientalista y el activismo ecologista. Rachel Carson publicó en 1962 el primer estudio con impacto: *Silent Spring* (Primavera Silenciosa, en español). En esta obra, la investigadora advierte sobre los efectos perjudiciales de los pesticidas en el medio ambiente y cómo prima el interés económico de la industria química.

En 1969, otro investigador, Edward Goldsmith, fundó la revista académica *The Ecologist* (El Ecologista) que pronto se convirtió en un referente sobre estudios ambientales. Precisamente, un manifiesto firmado por Goldsmith junto a más de 30 colegas en 1972, *Blueprint for Survival* (Manifiesto para la Supervivencia), ordenó sus ideas y propuso la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo, basado en comunidades autosuficientes, promoviendo la formación de un movimiento para la sustentabilidad que se concretó en la creación del partido político *People*, el primer partido verde del Reino Unido y de toda Europa. En estos años se fundaron también organizaciones ecologistas de ámbito internacional como *Friends of the Earth* (1969) y *Greenpeace* (1971).

En paralelo, en EE. UU., el profesor Barry Commoner publicó *The Closing Circle* (El Círculo que se Cierra) en 1971, en el que advierte de la degradación ambiental como consecuencia del modelo de desarrollo y formula cuatro leyes básicas del ecologismo². Commoner, considerado precursor del ecosocialismo, fue además candidato a la presidencia del país con el partido *Citizens* en 1980.

En ese contexto crítico, la publicación de *The Limits to Growth* (Los Límites del Crecimiento) en 1972 supuso un punto de inflexión en la concepción de desarrollo que había predominado hasta ese momento. La tesis principal de este estudio, encargado por el Club de Roma al Massachusetts Institute of Technology (MIT) y dirigido por Donella Meadows, plantea que, en un mundo de recursos limitados, las dinámicas de crecimiento exponencial son insostenibles. Esta afirmación se basó en la estimación efectuada por un programa informático³ que recreaba el crecimiento económico y de población, así como su huella ecológica en

² Las cuatro leyes que el autor formula son: hay una sola ecosfera, en donde todo está conectado con todo; no existe un "afuera" donde arrojar los residuos; la naturaleza es sabia frente al mal uso de algunos avances tecnológicos; la explotación de la naturaleza siempre implica la conversión de recursos útiles en inútiles.

³ *World III* fue la herramienta fundamental para recrear el escenario futuro a través de un ejercicio de simulación.

los cien años siguientes. El informe marcó una nueva etapa en los debates sobre el desarrollo, siendo una referencia ineludible en los siguientes documentos adoptados en el escenario internacional.

Sin embargo, este informe encontró una fuerte resistencia en América Latina. Los científicos latinoamericanos que habían asistido desde 1970 a las discusiones previas del Club de Roma cuestionaron sus tesis y rechazaron el argumento malthusiano en el que se asentaba. Dicha delegación consideró que el informe suponía una lectura que, aun crítica, estaba formulada desde los países desarrollados, lo que suponía negar la posibilidad de desarrollo a los países que estaban en vías de serlo, al impedirles las mismas opciones de crecimiento. Esto provocó que constituyeran un grupo de trabajo propio y encargaran a la Fundación Bariloche la construcción de un modelo alternativo.

El Grupo Bariloche, como así se conoció, estuvo dirigido por el geólogo argentino Amílcar Herrera y realizó sus trabajos entre los años 1972-1975. El resultado final fue la publicación *¿Catástrofe o Nueva Sociedad?*, en la que se proponía un Modelo Mundial Latinoamericano, lo que suponía una relectura crítica, pero esta vez desde los países en vías de desarrollo. En síntesis, este modelo proponía dos grandes tesis que confrontaban lo planteado en *Los límites del Crecimiento*. Por un lado, se afirmaba que el principal problema no eran los límites físicos, sino la desigual distribución de poder y riqueza en el mundo. Por el otro, que era factible fomentar un crecimiento que permitiese a todos los ciudadanos lograr un nivel de bienestar y de calidad de vida dignos con las políticas públicas adecuadas.

No es casualidad que la principal crítica surgiese en América Latina. Desde la década de los cincuenta, esta región se había convertido en un referente del pensamiento sobre los efectos del desarrollo a través, sobre todo, de dos grandes corrientes teóricas: el estructuralismo y la teoría de la dependencia.

Dentro de la primera destacó Raúl Prebisch (1949), primer secretario ejecutivo de la Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas (CEPAL), quien formuló su tesis sobre el deterioro de los términos de intercambio. Acorde a esta tesis, la causa del subdesarrollo de América Latina se encontraba en el desequilibrio de la balanza comercial de sus países, importadores de productos industriales y exportadores de materias primas, y al gradual proceso de encarecimiento relativo de esas importaciones. Para Prebisch, esto se debía a la alta productividad del sector industrial (intensivo en tecnología frente a las materias primas), lo que permitía un aumento de los salarios en los países desarrollados. La solución pasaba, por lo tanto, en impulsar la industrialización de los países latinoamericanos a través de un Estado promotor de políticas desarrollistas⁴.

Por su parte, la teoría de la dependencia va un paso más allá. El alemán André Gunder Frank⁵ plantea que desarrollo y subdesarrollo son dos caras de la misma moneda, de forma que el subdesarrollo de los países latinoamericanos es consecuencia directa del crecimiento de los países desarrollados. Cómo romper esa dependencia ha sido objeto de discusión dentro de esta corriente teórica, diferenciando entre marxistas y no marxistas.

⁴ Otro de los principales representantes del estructuralismo latinoamericano fue Celso Furtado, quien siguiendo las tesis de Prebisch prestó mayor atención a los condicionantes históricos de los países, centrándose sobre todo en el caso de Brasil. De acorde al autor, plantear un crecimiento económico en la región que no vaya acompañado de un cambio estructural convierte al desarrollo en un mito que exige esfuerzos inútiles a poblaciones pobres.

⁵ Considerado como uno de los principales creadores de esta corriente.

Entre los primeros destacaron Theotonio Dos Santos y Ruy Mauro Marini, quienes defienden que la dependencia es una categoría estructural y que el desarrollo de los países latinoamericanos (subdesarrollados) es imposible dentro del sistema capitalista (entendido como un único sistema-mundo). Mientras que entre los segundos, sus principales representantes fueron Fernando Henrique Cardoso y Enzo Faletto, quienes entendieron la dependencia como una categoría coyuntural que era posible superar si cambiaban las relaciones de poder a través de una alianza nacional interclasista. Estas diferencias conducían a distintos posicionamientos sobre qué políticas habrían de seguirse en la práctica. Si para los últimos el Estado tendría un papel clave a través de la planificación del desarrollo, para los primeros la opción era salir del capitalismo.

A pesar de la intensidad de estos debates, Gudynas (2011) advierte de que ninguna de estas teorías llegó a cruzar ciertas líneas argumentales, ya que todas las críticas se mantuvieron demasiado impregnadas de una visión economicista del desarrollo, como fenómeno estrictamente material: “No se ponía en discusión las ideas de a ance, atraso, odernizaci n o progreso. (...) Por estas razones, las propuestas de desarrollo alternativo mantenían en su núcleo central el progreso económico, sus disputas se desenol an en el plano instruental” (Gud nas, 2011, p. 25).

Esta limitación, a nuestro entender, se debe tanto al momento intelectual que vive la región, que tiene al marxismo como centro de sus discusiones, como a la acuciante realidad del momento: países aún rurales, con buena parte de la población excluida, escasa presencia del Estado y regímenes políticos autoritarios. No será hasta el final de las dictaduras durante la década de los años ochenta y la emergencia de las teorías decoloniales⁶ en los noventa cuando comiencen a tomar fuerza nuevas visiones posmateriales del desarrollo en América Latina.

3. El desarrollo como derecho

En paralelo a estos debates y en un contexto en el que se intentaba construir un sistema multilateral que preservara la paz entre naciones, se fue gestando otra discusión dentro del ámbito de Naciones Unidas (ONU), con el foco en el desarrollo entendido como derecho. Aunque ni la Carta Universal de los Derechos Humanos de 1948, ni los Pactos Internacionales de 1966, recogieron de forma explícita un derecho al desarrollo como tal, sí sentaron las bases para su reconocimiento posterior como derecho humano y para una comprensión ampliada que lo relacionase con cuestiones sociales y culturales.

Gómez Isa (2012) identifica al jurista senegalés Keba M'Baye como la primera persona que dio una definición del desarrollo como derecho humano, durante la sesión inaugural del Curso de Derechos Humanos celebrado en Estrasburgo en 1972; un hecho que, por otro lado, no sorprende, habida cuenta del papel jugado por muchos pensadores del Tercer Mundo en la ruptura epistemológica de la idea lineal de desarrollo, y su sustitución por otra noción más amplia que tenga en cuenta las formas de vida particulares de cada país. De hecho,

⁶ El giro decolonial plantea una revisión crítica de la modernidad y pone en cuestión la estructura de los Estado-Nación, que habrían reproducido una forma de dominación colonial de poder. Autores como Walter Dignolo, Aníbal Quijano o Ramón Grosfoguel, entre otros, han enriquecido esta discusión. Al respecto, véase: CASTRO-GÓMEZ, S. y GROSFOGUEL, R. (2007), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

la Carta Africana⁷ es, incluso en la actualidad, uno de los pocos instrumentos internacionales que incluye el reconocimiento explícito a este derecho⁸.

Una década después, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU asume la necesidad de profundizar en el derecho al desarrollo y encarga en 1981 su estudio a un Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales. Estos trabajos concluyen en 1986, cuando la Asamblea General de la ONU aprueba la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁹.

Esta Declaración tiene como punto central la definición del desarrollo como un derecho humano inalienable, en el que la persona aparece como sujeto central, “participante acti o beneficiario” (artículo 2.1.), e insta a los Estados a pro o er las condiciones necesarias para su cumplimiento efectivo, pues “tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo” (art. 3.3.). Para G eez Isa (2012), este reconoci miento supuso entender el derecho al desarrollo como un derecho de tercera generación, vinculado al principio revolucionario de la fraternidad¹⁰.

Tras aprobarse la Declaración, la idea de desarrollo siguió enriqueciéndose con los debates que se generaron en las distintas conferencias celebradas durante la década de los años noventa al amparo de Naciones Unidas¹¹, adquiriendo así de forma paulatina el carácter multidimensional que hoy define al término. De forma sintética, las conferencias que más influyeron y su aportación fueron las siguientes:

- la Conferencia de Río de Janeiro (1992) introdujo cuestiones ecológicas¹²;
- la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993) relacionó el desarrollo con los derechos humanos, la democracia y la libertad, como conceptos interdependientes que se refuerzan de forma mutua¹³;

⁷ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981). Disponible en línea en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297> [última consulta 20/07/2017].

⁸ “Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo econ ómico, social cultural” (artículo 22).

⁹ Aunque la Declaración contó con importantes apoyos, también provocó rechazos. El más significativo fue el voto en contra de EE. UU. La Declaración puede consultarse en línea en: <http://www.un.org/es/events/righttodevelopment/declaration.shtml> [última consulta 23/06/2017].

¹⁰ De esta forma, el autor parte de los tres principios clásicos de la Revolución Francesa para explicar la evolución del reconocimiento de derechos. De tal modo que, si en un primer momento, la libertad dio origen a los derechos civiles y políticos, y en un segundo, de la igualdad nacieron los derechos económicos, sociales y culturales, de la fraternidad surgirían otros relacionados con la solidaridad, como la paz, el derecho al medio ambiente o el mencionado derecho al desarrollo.

¹¹ Una completa revisión de las Conferencias Internacionales celebradas tras la aprobación de la Declaración de 1986 y su impacto en la configuración del derecho al desarrollo en: Jonjitud Zamora, J. (2001).

¹² Declaración de la Conferencia disponible en línea en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm> [última consulta 24/07/2017]

¹³ Declaración de la Conferencia disponible en línea en <http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml> [última consulta 24/07/2017]

- la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo (1994) se centró en cuestiones demográficas¹⁴;
- la Cumbre Mundial de Desarrollo Social de Copenhague (1995) analizó aspectos vinculados a la democracia, el buen gobierno y la administración transparente, y subrayó que el desarrollo y la justicia social solo pueden alcanzarse si hay paz y seguridad¹⁵;
- la Cumbre Mundial sobre Mujer de Pekín (1995) planteó la participación plena de las mujeres en el desarrollo¹⁶;
- la Cumbre sobre Alimentación de Roma (1996) vinculó el desarrollo con la seguridad alimentaria¹⁷ y, en el mismo año, la Conferencia de los Asentamientos Humanos de Estambul hizo lo propio con los asentamientos humanos y la vivienda¹⁸.

Estas conferencias sentaron buena parte de las bases que hoy definen el desarrollo: desde la importancia de que se cree una institucionalidad apropiada hasta la necesidad de incluir en las políticas de cooperación a agentes sociales y sector privado. Junto a ello, se avanzó también en la idea del desarrollo como asunto global, que incumbe a todos los países, y que consta de tres grandes agendas —económica, social y ambiental— que han de implementarse de forma equilibrada.

A pesar de estos avances, conviene subrayar que estas conferencias se celebraron en un contexto de auge de los postulados económicos neoliberales. Las consecuencias sociales de estas políticas, el cuestionamiento del Estado como mecanismo de asignación de recursos y su sustitución por el mercado provocaron que muchos de estos logros tuviesen un efecto limitado, al no encontrar ni la legitimidad social ni el apoyo político necesario (para el caso latinoamericano, véase Guimarães, 2001; y Guimarães y Bárcena, 2003).

4. Hacia el desarrollo humano sostenible

4.1. Desarrollo sostenible

Uno de los términos que más fuerza adquirió a comienzos de la década de los setenta fue el concepto de sostenibilidad, impulsado tanto por las críticas al modelo de Rostow como por la publicación del informe encargado por el Club de Roma en 1972. La celebración ese mismo año de la Primera Conferencia de Naciones Unidas

¹⁴ Informe de la Conferencia disponible en línea en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement> [última consulta 24/07/2017]

¹⁵ Informe de la Cumbre disponible en línea en <http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9sp.htm> [última consulta 24/07/2017]

¹⁶ Informe de la Cumbre disponible en línea en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [última consulta 24/07/2017]

¹⁷ Declaración disponible en línea en http://www.fao.org/wfs/index_es.htm [última consulta 24/07/2017]

¹⁸ Informe de la Conferencia disponible en línea en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/025/03/PDF/G9602503.pdf?OpenElement> [última consulta 24/07/2017]

sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (conocida comúnmente como “Cumbre de la Tierra”) en Estocolmo, con la presencia de jefes de Estado de todo el mundo, terminó de elevar el debate sobre los límites reales del desarrollo a nivel internacional.

Sin embargo, el resultado de esta primera conferencia no satisfizo a todos los países. La presión de los países en vías de desarrollo, que consideraron la primera Cumbre de la Tierra una respuesta de los países desarrollados, llevó al Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)¹⁹ a convocar su primera conferencia en Cocoyoc (México) en 1974²⁰. Durante esta conferencia se debatió sobre el concepto de ecodesarrollo²¹ como una alternativa al desarrollo que ponía en diálogo los problemas de este con el medio ambiente y aspiraba a crear unas relaciones comerciales más igualitarias. Entre otras cuestiones, se planteó que los países desarrollados con altos niveles de consumo son responsables del subdesarrollo de los países periféricos y que la pobreza genera degradación de recursos y contaminación.

A pesar de las conclusiones de la conferencia de Cocoyoc, el concepto que prevaleció fue el de desarrollo sostenible, sobre todo tras la publicación en 1987 de *Our Common Future* (en español, “Nuestro Futuro Co ú n”), también conocido como el “Informe Brundtland” debido al apellido de la ex Primera Ministra de Noruega Gro Harlem Brundtland, quien había presidido la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo que produjo dicho documento²². En el prefacio del mismo, la mandataria critica la idea de que exista una única vía de desarrollo y cuestiona el impacto del modelo occidental:

“Muchos de los caminos de desarrollo que siguen las naciones industrializadas son verdaderamente impracticables. y las decisiones en materia de desarrollo que toman estas naciones, debido a su gran potencia económica y política, tendrán una repercusión profunda sobre la capacidad de todos los pueblos de mantener el progreso humano para las generaciones venideras” (*Our Common Future*, 1987: 12).

El desarrollo adquiere una doble dimensión, ecológica y moral. Por un lado, se afirma que las políticas industriales no pueden ir en contra del medio ambiente ni obviar su impacto en los distintos ecosistemas. Por otro, se considera moralmente negativo aquel patrón de consumo desmedido cuyos hábitos impliquen un derroche de recursos o un daño directo de la naturaleza. El desarrollo sostenible cumple así un fin que pasa por garantizar que la satisfacción de necesidades de la generación presente no comprometa la capacidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.

Esta formulación, aunque supone un intento de definir el concepto, lo hace solo en un sentido normativo. Como advierte Riechmann (1995), no se establece cuáles son los criterios operativos que lo hacen posible ni las condiciones estructurales necesarias para lograrlo. Más bien al contrario, el informe enfatiza la necesidad de seguir creciendo, sin especificar a qué tipo de crecimiento se refiere ni incluir sus posibles externalidades y costes. Esta indefinición hace del término

¹⁹ Dicho Programa se había creado como resultado de la Conferencia de Estocolmo.

²⁰ La Conferencia fue organizada de forma conjunta por el PNUMA y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD).

²¹ Dicho término fue planteado por el director ejecutivo del PNUMA, el canadiense Maurice Strong, y tuvo al francés Ignacy Sachs como uno de sus primeros teóricos.

²² La Comisión se había constituido en 1983.

“desarrollo sostenible” un “concepto esencial e indiscutible”, cuyo significado, a pesar de ser objeto aparentemente de un consenso general, en verdad está abierto a distintas interpretaciones en disputa (Riechmann, 1995).

En todo caso, el programa de acción (Programa 21) de la segunda Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, 1992) supuso un avance frente a esta indefinición, ya que plantea un modelo de desarrollo sostenible que promueve el equilibrio entre las esferas económica, social y medioambiental. Diez años después, con la tercera Cumbre de la Tierra (Johannesburgo, 2002), se dio un paso más y estas tres esferas se entienden ahora de forma integrada. Por último, en la cuarta Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro 2012), que adquirió de hecho el nombre de Conferencia de Desarrollo Sostenible, se proclamó la necesidad de transitar hacia una economía verde, aunque sin demasiado éxito²³.

4.2. Desarrollo humano

Junto a la idea de desarrollo sostenible, y con los avances del desarrollo como derecho, en el interior de Naciones Unidas fue adquiriendo especial relevancia otra noción: la de desarrollo humano, un modelo centrado en las personas en el que el crecimiento económico es importante en tanto que supone un medio para construir sociedades que generen más oportunidades.

El principal exponente de esta idea ha sido el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD), sobre todo tras la publicación de su primer Informe anual de Desarrollo Humano en 1990, en el que se asegura que “la verdadera riqueza de una nación está en su gente” (PNUD, 1990, p. 31) y en el que se ofrece una medición alternativa del desarrollo, menos economicista, en base a tres grandes indicadores: nivel de vida digno, adquisición de conocimientos y vida larga y saludable²⁴.

Los principios que orientan este informe se inspiran, en buena medida, en el trabajo elaborado por el economista indio Amartya Sen (1998; 2000), quien plantea el desarrollo humano como una “libertad positiva”, en función de la ampliación de las capacidades de las personas²⁵. Estas capacidades las entiende como el conjunto *real* de cosas que una persona puede ser o hacer, y las separa en dos dimensiones: formación, relacionada con la generación de oportunidades; y uso, que vincula a la libre elección de la persona.

Este enfoque tiene dos grandes consecuencias. Por un lado, se insta a las instituciones a desempeñar un papel activo para eliminar los obstáculos que impidan el ejercicio de esa libertad y la ampliación de oportunidades. Y, por el otro, se reconoce a la persona capacidad de agencia para ejercer su libertad de participar en la vida pública y en las decisiones que le afectan. Una visión que para Ibarra y

²³ El documento final que se aprobó llevó por título *The future we want* (El futuro que queremos). Si bien, a pesar de los esfuerzos por darle importancia a la Conferencia, los resultados se consideraron limitados, lo que provocó que se considerara “decepcionante”. Al respecto, ver: “La cumbre verde acaba en decepción” (*El País*, 22/06/2012). Disponible en línea en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/22/actualidad/1340388426_988566.html [última consulta 22/06/2017].

²⁴ Estos tres indicadores conforman el Índice de Desarrollo Humano (IDH).

²⁵ Esta influencia se debe en parte a la relación del coordinador de las primeras ediciones del Informe, el economista paquistaní Mahbub Ul Haq, ex Ministro de Finanzas y Planeación de su país, quien en sus estudios en la Universidad de Cambridge tuvo de compañero a Sen.

Unceta (2001) convierte a las personas en protagonistas, limita el paternalismo estatal y empodera a sociedades activas²⁶.

Junto al trabajo de Sen, también destaca las aportaciones de Marta Nussbaum (2012). Aunque ambos parten de un punto similar, Nussbaum se centra más en la construcción de una teoría normativa que defina las diez capacidades humanas centrales (en forma de tipos ideales)²⁷, mientras que el enfoque de Sen es más operativo y su teoría (pragmática) está orientada a obtener resultados y permitir la comparación²⁸.

5. De la Declaración del Milenio a la Agenda 2030

Los debates sobre desarrollo encuentran un nuevo hito en el año 2000, con la celebración de la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas²⁹. Entonces, la Asamblea General aprueba la Declaración del Milenio³⁰, con la que se establece una agenda global de desarrollo, con ocho grandes objetivos orientados a terminar con la pobreza extrema³¹. Una agenda que pretende crear un modelo de gobernanza mundial en un plazo de quince años, con una serie de directrices y compromisos internacionales.

Hay que matizar que el proceso de aprobación de estos Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) estuvo muy condicionado por las limitaciones del momento. El modelo de gobernanza respondió en gran medida a los rasgos de una época en la que las políticas económicas de corte neoliberal aún tenían peso, con un desplazamiento de poder hacia mercados y actores no estatales. Además, los ODM sirvieron para reorientar hacia determinados países en conflicto los flujos de ayuda oficial al desarrollo —cuestionada por falta de eficacia debido a su fragmentación— en un contexto de alarma creciente, sobre todo tras los atentados del 11-S (Sanahuja, 2011)³².

Estas limitaciones provocaron diversas críticas sobre el proceso de definición de los objetivos, muy controlado por países donantes y expertos y con una notable falta de ambición en el planteamiento de las metas. El resultado fueron unos objetivos demasiado técnicos, centrados más en las consecuencias que en las causas y sin una línea de acción contra la desigualdad. Unas críticas que se

²⁶ Para estos autores, además, la cooperación internacional debería de enfocarse a partir de esta noción.

²⁷ Las reflexiones de Nussbaum parten de una revisión de la teoría de la justicia de quien fue su maestro, John Rawls, cuyos presupuestos intenta ampliar a través de distintas “extensiones”.

²⁸ A diferencia de Nussbaum, que crea una especie de categóricos universales, Sen utiliza las capacidades para evaluar el bienestar individual, grupal y de las sociedades.

²⁹ Celebrada en Nueva York en el mes de septiembre.

³⁰ La Declaración del Milenio fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2000. Puede consultarse en línea en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf> [última consulta 20/07/2017].

³¹ Los ocho objetivos son: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo. Estos objetivos se componían, a su vez, de un total de 21 metas y 60 indicadores.

³² Esto provocó que buena parte de la Auda se canalizara hacia la “Guerra contra el Terror” en países como Irak o Afganistán. En América Latina, el país más beneficiado fue Colombia, debido a la “Guerra contra el narcotráfico”.

ampliaron con el posterior proceso de implementación de los ODM, debido al grado de incumplimiento de los mismos (Acha, 2017; Sanahuja, 2014).

Este resultado provocó que a poco de concluir el plazo de 15 años que se había previsto para la implementación de los ODM, se iniciasen nuevos movimientos que promoviesen un proceso más abierto. En la Cumbre Río+20 de 2012 se aprobó un *Open Working Group* (Grupo de Trabajo Abierto) que empezó a funcionar en enero de 2013 con el fin de preparar una nueva agenda de desarrollo.

Este grupo pretendía subsanar parte de los problemas de los ODM y dotar de más legitimidad a la nueva agenda mediante un proceso participativo con un mayor número de actores que, a través de mecanismos formales e informales, crease una especie de “consenso global” (Sanahuja y Tezanos, 2016, p. 17).

Producto de este proceso fueron consultas sectoriales, encuentros con agentes sociales o grupos de trabajo con académicos, expertos y asociaciones, así como otras iniciativas innovadoras, entre las que destacó la encuesta *MyWorld. Un millón de voces, el mundo que queremos* (2013). En ella se invitó a la ciudadanía a que decidiese en una encuesta global virtual cuáles considera que son las áreas prioritarias de desarrollo.

Otro aspecto importante, como apunta Sotillo (2015), fue la celebración de la III Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo de Addis Abeba, en julio de 2015; un hecho significativo, ya que esta Conferencia se celebró antes de aprobar la nueva agenda, fijando así los principales criterios de financiación, a diferencia de lo que había sucedido con la anterior conferencia (Monterrey, 2002), celebrada dos años después de que fuese aprobada la Declaración del Milenio (con lo que los ODM nacieron sin mecanismo de financiación).

A pesar de ello, Martínez Osés (2017) advierte de que los resultados de la conferencia de Addis Abeba “fueron decepcionantes, a que no se adoptaron nuevos compromisos ni se aceptó la propuesta de creación de un organismo dependiente de Naciones Unidas como nuevo mecanismo democrático para el control de flujos ilícitos a la gobernanza de la fiscalidad internacional” (Martínez Osés, 2017: 111).

Finalmente, en septiembre de 2015, un total de 193 Estados aprobaron la nueva Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, formada por 17 objetivos y 169 metas³³, en un nuevo intento de lograr un modelo de gobernanza global³⁴.

Al igual que sucedió con la Declaración del Milenio, la Agenda 2030 respondió a su contexto. El cambio de escenario favoreció que pudieran aprobarse unos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) más ambiciosos, impulsados por la necesidad de alcanzar un mayor multilateralismo en el ámbito internacional, la creciente consciencia sobre los bienes públicos globales (Kaul, I. y Blondin, D.,

³³ Estos Objetivos son: 1. Fin de la pobreza; 2. Hambre cero; 3. Salud y bienestar; 4. Educación de calidad; 5. Igualdad de género; 6. Agua limpia y saneamiento; 7. Energía asequible y no contaminante; 8. Trabajo decente y crecimiento económico; 9. Industria, innovación e infraestructura; 10. Reducción de las desigualdades; 11. Ciudades sostenibles; 12. Producción y consumo responsable; 13. Acción por el clima; 14. Vida submarina; 15. Vida de ecosistemas terrestres; 16. Paz, justicia e instituciones; 17. Alianzas para lograr los Objetivos.

³⁴ Esta aprobación llegó tras un año de negociaciones intergubernamentales, después de que el Grupo de Trabajo Abierto entregase su propuesta en agosto de 2014.

2015) y el mayor protagonismo de las prácticas de cooperación Sur-Sur (Ayllón, Ojeda y Surasky, 2014; Xalma, 2013).

Este escenario permitió que la nueva agenda resolviera parte de los problemas de los ODM y que se lograra incluir los siguientes aspectos:

1. El desarrollo se convierte en un asunto global y universal, en el que todos los países —tanto del Norte como del Sur— tienen que avanzar en la misma dirección y en el que, como reza el lema de la Agenda 2030, “Nadie debe quedarse atrás”.
2. La cooperación va más allá de la Ayuda Oficial al Desarrollo, convirtiéndose en Cooperación para el Desarrollo, reconociendo una pluralidad de actores implicados en la consecución de la misma.
3. Como consecuencia de lo anterior, se reconoce un mayor número de fuentes de financiación y se refuerza la importancia de mantener una coherencia de políticas por parte de los Estados.
4. Es una agenda más ambiciosa, que aborda causas y amplía su mirada con la inclusión de países de renta media y la desigualdad como problema central. Alonso (2015) subraya la importancia de incluir ambos aspectos, ya que aunque la pobreza absoluta disminuyó en décadas anteriores, los niveles de pobreza relativa se mantuvieron altos y la mayor parte de esos pobres se encuentran en países de renta media.
5. Es una agenda omnicomprensiva que articula las tres dimensiones fundamentales del desarrollo (económica, social y ambiental) y que promueve alianzas estratégicas para asegurar sus medios de implementación (Objetivo 17).

6. Apuntes finales: el incierto camino por recorrer

A pesar del avance que ha supuesto la aprobación de la Agenda 2030, se abre ahora un camino lleno de incógnitas, tanto por la naturaleza de la propia agenda como por el contexto económico y político en el que se tiene que aplicar. Sobre el primer aspecto, Martínez Osés (2017) advierte de que la agenda tiene contradicciones y vacíos que reflejan que su contenido responde más a un agregado de intereses que a un modelo coherente de desarrollo, y que no incluye los medios concretos para su implementación.

En cuanto al contexto, los últimos cambios políticos, con la llegada a la presidencia de EE. UU. de Donald Trump³⁵ y el *brexit*, hacen pensar más en el retorno a un mundo de compartimentos estancos que a un escenario multipolar. Mientras, en lo económico, cómo se defina la nueva arquitectura financiera condicionará en gran medida el éxito de la agenda, con cuestiones que requieren de una respuesta clara, como la deuda externa, las reglas del comercio internacional, la regulación laboral, la reprimarización de los países del Sur o la brecha tecnológica.

³⁵ Trump anunció en junio de 2017 que EE. UU. se retiraba del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático, que limitaba la emisión de gases de efecto invernadero, y que había sido considerado como un gran logro medioambiental a escala internacional. Al respecto, ver: “Trump anuncia que retirará a Estados Unidos del Acuerdo de París sobre el cambio climático” (*The New York Times*, 01/06/2017). Disponible en línea en <https://www.nytimes.com/es/2017/06/01/trump-confirma-retiro-acuerdo-paris/?mcubz=1> [Última consulta 23/06/2017].

Otro aspecto clave será el compromiso de los Estados. Desde la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1987 hasta la Agenda 2030 se insta a los Estados no solo a eliminar los obstáculos sino también a promover las condiciones favorables para el desarrollo. En ese sentido, Jongitud Zamora (2001) señala tres deberes para los Estados: 1) formular políticas nacionales de desarrollo; 2) crear condiciones que permitan el ejercicio del derecho al desarrollo; y 3) respetar los principios internacionales de amistad y cooperación.

Ha de advertirse que estos deberes no son, como tal, obligatorios. Como señala Sanahuja (2014) respecto a los ODM, estamos ante un ejemplo de *soft law*; normas multilaterales no vinculantes. Este carácter, sin embargo, no les quita necesariamente poder, ya que, como apunta el autor siguiendo a Miller-Dawkins (2014), la combinación de metas ambiciosas con una fuerte normatividad pero con una exigencia jurídica débil con mecanismos estadísticos de medición de variables pueden moldear el comportamiento de los Estados, más predispuestos así a la apropiación de esos principios y a su autorregulación.

En todo caso, conviene enfatizar que el hecho de que los Estados no estén obligados jurídicamente provoca que las decisiones que toman lo son de buena voluntad, sin que nada impida un repentino cambio de criterio sin mayores consecuencias, como quedó reflejado con la retirada de EE. UU. del Acuerdo de París. En ese sentido, la Agenda 2030 sigue teniendo un notable talón de Aquiles.

Otra cuestión que sigue abierta es el alcance del concepto de desarrollo sostenible. Sin duda, con la nueva agenda el término se consolida, recogiendo buena parte de los debates que se han ido sucediendo durante más de dos décadas en las distintas conferencias de Naciones Unidas. A pesar de ello (o quizá a consecuencia de ello), sigue replicando los mismos problemas de veinte años atrás: no queda claro cómo se logrará dicho desarrollo, especialmente cómo será su relación con el crecimiento económico y qué tipo de modelo productivo y de relaciones comerciales va a promover. Para Alexander (2014), esta ambigüedad ha provocado que el concepto haya terminado por perder toda sustancia, al estar muy asociado al paradigma del crecimiento y haber sido utilizado en repetidas ocasiones como instrumento de intereses muy específicos.

Estas zonas porosas han seguido avivando el debate con propuestas alternativas, tanto desde Europa como desde el denominado Sur Global, especialmente desde América Latina. Todas ellas tienen en común que plantean otro tipo de relación entre el ser humano y la naturaleza, cuestionan las bases del liberalismo económico y rechazan el modelo de crecimiento de acumulación capitalista y las actuales reglas del mercado internacional, poniendo el foco de atención en la huella ecológica que generan.

De entre estos planteamientos críticos, en Europa destacan los postulados del decrecimiento (Latouche, 2008) que propone romper con las prácticas productivistas y los hábitos consumistas de los países más desarrollados, transitando hacia un modelo que explore modelos alternativos de economía (local, cooperativo, autosostenible, etc.). Cabe destacar que, incluso entre partidarios de aspectos esenciales de esta corriente, existen reservas sobre el término, por su carácter confuso y poco atractivo (remite a nociones ya discutidas y rechazadas por los países en vías de desarrollo como “crecimiento cero” o “estado estacionario”, en línea con argumentos malthusianos). En ese sentido, Naredo (2011) prefiere hablar de reconversión, al ser este un concepto más completo que atiende mejor a las complejidades que supondría pasar de un modelo a otro.

Mientras, en los países del Sur adquiere nuevo impulso lo que se denominó como “ecologismo de los pobres” (Guha, 1995; Martínez Alier, 2004), referido a las movilizaciones de los habitantes de comunidades que ven afectada su supervivencia debido al impacto ambiental de empresas transnacionales. Durante los últimos años, y favorecido por el clima de diálogo entre propuestas alternativas entre Norte y Sur (Unceta, 2013), se han recuperado saberes ancestrales y se han revalorizado prácticas de pueblos y nacionalidades indígenas, especialmente en los países andinos y amazónicos, dando lugar a propuestas como el *Sumak Kwasay* (Buen Vivir) y el *Suma Qamaña* (Vivir Bien)³⁶. Como apunta Acosta (2015), en un mundo en transición como el actual, “afloran otras concepciones marginadas del discurso las prácticas convencionales, sobre todo originarias, propias de los pueblos y nacionalidades ancestrales” (Acosta, 2015, p. 301).

La revalorización de estas prácticas ha tenido gran impacto en los últimos años, logrando hitos impensables décadas atrás, como la constitucionalización de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador y Bolivia, o la incorporación a la agenda política de la idea de justicia ambiental. No obstante, la aplicación de estos derechos ha resultado más problemática, generando fuertes conflictos que han puesto de manifiesto las contradicciones entre las políticas desarrollistas de los países y las reivindicaciones de sus poblaciones indígenas, como pudo apreciarse en el caso de la carretera del Tipnis en Bolivia o la explotación petrolera del parque natural del Yasuní en Ecuador.

La cuestión del desarrollo no parece en modo alguno un asunto cerrado. Los próximos años se adivinan de intensa disputa, con un importante protagonismo de conflictos ambientales localizados en territorios concretos. Con un planeta con signos evidentes de agotamiento y un modelo de crecimiento que, en esencia, no muestra grandes transformaciones, el horizonte no parece demasiado alentador.

Transitar hacia un escenario más esperanzador dependerá de si los Estados apuestan por un verdadero modelo de gobernanza ambiental que cuente con todos los agentes y que, en el marco de la Agenda 2030, sea capaz de retomar e incluir aspectos de las corrientes más críticas. Sólo así parece que, más allá del carácter vinculante, podrá comenzarse a tomar en serio un desarrollo que, con el apellido que se quiera, reconcilie al ser humano con la naturaleza, haciendo del mundo un espacio vivible tanto para nuestra generación como para las siguientes.

Bibliografía

- ACHA, A. (2017), “Introducción”, *Transformar nuestro mundo, ¿realidad o ficción? Reflexiones sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Unesco Etxea, pp. 9-18.
- ACOSTA, A. (2015), “El Buen Vivir como alternativa al desarrollo. Algunas reflexiones económicas no tan económicas”, *Política y Sociedad*, vol. 52, núm. 2, pp. 299-330.
- ALEXANDER, S. (2014), “Post-Growth Economics. A paradigm shift in progress”. Disponible en línea en la página personal del autor: <http://samuelalexander.info/wp-content/uploads/2017/02/Post-Growth-Economics-Samuel-Alexander.pdf> [última consulta 25/07/2017].
- ALONSO, J.A. (2015), “Más allá de la agenda. Redefiniendo el sistema de cooperación para el desarrollo”. En: OCAMPO, J. A. (coord.), *Gobernanza global y desarrollo. Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación*

³⁶ La primera es la forma que se ha adoptado en Ecuador, mientras que la segunda es la propia de Bolivia.

- internacional*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, pp. 161-206.
- AYLLÓN, B., OJEDA, T. y SURASKY, J. (2014), *Cooperación Sur-Sur. Regionalismo e integración en América Latina*, La Catarata-IUDC, Madrid.
- CARSON, R. (1962), *Silent Spring*, Houghton Mifflin, Boston.
- CASTORIADIS, C. (1981) [1977], "Reflexiones sobre el desarrollo y la racionalidad". En: ATTALI, J. et al., *El Mito del desarrollo*, Editorial Kairós, Barcelona.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO (1987), *Our common future*, Naciones Unidas, Nueva York. Disponible en línea en: <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/42/427&referer=/spanish/&Lang=E> [última consulta 22/06/2017]
- COMMONER, B. (1971), *The closing circle*, Knopf.
- DUBOIS, A. (2002), "Un concepto de desarrollo para el siglo XXI", *Revista Asuntos Económicos y administrativos*, núm. 8.
- ESCOBAR, A. (1996), *La invención del Tercer Mundo*, Editorial Norma, Bogotá.
- FURTADO, C. (1975), *El desarrollo económico: un mito*, Siglo XXI, México.
- GALBRAITH, J. K. (1958), *The affluent society*, Houghton Mifflin, Boston.
- GOLDMITH, E. et al. (1972), *Blueprint for Survival*, Penguin Books.
- GÓMEZ ISA, F. (2012), "El derecho al desarrollo en el 25 aniversario de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo", *Derechos y Libertades*, núm. 26, época II, pp. 181-204.
- GUDNAS, E. (2011), "Debates sobre el desarrollo sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa", *Más allá del desarrollo*, vol. 1, pp. 21-54.
- GUHA, R. (1995), "El ecologismo de los pobres", *Ecología Política*, núm. 8, pp. 137-151.
- GUIMARAES, R. (2001), "La sostenibilidad del desarrollo entre Rio-92 y Johannesburgo 2002: era os felices no sabia os", *Ambiente & Sociedade*, núm. 9, pp. 1-20.
- GUIMARAES, R. BÁRCENA, A. (2003), "El desarrollo sustentable de América Latina el Caribe desde Rio 1992 los nuevos imperativos de institucionalidad", *Medio Ambiente y Urbanización*, Vol. 59, núm. 1., pp. 13-24.
- HERRERA, M. (1978) [1977], *¿Catástrofe o nueva sociedad? Modelo Mundial Latinoamericano*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Bogotá.
- HIRSCH, F. (1976), *The Social Limits to Growth*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- JONJITUD ZAMORA, J. (2001), "El derecho del desarrollo como derecho humano: entre el deber, el ser y la necesidad", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 36/37, pp. 215-235.
- KAUL, I. BLONDIN, D. (2015), "Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas". En: OCAMPO, J. A. (coord.), *Gobernanza global y desarrollo. Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación internacional*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, pp. 71-114.
- LATOUCHE, S. (2008), *La apuesta por el decrecimiento. ¿Cómo salir del imaginario dominante?*, Icaria, Barcelona.
- MARCUSE, H. (2014) [1964], *El hombre unidimensional: ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Ariel, Barcelona.
- MARTÍNEZ ALIER, J. (2004), *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*, Icaria, Barcelona.
- MARTÍNEZ OSÉS, P. (2017), "Hacer realidad la Agenda: medios de implementación, resiliencia y seguimiento", *Transformar nuestro mundo, ¿realidad o ficción? Reflexiones sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Unesco Etxea, pp. 105-119.
- MEADOWS, D. H. (1972), *Los límites del crecimiento: informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad*, Fondo de Cultura Económica, México.
- MILLER-DAWKINS, M. (2014), "Global goals and international agreements. Lessons for the design of the Sustainable Development Goals", *Sharing policy for*

- development*, Working Paper núm. 402, Overseas Development Institute (ODI), Londres.
- MISHAN, E. J. (1967), *The cost of economic growth*, Staples Press.
- NACIONES UNIDAS (2013), *A Million Voices: The World We Want*, UNDG Report.
- NAREDO, J. M. (2011), "Reflexiones sobre la bandera del decrecimiento", *Viento Sur*, núm. 118, pp. 23-35.
- NUSSBAUM, M. (2012), *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Herder, Barcelona.
- PREBISCH, R. (1949), *El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas*, CEPAL, Santiago de Chile.
- RIECHMANN, J. (1995), "Desarrollo Sostenible. La lucha por la interpretación". En: RIECHMANN J. et al., *De la economía a la ecología*, Madrid, Trotta, pp. 11-36.
- ROSTOW, W. (1961), *Las etapas del crecimiento económico*, Fondo de Cultura Económica, México.
- SANAHUJA, J. A. (2011), "Entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio la cooperación sur-sur: actores políticos de la agenda al desarrollo en América Latina el Caribe", *Pensamiento Iberoamericano*, núm. 8, pp. 195-222.
- SANAHUJA, J. A. (2014), "De los Objetivos del Milenio al desarrollo sostenible: Naciones Unidas y las metas globales post-2015". En MESA, M. (coord.), *Focos de tensión, cambio geopolítico y agenda global. Anuario 2014-2015*, Fundación Cultura de Paz-Ceipaz, pp. 49-84.
- SANAHUJA, J. A. TEZANOS, S. (2016), "Del Milenio a la sostenibilidad: en ruta hacia la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible", *Temas para el debate*, núm. 254, pp. 16-18.
- SEN, A. (1998), *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós Ibérica, Barcelona.
- SEN, A. (2000), *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona.
- SOTILLO, J. Á. (2015), "Desarrollo Derechos Humanos: la implementación del derecho al desarrollo en el marco de la cooperación internacional y el Enfoque Basado en Derechos Humanos", *E-DHC, Quaderns Electrònics sobre el Desenvolupament Humà i la Cooperació*, núm. 5, pp. 12-28.
- UNCETA, K. (2013), "Decrecimiento Buen Vivir. ¿Paradigmas convergentes? Debates sobre el Postdesarrollo en Europa América Latina", *Revista de Economía Mundial*, núm. 35, pp. 21-45.
- UNCETA, K. IBARRA, P. (2001), "Presentación". En: UNCETA, K. IBARRA, P. *Ensayos sobre el desarrollo humano*, Icaria, Barcelona.
- XALMA, C. (2013), "El renacimiento auge de la Cooperación Sur-Sur: La experiencia iberoamericana", *Revista Integración y Comercio (Integration and Trade Journal)*, núm. 36 (17), pp. 29-42.

Elusión fiscal (regulación en la Unión Europea)

Tax avoidance (European Union regulation)

Rafael Sanz Gómez*
 Universidad de Sevilla
rsanz@us.es

Recibido / received: 15/07/2017
 Aceptado / accepted: 28/07/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3821>

Resumen

La elusión fiscal se define como la articulación de estrategias de minimización del pago de tributos que son conformes con la literalidad de la normativa pero no con una interpretación sistemática o teleológica, y ante las cuales el sistema tributario reacciona para, como mínimo, anular el beneficio fiscal obtenido. En el ámbito de la Unión Europea, el concepto de elusión – como todo lo tributario– se analiza desde la perspectiva de la promoción de un mercado interior en condiciones de libre competencia. La postura de las instituciones de la Unión ha variado, pasando de favorecer ante todo la libre circulación de bienes, capitales, servicios y trabajadores, permitiendo la aplicación de las medidas anti-elusión estatales sólo con carácter excepcional, a considerar que la elusión daña las condiciones de libre competencia empresarial y es necesaria una acción positiva y coordinada, cuyo exponente más elaborado es la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Palabras clave

Elusión fiscal, Unión Europea, abuso del derecho tributario, planificación fiscal agresiva, mercado interior, BEPS, armonización.

Abstract

Tax avoidance is defined as the implementation of strategies of minimization of the tax burden that are in accordance with the literal wording of the regulations but not with their systematic or teleological interpretation. The tax system reacts to tax avoidance by, at least, suppressing the benefit obtained by the taxpayer. Within the European Union, the concept of tax avoidance –like everything regarding tax matters– is analysed from the perspective of the promotion of an internal market under conditions of free competition. The stand taken by the Union institutions has shifted from promoting free movement of goods, capital, services, and labour while allowing the application of State anti-avoidance measures only on an exceptional basis, to consider that tax avoidance damages the conditions of free competition and positive

* Profesor Ayudante Doctor, Universidad de Sevilla.

El autor agradece los comentarios y sugerencias de las dos personas anónimas que han realizado la revisión del trabajo original. Todo error o inexactitud es achacable exclusivamente al autor.

and coordinated action is necessary. Here, a milestone has been the enactment of the Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.

Keywords

Tax avoidance, European Union, tax abuse, aggressive tax planning, internal market, BEPS, harmonization.

SUMARIO. 1. Introducción. La elusión fiscal como “zona gris”. 2. La elusión fiscal como límite –excepcional– a las libertades de circulación. 3. La elusión fiscal como fenómeno distorsionador de las condiciones de libre competencia en el mercado interior. 4. A modo de conclusión.

1. Introducción. La elusión fiscal como “zona gris”

El término “elusión fiscal” se refiere al uso de estrategias de minimización del pago de tributos mediante mecanismos que, aunque no infringen de manera abierta la normativa, sí reciben un reproche del ordenamiento jurídico, como mínimo la anulación del ahorro fiscal obtenido. La Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo ha definido la elusión como “una utilización *legal pero indebida* del régimen tributario para reducir o evitar responsabilidades fiscales”¹. Es tradicional diferenciar entre fraude o evasión fiscal (reducción o evitación del pago mediante una violación abierta de la norma), elusión fiscal (que, como vemos, pertenece a una “zona gris” en cuanto a su conformidad con el ordenamiento jurídico) y planificación fiscal legítima o economía de opción (supuestos admisibles de reducción de la deuda tributaria). El ordenamiento reacciona ante la elusión porque considera que las operaciones realizadas son contrarias al espíritu o finalidad de las normas o porque existe una discrepancia entre la forma de las operaciones realizadas y su realidad económica. En el ámbito internacional, la elusión suele implicar el aprovechamiento indebido de las diferencias de tributación derivadas de los beneficios fiscales previstos por otros Estados, lo cual sólo puede solventarse con mayor coordinación entre jurisdicciones y la erradicación de prácticas de competencia fiscal perniciosa (Lucas Durán, 2014, p. 616; García Novoa, 2015, p. 38).

Pistone (2016) afirma que “el fenómeno de la elusión fiscal se concreta en función de diversos matices, según sea la técnica utilizada por cada ordenamiento para determinar los límites dentro de los que se toleran los fenómenos de ahorro fiscal”. Los instrumentos con que se combate la elusión, puesto que determinan qué manifestaciones de planificación fiscal son aceptables (economía de opción) y cuáles no lo son (elusión fiscal), terminan de definir esta última. Pueden diferenciarse dos grandes grupos de instrumentos anti-elusión: las cláusulas específicas, que son normas que se dirigen a supuestos concretos, ante los que establecen hechos imponibles complementarios, presunciones o auténticas ficciones legales; y las cláusulas generales, potencialmente aplicables a cualquier supuesto, siempre y cuando se cumpla un presupuesto de hecho formulado en términos amplios.

Para entender el tratamiento de la elusión en el Derecho de la Unión debemos partir del hecho de que la Unión Europea tiene unas competencias

¹ Informe de 03-05-2013 sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales (2013/2060(INI)).

limitadas en el ámbito tributario. Tales competencias responden siempre a razones extrafiscales (Casado Ollero, 1985, p. 347), fundamentalmente la creación de un espacio sin fronteras interiores para la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales. En el ámbito de la imposición indirecta, el art. 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) permite al Consejo, por unanimidad, a iniciativa de la Comisión y previa consulta no vinculante al Parlamento Europeo, adoptar disposiciones de armonización de las legislaciones estatales “en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia”. En relación a la imposición directa, el art. 115 TFUE permite adoptar disposiciones de armonización por un procedimiento equivalente y con la misma subordinación a las necesidades del mercado interior y la libre competencia. Por lo demás, y ante las dificultades tradicionales para obtener la unanimidad requerida por los arts. 114 y 115 TFUE, durante mucho tiempo los vectores de cambio de los sistemas tributarios de los Estados miembros han sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE), quien ha aplicado las libertades de circulación de los Tratados para suprimir medidas restrictivas o discriminatorias, y el régimen de ayudas de Estado (arts. 107 a 109 TFUE), que la Comisión ha empleado para suprimir los beneficios fiscales selectivos que, al apoyar a empresas residentes, distorsionasen la competencia.

El concepto de “elusión fiscal” y su tratamiento en la UE ha ido modificándose a medida que se reconfiguraba la relación entre prácticas elusivas y competencia empresarial. Se alcanza un punto de inflexión al consolidarse la idea de que es necesario actuar frente a las actuaciones elusivas para garantizar la igualdad de condiciones entre empresas: las empresas que eluden resultan más competitivas que las que cumplen si no hay una reacción de los poderes públicos; además, las empresas transnacionales tienen acceso a mecanismos de elusión fiscal fuera del alcance de las pymes.

A nivel estrictamente terminológico, cabe señalar algunas cuestiones preliminares. Puesto que los conceptos empleados en cada Estado para describir la elusión eran (y en parte siguen siendo, pese a cierta aproximación) distintos, y lo mismo sucede con los instrumentos empleados para combatirla, todavía hoy la doctrina advierte que se usan términos diferentes como si fueran sinónimos, sin serlo (Cordewener, 2017, p. 61). En el caso del castellano, se da además la circunstancia de que en la normativa de la Unión y en la jurisprudencia del TJUE se ha venido usando erróneamente el término “fraude” donde debía emplearse “elusión” (probablemente por influencia del francés, donde “*évasion*” no significa evasión, sino elusión).

2. La elusión fiscal como límite –excepcional– a las libertades de circulación

Las principales directivas en materia tributaria que se han dictado contienen disposiciones que habilitan a los Estados miembros a no aplicar el régimen correspondiente cuando sea necesario para prevenir la elusión o la evasión fiscal. Así se señalaba en la Sexta Directiva sobre IVA², de 1977, y se mantiene en la Directiva 2006/112/CE vigente³; también en las distintas versiones de la Directiva

² Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17-05-1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme.

³ Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28-11-2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

sobre operaciones de reorganización societaria⁴ y la Directiva matriz-filial⁵; y en la Directiva sobre intereses y cánones⁶. La incorporación del término “elusión” a estas directivas lo convierte en un concepto de Derecho de la Unión, cuya definición queda fuera del alcance de los Estados miembros y corresponde al TJUE⁷. Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal, los beneficios reconocidos en la normativa de la Unión sólo pueden denegarse en supuestos excepcionales, por lo que los términos de las cláusulas habilitantes de las Directivas deben ser objeto de interpretación estricta.

En ámbitos no armonizados, el TJUE también limitó las condiciones bajo las cuales los Estados podían mantener cláusulas específicas anti-elusión. Las primeras sentencias no excluyeron de raíz la posibilidad de establecer estas cláusulas, pero deberían estar justificadas por razones imperiosas de interés general y ser proporcionadas⁸. Las razones de interés general admitidas por el Tribunal son, fundamentalmente, dos: el reparto equilibrado de la potestad impositiva y, sobre todo, la prevención de conductas abusivas.

En ámbitos no armonizados, el concepto de abuso se construye sobre la noción de “montajes puramente artificiales”, que aparece por primera vez en la sentencia *Imperial Chemical Industries*⁹. Este término procede de una interpretación teleológica de las libertades fundamentales y determina cuándo un particular no queda bajo la protección de la libertad fundamental invocada porque en realidad no estaría realizando una actividad económica sustancial. Así, la lucha contra la elusión fiscal se presenta como una cuestión secundaria, permisible en la medida en que las libertades fundamentales de los Tratados de la UE (que tienen primacía sobre el Derecho estatal) no puedan invocarse con éxito por los particulares. Un montaje puramente artificial, en el ámbito del derecho de establecimiento, describe una entidad que no cumple con unos criterios mínimos de implantación en el Estado en que opera, de medios personales y materiales disponibles, de funciones atribuidas y de adición de valor a la cadena productiva. Las sentencias *Cadbury Schweppes*¹⁰ o *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*¹¹ consolidaron este concepto y fueron marcando un desplazamiento de la jurisprudencia del Tribunal hacia posiciones más favorables al interés fiscal de los Estados (Ruiz Almendral, 2013, p. 157). Todas las sentencias citadas hacen referencia a la libertad de establecimiento, en torno a la cual se construye esta noción, aunque se traslada luego a las demás libertades. En general, una estructura (entidad, operación, contrato) constituirá un

⁴ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23-07-1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros; actualmente, la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19-10-2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁵ Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23-07-1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes; actualmente, la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30-11-2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (refundición).

⁶ Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 03-06-2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

⁷ Sentencia de 12-07-1988, *Direct Cosmetics y Laughtons Photographs*, 138/86 y 139/86, ECLI:EU:C:1988:383, ap. 20. El apartado citado refleja el error de traducción que señalamos en el epígrafe introductorio de este trabajo, al hablar de “evasión” (en inglés se usa “avoidance”).

⁸ Sentencia de 12-12-2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749.

⁹ Sentencia de 16-07-1998, *Imperial Chemical Industries*, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370.

¹⁰ Sentencia de 12-09-2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

¹¹ Sentencia de 13-03-2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161.

“montaje puramente artificial” cuando, sobre la base de criterios objetivos, pueda determinarse que no es expresión de un ejercicio real o sustancial de la libertad invocada.

Según el TJUE, las cláusulas anti-elusión estatales deben afectar exclusivamente a montajes puramente artificiales. Los Estados pueden establecer criterios que sirvan como indicios de conducta abusiva, pero se debe siempre reconocer al particular la opción de demostrar que la actividad realizada tiene un sustrato económico real. La consecuencia de la aplicación de estas cláusulas suele ser la recalificación de las operaciones realizadas a la luz de los negocios que se emplearían habitualmente para obtener el resultado efectivamente alcanzado.

En las materias armonizadas, la jurisprudencia del Tribunal se basa en la sentencia *Emsland-Stärke*¹², dictada en relación con una cuestión aduanera y que a su vez toma como referencia el Reglamento (CE, Euratom) núm. 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Pasa al ámbito del IVA a través de sentencias como *Halifax*¹³ o *Part Service*¹⁴. A la luz de esta jurisprudencia, se considerará abusiva la invocación formal de una norma para obtener una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tal norma cuando, además, se observe que el objetivo esencial de las operaciones consista en obtener una ventaja fiscal (ponderando la relevancia de dicha finalidad con la existencia de una lógica económica en la operación). Cabe destacar que, al ser el IVA un recurso propio de la Unión Europea, el TJUE ha declarado que combatir la elusión de este impuesto es un deber de los Estados.

Las dos líneas jurisprudenciales se han ido aproximando, con referencias cruzadas entre ellas; dando lugar, para parte de la doctrina, a un principio anti-abuso único (Martín Jiménez, 2012, pp. 278-280; Sanz Gómez, 2012, pp. 226-235) que se aplica tanto en los ámbitos armonizados como en los no armonizados. El principio de abuso constituye un límite intrínseco de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión. Se define sobre la base de dos elementos, ambos de carácter objetivo: el ejercicio de un derecho o la aplicación de una norma de forma contraria a su finalidad y la organización de actividades u operaciones de modo que la consecución de un ahorro fiscal prevalezca sobre las lógicas económicas.

La interrelación entre elusión fiscal y abuso es tan grande que parte de la doctrina afirma que ambos términos pueden considerarse sinónimos. Por ejemplo, para Zalasiński (2008, p. 160), hacen referencia al mismo tipo de comportamiento de los contribuyentes y pueden contemplar las mismas situaciones fácticas. Cordewener (2017, p. 61) señala que pueden ser conceptos equivalentes o que guarden una relación de género y especie. Si nos remitimos a su uso estricto en el ámbito de la Unión Europea, el concepto de abuso parece ser más limitado puesto que, junto al principio anti-abuso, el ordenamiento de la Unión Europea ha admitido la lucha contra la elusión con el objetivo de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre Estados. Este “reparto equilibrado”, además de una razón de interés general que puede justificar una medida estatal discriminatoria o restrictiva (Ruiz Almendral, 2013), es una idea consustancial a la aprobación de Directivas en materia tributaria o convenios contra la doble imposición entre Estados; y, como veremos en el apartado siguiente, es el criterio en que se basan algunas de las medidas de la Directiva anti-elusión de 2016.

¹² Sentencia de 14-12-2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

¹³ Sentencia de 21-02-2006, *Halifax* y otros, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121.

¹⁴ Sentencia de 21-02-2008, *Part Service*, C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108.

3. La elusión fiscal como fenómeno distorsionador de las condiciones de libre competencia en el mercado interior

La preocupación de las instituciones de la Unión Europea por prevenir la elusión y la evasión en el mercado interior mereció, en un primer momento, la calificación de “tímida” (Lucas Durán, 2014, p. 624). A partir de 2012 sí se observa un cambio de tendencia, con el lanzamiento de un Plan de Acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal¹⁵. Se ha afirmado que el precedente más inmediato de esta política es, precisamente, la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de abuso (García Novoa, 2015, p. 44) que hemos analizado. El Plan es inseparable del Proyecto BEPS de la OCDE: “BEPS” es el acrónimo en inglés para *Base Erosion and Profit Shifting*, y hace referencia a la erosión de bases imponibles y al traslado de beneficios que consiguen las empresas transnacionales aprovechando lagunas o desajustes entre distintos sistemas impositivos estatales. En gran medida, es fruto de la discordancia entre los modos de producción global propios de las empresas transnacionales y un sistema tributario internacional basado en los convenios bilaterales contra la doble imposición¹⁶.

Aunque el concepto de “elusión” no estaba presente en el documento que describía el Plan de Acción de la Comisión, sí se hacía referencia a la “planificación fiscal agresiva” que, según la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), equivale a una de las definiciones de elusión que venimos manejando: “mecanismos que, pese a ser estrictamente legales, son contrarios al espíritu de la ley”.

Sin embargo, la aparición del concepto “planificación fiscal agresiva” dificulta más aún la tarea de definir con claridad la elusión fiscal. Aquel concepto se encontraba ya en el Estudio sobre intermediarios fiscales de la OCDE de 2008, para hacer referencia a decisiones de planificación fiscal difícilmente defendibles ante un Tribunal. Posteriormente ha ido evolucionando, en el ámbito de la OCDE, para hacerse eco de las líneas del proyecto BEPS. Así, el concepto de planificación fiscal agresiva se aproxima al de elusión mediante operaciones que aprovechan las asimetrías entre ordenamientos tributarios estatales para desplazar artificiosamente los beneficios a jurisdicciones con una baja o nula presión fiscal, algo en la órbita de lo que para parte de la doctrina es la elusión fiscal en el ámbito internacional. Según Pistone (2016, p. 130), existe cierto solapamiento entre los conceptos y “la línea de separación [...] está rodeada de un áurea de incertidumbre”. Cordewener (2017, p. 61) afirma que el término de planificación fiscal agresiva es tan amplio que puede abarcar tanto la evasión como la elusión fiscal, aunque en la práctica muchas veces equivale a abuso. Por último, otros autores –es la línea que consideramos más acertada– afirman que el concepto de “planificación fiscal agresiva” pertenece al ámbito del *soft law* y se refiere no a la legalidad de la planificación fiscal sino a su legitimidad (Panayi, 2015).

Dentro de la estrategia contra la elusión fiscal que la Unión Europea despliega desde 2012 se observa también un uso más intenso del régimen de ayudas de Estado. Existe un vínculo relevante entre la competencia fiscal perniciosa (de la que las ayudas de Estado pueden ser una manifestación) y la elusión fiscal, en la medida en que la primera crea oportunidades para la segunda. La Comisión ha

¹⁵ Comunicación de la Comisión COM(2012) 722 final, de 06-12-2012.

¹⁶ La OCDE publicó un informe preliminar en febrero de 2013 y un Plan de Acción en julio de 2013. El Plan de Acción se divide en quince acciones específicas que se han ido elaborando entre 2013 y 2015.

impulsado un proceso de modernización del régimen de ayudas de Estado¹⁷, que incluyó una reforma de los cauces procedimentales¹⁸ y nuevas directrices para definir el concepto de ayuda¹⁹.

Finalmente, la reacción más específica de la Comisión ante el fenómeno BEPS parte de lo establecido en la Comunicación COM(2015) 302 final, de 17 de junio de 2015, al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada “Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”. Su desarrollo, en la lucha contra la planificación fiscal agresiva, se concretó en el llamado paquete anti-elusión fiscal (“*Anti Tax Avoidance Package*”), que contenía la propuesta de Directiva que luego sería aprobada como Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior; y que ha sido modificada por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países.

La Directiva (UE) 2016/1164 es una norma con un significado complejo. En su preámbulo se define como una reacción ante las necesidades puestas de manifiesto por el proyecto BEPS; pero hay voces críticas que señalan que es una iniciativa contraria al espíritu de multilateralismo que inspira BEPS y que contiene elementos no previstos en dicho proyecto, como un impuesto de salida o una cláusula general anti-abuso (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2017, p. 50). La Directiva también apela a la necesidad de “evitar la fragmentación del mercado y poner fin al falseamiento del mercado y a las asimetrías existentes en la actualidad”. Detectamos de nuevo la idea de que la elusión fiscal tiene un impacto negativo sobre la libre competencia, hasta el punto que “un nivel mínimo de protección frente a las prácticas de elusión fiscal en los sistemas nacionales del impuesto sobre sociedades en toda la Unión” implica también “establecer un nivel mínimo común de protección del mercado interior en sectores específicos”²⁰.

La Directiva contiene una norma relativa a la limitación de deducibilidad de los intereses intragrupo, un impuesto de salida, una cláusula general anti-abuso, una norma sobre sociedades extranjeras controladas y una serie de reglas sobre asimetrías híbridas. Aunque no podemos analizarlas en detalle por falta de espacio, sí nos permiten confirmar que la UE combate la elusión a través del principio anti-abuso y de criterios de reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Todas las disposiciones aprobadas se sustentan en una u otra justificación, e incluso encontramos diferentes posturas doctrinales sobre el fundamento de alguna de las cláusulas. La Directiva sólo afecta a las conductas elusivas que se produzcan en el ámbito de los impuestos sobre sociedades y convierte el combate a la elusión en un deber de los Estados, no un derecho como hasta entonces²¹.

La relación entre la Directiva anti-elusión y la doctrina del TJUE que desarrolla las libertades de circulación y el abuso de las mismas es compleja y no cabe descartar que se declare alguna violación de los Tratados por parte del legislador de la Unión. A título de ejemplo, hay autores (Os, 2016; Dourado, 2017)

¹⁷ Comunicación de la Comisión COM (2012) 209 final, de 08-05-2012. Modernización de las ayudas estatales en la UE.

¹⁸ Reglamento (UE) núm. 734/2013 del Consejo, de 22-07-2013, que modifica el Reglamento (CE) núm. 659/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE.

¹⁹ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01).

²⁰ Todos los fragmentos entrecomillados son del preámbulo de la Directiva.

²¹ Si era ya un deber de los Estados combatir la elusión en el ámbito del IVA.

que han apuntado que la norma relativa a la limitación de intereses de la Directiva puede constituir una restricción desproporcionada de las libertades fundamentales. En ámbitos donde la armonización es limitada y deja un evidente margen de discrecionalidad para los Estados, la Directiva se interpretará de acuerdo con los Tratados y el TJUE analizará en la práctica si la legislación nacional es conforme con las libertades de circulación²². No está tan claro, sin embargo, el grado de discrecionalidad de que dispone el Consejo cuando dicta Directivas que contienen reglas muy detalladas, como es el caso; aunque lo cierto es que es muy raro que la normativa derivada se declare contraria a los Tratados (Caro de Sousa, 2015, p. 119). Parece que el legislador puede tener en consideración cuestiones (por ejemplo, razones presupuestarias) que el TJUE ha rechazado de manera sistemática como justificación para que un Estado, unilateralmente, limite las libertades fundamentales. También se ha afirmado que el principio de proporcionalidad se aplica menos estrictamente sobre actos de instituciones de la UE (Caro de Sousa, 2015, p. 48). Os (2016, p. 196) resume el estado de la cuestión afirmando que el alcance de la discrecionalidad del legislador de la Unión es una problemática que “ha sido planteada, pero no resuelta” por la doctrina. Por razones de extensión, tampoco se podrá analizar con mayor profundidad en este trabajo.

4. A modo de conclusión

El concepto de elusión fiscal en el Derecho de la Unión Europea se construye a través de un diálogo entre los agentes del sistema jurídico (Estados, Comisión Europea, Consejo, Tribunal de Justicia, particulares) y puede extraerse de un análisis de dicho diálogo. La elusión fiscal se refiere, con carácter general, a aquellas operaciones o actividades tendentes a reducir el pago de tributos y que, aunque respetan la literalidad de la normativa aplicable, no son respetuosas con el ordenamiento jurídico interpretado desde una perspectiva sistémica y con base en criterios teleológicos. Hemos concretado esta definición a través del análisis de la aceptación o rechazo de las cláusulas anti-elusión estatales por parte del TJUE y de las normas contra la elusión fiscal creadas en el ámbito de la propia Unión.

A medida que se reajustaban los intereses en juego, la postura de las instituciones de la UE ha ido variando desde una promoción preferente de las libertades de circulación en el mercado interior hacia una constatación de que las condiciones de libre competencia se ponen en riesgo si no hay una acción decidida contra la elusión fiscal. Ello se pone de manifiesto en un cambio de tendencia en la doctrina del TJUE desde 2005, en mayores esfuerzos de coordinación por parte de la Comisión y un avance sin precedentes en la producción normativa anti-elusión, cuyo elemento más destacado es la Directiva (UE) 2016/1164.

De la doctrina del Tribunal y del contenido de la Directiva (UE) 2016/1164 se extrae que existen fundamentalmente dos razones que justifican la aplicación de medidas anti-elusión: la prohibición de abuso y la defensa de la integridad del sistema tributario. La doctrina ha afirmado que algunos de los preceptos de la Directiva podrían ser contrarios a los Tratados por establecer restricciones desproporcionadas a la libertad de establecimiento. Para determinar si es así, será necesario aclarar previamente dos cuestiones que no se han resuelto satisfactoriamente aún y que están estrechamente relacionadas: cuál es la relación entre el Derecho originario y el derivado, y cuál es el margen de discrecionalidad de que dispone el Consejo en el ejercicio de su función legislativa frente a las libertades de circulación.

²² Sentencia de 18-09-2003, Bosal, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479.

Bibliografía

- CALDERÓN CARRERO, J. M., y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2017), “La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 407, pp. 5-56.
- CARO DE SOUSA, P. (2015), *The European Fundamental Freedoms. A Contextual Approach*. Oxford University Press, Oxford.
- CASADO OLLERO, G. (1985), “Extrafiscalidad e incentivos fiscales a la inversión en la Comunidad Económica Europea”, *Hacienda Pública Española*, núm. 96, pp. 333-372.
- CORDEWENER, A. (2017), “Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?”, *EC Tax Review*, núm. 2, pp. 60-66.
- DOURADO, A. P. (2017), “The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle”, *EC Tax Review*, núm. 3, pp. 112-121.
- DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A. (2007), *Los Motivos Económicos Válidos como Técnica Contra la Elusión Fiscal: Economía de Opción, Autonomía de Voluntad y Causa en los Negocios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- GARCÍA NOVOA, C. (2015), “Harmonización e loita contra a elusión tributaria na Unión Europea”, *Administración & cidadanía. Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 10, núm. 1, pp. 35-64.
- LUCAS DURÁN, M. (2014), “Coordinación en el seno de la Unión Europea para luchar contra el fraude y elusión fiscales. Viejas y nuevas medidas”. En: ADAME MARTÍNEZ, F. J. y RAMOS PRIETO, J., *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 615-643.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012), “Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, núm. 4/5, pp. 270-292.
- OS, P. (2016), “Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality”. *EC Tax Review*, núm. 4, pp. 184-198.
- PANAYI, C. H. (2015), “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?”, *Intertax*, vol. 43, núm. 10, pp. 544-558
- PISTONE, P. (2016), “La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del derecho tributario global”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 170, pp. 109-151.
- RUIZ ALMENDRAL, V. (2013), “Tax Avoidance, the ‘Balanced Allocation of Taxing Powers’ and the Arm’s Length Standard: An Odd Threesome in Need of Clarification”. En: RICHELLE, I., SCHÖN, W., y TRAVERSA, E., *Allocating Taxing Powers within the European Union. MPI Studies in Tax Law and Public Finance*, vol. 2, Heidelberg, Springer, pp. 131-170.
- SANZ GÓMEZ, R. (2012), *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- ZALASIŃSKY, A. (2008), “Some Basic Aspects of the Concept of Abuse in the Tax Case Law of the European Court of Justice”. *Intertax*, vol. 36, núm. 4, pp. 156-167.

Privatización (de la administración) Privatization (of the administration)

Lucylea Gonçalves França
 Universidad Federal do Maranhão
lucyfranca03@hotmail.com

Recibido / received: 27/11/2016
 Aceptado / accepted: 02/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3822>

Resumen

Este artículo examina los recientes cambios en la actividad administrativa de los países cuyos mercados de servicios públicos han sido liberalizados en el nuevo marco de influencia neoliberal. Con la aparición de funciones públicas asociadas a la creciente extensión de las actividades económicas, los nuevos reglamentos se evaden de las exigencias tradicionales del régimen jurídico administrativo. La evolución del Estado social ha impulsado, también, una actividad administrativa global dirigida hacia los mercados liberalizados, que es responsable de difundirlos en nuevos entornos tras los procesos de privatización de servicios de interés general. En ese sentido, esa uniformización de normativas del Estado administrativo inicia la aplicación de métodos desarrollados para permitir el ejercicio eficaz de las prestaciones sociales y el derecho al acceso a la información al usuario. ¿Es posible y eficaz esa unificación para la mejora de los servicios de interés general? Esas prestaciones obtienen el reconocimiento de la responsabilidad estatal compleja en la medida en que exige averiguar el nivel de compromiso con el ciudadano, usuario de las prestaciones sociales. Ese análisis muestra la importancia de indagar cómo actúa el Estado de Brasil a la hora de evaluar los diferentes instrumentos jurídicos y materiales de la nueva administración pública global.

Palabras clave

Derechos sociales, Regulación de servicios privatizados, Control Público.

Abstract

This article analyses the recent changes in the administrative activity of countries whose public service markets have been liberalized under the new neoliberal framework. With the emergence of public functions associated with the increasing extension of economic activities, the new regulations evade the traditional requirements of the administrative legal regime. The evolution of the social state has also promoted a global administrative activity directed towards the liberalized markets, which is responsible for diffusing them into new environments after the processes of privatization of services of general interest. In this sense, this standardization of administrative state regulations starts the application of methods developed to allow the effective exercise of social benefits and the users' right to access to information. Is it that unification possible and effective so as to improve the services of general economic interest? These benefits obtain the recognition of the complex state responsibility as far as it demands to ascertain the level of commitment to the citizens, who are users of the social benefits. This analysis shows the importance of investigating how the Republic of Brazil acts to assess the different legal and material instruments of the new global public administrations.

Keywords

Social rights, Regulation of privatized service, Public Control.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. El contexto de los derechos sociales en la nueva administración pública operada en los mercados liberalizados: retos y contradicciones. 3. ¿El control de los mercados liberalizados desde la perspectiva del Derecho administrativo global es posible? 4. A modo de conclusiones.

1. Introducción

Este trabajo pretende analizar de qué modo el nuevo modelo de Administración pública, dirigida a la regulación de los servicios de interés general, satisface y acompaña la consolidación del Estado de derecho y en qué medida muestra la nueva configuración de las prestaciones de los derechos sociales en el proceso progresivo de mercantilización de sectores económicos privatizados.

El incremento de las demandas sociales de los últimos cincuenta años ha marcado el rumbo del Estado occidental en su búsqueda de nuevas formas e instrumentos de intervención en la economía. La tendencia en el inicio del siglo XXI es de casi total desplazamiento de los sistemas jurídicos hacia la naturaleza privada de las prestaciones, siguiendo las condiciones fijadas por el modelo neoliberal y el capitalismo más desarrollado. Dentro de la disciplina jurídica, el Derecho Administrativo, las nuevas tecnologías y la expansión de la economía global juegan un papel fundamental hacia una gobernanza global.

En muchos países, ese influjo estuvo asociado a la reforma de la legislación administrativa de las nuevas constituciones democráticas de finales de los años 80. La dogmática de los derechos fundamentales introducida en los sistemas constitucionales, incluyendo Brasil, ha tenido como consecuencia para la Administración pública la asunción de cambios de ordenación, condicionando incluso una nueva constitucionalización¹ de los servicios públicos, concretizando el proyecto liberal en la liberalización de los mercados de estos servicios.

La separación clásica entre el Estado, el mercado y la sociedad ya no satisfacía a los intereses neoliberales y del capitalismo global de principios del siglo XXI, lo que supuso el inicio de la pérdida del protagonismo de las empresas públicas² como elemento esencial de vinculación entre el interés estatal y las prestaciones sociales. El Estado empresario deja de ser hegemónico, es decir, de estar fuera de los mercados y tener privilegios orientados al monopolio, lo que ha dado paso a nuevos instrumentos de intervención que ya no encajan en la estructura de la disciplina jurídica más tradicional del derecho administrativo.

En los sectores de la economía en que intervenían, los órganos y empresas estatales gestoras de servicios públicos han tenido históricamente reconocidas posiciones de privilegio. El nuevo régimen administrativo aplicable a los mercados liberalizados no significó una progresiva evolución de los derechos sociales, ajustándose técnicamente a los nuevos patrones de la economía de mercado.

¹ Las reformas constitucionales en Brasil, tras los cambios de los artículos 173 y 174 de la Constitución Federal de 1988, crearon las bases para el desarrollo del proceso de privatización de los sectores de energía y telecomunicaciones, con la liberalización de servicios públicos antes operados por empresas públicas que tenían monopolios estatales. En ese sentido, el neoliberalismo fue asimilado por un sistema Constitucional adaptado a ese nuevo modelo a través de cambios constitucionales realizados a partir de 1998, en el gobierno del Presidente Fernando Henrique Cardoso.

² Sobre la actuación de las empresas públicas en el modelo económico de los Estados democráticos de derecho, véase Martín-Retortillo (1991) y Muñoz Machado (1998).

Aunque el modelo haya sido básicamente el norteamericano, hay notoria influencia europea y del “*welfare estate*” en ciertos sistemas que pasaran a ofrecer más resistencia al pensamiento administrativo y constitucional que otros. La especialización de la función reguladora dependió de la reacción del liderazgo más liberal en los distintos países latinoamericanos y fue ordenada de modo poco sistemático en la mayoría de ellos. El papel que juega cada país ha sido distinto, generando efectos secundarios de descontrol en la conducta administrativa y en el uso de los instrumentos normativos y ejecutivos de regulación.

En Brasil, la experiencia vigente acompañó a la tradición de la doctrina de los servicios públicos, por lo que sigue teniendo importancia crucial en la explicación de las decisiones económicas y sociales desde el modelo de Administración pública y desde la perspectiva de la libertad empresarial. Allí, la ausencia de mecanismos de regulación eficientes dificultó que operase la plena competencia, luego la noción de control del mercado es casi estática y estereotipada.

Los gobiernos, desde el inicio del proceso de privatización hasta hoy y más allá de las diferencias estructurales existentes, no están abiertos a romper posiciones económicas privilegiadas y se resisten a sustituir los monopolios de infraestructuras por la aparición de la plena competencia. En ese sentido, Brasil persiguió el modelo de regulación tradicional pero impuesta desde otros modelos distintos, dirigidos a la exclusividad, la preservación del monopolio y al no control en la mayoría de los servicios liberalizados. Ese ambiente se traslada al regulador, una figura estatal sin prestigio y con poca eficiencia, que no se adecua a la lógica de la libre competencia, sino a las garantías de los intereses y privilegios políticos, con reservas de prerrogativas que fomentan, además, la consolidación de los órganos de regulación dependientes y condicionados por los sectores que supervisan.

Esa conjunción anormal también contradice la visión de que existe una regulación linear y homogénea en los países con la misma línea de nueva regulación. El mantenimiento de ciertas reservas marcó de modo definitivo ese proceso marcado por las imprecisiones regulatorias y la continuidad de imposiciones de algunos privilegios estatales, antes destinados a las empresas públicas y ahora a la consolidación de un proceso económico que todavía no alcanzó la privatización y liberalización completa de los mercados.

2. El contexto de los derechos sociales en la nueva administración pública operada en los mercados liberalizados: retos y contradicciones

Los derechos sociales, como acciones que nacen de las necesidades de los individuos, pasan a estar vinculados a los mercados y operan dentro del marco de la incapacidad de la persona para la obtención de bienes o servicios necesarios para su existencia. Esta es la posición de Lema (2010, p. 181)³, que afirma que la universalidad de los derechos sociales debe ir más allá del conjunto de las prestaciones dirigidas hacia los que, de hecho, las necesitan.

Las perspectivas de las administraciones públicas han cambiado; se mueven en la gran encrucijada posmoderna, es decir, es más adecuado afirmar que siguen con el fin de hacer frente a la siempre creciente extensión y complejidad de los mercados y la casi total incapacidad pública para mantener, de modo eficaz, las tareas administrativas históricas del modelo de Estado social tradicional.

³ En ese sentido, para Kotzur, la universalidad no es en sí estática, sino un proceso continuado y progresivo (2012) p. 229.

La mercantilización de los servicios públicos se alinea con el discurso del permanente estado de crisis fiscal del Estado social para justificar las políticas neoliberales. Además, está presente la influencia de los grupos de presión dentro del Estado, incluyendo el freno de las políticas de control y regulación, así como el uso de cambios legislativos y constitucionales. En ese contexto, los sistemas jurídicos dibujaron un perfil más privado y desregulado, dirigido a las empresas globales que operan en los mercados de los servicios sociales.

En resumen, son los intereses corporativos, las crisis económicas y el endeudamiento público, los límites reales al discurso de rechazo al Estado de regulación, por lo tanto, existe la huida de muchos países de las políticas de bienestar social.

Las reformas más relevantes en el Derecho Administrativo del siglo XXI refuerzan la *vis a vis* del contenido privado de ciertas actividades estatales y de los servicios públicos más típicos. En ese largo recorrido, las constituciones han mantenido el núcleo duro de las prestaciones bajo la protección de los derechos sociales, pese a que se ha abandonado la planificación por parte de las Administraciones Públicas abandonaran la planificación, dando paso a la emergencia de un perfil de liberalización y de regulación, a veces, muy poco eficiente.

En ese sentido, independientemente del éxito regulatorio real, la función estatal tendría que ocupar un papel secundario, coadyuvante y equidistante de los mercados pero todavía imprescindible, porque compete a las administraciones públicas ser responsable por mantener la sobrevivencia de los derechos sociales. Ampararse bajo la influencia de los mercados sin estar dirigido por él es el objetivo del nuevo régimen jurídico, aunque pocos sistemas han logrado consolidar las bases de esas ordenaciones revitalizadas. Desde luego en Brasil, esa es la vuelta de tuerca que se espera en las bases del régimen de derecho público, aun no logrado en nuestros días.

Sin embargo, tampoco han cambiado tanto los objetivos de la Administración pública en su historia más reciente. Mientras la función regulatoria, normativa y ejecutiva del Estado surgió de la incorporación de empresas privadas al servicio del desarrollo de las actividades de utilidad pública a finales del siglo XX, tales fenómenos, todavía se asocian al mismo modelo de legitimación administrativa tradicional defendida desde Duguit (2007)⁴, es decir, entre los siglos XIX y XX, cuando los organismos y empresas gestoras de actividades económicas estaban reconocidos y gozaban de una posición privilegiada en los mismos sectores que regulan.

La doctrina jurídica sigue centrada en los puntos fundamentales del antes y ahora en el régimen jurídico de muchos países, aunque especializado dentro de la función reguladora que unifica el modelo de Estado administrador, pero con nuevos retos normativos. Por lo tanto, ese es, para Harlow (2006, p. 189), el llamado pluralismo legal global, donde se incluye las reglas del juego, el mismo juego y los jugadores.

Los países persiguen los desafíos históricos pero dentro de las contradicciones internas, basados en necesidad de concebir un modelo de administración con capacidad de imponerse en la defensa de la universalidad de los

⁴ Además, para Wahl, las organizaciones constitucionales y la evolución del Estado social han permitido decir del Estado actual es sobretodo "Estado Administrativo" (2013).

derechos sociales, necesitando para eso preservar su potestad administrativa eficiente e independiente frente a los mercados.

Por otro lado, las prestaciones materiales de los servicios de interés general supondrían tener los mercados bajo el control de la plena competencia, es decir, la personificación del modelo ideal de los servicios públicos económicos, liberalizados y controlados. Partiendo de una situación fáctica, el conjunto de la administración se ordenó en el Estado social como lo que es, por su contenido, más allá de definirse en el modelo liberal, fue más importante obligarse por lo que hace (1997, p. 35).

Sin embargo, en la ejecución del interés general, la Administración burocrática y centralista no ha podido legitimarse con base en la normativa en vigor, muchas veces subrayada y construida en el empeño de la realización de las prestaciones materiales directamente por el Estado. En Brasil los cambios legislativos han permitido el canje en el sistema interventor. Además, el camino del Estado proveedor ya no es el buscado por el Estado de principios del siglo XXI.

Mientras tanto, hablando de regulación es importante matizar que ya en los años 50 la escuela de Chicago advertía de la necesidad de una especie de regulación asistida para empresas situadas fuera del mercado (sobre el modelo tradicional y la evolución histórica de la regulación, véase Stigler, 1971, pp. 3-21), es decir, a la vez de la formación de los monopolios naturales que impedirían el acceso a las infraestructuras de otros reguladores, era evidente el peligro de un impedimento errante a las nuevas inversiones, eficiencia, innovaciones y el desarrollo. Se habla de la necesidad de fijar parámetros de un derecho administrativo global⁵, en una especie de lucha por domesticar la globalización⁶, aunque el mayor desafío consiste en fijar contenidos ideológicos internos y hegemónicos, que robustezcan los estereotipos de la regulación que, hoy por hoy, se presenta con fallos en los instrumentos jurídicos y ejecutivos en diversos países tanto de Europa como de América. Es por lo tanto, la eterna paradoja descrita por Kelsen (2003, pp. 69-70), cuando dice que goza de un favor entre los juristas presentar como imposible aquello que en realidad solo es políticamente indeseado porque se opone a ciertos intereses particulares.

En concreto, la contradicción del régimen de los mercados liberalizados de los servicios de interés general se refuerza por la construcción de una función reguladora emergente pero poco realista, dando paso a un control poco efectivo y al servicio de las relaciones concretas del Estado y del mercado en cada país. Los sistemas jurídicos que no acompañan las circunstancias administrativas y políticas universales sufren influencias internas muy distintas entre uno y otros. De modo concreto, países que optaron por privatizar y regular sus servicios públicos como Brasil se encontraron el problema de la consolidación del ambiente regulador, con agencias y entidades independientes fuera del mercado que no existían hasta entonces en el modelo administrativo brasileño y que pasarían a operar de manera ineficiente, por no adecuarse de modo definitivo al seno de los sectores que deberían supervisar.

3. ¿El control de los mercados liberalizados desde la perspectiva del Derecho administrativo global es posible?

Es evidente que sin los apoyos de los organismos y las influencias al servicio del capitalismo global no se puede entender los cambios del Derecho administrativo hacia el ambiente regulador, pero también es cierto que ya se ha superado las expectativas

⁵ En el contexto de la relación individuo-Estado y participación ciudadana en la teoría política, destacamos Sánchez Morón (1980, p. 285).

⁶ En la definición semántica de gobernanza global, véase Kingsbury y Steward (2016).

en establecer paralelismos evidentes de aproximación entre el modelo europeo y brasileño de los mercados de servicios de interés general liberalizados. Ni siquiera por su nomenclatura se supone un acuerdo, es decir, mientras que en Europa se fortaleció dentro del derecho administrativo el contenido de los servicios de interés social, en gran parte de América se sigue con la traducción de estos como servicios públicos⁷.

En esas mismas instancias se puede encajar una posible excepcionalidad de las prestaciones sociales, donde los derechos sociales no se han concretado ni antes ni después de las privatizaciones. Es decir, mientras el mercado liberalizado no acaba de consolidarse, sigue mermado por reservas de servicios económicos a las administraciones públicas, en regímenes de privilegios y resistencia al control público por parte de las empresas privadas que actúan en los sectores privatizados.

Es un punto de inflexión que los servicios públicos deben superar en la actualidad, a riesgo de que no lleguen a ser operados con eficiencia, desde una perspectiva indisoluble del control a partir de la regulación. El sistema jurídico debe ir más allá de garantizar la prestación de las necesidades básicas, es decir, dar paso a una acción positiva capaz de consolidar derechos sociales económicos todavía no alcanzados por esquemas idénticos, sean antes o después de las privatizaciones.

La eficacia de las prestaciones sociales está en la universalidad formal, presente e ineludible desde el punto de vista de las necesidades previstas por instrumentos de control que aseguren el Estado democrático de Derecho. Sin embargo, ciertos mercados han sufrido más resistencia al control. Asimismo, muchos sistemas jurídicos han tenido más debilidad que otros a la hora de regular e imponer medios de control. El sector eléctrico es un ejemplo de mercado que en la mayoría de los países sigue manteniendo posiciones de privilegio en Europa y Latinoamérica.

De hecho, la existencia de mercados en plena competencia se presenta, después de casi veinte años de liberalización, como una expectativa no cumplida. Ese equivoco regulatorio existe justificado por ciertos ambientes normativos y políticos que rechazan cualquier forma de control, por lo tanto, asumen una regulación casi ficticia. Es decir, de nuevo la regulación, como modelo de intervención al modo anglosajón, es inalcanzable en los países de tradición europea, como Brasil⁸, con realidades jurídicas, políticas y administrativas muy distintas y que quizás por eso no consiguen asimilar y enlazar un adecuado parámetro que justifique la adaptación aun derecho administrativo global, generando una clara visión equivocada e imprecisa de regulación.

Regulación es movimiento y proceso, tampoco los mercados son estáticos y herméticos, es inapropiado dejar de atribuir a los organismos administrativos, también mutantes, la competencia y responsabilidad de generar el marco sostenible de protección a las prestaciones sociales. Asimismo, es difícil de creer que la regulación con eficiencia pueda operar sin control y fuera del marco de la competencia plena, como dice Muñoz Machado (2009, pp. 18-20).

⁷ Lo que ha sido traducido por Villar Ezcurra y Villar Palasi (1980, p. 14) como una categoría jurídica des-categorizada, un ente ubicuo, que cada uno interpreta a su manera por estar definido por distintas formas, que siempre estuvo centrado en el control como un requisito vital de la potestad administrativa.

⁸ Sobre el tema del régimen jurídico de las administraciones públicas de Brasil hacemos especial referencia a Moreira Neto, que destaca la llamada administración independiente tradicional del Derecho anglosajón, que llamo la atención y pasó a ser adoptada por muchos países de Europa y América, en la que demuestra una peculiar eficiencia operativa en países política y económicamente abiertos, en razón de especialización, flexibilidad, independencia, celeridad, proximidad y apertura social de su acción (2000, pp. 79-80).

Por otro lado, la función estratégica, económica y política de las empresas públicas ha tenido su importancia y sigue estando muy presentes en Brasil. Detrás de este fenómeno están aspectos políticos y de financiación del Estado, que merman la relevancia del control en esas prestaciones complejas en su contenido, realizadas directamente por el Estado o no.

Las dimensiones de las relaciones entre Estado, sociedad y mercado parecen confundir las implicaciones de las administraciones públicas generando un profundo abismo en la “independencia condicionada” y su subordinación al “enmarcamiento” (Kliksberg, 1984, pp. 23-42) de las instituciones. Tras una copiosa doctrina, trato de investigar sobre la redefinición del contexto de actuación de las nuevas figuras e instituciones jurídicas en el ambiente pos-regulador. En resumen, de un lado hay el régimen normativo garante, condicionado a la tradición histórica del derecho administrativo de cada país, y de otro, el derecho administrativo de la regulación, impuesto por una cultura global y generando, como dice Wahl (2013, pp. 133-134, a propósito de la experiencia alemana), el desglose del concepto de responsabilidad estatal.

Profundizar en la teoría de los conceptos clave del derecho administrativo puede que permita el reencuentro de la esencia del derecho público, quizá, las administraciones encuentren el camino hacia la *better regulation*, arrojando las dificultades de eliminar y sustituir las prácticas contrarias a la modernización de las funciones administrativas y dando paso a una real tarea renovadora.

Así pues, de un lado quedan los roles de los mercados capitalistas occidentales, que dan mayor preeminencia a la libertades de los empresarios, y de otro un injusto desplazamiento de las políticas hacía la reducción de los derechos sociales, bajo el argumento de que muchos de los destinatarios de esas prestaciones las reciben parasitariamente, aunque esa no sea la realidad.

Las capacidades económicas de los ciudadanos provocan que sólo aquellos con medios económicos puedan sostener el Estado social, mientras tanto, lo que parece ser ilusorio pues necesita de un sistema impositivo justo para reducir las desigualdades y garantizar la universalidad de las prestaciones.

Los instrumentos administrativos poco eficientes, burocráticos y politizados son el contexto que siembra la desigualdad y la injusticia social, al restringir o impedir el alcance de los derechos sociales.

Todavía hay otras variantes. La eficacia de las prestaciones tienen más que ver con la forma con que los servicios son realizados. En un sistema económico justo la eficacia fiscal acompaña la cobertura y reduce los fraudes de modo preventivo y represivo. La supuesta incapacidad de los países para hacer frente a la crisis del estado de bienestar y a cualquier dificultad financiera enfrentada por los países capitalistas es, en general, un discurso operado desde dentro de los mercados y que hace hincapié en la retórica neoliberal para promocionar más recortes sociales.

En el caso de Brasil, la dirección de las políticas en manos de gobiernos más conservadores y contrarios al modelo tradicional de regulación ha generado acciones opuestas a la lógica del control. Por ejemplo, los mercados privatizados, como de las telecomunicaciones y el sector eléctrico, se mantuvieron cerrados como mercados monopolizados y los concesionarios de redes de infraestructuras han podido prestar en régimen de exclusividad los servicios que les adjudicaron los modelos de privatización originarios, estando permanentemente vetadas la aparición de operadoras entrantes.

La aparición de esa nueva (re)designación de intervención motivó un cambio del *modus operandi* de las estructuras administrativas. La economía de los medios y la creciente extensión de servicios privatizados exigió nuevas reglas de derecho administrativo. Sin embargo, la regulación de instituciones privadas, mucho más allá de las administraciones públicas tradicionales, exige que el llamado Estado regulador pueda operarse desde el punto de vista de las leyes de control, hacia la transparencia real de la prestación de estos servicios, ese, además, es el freno de la dimensión pública y administrativa de los derechos sociales en el proceso de desmercantilización.

La acción administrativa, por lo tanto, aunque elemento limitativo de las libertades individuales, tiene en la regulación formal su función estatal preponderante. Es posible que la cultura de la legalidad de las democracias posmodernas promuevan y condicionen los cambios constitucionales con la excusa de imponer el reduccionismo de los derechos sociales.

Esa también ha sido una lucha insana en el gran paradigma actual, exigiéndose sobre todo a la administración, en sus múltiples campos de actividad, que dejase de producirse en la simplicidad (Weil, 1989, p. 66), es decir, que los mercados privatizados sean atendidos de modo eficiente. En ese contexto, es necesaria la sistematización de funciones normativas, ajustándolas distintas formas y variables flexibles, sólo posible con la modernización de regímenes aplicables y operados desde la eficiencia. Así, los auténticos problemas se sitúan en tres dimensiones: la complejidad de los regímenes administrativos vigentes, las prestaciones que ya no están en la esfera de las acciones estatales y la dialéctica caótica de la disociación entre los métodos regulatorios, es decir, la distancia entre los fines y los medios de la actividad regulatoria de los entes administrativos.

Se destaca la *accountability* de tradición anglosajona, que propone superar el modelo tradicional de control del gasto público, para alinearse mucho más a la transparencia y la intervención general buscada por los países latinoamericanos, donde se tengan en cuenta aspectos como el político, el judicial, el contable y el financiero, además de la calidad. Una reforma administrativa que no solamente busque la reducción del déficit público y los resultados antes que el bienestar social, es más probable que garantice la eficacia de los instrumentos de participación ciudadana, el consenso social y la acción de las administraciones públicas en defensa de los derechos sociales.

Los privilegios de las administraciones, muy presentes en el modelo tradicional, han significado el estado de ausencia del control administrativo o su contenido innecesario frente a derechos fundamentales poco consolidados. Solo la existencia de cierto control judicial, vertical y trascendente conlleva, en estos momentos, un sistema de conexión entre el pueblo y el gobierno. Sin embargo, el razonamiento basado tanto en criterios extrajudiciales como económicos, políticos o éticos también redefine el perfil de las políticas de composición de los intereses generales desde reformas constitucionales. Por lo tanto, sería muy amplio el abanico de influencias para la politización de los métodos de regulación, llegando incluso a lograr métodos organizativos y procedimentales distintos, capaces de romper con la cultura de la función administrativa clásica, formal y constitucional existente.

Es arriesgado vincular los métodos de control a la discrecionalidad administrativa, dentro de una especie de sumisión precaria de las prestaciones sociales a las instancias ocupadas por gestores políticos que, en regla, cambian de posición o de discurso cuando cambian de partido político, o cuando alcanzan la jefatura del ejecutivo.

En ese proceso de avance y retroceso, el reto de la globalización jurídica administrativa se ubica en conceptos-principios lógicos fundamentales, es decir, el derecho a la buena administración, regularidad procedimental, participación ciudadana, transparencia y buena fe, donde los intereses colectivos y difusos envueltos de manera reglamentaria puedan ser tomados en consideración con gran protagonismo (Nieto, 1975, pp. 26-27). Lo que conlleva afirmar, además, de modo más preciso, que el derecho administrativo, dentro de los estándares de la dogmática tradicional, bien ordenada y construida a partir de la posguerra, ha perdido lugar de modo definitivo (Schmidt-Aßmann, 2006, p. 31).

Sin embargo, mejorar el control de la administración y el aparato estatal juega un papel fundamental en el derecho administrativo global. Mientras tanto, su objeto central ya no es la propia administración pública, puesto que ya no está vigente una estructura piramidal impositiva, estática, cerrada y auto determinada. Las demandas por el protagonismo de la atención ciudadana y la transparencia en las acciones de interés general son tan importantes como el control mismo a las actividades privadas que ejecutan los servicios sociales. Por lo tanto, ese ambiente ya no es homogéneo y exige normas jurídicas específicas dentro del régimen de las administraciones públicas. Sin embargo, se constata que ya no se involucran al esquema tradicional, basado en la discrecionalidad de la conveniencia pública, con estándares inmutables en sus formas de administrar.

Desde el punto de vista de la cooperación residual de la sociedad frente a las administraciones públicas es evidente que la acción estatal de hoy se renueva hacia relaciones más amplias, directas y transparentes. La esfera social de la administración nacional, aislada, solemne, casi intocable, exige abrir el paso a nuevos conceptos claves como la gobernanza y transparencia.

Estos dos lados de la Administración pública, el antes y el después, al fin y al cabo son un mismo sentir, el rescate del núcleo duro de las normas de derecho público de hoy y de siempre. No se trata, por lo tanto, de una administración que se opere en dos velocidades. Allí está ubicado el desafío simbólico que difunde el Derecho administrativo global, es decir, incorporar más mecanismos que refuercen la legitimidad democrática para garantizar la permeabilidad necesaria al tejido del Estado y de la administración dentro de los mercados. Esa versatilidad no es fácil de alcanzar, pero tiende a imponerse, hoy por hoy, como estrella y motor conducente a un desarrollo preciso de procesos eficientes, legales y proporcionales de las necesidades sociales.

Es inevitable reconocer que en ese transcurso histórico hay una progresiva pérdida por parte de la ciencia jurídico-administrativa de su papel orientador, o por lo menos el sentimiento de cierta amenaza, provocado por la incertidumbre en una adaptación que puede ser determinante para decidir acerca de las estrategias o resultados de estos servicios. Las actividades de interés social llevan a los países a asumir ese riesgo regulatorio, definido por Ortiz (2006, p. 27) como la imprevisibilidad e inseguridad además de la politización de las decisiones administrativas.

4. A modo de conclusiones

El peligro regulatorio es real cuando existe la mala gestión de los procedimientos. El caos acompaña la configuración distorsionada del Derecho administrativo global y de las normas de derecho público. La ya plural y compleja relación entre la economía y los derechos sociales se debilita por el abandono del equilibrio entre poderes y contrapoderes del Estado y de la sociedad. En la fuerza del Estado Administrativo también se ubica su debilidad, en el riesgo de la ineficacia de los instrumentos de

regulación está el éxito de la actuación de los agentes administrativos. Sin embargo, hay conflictos reales en el desajuste del método de *check and balance* administrativo, es decir, la incautación de la administración pública y prácticas poco democráticas empeoran el escenario anterior. Así, dentro de estructuras de poder marcadas por otros factores diversos e intereses personales se crea el caldo de cultivo de prácticas muy nefastas como la corrupción, el clientelismo y/o exceso de centralismo de las Administraciones.

La fragmentación del Estado regulador y su desorden, por lo tanto, generan debilidad de los mecanismos de control y vulneran el equilibrio de las fuerzas que actúan dentro de las Administraciones públicas. En resumen, la ordenación de la actividad económica de interés general por instrumentos regulatorios se encuentra tutelada por el contexto político donde se ubican las administraciones. Por lo tanto, ocupa una posición estratégica de sobre posición de lo económico a lo institucional.

Los instrumentos norteamericanos de normativa administrativa puede que sirvan de parámetro y, de hecho, han llegado a afectar muchos países. Mientras tanto, el esquema del control y eficiencia es una realidad poco presente en la realidad jurídica de Brasil. También es cierta la existencia del fenómeno de la europeización del Derecho Administrativo, en ese proceso se va produciendo, a costa de avances y retrocesos, el derecho administrativo en los últimos años.

La captura de las Administraciones, es decir, la manipulación por parte de la política y del poder ejecutivo de los instrumentos de control y transparencia, influyen para imposibilitar una buena administración. En ese sentido, con recursos de transparencia de las acciones administrativas y *accountability*, el ciudadano, el administrado, el cliente, dejan de ser entes pasivos e inexpressivos en la relación con el Estado. Su fragilidad está en el control político más allá del jurídico. Sin embargo, los recursos públicos, deberían, como dice para Rodríguez-Arana (2010, p. 73), estipular como regla la transparencia cuando sea posible y tanta restricción como sea necesaria.

Está claro que en el seno del derecho administrativo internacional los agentes públicos y privados que ejercen funciones públicas de interés general, se someten al control por parte de los órganos y/o instancias públicas competentes. En ese proceso, lo establecido directamente por la Constitución y las leyes de contenido específico guarda un valor esencial, cuyos límites se asocian a los derechos fundamentales de protección del interés público, la seguridad nacional, la protección de datos y las relaciones internacionales.

El resultado en la búsqueda de un derecho administrativo global está en la confluencia de un sistema regulatorio transnacional y la elaboración de mecanismos adaptados a las realidades locales, pero más rígidos y capaces de promocionar la cooperación hacia la regulación desde los principios clave universales, dentro del sistema de buen gobierno, y en contra la evasión de divisas fruto de la corrupción. Un sistema fluido y efectivo, que permita hablar de un derecho administrativo basado en sistemas jurídicos internos plenamente adaptados a las realidades internas y asemejados a experiencias de éxito en otros países, y que pueda señalar mecanismos más eficientes rumbo a la real protección de los derechos sociales.

Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G. (2006), "Fallos y logros de los sistemas regulatorios", *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, pp. 23-40.
- BAÑÓN, R. Y CARRILLO, R. (1997), *La nueva administración pública*, Alianza



- Universal, Madrid.
- DUGUIT, L. (2007), *Las transformaciones del derecho público y privado*, Comares, Madrid.
- FIGUEREIDO MOREIRA NETO, D. (2000), “Consideraciones sobre la participación en el Derecho Comparado Brasil-España”, *Revista de Administración Pública*, nº152, pp.73-91.
- HARLOW, C. (2006), “Global Administrative Law: the Quest of principles and values”, *The European Journal of International Law*, Vol. 17, nº 1, pp. 187-214.
- KELSEN, H. (2003), *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid.
- KINGSBURY, B. y STEWARD, R. (2016), *Hacia el derecho administrativo global: Fundamento, Principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press e Instituto de Administración Pública, Sevilla – Madrid.
- KLIKSBERG, B. (1984), “Propuesta de un modelo metodológico para la investigación sistemática del complejo de empresas públicas en países de América latina. Modelos y experiencias latinoamericanos”. En: KLIKSBERG, B. y SULBRANDT, J. (comp.), *Para investigar la Administración Pública: Modelos y experiencias latinoamericanas*, Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 23- 42.
- KOTZUR, M. (2012), “Derechos Humanos y el Tribunal de los derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 16, pp. 225-249.
- LEMA AÑÓN, C. (2010), “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y libertades*, nº 22, Época II, pp.179-203.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1991), *Derecho administrativo Económico. I*, La Ley, Madrid.
- MOREIRA NETO, D. (2000), “Consideraciones sobre la participación en el Derecho Comparado Brasil-España”, *Revista de Administración Pública*, nº152, pp. 73-91.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1998), *Servicio Público y Mercado. IV. El Sector Eléctrico*, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid.
- NIETO, A. (1975), “La vocación del derecho administrativo en nuestro tiempo”, *Revista de Administración pública*, nº 76, pp. 9-30.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X. R. (2010), “Derecho Administrativo Global: Un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración pública*, nº 76, pp. 15-68.
- SANCHEZ MORÓN, M. (1980), “Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España”, *Revista de Administración Pública*, nº 93, pp. 67-128.
- SCHMIDT ARSMANN, E. (2006), “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”. En: BARNES, J. (ed.), *Innovación y Reforma en El Derecho administrativo*, Global Law Press e Instituto de Administración Pública, Sevilla – Madrid. pp. 21-140.
- VILLAR EZCURRA, J. L. y VILLAR PALASI, J. L. (1980), *Servicio Público y Técnicas de Conexión. Estudios de Administración* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- WEIL, P. (1989), *Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Madrid.
- WAHL, R. (2013), *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid.

Hecho ilícito internacional International Wrongful Act

Pietro Sferrazza Taibi**

Universidad Andrés Bello

pietrosferrazza@gmail.com

Recibido / received: 14/07/2017

Aceptado / accepted: 28/07/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3823>

Resumen

En este trabajo se abordará un análisis dogmático de la noción de hecho internacionalmente ilícito en el marco de la responsabilidad internacional del Estado. Sin duda, se trata de una noción clave, dado que su configuración en un caso concreto activa la funcionalidad del resto de los capítulos de la responsabilidad internacional del Estado. En este trabajo se explicará la incidencia que ha tenido la distinción entre normas primarias y normas secundarias para la construcción del concepto de hecho internacionalmente ilícito. Asimismo, se abordará un análisis de cada uno de los dos elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito, a saber, la ilicitud y la imputabilidad.

Palabras clave

Responsabilidad internacional del Estado, hecho internacionalmente ilícito, Comisión de Derecho Internacional, ilicitud, imputabilidad/atribución, normas primarias/normas secundarias.

Abstract

This paper will deal with a dogmatic analysis of the notion of internationally wrongful acts within the framework of the international responsibility of the State. Undoubtedly, this is a key notion, since its configuration in one case activates the functionality of the rest of the chapters of the State's international responsibility. The paper will explain the impact of the distinction between primary and secondary rules for the construction of the concept of internationally wrongful act. It will also address an analysis of each of the two constituent elements of the internationally wrongful act, namely, breach and attribution.

Keywords

International State responsibility, internationally wrongful act, International Law Commission, breach, imputation/attribution, primary rules/secondary rules.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El concepto de responsabilidad internacional por el hecho ilícito internacional. 3. El marco normativo de la responsabilidad internacional del Estado. 4. La diferenciación entre normas primarias y normas secundarias: una clasificación

** Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid, España); Abogado; Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad de Valparaíso, Chile), Prof. de Derecho Internacional Público de la Universidad Andrés Bello, Carrera de Derecho-Sede Viña del Mar, Facultad de Derecho, Quillota 980, Viña del Mar, Chile.

revolucionaria. 5. La noción del hecho internacionalmente ilícito. 5.1. La ilicitud. 5.2. La imputabilidad o atribución. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Según Pellet (2010a, p. 3, traducción propia), la responsabilidad internacional es el “corolario del Derecho Internacional, la mejor prueba de su existencia y la medida más creíble de su eficacia”. Por su parte, Ago sostuvo que si se pretende “negar la idea de responsabilidad del Estado porque supuestamente entra en conflicto con la idea de soberanía, forzosamente se niega la existencia de un ordenamiento jurídico internacional” (Comisión de Derecho Internacional, 1971, p. 205, traducción propia). Para Cançado Trindade (2013, p. 453, traducción propia), la responsabilidad internacional representa un “capítulo complejo, realmente central y fundamental del Derecho Internacional Público”, ya que “el grado de consenso que se ha conseguido o no en relación con sus múltiples aspectos [...] está destinado a reflejar, en último término, el grado de evolución y cohesión de la comunidad internacional en su conjunto”. Las apreciaciones de estos autores dan cuenta de la importancia que el tópico de la responsabilidad internacional ha adquirido en el Derecho Internacional Público, como una materia de alcance y aplicación general en la que se refleja el grado de coacción y eficacia de esta rama del Derecho.

En base a lo anterior, este trabajo pretende abordar la conceptualización de una noción esencial de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado: el hecho internacionalmente ilícito. En efecto, la pregunta sobre la configuración de la responsabilidad ante un comportamiento del Estado dependerá de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Por ende, el análisis de todos los otros capítulos de la teoría de la responsabilidad internacional –las consecuencias jurídicas que ésta produce, los mecanismos para hacerla efectiva, la eventual concurrencia de causales de exclusión de la ilicitud– dependerán de la presencia de un hecho ilícito.

Para abordar el objeto propuesto, en primer lugar se explicará en términos generales la noción de responsabilidad internacional del Estado y se identificará su marco normativo. Asimismo, se hará referencia a la distinción entre normas primarias y normas secundarias. Tras la exposición de estas nociones básicas, se abordará en profundidad la noción de hecho ilícito internacional, con especial referencia a cada uno de sus elementos conceptuales: la ilicitud y la imputabilidad.

2. El concepto de responsabilidad internacional por el hecho ilícito internacional

La elaboración de un concepto unívoco y general de responsabilidad internacional es una tarea compleja, porque debido a su generalidad se trata de una noción que se relaciona con un sinnúmero de temas del Derecho Internacional. Mariño Menéndez (2005, p. 473) la define como:

“un comportamiento determinado, atribuido a un sujeto de Derecho Internacional, [...] calificado por este ordenamiento como «lesivo» para derechos o intereses de terceros sujetos y, por ello, [...] considerado un hecho jurídico al cual el Derecho Internacional vincula consecuencias determinadas: dar origen a un conjunto de nuevas relaciones jurídicas («de responsabilidad») entre el sujeto al que se atribuya el hecho y el sujeto o sujetos injustamente perjudicados por el comportamiento de aquél”.

Según Stern (2010, p. 194), la responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito se define tradicionalmente como el conjunto de obligaciones que un sujeto internacional debe cumplir como consecuencia de una acción u omisión que le es imputable. Teniendo en cuenta este concepto general, es necesario abordar una visión panorámica de su marco regulador en el Derecho Internacional, cuestión a la que se dedicará el siguiente apartado.

3. El marco normativo de la responsabilidad internacional del Estado

El principal instrumento normativo sobre la responsabilidad internacional del Estado es el *Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (en adelante, PREHII) elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI)¹. Este instrumento es el resultado de un largo proceso codificador que se inició poco después de la creación de la CDI. En 1949, la Comisión incluyó la responsabilidad internacional entre catorce temas que debían ser objeto de un proceso general de codificación internacional (CDI, 1949, p. 281). La elaboración de esta lista fue el primer hito de una reflexión sobre la responsabilidad internacional del Estado que se prolongó por más de cincuenta años, un plazo demasiado extenso aun a pesar de la alta complejidad de la materia².

Detallar minuciosamente el trabajo de la CDI durante este largo período de tiempo requeriría un estudio histórico-normativo que escapa del objeto del presente apartado. Sólo a modo de simplificación esquemática, cabe recordar que en el proceso de redacción del Proyecto intervinieron cinco relatores –Francisco V. García Amador, Roberto Ago, Willem Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz y James Crawford– que redactaron respectivos informes sobre el tópico de la responsabilidad del Estado³. En cuanto a las etapas de trabajo, cabe señalar que un proyecto de artículos se aprobó en primera lectura en 1996 (CDI, 1996, 58-73) y que el proyecto definitivo fue aprobado en segunda lectura en 2001. La Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AG) tomó nota de su aprobación mediante la resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 sobre *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*⁴. El texto de los artículos viene acompañado por un conjunto de Comentarios elaborados por la misma CDI y que constituyen una herramienta valiosa para la interpretación de sus disposiciones (Pellet, 2010b, p. 84).

El PREHII tiene una forma y estructura muy similar a la de un tratado internacional; sin embargo, no siendo un tratado cabe preguntarse cuál es su naturaleza normativa y si puede considerarse como un conjunto de disposiciones vinculantes para los Estados. La AG simplemente ha “tomado nota” del Proyecto mediante la resolución antes citada, expresión que no ayuda a responder la pregunta. Durante la preparación del PREHII se barajaron dos posiciones sobre la posibilidad de convertirlo en una convención internacional. La posición favorable

¹ El Proyecto junto con sus comentarios puede consultarse en CDI (2001).

² La CDI ha sido objeto de varias críticas (Abad, 2001, pp. 41 y 42; Boyle, 1998, pp. 11-17 y 22-24; Zemanek, 1996, p. 228). En opinión de Zemanek, “un gran órgano con un tiempo limitado para sus conclusiones es un instrumento torpe para tratar negociaciones delicadas” (1996, p. 228, traducción propia).

³ Todos los informes y el resto de las fuentes sobre los trabajos preparatorios del Proyecto pueden consultarse en la página web de la CDI, *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission. State Responsibility, International Law Commission*, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://legal.un.org/ilc/guide/9_6.shtml [fecha de consulta: 3 de julio de 2017].

⁴ Un breve resumen de los trabajos preparatorios puede consultarse en Mariño Menéndez (2005, pp. 474-475).

basaba sus argumentos en la alta trascendencia de la responsabilidad internacional del Estado. Por el contrario, de acuerdo con otra postura, la discusión de un tratado es un proceso largo y de resultado incierto, que incluso podría arruinar el consenso alcanzado en el seno de la CDI. Además, los miembros de la CDI temían que la estructura y el equilibrio del Proyecto fueran severamente trastocados durante la eventual negociación de un tratado. También se pensaba que el Proyecto podía tener una mayor utilidad y proyección si se iba integrando gradualmente a la práctica de los Estados, tribunales y organizaciones internacionales. Finalmente, se argumentaba que la eventual aprobación de una convención no aseguraba una aceptación amplia por parte de los Estados, quienes incluso podrían ratificar el tratado formulando reservas. En definitiva y con independencia de las críticas que se puedan plantear, la postura que prevaleció fue la que estaba en contra de convertir el Proyecto en un texto convencional. Desafortunadamente, la AG se mantuvo al margen de este debate y no hizo más que acatar la voluntad de los comisionados procediendo a tomar nota del Proyecto (Caron, 2002, pp. 861-866; Gutiérrez Espada, pp. 383-387; Pellet, 2010b, pp. 86 y 87).

Esta posición asustadiza es insostenible y los argumentos con que se pretendió justificarla carecen de sentido por estar basados en meras especulaciones. ¿Qué tratado no conlleva los riesgos antes reseñados? Las expectativas de éxito no pueden en ningún caso justificar una actitud reacia hacia la regulación convencional de una materia tan relevante, ya que, según Gutiérrez Espada:

“[e]l tratado internacional, por su naturaleza vinculante, por ser no sólo codificación sino desarrollo progresivo, por no limitarse, cuando lo hace, a codificar sin más sino que, al y por hacerlo, concreta, clarifica, pule, perfecciona en suma las normas no escritas, por su *auctoritas* frente a otros instrumentos internacionales, y, en fin porque [...] es la única manera que permite «establecer mecanismos concretos que permitan resolver las diferencias que surgen en la práctica» ante una Corte o Tribunal, es la forma idónea, más rigurosa y noble con el que el denodado esfuerzo de la CDI sobre la responsabilidad internacional debe revestirse” (2002, p. 387).”

Pese a estar de acuerdo con el espíritu de esta cita, es necesario señalar que en el presente nada permite presagiar que dentro de un corto o mediano plazo se iniciará la negociación de un tratado internacional que tome como base el PREHII. En efecto, la AG ha seguido manteniendo una actitud muy tímida. Los avances destacables desde el año 2004 son la creación de un grupo de trabajo sobre el asunto, la recopilación de algunas opiniones de los Estados por parte de la Secretaría General y la compilación por parte de ésta de las decisiones de tribunales y otros órganos internacionales que han aplicado el PREHII. En cuanto al destino del Proyecto, las posiciones de los Estados siguen divididas. Tomando como punto de partida la extendida aplicación del Proyecto en la práctica internacional, algunas delegaciones estiman que debe convertirse en un tratado a fin de generar certeza jurídica sobre sus disposiciones y contribuir a la paz y la estabilidad de las relaciones internacionales. En cambio, otras delegaciones estiman que el Proyecto debe conservar su forma actual, porque muchas de sus disposiciones no han alcanzado un nivel consuetudinario y porque de negociarse un tratado el texto podría perder su armonía normativa a causa de la falta de acuerdo entre los Estados⁵.

Ahora bien, si el PREHII no es un tratado internacional, cabe preguntarse si es posible enmarcarlo en otra de las fuentes del Derecho internacional y cuál sería

⁵ El resumen de este debate en el último período de sesiones de la AG en que se discutió el asunto puede consultarse en AG (2016).

su verdadero valor normativo en la actualidad. Las respuestas a estas preguntas no son ni claras ni definitivas. Ciñéndose a la regulación del sistema de fuentes del artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*⁶, algunos autores han concluido que el Proyecto es un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho”, en cuanto asimilable a la doctrina de los publicistas (Brownlie, 2008, p. 25; Caron, 2002, p. 867; Crawford, 2012, p. 45). Sin embargo, Meron (1991, p. 137) ha considerado que los trabajos de la CDI constituyen una etapa en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en el marco de Naciones Unidas, de modo que pueden servir para demostrar la práctica de Estados y organizaciones internacionales⁷.

No es fácil decantarse por alguna de estas posiciones. Considerar que el Proyecto es una manifestación de la doctrina implicaría restarle valor normativo, mientras que optar por el extremo de calificarlas como normas consuetudinarias es discutible, al menos, respecto a varias de sus disposiciones que no han alcanzado ese nivel. Pero con independencia de este debate, lo cierto es que el PREHII es un instrumento que paulatinamente va asumiendo cierto protagonismo en la práctica internacional, bastando como ejemplo el hecho de que varios tribunales internacionales lo utilicen como material normativo para la fundamentación de sus decisiones, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia (Corte Internacional de Justicia, 2004, p. 136, párr. 140; Corte Internacional de Justicia, 2005, p. 168, párrs. 160 y 293)⁸. En definitiva, cuando la CDI trabaja en la codificación de un tópico del Derecho internacional, procede a estudiar los antecedentes que reverberan en las fuentes, sean éstas convencionales, jurisprudenciales o de cualquiera otra índole. Se trata de un trabajo que tiende a sistematizar el Derecho vigente sobre una materia. En ese sentido y a pesar de las críticas que la CDI merece, las disposiciones del PREHII son un reflejo de una práctica internacional sobre la responsabilidad del Estado que se viene gestando hace décadas.

4. La diferenciación entre normas primarias y normas secundarias: una clasificación revolucionaria

Para la comprensión de la mecánica del Proyecto es necesario tener presente una distinción elemental entre las normas primarias y las normas secundarias. Las normas primarias son las que establecen las obligaciones internacionales a cuyo cumplimiento están obligados los sujetos de Derecho Internacional. En cambio, las normas secundarias son las que determinan cuándo se han vulnerado las normas primarias y las consecuencias que se derivan de dicho incumplimiento (Cançado Trindade, 2013, p. 457, n. 17; Gutiérrez Espada, 2005, p. 18).

El PREHII solamente se preocupa de codificar las normas secundarias de una manera abstracta y formal, y se desentiende de las normas primarias. La idea que subyace a este enfoque halla justificación en la intención de crear un cuerpo normativo de carácter general, que sea fácilmente aplicable a toda clase de

⁶ *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>. [fecha de consulta: 3 de julio de 2017].

⁷ Sobre este tema, también puede consultarse Boyle (1998, p. 18). Una buena descripción de las posiciones de la doctrina sobre el valor de los trabajos de la CDI desde la perspectiva de las fuentes del Derecho internacional puede consultarse en Sinclair (1987, p. 120-127), quien tras describir las diversas posturas sobre el punto, asume una tesis similar a la de Meron, concluyendo que los trabajos de la CDI contienen elementos de reconocimiento y comprobación del Derecho Internacional.

⁸ La Secretaría General de Naciones Unidas ha recopilado en varios informes los precedentes en que se ha aplicado el PREHII (AG, 2007; AG, 2010; AG, 2013; AG, 2016).

obligación internacional. La codificación de la totalidad de las normas primarias es una tarea humanamente imposible, ya que su identificación depende de la interacción de las fuentes del Derecho Internacional. El Relator Ago fue muy perspicaz al darse cuenta de ello y asumió esta distinción como un verdadero dogma, persuadiendo a los comisionados que los esfuerzos codificadores debían centrarse en las normas secundarias⁹. Quizás en nuestro presente la diferenciación comentada pueda parecer muy evidente, pero no era tan clara para la doctrina de la década de los sesentas del siglo pasado. De hecho, hasta la intuición de Ago, el desarrollo dogmático de la responsabilidad internacional había quedado encorsetada en el marco de los daños causados a los extranjeros y la protección diplomática, dos ámbitos normativos conformados básicamente por normas primarias. En conclusión, tiene razón Pellet (2010b, pp. 75 y 76) cuando califica de “revolucionario” el hallazgo de Ago.

Pese a la lucidez analítica de esta distinción, se han planteado algunas críticas, porque en opinión de algunos autores no sería posible trazar una distinción tajante entre las obligaciones internacionales plasmadas en las normas primarias y las reglas de atribución contempladas en las normas secundarias (Brownlie, 2008, p. 436; Kress, 2001, p. 122, n. 122). Si bien quienes defienden la distinción aceptan parcialmente esta crítica, sostienen que no es suficiente para renunciar a la diferenciación entre ambas clases de normas desde un punto de vista analítico (CDI, 1998, p. 34; Condorelli y Kress, 2010, p. 225). El gran mérito de esta distinción estriba en haber permitido la codificación de un conjunto de principios y reglas de carácter general sobre la responsabilidad internacional del Estado. Probablemente, sin esta separación entre obligaciones y reglas de atribución hubiera sido imposible elaborar una teoría de la responsabilidad internacional aplicable a nivel general en el Derecho Internacional. Es sobre la base de esta distinción que se ha elaborado el concepto de hecho internacionalmente ilícito, tal como se verá a continuación.

5. La noción del hecho internacionalmente ilícito

El hecho internacionalmente ilícito es el pilar de la responsabilidad internacional del Estado, el motor que da vida al resto de los temas que integran la teoría sobre esta clase de responsabilidad. En base al artículo 2 del PREHII, el hecho internacionalmente ilícito puede conceptualizarse como una acción u omisión imputable al Estado que viola una obligación internacional vigente (Gutiérrez Espada, 2005, p. 39; Gutiérrez Espada y Cervell, 2008, pp. 502 y 503; Mariño Menéndez, 2005, pp. 477 y 478). La lectura de la definición del hecho ilícito permite inferir que está integrada por dos elementos: el comportamiento imputable y la ilicitud del mismo (Corte Internacional de Justicia, 1980, párr. 56). Tradicionalmente,

⁹ Según David (2010, pp. 28 y 29), fue el comisionado Herbert Briggs quien por primera vez utilizó las expresiones “obligaciones primarias y secundarias”, citando un estudio de 1929 elaborado por la Harvard Law School que se refería a la responsabilidad del Estado por los daños causados a los extranjeros o a su propiedad. De acuerdo con Pellet (2010b, pp. 76 y 77), Ago explicó esta clasificación en el curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1939 y la defendió durante todo el período en que ejerció como relator de la CDI. Para evitar confusiones, cabe señalar que esta distinción no pudo haberse inspirado en la célebre diferenciación entre normas primarias y normas secundarias elaborada por H. L. A. Hart (1994, p. 81). Aunque comparten la terminología, la distinción de Hart se refiere a una cuestión parcialmente distinta, en cuanto las normas primarias son normas de conducta de hacer o no hacer, mientras que las normas secundarias confieren potestades que pueden incidir en la modificación o creación de las normas primarias. Por lo demás, las fechas no coinciden, ya que la primera publicación de esta obra maestra de la filosofía del Derecho se remonta a 1961, fecha muy posterior al año en que Ago dictó su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

el primero ha sido denominado elemento subjetivo y el segundo, elemento objetivo. Sin embargo, se trata de una terminología inexacta, porque la subjetividad u objetividad del acto dependen de la norma primaria y de las circunstancias de cada hecho particular (Gutiérrez Espada, 2005, p. 49; Gutiérrez Espada y Cervell, 2008, pp. 502 y 503; Przetacznik, 1983, p. 70; CDI, 2001, p. 35, art. 2, comentario nº 3).

Existe cierta discusión sobre el orden lógico que debe seguirse al analizar la concurrencia de ambos elementos. Parece ser más adecuado comenzar con la constatación de la ilicitud y luego continuar con la atribución (Stern, 2010, p. 202). Desde el punto de vista lógico, se valora primero si se ha infringido una obligación internacional y luego se determina si la infracción es imputable al Estado¹⁰, puesto que si en la primera de ambas valoraciones se descarta la existencia de una ilicitud, la segunda valoración sobre la imputabilidad no tiene sentido, porque no podría imputarse algo que no existe. Desde el punto de vista normativo, el análisis de la imputabilidad no es una cuestión exclusivamente de hecho, sino una operación abstracta y compleja que se traduce en un juicio valorativo sobre la base de reglas normativas. En otras palabras, la plausibilidad normativa de la imputabilidad depende de la existencia de una infracción, debido a que en ausencia de la misma, no parece lógico que el operador jurídico se adentre en la valoración de la imputabilidad. Aclarado este punto se analizará brevemente en qué consiste cada uno de los elementos conceptuales del hecho internacionalmente ilícito.

5.1. La ilicitud

La ilicitud es la disconformidad, violación o vulneración de una obligación internacional, que se genera por un hecho de un Estado. La determinación de la ilicitud se realiza en relación con el Derecho Internacional. Como bien exponen Gutiérrez Espada y Cervell Hortal (2008, p. 516), se trata de un “principio con dos caras [porque] un hecho sólo es ilegal cuando el Derecho internacional así lo decide” y porque “un Estado no puede alegar su Derecho interno como causa que justifique el incumplimiento del Derecho internacional”¹¹.

El comportamiento, acto o hecho del Estado es el núcleo de la ilicitud¹². Dependiendo de la norma primaria, puede consistir en una acción, una omisión o una combinación de ambas (Przetacznik, 1983, pp. 72-73; CDI, 2001, pp. 35 y 36, art. 2, comentario nº 4). La diferenciación entre acción y omisión es determinante para valorar si se ha infringido una obligación. En principio, las obligaciones de hacer se infringen mediante una omisión, a diferencia de las obligaciones de no hacer, que se vulneran mediante una acción¹³. De acuerdo con el artículo 12 del

¹⁰ El art. 2 del PREHII se refiere primero a la atribución y luego a la ilicitud. Según Przetacznik (1983, pp. 72 y 75) y Stern (2010, pp. 201 y 202), el orden del Proyecto es correcto. En cambio, para Dupuy (1999, p. 25) los elementos están invertidos. Ésta última parece ser la opinión más acertada.

¹¹ En el mismo sentido se pronuncia el PREHII en su art. 3, comentario nº 1 (CDI, 2001, p. 37). La imposibilidad de invocar el Derecho interno como una justificante de la infracción deriva del art. 27 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, A/CONF.39/27 (1969), 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

¹² Como bien señala Mariño Menéndez (2005, p. 477), no hay claridad sobre la nomenclatura más adecuada para identificar el objeto de la ilicitud. El autor prefiere el término “hecho” en cuanto comprensivo de una acción y una omisión.

¹³ Esta diferenciación puede ser útil para identificar la conducta que el Estado debe ejecutar para hacer cesar la infracción, ya que si la infracción ha consistido en una omisión, el acto que debe hacer cesar dicha infracción será idéntico al contenido de la obligación infringida. A su vez, si la infracción consiste en una acción, para su cesación se requerirá un

PREHII, la fuente jurídica de la obligación internacional es indiferente para los efectos de la configuración de la ilicitud, de modo que la obligación puede derivar de un tratado internacional, una regla consuetudinaria, un principio general del Derecho, un acto unilateral del Estado, una decisión vinculante de un tribunal internacional o una resolución obligatoria decretada por una organización internacional (Przetacznik, 1983, pp. 74; Nishimura, 2010, pp. 366-368; CDI, 2001, p. 58, art. 12, comentario n° 3 y p. 36, art. 2, comentario n° 7). Los Comentarios del PREHII aclaran que tampoco es relevante la naturaleza o jerarquía de la obligación violada, de modo que la responsabilidad de los Estados puede nacer de la violación de obligaciones de carácter bilateral o de obligaciones para con algunos Estados o para la comunidad internacional en su conjunto¹⁴. En este orden de ideas, el tipo o clase de obligación internacional tampoco incide en la ilicitud, con lo cual no es influyente que la obligación infringida sea más o menos concreta, de hacer o no hacer, de medio o resultado (Economides, 2010, pp. 371 y 372). Finalmente, el objeto o contenido de la obligación internacional tampoco es decisivo, de modo que no es necesario que el comportamiento objeto de la infracción se describa en los mismos términos de la obligación violada (CDI, 2001, p. 59, art. 12, comentario n° 10).

La única circunstancia relevante para la configuración de la ilicitud es la vigencia de la obligación internacional al momento en que se produce el comportamiento estatal que la vulnera. Así lo impone el principio del Derecho intertemporal o de irretroactividad, consagrado en el artículo 13 del PREHII y, anteriormente, en el artículo 28 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CDI, 2001, p. 60, art. 13, comentario n° 1).

Sobre este punto es conveniente realizar algunas observaciones. En primer lugar, el Derecho aplicable será el que estaba vigente al momento de la producción del hecho, con independencia del periodo en que se presente la reclamación y se substancie el procedimiento destinado a resolver el asunto (Stern, 2010, p. 216; Tavernier, 2010, p. 400). Por lo tanto, la ilicitud subsiste si con posterioridad a la comisión del hecho la obligación internacional deja de tener vigencia (Gutiérrez Espada, 2005, pp. 63 y 64; Stern 2010, p. 216; Tavernier, 2010, p. 399; CDI, 2001, pp. 61 y 62, art. 13, comentarios n° 7-8). Esta regla no debe confundirse con la prescripción de la responsabilidad internacional, institución a la que el Proyecto presta poca atención, destinándole una sola y ambigua disposición –el art. 45– conforme a la cual la responsabilidad internacional se prolonga indefinidamente en el tiempo, salvo que el Estado lesionado consienta en la extinción o haya resultado gravemente perjudicado por la demora en la presentación de la reclamación (Gutiérrez Espada, 2005, pp. 64 y 65; CDI, 2001, pp. 130-132, art. 45, comentarios 6-11)¹⁵. En segundo lugar, la determinación del momento en que se ha vulnerado la obligación incide en muchas otras cuestiones relevantes. Salmon (2010, p. 383) ha elaborado una lista de temas sobre los que repercute la determinación del momento de la infracción, entre otros, la operatividad de la protección diplomática, la valoración del perjuicio para los efectos de la reparación, la activación de la jurisdicción de un tribunal internacional, el carácter nacional o internacional de una reclamación, la admisibilidad de la acción y la ya mencionada prescripción.

comportamiento diferente de la obligación infringida que no será necesariamente una omisión (Letty, 2010, pp. 355-363).

¹⁴ Vid. PREHII, art. 12, comentario n° 6, en el que se aclara que la violación de normas imperativas del Derecho internacional general genera consecuencias especiales (CDI, 2001, p. 58).

¹⁵ Esta norma, tal como lo aclara en el comentario 1 al art. 45 del PREHII (CDI, 2001, p. 130) se inspiró en el art. 45 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, cit., que se remite al saneamiento de los tratados.

5.2. La imputabilidad o atribución

El Estado es una entidad abstracta y colectiva cuyo comportamiento no puede llevarse a cabo sin la actuación de sus órganos. A su vez, éstos últimos están integrados por personas naturales que ejecutan fácticamente el hecho. Por lo tanto, la imputabilidad o atribución es una operación jurídica que tiene por objeto determinar si el comportamiento activo u omisivo de una persona física o jurídica puede considerarse un acto del Estado (Condorelli y Kress, 2010, p. 221; Mariño Menéndez, 2005, pp. 478 y 479; Przetacznik, 1983, p. 71)¹⁶.

El PREHII destina el capítulo II de la Primera Parte a la regulación de esta materia, consagrando un conjunto de reglas que pretenden abarcar diferentes clases o categorías de casos. En términos generales, la imputabilidad razona sobre la base de una regla general que consiste en el principio de unidad del Estado y un conjunto de reglas excepcionales. De conformidad con el principio de unidad del Estado, toda acción u omisión de un órgano público cometido en calidad de tal es atribuible al Estado al que pertenece ese órgano (CDI, 2001, p. 41, art. 4). El fundamento último de esta regla de atribución es el principio de soberanía, ya que si el Estado tiene la facultad para poder organizar libremente su estructura orgánica es evidente que los hechos ilícitos cometidos por sus órganos le son imputables (Momtaz, 2010, p. 239). El tipo de órgano que incurre en el ilícito es irrelevante para la aplicación de esta regla de atribución (CDI, 2001, p. 41, art. 4, comentario 5), pudiendo tratarse de todo tipo de entidad individual o colectiva, persona natural o jurídica (CDI, 2001, pp. 41-44, art. 4, comentarios 6 y 12), con independencia de la jerarquía (CDI, 2001, p. 42, art. 4, comentario 7), naturaleza de funciones (CDI, 1973, p. 57), nivel territorial (Comisión de Conciliación Franco-Italiana, 2006, pp. 150-170) o pertenencia al Poder Judicial, Ejecutivo o Legislativo (CDI, 2001, pp. 41-42, art. 4, comentario 6).

El resto de las reglas de imputabilidad consagradas en el PREHII tienen por objeto permitir la atribución de una ilicitud a un Estado en supuestos en que el principio de unidad no es aplicable. De ese modo, se hace referencia al caso de entidades que sin formar parte del Estado ejercen atribuciones del poder público (art. 5) y al de los órganos de un Estado puestos a disposición de otro Estado (art. 6). También se alude a la imputabilidad de los actos *ultra vires*, esto es, aquellos cometidos por un órgano o funcionario del Estado fuera de su competencia o incumpliendo instrucciones (art. 7). El resto de las reglas se refiere a la imputabilidad de hechos cometidos por entidades no estatales. De ese modo, se hace referencia a la regla del control e instrucciones (art. 8), a los casos de ausencia de una autoridad oficial (art. 9), a una serie de reglas aplicables a hechos de movimientos insurreccionales (art. 10) y a la aceptación de un hecho como propio por parte del Estado (art. 11).

6. Conclusiones

¹⁶ Según el comentario nº 2 del art. 2(a) del PREHII (CDI, 2001, p. 35), se optó por la utilización del término "atribución", a pesar de que la palabra "imputación" era bastante recurrente en la jurisprudencia. Esta elección se justifica porque el primero de estos términos "no supone en modo alguno que el proceso jurídico de relacionar un comportamiento con el Estado sea una ficción" (CDI, 2001, p. 37, art. 2, comentario 12). En la doctrina, Przetacznik (1983, p. 72) comparte esta elección. Por el contrario, Gutiérrez Espada (2005, p. 84) prefiere el término "imputación" por su carácter técnico. A su vez, según Condorelli y Kress (2010, p. 223), la elección de uno u otro término no acarrea consecuencias prácticas trascendentes.

Con independencia de la discusión sobre el carácter más o menos vinculante del PREHII y a pesar de la incertidumbre sobre su destino, este trabajo permite concluir que, de acuerdo al estado actual de la discusión, el hecho internacionalmente ilícito es una noción imprescindible para la teoría sobre la responsabilidad internacional. El análisis o valoración del resto de los componentes de esta teoría, en efecto, dependerán inevitablemente de la configuración de un hecho internacionalmente ilícito. Razonando en base a la lógica de la distinción entre las normas primarias y normas secundarias, esta noción pretende otorgar un marco general en virtud del cual se puedan identificar las ilicitudes imputables a los Estados con independencia de la naturaleza jurídica del deber internacional infringido o de la fuente del Derecho Internacional de la que deriva. Así, la regulación de sus dos componentes, la ilicitud y la imputabilidad, pretende asentar un conjunto de criterios generales que guíen al intérprete en la valoración de una eventual infracción del Derecho Internacional. Con independencia de las discusiones que se han suscitado sobre el contenido de estos elementos –sobre todo en cuanto la entidad de ciertas reglas de imputabilidad–, la noción del hecho internacionalmente ilícito sigue teniendo plausibilidad analítica, por lo que un buen manejo de sus contornos conceptuales es necesario para valorar su configuración en un caso concreto.

Bibliografía

- ABAD CASTELOS, M. (2001), “El avance sectorial, la fragmentación del orden jurídico y sus riesgos: ¿está a salvo la unidad del Derecho internacional?”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 5, pp. 35-56.
- ASAMBLEA GENERAL (2007), Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, A/62/62.
- ASAMBLEA GENERAL (2010), Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, A/65/76.
- ASAMBLEA GENERAL (2013), Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, A/68/72.
- ASAMBLEA GENERAL (2016), Sexta Comisión, *Seventy-first session. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Agenda item 74)*, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/en/ga/sixth/71/resp_of_states.shtml. [fecha de consulta: 1 de julio de 2017].
- ASAMBLEA GENERAL (2016), Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, A/71/80.
- BOYLE, A. E. *et. al.* (1998), *The International Law Commission and the Future of International Law*, The British Institute for International and Comparative Law, Londres.
- BROWNLIE, I. (2008), *Principles of Public International Law*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- CANÇADO TRINIDADE, A. A. (2013), *International Law for Humankind. Toward a New Jus Gentium*, 2ª ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston.
- CARON, D. (2002), “The ILC Articles on State Responsibility: the Paradoxical Relationship between Form and Authority”, *American Journal of International Law*, vol. 96, issue 2, pp. 857-873.
- COMISIÓN DE CONCILIACIÓN FRANCO-ITALIANA (2006), “Différend Héritiers de S.A.R. Mgr le Duc de Guise, Décisions nos 43, 87, 107 et 162, 3 April, 18

- December 1950, 15 September 1951 and 20 November 1953”, Reports of International Arbitral Awards, vol. XIII, pp. 150-170, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIII/150-170_Heritiers.pdf [fecha de consulta: 1 de julio de 2017].
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1949), “Report to the General Assembly”, Yearbook of the International Law Commission, 1949, pp. 277-290.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission. State Responsibility, International Law Commission*, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://legal.un.org/ilc/guide/9_6.shtml [fecha de consulta: 3 de julio de 2017].
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1971), “Document A/CN.4/246 and Add.1-3: Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur-The internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility”, Yearbook of International Law Commission, vol. II (1), pp. 199-274.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1973), “State responsibility”, Yearbook of International Law Commission, vol. I.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1989), “Second Report of the Special Rapporteur, Mr. Gaetano Arangio-Ruiz”, Yearbook of International Law Commission, vol. II(1), pp. 1-58.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1996), “Draft articles on State responsibility. 1. Text of the Draft Articles Provisionally Adopted by the Commission on First Reading”, Yearbook of the International Law Commission, vol. II (2), pp. 58-73.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1998), “First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur”, Document A/CN.4/490 and Add. 1-7, 24 de Abril, 1, 5, 11 y 26 de mayo, 22 y 24 de Julio, 12 de Agosto de 1998, Yearbook of the International Law Commission, vol. II(1), pp. 1-80.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2001), “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el quincuagésimo tercer período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, segunda parte, p. 1-223.
- CONDORELLI, L. y KRESS, C. (2010), “The Rules of Attribution: General Considerations”. En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 221-236.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1980), *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, 24 de mayo de 1980, *I.C.J. Reports*, p. 3.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2004), *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, p. 136.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2005), *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs. Uganda)*, Judgment, 19 de Diciembre de 2005, *I.C.J. Reports*, p. 168.
- CRAWFORD, J. (2004), *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad Internacional del estado*, Dykinson, Madrid.
- CRAWFORD, J. (2012), *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- DAVID, E. (2010), “Primary and Secondary Rules”. En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 27-33.
- DUPUY, P.-M. (1998), “Infraction (Droit International Public)”. En : GÜNCÜ, O. (col.), *Répertoire de Droit International*, 3 vols., Paris, Dalloz, t. II, pp. 1-8.
- ECONOMIDES, C. P. (2010), “Content of the Obligation: Obligations of Means and

- Obligations of Result". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 372-381.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2002), "Por una responsabilidad «responsable» (a propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos)". En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, pp. 369-391.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2005), *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. (2008), *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Trotta, Madrid.
- HART, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- KRESS, C. (2001), "L'organe de facto en Droit international public. Réflexions sur l'imputation a l'état de l'acte d'un particulier a la lumière des développements récents", *Revue Générale de Droit International Public*, 105 (1), pp. 93-144.
- LETTY, F. (2010), "Actions and Omissions". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 355-363.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. (2005), *Derecho Internacional Público. Parte General*, 4ª ed., Trotta, Madrid.
- MERON, T. (1991), *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press, Oxford.
- MOMTAZ, D. (2010), "Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 237-246.
- NISHIMURA, Y. (2010), "Source of the Obligation". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 365-369.
- PELLET, A. (2010a), "The Definition of Responsibility in International Law". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 3-16.
- PELLET (2010b), "The ILC'S Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 75-94.
- PRZCETACZNIK, F. (1983), "The International Responsibility of the States for Ultra Vires Acts of their Organs", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 61, pp. 67-80.
- SALMON, J. (2010), "Duration of the Breach". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 383-396.
- SINCLAIR, I. (1987), *The International Law Commission*, Grotius Publications Limited, Cambridge.
- STERN, B. (2010), "The Elements of an Internationally Wrongful Act". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 193-220.
- TAVERNIER, P. (2010), "Relevance of the Intentional Law". En: CRAWFORD, J., PELLET, A. y OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 397-403.
- ZEMANEK, K. (1996), "Does Codification Lead to Wider Acceptance?". En: ONU, *International Law as a Language for International Relations*. The Hague, Kluwer Law International, pp. 224-229.

Crimen de agresión

Crime of aggression

Gloria Fernández Arribas
 Universidad Pablo de Olavide
gferarr@upo.es

Recibido / received: 23/02/2017
 Aceptado / accepted: 31/07/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3824>

Resumen

El crimen de agresión fue incluido como uno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma, si bien en la actualidad la Corte no ejerce aún la competencia sobre el mismo. La definición del crimen de agresión, así como el régimen de entrada en vigor y ejercicio de la competencia, fue desarrollado en la Resolución 6 adoptada en la Conferencia de Kampala en 2010¹, mediante la cual se enmienda el Estatuto de la Corte. En este trabajo se analiza, junto con la definición del crimen, el complicado y en ocasiones enrevesado régimen de entrada en vigor y ejercicio de la competencia, que difiere según los asuntos sean remitidos por un Estado miembro o *proprio motu*, o por el Consejo de Seguridad.

Palabras clave

Crimen de agresión, Corte Penal Internacional, entrada en vigor, jurisdicción, inmunidades.

Abstract

The crime of aggression was included in the Rome Statute as one of the crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court, although the Court has not yet exercised its jurisdiction over this crime. The definition of the crime of aggression, as well as the regimes to entry into force and the exercise of jurisdiction were established in Resolution 6 adopted at the Kampala Conference in 2010, which amended the Rome Statute. This paper analyzes, together with the definition of crime, the complicated and sometimes intricate regime of entry into force and exercise of jurisdiction, which differs regarding whether the cases are referred by a Member State or proprio motu, or by the Security Council.

Keywords

Crime of aggression, International Criminal Court, entry into force, jurisdiction, immunities.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. 2.1. Definición de crimen de agresión. 2.2. Entrada en vigor y ejercicio de la competencia. 2.2.1. Ejercicio de la competencia por remisión de un Estado o *proprio motu*. 2.2.2. Ejercicio de la competencia mediante remisión del Consejo de Seguridad. 2.3. Inmunidades.

¹ Conferencia de Revisión (2010), Resolución RC/Res.6 sobre el Crimen de Agresión.

1. Introducción

La inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) supuso un hito en la criminalización de lo que el Tribunal de Núremberg consideró como “el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos”².

Pero a pesar de que el primer enjuiciamiento de carácter internacional por la comisión de crimen de agresión fue llevado a cabo por el Tribunal de Núremberg, previamente, con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, ya se había intentado el enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II; no por agresión, sino por “*a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties*” (Tratado de Versalles, 1919, artículo 227). En este sentido, en la Conferencia de París de 1919 las potencias aliadas contestaron a las observaciones de Alemania relativas a las condiciones de paz señalando que la guerra que había dado comienzo el 1 de agosto de 1914 constituía el mayor crimen contra la humanidad y la libertad de los pueblos que cualquier nación que pudiera llamarse a sí misma civilizada había cometido jamás; y que por tanto “*those individuals who are the most clearly responsible for German aggression and for those acts of barbarism and inhumanity which have disgraced the German conduct of the war, must be handed over to a justice*” (*ibid.*). El resultado no fue en todo caso el esperado conforme a lo establecido en el Tratado de Paz, ya que el Káiser Guillermo II se refugió en los Países Bajos y nunca fue juzgado.

Será por tanto, como hemos señalado, en Núremberg donde por primera vez se produzca el enjuiciamiento por la comisión de crimen de agresión —definido en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional como “Crímenes contra la paz”, y señalando como tales “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados” (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1945, artículo 6).

En todo caso, durante los juicios de Núremberg, tanto la Fiscalía como la Defensa plantearon dudas acerca de si el crimen de agresión era considerado un crimen con anterioridad al Estatuto de Núremberg, a lo que el Tribunal contestó que dicho crimen ya existía previamente en base al Pacto Briand-Kellogg de 1928³. Hoy día es ampliamente aceptado el crimen de agresión como un crimen de derecho internacional consuetudinario (Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst, 2014, p. 308).

2. El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Las propias características del crimen de agresión, junto con su conexión con el uso ilegal de la fuerza, hacen de este crimen una materia controvertida, lo cual ha llevado a establecer un régimen especial de entrada en vigor y ejercicio de la competencia por parte de la Corte.

El crimen de agresión fue incluido en el Estatuto de Roma entre los crímenes de competencia de la Corte, si bien no se incluía la definición del mismo⁴ —como sí

² Sentencia de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946, citada en Remiro Brotons (2005, p. 1).

³ “... la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente entraña la proposición de que una guerra de esa índole es ilegal en el derecho internacional, y de que quienes planean y hacen una guerra de esa índole, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un crimen al actuar de tal manera”. Citado en PCNICC (2002).

⁴ Sobre las posibles razones que llevaron a esta solución véase Cassese (1999, p. 146-148).

ocurría con el resto de crímenes— y se señalaba que la Corte ejercería su competencia una vez se aprobara una disposición en la que se definiera el crimen así las condiciones en las que la Corte ejercería la mencionada competencia⁵.

Esta disposición se aprobó finalmente en el año 2010 en la Conferencia de Kampala (Conferencia de Revisión, 2010) en la cual se adopta la definición del crimen de agresión, las condiciones de ejercicio de la competencia y las enmiendas a los Elementos de los Crímenes (Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2002). A pesar de ello, la Corte no puede ejercer actualmente su competencia respecto del crimen de agresión, ya que conforme a los artículos 15 bis (3) y 15 ter (3), incorporados al Estatuto de Roma mediante la Resolución de Kampala, “la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017”. Decisión que en la fecha de conclusión de este trabajo todavía no ha sido adoptada. Esta cuestión relativa a la entrada en vigor de las enmiendas y ejercicio de la competencia por parte de la Corte será analizada en un epígrafe aparte, junto con la definición del crimen de agresión y la aplicación de las inmunidades.

2.1. Definición de crimen de agresión

Tras previos intentos de definir el concepto de agresión (Cryer, Friman, Robinson y Wilmschurst, 2014, p. 309; Ferencz, 1972), finalmente la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en 1974 la Resolución 3314 en la que se incluía la definición de agresión, la cual posteriormente servirá de base para el concepto de crimen de agresión incluido en la Resolución de Kampala (Conferencia de Revisión, 2010), y hoy día en el artículo 8 bis del Estatuto de la Corte.

La definición recogida en el artículo 8 bis puede ser dividida en dos partes: la primera de ellas relativa a la determinación de la persona que comete un crimen de agresión, y la segunda referida a qué constituye un acto de agresión.

Respecto a la persona que comete un crimen de agresión, el artículo 8 bis (1) establece que será cometido por aquella persona que “estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado (...) planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas”.

La primera parte de esta definición indica que nos encontramos ante un crimen de liderazgo, esto es, un crimen que por norma general será cometido por jefes de Estado o Gobierno o altos cargos del Estado con control sobre la acción política o militar. Esta limitación deja fuera por tanto a los miembros de las fuerzas armadas que ejecutan el acto de agresión. Esta cuestión es además aclarada mediante la inserción del artículo 25. 3 bis, que acota la aplicación de las reglas de la responsabilidad penal individual a las personas mencionadas, esto es, las que controlan o dirigen efectivamente la acción política o militar de un Estado.

En todo caso, y a pesar de que el crimen incluya la planificación, preparación e iniciación de un acto de agresión, los Elementos de los Crímenes (Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2002) indican que es necesario que el acto de agresión se haya llevado a cabo a fin de poder acusar a una persona de la comisión de dicho crimen. Pero no sólo esto, sino

⁵ Artículo 5.2.

que como en el resto de crímenes de competencia de la Corte, los Elementos de los Crímenes recogen un requisito relativo a la *mens rea*, de modo que la persona que comete el crimen tuviera conocimiento de que el uso de la fuerza armada utilizada era incompatible con la Carta de Naciones Unidas. Finalmente es necesario que dichos hechos constituyan también una violación manifiesta de la Carta.

Este último requisito —esto es, violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas— supone uno de los elementos más conflictivos de la definición del crimen de agresión, ya que a pesar de que en los Elementos de los Crímenes se señale que la expresión “manifiesta” es una calificación objetiva, los elementos del acto de agresión que permiten determinar dicho carácter manifiesto (características, gravedad y escala) sí podrían verse afectados por un cierto grado de subjetividad a la hora de llevar a cabo su análisis.

El análisis de este requisito debe ponerse por tanto en relación con la segunda parte de la definición: el acto de agresión.

El artículo 8 bis (2) toma la definición de agresión recogida en la Resolución 3314 y considera como acto de agresión “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas”. A continuación, pasa a señalar una serie de actos que serán considerados como agresión y que ya recogía también la Resolución 3314. En todo caso es necesario señalar que no nos encontramos ante una lista cerrada, y por tanto cualquier otro acto que cumpla los requisitos señalados podrá ser considerado también acto de agresión.

En relación con los requisitos que debe cumplir el acto de agresión, la necesidad de que se trate de una violación manifiesta de la Carta ha sido señalado como un medio para dar cumplimiento al requisito de que el artículo 8 bis sea interpretado de conformidad con el derecho consuetudinario en la materia (Kreß, 2016, pp. 509-510), limitando de este modo los actos de agresión que dan lugar a responsabilidad del individuo a aquellos que son prohibidos por el derecho consuetudinario. En este sentido, se ha señalado que el establecimiento de este umbral parece querer dejar a un lado aquellas actuaciones que implican el uso de la fuerza armada y que hoy día resultan controvertidas (Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst, 2014, p. 231; Heinsch, 2010, p. 730; Kreß, 2010, p. 1138), como serían la intervención humanitaria, el uso de la fuerza en la lucha contra el terrorismo o determinados casos de legítima defensa, hechos que podrían ser suficientemente graves y, en escala, importantes como para cumplir los demás requisitos, pero sobre los que no existe posición unánime acerca de su contravención con la Carta de Naciones Unidas. Aquí cumpliría su función la expresión “características”, estableciendo como señala Kreß un umbral cualitativo (2016, pp. 1138).

En todo caso, la gravedad y escala también permiten acotar el campo de actuación respecto de otros casos de uso de la fuerza que, si bien constituyen una violación de los principios de la Carta por su gravedad o escala, no parece que entrasen en el concepto de violación manifiesta, como por ejemplo serían las escaramuzas fronterizas; se requiere por tanto intensidad (Kreß, 2016, pp. 511). La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) ya señaló que las formas más graves de uso de la fuerza que daban lugar al ejercicio de la legítima defensa eran las que implicaban un ataque armado, y la propia definición de agresión recoge expresamente el uso de la fuerza armada; pero la CIJ, al excluir los incidentes fronterizos de entre las formas más graves del uso de la fuerza, señalaba también que era necesaria cierta intensidad (Corte Internacional de Justicia, 1986, par. 195).

El acto de agresión recogido en el estatuto de la CPI cumple por tanto con esa necesidad de intensidad que ha venido desarrollando la CIJ⁶, y que se encuentra en conexión con el derecho consuetudinario relativo al uso de la fuerza. Este requisito de intensidad también puede considerarse confirmado en el Entendimiento número 6, que establece que “se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza” (Kreß, 2016, p. 514). La gravedad del acto también fue señalada en la Resolución 3314, al establecer que el Consejo de Seguridad podría concluir que el uso de la fuerza armada por parte de un Estado podía no constituir un acto de agresión debido a que el hecho o sus consecuencias no eran los suficientemente graves.

2.2. Entrada en vigor y ejercicio de la competencia

El régimen de entrada en vigor de las enmiendas adoptadas en la Conferencia de Kampala sobre el crimen de agresión viene recogido en el artículo 121.5 del Estatuto de la CPI, tal y como recoge la propia Resolución 6 (Conferencia de Revisión, 2010). De este modo, las enmiendas que recogen la definición de crimen de agresión y ejercicio de la competencia entrarán en vigor sólo para los Estados partes que las hayan adoptado, y un año después del depósito de los instrumentos de ratificación. El artículo 121.5 excluye en todo caso la competencia de la Corte respecto de los crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados partes que no hayan aceptado las enmiendas. Esta última frase, junto con el contenido del artículo 1 de la Resolución 6, relativo a la posibilidad de que un Estado parte deposite una declaración mediante la cual no reconozca la competencia de la Corte en los casos de remisión por un Estado o *proprio motu*, ha dado lugar a diversas interpretaciones, y supone uno de los diferentes aspectos propios del complicado y enrevesado régimen de entrada en vigor y ejercicio de la competencia respecto de este crimen⁷.

En lo referido al ejercicio de la competencia es necesario referirse, en primer lugar, al retraso en la activación de la misma, ya que a pesar de que las enmiendas entren en vigor en el momento de ratificación o aceptación por parte del Estado, la Corte, tal y como señalan los artículos 15 bis (3) y 15 ter (3), deberá esperar a que después de 1 de enero de 2017 la mayoría de Estados partes que se requieren para la aprobación de una enmienda —esto es, dos tercios— adopten una decisión respecto del ejercicio de la competencia.

2.2.1. Ejercicio de la competencia por remisión de un Estado o *proprio motu*

En Kampala se decidió establecer dos regímenes distintos para el ejercicio de la competencia según la remisión fuese realizada por un Estado y *proprio motu*, o por el Consejo de Seguridad.

Respecto de la remisión por un Estado o *proprio motu*, el artículo 15 bis (2) establece la primera diferencia, ya que a pesar de que el artículo 121.5 que mencionábamos no exigía un número mínimo de ratificaciones para la entrada en vigor de las enmiendas, el artículo 15 bis (2) establece que la competencia podrá ejercerse sólo un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes; requisito ya cumplido, y exigencia ésta recogida en el artículo 121.4, que establece un régimen distinto de entrada en vigor. Por tanto, parece ser

⁶ Véase Corte Internacional de Justicia (2003, par. 43 ss.).

⁷ Sobre los problemas que plantea el régimen de entrada en vigor y ejercicio de la competencia véase (Akande 2010), Kress y Von Holtzendorff (2010), Zimmermann (2012), Fernández Arribas (2013), Barriga y Blokker (2016).

que se ha optado por tomar el modelo de entrada en vigor del artículo 121.4 a fin de limitar el ejercicio de la competencia de la Corte.

El siguiente límite en el ejercicio de la competencia lo encontramos en los artículos 15 bis (4) y (5), referidos a los casos en los que un Estado parte haya depositado una declaración señalando que no acepta la competencia de la Corte en relación con los crímenes de agresión resultantes de actos de agresión cometidos por dicho Estado. Esta declaración, conocida también como cláusula *opting out*, podría considerarse superflua ya que el Estado puede optar por no ratificar las enmiendas y de ese modo, conforme al artículo 121.5, quedaría fuera de la competencia de la Corte. Pero tal y como se ha apuntado, es posible que el Estado, a pesar de querer quedar fuera de la competencia de la Corte, desee llevar a cabo la ratificación de las enmiendas a fin de que pueda cumplirse con el requisito de ratificación de treinta Estados partes señalado, y de ese modo que la Corte pueda ejercer su competencia respecto de otros Estados, así como que pueda ejercerla en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad, tal y como veremos en el siguiente epígrafe. Y por otra parte, esta declaración no excluiría, como sí lo hace el artículo 121.5, el ejercicio de la competencia en caso de que el crimen de agresión hubiese sido cometido en el territorio de dicho Estado, ya que el artículo 121.5 excluye el crimen cometido por nacionales o en territorio del Estado; respecto de este último la doctrina entiende como territorio tanto aquel donde “ el crimen es trazado, como en aquel sobre el que tiene sus efectos, esto es, tanto en territorio del Estado agresor como del Estado víctima” (Fernández Arribas, 2011, p. 467)⁸.

En relación con los Estados no partes, el mencionado artículo 15 bis (5) establece una nueva excepción respecto del artículo 12.2, ya que excluye de la competencia de la Corte los crímenes de agresión cometidos por nacionales o en el territorio de Estados no partes.

Por otra parte, el papel del Consejo de Seguridad en la determinación de la existencia de un crimen de agresión como requisito previo para que la Corte pudiera ejercer su competencia fue discutido durante la Conferencia de Kampala⁹, y sus efectos y el resultado se observan en el artículo 15 bis (6), (7) y (8). En este sentido, y a pesar de cumplirse los requisitos señalados anteriormente, el Fiscal, cuando decida iniciar la investigación, deberá verificar si el Consejo de Seguridad se ha pronunciado sobre la existencia de un acto de agresión, además de notificar al Secretario General de Naciones Unidas la situación ante la Corte. El Fiscal en esta situación puede encontrarse con que el Consejo de Seguridad sí haya confirmado la existencia de un acto de agresión, lo que le permitiría iniciar la investigación; o puede encontrarse con el caso más probable¹⁰ de que el Consejo de Seguridad no haya constatado expresamente la existencia de un acto de agresión. En este último caso deberá esperar seis meses desde que se notificó al Secretario General sobre la situación, y en caso de transcurrido ese periodo de tiempo sin pronunciamiento por parte del Consejo de Seguridad, el Fiscal podrá iniciar la investigación previa

⁸ Barriga y Blokker (2016, p. 637) señalan por otra parte que la cláusula *opting out* lleva a la conclusión de que la jurisdicción de la Corte se ejerce, por defecto y se si cumplen el resto de requisitos, respecto de actos de agresión cometidos por cualquier Estado parte, incluso respecto de aquellos que no han ratificado las enmiendas. Entendemos que este caso la Corte podría iniciar una investigación respecto de acto de agresión cometido por un Estado parte, pero solo podría ejercer su competencia respecto del crimen en el caso de que el autor o el territorio donde se cometa el crimen perteneciesen a un Estado que hubiese ratificado las enmiendas, en caso contrario nos encontraríamos con una contradicción entre dicha cláusula *opting out* y el artículo 121.5 del Estatuto.

⁹ Véase Van Schaack (2010, p. 513).

¹⁰ Tal y como señala Remiros ro tons “en la práctica, sin embargo, el Consejo de Seguridad ha sido reacio a calificar como *agresión* situaciones que aparentaban serlo, prefiriendo cultivar la ambigüedad” (2005, p. 3).

autorización por la Sala de Cuestiones Preliminares, y siempre que el Consejo de Seguridad no se haya pronunciado en contra conforme al artículo 16 del Estatuto.

En relación con la determinación de un acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad, el artículo 15 bis no señala que el Consejo deba realizar dicha determinación de manera expresa. Esto nos lleva a preguntarnos si sería suficiente que el Consejo de Seguridad determinara que se ha producido un acto de los señalados anteriormente como actos de agresión sin que expresamente lo calificara como tal. De este modo cuando el Consejo de Seguridad condenaba expresamente en su resolución 660 (1990) la invasión de Kuwait por Irak —acto incluido en el artículo 8 bis (2) a) como acto de agresión, añadiendo que dicho acto constituía un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales, lo que permitiría confirmar la gravedad del mismo—, estaría, conforme a la interpretación propuesta, determinando la existencia de un acto de agresión que permitiría el ejercicio de la competencia por remisión del Fiscal conforme al artículo 15 bis (6).

Finalmente señalar que la determinación de la existencia de un acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad u otro órgano ajeno a la Corte no comprometerá las conclusiones a las que ésta pueda llegar.

2.2.2. Ejercicio de la competencia mediante remisión del Consejo de Seguridad

Las exigencias relativas al número de ratificaciones, así como a la adopción de una resolución después de 1 de enero de 2017, se mantienen también para el ejercicio de la competencia por remisión del Consejo de Seguridad.

Pero a diferencia de las remisiones por los Estados o *proprio motu*, en el caso del Consejo de Seguridad no se establecen excepciones, de modo que el Consejo de Seguridad podrá remitir un asunto relativo a actos cometidos en territorio y por nacionales de Estados no partes. Este hecho, si bien supone una importante diferencia a la hora de luchar contra la impunidad por la comisión de este crimen, se encuentra con el complicado problema que presenta el reconocimiento de inmunidades a los jefes de Estado y de Gobierno, así como a otros altos representantes del Estado, y que analizaremos brevemente en el siguiente epígrafe.

En todo caso, este reconocimiento de competencia respecto de Estados no partes podría plantear dudas respecto de los Estados partes que no han ratificado las enmiendas. Conforme al artículo 121.5 del Estatuto, las enmiendas entrarán en vigor respecto de aquellos Estados que las hayan ratificado, lo que conllevaría en principio que, en caso de que un Estado no ratificase las enmiendas, no le sería de aplicación el artículo 15 ter relativo a las remisiones por el Consejo de Seguridad. Esta interpretación del artículo 121.5 no resultaría coherente con el contenido de la Resolución 6 y en concreto del artículo 15 ter, ya que mientras que el Consejo de Seguridad sí podría remitir asuntos sobre Estados no partes en el Estatuto de Roma, no podría remitirlos respecto de Estados partes que no hayan ratificado las enmiendas. Esta cuestión queda en todo caso solventada en el Anexo II de la Resolución 6, en cuyo apartado 2 se recoge que la Corte ejercerá la competencia en casos de remisión por el Consejo de Seguridad “independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto”.

Esta declaración resulta también acorde con la exclusión de la cláusula *opting out* del artículo 15 ter; de este modo, los Estados, al ratificar las enmiendas, no podrán declarar que no aceptan la competencia de la Corte respecto de los casos remitidos por el Consejo de Seguridad.

2.3. Inmunidades

Finalmente señalaremos brevemente el problema planteado respecto del derecho consuetudinario relativo a las inmunidades de jefes de Estado y de Gobierno, así como de otros altos cargos, junto con el hecho de que nos encontremos ante un crimen de liderazgo que sólo pueda ser cometido precisamente por aquellos a los que se les reconocen dichas inmunidades.

En primer lugar, es necesario señalar que, respecto de los Estados partes, dicho problema en principio no debería plantearse en el Estatuto de la Corte, ya que el artículo 27 del Estatuto establece que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. De este modo los Estados partes estarían renunciando a las inmunidades que corresponden a los cargos oficiales.

El problema, por otra parte, se plantea respecto de los Estados no partes en el Estatuto que no han renunciado a las inmunidades de los altos cargos conforme al artículo 27. A este hecho se une el contenido del artículo 98 del Estatuto, que establece que la Corte no dará curso a una solicitud de entrega en los casos en los que la misma imponga al Estado requerido actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional respecto de la inmunidad de un Estado, inmunidad diplomática de una persona o de un tercer Estado.

La conexión entre el artículo 27 y 98 ha sido objeto de numerosos estudios y ha tenido su manifestación práctica en el caso Al Bashir (Abrisketa Uriarte, 2016; Fernández Arribas, 2015), en el que la Corte se ha enfrentado a la falta de colaboración de algunos Estados partes alegando en determinados casos el reconocimiento de la inmunidad a Al Bashir como jefe de Estado.

En todo caso la cuestión de la inmunidad de los altos cargos adquiere un grado de especial importancia en el caso del crimen de agresión. Como hemos señalado, nos encontramos ante un crimen de liderazgo, por lo que sólo podrá ser cometido por aquellas personas a las que se les reconoce inmunidad de jurisdicción. Si bien los Estados partes renuncian a dicha inmunidad conforme al artículo 27, el hecho de que se reconozca la inmunidad a los altos cargos de los Estados no partes en la práctica viene a dejar sin aplicación, en parte, el artículo 15 ter, que permite al Consejo de Seguridad remitir asuntos a la Corte con independencia de que el crimen haya sido cometido en el territorio o por un nacional de un Estado no parte. Ello se debe a que en dichos casos y en aplicación estricta del artículo 98, la Corte únicamente podría ejercer su jurisdicción en caso de que el Estado del nacional requerido renunciara a dicha inmunidad, caso poco probable al ser una decisión que principalmente correspondería a la persona cuya entrega se está solicitando.

Por tanto, mediante dicha aplicación del artículo 98, nos encontraríamos en la práctica con los mismos efectos del artículo 15 bis (5), que establecía que “respecto de un Estado no parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado ...”, apartado este que no se añadió al artículo 15 ter con la intención de otorgar competencia a la Corte respecto de los nacionales de Estados no partes en casos de remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad.

Será por tanto necesario buscar interpretaciones que permitan dar cumplimiento al objeto y fin de este artículo 15 ter, de modo que la competencia que se ha pretendido otorgar a la Corte respecto de Estados no partes no quede

desvirtuada y sin efecto por la aplicación del régimen de inmunidades, y ello a pesar de, y teniendo presentes que, tal y como indicaba la CIJ, “*immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law*” (Corte Internacional de Justicia, 2002, par. 60).

Bibliografía

- ABRISKETA URIARTE, J. (2016), “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. 68.
- AKANDE, D. (2010), “*What Exactly was Agreed in Kampala on the Crime of Aggression?*”, EJIL: Talk!. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/>
- BARRIGA, S. y BLOKKER, N. (2016), “Entry into force and conditions for the exercise of jurisdiction: cross-cutting issues”. En: KREß, C. y BARRIGA, S., *The Crime of Aggression. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CASSESE, A. (1999), “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law*, vol. 10.
- CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E. (2014), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FERENCZ, B.B. (1972), “Defining Aggression: Where it Stands and Where it’s going”, *The American Journal of International Law*, vol. 66.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (2011), “El Compromiso de Kampala sobre el Crimen de Agresión. ¿Fin a la impunidad por el uso ilegal de la fuerza?”. En: RITO, W. y PUEYO LOSA, J. (dirs.), *Conflictos Armados, Gestão Pós- Conflitual e Reconstrução. Conflictos Armados, Gestión Posconflicto y Reconstrucción*, Andavira.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (2013), “Entrada en vigor y ejercicio por la Corte Penal Internacional de la jurisdicción sobre el crimen de agresión”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (2015), “Las dificultades de la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de Jefes de Estado y de Gobierno: los casos Al Bashir y Kenyatta”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Información y Documentación, vol. 67.
- HEINSCH, R. (2010), “The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?”, *The Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, núm. 2.
- KREß, C. (2010), “Time for Decision: Some thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A reply to Andreas Paulus”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 4.
- KREß, C. (2016), “The state conduct element”. En: KREß, C. y BARRIGA, S., *The Crime of Aggression. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KRESS, C. y VON HOLTZENDORFF, L. (2010), “The Kampala Compromise on the Crime of Aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 8.
- REMIRO BROTONS, A. (2005), “Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo”, *FRIDE*, Documento de Trabajo, 10.
- ZIMMERMANN, A. (2012), “Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute. The Kampala Compromise on the Crime of Aggression and the Law of Treaties”, *Journal of International Criminal Justice*, no 10.
- VAN SCHAACK, B. (2010), “Negotiating at the Interface of Power & Law: The Crime of Aggression”, *Columbia Journal of Transitional Law*, vol. 49.

Documentos oficiales



- ASAMBLEA DE LOS ESTADOS PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (2002), “Elementos de los Crímenes”, *Primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002, Documentos Oficiales*, pp. 112-160. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CP5.pdf>
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1974), Resolución 3314 (XXI) de 14 de diciembre.
- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS (1945)
- CONFERENCIA DE REVISIÓN (2010), Resolución RC/Res.6 sobre el Crimen de Agresión. Disponible en: <https://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-SPA.pdf>
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1986), “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)”, sentencia del 27 de junio, Recueil 1986.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2002), Orden de arresto de 11 de Abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), sentencia del 14 de febrero, Recueil, 2002.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2003), “Plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)”, sentencia del 6 de noviembre, Recueil 2003.
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG (1945).
- NACIONES UNIDAS, A/CONF. 183/9 (1998), Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
- PCNICC (COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL) (2002), “Examen histórico de la evolución en materia de agresión (PCNICC/2002/WGCA/L.1)”, Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, Nueva York.
- TRATADO DE VERSALLES (1919). Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/tratadoDeVersalles.pdf>
- TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG (1946), Sentencia de 30 de septiembre/1 de octubre, *American Journal of International Law* (1947), vol. 4.

Mutilación genital

Genital mutilation

Tania García Sedano*
Universidad Carlos III de Madrid
tgседano@der-pu.uc3m.es

Recibido / received: 17/07/2017
Aceptado / accepted: 25/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3825>

Resumen

La mutilación genital constituye una realidad no erradicada que representa una grave vulneración de numerosos derechos fundamentales. Así, numerosos instrumentos internacionales y supranacionales se han ocupado de la misma y por ello ha sido tipificada penalmente en el ordenamiento jurídico español. El presente artículo parte de los mismos para analizar el significado del delito de mutilación genital en nuestro país.

Palabras clave

Mutilación genital, derechos humanos, delito, lesiones.

Abstract

Genital mutilation constitutes a non-eradicated reality that represents a serious violation of many fundamental rights. Thus, numerous international and supranational instruments have dealt with it and for this reason it has been criminalized in the Spanish legal system. The present article starts from the same ones to analyze the meaning of the crime of genital mutilation in our country.

Keywords

Genital mutilation, human rights, crime, injuries.

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Concepto. 1.2. Cifras y datos. 2. Regulación. 2.1. Instrumentos normativos internacionales. 2.2. Instrumentos normativos comunitarios. 3. El delito de mutilación genital en España. 3.1. Antecedentes. 3.2. El bien jurídico protegido. 3.3. La conducta típica. 3.4. Penalidad. 3.5. Error de prohibición. 4. Conclusiones.

1. Introducción

1.1. Concepto

En relación con la definición de mutilación genital femenina, el consenso internacional se explicita a través de una declaración conjunta de diversas organizaciones

* Profesora asociada de la Universidad Carlos III de Madrid y colaboradora en la Universidad Pontificia de Comillas. Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Ávila

internacionales, realizada en 1997 y revisada en 2008 (Organización Mundial de la Salud, 2008)¹, que establece que el concepto de “mutilación genital femenina comprende todos los procedimientos que, de forma intencional y por motivos no médicos, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos” y distingue cuatro modalidades distintas relacionadas con la misma:

- Tipo 1: este procedimiento, denominado a menudo clitoridectomía: resección parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris).
- Tipo 2: este procedimiento, denominado a menudo escisión, consiste en la resección parcial o total del clítoris y los labios menores (pliegues internos de la vulva), con o sin excisión de los labios mayores (pliegues cutáneos externos de la vulva).
- Tipo 3: este procedimiento, denominado a menudo infibulación, consiste en el estrechamiento de la abertura vaginal, que se sella procediendo a cortar y recolocar los labios menores o mayores, a veces cosiéndolos, con o sin resección del clítoris (clitoridectomía).
- Tipo 4: todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital.

No obstante, la definición ha sido analizada en la literatura poniendo de manifiesto su inconsistencia. En ese sentido, se ha destacado la ausencia de una evaluación crítica y equilibrada de la realidad (Public Policy Advisory Network on Female Genital Surgeries in Africa, 2012, p. 21), como muestra la inexistencia de una perspectiva de género, ya que no puede escindirse esta práctica, que implica analizar sexo, identidades, género y poder (Momoh, 2005), del entramado social de la violencia de género de los grupos y las comunidades que las realizan (Nuño, 2017; Shweder, 2002; Ahmadu, 2007; Earp, 2016).

1.2. Cifras y datos

La Organización Mundial de la Salud estima que entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres de todo el mundo han sido sometidas a uno de los tres primeros tipos de mutilación genital femenina (UNICEF, 2005, p. 7). Las estimaciones basadas en los datos más recientes sobre prevalencia indican que 91,5 millones de mujeres y niñas mayores de 9 años en África padecen actualmente las consecuencias de la mutilación

¹ A fin de fortalecer el compromiso internacional en la lucha para eliminar esa práctica, la OMS coordinó la revisión de la Declaración Conjunta OMS/UNFPA/UNICEF sobre mutilación genital femenina formulada en 1997. Presentada oficialmente en febrero de 2008 durante el 52º periodo de sesiones de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la declaración interinstitucional revisada refleja nuevos datos probatorios e incorpora enseñanzas aprendidas en el decenio transcurrido. Pone de relieve el reconocimiento, amplio ya, de las dimensiones de derechos humanos y jurídicas del problema y resume conclusiones de investigaciones recientes sobre la prevalencia de la mutilación genital femenina, las razones de la continuación de la práctica y sus efectos nocivos en la salud de las mujeres, niñas y recién nacidos. Señala una serie de medidas que han de adoptar una diversidad de instancias. Esta declaración conjunta es resultado de amplias consultas con diferentes asociados internacionales, regionales y nacionales, y 10 órganos de las Naciones Unidas (UNESCO, OMS, UNICEF, Comisión Económica de las Naciones Unidas para África, PNUD, ACNUR, UNFPA, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer y ONUSIDA) la han firmado. En el mismo sentido, véase OMS (2017).

genital femenina. Se estima que en África 3 millones de niñas corren el riesgo de ser sometidas a la mutilación genital femenina cada año.

Según el “Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina” del Ministerio de Sanidad (2015), se practica en 29 países², si bien, ésta es una práctica vinculada a determinadas costumbres, tradiciones y creencias, que tiene más que ver con etnias que con países (entre las etnias practicantes se encuentran la Sarahule, Djola, Mandinga, Fulbé, Soninke, Bámbara, Dogon, Edos, Urhobo, Awusa y Fante) (Peramato, 2016).

España es un país de inmigración y emigración, y entre la población inmigrante existe una alta proporción que procede de los países y etnias antes referidos. Según el Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012 (Kaplan y Marcusán y López Gay, 2014) existían, en ese año, 16.869 niñas entre 0 y 14 años procedentes de aquellos países y, por tanto, están en riesgo de ser mutiladas. En concreto, en Madrid habría 2.059 niñas y en Cataluña, 6.182.

Con independencia de las cifras, se trata de una realidad que ha sido calificada como un problema global. En ese sentido, Unicef (2005) ha declarado que: “la práctica de la mutilación genital femenina no está limitada a los países en que se ha practicado tradicionalmente. La emigración africana a los países industrializados es una característica presente desde el final de la segunda guerra mundial y muchas de las emigrantes provienen de países que la practican. Más allá de los patrones migratorios, con frecuencia reflejan los lazos establecidos en el pasado colonial”.

2. Regulación

2.1. Instrumentos normativos internacionales

Son numerosos los instrumentos legales de los que la comunidad internacional se dota para la defensa de los derechos humanos. Sobre la materia que nos ocupa hemos de enunciar, en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tomando como punto de partida el reconocimiento de los derechos fundamentales³ declara que⁴ “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (Carrillo Salcedo, 1993).

También hay que señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, junto con la Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo, cuyos textos abordan el derecho al disfrute de la salud y el bienestar físico y mental e insisten en la promoción de una política pública educativa de los países afectados (Herrera Moreno, 2002).

Como consecuencia de esos instrumentos, la comunidad internacional ha ido construyendo un consenso sobre el reconocimiento de distintas violaciones de derechos humanos de las que son víctimas las mujeres. Así nace la Convención de

² Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Costa de Marfil, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Irak, Kenia, Liberia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria, República Centroafricana, República Unida de Tanzania, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Togo, Uganda y Yemen.

³ Artículo 2.

⁴ Artículo 6.

⁵ Su artículo 12 establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, que obliga a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o que encuentren su fundamento en roles estereotipados asignados convencionalmente a hombres y mujeres (Bustelo García del Real, 1996), así como a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos⁶.

Tomando como punto de partida la Convención se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano particularmente relevante en esta cuestión, pues adoptará la Recomendación General n.º 14 (1990). Esta recomienda: que los Estados parte adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar la práctica de la mutilación genital femenina (en adelante MGF); que recopilen y difundan datos básicos sobre esas prácticas tradicionales; que apoyen a las organizaciones de mujeres que trabajan en favor de la eliminación de las prácticas perjudiciales para la mujer; que alienten a los políticos, profesionales, dirigentes religiosos y comunitarios para que contribuyan a modificar actitudes; que introduzcan programas adecuados de enseñanza y capacitación; que incluyan estrategias adecuadas orientadas a erradicar la MGF en las políticas nacionales de salud; que soliciten asistencia, información y asesoramiento a las organizaciones pertinentes del sistema de las Naciones Unidas; y que incluyan en sus informes al Comité, con arreglo a los artículos 10 y 12 de la Convención, información acerca de las medidas adoptadas para eliminar la mutilación genital femenina.

Con posterioridad, la Recomendación General n.º 24 (1999) de la Convención enfatiza que algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad, y recomienda que los Estados parte garanticen leyes que prohíban la mutilación genital femenina.

Por su parte, en el marco de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁷, el Comité contra la Tortura, en su Observación General n.º 2 (2008) ha señalado que la MGF entra dentro de su mandato. Tanto el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer como el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura han reconocido que la MGF puede considerarse tortura según esta Convención.

En la misma dirección, en el año 1993 se aprueba la Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer que prohíbe a los Estados "invocar ninguna costumbre tradición o consideración religiosa para eludir su obligación⁸".

Otros textos internacionales abordan este tema desde la perspectiva del reconocimiento de la igual libertad entre el hombre y la mujer en el ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva. Ejemplo de ello son la Declaración y la

⁶ Artículo 5, párrafo 2.

⁷ Se aprobó y se abrió a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, entró en vigor en 1990.

⁸ Artículo 4.

Plataforma de Acción de Pekín de 1995 y la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de 1994.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones vincula la práctica de estas intervenciones a la eliminación de discriminación fundada en creencias religiosas o ideológicas. Esta Declaración protege los derechos de los menores frente a prácticas culturales o confesionales atentatorias contra su dignidad, de manera que "la práctica de la religión o convicciones en las que se educa a un niño no deberá perjudicar a su salud física o mental ni a su desarrollo integral"⁹.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ obliga a los Estados parte a la adopción de medidas adecuadas para la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental¹¹, insta a que no se someta a los niños a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹² y exige a los Estados parte que adopten todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños¹³.

La Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer¹⁴ urge a los Gobiernos, a las organizaciones internacionales y a los grupos no gubernamentales a desarrollar políticas y programas que eliminen cualquier forma de discriminación contra las niñas, incluida la mutilación genital femenina.

La ausencia de carácter vinculante de estos textos ha dado lugar a que la comunidad internacional haya seguido actuando mediante la adopción de declaraciones y resoluciones por parte de distintos organismos en los que se insta a los Estados a adoptar medidas penales y administrativas, así como a fomentar medidas de carácter social tendentes a establecer políticas de prevención.

Así, en primer lugar destacaremos la Resolución 32/21 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la que: "insta encarecidamente a los Estados a que promulguen una legislación nacional que prohíba la mutilación genital femenina, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, y velen por la estricta aplicación de esa legislación, y a que al mismo tiempo trabajen para armonizar su legislación a fin de combatir eficazmente la práctica transfronteriza de la mutilación genital femenina"¹⁵.

En segundo lugar, también es necesario destacar la Resolución 67/146 de la Asamblea General del 20 de diciembre de 2012 sobre la Intensificación de los Esfuerzos Mundiales para la Eliminación de la Mutilación Genital Femenina. En ella se establecen los principios rectores esenciales que han de regir las políticas nacionales e internacionales para la eliminación de esta práctica. Su objetivo es el empoderamiento de las mujeres y de las niñas como medida esencial para poner fin a la discriminación y para proteger los derechos humanos, entre ellos, el derecho al más alto nivel posible de la salud mental y física, incluida la salud sexual y

⁹ Artículo 5 párrafo 5.

¹⁰ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

¹¹ Artículo 19 párrafo 1.

¹² Artículo 37 apartado A.

¹³ Artículo 24 párrafo 3.

¹⁴ Aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

¹⁵ Párrafo 1.

reproductiva. Para ello, se insta a los Estados a la adopción de programas y actividades de información, concienciación y educación, vinculados directamente con las políticas de integración de las comunidades afectadas desde un enfoque amplio y sistemático que tenga en cuenta las diferencias culturales y la perspectiva social. Asimismo, esta Resolución insta a los Estados a adoptar medidas punitivas contra esta práctica, bien se realice dentro o fuera de las instituciones médicas para poner fin a la impunidad de tales actividades.

Y por último, en tercer lugar, la Resolución 27/22 sobre la Intensificación de los Esfuerzos Mundiales e Intercambio de Buenas Prácticas para la Eliminación Efectiva de la Mutilación Genital Femenina, aprobada en el año 2014 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

2.2. Instrumentos normativos comunitarios

En el seno de la Unión Europea se han adoptado una serie de resoluciones tanto para erradicar la mutilación genital femenina como para sancionarla.

La primera medida adoptada en este sentido viene de la mano de la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre Agresiones a la Mujer en la que en su párrafo 47 establece, literalmente, que: “lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide urgentemente a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen enérgicamente la legislación que prohíba estas prácticas y, muy especialmente, que eduquen a las mujeres de estos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica”.

En la línea de condena, el Parlamento Europeo dictó la Resolución sobre Mutilación Genital Femenina en Egipto, de 10 de julio de 1997¹⁶ en la que se insta a los Estados miembros a perseguir a quienes lleven a cabo estas prácticas, así como a conceder asilo a las mujeres que lo soliciten por esta causa. Ese mismo año, adoptó la Resolución sobre la adopción de una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres.

Posteriormente, en el año 2001 se aprobaron dos resoluciones del Parlamento Europeo. La primera, sobre las mutilaciones genitales femeninas, aprobada el 20 de septiembre de 2001, fue precedida de un informe sobre mutilaciones genitales femeninas en el entendimiento de que dicha mutilación constituye un grave atentado contra los Derechos Humanos, siendo este un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La Unión Europea, por tanto, debía asumir un firme y decidido compromiso en defensa de las potenciales víctimas de este delito, amparándolas y tutelándolas. Resaltando el aspecto de violencia intrafamiliar de la mutilación genital, se hace un llamamiento a los Estados miembros para que persigan, condenen y castiguen la realización de dichas prácticas aplicando una estrategia integral que tenga en cuenta la dimensión normativa, sanitaria, social y de integración de la población inmigrante, instándose la implementación de medidas cautelares y preventivas, como *ad exemplum* la medida cautelar de prohibición de

¹⁶ En esta Resolución el Parlamento Europeo se pronunció sobre lo acontecido en Egipto en relación con la mutilación genital femenina pues el Tribunal Administrativo de El Cairo anuló la Orden del Ministerio de Sanidad de Egipto, dictada en julio de 1996, por la que se prohibía la práctica de la ablación del clítoris en los hospitales públicos y el Consejo de Estado de este país admitió como lícita la misma. A través de esta Resolución se apoya firmemente la decisión del Gobierno egipcio y de su Ministerio de sanidad de recurrir la sentencia del Tribunal Administrativo y la continuidad de esta campaña.

salida del territorio cuando existan fundados indicios de que con ocasión de un viaje al país de origen pudiera haber intención de practicar la operación de ablación, ordenándose se practique por el médico forense, ginecólogo o especialista el reconocimiento de la menor, con toda urgencia, para determinar el estado de sus órganos externos genitales.

La segunda Resolución de fecha 25 de octubre, sobre Mujeres y Fundamentalismo, en su considerando 3 pone de manifiesto que "dentro de la Unión Europea, la defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas y tradiciones opuestas o no compatibles (...), de manera que no se admitirá que, bajo pretexto de creencias religiosas, prácticas culturales o consuetudinarias, se violen los derechos humanos (...)" (Elosegui Itxaso, 2002).

Debido al aumento de la mutilación genital femenina en Europa, en el año 2004 el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre la Situación Actual en la Lucha Contra la Violencia Ejercida contra las Mujeres y Futuras Acciones, en la que explícitamente señalaba¹⁷: "Pide a los Estados miembros que adopten medidas adecuadas para poner fin a la mutilación genital femenina; subraya que la prevención y la prohibición de la mutilación genital femenina y el procesamiento de sus autores debe ser una de las prioridades de todas las políticas y los programas pertinentes de la Unión Europea; señala que los inmigrantes residentes en la Comunidad deberían saber que la mutilación genital femenina es una grave agresión contra la salud de las mujeres y una violación de los derechos humanos; pide, en este contexto, a la Comisión, que elabore un enfoque estratégico global a nivel europeo con vistas a poner fin a la práctica de la mutilación genital femenina en la Unión Europea".

En el año 2009 se aprobó la Resolución del Parlamento Europeo, de fecha 24 de marzo, sobre la Lucha contra la Mutilación Genital Femenina, en la que se condena enérgicamente la mutilación genital femenina por ser una violación de los derechos humanos fundamentales y considera a ésta como una violencia contra las mujeres que surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en las relaciones desequilibradas de poder, dominación y control, en las que la presión social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental, como es el respeto a la integridad de la persona.

En la Resolución del Parlamento Europeo, de fecha 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres¹⁸, se instó a los Estados miembros: a que tipifiquen como delitos la violación y la violencia sexual contra las mujeres, en particular dentro

¹⁷ Párrafo 9. La meritada Resolución continúa: "10. Insta a los Estados miembros a tipificar la mutilación genital femenina como acto ilegal de violencia contra las mujeres que constituye una violación de sus derechos fundamentales y una grave agresión contra su integridad física, y a que, con independencia de dónde o en qué país se lleve a cabo dicho acto, contra ciudadanas de la UE o mujeres residentes en su territorio, sea siempre considerado ilegal; 11. Pide a los Estados miembros que apliquen disposiciones legislativas específicas en materia de mutilación genital femenina o que adopten leyes en la materia y procesen a todas las personas que practiquen la mutilación genital; 12. Pide que los médicos que practiquen la mutilación genital femenina de mujeres jóvenes y de niñas no sólo sean procesados sino que, además, sean privados de la licencia para ejercer la profesión; 13. Pide a los Estados miembros que garanticen que los padres sean considerados jurídicamente responsables en los casos en que la mutilación genital femenina se practique a menores; 14. Pide a los Estados miembros que garanticen que la mutilación genital femenina se considere un argumento razonable para una solicitud de asilo, a fin de proteger a la solicitante de asilo ante un trato inhumano".

¹⁸ Párrafo 3.

del matrimonio y en las relaciones íntimas no oficializadas, y/o la ejercida por miembros masculinos de la familia cuando no existe consentimiento por parte de la víctima; a que persigan de oficio a los autores de este tipo de delito; y a que rechacen cualquier referencia a prácticas culturales tradicionales o religiosas como circunstancia atenuante de la responsabilidad del autor del delito en los casos de violencia contra las mujeres, incluidos los llamados “delitos de honor” y las mutilaciones genitales;

Por su parte, el Consejo de Europa en mayo de 2011 adoptó en Estambul el Convenio sobre la Prevención y la Lucha contra las Mujeres y la Violencia Doméstica¹⁹, que adopta un prisma centrado en la detección, prevención y lucha contra todas las formas de violencia sobre la mujer entre la que se incluye la mutilación genital femenina, recogida en su artículo 38²⁰.

3. El delito de mutilación genital en España

3.1. Antecedentes

El Legislador español, incorporó de forma explícita a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, como delito autónomo y específico, la mutilación genital o ablación con su tipificación en el artículo 149 párrafo 2 del Código Penal. Así y como señala Salamanca de Dueñas (2014), anteriormente la conducta que nos ocupa era subsumible en el delito de lesiones “genérico”.

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la reforma: “se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe de dar adecuada respuesta”.

No cabe duda de que resulta loable la tipificación de este tipo de conductas aberrantes que menoscaban seriamente la dignidad de la persona, so pretexto de un ritual iniciático, relegando a la mujer a un puro instrumento del hombre cuando mantiene relaciones sexuales. No obstante, no podemos dejar de patentizar la demora en la actuación por parte del Legislador español²¹.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,²² introduce la posibilidad de perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina en la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante el artículo 23 párrafo 4 apartado G atribuyendo

¹⁹ Entró en vigor en España en fecha de 1 de agosto de 2014.

²⁰ Artículo 38: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”. Para un análisis crítico del Convenio de Estambul, véase Peroni (2016) y Mestre i mestre (2017).

²¹ Sobre esta cuestión, La Barbera (2010, p. 43). Por otro lado, se muestra crítica con la tipificación autónoma de esta conducta, La Barbera (2015; 2017).

²² Su Exposición de Motivos recoge que la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato «inhumano y degradante» incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

competencia jurisdiccional a los tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España.

Con posterioridad tiene lugar la reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985 operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, a través de la que se articula un cambio en la regulación y aplicación del principio de justicia universal.

Esta materia experimenta una nueva reforma en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal. La reforma, según el párrafo segundo de la Exposición de Motivos, tiene como finalidad: “dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley”.

Esta Ley ha sido tachada de intentar acabar con el principio de justicia universal en nuestro Derecho. Por otra parte, fue en el año 2013 cuando se dictó el primer pronunciamiento judicial condenando la ablación cometida fuera de nuestro territorio, en virtud de la Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2013, de 4 de abril. En ese sentido, el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional acordó, en octubre de 2014, la competencia de España para la persecución de los delitos de ablación, ratificando la decisión del Juzgado Central número 3, por la que se acordó el procesamiento de unos padres residentes en España por la mutilación genital de su hija, cometida en Gambia en 2005.

3.2. El bien jurídico protegido

El bien jurídico objeto de protección con los tipos delictivos de lesiones ha suscitado gran polémica en la doctrina, distinguiéndose numerosas corrientes que han mantenido como objeto de protección de las lesiones la integridad física, la integridad psíquica, la salud y, finalmente, como postura más amplia, nos encontramos con aquella que propugna que estos tipos protegen el bienestar personal.

En la actualidad, no existe duda de que el bien jurídico objeto de protección será la integridad corporal y la salud física y mental de una persona.

3.3. La conducta típica

El párrafo 2 del artículo 149 del Código Penal sanciona: “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”.

La conducta típica aparece definida por el verbo mutilar que según el Diccionario de la Real Academia²³ en su primera acepción: “cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente”, mientras que el adjetivo genital, significa “que sirve a la generación”, si bien, en su segunda acepción y

²³ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QAK0nr>

considerado como sustantivo plural, alude, propiamente, a "los órganos sexuales externos".

De conformidad con una interpretación literal y siguiendo a Torres Fernández (2008, p. 8) la expresión mutilación genital puede definirse como la amputación de los órganos sexuales externos.

Puesto que el tipo define la conducta como causar a otro, siendo el sujeto pasivo un tercero al que no se ha atribuido género y el tipo ha sido formulado de idéntico modo que en el tipo básico de lesiones, el sujeto pasivo del delito de mutilación del artículo 149 párrafo 2 puede ser tanto un hombre como una mujer.

En cuanto a la práctica de mutilación genital "en cualquiera de sus manifestaciones" introduce el legislador un concepto jurídico indeterminado en el que podrían subsumirse las distintas modalidades descritas por la Organización Mundial de la Salud²⁴.

Por lo que se refiere a la mutilación sexual masculina podría definirse como la amputación de los órganos sexuales externos masculinos de tal forma que se imposibilite para la práctica sexual plenamente satisfactoria.

Con anterioridad a la existencia de este precepto, la jurisprudencia vino considerando tanto el pene como los testículos como órganos principales, y su amputación se subsumía en el tipo agravado del artículo 149²⁵.

Las consecuencias que se derivan de la mutilación genital femenina resultan espeluznantes, no sólo en el plano físico, destacando: el dolor severo, el *shock* emocional, el coito doloroso, la retención de orina, las complicaciones en el parto, la ulceración de la región genital, hemorragias e infecciones que pueden llegar a provocar incluso la esterilidad con un elevado índice de mortalidad materno-fetal al emplearse, de ordinario, en su práctica, sin utilizar anestesia, con instrumentos rudimentarios, cristales, trozos de metal (latas), navajas, tijeras o cualquier instrumento cortante, sin asepsia, sin haber sido previamente desinfectado, sin medidas de higiene y con instrumental inadecuado, valiéndose de vegetales para cubrir la herida o recurriendo a ungüentos que se consideran con virtudes medicinales²⁶.

A las secuelas físicas cabe asociar las psicológicas, como trastornos de carácter, situaciones de ansiedad, depresión y sentimientos de humillación y miedo. Asimismo, en el ámbito de la sexualidad, habitualmente ocasiona frigidez, reduciendo

²⁴ El Tipo 4 de la clasificación de la Organización Mundial de la Salud sobre mutilación genital femenina: "Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital" es la que más dudas presenta respecto de la posibilidad de incardinarlas en el tipo del 149 párrafo 2.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 1993 y Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2000, que declara respecto de los testículos: "Es claro que la pérdida o inutilidad de los dos testículos se subsume en el tipo agravado de las lesiones del art. 149 del Código Penal, pues la pérdida anatómica de un miembro corporal supone la pérdida de la funcionalidad, esto es, de la función que ambos testículos desarrollan".

²⁶ Sobre esta cuestión, Obermeyer (1999), Public Policy Advisory Network on Female Genital Surgeries in Africa (2012) y Johnsdotter y Essén (2016).

y limitando sustancialmente la posibilidad de sentir placer, llegando incluso a producir anorgasmia²⁷.

Resulta, de otro lado, relevante la posición de garante de los familiares más directos de la menor o menores víctimas de la ablación, pudiendo cometerse el delito en comisión por omisión.

3.4 Penalidad

El artículo 149 párrafo 2 constituye un delito cualificado por el resultado que por los graves menoscabos de la integridad corporal y de la salud física o mental de una persona que, por su carácter irreversible, justifican la gravedad de la pena. Lógicamente, esa mayor gravedad objetiva de la lesión debe ser abarcada por el dolo.

En el párrafo 2 del artículo 149 se castiga con idéntica pena a la del párrafo 1 pero se adiciona la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección en el caso de que la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3.5 Error de prohibición

La pertenencia de las personas a las que se atribuyen tales prácticas a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa, sosegada y ponderada valoración de la culpabilidad, partiendo de la alusión contenida en la propia Exposición de Motivos de la norma en cuanto al carácter injustificable de tales prácticas y que con rotundidad se proclama la inviabilidad de cualquier intento de fundamentar la justificación de estos deleznable comportamientos, sin que ello cierre definitivamente el planteamiento en sede de culpabilidad de sus autores cuando se constate un claro y manifiesto aislamiento cultural y social, apuntando la posible aplicación de las reglas del error de prohibición del artículo 14 párrafo 3 del Código Penal, lo cual no cabe postular si lo que hay no es tanto un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuridicidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma.

Así las cosas, se suscita una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida, y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre.

Un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico que comporta el fenómeno propio del flujo migratorio evidencia una situación que desde la vertiente penal no pueden quedar sin respuesta: el conflicto que surge entre lo dispuesto por la ley imperante en la sociedad de acogida y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios que, a su vez, son iconos de identidad y de diferencia, en el seno de la pluralidad e interculturalidad.

El Estado no puede admitir, bajo el alegato de la libertad de conciencia o al abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello

²⁷ Sobre esta cuestión, (La Barbera, 2009) y (Abdulcadir et al. 2011).

supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física y la indemnidad sexual.

No es admisible la pervivencia de los valores culturales que las sociedades que practican la mutilación genital femenina transmiten a sus mujeres²⁸. El respeto a tales costumbres y tradiciones tiene un límite infranqueable en el respeto de los derechos humanos²⁹ universalmente reconocidos y que actúan como mínimo común denominador intercultural³⁰. A ese fin responde la tipificación de estas conductas como delictivas³¹ y es que la ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina³².

Deducimos de los pronunciamientos judiciales dictados en nuestro país que concurren cuestiones de orden público (Aguilar Navarro, 1967, p. 69; Doral, 1989, p. 30; Zamora Cabot, 1995) para prohibir la práctica de la mutilación genital dentro de nuestras fronteras.

No obstante, los tribunales vienen teniendo en cuenta el conocimiento de las normas fundamentales de convivencia de la cultura española por parte de los responsables de prevenir y evitar este tipo de prácticas, así como su grado de inserción e integración en la comunidad de acogida. Es por ello que el órgano juzgador, generalmente, rechaza la tesis del error de prohibición; es decir, el desconocimiento de la sanción penal en España de estos hechos, particularmente en aquellos casos en que, después de un tiempo prudencial de residencia en España, lo más razonable sea que al menos uno de los progenitores de la menor conozca que este tipo de conductas están sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico (Vidal Gallardo, 2011, p. 182, nota 13), dictando resoluciones en la que se afirma que "aunque la defensa alega la existencia de error de prohibición, la Sala lo desestima por lo que se refiere al padre de la menor, toda vez que tenía conocimiento de la antijuridicidad de la norma que sanciona la mutilación genital femenina al formar parte de la cultura de España, país en el que lleva viviendo desde hace más de diez años, teniendo un perfecto conocimiento del idioma y relación con personas ajenas a su nacionalidad (...)"³³.

4. Conclusiones

La mutilación genital femenina representa una tradición inaceptable por vulnerar derechos humanos básicos, por ello recibe la preceptiva sanción penal. Asimismo, deberá acompañarse de la adopción de un enfoque integral que garantice los

²⁸ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 15 de noviembre de 2011.

²⁹ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2012.

³⁰ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de mayo de 2013.

³¹ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de mayo de 2013: "suscitándose una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre".

³² Véase Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2012.

³³ Véase Auto de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 26 de enero de 2004, que considera que "es tan evidente como incuestionable que existe riesgo de que se practique a las tres hijas dicha mutilación en el caso de que acudan al país de origen de la madre, que se acuerda prohibir su salida del territorio nacional, hasta su mayoría de edad, así como la expedición del pasaporte, junto a la exploración de las menores por parte del médico forense cada seis meses".

derechos de las víctimas y de la población en riesgo, que normalmente serán menores de edad pertenecientes a minorías discriminadas.

La orientación de las políticas públicas debe encaminarse a erradicar la mutilación genital en España desde un enfoque *victimocéntrico*, activando herramientas que socaven las causas que sustentan esta práctica y deslegitimen el objetivo perseguido.

Bibliografía

- ABDULCADIR, J., C. MARGAIRAZ, M. BOULVAIN, et al. (2011), "Care of Women with Female Genital Mutilation/Cutting", *Swiss Medical Weekly* 140. Disponible en: http://www.smw.ch/scripts/stream_pdf.php?doi=smw-2011-13137
- AGUILAR NAVARRO, M. (1967), "El orden público en el Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol XX.
- AHMADU, F. (2007) "Ain't I a Woman Too? Challenging Myths of Sexual Dysfunction in Circumcised Women". En: SHELL-DUNCAN, AND Y. HERNLUND *Transcultural Bodies. Female Genital Cutting in Global Context.*, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, pp. 278-310.
- BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C. (1996), "Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer". En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. (1993), "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos". En: PÉREZ GONZÁLEZ. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid.
- DORAL, M. (1989), *La noción de orden público en el Derecho Civil español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- EARP, B. (2016), "Between Moral Relativism and Moral Hypocrisy: Reframing the Debate on FGM", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 26, pp.105–144.
- ELOSEGUI ITXASO, M. (2002), "Mujer y Fundamentalismo", *Revista Aequalitas*, num, 10-11.
- HERRERA MORENO, M. (2002), "Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina", *Revista de Derecho Penal*, núm 5.
- JOHNSDOTTER, S. y ESSÉN, B. (2016), "Cultural Change after Migration: Circumcision of Girls in Western Migrant Communities", *Best Practice & Research: Clinical Obstetrics & Gynaecology* nº 32., pp. 15-25.
- KAPLAN MARCUSÁN A. y LÓPEZ GAY A. (2014) *Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012*, Universitat Autònoma de Barcelona y Fundació Wassu-UAB, Barcelona.
- LA BARBERA, M. (2009) "Revisiting the anti-Female Genital Mutilation Feminist Discourse", *Diritto & Questioni Pubbliche*. 9, pp. 485-507.
- LA BARBERA, M. (2010), "Mujeres, migración y derecho penal: el trato jurídico de la mutilación genital femenina", *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies, Volume 4, Issue 1*.
- LA BARBERA, M. (2015), "La mutilación genital en España desde la perspectiva comparada. Notas sobre la sentencia n. 939/2013 del Tribunal Supremo". En: CAICEDO, N Y MOYA, D. (coords.), *Diversidad cultural e interpretación de los derechos: Estudio de casos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LA BARBERA, M. (2017), "Ban without Prosecution, Conviction without Punishment, and Circumcision without Cutting: A Critical Appraisal of Anti-FGM Laws in Europe", *Global Jurist*, Vol. 17, num. 2.

- MESTRE I MESTRE, R. (2017), “Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, num. 29.p. 205-219.
- MOMOH, C. (ed.) (2005), *Female genital mutilation*, Radcliffe Publishing, Oxford.
- NUÑO, L. (2017), “La mutilación genital femenina en Europa: el dilema de la triple alteridad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, pp.185-204.
- OBERMEYER, C. (1999), “Female Genital Surgery: The Known, the Unknown, the Unknowable”, *Medical Anthropology Quarterly* 13, num. 1, pp. 79-106.
- PERAMATO, T. (2016), “La incidencia de algunas de las últimas reformas sustantivas y procesales en la prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer”. Ponencia expuesta en las *Jornadas sobre ‘El convenio de Estambul’* celebradas los días 19 y 20 de mayo de 2016. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- PERONI, M. L. (2016), “Violence against Migrant Women: The Istanbul Convention through a Postcolonial Feminist Lens”, *Feminist Legal Studies* 24, pp. 49-67.
- SALAMANCA DE DUEÑAS, R. (2014), “Mutilación genital femenina: análisis criminológico y jurídico penal”, *Cuadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, num. 26.
- SHWEDER, R.A. (2002), “What about Female Genital Mutilation?, and Why Understanding Culture Matters in the First Place”. En: SHWEDER, R.A MINOW, M. AND MARKUS H.R. *Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, Nueva York, Russell Sage Foundation, pp. 216-251.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (2008), “El nuevo delito de mutilación genital”. Ponencia ofrecida en el Seminario “Mutilación Genital Femenina: aplicación del derecho y desarrollo de buenas prácticas en su prevención”, celebrado en la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de octubre de 2008.
- ZAMORA CABOT, J. (1995), “A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 1123-1135.
- VIDAL GALLARDO, M. (2011), “Prescripciones alimentarias y nueva Ley de libertad religiosa y de conciencia: particular conflicto en caso de la Comunidad Islámica”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 27.

Documentos oficiales

- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2008), *Observación general nº 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes (CAT/C/GC/2)*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view>
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2015), *Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina*, MSSSI, Madrid.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2008), *Mutilación genital femenina*. Informe de la Secretaría. Documento A61/11.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017), *Nota descriptiva nº241, Febrero 2017*. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>
- PUBLIC POLICY ADVISORY NETWORK ON FEMALE GENITAL SURGERIES IN AFRICA (2012), “Seven Things to Know about Female Genital Surgeries in Africa”, *Hastings Center Report nº 42*, pp. 19-27.
- UNICEF (2005), *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*, Centro de Investigaciones Inocenti, Siena. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>
- UNICEF (2005), *Female genital mutilation/cutting: a statistical exploration*, UNICEF, Nueva York.

Madame Helvétius, una aristócrata contra la pena de muerte. Carta de Madame Helvétius al abad Morellet (1790)

Madame Helvétius, an aristocrat against
the death penalty. Letter from Madame
Helvétius to the abbot Morellet (1790)

Ricardo Hurtado Simó
Universidad de Sevilla
rhurtadosimo@hotmail.com

Recibido / received: 10/07/2017
Aceptado / accepted: 31/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3826>

Si empezamos haciendo referencia a los estudios previos sobre Madame Helvétius, en los escasos trabajos existentes sobre su figura, observamos que en lo que a su perfil biográfico se refiere, emergen rápidamente dos errores notables: por una parte, ya sea debido a la falta de documentación veraz sobre su vida o al espíritu "creativo" de ciertos historiadores, resulta sencillo ver que los acontecimientos más destacados en la vida de Madame Helvétius no son sino una suma de anécdotas, ideas imprecisas y errores que, al ser repetidos mil veces, se convierten en verdad. Por otra parte, estamos ante el demasiado frecuente prejuicio de simplificar la vida de una persona por su condición sexual, en el caso que nos compete, por ser mujer. Bastante de la ya de por sí escasa bibliografía existente sobre Madame Helvétius adolece de un evidente enfoque simplista y sesgado que hace especial hincapié en la belleza física, los amores y desamores existentes acerca de la vida sentimental de nuestra protagonista¹, las infidelidades de su marido, su capacidad para perdonarle y valorar sus cualidades intelectuales por encima de sus faltas matrimoniales, su condición de mujer viuda, sus amantes o las supuestas

¹ Es curioso observar que la mayoría de descripciones físicas sobre Madame Helvétius la definen como una mujer extraordinariamente bella, de pelo rubio y ojos azules, a pesar de que los retratos realizados por Van Loo la pintan con el cabello oscuro, canoso y ojos negros.



proposiciones matrimoniales que rechazó de personajes célebres como Turgot y Benjamin Franklin. Así, por encima de imprecisiones, errores y prejuicios sexistas, uno de los objetivos que nos planteamos en este estudio se basa en hacer todo lo posible por mantenernos fieles a los hechos, y este propósito es más decisivo si cabe cuando nos enfrentamos ante la vida de una mujer de una gran valía intelectual que, desgraciadamente, se ha visto eclipsada por rumores que nada tienen que ver con la investigación y la veracidad histórica.

Tras esta aclaración pertinente, empezamos afirmando que Anne-Catherine de Ligniville, futura Madame Helvétius, nace en el castillo de Ligniville el 22 de julio de 1722, siete años después del matrimonio de sus padres, y siendo la cuarta hija de los dieciocho descendientes que tuvieron. Su familia pertenecía a una alta nobleza venida a menos desde finales del siglo XVII. Los Ligniville-d'Autricourt eran una de las cuatro familias que formaban en Lorena, "Los grandes caballos de Lorena". Su padre, Jean Jacques, ostentaba un alto cargo al servicio del duque Leopoldo de Lorena y era capitán de una de sus compañías, mientras que su madre, Élisabeth-Charlotte, era familia del dibujante y grabador barroco del Ducado de Lorena, Jacques Callot. En su niñez fue cuidada por su tía, Madame de Graffigny, concretamente entre 1727 y 1733. Estos años fueron muy importantes para Madame Helvétius o, como la llamaban cariñosamente, "Minette". En 1738, como era habitual para las jóvenes de la aristocracia francesa, Madame Helvétius es enviada por dos años al convento de la Congregación de Nuestra Señora de Ligny-en-Barrois. El objetivo de su estancia en el convento no era otro que adquirir los valores propios de su sexo: la preparación para el matrimonio, las virtudes religiosas, la apertura a la trascendencia y la espiritualidad. Como iremos viendo, estos objetivos no se alcanzaron en Madame Helvétius, aunque sí aprendió el amor por la vida sencilla y, sobre todo, por ayudar a los más necesitados, algo que llevó a la práctica en todo momento. En torno a 1740, vuelve con sus padres hasta que, seis años más tarde, se instala en París junto a su tía, Madame de Graffigny, en un apartamento de alquiler en la calle Saint-Hyacinthe, muy cerca de la actual estación de metro *Luxemburgo*. Durante esa época, ambas sobreviven gracias al trabajo de su tía como escritora, que publica en 1747, *Cartas de una peruana*, y en 1750, *Cénie*. La primera de esas obras granjeó a Graffigny gran popularidad y reconocimiento, así como el rechazo de las autoridades eclesiásticas. *Cartas de una peruana* es una novela epistolar que sigue muy de cerca la estructura de las *Cartas Persas* del barón de Montesquieu, pero también su trasfondo crítico con las costumbres y tradiciones francesas. En concreto, Graffigny se centra en denunciar la situación de las mujeres francesas, forzadas a vivir en un mundo lleno de reglas y convenciones hechas exclusivamente para el interés de los hombres. Por su contenido y su tono irreverente, se comercializó de manera clandestina y fue añadida al *Index* de libros prohibidos en 1765. Consiguientemente, Madame de Graffigny se ganó pronto el rechazo de la Iglesia pero, al mismo tiempo, el favor de los ilustrados que llevaban tiempo denunciando los abusos del poder político y religioso. Por este motivo, el apartamento en el que vivían nuestra protagonista y su tía empezó a ser frecuentado por pensadores como Turgot, Voltaire, Condorcet o Helvétius. Este último sintió atracción por la futura Madame Helvétius, y no únicamente por su físico, también por sus inquietudes intelectuales y por su carácter afable, cercano y sensible a las personas desdichadas. El 17 de agosto de 1751 se casan.

Nacido en 1715, Claude-Adrien Helvétius era hijo y nieto de médicos. Su familia, originaria de Holanda, se establece en Francia bajo el reinado de Luis XIV.



Su padre adquirió gran fama al curar al futuro Luis XV de una extraña enfermedad y pasó a ser Consejero de Estado y médico de la Reina María Leczinska. Como consecuencia, el joven Claude-Adrien pronto obtiene de manos de la Reina el puesto de *Fermier Générale* con el que recibe una importante suma de dinero cada año y, en poco tiempo, amasa una fortuna considerable. Además, su popularidad aumenta por su filosofía materialista y atea, cristalizada en obras como *Del espíritu*. Al casarse, y tras trece años al frente de la administración agrícola, Helvétius deja su trabajo y vive de las rentas que tiene junto con su mujer. Ambos se retiran a la finca que aquel había comprado en 1743 en el bosque de Voré, cerca de Chartres, al sudoeste de París, donde pasan unos 8 meses al año. Allí, el matrimonio invertía una parte importante de los ahorros que tenían en ayudar a los más desfavorecidos de la zona, afectados constantemente por las malas cosechas y el hambre. Al respecto, Madame Helvétius obtuvo pronto el reconocimiento y el afecto de los pobres ya que pagaba la fianza que tenían que abonar por cazar en propiedades privadas. Durante los meses de verano, el matrimonio se traslada a París, a un hotel situado en la calle Santa Ana que, como homenaje, ahora se llama calle Helvétius. En ese hotel, Madame Helvétius mantenía muchas de las visitas que tenía cuando vivía con su tía y, además, empezó a participar directamente en los asuntos que se trataban. Desde este punto de vista, su marido fue clave para configurar muchas de las inquietudes de nuestra protagonista; él era una persona conocida y respetada por los círculos intelectuales parisinos. Los *philosophes* le tenían en gran estima, y muy pronto empezaron a valorar también a su esposa. Además de los citados Turgot, Voltaire y Condorcet, Madame Helvétius conoció en esos meses de verano en París a Diderot, d'Alembert, d'Holbach, Raynal, Galiani, Beccaria, Marmontel, Morellet, Duclos, Sant-Lambert, Hume y Schomberg, que se reunían todos los martes para cenar y, posteriormente, debatir sobre asuntos de actualidad política o de filosofía que llamaban "Los Estados Generales del espíritu humano".

A comienzos de la década de 1770, Helvétius, tras un viaje por Inglaterra, vuelve a Voré con la intención de concluir muchos de sus escritos y materializar las conclusiones extraídas sobre las costumbres y tradiciones de los ingleses, pero pronto enferma de gota, que le afecta rápidamente a las extremidades, al estómago y a la cabeza. El 26 de diciembre de 1771 fallece a la edad de 56 años. No escribe testamento, pero deja 50000 libras a cada una de sus hijas. Además, la mayor, que pronto sería Madame de Mun, recibirá las tierras que Helvétius tenía en Lumigny; la menor, que será Madame d'Andlau pasará a ser la propietaria de la mansión en Voré. Ambas se convierten en propietarias de la casa de la calle Sainte-Anne, la mayor como propietaria del inmueble y la menor, como propietaria del mobiliario. Sin embargo, los derechos de la herencia de Madame Helvétius estaban limitados desde su contrato de matrimonio: recibirá un derecho de vivienda de 2000 libras al año, 8000 libras de renta y una donación de 10000 libras de renta por viudedad. En total, 20000 libras a las que se sumaba un "préciput" (derecho civil acordado a un heredero), su carroza personal con dos caballos y 8000 libras para su funeral. Al enviudar, nuestra protagonista vivió en un apartamento en la casa de la calle Sainte-Anne, propiedad ahora de su hija mayor, pero el 30 de abril de 1772 invierte parte de la herencia comprando una casa en la Grande Rue de Auteuil² al pintor Quentin

² Actualmente, la casa comprada por Madame Helvétius es un inmueble situado en el número 59 de esa misma calle. Antes fue un hotel y, posteriormente, la Escuela Normal de la Alianza israelita.

de La Tour³. La casa pronto se convirtió en la residencia de nuestra protagonista y en su Salón. Instalada en la casa de Auteuil, Mme. Helvétius disfrutaba de la tranquilidad pero también detestaba la soledad, razón por la cual siempre estaba acompañada de amigos e invitados que le regalaban gatos persas, hortensias, rododendros y plantas exóticas. Así, al poco tiempo, su casa es un lugar frecuentado por políticos, filósofos, religiosos, escritores, músicos y médicos, que se reunían todos los martes desde media tarde hasta altas horas de la madrugada. Varias eran las razones del éxito del Salón de Auteuil. En primer lugar, como hemos señalado con anterioridad, Madame Helvétius era apreciada por su carisma, y porque ya lideraba los debates que se organizaban en la casa en la que vivía con su marido. En segundo lugar, Auteuil se encontraba alejado del centro de París y permitía a los contertulios (muchos de ellos vigilados por las autoridades) pasar desapercibidos y escapar del control policial. Asimismo, gozaba del respeto y la amistad de personas variopintas y con inclinaciones ideológicas diferentes, lo cual enriquecía su Salón y facilitaba el debate entre posiciones enfrentadas. Finalmente, mientras que en otros salones la religión era un asunto tabú⁴, en casa de Madame Helvétius se trataban todas las inquietudes y temas, sin prejuicios ni límites. Esta pluralidad de cuestiones y de puntos de vista al respecto tenían un nexo, la libertad, la tolerancia, el horror ante el despotismo y la superstición, y el deseo de ver suprimidos los abusos.

A finales de 1776 llega a París Benjamin Franklin, que se instala en la casa de un aristócrata que apoyaba la causa de la independencia americana. A través de Turgot, llega a Auteuil, que visita dos o tres veces a la semana. Pronto se hicieron grandes amigos, si bien es cierto que tenemos que descartar la tesis de que Franklin propuso matrimonio a Mme. Helvétius. Meses más tarde se añaden a las visitas otros diplomáticos norteamericanos entre los que destaca Thomas Jefferson. Posteriormente, a través de Turgot y Roucher, Madame Helvétius recibe en su casa a Pierre Jean Georges Cabanis, de veintiún años. Huérfano de madre desde su niñez, Madame Helvétius lo acoge como si fuera su hijo; para nuestra protagonista, la presencia de Cabanis cambió su vida radicalmente, sobre todo su estado de ánimo, ya que este se estableció de forma definitiva en Auteuil. Pronto surgió una relación materno-filial que duró hasta el fallecimiento de Mme. Helvétius. Con una lesión en el brazo derecho desde que se cayó de un caballo, su "madre adoptiva" se encargaba de cuidarle y paliar sus limitaciones cotidianas. Cabanis estudia Ciencias y Medicina, pero lee habitualmente obras de historia y de filosofía, principalmente autores griegos, latinos y textos del filósofo británico John Locke. Sus conocimientos de medicina refuerzan sus lazos con Madame Helvétius, ya que esta ayudaba económicamente a los más necesitados de Auteuil; ahora, Cabanis les atendía en una pequeña consulta que preparó en la casa.

En unos meses, los que van desde agosto de 1780 a marzo de 1781, Madame Helvétius tiene que hacer frente a la pérdida de dos viejos amigos que conoció a través de su marido y que, tras su muerte, frecuentaban habitualmente su casa: Condillac y Turgot. Ambos formaban parte de lo que podemos llamar "Primera generación de integrantes del Salón de Auteuil", y eran considerados los contertulios más célebres y respetados. Con su pérdida, Madame Helvétius sufrió un duro golpe

³ De la Tour fue un retratista rococó que empleaba la técnica de pintura al pastel. Retrató, entre otros, a Voltaire, Rousseau, Luis XV y Madame de Pompadour.

⁴ Por ejemplo, esto sucedía en dos de los salones más famosos, el de Madame Necker y el de su hija, Madame de Staël.

por dos motivos: en primer lugar, perdió a dos grandes amigos que mantenían vivo el recuerdo de su esposo y estuvieron a su lado en todo momento; en segundo lugar, el Salón sintió notablemente su ausencia y perdió relevancia durante varios años. Desde este momento, Mariette (como era conocida en sus círculos más íntimos) se centró en sus hijas, en aglutinar los escritos de Helvétius y en continuar las tertulias y debates cada martes por la tarde. Durante ese periodo de su vida, a saber, entre 1781 y 1788, su huella se pierde y apenas tenemos datos.

A finales de la década de 1780, Mme. Helvétius vuelve a la palestra como una firme activista y defensora de la caída del Antiguo régimen. El municipio de Auteuil se suma rápidamente a la revuelta popular y la lideresa de su Salón realiza una "contribución patriótica" de 4,500 libras el 25 de abril de 1790 que pagará en tres años. Durante la etapa siguiente, su Salón, junto con el Salón de las Monedas de Sophie de Grouchy y la casa de Mirabeau se convierte en los centros de reunión de los principales revolucionarios. Sin embargo, la Revolución francesa gira súbitamente hacia la radicalidad jacobina y pronto, muchos de sus impulsores empiezan a ser perseguidos. En este momento, Madame Helvétius transforma su casa en lugar de protección para muchos de ellos, aprovechando sus buenas relaciones con todas las facciones políticas, incluidos los seguidores de Robespierre. Así, protege al matrimonio Sophie de Grouchy-Condorcet, el cual es perseguido por negarse él a votar a favor de la muerte de Luis XVI, y a otro contertulio habitual, Destutt de Tracy, hasta que es apresado; Madame Helvétius pidió su libertad en numerosas ocasiones pero fue en vano. Durante el Terror, la casa de Auteuil se vacía, y únicamente permanecen en ella, como inquilinos permanentes, ella y Cabanis. A ellos se añade, en 1794, Sophie de Grouchy, ya viuda de Condorcet, que es protegida por Mme. Helvétius y consigue para ella un documento de idoneidad por parte del Comité revolucionario de Auteuil; de Grouchy fue desposeída de todas sus propiedades y llegó a su casa con unos pocos efectos personales y su hija de cuatro años.

Tras la caída de Robespierre, Madame Helvétius retoma la actividad de su Salón y sigue viviendo con Cabanis y con quien se convertirá en su mujer, Charlotte de Grouchy, hermana de Sophie. Durante esa etapa de su vida, suele estar rodeada de niños: sus siete nietos, los hijos de Cabanis, Éliza de Condorcet, la hija de Roucher o el nieto de uno de los editores de las obras de su marido, Ambroise Firmin-Didot. En 1794, fallecerá una de sus nietas, hija de Mme. de Mun, a la edad de 15 años, lo que provocará que de Mun entre en un estado de depresión y melancolía que irá deteriorando su salud hasta que, en 1799, morirá en su casa de la parisina rue d'Anjou. Tremendamente afectada por la pérdida de su hija mayor y delicada de salud, sobre todo del estómago, Mme. Helvétius coge un catarro a finales del invierno de 1800 que se convertirá en una neumonía que, finalmente, le produce la muerte el 13 de agosto. En sus últimos momentos estuvo acompañada de sus hijas, de su amigo de La Roche y de Cabanis a quien le dedicó sus últimas palabras: "Estoy siempre". Ese mismo día, por la tarde, fue enterrada en el jardín de su casa, en un nicho que ella misma mandó construir días antes. La ceremonia fue sencilla y no religiosa. En su testamento legó el disfrute de su propiedad a Cabanis y a La Roche. En 1817, defenestrada por sus ideas revolucionarias, sus restos fueron enviados al cementerio municipal, junto con una pequeña inscripción funeraria. Finalmente, en el año 1892, la Sociedad histórica de Auteuil costea una nueva sepultura con su nombre y su tumba es situada junto a la de Cabanis.

*



Al comienzo de este trabajo, hemos hecho referencia a que la figura de Madame Helvétius ha sido víctima del prejuicio de reducir su semblanza a un conjunto de anécdotas, curiosidades y amoríos que, durante demasiado tiempo, la han desfigurado. Algo similar sucede cuando intentamos profundizar en su perfil intelectual. Por una parte, nos encontramos con el célebre dicho de "una mentira repetida mil veces se convierte en verdad", ya que a finales del siglo uno de sus huéspedes habituales y antiguo amigo, el padre Morellet, de quien trataremos más tarde, la caricaturiza indicando que era bella, peculiar en sus costumbres e incapaz de seguir una discusión de cierta profundidad. Desde ese momento, sus palabras se repiten frecuentemente en algunas de las investigaciones sobre la esposa de Helvétius, de tal manera que la conciben como el alma de constantes debates intelectuales que, incomprensiblemente, no le interesan en absoluto. Sin embargo, creemos conveniente dudar acerca de dicha afirmación a la luz de los hechos históricos y de la figura de quien se trata, el abad Morellet, pues la amistad entre Madame Helvétius y este se trunca durante la Revolución francesa por cuestiones políticas, como veremos en la carta que cierra este texto. Morellet se ve obligado a abandonar Auteuil por sus planteamientos reaccionarios y anti-revolucionarios, así que sostenemos que dicha afirmación es fruto del rencor y la enemistad surgida entre ambos.

*

Dicho lo anterior, dos preguntas serían pertinentes, ¿cuál es el valor real de Madame Helvétius?, ¿merece tener un sitio propio en la Historia? Al respecto, es oportuno indicar que su figura se ha visto rehabilitada en las últimas décadas, factor estrechamente ligado a los nuevos estudios de investigación surgidos acerca de los comienzos del Feminismo, la Ilustración y el siglo XVIII. En lo tocante a los avances en las investigaciones feministas, De Viguerie en, *Filles des Lumières: femmes et sociétés d'esprit à Paris au XVIII siècle* y Gere Mason en, *The women of the French salons*, han iniciado un debate necesario acerca del papel que tuvieron los Salones de mujeres a partir de la década de 1750 en la configuración del pensamiento feminista. Su tesis es clara: salones como los de Madame Helvétius, Sophie de Grouchy o Madame Roland fueron el primer paso para la fundamentación de un pensamiento en términos feministas. Ellas encarnaron la posibilidad de una Razón con voz de mujer que se alzaba como una autoridad reflexiva tan legítima como la palabra de los hombres. Liderando discusiones, rebatiendo tesis y exponiendo opiniones sin prejuicios ni trabas fueron, en muchos casos de manera inconsciente, construyendo la primera ola del Feminismo, que posteriormente se consolidaría en Inglaterra y Estados Unidos. Si, como señala Celia Amorós, el Feminismo es una "senda no transitada de la Ilustración", aún menos lo ha sido el análisis de los Salones, no solamente como semilla del Feminismo, sino también, como la mano invisible que hizo posible el proyecto revolucionario. Y es ahora, señalando estas dos sendas olvidadas, donde emerge con fuerza la importancia de Madame Helvétius. Ella fue una de esas mujeres que hicieron todo lo posible por transitar esa senda, femenina, feminista y, al mismo tiempo, revolucionaria, que creía en una metamorfosis radical de la realidad, en una utopía que se tocaba, ahora más que nunca, con la yema de los dedos.

En segundo lugar, trabajos recientes como *La Revolución francesa. 1789-1799. Una nueva historia*, de Peter McPhee, revisan desde una óptica histórica y sociológica la década revolucionaria a partir de los testimonios de lo que podríamos llamar, la gente corriente, todo ese colectivo de personas apartadas de la versión



oficial del levantamiento popular; McPhee se detiene en cómo vivió el proceso el campesinado, los pueblos alejados de la urbe parisina y las mujeres. Al mismo tiempo, especialistas como Jonathan I. Israel, en *La Ilustración radical*, han abordado los diferentes matices que se engloban bajo el ya de por sí amplio término de "Ilustración", haciendo una diferenciación básica que afecta de manera directa a nuestra protagonista. Dicho autor distingue entre lo que podríamos llamar, una Ilustración moderada, de la mano de pensadores como Kant, que pretendían realizar un proceso de emancipación en todos los sentidos pero sin romper con los pilares tradicionales de índole político y religioso; y una Ilustración radical, en la que se encontrarían tanto Helvétius como su esposa, así como Condorcet o D'Holbach; todos ellos han sido considerados ensayistas de segunda fila porque carecían de una filosofía tradicional, entendiendo tradicional como "sistemática" y asentada en fundamentos inamovibles. En esta segunda vertiente, el elemento definitorio sería el rechazo a todo vestigio del pasado y la necesidad de crear una nueva realidad social, política y religiosa a través de estructuras completamente diferentes. En esta línea se ubicarían claramente el materialismo ateo de Helvétius y el republicanismo revolucionario de Madame Helvétius, que rechaza las jerarquías basadas en la tradición, la costumbre y el apellido ilustre, defendiendo sin ambages una concepción igualitarista y cosmopolita que rebate la discriminación de los esclavos, las mujeres o los pobres, a través de la pretendida superioridad occidental o un entramado de leyes injustas y parciales fruto de un ancestral interés egoísta. Un recorrido similar siguen también los historiadores Philip Bloom y Michel Onfray. El primero de ellos, en lo que podríamos llamar un ensayo novelado, narrando con detenimiento y todo tipo de detalle la ímproba tarea de crear la Enciclopedia, *Encyclopédie. El triunfo de la razón en tiempos irracionales*, y rescatando a figuras esenciales para su construcción. Onfray titula el tomo IV de su *Contrahistoria de la Filosofía, Los ultras de las Luces*, donde realiza un giro de 180 grados, al dejar en un segundo plano a los habituales protagonistas de la Ilustración, Rousseau, Diderot o Kant, a su juicio deístas que no rompen con el pasado, subrayando por el contrario el pensamiento radicalmente transformador de aquellos que rechazan la autoridad de Dios, el Papa, el Señor y el Rey, como D'Holbach, Jean Meslier o Helvétius. Estos ultras, entre los que, como se observará en la carta que cierra este estudio, se encuentra Madame Helvétius, impugnan el poder de la religión y la monarquía como garantía de orden, y luchan por una felicidad que se encuentra en este mundo, el único que hay, sensible, temporal y contingente. Dichos estudios son relevantes no solo porque abren caminos hasta ahora novedosos en la comprensión de la Ilustración y el siglo XVIII; también, nos permiten, enlazando con nuestra protagonista, valorar el papel que tuvieron las mujeres en el proceso revolucionario, en esa otra Ilustración, radical y transformadora. Muchas de ellas fueron silenciadas y se han perdido, otras, como es el caso de Madame Helvétius, rescatadas, colaboraron influyendo decisivamente en sus maridos y creando, a través de sus Salones, espacios abiertos para la libertad de pensamiento, la tolerancia y la construcción de una alternativa teórica y práctica a toda forma de fanatismo, parafraseando al historiador Anthony Pagden.

Asimismo, esta tesis que reivindica a los "otros sujetos de la Ilustración y la Revolución francesa" y, en concreto, a las mujeres que fueron imprescindibles para su realización, se apoya en los datos concretos que tenemos sobre Madame Helvétius. Las referencias biográficas permiten construir un retrato bastante aproximado acerca de sus ideas filosóficas y sociales, así como de su posicionamiento político durante la Revolución francesa. En primer lugar, es imprescindible invalidar la tesis que sitúa a Madame Helvétius como una mujer



invisible y simple consorte de su marido, como ha sucedido más de una vez con parejas del siglo XVIII⁵. Su matrimonio le permitió entrar en contacto con los principales filósofos de su tiempo y, leyendo los escritos de aquel, empezó a tener conocimiento de ideas relacionadas con la gnoseología, la educación y la política. Ambos vivían largas temporadas en el hotel que Helvétius tenía en la parisina calle Sainte-Anne, y todos los martes por la tarde se reunían allí personalidades de la talla de los ya nombrados Diderot, Turgot, Condorcet o d'Holbach. En esa época (décadas de 1750 y 1760), como dijimos, eran habituales los viajes del filósofo a Inglaterra y Holanda y, durante sus ausencias, era ella quien dirigía las tertulias y debates. Otro dato concluyente que resalta los posicionamientos de Madame Helvétius es que, tras publicar Helvétius su obra *Del espíritu*, paradigma de una filosofía atea, irreverente y materialista, fueron muchos los amigos y conocidos que le sugirieron frenar su publicación para evitar problemas con las autoridades políticas y religiosas; ante este movimiento, una de las pocas defensoras de la publicación de la obra fue Madame Helvétius quien, además, ayudó a su esposo en la preparación de sus polémicos textos. Mme. Helvétius se consagró enteramente a las dos obras de su marido, *Del espíritu* y *Del hombre, de sus facultades y de su educación* y, gracias a ella, las podemos llamar sus dos obras maestras. Con *Del espíritu* listo para su publicación, se alzaron voces críticas como las de Buffon, para no disgustar al Rey, Condorcet, quien acusaba a su amigo de defender ideas egoístas y Turgot, que consideraba su obra detestable e inmoral porque subrayaba la vanidad y el partidismo por encima de todas las virtudes sociales. Madame Helvétius recibió presiones de muchos de ellos para que consiguiese la inmediata retractación de su marido. Sin embargo, ella se reafirma en la necesidad de la publicación de la obra, hace intervenir a un pariente suyo, el influyente duque de Choiseul e, incluso, escribe a Malesherbes, Jefe de la Oficina de Censura, pidiéndole protección para su marido contra los ataques de las autoridades políticas y religiosas. Años más tarde, habiendo enviudado, Madame Helvétius es la principal impulsora de la publicación de las obras completas de Helvétius, en sucesivas ediciones: en 1774, en ocho volúmenes; en 1784, en cinco volúmenes; y en 1795, en catorce volúmenes. A esta actitud tan firme y decidida hay que sumarle que rechazó la forma de pensar de muchas mujeres de su tiempo que, al perder a su marido, se retiraban a un convento o tenían como prioridad dejar a sus hijas "bien casadas". Madame Helvétius quería construir una vida activa, ser una mujer emprendedora e independiente, como sabemos no solo a la luz de su trayectoria, también a través de una conversación que tuvo con Diderot meses después del fallecimiento de Helvétius, "Yo no soy una esclava, ni de mi pasado, ni de mis hijas ni de nadie" le dijo con rotundidad.

Un segundo aspecto decisivo que nos permite situar a Madame Helvétius dentro del conjunto de *salonnières* y, principalmente, ubicarla con una actitud intelectual propia y digna de mención, es su distanciamiento respecto a ciertas tesis de Helvétius. Con lo dicho hasta ahora, podríamos pensar que su pensamiento es una mera copia del de su marido, que el filósofo es él y ella solo una consorte a su servicio. Ahora bien, si hay un tema en el que se observa en Madame Helvétius un posicionamiento personal, es en la cuestión en torno a la esclavitud. La esclavitud de los negros era uno de los temas más candentes desde mediados del siglo XVIII;

⁵ Un ejemplo claro de "mujer olvidada" es Sophie de Grouchy (1764-1822), más conocida como Madame de Condorcet, quien fue una influencia decisiva en las ideas feministas de su marido, lideró el Salón de las Monedas y escribió *Cartas sobre la simpatía*, obra prácticamente desconocida hasta hace un par de décadas.

pensadores como Rousseau y Condorcet se habían posicionado claramente en contra y rechazaban las formas en las que los esclavos obtenían azúcar en las plantaciones americanas que, posteriormente, disfrutaban la burguesía y la aristocracia francesa. Dos autores que también trataron el tema fueron Voltaire y Helvétius, aunque con notables contradicciones en sus tesis. Voltaire también criticó que el azúcar tuviera en su esencia la sangre de las manos de los esclavos; así, en *Cándido*, denuncia la esclavitud de los negros pero no se detiene a analizar sus causas y el uso perverso que los países hacen de ella. Esta línea argumentativa, que realiza una crítica tibia, se confirma en su *Ensayo sobre las costumbres*, donde afirma la superioridad europea sobre el hombre que vive en el África negra, capaz de traficar con sus hijos y venderlos al hombre blanco.

Helvétius, considerado habitualmente uno de los más firmes detractores de la esclavitud, se mueve, sin embargo, en una ambivalencia similar a la de Voltaire. En *Del espíritu*, define la esclavitud como un concepto político y no racial, ya que lo entiende como la sumisión de un grupo de personas frente al poder despótico de otra, haciendo una crítica velada al absolutismo monárquico pero obviando el problema racial. En otros textos es donde se encuentra con más claridad dicha ambivalencia y su postura no abolicionista; reflexionando sobre la producción de azúcar, podemos decir que Helvétius considera el sometimiento de los negros algo endémico que tiene difícil arreglo por lo que es mejor mirar para otro lado. Numerosos son los estudios que justifican esta posición tan fría de Voltaire y de Helvétius, incidiendo en que ambos tenían inversiones en plantaciones de azúcar, pero hasta la fecha, no hay datos certeros que lo confirmen.

Con estos precedentes, Madame Helvétius bien podría haber dado por buenas las explicaciones de su marido o, simplemente, haberse mantenido al margen de una cuestión tan espinosa. Sabemos que fue uno de los temas que recurrentemente aparecían en el Salón de Auteuil y que, además, le interesaba especialmente por su sensibilidad hacia las personas más desfavorecidas. Estas inquietudes cristalizan el 19 de febrero de 1788 cuando Jacques-Pierre Brissot, amigo íntimo de Condorcet y contertulio ocasional en la casa de Madame Helvétius, funda la *Sociedad de amigos de los negros*, que criticaba la situación de estos en las colonias francesas, defendiendo sin ambages la abolición de la esclavitud. Entre los primeros integrantes se encontraba Madame Helvétius quien, en esa época, había trabado una gran amistad con el matrimonio Condorcet-de Grouchy así como con Mirabeau, todos ellos impulsores de la *Sociedad*.

En ese período de su vida, a saber, último lustro de la década de 1780 y comienzos de la década siguiente, Madame Helvétius empieza a asentar unos planteamientos políticos definidos. Paulatinamente, su Salón se llena de defensores del fin del absolutismo de diversa índole: monárquicos constitucionalistas como Mirabeau y Morellet, republicanos moderados como Condorcet y radicales como Cabanis. Junto a estos dos últimos, impulsa un movimiento centrado en reformar el sistema penal con vistas a eliminar la pena capital y la desproporción de ciertas leyes para con los débiles. Al mismo tiempo, en esta confluencia ideológica, "Nuestra Señora de Auteuil", como solía llamarla Benjamin Franklin, se posiciona a favor de la Revolución francesa, tanto es así que, como vimos con anterioridad, participa económicamente, y paralelamente, rompe su amistad con el abad Morellet cuando este empieza a denunciar los desmanes revolucionarios y los ataques al clero. Sabemos, en relación con este desencuentro, que Madame Helvétius no tenía especial afinidad con los detractores de la Revolución francesa, ni tampoco con los

defensores del clero, como nos revelan sus críticas a Madame de Staël por señalar con el dedo a Condorcet y por su ferviente militancia cristiana. Para Madame Helvétius, de Staël es una mujer orgullosa que se mueve buscando únicamente su interés y con claras pretensiones nobiliarias. En 1789, con el comienzo del proceso revolucionario, Mme. Helvétius reivindica la importancia de elaborar una Constitución justa e igual para toda la ciudadanía que acabase con la nobleza y el clero, que no quieren que el tercer estado se levante contra la opresión; Morellet reitera esta idea en diversas ocasiones, incidiendo en sus ataques explícitos a la Iglesia.

A partir de 1791, Madame Helvétius orienta su Salón hacia el bando de los girondinos, siendo frecuentado por Condorcet, Sophie de Grouchy, Cabanis o Volney entre otros, lo que demuestra sus afinidades políticas y su posición respecto al desarrollo del proceso revolucionario. En diciembre de 1792, desde que Robespierre decide retirar el busto de Helvétius de un templo erigido en Auteuil a los "Patriotas de la Revolución", su exaltación revolucionaria se enfría y decide no salir mucho de su casa, solamente para ir a París a ver a su hija, Mme. de Mun, gravemente enferma, y siempre acompañada de aquellos amigos que sí gozaban del beneplácito claro de los jacobinos. Según Cabanis, en esos momentos, Mme. Helvétius siente tristeza y también un enorme sentimiento de culpa por haber empujado a muchos de sus amigos y asistentes a su casa hacia la Revolución. Sin embargo, gracias a su carácter y sus amistades en todos los bandos, ella no sufrió ningún tipo de persecución o privación de sus propiedades durante el Terror. A diferencia de otros Salones, el de Auteuil siguió funcionando, aunque mucho más solitario, ya que la mayoría de los contertulios fueron perseguidos, encarcelados e, incluso, asesinados. Tras la caída de Robespierre, el Salón retomó su actividad buscando una reconstrucción de la revolución en términos ilustrados: república, libertad, igualdad y fraternidad.

*

El otro gran protagonista de este trabajo fue uno de los primeros invitados habituales en la casa de Auteuil. A partir de 1760, el abad Morellet (1727-1819) empezó a frecuentar las casas del barón d'Holbach y de Mme. Geoffrin, donde conoció al matrimonio Helvétius. Colaborador en la redacción de la *Enciclopedia*, Morellet contactó muy pronto con Mme. Helvétius ya que a ambos les unía su preocupación por los más necesitados. En concreto, empezó a hospedarse en Auteuil en la primavera de 1784, en una habitación con vistas a las colinas de Meudon.

André Morellet ingresó en 1741 en el seminario parisino de los Treinta y Tres. Diez años más tarde, terminó sus estudios de Teología y empezó a relacionarse con Turgot, Diderot y d'Alembert. Pronto encuentra un trabajo como tutor del hijo menor del duque de Lorena y futuro rey de Polonia. En ese tiempo, empieza a escribir, y publica, en 1756, una obra satírica titulada *Pequeño escrito sobre una materia interesante*, donde critica la diversidad de confesiones existentes en América. Al mismo tiempo, Diderot le pide que escriba algunos artículos para los volúmenes VI y VII de la *Enciclopedia*. En 1759, tras volver de un viaje a Italia, empieza a frecuentar el Salón de Mme. Geoffrin, entrando en contacto con la mayoría de *philosophes*. Por la publicación de un panfleto en defensa de Voltaire, pasa dos meses en la Bastilla lo que le permite gozar de gran popularidad en los círculos críticos con el Antiguo régimen y, paradójicamente, lograr un aumento de



sus ganancias por las ventas. Amigo íntimo del matrimonio Helvétius, pasaba largos periodos de tiempo con ellos en su casa de Voré, y el resto del tiempo se escribía cartas con ellos regularmente. En 1771, tras la muerte de Helvétius, al comprar su esposa la casa de Auteuil, Morellet se instala allí de forma permanente, si bien su amistad estaba consolidada desde varios años atrás.

Junto con Mme. Helvétius, Morellet convive también con el abad Lefebvre de La Roche y, posteriormente, con Cabanis. A partir de 1776, goza de estabilidad económica gracias a un trabajo en les Domaines y a la ayuda que Madame Helvétius le proporcionaba esporádicamente. Su fama y su solvencia económica le permiten abrir su propio Salón, en la calle Saint-Honoré de París, donde recibía a políticos, filósofos y artistas los domingos al mediodía. A diferencia del Salón de Auteuil, Morellet enfocó las reuniones hacia la música, dejando las cuestiones políticas, literarias y filosóficas en un segundo plano. Gracias a la ayuda de Turgot, toma posesión del priorato de Thimert, cerca de la ciudad de Chartres, lo que le aporta una importante suma de dinero anual. Su vida era tranquila y acomodada.

A comienzos de 1789, Morellet se ha convertido en una persona rica y afamada. Ha encontrado una familia en Auteuil y, gracias a sus contactos, tiene facilidad para publicar sus trabajos, así como capacidad para reunirse con las personas más influyentes de su tiempo. Pero esta coyuntura tan favorable pronto daría un giro de 180 grados, cuando se extienden los primeros levantamientos revolucionarios y la violencia llega a París. En ese momento, Morellet teme perder en poco tiempo todo lo que ha ganado. Rápidamente se posiciona en contra de la Revolución, distanciándose de sus amigos y compañeros de la casa de Mme. Helvétius, Cabanis y de La Roche. El 12 de julio de 1789, los tres inquilinos tienen una fuerte discusión en la que Mme. Helvétius se mantiene al margen. La situación se tensa aún más cuando, en 1790, Morellet publica *Memoria de los diputados de la villa de Tulle relativa a los incidentes de Bas-Limousin*, donde toma partido por los propietarios y la Iglesia contra los radicales. A partir de ese momento, incluso Mme. Helvétius se distancia, y se ve obligado a abandonar Auteuil. Desde entonces, tiene numerosos problemas con las autoridades revolucionarias, pierde gran parte de su fortuna y sobrevive publicando traducciones al francés de novelas inglesas de autores de segunda fila, sobre todo de Ann Radcliffe y Regina Maria Roche. La última referencia de Morellet a Madame Helvétius se encuentra en sus *Memorias*, recordándola al tener noticias de su fallecimiento, en el otoño de 1800.

Bibliografía

- Archives nationales*, Minutier central, Paris, 1750-1800.
 BLACKBURB, R. (1988), *The Overthrow of Colonial Slavery, 1776-1848*, Verso, Londres.
 BLOOM, Ph. (2010), *Encyclopédie. El triunfo de la razón en tiempos irracionales*, Anagrama, Madrid.
 CAHEN, L. (1906), "La Société des Amis des noirs et Condorcet". En *La Révolution française*, nº50, París, pp. 481-511.
 DE LA PRADE, G. (1989), *L'illustre Société d'Auteuil (1772-1830), ou la fascination de la liberté*, Sorlot Lanore, París.
 DIDEROT, D. (1968), *Correspondance*, Roth y Varloot, París.
 GUILLOIS, A. (1894), *Le Salon de Madame Helvétius*, Calmann Lévy éditeur, París.
 GUILLOIS, A. (1897), *La marquise de Condorcet: sa famille, son salon, ses amis, 1764-1822*, Ollendorf, París.



- HELVÉTIUS, C. A., (1818), *Oeuvres complètes*, París.
- HELVÉTIUS, C. A., (1993), "Del espíritu". En VVAA, *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el Siglo XVIII*, ed. de Alicia Puleo – Anthropos, Madrid.
- HELVÉTIUS, C. A., (1998), *Correspondance générale*, edited by Peter Allan, Alan Dainard, Marie-Thérèse Inguenau, Jean Orsoni and David Smith, Toronto y Oxford.
- HELVÉTIUS, C. A., (2001), *De l'esprit*, Flammarion, París.
- HURTADO SIMÓ, R. (2017), *Madame Helvétius. Ilustración, razón y revolución en el Salón de Auteuil*, Benilde, Sevilla.
- ISRAEL, J. (2012), *La Ilustración radical. La filosofía y la construcción de la modernidad. 1650-1750*, F. C. E., México.
- LA PRADE, G. (1989), *L'illustre Société d'Auteuil (1772-1830), ou la fascination de la liberté*, Lanore et Sorlon, París.
- LAGRAVE, J. P., INGUENAU, M. T., y SMITH, D. (1999), *Madame Helvétius et la Société d'Auteuil*, Voltaire Foundation, Oxford.
- LESCURE, M. (1884), *Les Grandes Épouses*, Librairie de Firmin-Didot, París.
- MCPHEE, P. (2013), *La Revolución francesa. 1789-1799. Una nueva historia*, Planeta, Barcelona.
- MORAVIA, S. (1974), "La Société d'Auteuil et la Révolution". En *Dix-huitième siècle*, 6, París, pp. 181-191.
- MORELLET, A. (1821), *Mémoires sur le dix-huitième siècle et sur la Révolution*, París.
- ONFRAY, M. (2010), *Contrahistoria de la Filosofía, IV: Los ultras de las Luces*, Anagrama, Madrid.
- PAGDEN, A. (2015), *La Ilustración y por qué sigue siendo importante para nosotros*, Alianza, Madrid.
- VAHLKAMP, Ch. (1999), "Un attachement qui méritait une autre récompense: l'abbé Morellet et Madame Helvétius". En *Madame Helvétius et la Société d'Auteuil*, Voltaire Foundation, Oxford, pp. 19-28.
- VOLTAIRE. (1875), *Oeuvres complètes*, Moland, París.
- VOLTAIRE. (1989), *Cándido y otros cuentos*, Alianza, Madrid.

CARTA DE MADAME HELVÉTIUS AL ABAD MORELLET (1790)

La carta que me cuentan que usted ha escrito sobre mí me llena de tristeza, mi querido amigo. Desearía que, si la ha plasmado en un papel, viniera a decírmela de viva voz. Estoy bastante molesta por algunas de las afirmaciones que me han llegado, mi querido Abad. Nos conocemos desde hace muchísimos años, y raro era el día en que no nos veíamos y cuando nos encontrábamos separados por la distancia, siempre mantuvimos una correspondencia casi diaria.

Sabe usted bien de mi pasión por la filosofía. No en vano, destiné gran parte de mi vida a darle a las obras de mi marido el sitio que merecían. De esta manera, no entiendo por qué le dijo usted al conde de Shelburne que no me interesaban dichas disquisiciones. También, me compara con Bruto y Casio, conspiradores del César, por la forma en la que me inclino contra el clero y la nobleza. Efectivamente, no me postro ante la tiranía y el despotismo y me siento orgullosa de albergar en mi sencilla casa a todos aquellos que defienden la libertad y la justicia por encima de todas las demás cosas. Sabe usted bien, mi querido amigo, que nunca fui próxima de aquellos que abusan de su posición y poder. Considero que hay motivos de sobra para luchar por una causa tan noble como lo es la defensa de aquellos que más lo necesitan, algo que ambos hemos defendido durante muchos años. Ahora bien, mi querido amigo, estoy segura de que la causa que nos ha separado está llena de razones. Conocemos los abusos a los que unos pocos han sometido a una mayoría desde tiempos remotos y conocemos los motivos que actúan detrás de tales acciones, que no son otros que el egoísmo, la ambición desmesurada y el miedo a que aquellos que sufren y se ven sometidos se levanten algún día. El miedo forma parte de nosotros, pero hay ocasiones en las que el miedo no es suficiente para frenar a quien nada tiene.

El gobierno de las leyes injustas no adquiere más firmeza con el paso de los años y observamos con aflicción cómo en nuestras tierras, el tiempo ha servido para perpetuar los abusos y la corrupción de quienes escriben las leyes y de quienes hacen que se cumplan. Un país no está bien gobernado cuando una minoría somete a una mayoría que, callada bajo el sol y el metal, acepta con resignación el papel que les ha tocado representar.

Sabe usted bien que he defendido desde el principio la necesidad de abolir ese entramado de leyes corrompidas desde las raíces que justifica la dominación. Es a ellas y a quienes vilmente las han utilizado para fortalecerse a quien debemos esta causa que recorre nuestras tierras de norte a sur. Son ellos, mi querido amigo, los causantes de un movimiento que no tiene límites. Quién sabe qué será de nosotros, qué pasará mañana o cuándo acabará lo que ahora ha comenzado. Sí sabemos que lo que ha empezado no lo van a detener quienes con las armas quieren callar a un pueblo que siente y sufre con vergüenza las calamidades que le han causado sus semejantes.

También sabe, Señor, que de todas las leyes crueles hay una que me afecta en particular. Es aquella que declara la pena capital. Esa ley es mezquina desde su escritura ya que se asienta en la idea de que solo serán condenados a la muerte aquellos para quienes está hecha de antemano. Una ley hecha para castigar a quienes antes de nacer han sido ya juzgados es semilla de miedo y lo que es peor, motivo para el odio y la venganza. Tienen que ser la razón, los sentidos y la vida los impulsos para hacer una ley, porque esas tres cosas son las que convierten a los



hombres en tales. De esta forma, no hay ley más frágil que aquella que se escribe desde el egoísmo y el interés propio.

Una ley que condena a muerte a quien nada tiene y a quien nada espera tiene que desaparecer. Esa ley injusticia fatalmente al que roba un poco de madera o unos gramos de trigo en las tierras de quien tiene tanto que no lleva la cuenta de sus riquezas. Es el pueblo quien sufre y es contra el pueblo como se construye un sistema salvaje. Mi querido Abad, esta causa es tan justa como todas las causas que luchan por la justicia pues la libertad es el bien máspreciado que tiene un hombre.

Permítame pensar que es posible acabar con los abusos, con las leyes injustas y con el padecimiento de los que no tienen nada. Creo con firmeza que es el momento de cambiarlo todo, de acabar con un sistema corrompido y enfermo. Y que es ahora cuando los hombres se unirán para buscar el bien de todos y no de una minoría privilegiada por el apellido y el rango. Hay ocasiones en las que es preciso derramar la sangre si la recompensa que se obtiene es la libertad.

Mi amado huésped⁶ y yo compartimos la idea de que un nuevo Estado tiene que llegar, escuchando a quienes han sido silenciados y así, al conocer cómo se perpetraron los abusos y se justificaron, construir un cuerpo de leyes por encima de hombres particulares y de intereses concretos. Solo con leyes que proclamen la igualdad para todos podremos poner fin a los abusos que desde antaño se han cometido en nombre de Dios o del Rey.

En Auteuil, el Señor Cabanis y yo seguimos cenando a las seis de la tarde.

Ligniville Helvétius

⁶ Madame Helvétius se refiere a Cabanis, quien siguió viviendo con ella durante la Revolución francesa.

Antropoceno sin Antropoceno

Anthropocene without Anthropocene

Manuel Arias Maldonado
Universidad de Málaga
marias@uma.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3827>

Este breve texto sobre el modelo social y los límites al crecimiento en el Antropoceno, tan sugerente como oportuno, enfatiza la necesidad de tomarnos en serio la nueva época geológica y emprender las reformas -algunas de índole "conservadora", como las relativas al bienestarismo estatal- que nos permitan mantener la cohesión social en un futuro turbulento y previsiblemente marcado por una fuerte disrupción climática. Sus fortalezas, pues, son evidentes. Esta glosa, sin embargo, se centrará en sus debilidades, o lo que aquí se juzgan como tales. Dado que el trabajo de Moreno y Conversi es en sí mismo más un comentario que un artículo, mis observaciones se presentan como un complemento y como la invitación a tener en cuenta, en el futuro próximo, algunos aspectos de la literatura sobre el Antropoceno que aquí no aparecen incorporados.

A decir verdad, el trabajo en cuestión presenta un problema de partida: no trata, realmente, sobre el Antropoceno. O mejor dicho, no incorpora el intenso y complejo debate sobre el Antropoceno a una argumentación -la que llama a frenar el capitalismo para respetar los límites naturales al crecimiento económico- que ha sido central al ecologismo clásico desde al menos el comienzo de la década de los años 70. Aquí, el Antropoceno es una *catchword*, o más bien una *Kampfwort*, que sirve tanto para dotar de fuerza expresiva al argumento como para abrir un nuevo frente léxico contra el capitalismo liberal. Nada hay de malo en ello, pero se echa de menos un análisis más matizado de este poderoso concepto y sus implicaciones para la teoría social.

Hay que tener en cuenta que, aunque aquí se da por supuesta su existencia, el Antropoceno no es todavía una nueva época geológica ("época" y no "era", por cierto, como los autores la denominan erróneamente), sino la propuesta que hace un colectivo de geólogos a la Comisión Estratigráfica Internacional: propuesta que ahora mismo se encuentra a la espera de ser evaluada mientras el Anthropocene Working Group -que comprende a los geólogos que defienden su reconocimiento- acumulan pruebas estratigráficas que justifiquen la aceptación de una época de brevedad excepcional (si las épocas suelen prolongarse durante cientos de miles de años, el Holoceno se vería reducido a una duración de unos 12000, siendo "rápidamente" reemplazado por el Antropoceno) [véase Zalasiewicz et al., 2017]. Ahora bien la posibilidad de que el Antropoceno no sea oficialmente reconocido en el plano geológico no parece poder impedir la adopción generalizada de este término -acuñado por lo demás de forma espontánea en el curso de una reunión científica- a la vista de su fuerza metafórica y capacidad explicativa.

No en vano, la geología es solo uno de los fundamentos científicos del Antropoceno. Al menos la misma relevancia tienen en su andamiaje científico las llamadas ciencias del sistema terrestre, que estudian los procesos biogeoquímicos de orden planetario, así como sistemas complejos de escala global, tales como el clima (véase Wainwright 2009). Pero también la ecología y la biología constituyen una dimensión clave del Antropoceno, como muestran los trabajos de Earl Ellis sobre el impacto antropogénico en los biomas terrestres (Ellis 2011). El resultado es un diagnóstico acerca de la influencia antropogénica sobre los sistemas naturales que muestra cómo un cambio cuantitativo agregado en el tiempo se ha convertido un cambio cualitativo: el ser humano se ha convertido en una fuerza de cambio medioambiental y los sistemas sociales y naturales se encuentran ahora "acoplados" (Liu et al., 2007). A consecuencia de ello, nos encontraríamos en plena transición desde las cómodas condiciones planetarias creadas por el Holoceno - única época donde ha florecido la civilización humana- al más incierto escenario del Antropoceno, cuyas condiciones nos son desconocidas.

Es importante advertir que el Antropoceno renueva la exigencia de que las ciencias naturales y las ciencias sociales (así como las humanidades) entablen un diálogo fructífero y respetuoso. No es fácil: buena parte de los teóricos sociales que se ocupan de este concepto han reaccionado discutiendo que el Antropoceno describa "hechos" y considerando, más bien, que se trata de una "narrativa", otra "representación" de un mundo natural en última instancia inaprensible por el conocimiento humano (véase Castree, 2014). La deslegitimación constructivista de la ciencia presenta así un aspecto paradójico: sus resultados se aceptan solo a beneficio de inventario. Por otra parte, o desde el otro lado, la ciencia será tanto menos discutible cuanto más ceñida a su tarea se encuentre. No es lo mismo describir el actual estado de las relaciones siconaturales por medio de indicadores o estándares objetivos (grado de biodiversidad, aumento de las temperaturas medias del planeta, influencia antropogénica sobre los biomas naturales, superficie de la tierra que permanece "virgen", grado de acidificación de los océanos, etc.) que identificar con precisión las causas de esos fenómenos, presentar modelos sobre su futura evolución, o extraer conclusiones normativas sobre aquello que deba hacerse para evitar los peores escenarios imaginables. Cuando la ciencia, o las ciencias, establecen hechos, estos hechos (tales como el cambio climático), no deben ser discutidos; cuando la ciencia propone soluciones políticas o mandatos morales, el grado de contenciosidad es muy distinto.

Naturalmente, ciencias sociales y humanidades tienen encomendada la tarea de problematizar un concepto no exento de ambigüedades. Para los fines de los autores, la discusión acerca de la identidad del *anthropos* que se nombra en el Antropoceno será de gran interés: se ha señalado, por ejemplo, que atribuir a "la humanidad" en su conjunto la responsabilidad por las emisiones de combustibles fósiles o la destrucción de hábitats es inapropiado (Wakefield, 2014: 2). Más bien, habría que reconocer que distintos grupos sociales han tenido distintos poderes agenciales y, por tanto, distintas responsabilidades. Se ha planteado también, incluso, una crítica ecofeminista que denuncia la identificación del *anthropos* con el varón blanco occidental (Braidotti, 2017: 25). Son críticas pertinentes, aunque asimismo discutibles: el término "Antropoceno" es descriptivo y alude a un estado de las relaciones siconaturales caracterizado por el grado extraordinario de la influencia antropogénica, sin entrar a considerar *prima facie* la identidad de ese *anthropos* ni inclinar el debate en dirección alguna. Digamos que es un punto de partida para la discusión teórica y normativa.

La superficialidad con que el concepto es tratado en este caso se refleja, asimismo, en las afirmaciones acerca de su comienzo. Señalan los autores que

existe un cierto grado de consenso a la hora de establecer la segunda posguerra mundial como momento del comienzo de la nueva época geológica. En realidad, ninguna de las propuestas existentes sostiene que la Gran Aceleración que tiene lugar después de la II Guerra Mundial produzca el Antropoceno (sobre esto, véase Davies, 2016). Dejando a un lado aquellas propuestas que quieren situar su comienzo -que tiene una notable importancia simbólica y política- en el origen de aquellas prácticas humanas que crean las condiciones para su advenimiento (por ejemplo, la revolución neolítica o el comienzo de la Revolución Industrial), la elección de la segunda posguerra mundial apunta a los resultados de ese proceso y, por tanto, a la intensificación y globalización de la acción humana que la modernidad industrial trae consigo. El consumo de masas y su posterior globalización intensifican el empleo de CO₂ y demás impactos antropogénicos relevantes, pero si se busca un marcador geológico en esos años -parece apostarse por los isótopos radioactivos- es porque marcan el inicio, estratigráficamente constatable, de un proceso que empieza antes (con la industrialización) o mucho antes (con la revolución neolítica).

El argumento principal del texto es que el capitalismo de consumo -o el capitalismo fósil orientado al consumo de masas- es la causa del Antropoceno y, por tanto, solo frenando aquel lograremos habitar en este último. Jason Moore (2015) o Andreas Malm (2016) han defendido esa misma posición en dos recientes monografías; para quienes así razonan, de hecho, deberíamos hablar de "Capitaloceno" antes que de Antropoceno. Este argumento, que a primera vista parece difícil de rebatir dada la sólida evidencia científica que vincula incremento de CO₂ y aumento de las temperaturas medias del planeta, puede sin embargo problematizarse de distintas formas. A saber:

(i) Aportando una perspectiva de tiempo profundo (*Tiefenzeit*) que ve en el Antropoceno la convergencia de tres temporalidades distintas (vida planetaria, vida evolutiva, modernidad industrial) y se pregunta si el capitalismo, en sus cuatro siglos de vigencia, puede de verdad considerarse causa autónoma de transformaciones planetarias cuyo itinerario solo adquiere sentido en el arco del tiempo profundo que, por ejemplo, sitúa hace 542 millones de años el comienzo del eón del que es época el Antropoceno. A fin de cuentas, el ciclo largo del carbono dura cien millones de años y terminará por "resolver" el problema de la concentración del dióxido de carbono en la atmósfera (véase Chakrabarty, 2015).

(ii) Si es el capitalismo, ¿por qué el capitalismo? Ya que si apuntamos hacia el capitalismo se hará necesario comprender por qué el capitalismo, o algo parecido al capitalismo, se ha abierto paso como forma organizativa de la economía humana. Y aquí es donde entra en juego el análisis de los rasgos de la especie humana que "encajan" con el capitalismo: transmisión cultural, formas simbólicas, especialización, etc. Esto no convierte al capitalismo en inevitable, ni nos condena a padecer una determinada versión del mismo, pero sí nos ayuda a comprender por qué una especie que desarrolla mediante la selección natural unos rasgos -lenguaje, conciencia, cultura- que, aun no siendo exclusivos de ella (a la vista de lo que vamos averiguando sobre la vida animal), conocen en ella una potencia transformadora sin parangón, desemboca en el capitalismo (véase Hornborg, 2015: 62).

(iii) Si adoptamos una perspectiva de especie, podríamos de hecho argüir que el imperativo de cualquiera de ellas consiste en la supervivencia. Y que todas las especies se adaptan a su entorno -a su *Umwelt*- con las herramientas de que dispone. La especie humana es excepcional -esto no significa mejor ni única- porque su evolución le ha dotado de herramientas más poderosas para la

transformación material del entorno; también, claro, más destructivas. Sobre todo, la capacidad para comunicarse mediante un lenguaje complejo, acumular información y transmitirla entre grupos y generaciones, lo que convierte a una especie social en especie "ultrasocial". Resulta de aquí una "construcción de nicho" caracterizada por la adaptación agresiva al entorno: la transformación material del mundo para servir a nuestras necesidades. Se trata de una actividad que precede con mucho a cualquier manifestación del "espíritu del capitalismo". Y que, no obstante, marca una diferencia de grado con las demás especies y no una diferencia de sustancia (véase Arias-Maldonado, 2015). La clave es que el propio éxito adaptativo -transformador- de la especie, que corre en paralelo con el aumento de la complejidad social, crea problemas imprevistos derivados de la masiva influencia antropogénica (masiva por agregación, lo que añade dificultades morales: una ducha no parece un problema, pero millones de duchas calientes diarias desde luego lo son). Habría que preguntarse, por lo demás, si es concebible una humanidad viable sin transformación masiva del medio natural.

(iv) Finalmente, retratar el capitalismo como una fuerza meramente destructiva o desigualitaria es quizá demasiado simplista. El propio Dipesh Chakrabarty (2015), desde un punto de vista postcolonial, apunta hacia las ganancias que el capitalismo liberal ha procurado en términos de mejoramiento material para un elevado número de poblaciones en todo el mundo. Del mismo modo, sostener que la "prevalente ideología consumista" ha reducido las relaciones ciudadanas "a un cálculo personal e interesado" es una descripción generalista que no solo requeriría de una mayor demostración, sino que ignora el auténtico estado de las sociedades democráticas, donde, para empezar, nunca se había desplegado un número mayor de políticas empáticas (a través del Estado de Bienestar) ni alcanzado niveles tan elevados de tolerancia o respeto hacia formas de vida minoritarias o alternativas, por mencionar solo dos indicadores de un progreso moral no por ambivalente menos real. ¡Incluyendo la sensibilidad hacia el estado del mundo natural! En cuanto al "capitalismo de casino" invocado por los autores, es claro que los desequilibrios financieros son un rasgo cíclico del capitalismo para el que todavía no se ha encontrado remedio, dada la mayor inestabilidad natural de este tipo de mercados frente a los de bienes y servicios. Sin embargo, sería igualmente justo reconocer que su desarrollo reciente no está desligado de determinadas decisiones de política pública e incluso de preferencias ciudadanas que condicionan la acción preventiva de los gobiernos democráticos. Por otro lado, esos mismos gobiernos han sabido deshacer las normas que hicieron posible esa "exuberancia irracional", imponiendo nuevas cautelas a la banca comercial y de inversión, lo que demuestra que existe margen para una acción política correctora. Hablar de "neoesclavismo" y "consumismo estandarizado", por último, es también ceder a la tentación de la hipérbole: la precarización del empleo tiene que ver con el cambio tecnológico y es compatible con el cumplimiento, mucho antes de lo previsto, de los Objetivos del Milenio de la ONU, incluida la erradicación de la pobreza. Ya que los autores demandan en su texto "la adecuación del cambio climático a las necesidades humanas también implica erradicar la pobreza, el hambre y la desnutrición", estos avances, que tienen lugar dentro del marco democrático-liberal, habrían de ser debidamente reconocidos. Por su parte, las tendencias homogeneizadoras conviven con otras de signo contrario, máxime desde que el desarrollo de Internet ha reducido dramáticamente el coste de difundir nuevos contenidos y formar comunidades virtuales en torno a ellos.

También en el comentario geopolítico se aprecia una falta de matiz que, aunque conviene al argumento principal, no acaba de avenirse bien con la realidad. China no es, o no es ya, al menos oficialmente, un país "refractario a poner límites al calentamiento global": ha ratificado su compromiso con el Acuerdo de París y es

líder en la producción de placas solares. En Estados Unidos, la lamentable salida del Acuerdo de París ha venido acompañada de la renovación del compromiso en esa "lucha" por parte de ciudades, estados y empresas. Y la propia Unión Europea ha renovado su compromiso tras la autoexclusión norteamericana. Si China y la Unión Europea arrastran a otros países o éstos se dejan más bien influir por la espantada norteamericana, por supuesto, es pronto para saberlo.

En su apartado final, Moreno y Conversi sostienen que "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". Es difícil pensar en textos constitucionales occidentales que no reflejen ese ideario, presente incluso en la "sociedad armónica" defendida por el actual presidente chino; cuestión distinta es la medida en que este ideal se lleve a la práctica. También, desde luego, la sostenibilidad de las economías contemporáneas y -algo que en el texto se deja a un lado- el cuidado del mundo natural. Sin duda, los autores aciertan cuando subrayan la necesidad de hacer un mayor esfuerzo de interdisciplinariedad que, de hecho, el marco teórico abarcador del Antropoceno ya está procurando. Sigue en pie, en todo caso, el problema del cómo lograr ese desarrollo sostenible más justo e inclusivo. Es comprensible que el texto, tan breve, no suministre un catálogo de propuestas o soluciones, salvo una referencia genérica a la democracia deliberativa. En tiempos de populismo y posverdad, semejante *desideratum* no deja de ser optimista.

Bienvenido sea, en todo caso, un trabajo que contribuye a introducir en el debate público español una noción que tanto está dando que hablar ya la conversación académica internacional. Si llegará a hacer tándem junto con el cambio climático en el imaginario colectivo o no, lo ignoramos aún. Pero será así, debatiendo sobre su significado e implicaciones sociopolíticas, como se hará posible avanzar hacia esa sociedad a la vez justa y sostenible que los autores anhelan.

Bibliografía

- ARIAS-MALDONADO, M. (2015): *Environment & Society. Socionatural Relations in the Anthropocene*, Springer, Heidelberg.
- BRAIDOTTI, R. (2017): "Four Theses on Posthuman Feminism", en R. Grusin ed., *Anthropocene Feminism*, University of Minnesota Press, Minneapolis & London, pp. 21-48.
- CASTREE, N. (2014): "The Anthropocene and Geography I: The Back Story", *Geography Compass*, 8(7), pp. 436-449.
- CHAKRABARTY, D. (2015): "The Anthropocene and the convergence of histories", in *The Anthropocene and the Global Environmental Crisis. Rethinking Modernity in a New Epoch*, edited by C. Hamilton et al., Abingdon: Routledge, pp. 44-56.
- DAVIES, Jeremy (2016): *The Birth of the Anthropocene*, University of California Press, Oakland.
- ELLIS, E. (2011). Anthropogenic transformation of the terrestrial biosphere. *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 369, pp. 1010-1035.
- HORNBORG, A. (2015): Hornborg, "The Political Ecology of the Anthropocene", en C. Hamilton et al. (eds.), *The Anthropocene and the Global Environmental Crisis. Rethinking modernity in a new epoch*, Routledge, Londres y Nueva York.
- LIU, J. et al. (2007): Complexity of Coupled Human and Natural Systems. *Science*, 317, 1513.
- MALM, A. (2016): *Fossil Capital: The Rise of Steam Power and the Roots of Global Warming*, Verso, Londres.



- MOORE, J. (2015): *Capitalism and the Web of Life: Ecology and the Accumulation of Capital*, Verso, Londres.
- WAINWRIGHT, J. (2009): Earth-System Science. In N. Castree et al. (Eds.), *A Companion to Environmental Geography*. Chichester: Blackwell, pp. 145-167
- WAKEFIELD S. (2014): The crisis is the age. *Progress in Human Geography*, pp. 12-14.
- ZALASIEWICZ, J. et al. (2017): "Making the case for a formal Anthropocene epoch: an analysis of ongoing critiques", *Newsletters on Stratigraphy*, 50(2), pp. 205-226.

¿Podrá el modelo de bienestar europeo sobrevivir a la crisis ecosocial?

Can the European welfare model survive the ecosocial crisis?

Fernando Arribas Herguedas
Universidad Rey Juan Carlos
fernando.arribas@urjc.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3828>

En su artículo “Modelo social y límites al crecimiento en el Antropoceno”, Luis Moreno y Daniele Conversi (2017) sostienen que la principal causa de la crisis ecosocial actual –en la que el cambio climático desempeña un destacado papel— es la ideología consumista impulsada por el pensamiento neoliberal dominante durante las últimas décadas. Afirman también que dicha ideología se ha expandido por todo el planeta ignorando la existencia de límites físicos al crecimiento, exaltando el individualismo posesivo, reduciendo la noción de ciudadanía al cálculo de intereses privados y atacando las raíces solidarias del Modelo Social Europeo que se materializó en el Estado de Bienestar posterior a la II Guerra Mundial. En efecto, resulta indudable que esa cosmovisión neoliberal, como afirma David Harvey, está convirtiéndose cada vez más en un “aparato conceptual” dominante que “se injerta de tal modo en el sentido común que pasa a ser asumido como algo dado y no cuestionable” (Harvey, 2007: 11). Como a su vez señalan acertadamente Moreno y Conversi, la reciente crisis económica ocasionada por la expansión del capitalismo especulativo no ha frenado esta asimilación cultural del imaginario neoliberal. Más bien al contrario, el neoliberalismo continúa ahondando la desigualdad económica y la exclusión social. Esta última se manifiesta en lo que podría denominarse injusticia ambiental: pues aquellos más negativamente afectados por el cambio climático son los sectores de la población que generan una menor huella ecológica (es decir, los más pobres).

Moreno y Conversi mantienen, por otra parte, que el modelo europeo de bienestar se fundamenta en “valores de equidad social (igualdad), solidaridad colectiva (redistribución) y eficiencia productiva (optimización)” (2017: 311). A su vez, estos valores son el requisito imprescindible para la emergencia y el desarrollo de una “ciudadanía social” que retrocede rápidamente ante la expansión del “neoesclavismo” asiático, un modelo de explotación laboral propio del siglo XIX, así como ante la “remercantilización individualista anglo-norteamericana” (2017: 311-12) que combate las políticas de redistribución fiscal ofreciendo al ciudadano una engañosa “libertad” para elegir en el mercado los servicios que procurarán su bienestar. La deslocalización, el “dumping social” y la eliminación de derechos laborales son las consecuencias del primero, mientras que la segunda contribuye a la atomización de la sociedad disolviendo los vínculos necesarios para mantener la



solidaridad colectiva. Ambos rasgos de la economía global de nuestro tiempo, acriticamente impulsados por la cosmovisión neoliberal, contribuyen a su vez al agravamiento de los efectos del cambio climático, afirman atinadamente Moreno y Conversi. Pues, en efecto, propician el consumismo desmedido entre las capas más favorecidas de la población mundial y, lejos de promover una política común que propicie la transición a una economía global post-fosilista, refuerzan la idiocia moral de la ciudadanía.

Sin embargo, el desafío que nos plantea la crisis ecosocial (en la que el cambio climático es el mayor de los problemas pero no el único) quizá trascienda lo imaginable hasta el punto de que nuestros autores parecen sobrevalorar la posibilidad de recuperar un modelo como el Estado de Bienestar europeo. Es completamente cierto que las soluciones para el cambio climático (o más bien la amortiguación de sus efectos más nocivos y la adaptación a sus inevitables consecuencias) requieren de un sentido fuerte de la solidaridad social y una concepción global de la ciudadanía que la cosmovisión neoliberal arruina por completo. También es cierto que el aumento de la desigualdad y la exclusión social profundizan la injusticia climática que subyace a la economía global. En efecto, los valores en torno a los cuales se articula el modelo social europeo, antes mencionados, son necesarios para afrontar el reto planteado por el cambio climático. Pero cabe preguntarse si tales valores son *suficientes*, pues el modelo social europeo se construyó sobre una cosmovisión asimismo liberal (aunque igualitarista) en la que la noción de límites físicos al crecimiento no se planteaba en absoluto y se daba por hecho que el progreso tecnológico permitiría continuar por la senda del crecimiento indefinido. En otras palabras, el Estado de Bienestar europeo se materializó históricamente en una época –las tres décadas posteriores a la II Guerra Mundial— en la que fluía el petróleo barato y en la que la redistribución más igualitaria de la riqueza mediante políticas sociales fue viable merced a la elevación de la recaudación fiscal por parte de los Estados; incremento que a su vez habría sido imposible sin el excepcional crecimiento económico que experimentaron los países industrializados. El aumento de la población mundial fue también exponencial y la mayor parte de las emisiones responsables del cambio climático se produjeron durante ese período. Por otra parte, la crisis que los Estados de Bienestar hubieron de afrontar en la década de los setenta tuvo mucho que ver con la ralentización de ese crecimiento y el consiguiente incremento del déficit fiscal. De este modo, cabe esperar que en una economía en la que los combustibles de origen fósil van a dejar de estar disponibles de forma paulatina, no solo por su contribución al cambio climático, sino por su inminente agotamiento, las tasas de crecimiento se estancarán y, muy probablemente, se desplomarán. En ese más que probable contexto de austeridad ecológica impuesta por las circunstancias, lo que cabe preguntarse, pues, es si el modelo social europeo será capaz de promover, como afirman Moreno y Conversi de modo un tanto optimista, “el crecimiento económico sostenible basado en la cohesión social” (2017: 311). No parece que este oxímoron del “crecimiento económico sostenible” al que se refieren nuestros autores vaya a ser factible, de modo que el principal objetivo debería ser más bien la reformulación del modelo social europeo en un contexto en el que resulta urgente una disminución del consumo y la producción si se pretenden amortiguar los impactos más graves del cambio climático. Como ya se ha dicho, los valores del modelo del Estado de Bienestar europeo son, por supuesto, necesarios en un mundo que padece los efectos de la crisis ecosocial –no cabe imaginar una sociedad global que pueda afrontar dicha crisis sin procurar una vida digna a sus ciudadanos mediante la promoción de la equidad, la solidaridad y la eficiencia productiva— pero, al mismo tiempo, se antojan insuficientes si no se reformulan las bases de ese modelo bajo la premisa fundamental de una economía basada en el decrecimiento. El necesario cambio de paradigma fundado en la interdisciplinariedad, defendido por Moreno y

Conversi al final de su texto, debe partir del hecho incuestionable de la existencia de límites físicos al crecimiento, relativos tanto a la disponibilidad de recursos, como a la capacidad del ecosistema planetario para asumir la creciente generación de residuos y gases de efecto invernadero. Pero tales límites no pueden respetarse si seguimos abrazando una u otra ideología prometeica de crecimiento indefinido. Si bien el modelo neoliberal es rechazable por basarse en una ideología del consumo conspicuo e ilimitado que contradice los supuestos básicos de la ciencia que nos revela la realidad de tales límites, el modelo social deberá reescribir sus fundamentos para adecuarlos a un contexto de austeridad. Así, el objetivo del desarrollo sostenible, tan ensalzado durante décadas, hoy se antoja irrealizable en la medida en que dicho desarrollo descansa en una aceptación acrítica del crecimiento económico como meta social incuestionable. Sobra decir que, por supuesto, la concepción ecológica de la austeridad nada tiene que ver con la premisa ideológica del neoliberalismo que la concibe tan solo como el principio básico de políticas desreguladoras que desmantelan las estructuras del Estado del Bienestar.

Por tanto, es preciso no llevarse a engaño respecto a la consecución de metas que pueden ser inalcanzables. Así, cuando Moreno y Conversi afirman que “la adecuación del cambio climático a las necesidades humanas también implica erradicar la pobreza, el hambre y la desnutrición” (2017: 313) están deslizándose inconscientemente una creencia en que *alguna forma* de crecimiento económico seguirá desarrollándose en el futuro. En primer lugar, parece complicado que el cambio climático vaya a adecuarse a las necesidades humanas: más bien debería ser a la inversa, habrían de ser las necesidades las que se reformularan bajo la luz del porvenir que nos espera. En segundo lugar, parece también complicado que, en un contexto de cambio climático acelerado, podamos erradicar la pobreza sin reducir considerablemente el consumo y la producción en los países ricos. Nuestros autores no mencionan la inevitable austeridad a la que habremos de hacer frente si se pretende llevar a la práctica un modelo social equiparable al europeo en el conjunto del planeta. En otras palabras, garantizar una vida digna al conjunto de la población mundial no parece un proyecto viable sin que los ciudadanos de los países más ricos hagamos nuestro un modo de vida mucho más austero que aquel al que estamos acostumbrados. Ese es nuestro destino indefectible tanto si apostamos por un modelo social similar al Estado de Bienestar europeo o un modelo suicida como el propuesto por el capitalismo especulativo global.

Cabe añadir que el modelo de bienestar europeo puede ser víctima de la tecnolatría en la misma medida que la cosmovisión neoliberal. Muchos defensores de planteamientos neoliberales tratan de esquivar la incómoda realidad de los límites físicos al crecimiento argumentando que el crecimiento económico no depende tanto de la disponibilidad de fuentes de energía y recursos como de la ingeniosidad humana para desarrollar nuevas tecnologías que permitan a su vez un empleo más eficiente de tales fuentes y recursos, así como el descubrimiento de otros nuevos. Pero esta premisa subyace asimismo a muchos planteamientos liberales igualitaristas (Arribas, 2011). A partir de esta visión prometeica, se aduce que una política económica basada en el decrecimiento impediría el desarrollo del conocimiento y la consiguiente implementación de nuevas tecnologías más limpias. Por desgracia, existen suficientes evidencias científicas de que la cantidad de energía necesaria para mantener el ritmo de crecimiento económico global no estará disponible en un contexto post-fosilista.¹ Las fuentes alternativas de energía desarrolladas hasta el momento no podrán sustituir a los combustibles de origen

¹ Para una visión general y asequible, véase el blog de Ferrán P. Vilar: <https://ustednoselocree.com/>.

fósil a medio plazo. En otros términos, las perspectivas no son halagüeñas: las energías alternativas no serán lo bastante eficientes para mantener los niveles de consumo que consideramos imprescindibles en los países ricos, niveles que solo estarán al alcance de una minoría privilegiada a costa del bienestar de la mayoría si no se toman medidas políticas drásticas.

El prometeísmo tecnológico es víctima de un ingenuo autoengaño: pues aunque la humanidad haya encontrado con anterioridad soluciones a muchos de los problemas que ha afrontado no significa que vaya a hacerlo siempre en el futuro. El cambio climático supone un desafío tecnológico sin precedentes, pero también, y ante todo, plantea un desafío ético: una “tormenta moral perfecta” (Gardiner, 2011) en la que solo mediante un esfuerzo colectivo a escala planetaria podría hallarse una solución. Esta solución (o más bien deberíamos decir “adaptación”) a las nuevas circunstancias (Worldwatch Institute, 2013; Riechmann, 2014), puede llevarse a cabo a través de un proyecto pacífico basado en la solidaridad colectiva que reformule nuestros deseos, necesidades y metas, y en el que además las concepciones de la libertad individual y del bienestar propias del discurso liberal igualitarista keynesiano sean profundamente reconstruidas; o bien puede ignorarse el dilema planteado por la tormenta moral perfecta huyendo hacia delante y consolidando el actual modelo social desigual, injusto y arbitrario en el que los intereses de unos pocos prevalecen sobre los de la mayoría. La diferencia entre ambos modelos estriba en que, según el primero, el modelo social de corte europeo podrá sobrevivir, aunque profundamente remodelado, a condición de repartir la austeridad para garantizar la equidad y la dignidad; por el contrario, todo apunta a que el segundo impondrá una indigna austeridad a la mayoría de la población mundial con el fin de asegurar los privilegios de una minoría enriquecida que no tiene intención alguna de transformar su modo de vida.

Bibliografía

- ARRIBAS, F. (2010): “La miseria del negacionismo climático: El pensamiento liberal y la sostenibilidad ecológica”, *Sistema*, 214, pp. 81-101.
- BARDI, U. (2014): *Los límites del crecimiento retomados*, Madrid, La Catarata.
- GARDINER, S. (2011): *A Perfect Moral Storm: The Ethical Tragedy of Climate Change*, Oxford, Oxford University Press.
- HARVEY, D. (2007): *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal.
- RIECHMANN, J. (2014): “¿Tiene sentido seguir evocando transiciones hacia sociedades económicamente sustentables?”, epílogo de U. BARDI (2014): *Los límites del crecimiento retomados*, Madrid, La Catarata, pp. 199-213.
- WORLDWATCH INSTITUTE (2013): *La situación del mundo 2013: ¿Es aún posible lograr la sostenibilidad?*, Barcelona, Icaria.

Impedir que el mundo se deshaga. Por una emancipación ilustrada.

Alicia García Ruiz

(2016) Catarata, Madrid. 120 pp.

Manuel Cruz

Universidad de Barcelona

manuelcruz@ub.edu

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3829>

Mirando de reojo el presente

En ocasiones me ha venido a la cabeza una imagen, tomada del mundo del fútbol, que tal vez podría funcionar a modo de criterio para distinguir dos formas de conducirse en materia de pensamiento. Hay quienes se conducen en el terreno de las ideas como determinados futbolistas legendarios lo hacían en el terreno de juego. Algunos de ellos -los mejores, sin duda: no puedo evitar, por razones generacionales, la evocación de la imperial figura de Franz Beckenbauer- avanzaban majestuosos por el campo, con la cabeza erguida, oteando el horizonte con expresión inteligente, pensando cuál era el movimiento más adecuado, el pase que podía romper las líneas del equipo rival o la zona del campo más conveniente hacia la que descargar el juego. Dominaban con la mirada la totalidad de la cancha y apenas se dignaban prestar atención a la pelota, que parecía acompañarles, solícita, como el perro acompaña el movimiento de sus patas a la variable velocidad en el caminar que va marcando su amo.

Y se me ocurría que hay quienes parecen pensar inspirándose en esta figura. Que no andan pendientes del argumento secundario, de la polémica alicorta o del último autor que ha alcanzado una notoriedad efímera, cosa que les asemejaría a esos futbolistas menores que temen perder de vista ni que sea por un instante el esférico (lo que les aboca constantemente a medir mal las distancias, errar los pases y disparar desviado), sino que, por el contrario, diseñan problemáticas poderosas, dibujan amplios universos discursivos, para luego recorrer con autoridad y elegancia, con determinación y firmeza esos territorios de pensamiento roturados por ellos mismos.

Volví a pensar en esta imagen hace escasas semanas, mientras leía el libro de Wendy Brown *El pueblo sin atributos* (2015), en el que la pensadora norteamericana recorre, con la solvencia intelectual y la solidez que le caracterizan, el territorio constituido por las fuentes intelectuales de las que beben los planteamientos neoliberales hoy hegemónicos en tantos ámbitos. Y pensaba a continuación que en cierto sentido este *Impedir que el mundo se deshaga* se puede considerar un libro complementario del de la pensadora norteamericana, de la

misma forma que su autora se maneja en materia de pensamiento con una desenvoltura y autoridad que recuerdan a las de Brown.

Bastaría con comprobar el tratamiento que hace Alicia García de la cuestión de la fraternidad, una cuestión visitada últimamente por algunos de nuestros políticos con una ligereza y una superficialidad casi irritantes. Porque en el capítulo correspondiente de este libro queda claro que, aunque la fraternidad se inspire en una metáfora, la de que los individuos o ciudadanos libres se tratan políticamente a sí mismos como hermanas y hermanos de una misma familia extendida que es la sociedad, de dicha metáfora se desprende un tipo específico de relación política y jurídica. Entre otras razones, porque donde el concepto pone el énfasis es en la relación horizontal (entre hermanos), no en la relación vertical que comparten (con el padre). El nervio de la fraternidad, pues, es la exigencia de que los fraternos se traten entre sí como iguales (como iguales son las hermanas y hermanos de una misma familia).

Nos encontramos, queda claro, ante una premisa categorial con contenido o, para ser más precisos, con un inequívoco aliento emancipador. Por decirlo con las palabras de un autor que Alicia García conoce bien, Etienne Balibar, “fraternidad” quiere decir universalización de la *egaliberté* republicana (Balibar, 2017). Nada más alejado, por tanto, del espíritu de la fraternidad que contentarse con la generalización de determinados afectos, como hace un cierto *fraternalismo light* (más próximo al insustancial *todo el mundo es bueno* que al valor republicano en sentido propio, como hacen quienes entre nosotros proponen como solución mágica al conflicto territorial que padece este país unas cuantas paletadas de fraternidad en las grietas del edificio común).

No es este el único momento del libro en el que la autora parece escribir mirando de reojo el presente. En realidad, el texto por entero está atravesado por el convencimiento de que todas las propuestas que en él se plantean deben terminar desembocando en lo que ahora hay, como se anuncia desde la primera línea. Pero la virtud del libro no es tanto esta, como el modo en que dicha desembocadura se produce, tras el análisis rico y ponderado de las ideas que constituyen la arquitectura básica del pensamiento ilustrado.

Porque lo que, empezando por el final del libro, acabo de comentar respecto a la fraternidad, también podría predicarse de otros aspectos del mismo. De ahí la referencia a la manera específica en que Balibar ha intentado anudar las otras dos categorías de la divisa revolucionaria francesa. Alicia García percibe de inmediato - hasta el punto de que el propio subtítulo del libro apunta a ello- que la reivindicación de la célebre tríada no se puede plantear en términos de mera idea reguladora, de horizonte al que tender, como si su condición de ideales lejanos las pusiera a salvo de cualquier crítica o adecuación al presente.

Si así lo creyéramos probablemente estaríamos recayendo (o no conseguiríamos alejarnos, como se prefiera decir) de una visión de la historia prisionera de un convencimiento progresista que no parece ser, definitivamente, el caso. Hay que atender -necesaria, ineludiblemente- a las formas particulares, concretas, que hoy van adoptando en nuestras sociedades tanto la libertad como la (reclamación de) igualdad, así como las cambiantes relaciones que se van estableciendo entre ambas. ¿O es que fenómenos como el certificado crecimiento de las desigualdades en nuestras sociedades no obliga a pensar que el horizonte igualitario está sembrado de dificultades de todo tipo que reclaman nuestra atención crítica? Y qué decir respecto de la libertad. No en vano la antes mencionada Wendy Brown se formula en su conocido artículo “Ahora todos somos demócratas” (2010:

77) la inquietante pregunta: "¿quiere la gente alcanzar realmente la libertad que la democracia promete?".

No se trata, supongo que se entiende, de dejar de creer en la democracia política como realización de la libertad humana, o de soslayar lo que tiene de proyecto por definición siempre inacabado¹, sino de poner los medios para que su materialización esté cada vez más cerca. Ello pasa por constatar los cambiantes obstáculos con los que dicho anhelo se ha ido encontrando a lo largo del tiempo, obstáculos que algunos han resumido en la idea de que en nuestra época ha sido el propio capitalismo el que se ha convertido en el principal enemigo de la democracia, la instancia que más puede contribuir a que el mundo se deshaga, por utilizar la brillante formulación de Alicia García.

Pero la radicalidad del filósofo (de la filósofa en este caso) es radicalidad en materia de ideas (la radicalidad política es cosa que atañe a su particular condición de ciudadano) y se reconoce por el hecho de que su pensamiento no retrocede ante ningún tópico, por más consolidado que pueda estar incluso entre los suyos. A este respecto, la radicalidad de la autora está fuera de toda duda. De ahí su atrevimiento -su sano atrevimiento me atrevería a decir- a pensar la relación entre los tres términos de la tríada no en términos de mera adición, suma o yuxtaposición, términos que han venido permitiendo la repetición de afirmaciones del tipo "la solidaridad es la nueva forma de la fraternidad", "la fraternidad es la gran olvidada", "libertad e igualdad no son contradictorias" y similares. No se trata de que tales afirmaciones sean erróneas, disparatadas o insustanciales, sino de que con demasiada frecuencia se ven utilizadas en el debate público de tal manera que convierten unas categorías que necesitarían ser reconsideradas críticamente en meros eslóganes políticos *prêt-à-porter* sin mayor densidad teórica.

Alicia García sabe evitar ese engañoso confort intelectual y nos invita a pensar, más bien, en términos de contrapeso y control mutuo entre las tres instancias. Así, la lectura ingenua, rousseauiana, buenista, que parecía dar por supuesto que la corrección de las injusticias traería consigo un mundo mejor (como si las injusticias no las protagonizara nadie, como si los protagonistas no constituyeran un contexto al que también hay que atender), es sustituida en el texto por el convencimiento de que hay que dotarse de instrumentos (teóricos en el plano del análisis y prácticos en la esfera de la política) que permitan equilibrar y contener unas fuerzas subterráneas que, de otro modo, abocan a un mundo indeseable.

Importa destacar, para finalizar, que todo lo anterior no pretende concluir en una alabanza del texto en tanto que producto cerrado sobre sí mismo, autosuficiente, como si se tratara de una investigación académica de la que lo mejor que se puede decir al término de su lectura es que no ha olvidado nada, que ha tomado en consideración las principales aportaciones al asunto tratado o que ha reconstruido satisfactoriamente las problemáticas implicadas. Todo eso se puede decir, en efecto: de ahí la imagen futbolística de la que partía el presente comentario, pero no es lo mejor que se puede decir del texto. Lo mejor lo he intentado apuntar en el título del presente comentario y es la voluntad de ofrecer instrumentos para medirse con el presente.

En ese sentido, el mayor elogio sería, casi paradójicamente, el hecho de que, desde otro punto de vista, no sea un texto clausurado y no solo permita seguir pensando sino que nos obligue a hacerlo. Utilizo la primera persona del plural no

¹ En la línea de aquella democracia siempre por construir a la que Dewey se refería en su artículo "Creative Democracy: the Task Before Us".

mayestáticamente, claro está, sino para incluir a la propia autora, que sin duda se va a encontrar en algún momento con una interpelación ciertamente pertinente, la de la posibilidad de que sus consideraciones acerca de (y, por qué no decirlo, su simpatía hacia) la desobediencia puedan constituir munición argumentativa para quienes, bien cerca de nosotros, apelan a esa instancia como elemento casi incuestionable para atacar leyes e instituciones democráticas. Supongo que se entiende que la observación no es una crítica, ni la denuncia de ninguna insuficiencia, sino una invitación a la autora para que enriquezca su discurso incorporando ese frente argumentativo a un debate, como el propuesto en este *Impedir...*, rigurosamente insoslayable.

Bibliografía

BROWN, W. (2010), "Ahora todos somos demócratas", en AA.VV., *Democracia en suspenso*, Madrid, Ediciones Casus-Belli, 2010, pág. 77.

BROWN, W. (2015), *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, México, Malpaso.

BALIBAR. E. (2017), *Igualibertad*, Barcelona, Herder.

Impedir que el mundo se deshaga. Por una emancipación ilustrada.

Alicia García Ruiz

(2016) Catarata, Madrid. 120 pp.

María José Guerra Palmero

Universidad de La Laguna

miguerra@ull.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3830>

*Justicia, ciudadanía y vulnerabilidad**

La cartografía ético-política que Alicia García Ruiz nos proporciona en este libro es de una importancia capital. La red de categorías que ilumina – la tríada revolucionaria de la libertad, la igualdad y la fraternidad y, como apunte final, la contestada noción de pueblo - representa la columna vertebral del legado ilustrado y, a la luz del contexto histórico en el que nos encontramos, no podemos, por menos, dejar de sentir las amenazas que se ciernen sobre la construcción política de los estados-nación desde sus orígenes en el siglo XVIII hasta una actualidad marcada por el desmantelamiento del llamado Estado del Bienestar. Frente al pánico paralizador, que podría ser la reacción más natural ante el mundo que se “deshace”, García Ruiz apuesta por repensar junto a sus clásicos de referencia – Arendt, Rancière, Balibar, Rawls, Butler, Nussbaum y algunos otros y otras - las referencias normativas modernas para enfrentarlas al cuestionamiento que genera la aparición en la escena filosófica de la categoría de vulnerabilidad. Esta categoría, ligada a un repensar de la condición humana desde la interdependencia y la fragilidad así como vinculada a la teoría crítica feminista, ha sido rescatada de los márgenes de la ética y representa un reto magnífico tanto a la autonomía concebida desde el distanciamiento abstractivo kantiano, como a la visión opaca y miope del *homo economicus* que triunfa en el universo neoliberal presente y que, crudamente, reduce la condición humana a “recurso” y a “capital” (García Ruiz, 2016: 93).

Mi perspectiva converge con la de García Ruíz y, por ello, considero que la vulnerabilidad y la precariedad deben ser las categorías antropológico-morales - leídas desde el legado de las teorías de la justicia y la ciudadanía - que nos ayuden a resituarnos para construir una efectiva red de protecciones y garantías con el fin de contrarrestar la lógica de un capitalismo salvaje que en una dinámica recrudescida, desde los años ochenta del siglo pasado, ha ido socavando el marco de los Estados sociales de derecho¹. Tanto Rawls como Habermas, los grandes

* Este texto se inserta en el proyecto I+D “Justicia, ciudadanía y vulnerabilidad. Narrativas de la precariedad y enfoques interseccionales”. FFI2015-63895-C2-1-R

¹ Esto es lo que pongo de manifiesto, referido a la actual crisis de refugiados y la política migratoria europea en GUERRA PALMERO, María José (2016), “Paradojas políticas sobre transnacionalismo europeo, derechos humanos y migraciones. Lógicas de la estigmatización

teóricos de la oleada socialdemócrata, construyeron sus teorías y referentes a partir del consenso sobre la igualdad de oportunidades y el requisito de la equidad. Hoy, el tsunami neoliberal ha llegado, después de arrasar buena parte del globo, al territorio europeo, especialmente a la Europa del Sur, y, por ello, suenan las alarmas al constatar las dinámicas de desmantelamiento de derechos laborales y sociales y de “austericidas” recortes del llamado otrora Estado del Bienestar. La modulación socialdemócrata de la triada revolucionaria es lo que vemos consumirse y ser reemplazada por un sistema globalizado en el que la producción masiva de vulnerabilidad social – cifras inasumibles de desempleo y de desprotección social – se conjuga tanto con un “vaciamiento” de la democracia, cooptada por poderes económicos y tramas corruptas, como con un escenario geopolítico en el que la violencia económica, política y religiosa se exagera año a año desde la entrada del siglo XXI. No es pues ninguna casualidad que Arendt, la pensadora del derrumbe mundial en torno a las dos guerras mundiales y de la crisis de refugiados, que ahora reverbera en un escenario mundial de inseguridad humana, sea un anclaje en la tarea responsable de “cuidar el mundo”. No nos situamos, pues, en un contexto autocomplaciente, ni siquiera en la otrora protegida Europa, sino en unas coordenadas que Saskia Sassen, mejor que nadie, ha relatado en su libro *Expulsiones* (2015). En lo que sigue voy a ofrecer mi propio mapa del problema, teórico y práctico, que nos plantea García Ruiz al dar protagonismo a la vulnerabilidad con el objeto de contrastar nuestras visiones e invitarla a un diálogo al respecto.

En un plano normativo yo identifico, de un lado, las éticas de la justicia y los derechos humanos – a partir de Rawls y de Habermas-, y del otro, las éticas de las responsabilidad -inspiradas en autores como Arendt, Jonas y Apel-, cuyo imperativo es el evitar el mal (Aramayo y Guerra, 2007). Una especificación relevante de las anteriores, serían, asimismo, las éticas de la alteridad, como la de Lévinas inspiradora del último giro del pensamiento de Butler a partir de *Vida precaria* (2006). Asimismo, en este sector, el de la responsabilidad, habría que incluir las éticas del cuidado, que instan al no abandono ante la vulnerabilidad de los otros. El mismo Jürgen Habermas, en su reciente libro *Mundo de la vida, religión y política* (2015), reconoce que:

“Una ética kantiana comprendida intersubjetivamente que se extiende a todo lo que el uno debe al otro, debido a relaciones de reconocimiento, recíprocas y simétricas, no alcanza por completo el alcance teológico de una idea semejante (la alteridad).”

Esto es así porque esa ética “No consigue dirigir al ego a una preocupación prioritaria por el bienestar del alter en su singularidad. Pues esa entrega presupone una especie y una medida de empatía que no puede convertirse en un deber fundamentado universalmente” (Habermas, 2015: 134).

El considerar, en suma, la vulnerabilidad como moralmente relevante implica atender activamente a la protección y al bienestar de los otros. Surge así la necesidad de revisar, suplementar y complementar la ética de la justicia y los derechos humanos con diversos enfoques, entre ellos los de las éticas narrativas, que logren sensibilizar ante el daño y la vulnerabilidad de los otros causados por las desigualdades, las humillaciones y la violencia. Las éticas narrativas, algunos de cuyos representantes son McIntyre, Rorty y Nussbaum, colaboran así en la

y lógicas de la renacionalización”, en R. R. ARAMAYO, J. F. ÁLVAREZ, F. MASEDA y C. ROLDÁN (eds.) *Diálogos con Javier Muguerza*, Madrid, CSIC. Pp. 553-574.



activación de la responsabilidad ética y política con el fin de evitar la indiferencia moral y aproximarnos, realmente, al horizonte inclusivo de un universalismo moral.

García Ruiz reconoce la necesidad de la contextualización y de la encarnadura, al poner en el centro a la corporalidad, como contrapeso a la excesiva idealización y condición abstracta de las éticas de la justicia. Las narrativas, dotadas de una importante misión “interpeladora”, desempeñan un papel crucial tanto en el terreno de la imaginación moral como en el de la motivación, pero han sido arrumbadas a los márgenes frente a la hegemonía de los imperativos kantianos. Entroncan, como la autora reconoce, con la tradición anglosajona de los sentimientos morales que nos permite vislumbrar la red de interdependencias humanas que las éticas de la autonomía han opacado al santificar a un sujeto autónomo, distanciado y abstracto. Ya Seyla Benhabib, en un temprano artículo de 1982, reprendía a Rawls y a Habermas por sus ilusiones metodológicas² al convertir a la abstracción descontextualizadora en ceguera moral para los casos y detalles concretos que requieren del *Situating the Self* (1992) teniendo la referencia de los datos concretos de las situaciones morales. Casi al mismo tiempo Iris Marion Young recusará este ideal androcéntrico de imparcialidad (1990) incapaz de percibir la asimetría de la vida humana, hilada de interdependencias, puesto que el modelo del pacto social entre iguales estaba concebido a imagen y semejanza de aquellos, varones y propietarios en principio, que habían resguardado para sí la tríada revolucionaria.

La ceguera moral y la indiferencia conviven, paradójicamente, en nuestro presente, con las proclamas universalistas que no logran detectar, a modo de un fallo en su radar, su ámbito de aplicación, e incluso, fracasan al derivar hacia particularismos sectarios irreflexivos. Diagnosticamos, junto con García Ruiz, importantes lagunas en la coherencia del universalismo moral al no dar respuesta ante el sufrimiento y las necesidades de los otros y otras, al fracasar en el ámbito de la aplicación de las normas. Damos, asimismo, por supuesto que, la inmediatez y la simultaneidad con la que vivimos las tragedias de nuestros congéneres en esta sociedad hipertecnologizada, ha hecho saltar por los aires la noción de los “extraños morales”. Y es que, lo lejano cada vez es más cercano. Las “fronteras” del pueblo son desbordadas y atravesadas hasta cuestionar la homogeneidad que el relato moderno le confería preso de otra tríada: la del territorio, la lengua y la patria. Para analizar, en suma, el campo de tensiones entre las concepciones heredadas de la justicia y de la ciudadanía y las demandas de la vulnerabilidad se impone rastrear algunos hitos y plantear algunas paradojas. Vamos a ello.

El lograr una sintonía empática con el que sufre no puede convertirse en un deber fundamentado universalmente, dice Habermas, tal y como hemos citado al principio, pero sí que puede ser promovido en el terreno de la educación moral y de los discursos políticos como valor civilizador y anclaje de los derechos humanos. Es, además, el único remedio contra la ceguera moral. La complementariedad entre justicia y éticas del cuidado, así como la cobertura que le da el principio de solidaridad – prefiero esta nomenclatura a la relativa fraternidad, que glosa García Ruiz, con el fin de reducir su subtexto masculino- son puntos de partida esenciales en este bosquejo del territorio normativo con los que reflexionar y cuestionar los supuestos sobre los que se construyeron nuestras teorías clásicas de la justicia y la ciudadanía –la tradición rawlsiana y habermasiana- enfrentadas ahora al reto de la vulnerabilidad inducida y producida masivamente en los tiempos de un capitalismo brutal y excluyente.

² BENHABIB, S. The methodological illusions of Modern Political Theory: the case of Rawls and Habermas. *Neue Hefte Fuer Philosophie*, 1982, 47-74;

Nuestra búsqueda, en sintonía con el planteamiento de la emancipación ilustrada de García Ruiz, recalca en la necesidad de visibilizar y analizar, utilizando diagnósticos socio-económicos y culturales críticos, lo que vamos a denominar la producción masiva de vulnerabilidades –desprotección, por desmantelamiento del Estado del Bienestar y tanto desposesión como exclusión debido a los mecanismos de la deuda privada y pública- en consonancia con la fase actual del capitalismo (Piketty, 2015 y Sassen, 2015). Sin embargo, para ello, primero, tenemos que clarificar los sentidos de este vocabulario de la precariedad y la vulnerabilidad que, a la vez, es sociológico, político y moral.

Si vamos a un diccionario el ser precario significa ‘estar falto de medios o recursos suficientes’ y remite a riesgo e incertidumbre. Debemos inferir que estos medios o recursos tienen que ver con la subsistencia y la supervivencia. Lo precario es lo contrario a estable y suficiente y, al tiempo, sinónimos de precario serían los adjetivos frágil, inseguro o inestable. Si empezamos a ver usos actuales del vocablo “precario”, nos aparece, sobre todo, en el ámbito laboral: el trabajo precario, esto es, inestable, temporal y mal pagado, tiene como resultado la falta de recursos suficientes para la subsistencia. Asimismo, ha surgido la caracterización de una nueva clase social –el precariado- y de políticas ligadas a esta condición –la Renta Básica ligada a la ciudadanía frente a la vieja ciudadanía ocupacional, ya que el trabajo estable era el garante de los derechos, es la demanda más ubicua-. De la precariedad, producto a su vez de las desigualdades exacerbadas, se deriva, por consiguiente, la vulnerabilidad.

La vulnerabilidad es una condición antropológica universal, y así lo refiere García Ruiz en su acertado bosquejo conceptual, en el que trenza fraternidad como respuesta a nuestra condición dependiente y frágil. Periodos enteros de la vida de los seres humanos como la infancia o la vejez intensifican, no obstante, nuestra susceptibilidad a ser dañados, heridos. Esa susceptibilidad a ser dañado o herido es la misma definición de vulnerabilidad. *Vulnus* en latín, por remitirnos a la etimología, significa ‘herida’. Vulnerable quiere decir, en suma, que ‘puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente’. Remite, por lo tanto, a su posible resultado que es el daño. Debemos, no obstante, diferenciar entre la vulnerabilidad común, la antropológica, y la producida social y culturalmente, tal y como ha propuesto Judith Butler en *Vida precaria* (2006). La exploración de las conceptualizaciones contemporáneas de la vulnerabilidad será un objetivo con el fin de, posteriormente, poderlas relacionar críticamente con las teorías de la justicia y la ciudadanía forjadas en la segunda mitad del siglo XX.

Al rastrear la cuestión de la vulnerabilidad en filosofía moral contemporánea encontramos un libro pionero de R. Goodin *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities* (1985). Es tres años posterior al libro de Carol Gilligan, *In a different voice*, en el que hizo emerger el continente hundido de la ética del cuidado, marcado en femenino, al contraponer el principio de no abandono del vulnerable a las conclusiones de la matemática moral hipotética de los derechos de su maestro Kohlberg. Gilligan, a la vez, señalaba el sesgo androcéntrico de las teorías normativas rawlsianas y Goodin planteaba que nuestras responsabilidades morales derivan del *Vulnerability Principle*, del principio de vulnerabilidad, y lo formulaba de esta manera: “Moral agents acquire special responsibilities to protect the interests of others to the extent that those others are specially vulnerable or in some way dependent on their choices and actions.” (Goodin, 1985: 110)

Goodin escribe, aún, en la estela del contrato social keynesiano y en la de la teoría de la justicia de Rawls. La vulnerabilidad parecía que se podía acotar y que era abordable desde las políticas sociales y el Estado del Bienestar. Sin embargo,

hoy, como adelantábamos al principio, no sólo se desmantelan las protecciones y compensaciones ligadas al Estado del Bienestar sino que la mutación del sistema económico –de capitalismo inclusivo a otro “expulsivo” y precarizador –como señalan Piketty, Sassen o Standing- nos enfrenta a una producción social masiva de vulnerabilidades de carácter sistémico. Muchas de las realidades asimétricas y explotadoras del presente entran en flagrante contradicción con el discurso de los derechos humanos, pero detectamos aún un gran déficit en su conceptualización en las teorías morales y políticas.

Con su revisión de la triada revolucionaria, al ser problematizada desde la vulnerabilidad, Ruiz García nos invita a una tarea de gran calado en la que integrar dimensiones ético-normativas y antropológicas para las que la tradición moral y política, hasta hace muy poco tiempo, ha sido ciega. La ética del cuidado, ya un nutrido hilo feminista, en conjunción con los llamados al “hacerse cargo” y a la sensibilidad por los otros y otras, en las éticas de la responsabilidad y la alteridad, nos brindan un territorio a explorar bajo nuevas condiciones alentadoras de la desigualdad y de la restricción de libertades que están socavando el paradigma de los derechos humanos. Es de rigor iniciar el camino en una senda de reconceptualizaciones acuciantes dado el cambio de contexto de este siglo XXI en el que se exacerba lo que he denominado producción masiva – y sistémica- de vulnerabilidades. Enfrentar esta situación, en lo teórico y en lo práctico, es nuestra responsabilidad presente para que siga teniendo sentido la meta de una emancipación ilustrada que vindica Alicia García Ruiz.

Bibliografía

- ARAMAYO, R. R. y GUERRA PALMERO, M. J. eds. (2007): *Los laberintos de la responsabilidad*. Plaza y Valdés, Madrid.
- BENHABIB, S. The methodological illusions of Modern Political Theory: the case of Rawls and Habermas. *Neue Hefte für Philosophie*, 1982, 47-74.
- BENHABIB, S. (1992) *Situating the Self: Gender, Community, and Postmodernism in Contemporary Ethics*. Routledge.
- BAUMAN, Z. & DONSKIS, L. (2015): *Ceguera moral*. Paidós, Barcelona.
- BUTLER, J. (2006): *Vida precaria. El poder de duelo y la violencia*. Paidós, Buenos Aires.
- BUTLER, J. (2009): *Dar cuenta de sí mismo. Violencia ética y responsabilidad*. Amorrortu, Buenos Aires.
- BUTLER, J. (2010): *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Paidós, Barcelona
- GOODIN, R. (1985): *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*. University of Chicago Press, Chicago.
- GUERRA PALMERO, M. J. (2014) “El reto del cuidado. Autonomía, vínculos y ética feminista” en PÉREZ CHICO, D. Y GARCÍA RUIZ, A. (eds.) *Perfeccionismo. Entre la ética pública y la autonomía personal*. Prensas de la Universidad de Zaragoza, pp.73-94.
- GUERRA PALMERO, M. J. y HERNÁNDEZ PIÑERO, A. (2015): *Éticas y políticas de la alteridad*. Plaza y Valdés, Madrid.
- GUERRA PALMERO, M. J. (2016), “Paradojas políticas sobre transnacionalismo europeo, derechos humanos y migraciones. Lógicas de la estigmatización y lógicas de la renacionalización”, en R. R. Aramayo, J. F. Álvarez, F. Maseda y C. Roldán (eds.) *Diálogos con Javier Muguerza*, Madrid, CSIC. Pp. 553-574.

- HABERMAS, J. (2013): *The Lure of Technocracy*. Polity Press, London.
- HABERMAS, J. (2015): *Mundo de la vida, política y religión*. Trotta, Madrid.
- PIKETTY, S. (2015): *El capital en el siglo XXI*. FCE, Madrid.
- SASSEN, S. (2015): *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en el capitalismo global*. Barcelona, Katz.
- STANDING, G. (2013) *El precariado. Una nueva clase social*. Pasado y presente, Barcelona.
- STUCKLER, D. & BASU, S. (2013): *The Body Economic: Why Austerity Kills*. Basic Books, New York.
- YOUNG, I. M. (1990) *Justice and the Politics of Difference*. Princenton University Press.

No interrumpan la conversación (democrática) sin una buena razón: palabras de agradecimiento

Alicia García Ruiz
Universidad Carlos III de Madrid
alicgarc@hum.uc3m.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3831>

En un texto de 1951, titulado *Invitación al diálogo*, Norberto Bobbio nos advierte de que vivimos –todavía y tal vez hoy más que nunca- un tiempo en el que “los problemas no se resuelven, sino que se deciden”, es decir, no se *debaten* sino que se *zanjan*, la mayoría de las veces para mal, con cierres en falso, con frustración y encono. Se trata de un texto profundo e incómodo, recuperado ahora en castellano gracias a la perspicacia del compañero A. Greppi, en el que el filósofo italiano denuncia lo que por entonces era tendencia y que ahora es ya corriente principal: plantear las discusiones sobre lo público en términos de una alternativa excluyente, un *aut aut*, o, como se dice estos días en las redes sociales, tomar partido. Debemos apresurarnos a aclarar cuanto antes el malentendido que puede desencadenar la denuncia de Bobbio, por lo demás hombre comprometido con lo público como pocos. La cosa no va de no decidirse (o, como se dice hoy, de equidistancias) sino de hacerlo sin saltarse el preliminar ineludible de toda decisión sensata: discutir. Quienes bloquean la conversación apelando a una supuesta urgencia histórica bloquean, por tanto, el fundamento mismo de la toma de decisiones colectiva: no se puede decidir lo que ya está decidido. En la época (y en la épica) de los gestos políticos disruptivos tal vez no sea irrelevante señalar la diferencia de capital importancia entre interrumpir la conversación para aportar un nuevo argumento necesario o bloquearla rompiendo la baraja.

Si he comenzado por esta breve reflexión se debe a que me parecía necesario describir el marco o contexto actual en el que una invitación al diálogo, parafraseando a Bobbio, frente al griterío, la constante interrupción y la prisa, es acogida por quien suscribe como agua de mayo. Por ello, quiero agradecer tanto a la Revista *Eunomía* como a mis dos magníficos interlocutores, María José Guerra y Manuel Cruz, la oportunidad de conversar con calma. No es poca cosa en los tiempos que corren. Comienzo, pues, con mi turno de conversación.

El libro que aquí se está planteando como terreno de diálogo constituye un programa personal de investigación para los años venideros, lo cual no quiere decir otra cosa que poner en orden o sistematizar asuntos que a lo largo de estos años han venido tomando forma en mi trabajo. Se trata en consecuencia de un texto que tiene diversos ángulos de entrada así como vías de desarrollo, una amplitud que a mi juicio podía quedar entrelazada en un replanteamiento de lo que significa el legado emancipatorio de los principios ilustrados, tal como quedaron plasmados en la tríada revolucionaria. Soy consciente de que hoy está resonando esta necesidad incluso entre voces que hace tan sólo unos años se significaban en un beligerante tono antilustrado. No me parece mal, siempre es un motivo de alegría el ingreso en

la sensatez, que no necesariamente tiene el signo conservador que en tantas ocasiones se le atribuye.

Como ha mostrado con aplastante erudición histórica Jonathan Israel (2001), la Ilustración fue un movimiento radical y heterogéneo, basculado en torno a una permanente dialéctica entre institucionalidad y desinstitucionalización, entre momentos constituyentes y destituyentes. Hubo, en definitiva, despotismo ilustrado tanto como ilustración radical y es más que probable que aún sigamos viviendo bajo el signo de esta disputa durante muchos años más. Dado que una de las características más decisivas de la modernidad es el carácter autorreflexivo que inaugura en nuestra relación con lo histórico, la deuda que mantenemos con la Ilustración es irreversible y permanente: no consiste en limitarse al conocimiento histórico sino transformar en cada período ese saber en actualidad. Esta transformación puede tomar caminos muy diferentes. Jonathan Israel advierte, y conviene que guardemos con cuidado tal advertencia, de la existencia de un *tertium quid* que paradójicamente no terció en absoluto entre los polos mencionados de la tensión ilustrada sino que más bien dinamitó su circuito: los discursos incendiarios o “*crowdpleasing*” que promueven la degradación en puro tumulto destructivo de la legítima ira colectiva. El repetido tópico del carácter ígneo de las redes sociales tiene venerables precedentes, como puede verse. Dejo aquí humildemente esta nota para que el lector discierna en un futuro próximo entre las propuestas conscientes de ilustración radical y la pura agitación retórica de las pasiones y pulsiones destituyentes.

Regresando a la cuestión de los múltiples puntos de entrada del texto aquí comentado, me alegra de modo especial que María José Guerra haya elegido, de entre todos ellos, la cuestión de la vulnerabilidad para trazar su propia cartografía, que en tantas observaciones siento cercana. Le agradezco de modo particular la elegante elección del adjetivo “empático” para acompañar su reflexión, pues en efecto de introducir la empatía desde premisas no identitarias trata en gran medida el desafío de nuestros saberes éticos y políticos, como María José Guerra conoce perfectamente desde su sólida perspectiva feminista. No puedo más que asentir a su acertada referencia a las éticas de la responsabilidad como el complemento necesario de las éticas de la justicia. Si estas últimas nos permiten definir marcos normativos, las primeras no tienen un papel menor en esa construcción, pues señalan su condición de existencia, las actitudes que los hacen posibles. En el marco de estas actitudes empáticas de respuesta a la vulnerabilidad de los otros, entendida como propia, es donde se encaja la interpretación de la fraternidad que planteo en el libro.

La ampliación de las teorías de la justicia que diagnostica María José Guerra implica inevitablemente, añadido, una teorización sobre el sentido de la injusticia, sentido y sensibilidad que sólo es posible adquirir en el curso de interacciones cotidianas y corporalizadas. Como sostiene una autora que me es muy cercana, Judith Shklar (2010), “no tener ni idea de lo que significa ser tratado injustamente es no tener conocimiento ético ni vida moral”. Tampoco vida política, deberíamos añadir. La propuesta que realiza Shklar de una *via negativa*, tal como la denomina Carlos Thiebaut¹, de aproximación a la justicia a partir de la injusticia, plantea un novedoso punto de comienzo para la reflexión sobre lo justo: no se trata de empezar por determinar conceptualmente lo que sea la justicia, sino de entrenar nuestra mirada para percibir primeramente lo que no es justo. En otras palabras, lo que se

¹ Interlocutor inestimable, con quien tengo el placer de compartir la docencia de un curso titulado “Sentido de la injusticia” y de quien tomo esta formulación, así como muchos otros conocimientos valiosos.

propone aquí es en cierto modo replantear las humeanas “circunstancias de la justicia” particulares para poder luego demandar su universalización.

La universalidad de la justicia tal como se traza en el horizonte del concepto de *Egaliberté* acuñado por Étienne Balibar (2017), es *polémica*, esto es, no consiste en postular un ideal positivo de justicia sino en un trabajo conceptual y una práctica política sobre su negatividad, sobre su envés. Esto significa que cada una de las versiones provisionales y concretas de este universal deben ser consideradas como refutables, lo cual obliga una y otra vez a su perfeccionamiento y reformulación. De nuevo, como vemos, nos encontramos aquí con el empleo de una vía negativa a fin de evitar las exclusiones inherentes a las caracterizaciones modernas de lo universal, exclusiones a cuya crítica se dedicó –acertadamente– una buena parte del llamado pensamiento “postmoderno”. Entiendo que este procedimiento teórico-político se integraría perfectamente en el programa que María José Guerra define como la identificación de “importantes lagunas en la coherencia del universalismo moral, al no dar éste respuesta ante el sufrimiento y las necesidades de los otros y otras, al fracasar en el ámbito de la aplicación de las normas.”

Para finalizar este diálogo con los puntos planteados por mi estimada colega, me gustaría añadir dos cuestiones más: una aclaración y una justificación. En primer lugar, creo que es necesario especificar que la propuesta de un programa de “exploración de las conceptualizaciones contemporáneas de la vulnerabilidad” que ambas promovemos, no significa en modo alguno entregarse a una suerte de acción política meramente reactiva. Por el contrario, desde mi punto de vista –creo que compartido con Guerra– entiendo que este planteamiento promueve la posibilidad y la necesidad de poner en marcha políticas proactivas. Como he sostenido en otro lugar² bajo la expresión “Fuerza de las fragilidades” la idea de “vulnerabilidad” no debe servir como una mera denuncia sino como una palanca de politización. En esta línea trabaja hoy día la reivindicación de las prácticas del cuidado, que surge históricamente como reacción contra el trasfondo neoliberal de los ochenta, con el thatcherismo y el reaganismo como laboratorios políticos y que se caracterizó por el triunfo de la inquietante figura del emprendedor y la absoluta desregulación de la dinámica mercantil. En la práctica, esta corriente generó un devastador cambio de paradigma relacional: la glorificación de la ley del más fuerte y del más adaptado. En otras palabras, Darwinismo versus Fraternidad. Es hora, en mi opinión, de corregir esa tendencia que amenaza con corroer desde su interior el fundamento mismo igualitario y emancipador de nuestras democracias contemporáneas.

No son pocos los escollos que el correctivo de un programa político de fraternidad encontrará en su camino. A este respecto, María José Guerra dedica buena parte de su respuesta a caracterizar lo que denomina “producción masiva de vulnerabilidad” con la que no puedo sino converger pues es, se diría, el *escollo mismo*. Me permito, por no poder extenderme más en ello, simplemente señalar el paralelismo que percibo entre esta formulación y lo que Etienne Balibar define en su libro *Violence and Civility* (2015: 13-14) como “violencia ultraobjetiva”. El rasgo fundamental de este tipo de violencia es su naturalización bajo una apariencia de universalidad, alcanzando un grado tal de vaciamiento de sentido que lo transforma en un dispositivo ciego de producción de violencia indiscriminada o, tal como lo ha denominado Bertrand Ogilvie (2012) una forma de producción neodarwinista de “hombres desechables.” Recuerda todo ello a la descripción que hace ya bastantes

² García Ruiz, A. “Fraternidad: la fuerza de las fragilidades” en Contexto, 28 de Julio de 2017. <http://ctxt.es/es/20170726/Firmas/14239/fraternidad-sociedad-cuidados-capitalismo.htm>

décadas Anthony Giddens (1993) realizó de una Modernidad desbocada como el *Jaggernaut* o carro sagrado de Khrisna, a cuyos pies se inmolan o son simplemente aplastados cuantos se cruzan en su camino. Giddens usaba esta imagen para metaforizar una institucionalidad desanclada de la realidad social, que se convierte en un autómatas cuyo funcionamiento es crecientemente imprevisible e inmanejable, en la línea de las teorizaciones sobre la sociedad del riesgo. Parece que en esa dirección caminamos sin duda. Balibar advierte además, con absoluta perspicacia, de que esta mutación estructural de las formas de violencia conocidas hasta ahora, se verá acompañada por un retorno no menos furioso de una “violencia ultrasubjetiva” de carácter reaccionario, defensivo y fuertemente identitario.

Quisiera finalizar con la justificación de la utilización del término “Fraternidad” en el que no sin razón encuentra María José Guerra el problema de un subtexto de ecos masculinos. La razón de esta elección es una cuestión de historia conceptual en el sentido en el que la entiende Reinhard Koselleck: me parece un concepto cargado de una experiencia histórica (también de exclusiones, evidentemente) enormemente relevante como para ser repensado, sin duda desde una perspectiva inclusiva y de género. Podríamos cambiar perfectamente su matiz masculino refiriéndonos a “sororidad” pero lo que me interesaba remarcar de este concepto procedente de una metáfora familiar, como Manuel Cruz destaca, es su carácter horizontal e igualitario frente a la verticalidad jerárquica presente en otros conceptos que proceden de la constelación semántica del término familia. Desde la majestuosa diatriba que lanzó Olympe de Gouges a sus coetáneos tenemos bastante claro que ninguno de los términos abarcados por la tríada revolucionaria es real si deja fuera del mismo a la mitad de la humanidad y ciertamente nunca está de más volver a recordarlo. Doy las gracias a María José Guerra por su discreto y oportuno recordatorio.

Paso a continuación a la parte del diálogo relativa a la intervención de Manuel Cruz, un poco más breve porque los puntos sobre los que a estas alturas coincidimos son numerosísimos, pero no menos intensa que la anterior. La nuestra es una conversación incesante mantenida ya desde hace más de una década, en la que siempre quedo espoleada a pensar más y mejor y que me ha servido de contrapunto, corrección y ampliación de perspectiva en un grado que apenas puedo expresar aquí. Sabía perfectamente, en consecuencia, cuál iba a ser su principal línea de crítica, en torno a la espinosa cuestión de la desobediencia y le agradezco que me obligue –amablemente- a dar las debidas explicaciones. Permítaseme, no obstante, que antes le agradezca la comparación de mi trabajo con una autora como Wendy Brown, a la que desde luego ya me gustaría poder emular siquiera un poco. Lo tomo como acicate más que como realidad, porque como yo diría en los términos de Manuel Cruz, “aún queda mucho partido”.

Aunque confieso mi absoluta ignorancia, conocida por mi colega, en cuestiones relativas a ese deporte, acepto su envite futbolístico y me introduzco en ese terreno de juego metafórico. Me interpela Manuel Cruz acertadamente por el peligro de que mi simpatía por la cuestión de la desobediencia, no disimulada en el primer capítulo de mi libro, que orbita bajo la guía de Hannah Arendt, corra el peligro de “constituir munición argumentativa para quienes, bien cerca de nosotros, apelan a esa instancia como elemento incuestionable para atacar leyes e instituciones democráticas”.

Efectivamente, así es. Es un peligro del que soy consciente, incluso en las veces en las que he defendido públicamente la noción de desobediencia civil. Confío, no obstante, en que tras las primeras líneas que he escrito en esta respuesta pueda quedar claro que no estoy dispuesta a sostener cualquier

utilización del término “desobediencia” y mucho menos aquellas hacia las que certeramente apunta Manuel Cruz. Entiendo con Arendt que la desobediencia civil puede constituir un medio, bastante extremo es cierto, de innovación normativa y reconozco que su encaje constitucional es casi imposible. Pero quisiera poner el acento sobre el término “civil”.

No es civil cualquier desobediencia sino aquella que precisamente se hace desde la condición de ciudadano. Por tanto, no fuera de la ley sino ante la ley, con el propósito de mejorar la legalidad, no de destruirla. Planteadas así las cosas, creo que resulta claro que debemos reservar un mecanismo tan peligroso sólo ante la vulneración de derechos fundamentales y en condiciones claramente inciviles como puedan ser todas aquellas donde se vea en peligro la vida de un ser humano (rescatar refugiados en alta mar, por ejemplo) o las capacidades básicas (pobreza, falta de asistencia sanitaria, etc.) para ejercer lo que venimos entendiendo por derechos humanos, derechos que se encuentran en constante transformación y perfeccionamiento gracias precisamente a la crítica de las circunstancias en las que no son respetados.

Por todo ello no me parece, lisa y llanamente, que las cuestiones relativas a la soberanía de un territorio dentro de nuestro país entren dentro de tal conjunto de casos sin un notable forzamiento. Mi visión de la desobediencia civil la pone en relación con un marco constitucional y soy perfectamente consciente de la dificultad, casi insalvable, de decir esto sin caer en contradicción con el principio de legalidad. Ahora bien, entiendo con autores como Rawls que una desobediencia cívica no busca la destrucción del orden constitucional sino actuar como correctivo y llamada de atención cuando éste está siendo puesto en entredicho mediante leyes injustas. Injustas en el sentido estricto de vulneración de los derechos humanos que he mencionado. Apela, por tanto, al sentido de justicia de una mayoría de la sociedad, invocando para ello un marco constitucional que no estaría siendo respetado. Tiene interlocutores, no adversarios. Esto es distinto de intentar apartarse del mismo.

Hace pocos días escuché una frase que me llamó poderosamente la atención, por parte de alguien que defendía lo efectuado en el parlamento del que todo el mundo habla en estos momentos, afirmando que “esto no va a ser un paso de la ley a la ley, sino de una legalidad intervenida a la legitimidad”. En mi opinión, esta declaración no apuntala ninguna transitoriedad o paso sino que es más bien un salto brusco y antidemocrático. Recuerdo de nuevo aquí a Norberto Bobbio (1986) cuando sitúa la diferencia entre un sistema democrático y un régimen autoritario en la existencia de algo muy básico y seguramente insatisfactorio pero ineludible, a saber: un conjunto de reglas primarias o fundamentales que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos. Bobbio señala un punto que siempre me ha parecido fundamental para evitar precisamente ese uso inadecuado de la desobediencia que aquí intentamos elucidar. Ese conjunto de reglas primarias o fundamentales, las normas constitucionales, “no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego” (Bobbio, 1986: 14-15). Sin ellas no hay juego alguno. Por tanto, su ruptura arbitraria y sin el objeto de intentar modificarlas sino sustituirlas por un nuevo juego, no es lo que yo entiendo por desobediencia civil.

Intentar por todos los medios un “tránsito de la ley a la ley” no me parece sostener ninguna idolatría al procedimiento sino el único medio –falible, mejorable– del que disponemos para que este proceso sea seguro, es decir, para que la innovación normativa no se entregue a la condición de un puro pulso de fuerzas. Confundir legalidad con legalismo me parece un error similar a confundir autoridad con autoritarismo. Por terminar esta intervención de un modo futbolístico, como

prometí hacer: es bastante probable que Schmitt metiera un gol correctivo y necesario en alguna medida, pero el resultado final de este partido en concreto, dado el comportamiento de los jugadores debería ser: Kelsen 2/Schmitt 1.

Quedo profundamente agradecida a mis interlocutores y a esta revista por la oportunidad de tener esta conversación tan enriquecedora.

Bibliografía

BALIBAR, E. (2017): *Igualibertad*, Herder, Barcelona.

BALIBAR, E. (2015): *Violence and Civility*, Columbia University Press, NY.

BOBBIO, N. (1986): *El futuro de la democracia*, FCE, México.

BOBBIO, N. (2017): *Invitación al diálogo*, Trotta, Madrid.

GIDDENS, A. (1993): *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza, Madrid.

ISRAEL, J. (2001): *Radical Enlightenment*, Oxford University Press, Oxford.

OGILVIE, B. (2012): *L'Homme jetable, Essai sur l'exterminisme et la violence extrême*, Editions Amsterdam, París.

SHKLAR, J. (2010): *Los rostros de la injusticia*, Herder, Barcelona.

Contra el capitalismo clientelar.

Sansón Carrasco
(2017) Editorial Península
Barcelona, 336 pp.

Carlos Sebastián Gascón*
Universidad Complutense de Madrid
carlos.sebastian@eriste.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3832>

Sansón Carrasco cabalga de nuevo

El colectivo Sansón Carrasco¹ nos precisó en su primer libro *¿Hay Derecho?* (2014) las graves debilidades de nuestro Estado de Derecho. En este nuevo libro, *Contra el Capitalismo Clientelar*, analiza una de las importantes consecuencias de esas debilidades: las prácticas clientelares que dominan buena parte de las relaciones económicas y políticas.

La relación de los dos libros es muy evidente, porque los fenómenos que analizan cada uno de ellos están intensamente conectados. Se puede decir, además, que esa relación es bidireccional. El deterioro del Estado de Derecho, descrito y explicado en el primer libro, crea un marco adecuado para el desarrollo de las prácticas clientelares analizadas en este segundo libro. Y la consolidación del Estado clientelar erosiona de forma continuada la primacía de la ley y la igualdad de los ciudadanos ante ella.

La mala calidad normativa, los sesgos regulatorios, los incumplimientos impunes de las leyes por las propias administraciones y por las grandes empresas, la profusión de normas que contribuyen a la inseguridad jurídica, son todos aspectos de un Estado de Derecho débil (tal como se describen en el primer libro) que en

* Catedrático jubilado de Teoría Económica de la Universidad Complutense de Madrid y autor de *España estancada*, Galaxia Gutenberg (2016).

Formado desde su origen por Elisa de la Nuez (abogada del Estado), Rodrigo Tena (notario), Ignacio Gomá (notario), Fernando Gomá (notario) y Fernando Rodríguez Prieto (notario), a los que se han sumado para este segundo libro Matilde Cuenca (catedrática acreditada de Derecho Civil) y Segismundo Álvarez Royo-Vilanova (notario). Todos ellos han impulsado el blog *Hay Derecho* y la fundación con el mismo nombre. Han colaborado también en este segundo libro los miembros de Hay Derecho Joven: Ignacio Gomá Garcés, Pablo Ojeda Baños, Matías González Corona y Álvaro del Caño Durán.

gran medida se explican en clave clientelar, tal como trato de argumentar en mi *España estancada*. Por otro lado, las deficiencias de la Justicia y la colonización por los partidos políticos tanto de las Administraciones Públicas como de los órganos supervisores, rasgos de nuestra realidad institucional tal como se veía en el primer libro de Sansón Carrasco, ayudan a consolidar el capitalismo clientelar. Por ello no puedo estar más de acuerdo con los autores cuando afirman que esta característica tan acusada del capitalismo español se alimenta de todo un conjunto de debilidades institucionales.

La captura del regulador es un aspecto importante del capitalismo clientelar, aunque no sea el único. Como dicen los autores, existe, por un lado, la captura material, que es la forma más tradicional. Recuerdo que se contaba a finales de los 70 o principios de los 80 que a una reunión de subsecretarios que preparaba los acuerdos de un próximo Consejo de Ministros, llegaron algunas propuestas sobre modificación del marco eléctrico escritas en papel con membrete de UNESA (la patronal del sector). Este sería un caso extremo de captura material. Ahora, con los procesadores de texto, esto ha dejado de producirse, pero existen mecanismos análogos de captura que siguen operando (probablemente incluso en el mismo sector).

Pero existe, además, una captura cognitiva, adicional a la material, muy agudamente apuntada en el capítulo 2 del libro, que resulta muy relevante y se manifiesta cuando el regulador comienza a pensar como las empresas del sector regulado. Las relaciones entre los técnicos de las empresas y los de la Administración son en esta captura muy importantes, pues llevan a homogenizar sus opiniones. En mi experiencia profesional me he encontrado con buenos economistas, que habían tenido cargos en ministerios reguladores, que años más tarde conservaban algo similar a una versión *light* del síndrome de Estocolmo: repetían argumentos de las empresas reguladas. Las relaciones clientelares se articulan a través de relaciones personales, fenómeno que va más allá que las llamadas puertas giratorias sobre las que hablaremos luego.

Pero además de capturar a los reguladores, el capitalismo clientelar se manifiesta en muchos otros aspectos.

La impunidad con la que se viola la libre competencia y se abusa de los clientes y de los pequeños accionistas y ahorradores son rasgos del capitalismo clientelar tan importantes como la captura del regulador, que los autores analizan en el capítulo 5. A ello contribuye la mala supervisión de unos órganos colonizados por los partidos políticos, con ejecutivos y gestores que no siempre cuentan con la capacitación necesaria y que, en ocasiones, muestran una connivencia excesiva con las empresas que actúan en los mercados supervisados, y que, además, no cuentan con un régimen sancionador suficientemente riguroso. La estructura cartelizada de muchos sectores ha tardado en revelarse por la agencia pública supervisora y, cuando lo ha hecho, las sanciones han sido bajas, en muchos casos nulas, porque las empresas han ganado sus recursos ante los tribunales. Sansón Carrasco discute sistemas alternativos de selección transparente de los ejecutivos de las agencias públicas supervisoras, bien distintos del nombramiento a dedo practicado en nuestro país. El bajo nivel y profesionalidad de estos ejecutivos son un regalo para los lobbies y grandes empresas españolas.

También resulta relevante el comportamiento clientelar de agencias privadas, como las de auditoría, que incumplen su función de garantizar la calidad de la

información que llega a los accionistas y ahorradores. Naturalmente, cómo apunta Sansón Carrasco, el hecho de que la retribución de esas agencias la pague la empresa auditada contribuye a ese estado de cosas.

Tal como los autores discuten en el capítulo 6, los beneficiarios del Estado clientelar abusan de la debilidad de nuestro sistema de Justicia, que, cómo acabamos de decir, es el desierto donde mueren no pocas sanciones a los que actúan sin la limpieza exigida. Más importante aún ha sido la incapacidad para investigar y sancionar multitud de casos de clientelismo en el entorno de las cajas de ahorro que han contribuido a la quiebra del sistema. Cómo apuntan los autores, los beneficiarios de este estado de cosas han conseguido crear una auténtica “industria” de defensa de sus intereses, mucho más poderosa y eficaz que la “industria” de defensa de los consumidores. Y el sistema judicial poco o nada ha hecho al respecto.

Las deficiencias y perversiones del gobierno corporativo, presentes en mucho de los países capitalistas, se ven agravadas en un Estado clientelar, como argumentan los autores en el capítulo 4. Las retribuciones de consejeros y altos ejecutivos son, de hecho, fijados por éstos últimos. Las Juntas Generales aprueban pasivamente las propuestas del Consejo y, en todo el mundo, se dan casos de retribuciones altas y crecientes en un contexto de beneficios y valor de la empresa decrecientes. El problema de agencia que denuncian los autores se ve agravado por el hecho de que, en muchos casos, los accionistas están representados por los gestores de los fondos y otras entidades de inversión colectiva, pues es a través de ellos como los ahorradores participan en la propiedad de las sociedades cotizadas, gestores que provienen del mismo grupo de altos profesionales que los ejecutivos de las empresas, con lo que tienen un claro incentivo en ser laxos en la exigencia sobre las retribuciones de éstos: su retribución se fija en un mercado no del todo competitivo en el que participan unos y otros, ellos y los ejecutivos de las grandes empresas. Se podría decir que existe un doble problema de agencia. Durante el auge que precedió a la Gran Recesión no se pusieron en cuestión ni los niveles retributivos ni el sistema por el que se determinaban, que, cómo se ha visto y comentan los autores, creaban incentivos inadecuados a los ejecutivos, lo que contribuyó poderosamente a la profundidad de la crisis que afectó gravemente a toda la sociedad.

Sansón Carrasco opina, y yo estoy de acuerdo, que en el contexto clientelar español el problema se agrava por la falta de transparencia y por la ausencia de una auténtica rendición de cuentas, características esenciales del capitalismo clientelar. También se agrava, como dicen los autores, porque en un contexto donde el *soft law* (regulación débil, otro ejemplo de captura cognitiva) no es una excepción, los ejecutivos con escasas cortapisas pueden desarrollar redes de relación clientelar en beneficio propio. El único fundamento del *soft law* es el coste reputacional en el que pueden incurrir los que abusan, pero dada la baja conciencia cívica existente en nuestro país este coste es muy bajo.

Las llamadas “puertas giratorias” son más que la presencia de expolíticos en los consejos de administración de las empresas del Ibex, que resulta lo más noticiable (lo que genera más tweets de periodistas y políticos, incluso un libro con pretensiones científicas), pero dudo que sea lo más relevante. Sin negar la importancia del fenómeno como estandarte del capitalismo clientelar, me pregunto si los numerosos casos de acciones y omisiones que favorecen a empresas del Ibex (energéticas, constructoras, bancos y demás), se explican porque en los consejos

de esas empresas hay ex políticos. Creo francamente que no. Sin ellos se hubieran producido similares acciones y omisiones. En el capítulo 7 y luego en el 11 del libro de Sansón Carrasco se ponen de manifiesto otros muchos mecanismos, probablemente más relevantes, que tienen que ver con la idea, antes mencionada, de que las relaciones clientelares se articulan a través de relaciones personales. Para ese entramado de relaciones personales me parecen más importantes otras “puertas giratorias” menos llamativas: las consistentes en que ex altos funcionarios o ex altos cargos actúen como asesores de empresas en sectores relacionados con sus pasadas responsabilidades en la función pública. Fenómeno que, como recoge el libro, basándose en un interesante estudio de la propia Fundación Hay Derecho, carece de la supervisión que debería realizar la Oficina de Conflictos de Intereses; otra agencia pública que incumple sus funciones. Esta frecuencia de agencias que incumplen las funciones para las que fueron creadas es un rasgo muy acusado del capitalismo español.

El Estado clientelar condiciona la producción normativa de mala calidad caracterizada por la total falta de transparencia, como se aprecia en la discusión del capítulo 11, lo que es una fuente de inseguridad jurídica. Su consecuencia es un aumento en la incertidumbre bajo la que se han de tomar decisiones económicas relevantes y una elevación de los costes. Ambos aspectos perjudican más a las empresas que quieren entrar en una actividad (o crear una nueva) que a las establecidas, suponiendo una traba adicional al emprendimiento.

La falta de transparencia en la gestiones de los lobbies ante los poderes públicos, que condiciona la producción de leyes y regulaciones y la toma de decisiones públicas relevantes, es notable, tal como los autores plantean en el capítulo 11. Pero esa práctica enlaza con valores muy arraigados en la sociedad española, en la que el favoritismo, la “gestión hecha en el oído” de quien tiene alguna capacidad de decisión, la impunidad en el incumplimiento de una regla o de un pago y demás prácticas, están a la orden del día y son aceptados sin el menor atisbo de censura por una inmensa mayoría de la ciudadanía. Al mencionar estas características en el capítulo 10, los autores defienden que el desarrollo de una sociedad civil libre de esas prácticas es el camino. Y desde la Fundación Hay Derecho tratan de contribuir activamente a ese desarrollo. Cuánto de optimista resulta esa estrategia de cambio es una cuestión opinable, pero estaría bien que todos, con nuestro distinto grado de optimismo o pesimismo, nos sumáramos a ella.

Como discuto en el capítulo 9 de mi *España estancada*, los valores se arraigan cuando actuar con arreglo a ellos genera un rendimiento mayor que actuando de forma contraria. Los valores y prácticas descritas en el párrafo anterior generan buenos resultados en un contexto clientelar, mucho mejores que los que se obtendrían huyendo del favoritismo y cumpliendo rigurosamente todo tipo de reglas. En este sentido se puede decir que el capitalismo clientelar consolida una sociedad no meritocrática, y al hacerlo condiciona también otros aspectos relevantes no planteados en el libro de Sansón Carrasco, lo que resulta lógico por ser cuestiones más del ámbito de la economía teórica. Me refiero a las consecuencias sobre la formación del capital humano, especialmente del “capital humano con talento empresarial” (en expresión del premio Nobel R. Lucas).

Enrique Moral Benito (2016)² sugiere que tanto las graves ineficiencias productivas de las empresas españolas encontradas en un trabajo colectivo previo³, como su menor tamaño son consecuencia, entre otros factores, de deficiencias en la gestión de las mismas, mayores que en los países de nuestro entorno, como se puede comprobar por las comparaciones internacionales de calidad gerencial. La actividad empresarial en un contexto no meritocrático, con inseguridad jurídica y malas regulaciones, factores todos ellos propios del capitalismo clientelar, no incentiva, sino todo lo contrario, el desarrollo del capital humano con talento empresarial.

Volviendo al libro, éste tiene un último capítulo en el que se realiza una explicación institucional de la Gran Recesión en España y de sus dificultades para salir de ella. El relato es preciso y fácil de comprender, pero la contribución mayor del capítulo es mostrar que varias de las acciones tomadas para facilitar esa salida han beneficiado a los bancos y muy poco a las personas afectadas. Produciéndose, de nuevo, una situación en la que una acción normativa supuestamente destinada a mejorar a algunos, y con este fin había sido anunciada, realmente beneficia a otros. No hay que ser un lince para adivinar quiénes son aquí los unos y quiénes los otros.

Hay una importante advertencia en el Epílogo del libro: la denuncia del capitalismo clientelar no debe confundirse con el debate sobre el grado de intervención del Estado en la economía. Es la denuncia de una forma de intervenir que puede darse en sistema de intervención alta y también cuando la intervención es más baja. No es que el debate sobre el grado de intervención no sea relevante, pues lo es. Pero la defensa del Estado de Derecho y la denuncia del capitalismo clientelar, como ha hecho Sansón Carrasco en sus dos libros, son de alguna forma cuestiones previas. En un Estado de Derecho débil y con las relaciones clientelares rampando por doquier, las intervenciones no conseguirán los objetivos declarados y se alejará la corrección de las ineficiencias y de las desigualdades.

Sansón Carrasco no sólo nos incorpora con sus magníficos libros a este debate fundamental, sino que mediante la acción cívica de sus miembros en la Fundación Hay Derecho nos incita a enriquecer la sociedad civil para fortalecer el Estado de Derecho y debilitar el capitalismo clientelar. Leamos sus libros y respondamos a su llamada.

² “Growing by learning”. Banco de España, Documento de Trabajo nº 1613. <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosTrabajo/16/Fich/dt1613e.pdf>

³ Manuel García-Santana, Enrique Moral Benito, Josep Pijoan-Mas, Roberto Ramos (2015): Growing like Spain, http://www.cemfi.es/~pijoan/Work in Progress files/mis_mar_2015-v20.pdf

Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity

Agustí Cerrillo-i-Martínez y Juli Ponce (eds.)
(2017) Bruylant
Bruselas, 233 pp.

Jesús Ignacio Delgado Rojas
Universidad Carlos III de Madrid
jesusignacio.delgado@uc3m.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3833>

Desde nuestro entorno académico más cercano se viene realizando un trabajo riguroso que aborda el fenómeno de la corrupción como estrategia clave para mejorar la calidad democrática de nuestras instituciones del Estado de Derecho. Así mismo, los expertos en la materia han ido profundizando en sus estudios y puliendo sofisticadas técnicas y conclusiones para atajar el problema. Concretamente desde esta Revista *Eunomía*, en su núm. 5, el profesor Manuel Villoria comenzaba su Voz sobre *Corrupción pública* con una afirmación de imperiosa rotundidad: «La corrupción es uno de los problemas más importantes de las democracias contemporáneas» (p. 160). Y también en el presente número de *Eunomía* el profesor Oscar Capdeferro inicia su *Estudio* con una constatación similar: «La corrupción supone uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico, político y social sostenible para economías desarrolladas, emergentes o en desarrollo. La corrupción incrementa el coste de las transacciones en los mercados, desincentiva la inversión nacional y extranjera en el país y tiene efectos perniciosos en su productividad»

El libro que ahora comentamos, *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, viene a enriquecer una de las líneas de investigación que desde hace décadas ocupa y preocupa a esta Revista y que va en la dirección de promocionar la Cultura de la Legalidad desde el compromiso con el buen gobierno y la lucha contra la corrupción. Desde ese convencimiento llevan años trabajando los diferentes miembros del *Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia* y, por ello, ahora aplauden y reciben con entusiasmo el estimulante libro coordinado por los profesores Agustí Cerrillo-i-Martínez y Juli Ponce. A buen seguro que los textos contenidos en la obra aportarán luz y soluciones a debates que son tan actuales como espinosos en nuestras sociedades.

Con el fin de prevenir la corrupción y promover el buen gobierno y la integridad pública, se han puesto en vigor en los últimos tiempos nuevos mecanismos que tratan de enfrentar las limitaciones e ineficacias que suponía el anterior enfoque reactivo en el tratamiento de la corrupción.



Ahora el Derecho administrativo desempeña un papel importante en la prevención (no sólo reacción o represión) de la corrupción mediante la regulación implantada en las instituciones públicas para fomentar el buen gobierno y la buena administración, mejorar la transparencia, promover valores éticos entre los funcionarios públicos, prevenir conflictos de interés y evitar que se transformen en conflictos de corrupción.

En este libro reconocidos expertos de varios países analizan la reglamentación actual en materia de transparencia, ética pública, prevención de conflictos de interés, la actividad de los lobbies, financiación política, buen gobierno, buena administración y rendición de cuentas. También se examina, en perspectiva comparada, la regulación jurídica y los mecanismos institucionales que se han implantado en diferentes lugares en aras de mejorar el potencial de las herramientas de prevención de la corrupción. Se trata de compartir experiencias y extraer soluciones y mejoras que puedan extrapolarse a la comunidad internacional.

El libro pone de relieve las posibilidades y los límites del Derecho administrativo para perseverar y profundizar en la lucha contra la corrupción, promover el buen gobierno y la integridad pública. Se exploran, desde un enfoque multidisciplinar, las diferentes técnicas para prevenir y luchar contra la corrupción. El propio profesor Juli Ponce, coordinador de la obra, en otra monografía suya titulada *Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad*, ya invitaba a pensar en el Derecho administrativo como «un elemento capaz de orientar y guiar el comportamiento público en positivo hacia las mejores decisiones posibles en el servicio a los intereses generales» (2015, p. 37).

Coordinado por los profesores Agustí Cerrillo-i-Martínez y Juli Ponce, esta obra colectiva contiene las aportaciones de diferentes expertos académicos en la materia: Jean-Bernard Auby, Enrico Carloni, Agustí Cerrillo-i-Martínez, María de Benedetto, Luca Di Donato, Timothy Kirpal Kuhner, Livia Lorenzoni, Franceso Merloni, Anthony D. Molina, Benedetto Ponti, Juli Ponce y Nicoletta Rangone. El libro, con todas sus contribuciones en inglés, ha sido publicado por la editorial belga Bruylant en el presente año 2017.

Ya desde la presentación se hace partícipe al lector de la dimensión del fenómeno: «La corrupción tiene un impacto negativo en el desarrollo, la inversión y la productividad de los países, así como en el flujo de capital y en la inversión extranjera. Además, los países con mayores niveles de corrupción generalmente son los que invierten menores cantidades de dinero en educación, en inversión de infraestructuras y son los que tienen los niveles más bajos de calidad ambiental. Por último, los altos niveles de corrupción también dañan la percepción que los ciudadanos tienen de sus gobiernos democráticos» (p. VII).

Los efectos negativos de la corrupción pueden abordarse desde diferentes planos. A lo largo del libro se analiza la eficacia del Derecho administrativo tanto para establecer mecanismos de prevención y lucha contra la corrupción como para promover la buena administración y la integridad en la administración pública. Y también se recurre al conocimiento y la experiencia aportados desde otras ciencias sociales y económicas para aproximarse al tratamiento de la corrupción de una forma más completa y multidisciplinar.

Tradicionalmente, la lucha contra la corrupción ha sido canalizada a través de diversos mecanismos reactivos. El Derecho penal establecía como tipos delictivos, entre otros, la malversación, el soborno o el tráfico de influencias. Sin

embargo, la eficacia de perseguir penalmente la corrupción ha sido limitada por el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal. Por esta razón se deben crear, y así lo ponen de manifiesto los autores de esta obra, mecanismos para prevenir la corrupción y promover la buena administración y la integridad pública.

A lo largo de todas las páginas del libro se va vislumbrando la idea de que las medidas más eficaces para evitar la corrupción son las que promueven el buen gobierno, la buena administración y la integridad pública, en lugar de las que luchan, por así decirlo, directamente contra la corrupción. Aquí es donde el Derecho administrativo juega un papel importante en la prevención de la corrupción, mediante la regulación de los mecanismos necesarios para mejorar el buen gobierno y la buena administración y garantizar la integridad pública.

Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que la lucha contra la corrupción tiene una dimensión individual, es decir, con respecto a la persona o personas que se benefician del abuso de su autoridad. Es por ello que algunas de las medidas para prevenir, evitar o combatir estas situaciones también deben tener en cuenta las fronteras de la ley y trabajar conjuntamente con ella. En ese plano, la ética pública debe orientar las actitudes y el comportamiento de los funcionarios públicos. En las últimas décadas ha surgido un enorme interés en torno a la ética pública en el seno de las administraciones. En la actualidad, «la ética pública es un tema primordial en la agenda pública» (p. VII).

También existe una dimensión institucional en la lucha contra la corrupción. Es importante establecer marcos institucionales e implementar políticas públicas que puedan hacer disminuir y prevenir la corrupción y mejorar el buen gobierno y la buena administración. En las últimas décadas han hecho aparición distintas políticas públicas que tratan de prevenir y luchar contra la corrupción.

La ética pública y las políticas públicas cumplen un rol importante en esa lucha, pero son complementarias a la ley. Es la ley la que debe regular los mecanismos, no sólo para prevenir la corrupción, sino también para reaccionar contra las prácticas corruptas.

El libro analiza los diferentes mecanismos para evitar la corrupción en la administración pública y promover la buena administración y la integridad pública que están regulados por el Derecho administrativo.

En el primer capítulo, *Public transparency as a tool to prevent corruption in public administration*, Agustí Cerrillo-i-Martínez (Professor of Administrative Law. Universitat Oberta de Catalunya) examina la efectividad de la transparencia como una herramienta para la prevención y lucha contra la corrupción. En particular, el autor analiza el «importante papel que la reglamentación sobre transparencia desempeña como herramienta eficaz para la prevención y lucha contra la corrupción» (p. 1). En los dos últimos epígrafes de su capítulo, el profesor Cerrillo-i-Martínez indaga las posibilidades y límites de la regulación sobre transparencia (p. 17) y aventura el desarrollo por el que debería transitar en el futuro esa regulación para una lucha efectiva contra la corrupción (p. 18).

En el segundo capítulo, *The Right to Good Administration and the role of Administrative Law in promoting good government*, Juli Ponce (Professor of Administrative Law. Director of TransJus, the Research Institute at the Barcelona Law School. Universitat de Barcelona) analiza el derecho a una buena administración. Ponce comienza recordando, con García de Enterría, la idea de que el Derecho administrativo «tiene que ver esencialmente con poderes discrecionales»

(p. 25). El autor describe cómo el derecho a una buena administración está reglamentado por el Derecho público y observa la existencia de un trasfondo común europeo, afirmado en la Carta de los Derechos Fundamentales. En su capítulo Ponce estudia una abundante jurisprudencia para mostrar cómo está avanzando el derecho a una buena administración tanto a nivel europeo como nacional. Por último, conjetura cómo debería ser la evolución futura en el campo del derecho a una buena administración para que sea más útil como herramienta para promover un comportamiento público de calidad.

Maria De Benedetto (Professor of Administrative Law. Università degli Studi Roma Tre), en el tercer capítulo de la obra titulado *Understanding and preventing corruption: a regulatory approach*, comienza su trabajo partiendo de la idea de que la corrupción nace de la vulneración de las normas y, al mismo tiempo, son las normas las que tienen un fuerte potencial para combatir y prevenir la corrupción. En su capítulo, De Benedetto describe la crisis de confianza en la regulación distinguiendo dos diferentes tipos de problemas: la inflación legislativa, *creative compliance* y corrupción (p. 56) y las reuniones, lobbies y el marco regulador (p. 58). La autora también presenta varios remedios para reaccionar contra ellos (p. 59). Finalmente, propone luchar contra la corrupción exigiendo un cumplimiento más exhaustivo de la normativa y reforzando esta exigencia a través de las llamadas Ciencias del comportamiento.

En el cuarto capítulo, *A behavioural approach to administrative corruption prevention*, Nicoletta Rangone (Professor of Economic Law. LUMSA) analiza el papel de las ciencias cognitivas en la mejora de la calidad de la regulación. Su texto explicita que un enfoque cognitivo puede aumentar la eficacia de la regulación que trata de prevenir la corrupción.

En el quinto capítulo, que lleva por título *Better regulation to prevent corruption: The Corruption Impact Assessment (CIA)*, Luca Di Donato (LUISS Guido Carli Roma) muestra cómo funciona la Evaluación de Impacto de la Corrupción como mecanismo de análisis para evitar la corrupción en procesos de regulación. Como observa el autor, la Evaluación de Impacto de la Corrupción es un buen instrumento regulatorio que identifica remotos factores de riesgo para la corrupción. De igual modo, nos permite evaluar la forma y el contenido de normas elaboradas o promulgadas que buscan minimizar el riesgo de corrupción futura.

Livia Lorenzoni (Università di Roma Tre) en el capítulo sexto, titulado *Risk-based approaches towards corruption prevention*, analiza los enfoques basados en el riesgo, como una posible metodología que permite evaluar y describir los riesgos tales que una entidad regulada pueda plantear como objetivos a minimizar al organismo regulador. En particular, la autora analiza algunos ejemplos de experiencias en Italia. Y llega a la conclusión de que «los mecanismos basados en alertas sobre la vigilancia y cumplimiento de la regulación establecidos en la legislación italiana contra la corrupción combinan diferentes elementos en la regulación del riesgo» (p. 119).

En el capítulo séptimo, *Corruption and Conflict of Interest: Some Comparative Comments*, Jean-Bernard Auby (Professor of Administrative Law. Directeur de la Chaire Mutations de l'Action Publique et du Droit Public MADP. Sciences Po) analiza la corrupción y los conflictos de intereses desde una perspectiva comparada. A lo largo de su exposición el profesor Auby observa una tendencia a homogeneizar los mecanismos que tratan de evitar la corrupción y los conflictos de intereses a través de la internacionalización. Sin embargo, más allá del papel jugado por las organizaciones internacionales y el derecho internacional, el

autor señala que todavía hay algunas peculiaridades en la manera en que se deben combatir la corrupción y los conflictos de intereses en cada país.

En el capítulo ocho, *Lobby Regulation To Prevent Corruption*, Enrico Carloni (Professor of Administrative Law. Università degli Studi di Perugia) aborda la regulación de los lobbies como una forma de prevenir la corrupción. El autor observa los problemas que surgen debido a la presión política. Analiza su regulación en diversos países (Estados Unidos, Eslovenia, Austria o Francia). Por último, presta especial atención a la regulación italiana en torno a la actividad de los lobbies a través de políticas públicas contra la corrupción.

En el noveno capítulo, llamado *Public Ethics and the Prevention of Corruption*, Anthony D. Molina (Assistant professor. Department of Political Science. Kent State University) proporciona un resumen de las principales aportaciones y estrategias defendidas por expertos en Ética en el ámbito de la administración pública y en la prevención de la corrupción. El autor analiza los fundamentos normativos de la Ética en el sector público y los principales marcos teóricos planteados por los técnicos de la administración pública. También describe el enfoque de los sistemas emergentes de integridad advertidos últimamente por un número creciente de expertos en Ética de la administración pública para reducir la corrupción y promover la integridad de las instituciones públicas.

En el décimo capítulo, *Plutocracy and Partyocracy: The Corruption of Liberal and Social Democracies*, Timothy Kirpal Kuhner (Associate Professor, Georgia State University College of Law; J.D. and LL.M., Duke University School of Law) analiza el tema de la financiación política. El autor toma como punto de partida la idea de que el programa neoliberal ha incluido en alto grado un gobierno acaparado por las élites y una deriva ideológica de los valores políticos hacia conceptos económicos, que ha tenido un poderoso efecto sobre la financiación política y el sistema político. En particular, él describe la plutocracia y partidocracia como los sistemas políticos emergentes y analiza sus efectos sobre la democracia representativa.

Los profesores Francesco Merloni (Professor of Administrative Law. Università degli Studi di Perugia) y Benedetto Ponti (Ricercatore. Università degli Studi di Perugia) se ocupan del capítulo once, titulado *Fight against corruption in Italy*. En él ofrecen un resumen de las herramientas contra la corrupción establecidas en el marco legislativo italiano. Presentan al lector las medidas adoptadas en 2012 (es decir, medidas organizativas y de procedimiento, códigos de conducta, herramientas de transparencia) y centran su atención en la *Autorità Nazionale Anticorruzione* como una nueva autoridad independiente para evitar la corrupción y coordinar y supervisar la aplicación de las políticas contra la corrupción. Los autores también hacen una breve evaluación de las diferentes herramientas contra la corrupción y ponen en consideración los límites a los que sus reglamentos quedan sujetos por el Derecho administrativo.

Por último, en el epílogo, *What can a transdisciplinary approach to corruption contribute to administrative law?*, Agustí Cerrillo-i-Martínez analiza el papel de la transdisciplinariedad en las herramientas de regulación para prevenir y luchar contra la corrupción. El autor describe algunas de las medidas de prevención de la corrupción en el Derecho administrativo. También analiza la metodología que debe usarse para permitir al Derecho administrativo utilizar conocimientos, términos, conceptos e instituciones de otras áreas que posibiliten mejorar el impacto y la eficacia en la regulación de la prevención de la corrupción. El profesor Cerrillo-i-Martínez concluye señalando que «aunque el conocimiento creado por otros campos puede ser útil para el Derecho administrativo, su incorporación debe

hacerse con la debida precaución metodológica con el fin de garantizar su correcta aplicación y adaptación, lo que hace más complejo todo este proceso» (p. 223).

Todos los capítulos incluidos en el libro fueron presentados y discutidos en el “International Workshop on Democratic Regeneration and the Fight against Corruption”, celebrado los días 21 y 22 de octubre de 2015; en el “International Workshop Blurring Boundaries in Anti-Corruption Research: A Transdisciplinary Approach”, los días 20 y 21 de octubre de 2016, organizados ambos por la Universitat Oberta de Catalunya en colaboración con la Universitat de Barcelona y el apoyo de la Obra Social “la Caixa”; así como en el Seminario Internacional sobre “Innovation and good regulations” desarrollado el 19 de octubre de 2016 y organizado por la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona.

Sin lugar a dudas, este libro ofrece luces para comprender y abordar el fenómeno de la corrupción y el buen gobierno gracias a la brillantez y profundidad con que se exponen los temas tratados. Su gran aportación no es sólo el excelente diagnóstico que se hace de los problemas relacionados con la corrupción, sino la agudeza y claridad de los autores para vislumbrar esperanzadoras soluciones.

La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos.

Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú y Julio Tejedor Bielsa (Dir.)
(2016) Atelier
Barcelona, 536 pp.

Alejandro Coteño Muñoz
Universidad Carlos III de Madrid
alejandrocoteno@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3834>

La presente obra surge como respuesta al flujo continuado de casos de corrupción que se vienen conociendo en los últimos años y, sobre todo, a los elevados niveles de corrupción que muestran distintos organismos como Transparencia Internacional o el propio CIS, en relación con España. Debido a que “no se trata de un asunto puntual, sino que expresa una grave enfermedad del sistema de gestión de los dineros públicos y de la influencia pública” (p. 15), se hace de todo punto necesaria una reflexión sobre los diferentes sectores donde encontramos estas prácticas ilegales, las causas que dan lugar a las mismas y, sobre todo, los remedios que se deben implementar para mejorar la salud de nuestro sistema económico y político.

El contexto en el que se enmarca este estudio es preocupante, aunque no tan excepcional como parece percibirlo la ciudadanía. De acuerdo con Villoria Mendieta, nos enfrentamos a un panorama de elevada corrupción política, pero escasa corrupción administrativa, lo cual nos demuestra que la corrupción no es sistémica y que la percepción de la ciudadanía sobre la misma está sobredimensionada.

Sin embargo, esto no quiere decir que el problema que nos desafía no sea importante, sino que debemos orientar nuestros esfuerzos hacia el combate de la corrupción política y no de la funcionarial. Así, como a continuación se reseñará, la extraordinaria corrupción política española encuentra su origen en el ámbito local, en la contratación pública y en sectores estratégicos; todo ello debido a una ausencia de control, a la falta de transparencia y a la concepción patrimonial del poder por parte del poder político. En este sentido, existe un consenso generalizado entre los autores de que la solución no pasa por incrementar las medidas represivas, sino por implementar diversas medidas preventivas, que permitan enfrentar la corrupción de raíz antes de que siquiera haya llegado efectivamente a producirse.

La obra no parece tener una estructura claramente determinada, sino que tras tres capítulos dedicados a esbozar un panorama general sobre la corrupción en España, se suceden diferentes estudios dedicados a muy variados temas. Las causas, los ámbitos y los remedios se ven entremezclados en la multitud de asuntos tratados, lo cual no impide que el lector comprenda que, ante todo, es necesaria una mayor transparencia y cultura del buen gobierno.

De esta manera, los tres primeros capítulos se dedican, como se ha mencionado, a plasmar unas ideas básicas para centrar el ámbito de estudio. El primero de ellos, escrito por Jiménez Asensio y titulado *España, ¿un país sin frenos?*, centra las causas de la corrupción política en la existencia en nuestro país de una cultura del clientelismo y una concepción patrimonial del poder por parte de los políticos, lo cual ha desembocado en una Administración Pública nada competitiva y altamente politizada en sus estratos más altos (p. 41).

El segundo es autoría de Villoria Mendieta y se titula *Principales rasgos y características de la corrupción en España*. En él, el autor, a través de diferentes indicadores de muy diversa índole, llega a la conclusión de que España se enfrenta a una corrupción política y no administrativa, centrada en el nivel local (boom urbanístico) y originada por defectos institucionales muy graves y áreas de riesgo muy poco protegidas (déficit en la rendición de cuentas) (p. 60). Este capítulo es clave para la comprensión del conjunto de la obra, al sistematizar todo lo que posteriormente acaban concluyendo el resto de autores.

Por último, para concluir este primer bloque introductorio, nos encontramos con el artículo denominado *La medición de la corrupción en España: los datos objetivos*, obra de Tarín Quiros. Este capítulo complementa al anterior con una mayor cantidad de datos al realizar un análisis de todas las fuentes de datos sobre corrupción política disponibles para la ciudadanía.

Posteriormente, como también se ha indicado, la obra no mantiene una estructura clara, por lo que consideramos que lo primero a lo que se debe hacer referencia es a la corrupción en el ámbito local por ser una esfera a la que podemos atribuir un porcentaje muy reseñable de la corrupción existente. En este sentido, resulta destacable el capítulo decimosegundo obra de Tejedor Bielsa y titulado *La corrupción urbanística. Un problema sistémico*. En él, el autor achaca la elevada corrupción urbanística a nivel local al modelo de *strong mayor* o *alcalde fuerte* y a la imputación de costes al consumidor final del suelo, con lo que se favorece enormemente la especulación y las prácticas ilegales en relación con la otorgación de licencias y con los Planes Generales de Ordenación Urbana.

En este mismo sentido, y como soluciones a este problema, los capítulos décimo (*Exigencias derivadas del buen gobierno y de la buena administración como prevención y lucha contra la corrupción en el Sector Público Local*, por Montoya Martín), decimoquinto (*Gobierno abierto y transparencia frente a la corrupción en el nivel local*, obra de López Pagán) y decimosexto (*La transparencia frente a la corrupción en el ámbito local. Una visión desde la sociedad civil*, por Lizcano Álvarez), coinciden en que la transparencia y el buen gobierno son esenciales e ineludibles para lograr erradicar la lacra de la corrupción en el ámbito local. Así, el primero recomienda reducir el sector público instrumental local y mejorar su rendición de cuentas; el segundo concluye que el ámbito local es idóneo para la aplicación de fórmulas de gobierno abierto y transparencia; y el tercero aporta datos concretos sobre transparencia en los distintos municipios españoles.

Por otro lado, destacan una serie de capítulos dedicados a los conflictos de intereses y cómo, a través de los mismos, el político en cuestión obedece a intereses propios antes que al interés general al que se debe la Administración Pública. En primer lugar, el capítulo octavo denominado *Puertas giratorias: regulación y control*, por Betancor, nos acerca al riesgo que suponen las puertas giratorias y propone controles para el momento del nombramiento del político, para el periodo de su ejercicio del cargo y para la etapa inmediatamente posterior a su cese. Este autor concluye que es imprescindible establecer mayores y más eficientes controles y dotar de más poder a la Oficina de Conflictos de Intereses, pues con sus escasas competencias actuales es muy difícil que pueda realizar un verdadero control sobre las incompatibilidades de los políticos generadas por las puertas giratorias (p. 183).

Asimismo, el capítulo decimotercero también nos muestra otra de las situaciones a las que dan lugar los conflictos de intereses, como es la captura del regulador por un actor en dicho mercado. Este artículo, obra de González García y titulado *Regulación y supervisión en sectores económicos y corrupción*, nos muestra, por una parte, el secuestro interno de las agencias de control a través del mantenimiento de un *statu quo* que beneficie ideológicamente tanto a las empresas controladas como al propio regulador. Por otra parte, analiza las distintas modalidades de captura regulatoria de la agencia de control, como pueden ser las realizadas a través del apoyo de los medios de comunicación, a través de la financiación de campañas electorales o a través de diferentes premios económicos o promesas post-legislativas, entre otros. Ante ello, la solución que propone el autor se centra en el acceso a la información y la participación de la ciudadanía, mostrando así al público toda la actividad de las agencias regulatorias y dificultando su captura.

Finalmente, dentro de este ámbito, los capítulos noveno, undécimo y decimoséptimo nos aportan diferentes soluciones basadas tanto en la transparencia como en el buen gobierno. Por un lado, el capítulo noveno denominado *Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos*, obra de Cerrillo i Martínez, apuesta por los pactos de integridad y las listas blancas como herramienta de diferenciación de las empresas con las que no se producen conflictos de intereses, siendo éstas con las que se podría contratar desde la Administración Pública.

En este mismo sentido, destacamos el capítulo undécimo, obra de Gimeno Feliú y titulado *La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo de la perspectiva de la integridad*. En este artículo, el autor aboga por pensar la transparencia desde la perspectiva del principio de igualdad, siendo ésta, en consecuencia, obligatoria y no discrecional. Como concluye el artículo se debe pasar “de un modelo burocrático a un modelo de contratación abierta” (p. 299).

Por otro lado, el artículo decimoséptimo, obra de Villoria Mendieta y Revuelta, titulado *La regulación de los grupos de interés como instrumentos de prevención de la corrupción*, apuesta por la transparencia a través de registros de grupos de interés, así como el establecimiento de pactos de integridad y la promoción de la igualdad de acceso a los procedimientos legislativos, como elementos para paliar los riesgos que proyectan los *lobbies* (p. 413).

En otro orden de cosas, también encontramos en el libro una serie de capítulos destinados al derecho a la información de la ciudadanía y su relación con la transparencia como instrumento de prevención de la corrupción. Primero, el capítulo quinto titulado *Medios de comunicación, derecho a la información y*

corrupción, por Artero Muñoz, analiza la necesaria libertad de prensa como herramienta de favorecimiento de la transparencia. Según el autor se necesita un equilibrio entre los medios privados y públicos para que realmente exista variedad en la información y deben existir consejos de prensa en cada medio que sean independientes, dirigidos por personas responsables no partidistas y que no tengan capacidad sancionadora. Asimismo, en un claro guiño al buen gobierno, concluye que es necesario que los medios se doten de códigos de conducta en aras de prevenir la aparición de conductas de dudosa legalidad.

En el mismo sentido, el artículo séptimo, obra de Guichot Reina y denominado *Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción*, incardina el derecho del ciudadano a acceder a la información pública dentro del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE. En consecuencia, todo el que reciba fondos públicos debe dar cuenta de su uso mediante la publicidad activa, en el sentido de publicar toda la información relevante de su actividad; y mediante la publicidad pasiva, es decir, respondiendo a los requerimientos de información del público en general.

En último lugar, es posible establecer un último bloque en el cual los estudios se relacionan de una u otra forma con el Derecho penal y la prevención y represión de las actividades corruptas. Primero, el artículo decimocuarto titulado *Fraude y elusión fiscal. Amnistías tributarias y regímenes fiscales a la carta*, obra de Álvarez García, concluye que las amnistías, los paraísos fiscales y la tributación a través del IS en vez del IRPF crean la sensación en la población de que no se lucha contra el fraude fiscal y, sobre todo, que no es injusto dejar de tributar como marca la Ley. Así, el autor concluye que además de medidas represivas más eficientes, es necesario crear un sentimiento de solidaridad tributaria en la población y repartir la carga tributaria de una manera más justa (p. 362).

Por otro lado, el capítulo decimonoveno denominado *Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma de la LO 1/2015*, obra de Otero González, analiza la nueva redacción de los delitos contenidos en el art. 283 bis CP a través de la eliminación de la referencia al “incumplimiento de obligaciones” y su necesaria inclusión en la competencia desleal al ser el bien jurídico protegido la competencia equitativa y leal. Asimismo, el capítulo vigésimo, obra de Dolado Pérez y titulado *Fueros especiales, indultos y corrupción*, incide en la necesidad de racionalizar tanto los indultos como los aforamientos, estableciendo mayores controles para los mismos, tales como la necesidad de informe favorable del Tribunal, su inaplicación a las penas de inhabilitación, el control parlamentario de los mismos y la necesidad de abono íntegro de las responsabilidades civiles asociadas a los delitos por los que se les ha condenado.

Finalmente, el artículo vigésimo, obra de Jareño Leal y denominado *Los delitos contra la Administración y contratación pública: reforma legislativa y aplicación jurisprudencial*, estudia diferentes aspectos a mejorar relativos a diversos delitos contra la Administración Pública. A modo de ejemplo, la autora concluye que para apreciarse una prevaricación debe bastar con la infracción de normas esenciales de procedimiento, que el tráfico de influencias debe sancionarse sólo cuando se haya consumado en aras de no caer en una desproporción punitiva y que, de ninguna manera puede aplicarse la misma pena manera a quien es autoridad pública y a quien no lo es, pues la gravedad intrínseca de la práctica corrupta cometida por el primero es mucho mayor al ocasionar una pérdida de confianza en el sistema por parte de los ciudadanos (p. 534).

Adicionalmente, los capítulos cuarto, sexto y decimoctavo reflexionan sobre las necesidades de transparencia y buen gobierno sin que podamos incluirlos en ninguno de los apartados anteriores. En primer lugar, el capítulo cuarto, titulado *El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción*, obra de Peña Ochoa, incide sobre la necesidad de que las instituciones de control externo deban ser más transparentes, independientes políticamente y orientarse hacia la prevención en vez de hacia la represión. De la misma manera, el artículo sexto, denominado *Corrupción pública y ordenamiento jurídico* por Vaquer Caballería apuesta por la necesidad de fomentar los *whistleblowers*, registrar los *lobbies* y eliminar las *revolving doors* todo ello en el ámbito de la buena gobernanza empresarial.

En el mismo sentido encontramos el capítulo decimoctavo, denominado *Prevención de la corrupción en los negocios y en el Sector Público: buen gobierno y transparencia*, por Bacigalupo Saggese. En este artículo, la autora centra las causas de la corrupción en la desregulación de los flujos financieros, el abaratamiento del crédito, el déficit estructural en la financiación municipal y de los Partidos Políticos, así como en el fomento de la especulación en la Ley del Suelo. Para solucionar todo ello concluye que, más que represión, es necesaria una renovada ética empresarial y un buen gobierno corporativo, protegiendo al demandante y fomentando los programas de *compliance* y los *whistleblowers* (p. 440).

Por todo ello, de esta obra se concluye que, aunque son necesarias mejoras en relación con la represión penal de la corrupción, son ineludibles las numerosas modificaciones a realizar para dotar a la Administración Pública de una mayor transparencia y de una filosofía de buen gobierno que sirva como herramienta de prevención de la comisión de actividades ilegales en el seno de la misma.

Por un lado, todos los autores coinciden en que la transparencia contribuye a que el ciudadano pueda controlar la actividad de los organismos públicos. Así, al hallarse todas sus actividades bajo un examen permanente por parte de la población, se consiguen colmar las lagunas de impunidad que han permitido que la corrupción política se haya extendido por la totalidad de la geografía española perjudicando nuestra salud democrática.

Por otro lado, también existe un consenso generalizado sobre la necesidad de implementar una ética de buen gobierno en el conjunto de instituciones públicas a fin de crear sistemas estandarizados de prevención de la corrupción que permitan controlar de manera mucho más exhaustiva la actividad pública, actuando antes de que la corrupción se produzca y no cuando sus perjudiciales consecuencias son ya un hecho. En este ámbito, sería muy beneficioso estudiar la aplicación de programas de *compliance* y la promulgación de nuevas normas que protejan a los denunciantes de casos de corrupción.

En consecuencia, esta obra deviene imprescindible para conocer en profundidad la corrupción y, sobre todo, para combatirla de manera eficiente. Ciertamente es que el libro carece de una estructura clara, lo cual hace más difícil su lectura, y que se echa en falta un capítulo final que abarque las similares conclusiones que alcanzan todos los autores, pero la extraordinaria amplitud y profundidad de los temas tratados hace que se trate de una obra esencial en estos tiempos en que nuestra salud democrática se encuentra tan cuestionada.