



eunomia  
Revista en Cultura de la Legalidad

ISSN 2253-6655

NÚMERO 16  
Abril - septiembre 2019



Universidad  
Carlos III de Madrid  
[www.uc3m.es](http://www.uc3m.es)

# **EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD**

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

ISSN 2253-6655

## **Consejo de Redacción**

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

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

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO (SECRETARIA ACADÉMICA),

Universidad Rey Juan Carlos, España

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, Instituto de Filosofía del Centro Superior de

Investigaciones Científicas, España

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO (DIRECTOR), Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España

## **Consejo Científico**

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

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Johannes Gutenberg Universität, Alemania

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

SUSAN ROSE-ACKERMAN, Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

## **Consejo de Edición**

CARLOS ALONSO MAURICIO, Universidad Carlos III de Madrid, España

ALEJANDRO COTEÑO MUÑOZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS, Universidad Carlos III de Madrid, España

DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

RUBÉN GARCÍA HIGUERA (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid, España

DIGNO JOSÉ MONTALVÁN ZAMBRANO, 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](mailto:eunomia@uc3m.es)

## ÍNDICE

### Presentación

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

### Estudios

<i>Libertad de investigación e impunidad de dictadura: jurisprudencia constitucional a la deriva</i>	9
--	---

Bartolomé Clavero Salvador

<i>La posición de Hans Kelsen ante la aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar a la luz de la doctrina del derecho kantiano</i>	28
--	----

Alba Jiménez Rodríguez

<i>El caso de la mafia italiana en los tipos de terrorismo gubernamental</i>	45
--	----

Victoriano Perruca Albadalejo

<i>Positivismo jurídico, Estado de Derecho y libertad: una propuesta de formulación</i>	65
---	----

Tomás A. Arias Castillo y Luis Alfonso Herrera Orellana

### Foro y Ágora

<i>¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas</i>	94
---	----

Jorge Baquerizo Minuche

<i>Esclavitud negra y procesos de racialización en el Atlántico Colonial Ibérico: Perspectivas confrontadas</i>	109
---	-----

Aitor Jiménez González

<i>Voluntarismo heurístico e historicidad en los estudios de género: un debate epistémico</i>	129
---	-----

Julio Francisco Villarreal

<i>Acerca del fenómeno legal de la simplificación administrativa, ¿facilidad o restricción?</i>	146
---	-----

Adrián Bueno Junquero

### Voces en Cultura de la Legalidad

<i>Gestión pública</i>	158
------------------------	-----

Manuel Villoria Mendieta

<i>Interés general</i>	173
------------------------	-----

Pablo Acosta Gallo

<i>Interés general de España</i>	183
Esther González Hernández	
<i>Transparencia (judicial)</i>	198
Alejandro Coteño Muñoz	
<i>Pena (Teoría de la)</i>	219
Daniel Rodríguez Horcajo	
<i>Igualdad entre mujeres y hombres</i>	233
MariaCaterina La Barbera	
<i>Las minorías en Derecho Internacional</i>	243
Javier Chinchón Álvarez	
<i>Libertad como no-dominación</i>	258
Ricardo Cueva Fernández	
<i>Cultura (derecho de acceso a la)</i>	264
Mar Antonino de la Cámara	
<i>Derecho y literatura</i>	273
María Jimena Sáenz	
<b>Releyendo a...</b>	
<i>La ponderación de intereses como método.</i>	283
<i>Hermann Isay: "El método de la Jurisprudencia de intereses. Una reflexión crítica" (1933).</i>	
<i>Philipp Heck: "La negación de la Jurisprudencia de intereses por Hermann Isay. Una réplica" (1933).</i>	
María José García Salgado	
<b>Rincón de lecturas</b>	
DEBATIENDO	
<i>¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro "Una Constituyente feminista"</i>	312
Itziar Gómez Fernández	
BOOK FORUM	
<i>Leo Zaibert (2018), Rethinking Punishment: Comentando A Leo Zaibert. Rethinking Punishment</i>	330
Jerónimo Betegón Carrillo	
<i>Leo Zaibert (2018), Rethinking Punishment: Sufrimiento merecido y perdón del mismo: ¿retribución o consecuencias?</i>	339
Daniel Rodríguez Horcajo	

*La justificación del castigo, la complejidad de la vida moral y los cambios de paradigma* 347  
Leo Zaibert

## RECENSIONES

Rafael Escudero y Sebastián Martín (coords.) (2018), *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución*  
Rubén García Higuera

José Antonio Sendín Mateos (2017), *La filosofía moral de Hans Kelsen*  
Alfonso García Figueroa

Ángeles Solanes Corella (2018), *Derechos y Culturas. Los Retos de la Diversidad en el Espacio Público y Privado*  
José María Garrán Martínez

Oscar Horta (2017), *Un paso adelante en defensa de los animales*  
Guillermo Lariguet

# Presentación

## Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4688>

Entregamos puntualmente al lector el número 16 de la revista con su estructura tradicional y mantenemos la aproximación interdisciplinar que la anima. Este número quizá llegue en un momento en el que, desde una perspectiva local española, se apunte una intersección de tendencias entre dos componentes centrales en la Cultura de la Legalidad. Me refiero a las preocupaciones por la calidad de la democracia y la lucha contra la corrupción. Esta última ha sido, según la percepción de los españoles reflejada por las encuestas del CIS, la segunda fuente de preocupación para ellos desde 2013. Sin embargo, desde julio del año pasado ha comenzado a seguir una línea descendente que acumula una bajada de entorno a los 15 puntos, mientras que los problemas relativos a la política –tercer problema– toman una senda de suave alza intercambiando posiciones en el pasado otoño. Este cruzamiento de tendencia se debe a una multiplicidad de razones diferentes. Entre ellas quisiera destacar aquí el cambio de tono que los medios de comunicación están desarrollando sobre el fenómeno de la corrupción. Me refiero al desplazamiento de la centralidad del mensaje de la denuncia de casos de corrupción hacia la información sobre las consecuencias jurídicas y políticas de la misma. Un ejemplo: en 2016, el reconocido periodista Jordi Évole planteaba al Presidente Rajoy: “cuando el PP habla de sus casos de corrupción, nunca habla de corrupción sistémica sino que habla de casos aislados. A mí me gustaría repasarle alguno de estos casos aislados: Bárcenas, Gürtel, Acuamed, Imelsa, Púnica, Cooperación, Fabra, Brugal, Palma Arena, Emarsa, Taula ¿A partir de cuántos casos aislados la corrupción deja de ser un caso aislado?”<sup>1</sup>. Todavía en junio de 2017, con ocasión de la moción de censura promovida contra el presidente Rajoy, la diputada Montero Gil relacionaba la lista de casos de corrupción que afectaban al Partido Popular: “Gürtel, Púnica, Lezo, Acuamed, Nós, Andratx, Arena, Auditorio, Baltar, Bárcenas, Biblioteca, Bitel, Bon Sosec, Bomsai, Brugal, Caballo de Troya, Camps, Campeón, Carioca, Carmelitas, Castellano, Catis, Ciudad del Golf, caso de la construcción, caso del lino, el Roblecillo, Emarsa, caso Eólico Canarias, Faycán, Fitur, Funeraria, Guateque, Ibatur, Imelsa, Inestur, Lasarte, Líber, Madeja, Marchelo, Mercamadrid, caso Naseiro, Novo Carthago, Ópera, Orquesta, Over Marketing, Palma Arena, Patos, Piscina, Pokémon, Porto, Rasputín, Scala, Taula, Terra Natura Benidorm, Torres de Calatrava, Torrevieja, Tótem, Troya, Túnel de Sóller, Turismo Joven, Umbra, Uniformes, Zeta, Caso Parques Eólicos, Cooperación”<sup>2</sup>. La lista es contundente, aunque no parece exhaustiva. Según los

<sup>1</sup> Entrevista de Jordi Évole a Mariano Rajoy emitida en el programa *Salvados* el 3 de abril de 2016. Minutos 9:45 a 10:15.

<sup>2</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, (PyDP), Núm. 60 de 13 de junio de 2017, p. 8.



datos reportados por agentes de la sociedad civil, de los 539 casos de corrupción registrados actualmente en España, el 49.5% corresponde al PP, el 25,6% al Partido Socialista y el cuarto restante a diversos partidos<sup>3</sup>. En este contexto de denuncia creo que se ha producido un hecho de trascendencia en la percepción ciudadana. Sin olvidar los antecedentes catalanes del “caso Pallerols” de Unió Democrática de Catalunya y el “caso Palau” de Convergencia Democrática de Catalunya –partidos que acabaron disueltos en 2017 y 2016–, la moción de censura de mayo-junio pasado se formuló expresamente como una consecuencia de la corrupción. El siguiente párrafo de la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Gürtel se repitió hasta la saciedad: “entre el Grupo CORREA y el Partido Popular (...) se creó en paralelo un auténtico y eficaz sistema de corrupción institucional a través de mecanismos de manipulación de la contratación pública central, autonómica y local (...) También otras cantidades sirvieron para directamente pagar gastos electorales o similares del Partido Popular, o fueron a parar como donaciones finalistas a la llamada “Caja B” del partido, consistente en una estructura financiera y contable paralela a la oficial, existente al menos desde el año 1989” (Sentencia Audiencia Nacional, 20/2018, Hechos Probados I.1.a)<sup>4</sup>. Pareciera que la ciudadanía ha tomado nota de que la corrupción ha cobrado, por fin, responsabilidades políticas al más alto nivel. Así, el foco en la corrupción se templó ahora con la preocupación por la política, los políticos y los partidos. Sin embargo, creo que es tarea de esta revista insistir en la intensa y permanente vinculación entre ambos fenómenos y, más allá, de la vinculación de la corrupción con el creciente cuarto problema para los españoles –siempre según del CIS– relativo a los problemas de índole económica. Como decían recientemente Alcalá y Jiménez: “los ciudadanos deberían ser conscientes de que la transparencia y la rendición de cuentas de los gobiernos, la independencia y agilidad de la justicia o la calidad regulatoria de las instituciones públicas no son artículos de lujo intelectual sino factores que, conjuntamente, resultan claves para mejorar a largo plazo el empleo y los ingresos de toda la población. Afortunadamente, esta actitud de despreocupación ha cambiado sustancialmente en los últimos años” (Alcalá Agulló y Jiménez Sánchez, 2018: 53). Pues sí; esperemos haber aprendido la lección. En enero de 1995, siempre según el CIS, la corrupción era el segundo problema para los españoles con el 33,5%. En mayo de 2003, había descendido a una preocupación del 0.1%. Precisamente, esos eran los tiempos de polvos que trajeron tantos lodos.

La estructura del número se abre con *Estudios* e incorpora cuatro trabajos de perfiles metodológicos diferentes. Bartolomé Clavero abre la sección con un estudio crítico de la jurisprudencia constitucional en materia de protección de los derechos de las víctimas en el contexto de la recuperación de la Memoria Histórica. Alba Jiménez revisita el pensamiento kelseniano con ocasión del análisis de la constitucionalidad del decreto de emergencia emitido por Hindenburg de 1932. Victoriano Perruca analiza la relación conceptual entre mafia y terrorismo de Estado. Finalmente, Tomás Arias y Luis Alfonso Herrera ensayan las bases de una lectura positivista del liberalismo.

La sección de *Foro y Ágora* recoge, al modo usual, el tratamiento teórico de cuestiones de actualidad. Jorge Baquerizo aborda la cuestión de la secesión pactada de un Estado como una cuestión teórico jurídica en la que el nuevo orden no proviene de normas independientes. En segundo lugar, Aitor Jiménez, en relación con las dimensiones de los estudios raciales, y Julio Francisco Villarreal, en relación con los estudios de género, desarrollan, respectivamente, los parámetros metodológicos de estos tipos de investigaciones y su relevancia para la protección de derechos.

<sup>3</sup> Vid. *Casos Aislados de una Corrupción Sistémica*. Disponible en: [www.casos-aislados.com/stats.php](http://www.casos-aislados.com/stats.php) [fecha de consulta: 6 de marzo de 2019].

<sup>4</sup> Véase en contra el Voto Particular del Magistrado Hurtado Adrián, ídem, pp. 1588 y ss.

Finalmente, Adrián Bueno desarrolla una evaluación normativa del fenómeno de la simplificación administrativa.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* mantiene el esfuerzo de sumar una nueva decena de entradas. Se inicia con la aportación de Manuel Villoria sobre *Gestión Pública*. Pablo Acosta aborda el concepto de *Interés General* y Esther González el específico de *España*. Alejandro Coteño se aproxima al estudio del poder judicial analizando la dimensión de su *Transparencia*. Las cuestiones más teóricas vienen de la mano Rodríguez Horcajo, *Teoría de la Pena*, La Barbera, *Igualdad entre Hombres y Mujeres*, Chinchón, *Minorías en Derecho internacional* y Cueva, *Libertad como no dominación*. Finalmente, los perfiles culturales se suman por Mar Antonino, quien desarrolla el *Derecho de acceso a la Cultura*, y María Jimena Sáenz, que trata la relación de *Derecho y Literatura*.

El *Releyendo a...* es obra de María José García Salgado y ofrece, por primera vez al lector hispanohablante, una polémica entre Hermann Isay y Philipp Heck de 1933. Supone una muy útil contribución a la reactualización de la doctrina de la *jurisprudencia de intereses*, su relevancia como movimiento anti-formalista en la dinámica jurídica y como un precedente del juicio de ponderación.

El *Rincón de Lecturas* recoge sus tres subsecciones habituales. El *Debatiendo*, como corresponde a los números pares de la revista, plantea, de la mano de Itziar Gómez, la convergencia de las variables de reforma constitucional en España y la perspectiva de género. El *Book fórum* congrega las críticas de un penalista, Daniel Rodríguez, y de un filósofo del Derecho, Jerónimo Betegón, al libro de Leo Zaibert, *Rethinking Punishment*, quien contesta a las críticas. Sobre la mesa está la actualización del debate entre retribución y reinserción. Finalmente, la sección de *Recensiones* recoge las notas de García Higuera, García Figueroa, Garrán y Lariguet sobre cuatro monografías recientes. Sus temas: la reforma constitucional, la filosofía moral de Kelsen, diversidad cultural y los derechos de los animales.

Finalizo estas líneas agradeciendo a los lectores su apoyo a la revista. Los datos automatizados arrojan casi 180.000 descargas de texto completo de la misma durante el 2018. Seguimos cumpliendo con los estándares de revistas de calidad y van incrementándose los reconocimientos e indexaciones. Todo ello, creo, no es más que reflejo del trabajo de los autores –tanto de los que publican como de aquellos que lo han intentado–, los evaluadores, los informáticos y el restante equipo de redacción y de edición de la revista. Todos ellos suman muchas horas de trabajo prestado en condiciones de liberalidad y generosidad. Sirva el reconocimiento del público como recompensa al mismo. Ojalá siga en esta línea.

## Bibliografía

ALCALÁ AGULLÓ, F. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2018), *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España. Informe 2018 Economía y Sociedad*, Fundación BBVA, Bilbao.

AUDIENCIA NACIONAL, Sentencia nº 20/2018, de 17 de mayo.

# Libertad de investigación e impunidad de dictadura: jurisprudencia constitucional a la deriva

## Freedom of Research and Impunity of Dictatorship: Constitutional Jurisprudence Adrift

Bartolomé Clavero Salvador  
*Universidad de Sevilla*  
[clavero@us.es](mailto:clavero@us.es)

Recibido / received: 01/06/2018  
Aceptado / accepted: 28/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4689>

### Resumen

Este trabajo parte de la evidencia de la impunidad de los crímenes de la dictadura franquista por obra, esencialmente, de un aparato judicial que ha bloqueado el acceso de las víctimas y de sus descendientes a la justicia. Se concentra en la responsabilidad que pueda recaer en el Tribunal Constitucional como instancia de amparo de derechos. Su papel ha sido clave para recluir el asunto de la criminalidad franquista en la historia para extraerlo del derecho. Confrontado con Comunidades Autónomas que emprenden con decisión la vía contraria, como sea el caso de Navarra, la cobertura de la impunidad está llevando al Tribunal Constitucional a extremos de degradación de sus procedimientos con riesgo de deslegitimación de su jurisprudencia.

### Palabras clave

Impunidad franquista, derechos de investigación e información, derecho al honor, derecho a la verdad y a la justicia, Tribunal Constitucional, crítica de jurisprudencia.

### Abstract

*This paper's starting point is the evidence of impunity for the crimes of the Francoist dictatorship, essentially due to a judicial regime that has blocked the access of victims and their descendants to justice. It focuses on the responsibility that may fall on the Constitutional Court in its capacity as protector of rights, since it aims at confining the question of Francoist criminality in the field of history to extract it out of the realm of law. Some regional governments, such as Navarre, resolutely take the opposite path, against which the coverage of impunity by the Constitutional Court leads to extremes of degradation of its proceedings bearing the risk of delegitimisation of its jurisprudence.*

### Keywords

*Francoist impunity, research and information rights, right to honour, right to truth and justice, Constitutional Court, criticism of jurisprudence.*

SUMARIO. 1. Exordio: del desconcierto al desasosiego. 2. Libertades de expresión, de información... y de investigación. 3. Excuso: derecho al honor a la española. 4. Investigación criminal versus competencia judicial. 5. Conclusión: bloqueo constitucional y Derecho internacional. 6. Colofón: conveniencia de la comparación.

## 1. Exordio: del desconcierto al desasosiego

La dictadura franquista fue un régimen criminal institucionalizado. Su impunidad ha sido en lo esencial obra de una justicia ordinaria masivamente prevaricadora, sin solución de continuidad desde los tiempos dictatoriales, con sus efectos ante todo, a la corta y a la larga, disuasorios. Se muestra en consecuencia poco receptiva de interponerse eventualmente acciones tras los tiempos de la dictadura. Parto del desconcierto ante este estado de cosas (Casanova, 2004; Espinosa, 2009; Chinchón, 2012, Jiménez Villarejo y Doñate, 2012; Escudero y Pérez González, 2013; Clavero, 2014a; Anderson y del Arco, 2015; Jimeno, 2018)<sup>1</sup>.

El asunto ha accedido a la jurisdicción constitucional como instancia de amparo de derechos. De esto voy a ocuparme. El Tribunal Constitucional ha adoptado posiciones aparentemente contradictorias, aun con una coherencia de fondo en la misma línea del bloqueo para el que se ha bastado perfectamente la justicia ordinaria. El posicionamiento de entrada de la jurisdicción constitucional ya fue de por sí desconcertante. Concedió amparo a la libertad de investigación histórica sobre la criminalidad de tiempos de la dictadura franquista cuando la cuestión dirimida era naturalmente de derecho, no de historiografía. Esto marca el arranque de una deriva que le acaba conduciendo, hoy por hoy, a extremos de ineptitud jurisdiccional. Comencé este trabajo interrogándome sobre la impunidad franquista en la jurisprudencia constitucional y concluyo sumando el desasosiego por su deriva hacia la arbitrariedad.

## 2. Libertades de expresión, de información... y de investigación

Vayamos al primer pronunciamiento relevante. Ha sido bien estudiado por parte de la historiografía en el contexto pertinente, el de la cobertura judicial de la impunidad franquista (Espinosa, 2013: cap. 5). Vamos a incidir en su análisis para venir a situarnos en el terreno estrictamente jurídico de la jurisprudencia constitucional.

Comencemos por recordar el caso. El 27 de noviembre de 1994 se emite por TV3, canal de televisión catalán, el documental *Sumaríssim 477*, dirigido por Dolors Genovès, periodista de investigación. Trata de una ejecución extrajudicial perpetrada en Burgos en 1938 por condena de consejo de guerra sumario sin las mínimas garantías, la del político democristiano catalán Manuel Carrasco i Formiguera. Figuraron entre unos testigos de cargo presumiblemente decisivos Carlos Trías

---

<sup>1</sup> Agradezco a Víctor Vázquez por haberme movido a esta reflexión al confiarle la conferencia de apertura de unas jornadas sobre La libertad de expresión y el Estado constitucional (Universidad de Sevilla, 16-17/X/2018); a Francisco Espinosa por facilitarme, de su archivo personal, la sentencia del Tribunal Supremo y otros materiales del caso Trías Bertrán; a los servicios de documentación de la Comunidad Foral de Navarra por procurarme las alegaciones de su Gobierno y su Parlamento frente al recurso de inconstitucionalidad que veremos. También quiero agradecer la hospitalidad de Eunomia y las sugerencias de sus evaluadoras o evaluadores anónimos. Quizás no esté de más agregar que la entera responsabilidad por los juicios que se emiten en estas páginas recae exclusivamente sobre su autor.

Bertrán, quien luego haría carrera con el franquismo. Los ocho hermanos Trías Sagnier, hijos suyos, interpusieron en diciembre de 1996 una denuncia civil por intromisión en el derecho al honor de su padre, fallecido en 1969, ante la justicia de primera instancia de Barcelona. Ahí arranca el proceso que, recursos mediantes, concluirá en el Tribunal Constitucional en 2004, al cabo de cerca de diez años. Hubo campaña familiar. Uno de los hijos, Eugenio, filósofo acreditado y prolífico, publicó poco antes un panegírico de su padre que, al no ocultar su trayectoria franquista, resulta llanamente inverosímil (Trías, 2003: cap. 11).

En primera instancia se falló a favor de los Trías apreciándose lesión del derecho al honor del padre y condenándose a Televisió de Catalunya S.A., a la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió y a Dolors Genovès a hacer pública la sentencia, a mutilar el documental suprimiendo los pasajes considerados lesivos, a una indemnización simbólica de cinco pesetas y a costas. En apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirma la condena. En casación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cambia las tornas por sentencia de la que fue ponente un magistrado que, como catedrático, se había ocupado monográficamente del tema (O'Callaghan, 1991). Su bagaje de doctrina pudo cargarle de razón en una línea que fuerza un tanto la letra de la Constitución para atenerse a su espíritu de fondo. He aquí la disposición constitucional: "Estas libertades", las de expresión, información, investigación y creación, "tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título", el de los derechos, "en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen", sin otro requerimiento por parte de la misma Constitución respecto a tales ejercicios de libertad que el de que la información ha de ser "veraz" (CE, arts. 18.1 y 20.1.d y 4).

Así se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo: "El reportaje emitido por la TV3 es la típica expresión de la libertad de información que proclama el artículo 20.1.d de la Constitución Española, cuya libertad de información no se separa necesariamente de la libertad de expresión que reconoce el mismo artículo 20.1.a", de lo cual, tratándose además de "hechos de relevancia pública" y con empeño de reconstruirlos verazmente, se infiere que, en el caso, "no queda protegido el derecho al honor frente a la libertad de información, entremezclada o no con la libertad de expresión". El matiz de la "relevancia pública" podía sustentarse en jurisprudencia constitucional, pues no en la Constitución misma, como acabamos de ver. La veracidad en el ejercicio de la libertad de información está dicho que se consigna en la Constitución.

Y había más. Tampoco se atenta contra el honor porque el documental añada a los hechos probados juicios de valor negativos para con Trías Bertrán pues los mismos "caben en la libertad científica de un historiador", una libertad también consignada, junto a las otras, en la Constitución (CE, art. 20.1.b). Un solvente historiador, Hilari Raguer, biógrafo además de Carrasco y Formiguera (Raguer, 1984), había colaborado en los preparativos del documental. A Dolors Genovès, experimentada periodista de investigación, el Tribunal Constitucional, para reforzar como veremos ese motivo de la libertad científica, la convertirá en historiadora. La historiografía no reparte carnets ni es cosa de gremio. El Tribunal Supremo ya ha añadido en el caso la libertad de investigación histórica acompañando a las libertades de información y de expresión. Con todo ello, casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona,

En amparo, el caso llega al Tribunal Constitucional, el cual, concediéndolo, adopta la línea del Supremo, sólo que con un resultado sorprendente. Es ponente la magistrada-catedrática María Emilia Casas. La sentencia se fecha el 23 de marzo de 2004. He aquí su primer argumento de derecho: "las peculiaridades que rodean el

presente proceso constitucional aconsejan no limitar nuestro análisis a la posible confrontación del mentado derecho fundamental con las libertades de expresión e información, sino que es preciso, en línea con lo expresado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, aludir igualmente a la libertad científica del historiador". Se trae así a primer lugar lo que figuraba al final en la sentencia del Supremo, la libertad de investigación de una historiografía reputada como ciencia. "El documental cuestionado versa sobre hechos históricos que presentan una indudable relevancia pública", por lo que como tal hay que abordarlo y no "como si se tratase de una crónica sobre un proceso judicial de nuestros días". Parece de sentido común, pero con ello el asunto se va remitiendo al campo de la historia y extrayéndosele del terreno del derecho.

En ello se abunda. "Lo que aquí se discute no es la forma en la que se ha informado sobre un suceso de nuestra historia reciente". "No se nos pide, por consiguiente, que enjuiciemos ahora informaciones y opiniones vertidas sobre un suceso del presente, sino que examinemos manifestaciones que tuvieron por objeto un hecho ya histórico, y ello no sólo en el sentido de un hecho que tuvo que ver, trágicamente, con la vida pública del país, y no con la biografía íntima de sus protagonistas, sino también, en la acepción más propia de la historicidad, de un hecho cuyos efectos –los inmediatos, al menos– están ya por completo sustraídos a la acción de las generaciones vivas" y, como puede ir entendiéndose entre líneas, al enjuiciamiento del derecho. Las reglas entonces, si no son otras, en algo varían y se modulan bastante: "La investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica".

El asunto se circunscribe a la historia con exclusión implícita del derecho: "La discusión histórica está abierta a la participación y a la réplica en su contexto propio y por sus medios característicos, pero no puede estarlo a la solución jurídica, cuya verdad no es, por definición, la que se persigue y construye con el método histórico". Así es como se interpreta una frase ambigua extraída de la sentencia del Supremo: la justicia no tiene "la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho". "Menos aún (sirve la justicia) para cambiarla (la historia) o silenciar sus hechos". Recordemos estas palabras, aunque el Tribunal Constitucional no lo haga, cuando lo que se reclame en justicia sea, por ejemplo, la anulación de sentencias de consejos de guerra celebrados además, en tiempos de dictadura, sin las debidas garantías. Es pretensión que no cabrá.

En fin, la invocación del derecho a la investigación parece que suma y refuerza, pero resta y enerva. No desempeña el mismo papel en la sentencia del Supremo que en la del Constitucional. Parecía que la segunda es confirmatoria de la primera; realmente, aun ratificando el fallo, la distorsiona. En cuanto al derecho al honor como límite de unas libertades, ha cedido finalmente en el caso Trías Bertrán, aparte de porque el asunto sea de relevancia pública, por la razón más decisiva de que se trata tan sólo de historia de modo que se entiende sin transcendencia para el derecho. En derecho, ese límite de unas libertades, el del honor, mantiene toda su fuerza.

Un voto particular a la misma sentencia, perteneciente al magistrado-catedrático y a la sazón Presidente del Tribunal Manuel Jiménez de Parga, muestra su plena conformidad de la reclusión histórica del asunto, mas queriendo todavía reivindicar el derecho al honor en el caso: "Un hecho que afecta al honor del padre de personas vivas ha de considerarse susceptible de afectar al honor familiar de los hijos del acusado en el reportaje, junto a la violación del suyo". A no ser que haya

prevalecido su evidente deseo personal por amparar a la familia Trías Sagnier, no parece este magistrado haber comprendido las implicaciones de la sentencia. Confieso que yo tampoco la entendí cabalmente en su momento. La tomé como una estupenda proclamación del valor cívico, aunque no constitucional, de la historiografía, pues la sentencia se extiende a animarla encarecidamente a que haga su labor de esclarecimiento del pasado. No advertí el simulacro. Participé de la buena acogida que la sentencia tuvo en su momento entre juristas (Salvador, 2004; Clavero, 2005: nota 1). Así éramos de ingenuos. La evolución inmediata de la propia jurisprudencia, con el auto que enseguida refiero, me ayudaría a abrir los ojos, aunque he tardado en relacionarlo con la sentencia Trías Bertrán.

Poco después de la sentencia se produce la respuesta del Tribunal Constitucional al recurso de amparo de Estrella Alonso y, tras la muerte de ésta en el 2000, Flor Baena. El hijo de la primera y hermano de la segunda Xosé Humberto Baena, había sido fusilado por sentencia de la jurisdicción militar el 27 de setiembre de 1975. El amparo se interpuso en 2002 frente a la denegación por el Consejo Supremo de Justicia Militar de la revisión y eventual anulación de las actuaciones en base a la vulneración de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa y de otras garantías procesales. El Tribunal Constitucional lo deniega sumaria y tajantemente. El auto de inadmisión, de 25 de mayo de 2004, emitido por sala presidida por el referido magistrado Jiménez de Parga, motiva un mínimo, con un único argumento en sustancia, el de que “la Constitución no tiene efectos retroactivos”. No cabe revisar los juicios firmes de “actos del poder público, como la dramática ejecución de una condena a muerte, que pertenecen a la Historia de España anterior al momento de su entrada en vigor”, de la Constitución. He ahí el juego de reclusión en la historia para extracción del derecho.

El recurso de amparo no sólo había alegado derechos fundamentales registrados luego, con posterioridad a la ejecución, en la Constitución, sino también derechos humanos del Derecho internacional. El auto lo ignora, pero no el Ministerio Fiscal en sus alegaciones contrarias a la admisión del recurso. Argumenta que no solo no estaba vigente la Constitución, sino que “tampoco España había ratificado por entonces el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...); ni es función de este Tribunal, conforme a su reiterada jurisprudencia, velar por la vigencia de los derechos establecidos en los Tratados Internacionales, sino solamente de los garantizados por la Constitución, aunque el contenido de éstos deba interpretarse de acuerdo con aquellos tratados (art. 10.2 CE)”.

En efecto, tal artículo declara eso respecto a todo el Derecho internacional de Derechos Humanos, no sólo al contenido en tratados: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Sin embargo, otros artículos no menos constitucionales (CE, arts. 94.c y 96.1) lo que establecen es algo más: que los tratados debidamente ratificados, inclusive los referentes “a los derechos y deberes fundamentales”, “formarán parte del ordenamiento interno” por encima de las leyes: “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”. Así, se sitúan en una posición paraconstitucional.

No deje de repararse tanto en lo que se dice como en lo que se deja de decir, pues todo ello está implicando una deriva del Tribunal Constitucional cuya culminación veremos pronto, tras un excuso sobre el honor. Por lo visto, la dictadura

franquista fue un régimen, no de hecho institucionalizado, sino de derecho pleno, por lo que habrá de juzgársele siempre conforme a sus propios parámetros. Aquello además, se nos asegura, ya es historia, con lo cual ni siquiera cabe el juicio a unos efectos que no sean de historiografía, sino de derecho. Repárese también en lo dicho por el Ministerio Fiscal, con el sintomático silencio cómplice del Tribunal Constitucional, acerca del Derecho internacional de Derechos Humanos contra el tenor mismo de la Constitución.

Y la Constitución se declara irretroactiva, como si los derechos que en ella se registran hubieran sido así creados, y no en cambio reconocidos, y también como si no existieran en el Derecho internacional el reconocimiento, que tampoco la creación, de los derechos humanos. En fin, con todo ello, para esta jurisprudencia la dictadura es asunto de historia, no de derecho, ni constitucional ni internacional ni de derechos por ningún registro. O bien es asunto de derecho, pero del presunto derecho que la propia dictadura estableciera, sin posible contraste de derechos ni constitucionales ni humanos.

Ha habido alguna otra inadmisión, parquíssima en argumentos, de recurso de amparo referente a crímenes franquistas. Fue así en 2012 en el caso del poeta Miguel Hernández (Escudero, 2013), quien pereció en prisión en 1942 tras haber sido condenado a pena de muerte (Gutiérrez Carbonell, 1991). En el sitio web del Tribunal Constitucional esto es lo que se dice de esa resolución para no reproducirla: “Este auto no incorpora doctrina constitucional”. También se ha pronunciado en otra línea. En 2004, poco después del auto de inadmisión del recurso de Estrella y Flor, en el caso de la condena a muerte en 1963 de los anarquistas Francisco Granado y Joaquín Delgado (Fonseca, 1998), una sentencia del mismo Tribunal Constitucional había concedido amparo para la revisión de juicios militares del franquismo por el Tribunal Supremo, pero, con la resistencia de su Sala Militar que, pese a la sentencia constitucional, volvió a denegar el acceso a la justicia en 2006, no se ha asentado una práctica de revisión y reparación por parte alguna. No se imprimió un giro. La golondrina no hizo verano. Fue estrangulada por una sala del Tribunal Supremo con fuerte peso de magistrados de procedencia y condición militar (Parada, 1992).

### 3. Excuso: derecho al honor a la española

En el contexto constitucional español, el derecho al honor como límite de unas libertades se presta a confusiones. Suele asimilarse el referido artículo constitucional sobre los derechos de expresión, información, creación e investigación (CE, art. 20) al correspondiente de la Constitución de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*, art. 5) y de ahí en buena parte procede ciertamente (para el punto del honor: *“Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre”*; “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollean y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”). Se recurre en consecuencia a doctrina y jurisprudencia alemanas para una interpretación que se dice constitucional (Solozábal, 1991).

Resulta, empero, que de ahí, de Alemania, no deriva. De ahí, para buena parte de todo el artículo, procede la letra, pero no la música. Esta es española, tanto como la zarzuela. El origen del derecho al honor que se registra en la Constitución como límite de unas libertades es efectivamente casero. Se cifra en un Decreto-Ley sobre libertad de expresión de 1 de abril de 1977, así preconstitucional y anterior también a las primeras elecciones generales, que, a tenor de su contenido, resulta más bien un

decreto sobre el derecho al honor. Arranca su preámbulo vinculando directa y estrechamente lo uno a lo otro: “El derecho de todos los ciudadanos a la libre información como al respeto de su honor y de los demás derechos inherentes a la persona es principio fundamental de todo Estado de Derecho”. Viene a facilitar “la persecución de los delitos de calumnia e injurias” por mera “denuncia de la persona agraviada”, facultando a la justicia para medidas expeditas de secuestro de prensa, otros productos de la imprenta y grabaciones.

Pongámonos en aquellos tiempos, a la salida de la dictadura. No imperaba una idea indistinta del honor. Lo era del hombre más que de la mujer; del terrateniente más que del campesino; del empresario más que del trabajador; del franquista más que del ciudadano o de la ciudadana de a pie. El decreto transpiraba la preocupación por la suerte del honor del propio franquismo. En aquel contexto tan cargado, tanto para el decreto como luego para la Constitución, se podrían haber empleado términos más neutros y realistas. Piénsese pues, haberlos, los hay, aunque apenas exista léxico que se libre de lastres como el sexista. Honor tiene un pedigrí largo en el tiempo y ancho en el espacio (De Pablo, 2014), mas, si la historia y el derecho comparado nos hubieran de obligar, ¿para qué hacer Constitución? ¿A qué ejercer una determinación constituyente?

El decreto de marras estuvo vigente en rigor tan solo un año y unos cuantos meses. Quedó fuera de juego el 29 de diciembre de 1978 por la Constitución, con su alcance derogatorio, y por una ley de tres días antes sobre “protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”; más regularmente, dado el requerimiento constitucional de que los derechos de libertad sólo puedan regularse por legislación de mayoría parlamentaria cualificada, por obra de la reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica de 21 de mayo de 1980 en la materia de libertades de expresión, reunión y asociación así como de la ley orgánica de 5 de mayo de 1982 “de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” (Carrillo, 2001).

En todo caso, el espíritu del decreto pudo fácilmente traspasar el filtro de la Constitución y de las leyes orgánicas porque había venido a abonar un sentido del honor vinculado a la larga dictadura. La cultura judicial mantuvo casi sin fisuras su conexión con el propio franquismo. Es el honor de los franquistas lo que se va imponiendo en tiempos constitucionales por parte de la justicia frente a las libertades de información y expresión. El decreto era en sí innecesario. Decretos hubo sobre otras libertades, pero no equiparables. Habría bastado con derogar piezas de legislación franquista en la línea marcada, todavía cautamente, por la Ley de 19 de julio de 1976 “sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo”. El decreto sobre libertad de expresión a lo que vino es a defender el derecho al honor, el franquista por supuesto (Espinosa, 2009).

Para más inri, entre el decreto sobre el derecho al honor, perdón, sobre la libertad de expresión y la Constitución hubo novedades que abundaron en la misma dirección. La principal, la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, ley posterior a las elecciones generales, acordada por las Cortes que producirían la Constitución, pero preconstitucional también en todo caso. Esta ley no tiene que hacer referencia al honor, franquista o no franquista, para que juegue decisivamente a favor del primero. Su alcance en principio, por cuanto le interesa, es incierto. En lo que importa a responsabilidades de la dictadura, amnistía a “autoridades, funcionarios y agentes del orden público” (art. 2.e y f), lo que admitiría una interpretación restrictiva por mor del acceso a la justicia. Una amplia gama de personajes franquistas, desde el miembro de un escuadrón de la muerte en el verano de 1936 hasta el magistrado del

Tribunal de Orden Público, la jurisdicción política tardofranquista, o el miembro de las Cortes, valedoras de su legislación, inclusive la más contraria a libertades, quedaba fuera o, al menos, no claramente dentro de esa identificación de sujetos beneficiados por tan elusiva amnistía. Pero hasta el honor de los escuadrones de la muerte o el de una policía dicha civil y en teoría hoy judicial, pero de orden militar, se ha hecho valer por la judicatura (Espinosa, 2009: cap. 1; Del Río y otros, 2013; Chaput y Jurado: 2015).

La cultura jurídica generada por aquella transición política de régimen dictatorial a sistema constitucional dio por hecho no solo que la amnistía del franquismo era general y plena, sino también que la misma se constituía sobre la marcha en el fundamento ultraconstitucional de la Constitución misma. La Ley de Amnistía era preconstitucional y contraria a derechos consignados en la norma constitucional, pero tampoco se planteó el efecto derogatorio por obra de la Constitución sin más. Ha venido funcionando tal amnistía como el principal argumento para el bloqueo por parte de la justicia ordinaria de cara a la criminalidad franquista (Clavero, 2014<sup>a</sup>: caps. 3-5). Con todo, sobre el imperio de la Constitución predomina, incluso con efectos normativos, la leyenda de la Transición, también con mayúsculas (Gallego, 2008).

¿Y de qué honor estamos hablando? El constitucionalismo susodicho que asimila el artículo 20 de la Constitución española al quinto de la alemana da por supuesto que *das Recht der persönlichen Ehre*, el derecho al honor personal, y el *derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen* significan lo mismo: honor, honor y honor. La fórmula española desglosada quiere reforzar. En ese contexto, tales derechos se potencian entre sí. Ahí, como añadidos del derecho al honor (CE, art. 20.4), “intimidad” resulta derecho al secreto, a que no transciendan cosas con independencia de su relevancia a efectos públicos; y “propia imagen” significa derecho a una reputación aunque no cuente con sustento real y su desvelamiento sea de interés ciudadano. Reiteración hay. Los límites de unas libertades comienzan, como hemos visto, por fijarlos “en el respeto a los derechos reconocidos en este Título”, entre los que ya se encuentran honor, intimidad e imagen (art. 18.1: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”).

Constitucionalmente el honor español es más que la *Ehre* alemana. Dice el diccionario que *Ehre* significa honor y punto, pero resulta que eso no es lo que resulta del derecho. No es lo que se desprende de las respectivas jurisprudencias, la alemana y la española. En Alemania, el honor como límite de libertad presenta un perfil más bajo; ni siquiera se le reconoce autónomamente en la Constitución (Branahl, 2009). Y resulta inconcebible que la *Ehre* sea el honor nazi, aun con todas las limitaciones de la desnazificación (McKale, 2012; Bazyler, 2016). En España, la desfranquización por el Estado apenas se ha emprendido en 2007 con una ley tímida, poco más que simbólica, la conocida como de Memoria Histórica, de nombre oficial impronunciable: “Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”. De resultas de todo ello, un inconsciente Derecho constitucional sigue contaminado por la hipertrofia del honor. Hasta el honor de los muertos, el del dictador inclusive, prevalece.

#### 4. Investigación criminal versus competencia judicial

Queda por ver un episodio, a mi entender el más grave, en la deriva hasta hoy del Tribunal Constitucional respecto a los impedimentos del ejercicio de las libertades de investigación, información y expresión en cuanto interesa a la impunidad del franquismo afectando de paso, con la sentencia que ahora veremos, al sistema

constitucional de autonomías territoriales que viene desde antes subvirtiendo (Aparicio, 2013). Va a ser una vuelta de tuerca realmente impensable incluso desde el panorama que se nos ha venido poniendo de relieve. Vayamos a los antecedentes del caso antes de ocuparnos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional por sentencia en recurso de inconstitucionalidad cuya ponente ha sido la magistrada-catedrática Encarnación Roca Trías.

El 10 de abril de 2015 se promulga una ley de la Comunidad Foral de Navarra “para reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos”. Se prevé reconocimiento y reparación de personas o de familias por daño grave, contra la vida o la integridad física, sufrido desde el 1 de enero de 1950. No hay fijación de fecha para otro tipo de daños. Los criterios se fijan por Derecho internacional: “El concepto de tortura, malos tratos, tratos inhumanos o degradantes será interpretado conforme al artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”; “La Comisión de Reconocimiento y Reparación (...) tendrá competencia directa en cuanto a la fijación e investigación de los hechos con base en instrumentos internacionales homologados, como el Protocolo de Estambul”. El término de 1950 se explica porque ya hay otra Ley navarra, de 2013, para el reconocimiento y reparación de víctimas “a raíz del golpe militar de 1936”. Ambas leyes establecen comisiones de verdad, la Comisión Técnica de Coordinación en Materia de Memoria Histórica en 2013 y la Comisión de Reconocimiento y Reparación en 2015. Solo la segunda se recurre.

¿A qué viene la duplicidad de leyes? ¿A qué, en particular, la segunda? Hay explicación por las peculiaridades que se presentan en la zona vasco-navarra durante la ahí más larga transición entre un régimen dictatorial y un sistema constitucional. Entre los setenta y los ochenta parte de las fuerzas policiales junto a elementos extremistas ejecutan políticas clandestinas de Estado acosando a sectores nacionalistas y extraparlamentarios. Aprovechan posibilidades de la legislación antiterrorista con independencia de que se tratara o no de terroristas, afectando de hecho más, en términos cuantitativos, a quienes no lo eran (Baby, 2018: caps. 6-8). A esto viene que el reconocimiento y la reparación se prolonguen resueltamente más acá de la Dictadura. El Gobierno central, interponiendo el recurso de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional, sentenciando en la forma que veremos, parece que se alarmaron porque el esclarecimiento de verdad se extendiese a los tiempos de la Transición, con lo que las responsabilidades pendientes dejaban de recluirse en la historia y podían llegar a afectar al derecho, nada menos que al derecho de los tiempos constituyentes del actual sistema.

La sentencia se suscribe por el Tribunal Constitucional este pasado 19 de julio de 2018. Anula extremos neurálgicos de la ley, centrándose al efecto en cuanto se refiere a la Comisión de Reconocimiento y Reparación. Esta, constata la sentencia, “investiga y verifica por sí misma hechos que podrían ser delitos conforme a lo previsto en el Código Penal”, lo cual estima que se interfiere con cometidos propios de la justicia, con “la competencia exclusiva de este orden jurisdiccional en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal”. “Correspondiendo al Poder Judicial en exclusiva el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la atribución a un órgano autonómico, en este caso la ya citada Comisión, de funciones que corresponden al orden jurisdiccional penal contraviene tal reserva y es contraria al artículo 117 CE”, cuyo parágrafo tercero dispone que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezca”. Con la

Comisión del caso “se ha venido a establecer un procedimiento de investigación sustraído al Poder Judicial”. “Se interfiere así en el sistema de justicia penal constitucionalmente configurado y se menoscaba el principio de reserva de jurisdicción consagrado” por la misma Constitución.

Tres votos particulares impugnan en toda regla la sentencia de mayoría defendiendo la constitucionalidad de la ley navarra, comenzando por resaltar un par de ellos que tal “principio de reserva de jurisdicción” que viene a sumarse a la reserva de ley representa una novedad para la jurisprudencia constitucional que ni se sustenta en el artículo referido de la Constitución ni se compadece con la práctica ordinaria de concurrencia varia, inclusive por instancias públicas, en la investigación de hechos que pueden resultar delitos. Una cosa es investigar y otra procesar y juzgar, con la imposición correspondiente de condenas en su caso, así como ejecutar lo juzgado, que es lo que, según la Constitución, conforme al citado artículo 117.3, corresponde al aparato de la justicia. Esa es la función judicial. Si hay reserva de jurisdicción, es eso.

El voto del magistrado de procedencia judicial Juan Antonio Xiol Ríos sienta taxativamente que “la supuesta reserva jurisdiccional absoluta en favor del orden penal para la investigación de hechos delictivos carece de todo fundamento constitucional”. Explica que ni siquiera a todos los efectos la justicia penal cuenta con la exclusiva del ejercicio de un poder de castigar. Existe el Derecho administrativo sancionador en manos del ejecutivo con los límites establecidos por la propia Constitución: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad” (CE, art. 25.3). La privación de libertad marca la frontera más clara de la reserva de jurisdicción a la justicia penal. A esto se añade que la investigación, la sola investigación, incluso de delitos que pudieran deparar, ya en sede judicial, penas de privación de libertad tampoco es exclusiva de la justicia. No tiene por qué conducir siempre a procedimiento penal. Baste pensar en las comisiones de investigación en el ámbito parlamentario previstas constitucionalmente (CE, art. 76). Las mismas posibilidades existentes “de instrucción penal bajo la dependencia directa del Ministerio Fiscal relegando a los órganos judiciales a una posición de garantía de los Derechos fundamentales”, aunque no esté prevista por la Constitución, hacen ver hasta qué punto no rige el presunto principio de reserva jurisdiccional tan a ultranza.

Y aquí entra la cuestión de las comisiones de verdad o, reductivamente, “la función prestacional del moderno Estado social y democrático de derecho en la atención a las víctimas de delitos” a cuyo fin pueden desde luego constituirse y operar, entre otras posibilidades, tales comisiones. “Una de las manifestaciones de esa función prestacional ha sido la asunción por parte del Estado de la indemnización de los daños causados por la comisión de delitos de terrorismo, que tuvo una consagración muy temprana en el actual régimen constitucional”. “Una posición como la mantenida por la opinión mayoritaria y reflejada en la Sentencia sobre la existencia de un supuesto principio constitucional de reserva jurisdiccional del orden penal en la investigación de delitos determinaría que quedase vedada la posibilidad de que la Administración pública pudiera desarrollar esta labor prestacional sin que previamente hubiera existido un pronunciamiento de la jurisdicción penal sobre la existencia del hecho y su carácter delictivo”. La Comisión de Reconocimiento y Reparación de la Ley navarra de 2015 encajaría sin mayor problema en este cuadro.

“La aplicación de este principio (de reserva jurisdiccional, prosigue este voto particular) en este caso resulta, además, lesivo del derecho de las víctimas a la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, tal como está actualmente configurado en el derecho internacional y regional europeo de

los Derechos humanos". Entra así con valor normativo la configuración complementaria de derechos por el derecho internacional, lo que también reviste novedad en los usos ordinarios del Tribunal Constitucional. "El derecho de las víctimas a la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición hace tiempo que dejó de ser *soft law* y ha pasado a formar parte integrante del Derecho internacional y regional europeo de los Derechos humanos". El voto particular entiende que así estamos ante un derecho que ha de reconducirse al "dialogo entre tribunales de Derechos Humanos, independientemente de su carácter nacional, regional o internacional". "Este Tribunal Constitucional lo es", tribunal de Derechos Humanos. "No es comprensible que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia no haya considerado necesario hacer ninguna reflexión sobre el particular", dado además que se ha insistido en ese punto del derecho internacional durante las deliberaciones.

Hay algo, sin embargo, que no rige. Con toda la fuerza de unos argumentos, falla la articulación entre Derecho constitucional y Derecho internacional, un rasgo que veremos cómo comparten los otros dos votos particulares. Aun identificándose derechos constitucionales y derechos humanos, estos siguen ofreciendo la impresión de que se yuxtaponen como un elemento exterior. La ocurrencia del diálogo entre tribunales como gozne entre constitucionalismo y iusinternacionalismo resulta extremadamente débil a los mismos efectos normativos. Se da la sensación de improvisación en la colación clave del Derecho internacional. Puede haber en el caso de este voto una razón. Poco antes de acceder al Tribunal Constitucional, en 2012, el entonces magistrado del Tribunal Supremo Juan Antonio Xiol Ríos amparó el honor franquista frente a las libertades de investigación, información y expresión sin acordarse todavía para nada del Derecho internacional (Espinosa, 2013: cap. 12). Pero las dificultades, como veremos, son comunes a los tres votos particulares. El problema no es sólo de carácter personal.

El voto particular ha entrado en un terreno más de opción desiderativa que de argumentación normativa. No obstante, sigue presentando interés la prosecución de su razonamiento. "No tengo inconveniente en admitir que la conformación de comisiones de la verdad como alternativa al cumplimiento de la función clásica del Poder Judicial de intervenir –directa o indirectamente– en establecer con todas las garantías procesales una verdad jurídica ofrece el riesgo de la marginación de funciones constitucionales tradicionalmente reservadas a los órganos judiciales y de la sustracción de los derechos procedimentales que garantiza su intervención. Por eso creo que el Tribunal Constitucional español ha perdido una inmejorable ocasión para contribuir a ese esfuerzo regional e internacional en la construcción del derecho a la verdad intentando aportar una respuesta que superara estas objeciones". Luego reflexionaremos.

El voto particular de la magistrada-catedrática María Luisa Balaguer, al que se suma el magistrado-catedrático Fernando Valdés Dal Ré, amplía la información sobre el Derecho internacional de Derechos Humanos que habría de tomarse en consideración, pero no por ello mejora su articulación con el orden constitucional. "La Sentencia se desarrolla eludiendo por completo el examen de la cuestión desde la perspectiva de los Derechos Humanos y de la noción del 'derecho a la verdad'". "Especialmente importante es el informe sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición que el relator especial emitió en relación con España con fecha 22 de julio de 2014". "Si nos atenemos al derecho a la verdad, tal y como ha sido configurado en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y a los principios que lo integran y lo sustentan, así como a cuanto se pone de relieve en el informe del relator especial sobre España, particularmente en relación con la inadecuación del cauce penal para la determinación de la verdad y

la reparación de las víctimas, por los obstáculos que conlleva, tendríamos que concluir, necesariamente, que la Ley Foral impugnada resulta totalmente acorde con tales principios”.

He ahí un salto entre el mundo y Navarra por encima de lo que debiera ser el gozne preciso del Derecho constitucional avalando esa aplicación directa de derecho internacional. Como catedrática, Balaguer no se ha caracterizado por cuidar el detalle de tal articulación. No lo ha hecho al ocuparse de los derechos al honor y a la información (Balaguer, 1992 y 2013). Valdés Dal Ré, por su parte, ha incidido en la dinámica de los derechos en un ordenamiento que ya es de diversos niveles entre constitucionalismo y iusinternacionalismos, pero para el europeo más que para el global y tan sólo para su ámbito de especialidad, el del derecho del trabajo (Valdés Dal Ré, 2016); en todo caso, sin que la integración se refleje en el voto particular al que se suma. Como en el voto de Xiol Ríos, no puede evitarse la sensación de improvisación en esta repentina colación de Derecho internacional por la minoría. Cabe añadir que la ponente en este caso, Encarna Roca, tampoco se ha significado como catedrática por articular los diversos niveles del actual ordenamiento de derechos aunque haya contribuido a algún intento (Roca y García Couso, 2017). Nunca, sin embargo, había mostrado el desprecio por el Derecho internacional de Derechos Humanos que la sentencia transmite con su silencio. A la luz de su obra académica, la verdad es que el tenor de su ponencia resulta incomprensible.

El restante voto particular, del magistrado de procedencia judicial Cándido Conde-Pumpido, insiste en que la sentencia “no tiene en cuenta el contexto jurídico internacional, estatal y autonómico” de la ley impugnada, con esta constatación de entrada: “La Ley Foral se inserta en un cuerpo de principios y directrices del Derecho internacional humanitario”, expresión esta de humanitario que, a efectos prácticos, resta valor normativo al Derecho internacional de Derechos Humanos y que tampoco nos sitúa en un terreno que pueda articularlo con el Derecho constitucional. “Ese cuerpo de principios y directrices (de Derechos Humanos) no constituyen, ciertamente, más que *soft law*, pero eso no les priva de valor hermenéutico vía artículo 10.2 CE a la hora de interpretar los preceptos constitucionales”, olvidándose de los referidos artículos igualmente constitucionales 94.c y 96.1 que confieren valor normativo de *hard law*, paraconstitucional por supralegal, a los tratados de Derechos Humanos. Para mayor debilidad, el voto argumenta que la Comisión navarra no puede invadir el campo de la justicia penal porque “la legislación de amnistía cierra el paso”, como si esto no suscitase serios problemas tanto constitucionales como de Derecho internacional. También con esto olvida que la ley navarra se extendía a hechos presumiblemente delictivos posteriores a la amnistía de 1977 y con los que la justicia se había portado de forma bastante complaciente, no digamos la policía (de nuevo, Baby, 2018: caps. 6-8). Recordemos que, como Fiscal General del Estado, Conde-Pumpido había contribuido a bloquear el acceso a la justicia de reclamaciones contra crímenes de la Dictadura (Palou-Laverdos, 2016). No es el único que está ahora improvisando sobre la marcha.

Hay algo todavía en común entre sentencia y votos particulares, la patente ineptitud jurisdiccional. Alguien con malicia podría husmear un tufillo de prevaricación. Por todos los visos, ante el temor de la extensión de una comisión de verdad a tiempos posteriores a la Dictadura, se tomó una decisión política enseguida revestida por un argumento jurídico insostenible a la luz de los votos particulares, cuya argumentación constitucional y de Derecho internacional la sentencia elude por completo. Cargados en esto los tres votos y los cuatro magistrados disidentes de razón, todos manifiestan que defendieron sus posiciones durante las deliberaciones chocando con el muro del cierre en banda de la mayoría. La sentencia tampoco debate los argumentos de los votos particulares. Los ignora. Mantiene impasiblemente su invención de un principio

constitucional sin sustento en la Constitución, el de reserva de investigación, poniendo virtualmente fuera del orden constitucional toda práctica de comisión de verdad. Por el tenor de la sentencia, no hay que descartar que ese sea el objetivo último deliberado.

Llama poderosamente la atención que la sentencia no haga referencia alguna al Derecho internacional de los Derechos Humanos, el principal argumento de los votos disidentes junto a la inexistencia de la reserva de jurisdicción a ultranza. Estaba obligada a hacerlo no solo porque lo invoca y asume la Ley navarra como hemos visto, sino también y sobre todo porque lo alega la parte recurrida, esto es, los mismos Gobierno y Parlamento de Navarra. El primero además hace referencia a una clave que incluso los votos particulares desaprueban: "Son muchos los tratados y textos internacionales a traer aquí a colación, con arreglo a los artículos 96 y 10 CE, en muchos de los cuales se reconoce el derecho de las víctimas a una reparación". Ahí, en el 96 ya referido, se tiene el gozne de la necesaria articulación entre Derecho internacional de Derechos Humanos y derecho constitucional, pero para la sentencia y los votos ese artículo constitucional sobre el valor de los tratados no existe.

Lo citado pertenece al resumen que ofrece la sentencia, entre sus antecedentes, de las alegaciones del Gobierno de Navarra. Efectivamente, las mismas se refieren al artículo 96 de la Constitución, pero con un desarrollo que no se reflejan en absoluto en dicho resumen: "Son muchos los tratados y textos de Derecho internacional que es preciso traer aquí a colación (...) conforme al artículo 96 de la Constitución", deteniéndose en ello lógicamente. Lo propio hacen las alegaciones del Parlamento de Navarra. El resumen de los antecedentes elimina cuanto no interesa a una sentencia que elude la clave del Derecho internacional de Derechos Humanos cuyos tratados ratificados por España forman parte integrante, conforme a dicho artículo, del ordenamiento español de forma indisponible, lo mismo que para la ley, para el propio Tribunal Constitucional. Si tergiversación significa algo, he ahí un patente ejemplo.

Con más supuestos de comisiones de verdad, bajo uno u otro nombre, en diversas Comunidades Autónomas, pues Navarra no es caso único (Cuesta y Odriozola, 2018), puede que veamos más, bastante más, si una mayoría de ese carácter se mantiene y reproduce en el interior del Tribunal Constitucional sin contrapeso interior de entidad. Ya se ve cómo funciona. Lo primero es la decisión política; lo último, el revestimiento jurídico con la inventiva que haga falta y la ignorancia que convenga afectarse o que realmente se tenga. Así se degrada la deliberación jurisdiccional, si no el mismo procedimiento constitucional. Hubo tiempos en los que el Tribunal Constitucional daba ejemplo de colegialidad jurisdiccional, aun siempre con la deficiencia de no celebrar audiencias públicas que extendiesen la deliberación a la representación de las partes. La falta de transparencia permite excesos. No sabríamos hasta qué punto se ha degradado la colegialidad si no fuera por la indiscreción de unos votos particulares frente a la práctica imperante bien dudosa de guardarse secreto absoluto sobre las deliberaciones.

## **5. Conclusión: bloqueo constitucional y Derecho internacional**

Aparentemente, unas sentencias del Tribunal Constitucional se sitúan en dirección diversa. Por una parte, la del caso Trías Bertrán defiende el esclarecimiento de la verdad por medio de la historiografía y del periodismo que investiguen con responsabilidad cívica sobre los tiempos de la Dictadura franquista. Por otra parte, la sentencia sobre la última Ley navarra de reconocimiento y reparación no niega dicha posibilidad, pues ni la menciona, pero deniega a las entidades públicas no judiciales capacidad para ocuparse también de la tarea aunque sea con fines tan justos como

los reparativos. En suma, una sentencia afirma el derecho a la verdad y la otra lo niega. Pareciera existir una línea, la del caso Delgado-Granado, amparando el acceso a la justicia y otra, la del caso Miguel Hernández, encubriendo la impunidad del franquismo.

Sin embargo, hay un patrón y es negacionista. Un hilo rojo enhebra las consignas de historia para la historiografía y de derecho para la judicatura, para un aparato judicial sumido en una cultura jurídica que sella la impunidad de una dictadura y que se ensimisma en su condición profesional. Constitucionalmente, inclusive para el curso de la historia constitucional en España, ante la dificultad efectiva de apreciar en los casos concretos límites de las libertades de expresión e información ante derechos de la personalidad, la competencia correspondería mejor al jurado ciudadano (Marcuello, 1999). De esto, de la conveniencia de empleársele en todo conflicto judicializado entre libertades de alcance social y derechos de carácter personal, ni se habla en esa cultura.

El Derecho internacional actual de Derechos Humanos, como se nos ha dicho por unos votos particulares del caso Comisión de Navarra, viene tomando en consideración los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a garantías de no repetición. Aquí, en España, con todo lo visto, la jurisprudencia constitucional acerca de la dictadura franquista puede reconocer el derecho a la verdad, pero no el derecho a la justicia. La reparación se entiende que es cosa administrativa, propia del ejecutivo, añadiéndose ahora que sin atribuirse funciones de esclarecimiento sobre conductas y acontecimientos que pudieran implicar delito. Es otra vuelta de tuerca respecto a unos precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal que ni la sentencia ni los votos particulares recuerdan. Operan como si estuvieran estrenando jurisprudencia a la carta. Se está, según todos los visos, improvisándola.

La jurisprudencia constitucional ha entrado de este modo por una vía que conduce a la retirada del primer derecho en ese encadenamiento lógico, para situaciones posdictatoriales o de otro modo socialmente traumáticas, de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, el derecho a la verdad. Se habla también desde las instancias internacionales de justicia transicional a todos estos efectos, pero en la España posfranquista respecto a la Dictadura no ha habido justicia ninguna, ni transicional ni no transicional. En esas estamos a estas alturas, cuando, por ley de vida, esto es, por ley de muerte, van desapareciendo las responsabilidades personales respecto a las que pudiera actuar la justicia penal. Ahora, con esto, serían aún más necesarias las comisiones de verdad, estas frente a las cuales el Tribunal Constitucional sale al paso.

El Tribunal Constitucional no está evidentemente por la labor. Hemos visto cómo tira por la borda, de una forma tan irresponsable que parece inconsciente, esa práctica tan socialmente terapéutica de las comisiones de verdad, unas comisiones no menos plausibles porque provoquen tensión con los cometidos de la función judicial. Se han de cubrir necesidades que esta última por sí sola no acaba de verse en condiciones de satisfacer (Schabas y Darcy, 2004). Por Latinoamérica se tienen ejemplos en castellano y en portugués (Clavero, 2014c). Conviene verse el informe de 2014 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *Derecho a la Verdad*. En la jurisprudencia europea no hay nada equivalente. Entre los Estados del continente europeo lo que tenemos es la evidencia de la singularidad española (Koposov, 2018).

Con los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, el mismo aparato judicial se ve ciertamente ante la tesitura de que se le pudieran encomendar funciones que no entran tradicionalmente entre sus

competencias y para las que además no se encuentra preparado o ni siquiera dotado de medios. Para eso se han inventado las comisiones de la verdad y similares, esta práctica que el Tribunal Constitucional ahora intenta situar fuera de la Constitución. Mas no nos llamemos a engaño. Si se cancela de ese modo el derecho a la verdad, desaparece inmediatamente el derecho a la justicia, este derecho cuya realización no tiene por qué ser exclusiva del aparato judicial. Ya debería por comenzar siendo competencia de jurado. Y pueden serlo también de comisiones de verdad, llámeseles como se les llame.

En los comienzos de esta jurisprudencia tan deslavazada como coherente, pareció reforzarse el derecho a la investigación respecto a la criminalidad de la dictadura franquista. Ahí que aparentemente se animó a la historiografía para que cubriera esa función de comisión de la verdad. Con ello, sin embargo, lo que se pretendió y consiguió fue recluir en la historia las responsabilidades franquistas para eximirlas del derecho. Era un primer paso por el sendero negacionista que culmina de momento con la última sentencia sobre Navarra. Un hijo de Carlos Trías Bertrán muy reivindicativo de la memoria de su padre, el abogado y político Jorge Trías Sagnier, había sido defensor, sin cobrar honorarios y con éxito, de Violeta Friedman, víctima del nazismo, frente al negacionismo rampante del belga nazi-franquista León Degrelle (Espinosa, 2013: cap. 2). No resulta un caso singular. Es la combinación usual entre negacionismo de cara al franquismo y antinegacionismo frente al nazismo. Lo segundo también sirve para encubrir lo primero. En España lo hace, lo mismo que el antiterrorismo del presente suele tender un velo sobre la indulgencia con el franquismo.

¿Y qué decir del juego de la libertad de investigación en este tramo jurisdiccional? En el caso Trías Bertrán el Supremo lo colacionaba para reforzar las libertades de información y de expresión frente a un derecho al honor clamorosamente inmerecido. El Tribunal Constitucional lo erige en la clave para la resolución del caso en tal misma dirección. Para ambos tribunales se trata específicamente de “libertad científica del historiador”. En este sentido historiográfico, nadie, ninguna de las partes, había puesto en cuestión el derecho a la investigación. Es el Tribunal Constitucional el que lo hace protagonista. Ya sabemos que, para hacerlo, convierte a Dolors Genovés en historiadora. Concurren “en su persona la condición de historiadora y periodista”, es algo que reiteradamente afirma para reconocerle el derecho a la investigación. ¿Quién necesita la venia del Tribunal Constitucional para investigar la historia o para ejercitar la memoria? Nadie se lo pide ni lo espera. Las dificultades son otras (Espinosa, 2015).

Con tanta prestidigitación el Tribunal Constitucional lo que hace es sustraer del caso de la impunidad de la dictadura la cuestión de derecho. Sobre la posibilidad de reconocerlo como asunto pendiente de justicia no hubo ni hay pronunciamiento de su jurisprudencia. Se evitó el compromiso con la inadmisión del amparo por el fusilamiento prácticamente extrajudicial de Xosé Humberto Baena. Y así hasta hoy. En 2012, el auto de inadmisión del recurso de amparo respecto a la imposición de pena capital y muerte en prisión de Miguel Hernández hemos visto que ni siquiera se reproduce, por inmotivado, en el sitio web del Tribunal Constitucional. Querrá evitarse el bochorno. Así también se degrada la jurisdicción constitucional. Abundan en la degradación otras prácticas como la vista, en el caso Comisión de Navarra, de tergiversación jurisprudencial interesada de alegaciones de parte recurrida.

Aparte de que la misma Constitución así lo requiera (CE, arts. 10.2 y, fundamentales al efecto, 94.c y 96.1), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está precisada de Derecho internacional de Derechos Humanos. No solo se trata de la temática actual de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, sino

también de la precedente y más consolidada sobre la determinación de los crímenes contra la humanidad y de su carácter eventualmente imprescriptible, lo cual, mediando tratados ratificados por España, puede vincular a la justicia por encima de las leyes y junto a la Constitución. Remitámonos por enésima vez a los artículos constitucionales sobre el valor normativo de los tratados de derechos humanos (CE, arts. 94.c y 96.1). Ha caído en saco roto la indicación navarra al Tribunal Constitucional de que los atienda. Dicho valor, en lo que interesa a Derechos Humanos, sigue fuera del radar del Tribunal Constitucional en particular y de la cultura judicial española en general (Chinchón, 2011). Una de las famosas sentencias del caso Baltasar Garzón, la absolutoria, no la condenatoria, lo evidencia de pleno (Espinosa, 2013: cap. 13; Clavero, 2014a: cap. 6).

Algo bueno hemos visto en nuestro repaso tan deprimente de jurisprudencia: la irrupción final del Derecho internacional de Derechos Humanos. También hemos podido contemplar hasta qué punto la incursión resulta atropellada, como un asidro de salvavidas ante el anegamiento negacionista de la jurisprudencia constitucional sobre la dictadura franquista y sus secuelas. Es signo de que el problema no es sólo del Tribunal Constitucional, sino también y con anterioridad de esa misma cultura judicial, de toda ella. Comienza siendo problema de la enseñanza profesional y de la socialización ciudadana del derecho a cuarenta años de la Constitución (Escudero y Martín, 2018). La responsabilidad no recae exclusivamente en el Tribunal Constitucional.

## 6. Colofón: conveniencia de la comparación

Interesaría desde luego, mas ya nouento aquí con espacio ni aunque me limitase a las latitudes que en mayor grado domino, las de Estados de lengua oficial española, normalmente hoy junto a lenguas indígenas. Siempre podría seleccionarse un caso que ofreciera contraste suficiente. Pudiera ser el de Colombia.

Cabría que lo fuera tanto respecto al ejercicio de la jurisdicción constitucional con práctica de audiencias públicas incluso para el seguimiento de la ejecución de sentencias (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010), como respecto a la adopción del control de convencionalidad (Quinche, 2014), esto es, de la asunción, cuales parámetros normativos junto al constitucional estricto, de los tratados de Derechos Humanos y la correspondiente jurisprudencia internacional, una jurisprudencia desarrollada no sólo por tribunales, sino también por instancias no estrictamente judiciales de Naciones Unidas (Clavero, 2014b y 2016). Junto a las comisiones de verdad (Jaramillo, 2014), son asignaturas todas ellas pendientes para España.

La comparación sería ciertamente reveladora. Mientras que la República de Colombia se instala en un estado crónico de justicia transicional (Díaz Pabón, 2018), el Reino de España se encuentra al respecto ayuno de justicia sin más (reiteremos: Casanova, 2004; Espinosa, 2009; Chinchón, 2012; Jiménez Villarejo y Doñate, 2012; Escudero y Pérez González, 2013; Clavero, 2014a; Anderson y del Arco, 2015; Jimeno, 2018). Con mayor conocimiento de causa y, sobre todo, con constancia contrastada de alternativas, lo que hace buena falta, tendríamos una ratificación de las conclusiones.

## Bibliografía

- ANDERSON, P. y DEL ARCO, M. A. (Eds.) (2015), *Mass Killing and Violence in Spain, 1936-1952: Grappling with the Past*, Routledge, Nueva York.
- APARICIO, M. A. (2017), "Los últimos cuarenta años de reorganización territorial de España", *Ius Fugit. Revista de Cultura Jurídica*, núm. 20, pp. 15-46.
- BABY, S. (2018), *El mito de la transición española. Violencia y política en España, 1975-1982*, Akal, Madrid.
- BALAGUER, M. L. (1992), *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid.
- BALAGUER, M. L. (2013), *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid.
- BAZYLER, M. (2016), *Holocaust, Genocide, and the Law: A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*, Oxford University Press, Nueva York.
- BRANAHL, U. (2009), "Der Schutz der persönlichen Ehre". En BRANAHL, U., *Medienrecht. Eine Einführung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 101-123.
- CARRILLO, M. (2001), "El marco jurídico-político de la libertad de prensa en la transición a la democracia en España, 1975-1978", *Historia Constitucional*, núm. 2, pp. 1-42.
- CASANOVA, J. (Ed.) (2004), *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona.
- CHAPUT, M. C. y JURADO, J. (2015), "El Crimen de Cuenca' y 'Rocío' o los límites de la libertad", *Área Abierta*, núm. 15-3, pp. 3-17.
- CHINCHÓN, J. (2011), "Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos estatales: De la aplicación indirecta y directa del derecho internacional por el juez español", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 14, pp. 167-193.
- CHINCHÓN, J. (2012), *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Instituto de Derechos Humanos Padre Arrupe, Bilbao.
- CLAVERO, B. (2005), "Europa hoy entre la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional", *Quaderni Fiorentini*, núm. 33-34, pp. 509-607.
- CLAVERO, B. (2014a), *España 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid.
- CLAVERO, B. (2014b), *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid.
- CLAVERO, B. (2014c), "Comisiones de la Verdad en América y no en España", publicado en "eldiario.es", 17 de diciembre de 2014.
- CLAVERO, B. (2016), *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígena y derechos humanos*, Olejnik, Santiago de Chile.
- CUESTA, J. L. y ODRIozOLA, M. (2018), "Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, art. 8.
- DEL RÍO, A., ESPINOSA, F. y TIRADO, J. L. (Eds.) (2013), *El caso Rocío. La historia de una película secuestrada desde la Transición*, Aconcagua, Sevilla.
- DE PABLO, A. (2014), *Los derechos contra el honor en el derecho penal español y en el derecho comparado*, tesis doctoral, Universidad de Valladolid.
- DÍAZ PABÓN, F. A. (Ed.) (2018), *Truth, Justice and Reconciliation in Colombia: Transitioning from Violence*, Routledge, Nueva York.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2013), "Los tribunales españoles ante la memoria histórica: el caso de Miguel Hernández", *Hispania Nova. Revista Electrónica de Historia Contemporánea*, núm. 11, art. 21.

- ESCUDERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Eds.) (2013), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Trotta, Madrid.
- ESCUDERO ALDAY, R. y MARTÍN, S. (Eds.) (2018), *Fraude o esperanza. 40 años de Constitución*, Akal, Madrid.
- ESPINOSA, F. (2009), *Callar al mensajero. La represión franquista entre la libertad de información y el derecho al honor*, Península, Barcelona.
- ESPINOSA, F. (2013), *Shoot the Messenger? Spanish Democracy and the Crimes of Francoism: From the Pact of Silence to the Trial of Baltasar Garzón*, Sussex Academic Press, Eastbourne (versión ampliada y actualizada de Callar al mensajero).
- ESPINOSA, F. (2015), *Lucha de historias, lucha de memorias. España, 2002-2015*, Aconcagua, Sevilla.
- FONSECA, C. (1998), *Garrote vil para dos inocentes. El caso Delgado-Granado*, Temas de Hoy, Madrid.
- GALLEGO, F. (2008), *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Crítica, Barcelona.
- GUTIÉRREZ CARBONELL, M. (1991), "Un proceso histórico: Miguel Hernández", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, núm. 6, pp. 119-138.
- JARAMILLO, J. (2014), *Pasados y presente de la violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación, 1958-2011*, Universidad Javeriana, Bogotá.
- JIMÉNEZ, C. y DOÑATE, A. (2012), *Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el Poder Judicial*, Pasado y Presente, Barcelona.
- JIMENO, R. (2018), *Amnistía, perdones y justicia transicional. El pacto de silencio español*, Pamiela, Arre.
- KOPOSOV, N. (2018), *Memory Laws, Memory Wars: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MARCUELLO, J. I. (1999), "La libertad de prensa y su marco legal en la España liberal", *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 34, pp. 65-91.
- MCKALE, D. M. (2012), *Nazis after Hitler: How Perpetrators of the Holocaust Cheated Justice and Truth*, Rowman and Littlefield, Lanham.
- O'CALLAGHAN, X. (1991), *Libertad de expresión y sus límites. Honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- PALOU-LAVERDOS, J. (2016), "L'anul·lació del judici contra el President Companys: una qüestió de justícia", *Butlletí de la Societat Catalana d'Estudis Històrics*, núm. 27, pp. 411-437.
- PARADA, R. (1992), "Toque de silencio por la justicia militar", *Revista de Administración Pública*, núm. 127, pp. 7-43.
- QUINCHE, M. F. (2014), *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá.
- RAGUER, H. (1984), *Divendres de Passió. Vida i mort de Manuel Carrasco i Formiguera*, Biblioteca Abat Oliba, Barcelona; 3<sup>a</sup> ed. revisada y ampliada, 2015.
- ROCA TRÍAS, E. y GARCÍA COUSO, S. (2017), "¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, pp. 529-548.
- SALVADOR, P. (2004), "Summaríssim 477: ¿juicio final?", publicado en "El País", 12 de abril de 2004.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2010), *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá.
- SCHABAS, W. y DARCY, S. (Eds.) (2004), *Truth Commissions and Courts: The Tension between Criminal Justice and the Search for Truth*, Kluwer, La Haya.
- SOLOZÁBAL, J. J. (1991), "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, pp. 73-113.

- TRÍAS, E. (2003), *El árbol de la vida. Memorias*, Destino, Barcelona.
- VALDÉS DAL RÉ, F. (2016), *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales. Luces y sombras*, Bomarzo, Albacete.

**Directorio** (por orden de referencia en el texto; visita de revisión final, 30/XI/2018):

- [http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf): Constitución Española.
- <https://www.youtube.com/watch?v=6qGZTpD4zqE>: Dolors Genovès, *Sumaríssim* 477.
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2004-7369.pdf>: Sentencia del Tribunal Constitucional en recurso de amparo de los hermanos Trías Sagnier.
- [https://www.youtube.com/watch?v=IRsimQ\\_vYUc](https://www.youtube.com/watch?v=IRsimQ_vYUc): Septiembre de 75, caso de Xosé Humberto Baena.
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/19756>: Auto de inadmisión del recurso de amparo en el caso de Xosé Humberto Baena.
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/5128>: Sentencia sobre la revisión del juicio militar de Francisco Granado y Joaquín Delgado.
- <https://www.bundestag.de/grundgesetz>: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
- <https://www.boe.es/boe/dias/1977/04/12/pdfs/A07928-07929.pdf>: Decreto-ley de 1977 sobre libertad de expresión (y derecho al honor).
- <https://www.boe.es/boe/dias/1979/01/03/pdfs/A00076-00078.pdf>: Ley de 1978 para protección de derechos de la persona.
- <https://www.boe.es/boe/dias/1980/06/13/pdfs/A13096-13097.pdf>: Reforma del Código Penal de 1980 en materia de libertades.
- <https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11196-consolidado.pdf>: Ley orgánica de 1982 sobre protección civil de derechos.
- <https://www.boe.es/boe/dias/1976/07/21/pdfs/A14135-14136.pdf>: Reforma del Código Penal de 1976 en materia de derechos.
- <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-22296-consolidado.pdf>: Ley llamada impropiamente de Memoria Histórica.
- <https://www.boe.es/boe/dias/2018/08/17/pdfs/BOE-A-2018-11698.pdf>: Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley navarra de reconocimiento y reparación de 2015.
- <https://www.boe.es/boe/dias/2015/05/05/pdfs/BOE-A-2015-4952.pdf>: Ley navarra de 2015 de reconocimiento y reparación de víctimas.
- <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>: Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>: Protocolo de Estambul para la investigación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- <https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/20/pdfs/BOE-A-2013-13351.pdf>: Ley navarra de 2013 de reconocimiento y reparación de víctimas.
- <https://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>: Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/090/55/PDF/G1409055.pdf?OpenElement>: Informe sobre España del Relator sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.
- <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>: Informe sobre derecho a la verdad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

# La posición de Hans Kelsen ante la aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar a la luz de la doctrina del derecho kantiana

## Hans Kelsen's Position About the Enforcement of Art. 48 *WRV* in the Light of the Kantian Doctrine of Law

Alba Jiménez Rodríguez  
Universidad Complutense de Madrid  
[albjim04@ucm.es](mailto:albjim04@ucm.es)

Recibido / received: 02/11/2018

Aceptado / accepted: 28/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4690>

### Resumen

En este artículo se presenta una contribución acerca de la interpretación de Hans Kelsen sobre la sentencia del Tribunal Estatal de 25 de octubre de 1932 que le enfrentó en Weimar a autores como Hermann Heller o Carl Schmitt. El trabajo tiene como objetivo poner de manifiesto cómo la posición de Kelsen se vertebraliza en conexión con algunas teorías claves de la filosofía práctica kantiana tales como su concepto de imputación (*Zurechnung*) o su teoría de la política como doctrina ejecutiva del derecho, expuestos tanto en su obra capital *Critica de la razón pura* como en los *Mitschriften* de sus lecciones de filosofía moral y derecho natural incluidos en el curso de las últimas décadas en el corpus de la edición académica de la obra kantiana.

### Palabras clave

Kelsen, Kant, Constitución de Weimar, causalidad, imputación, decisión, legitimación, derecho, política.

### Abstract

*This paper sets out a contribution to the interpretation offered by Hans Kelsen to the Staatsgerichtshof decision on 25th.10.1932, about which he confronted with authors like Hermann Heller and Carl Schmitt. The work aims to make clear how Kelsen's theoretical position is constructed in connection to several key assumptions of Kant's Practical Philosophy, such as his concept of Imputation (Zurechnung) or his vision of Politics as Executive Doctrin of Law. These thesis are exposed in his main work Critique of Pure Reason (KRV), as also in the Mitschriften of his lessons on Moral Philosophy and Natural Law, included in the last decades in the Academic edition of the Kantian opus.*

### Keywords

Kelsen, Kant, Weimar Constitution, Causality, Imputation, Decision, Legitimacy, Law, Politics.



Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655  
Nº. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 28-44. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4690>

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. El origen de la sentencia y las pretensiones de los actores de la demanda. 3. La respuesta del Reich. 4. Las interpretaciones más relevantes de la sentencia. 5. Conclusiones: la teoría del derecho kantiana como clave de lectura de la posición kelseniana. Bibliografía.

## 1. Planteamiento

El presente artículo tiene como objetivo desarrollar una reflexión sobre las relaciones entre el derecho y la política, en el contexto de la discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen de los años 30, a propósito de la sentencia que emitió el Tribunal Estatal de Leipzig el 25 de octubre de 1932 sobre la constitucionalidad del decreto de julio de ese mismo año dictado para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos en el territorio del estado federado de Prusia. Así, la primera parte del artículo tratará de explicar las contingencias de tipo histórico-descriptivo que determinaron la sentencia objeto de estudio, así como situar el escenario y las coordenadas conceptuales y pragmáticas de la discusión entre algunos de los principales juristas y teóricos de la política de la época. En la segunda parte se dará cuenta de la relevancia que adquiere el pensamiento jurídico-político kantiano -basándonos tanto en obras capitales de su filosofía teórica y práctica como la *Crítica de la Razón Pura* o la *Metafísica de las Costumbres*, como en fragmentos estratégicos de sus *Vorlesungen* de filosofía moral y derecho natural- para desvelar las claves de la posición del jurista de Viena sobre el debate acerca de la relación entre la política y el derecho. En este sentido se afirmará la continuidad de la interpretación kelseniana de la sentencia en línea con su noción de legitimidad formal con la contraposición de origen kantiana entre los conceptos de causalidad natural o causa libre-imputación expuestos en la tercera antinomia de su *Crítica de la Razón Pura* y reinterpretados después en la teoría pura del derecho.

## 2. El origen de la sentencia y las pretensiones de los actores de la demanda

La sentencia es publicada originalmente en el año 33 en Berlín y prologada por Arnold Brecht con el título *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof* (Brecht, 1933)<sup>1</sup>. Su objeto es dirimir la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto de emergencia emitido por Hindenburg el 20 de Julio de 1932 con el pretexto de los sucesos del 17 de Julio de 1932 en el llamado domingo sangriento de Altona cuando siete mil miembros de las *Sturmabteilung* (S.A.) marchan a través de una zona de gran concentración comunista en Prusia, en la que se había declarado el estado de sitio, nombrando comisario del *Reich* a Von Papen, cesando de su cargo a Otto Braun y, posteriormente, a todos sus Ministros que, conforme al derecho público alemán, tenían estatuto de funcionarios. La destitución aparece reflejada desde el primer artículo del Decreto:

"Durante el tiempo de validez de este decreto, el canciller del Reich será nombrado comisario del Reich en el Estado Federado de Prusia. En esta calidad es habilitado para cesar de su cargo a los miembros del Ministerio Estatal Prusiano. Está asimismo habilitado para asumir él mismo los servicios de urgencia del ministro de la presidencia de Prusia y para confiarles a otras personas, como comisario del *Reich*, la dirección de los ministerios prusianos. Le corresponderán al canciller del *Reich* todas las

<sup>1</sup> Existe traducción al castellano de la sentencia y de los respectivos comentarios que hicieron de la misma Hermann Heller en el *Frankfurter Zeitung* con el título "Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?" y Hans Kelsen en *Die Justiz*, así como del discurso de clausura presentando por Carl Schmitt como representante del Gobierno del Reich ante el Tribunal Estatal, en Vita (2015).

facultades del ministro de la Presidencia del *Reich*, así como a las personas a quien confíe la dirección de los ministerios prusianos, en el marco de sus competencias, todas las facultades de los ministros de Prusia. El canciller del *Reich* así como las personas a quien confíe la dirección de los ministerios prusianos ejercerán las facultades del Ministerio estatal”<sup>2</sup>.

Con esta maniobra, el gobierno del *Reich*, ante un marco electoral amenazante<sup>3</sup> como consecuencia de una posible alianza entre comunistas y socialdemócratas, planeaba hacer un guiño de consenso a los nacionalsocialistas que, en poco tiempo, acabarán por desplazar del todo a la socialdemocracia y capitalizar el espacio político (Sosa Wagner, 2005: 330). Se ha señalado al respecto que la promulgación del decreto y en general la actuación del canciller Brüning respondía a un triple objetivo: sustituir y debilitar al gobierno prusiano, impedir el nombramiento de Goering como ministro de la presidencia y restituir el sistema bismarckiano a través de una “unión funcional entre el gobierno prusiano y el gobierno del Reich” (Beaud, 2017: 101).

El Tribunal Estatal es creado por la Constitución de Weimar (en adelante WRV) de 1919 y pueden reclamar su intervención el gobierno del *Reich*, el Presidente del *Reich* o más de la tercera parte de los diputados del *Reich*. Todavía no estaba incluida entre sus competencias el control de constitucionalidad de las leyes, como sí hará el Tribunal Constitucional que incorpora en 1949 la ley fundamental de Bonn. El art. 19 de la WRV que regula las funciones del Tribunal Estatal dice expresamente:

“De los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un *Land* donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos, así como de los litigios no privados entre distintos *Länder*, o entre el *Reich* y un *Land*, decidirá, a instancia de una de las partes, el Tribunal de Estado, siempre que el litigio no corresponda a otro Tribunal del *Reich*” (Rovira Armengol, 2010: 176).

Este artículo sustituye al antiguo art. 76 de la Constitución de Bismarck (en adelante RV 1871). La novedad que incluye respecto de ésta es la posibilidad de dirimir conflictos de derecho público entre el *Reich* y los distintos *Länder*. El Tribunal fue muy extensivo para reconocer personalidad y legitimación activa a los actores de las demandas. Por ejemplo, los partidos de los Parlamentos de los *Länder* pueden interponer demandas, tal como se aprecia en la sentencia Prusia contra el *Reich*. Los límites más allá de los cuales la actividad de este tribunal queda excluida son los litigios constitucionales entre los distintos órganos del *Reich*, entre el *Reichstag* y el Presidente del *Reich* o entre el Gobierno y el Presidente del *Reich* y, en principio, tampoco se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad material de las leyes del *Reich*. Generalmente se compone de jueces que provienen de otros tribunales superiores de justicia.

<sup>2</sup> En el original: “Für die Geltungsdauer dieser Verordnung wird der Reichskanzler zum Reichskommissar für das Land Preußen bestellt. Er ist in dieser Eigenschaft ermächtigt, die Mitglieder des Preußischen Staatsministeriums ihres Amtes zu entheben. Er ist weiter ermächtigt, selbst die Dienstgeschäfte des Preußischen Ministerpräsidenten zu übernehmen und andere Personen als Kommissare des Reichs mit der Führung der Preußischen Ministerien zu betrauen. Dem Reichskanzler stehen alle Befugnisse des Preußischen Ministerpräsidenten, den von ihm mit der Führung der Preußischen Ministerien betrauten Personen innerhalb ihres Geschäftsbereichs alle Befugnisse der Preußischen Staatsminister zu. Der Reichskanzler und die von ihm mit der Führung der Preußischen Ministerien betrauten Personen üben\* über die Befugnisse des Staatsministeriums aus.” (La traducción es nuestra) La sentencia se publica con el título *Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen* y disponible en el siguiente enlace: <http://www.verfassungen.de/de/de19-33/preussen-notverordnung32.htm>. En la transcripción de la fuente consultada falta la raíz “üben” del verbo *ausüben* que hemos añadido nosotros.

<sup>3</sup> Las elecciones de julio habían favorecido claramente al NSDAP que recaba cerca del 38% de los votos y a los comunistas que obtienen casi el 15%. El KPD pasa de 77 a 89 escaños.

La sentencia del 30 de octubre de 1932 responde a cuatro demandas simultáneas. i) La de los representantes del Parlamento de Prusia: el *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD) y el Partido de Centro (en adelante *Zentrum* o DZP). En representación del *Zentrum* acudió Hans Peters y la fracción del SPD fue representada por Herman Heller, el jefe de gobierno de Prusia, Otto Braun y los ministros que el decreto había depuesto. ii) En representación de Prusia intervinieron Arnold Brecht, Hermann Badt y los profesores F. Giese, autor del primer comentario a la Constitución de Weimar, y G. Anschütz. Brecht, autor de la *Teoría Política y de Preludio del silencio: el final de la República Alemana*, presentó como argumento la negación de la existencia de un estado de excepción en Prusia y trató de probar que dicho Estado no había incumplido ningún tipo de obligación constitucional, tal como trataba de hacer valer el *Reich*. iii) En tercer lugar intervino el Estado Federado de Baviera y en su representación Hans Nawiasky (Consejero de Estado), Heinrich von Jan (Consejero de Gobierno) y el profesor Th. Maunz. Nawiasky ya se había pronunciado en diversos escritos contra la interpretación de Carl Schmitt o de Erwin Jacobi del art. 48 en *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 WRV*, las cuales avalaban lecturas no restrictivas del mismo y de las competencias del Presidente del *Reich* (Nawiasky, 1928: 24 y 122). iv) Se suma a esta demanda la del Estado Federado de Baden. En su representación acuden el funcionario H. Fecht y el Consejero de Estado E. Walz. En representación del *Reich* destacan los funcionarios G. Gottheiner y W. Hoche y los profesores Erwin Jacobi, Carl Schmitt y Carl Bilfinger, el mismo que sugirió precisamente la necesidad de reconocer el carácter político de todo derecho constitucional, retomando la divisa de Triepel: “Das Staatsrecht hat ja im Grunde gar keinen anderen Gegenstand als das Politische” (Bilfinger 1928: 282).

La parte actora comienza argumentando que no se han dado las condiciones para la aplicación del artículo 48. 1 WRV y artículo 48. 2 WRV. Por ello, todas las medidas tomadas (destitución de cargos de Presidente y Ministros, jubilaciones de funcionarios en virtud del § 3 del decreto de Prusia de 26 de febrero de 1919, envío de representantes y apoderados desde el *Reichstag*) debían ser tenidas por inconstitucionales. La designación de un comisario del *Reich* —argumentan— era claramente incompatible con la Constitución. En segundo lugar, sostienen que se ha interferido gravemente en la estructura federal tal como es protegida por la Constitución y, en tercer lugar, que el decreto de 20 de Julio se ha utilizado como un vehículo de la política nazi. La parte actora estima necesario que el Gobierno del *Reich* reconozca que son inconstitucionales las siguientes medidas: privar a los miembros de los gobiernos de los Estados Federados del ejercicio de sus cargos; que se limite la representación de un Estado Federado frente al *Reich* y que se contraigan préstamos a cuenta de los Estados Federados. Solicita asimismo se reconozca que la declaración del Gobierno del *Reich* sobre la complicidad entre el ejecutivo prusiano y el Partido Comunista no está en absoluto justificada ni sus hechos probados.

La parte actora apuesta por una interpretación sistemática de los artículos de la Constitución y entiende que el *Reich* no puede impunemente destituir a un gobierno federal cuya estructura está protegida por el art. 17 WRV (Rovira Armengol, 2010: 171) que regula la constitución democrática de los *Länder* y por el art. 63 WRV (Rovira Armengol, 2010: 223-224) que garantiza que los *Länder* estarán representados en el *Reichsrat* por miembros de sus respectivos gobiernos conforme al derecho constitucional del Estado Federado. Asimismo, considera que las condiciones para la aplicabilidad del art. 48. 2 WRV tienen que ser evaluadas por el Tribunal Estatal. La situación de desorden o guerra civil no es motivo suficiente para declarar el 48. 1 WRV. Es necesario probar, además, que el Estado Federado no ha puesto el celo necesario para evitar esta situación de desobediencia y que esta actitud se ha perpetrado dolosamente. El Estado de Baviera requiere un pronunciamiento del Tribunal Estatal en la dirección de garantizar que la aplicación del 48 WRV no tendrá

lugar en otros estados federados, pues, a pesar de las declaraciones aparentemente tranquilizadoras del Gobierno del *Reich*, en el marco de la Conferencia de Estados Federados en Stuttgart de 23 de Julio de 1932, los Estados Federados ven con desconfianza la seguridad sobre el mantenimiento de su autonomía. El Estado de Baden manifiesta un interés jurídico similar y solicita aclaración sobre quién conforma realmente el gobierno de Prusia en ese momento y quién lo representa en el *Reichstag*. Su línea argumental más visible reside en la explicitación de que no se ha observado el principio de proporcionalidad del medio en la aplicación de medidas.

### 3. La respuesta del Reich

Los juristas del Reich argumentan en primer lugar que las demandas de los Estados Federados son demasiado generales, no atendiendo a la situación de hecho que se ha vivido en concreto. En segundo lugar, ponen en tela de juicio la legitimación activa tanto de Baviera y Baden como de las fracciones políticas del SPD y del *Zentrum* en Prusia para convertirse en partes actoras del proceso, ya que no se trata de litigios constitucionales que tengan lugar en el marco de un Estado Federado, sino en el contexto de la relación de un Estado Federado con el *Reich*. A su juicio, la aplicación del artículo 48 es plenamente legítima. Por lo que respecta al 48. 2 WRV queda claramente justificada debido a la situación de guerra civil desencadenada en Prusia. La necesidad de la aplicación del 48.1 WRV se explica por la transgresión de Prusia del deber frente al *Reich* de mantener el orden y la seguridad en su territorio y la violación del deber de fidelidad que tiene el Estado Federado para con el *Reich*.

Los juristas del *Reich* trataron de subrayar la presunta falta de neutralidad del gobierno prusiano que se decantó claramente en favor de los comunistas en el momento de los disturbios y la falta a sus obligaciones constitucionales en la que incurrieron al no evitar una situación de desorden teniendo a su alcance los medios para hacerlo. En concreto afirma que la conducta del Gabinete Ejecutivo dependía de la conducta tácita del partido comunista, que personas claves del ejecutivo habían perdido su independencia respecto del partido comunista e incluso que funcionarios del Estado así como el Jefe Superior de la Policía de Prusia -con su concesión de licencias de armas a miembros del SPD y del KPD- habían sido cómplices de objetivos terroristas ilegales del Partido Comunista.

Sobre la idoneidad de los actores, el Tribunal no cuestiona la *legitimatio ad causam* de los distintos Estados Federados, pero considera que las fracciones no pueden impulsar un litigio contra el *Reich*. Tampoco los ministros que demandan al *Reich* como personas individuales. Sólo los estados federados están autorizados para ello. El Tribunal distingue las peticiones de los actores en tres grupos: i) las referidas a la constitucionalidad del decreto de 20 de julio ii) las referidas a las medidas que debían o no ejercerse en virtud de la aplicación del 48 y iii) las referidas a la decisión sobre el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de Prusia para con el *Reich*. El Tribunal decide que no debe pronunciarse sobre el segundo tipo de medidas considerando que el interés de los estados federados por conocer este extremo es de naturaleza estrictamente política y no le compete resolver al respecto. Sobre el tercer tipo de medidas, el Tribunal da la acusación de incumplimiento como no probada.

Los jueces se concentran por tanto sobre las medidas relativas a la constitucionalidad del decreto de 20 de julio y resuelven que sí es compatible con la Constitución en virtud de la alteración del orden y seguridad públicos que hacían conveniente la aplicación del 48. 2 WRV. Por su parte, consideran que no hay exceso alguno ni desviación en el ejercicio de este poder discrecional del Presidente del *Reich* al que le otorgan incluso una capacidad permanente. La ambigüedad de la resolución del Tribunal no se hace esperar cuando, al pronunciarse sobre el art. 48. 1 WRV

parece por un lado afirmar que sí es cierto que, en base a una lectura conjunta del 48 con los artículos 17, 63 y 33 de la Constitución de 1919, se debe tratar de limitar el desplazamiento de competencias de Prusia al *Reich* pero, de otro lado, entiende que la redacción del decreto es claramente compatible con el hecho de que la destitución de cargos del gobierno prusiano tenga un carácter permanente. El Tribunal asume desde el comienzo que debe decidir sobre si el Decreto ha obrado correctamente en la aplicación tanto del 48.1 como del 48.2 WRV entendiendo que hay que examinar por separado ambos artículos. Esta separación conceptual se vincula a su distinta procedencia. El artículo 48.1 WRV responde al art. 19 de la Constitución del *Reich* de 1871 o *Bismarcksche Reichsverfassung* (en adelante: RV 1871) que reza así:

“Cuando un miembro del Estado Federado no cumple sus deberes federales conforme a la Constitución, pueden ser sujetos por la vía de la ejecución. Esta ejecución es decidida por el consejo federal y ejecutada por el emperador”<sup>4</sup>.

El art. 48.2 recoge el espíritu del artículo 68 RV 1871: “Cuando la seguridad pública es amenazada en una zona federal, el emperador puede en cada una de las partes de la misma declarar el estado de guerra<sup>5</sup>”. Este segundo precepto no presupone por supuesto el primero: el orden público y la seguridad pueden verse amenazadas sin que el estado federal haya incumplido ningún deber para con el *Reich*, a menos -ahí está la clave del argumento que se tratará de hacer valer- que la creación de la situación de desorden o, al menos, su no erradicación, pueda imputarse dolosamente a la acción u omisión del Estado Federado en cuestión. El Tribunal Estatal considera que, no obstante, es preciso considerarlos conjuntamente puesto que pertenecen a un mismo título y a un mismo artículo y puesto que en la práctica suelen darse conjuntamente. Al respecto, Schmitt había respondido con contundencia afirmando que los párrafos 1 y 2 del art. 48 aparecen descoyuntados y faltos de conexión; hecho que explica apelando a la génesis del texto, pues el segundo párrafo es añadido posteriormente en una comisión estatal al párrafo primero, incluido desde el principio en el §63 del proyecto de Constitución de Preuss: “La estrecha vinculación que la interpretación usual establece tácitamente entre la primera y segunda frase del párr. 2, a fin de que se haga posible una interpretación restrictiva, no se puede justificar en absoluto con la literalidad del texto.” (Schmitt, 2013: 309) Por ejemplo, que un Estado Federado incumpla sus obligaciones para con el *Reich*, puede dar lugar a una situación manifiesta de desorden e inseguridad pública. Conforme a la letra, el Tribunal Estatal decide que, tras la separación conceptual, el decreto no encuentra un fundamento legítimo para la aplicación del 48.1 WRV. Además, frente a las pretensiones del *Reich* de implementar estas medidas discrecionalmente, expresadas por ejemplo por su Ministro Preuss en la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, el Tribunal recaba para sí la posibilidad de decidir si, conforme a derecho, se cumplen las condiciones de hecho para que la situación concreta pueda subsumirse bajo el tipo legal del 48.1 WRV. En este sentido, por tanto, el gobierno del *Reich* tiene que responder ante el Tribunal Estatal.

Respecto del incumplimiento del “deber de lealtad” al que habían aludido los representantes de los intereses del *Reich*, basándose sobre todo en unas declaraciones del Ministro del Interior de Prusia, Severing, el Tribunal Estatal también afirma que no es razón suficiente para afirmar la existencia de un incumplimiento de

<sup>4</sup> En el original: Wenn Bundesglieder ihre verfassungsmässigen Bundespflichten nicht erfüllen, können sie dazu im Wege der Exekution angehalten werden. Diese Exekution ist vom Bundesrathen zu beschließen und vom Kaiser zu vollstrecken. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.verfassungen.de/de/de67-18/verfassung71-i.htm> (La traducción es nuestra)

<sup>5</sup> En el original: “Der Kaiser kann, wenn die öffentliche Sicherheit in dem Bundesgebiete bedroht ist, einen jeden Theil desselben in Kriegzustand erklären...”. Disponible en: <http://www.verfassungen.de/de/de67-18/verfassung71-i.htm> (La traducción es nuestra).

los deberes del estado federado para con el *Reich*, puesto que tales críticas y afirmaciones deben encuadrarse en un contexto de tensión política donde cierto grado de disensión es razonable y permisible. Por lo demás tales declaraciones fueron pronunciadas en su calidad personal de miembro de un partido, no con carácter oficial.

Por último, el *Reich* había intentado demostrar con un tercer argumento el incumplimiento de deberes por parte de Prusia, alegando que no habían combatido de manera eficiente la violencia comunista. Aunque el Tribunal considera que debe reconocerse que el Ministro Interior de Prusia en ocasiones no aceptó ciertas sugerencias del *Reich* para tomar determinadas medidas contra los comunistas, no puede afirmarse de ningún modo que le haya faltado poder de acción o independencia para evitar la violencia provocada por los comunistas. Ahora bien, respecto del art. 48.2 WRV el Tribunal Estatal considera que sí se dan las circunstancias para su aplicación, por lo que el Presidente del *Reich* está habilitado para servirse de todos los medios que tenga a su alcance con el objetivo de reestablecer el orden y la seguridad públicas. Aún en el caso de que la situación de desorden fuera en el fondo fruto de las acciones del *Reich*, llegados a este punto, el Tribunal considera que es apropiado que todas las fuerzas de seguridad (las del *Reich*, pero también las de Prusia) se concentren en una sola mano. Y, análogamente, aunque existieran tales negociaciones políticas con el partido nacionalsocialista, no puede hablarse de un exceso del poder discrecional del Presidente del *Reich* siempre y cuando sus medios y la finalidad de sus acciones sean necesarios y apropiados para el restablecimiento del orden y la seguridad pública en Prusia. Es decir, aun no habiéndose cumplido las condiciones para la aplicación del 48.1 WRV, el Presidente puede adoptar dichas medidas en virtud de la discrecionalidad que le otorga el 48.2 WRV. No puede admitirse un desplazamiento de competencias sin límites del estado federado al *Reich* porque contradice otros preceptos constitucionales como los arts. 63 o el 33 WRV que le garantizan la posibilidad de desempeñar su propia representación frente al *Reich* o frente a otros Estados Federados. Pero la destitución y designación de Comisarios del *Reich* se encontraría, como se ha sugerido, protegida por el art. 48.2 WRV en tanto que la adopción de medidas es discrecional para el Presidente del *Reich*.

#### **4. Las interpretaciones más relevantes de la sentencia**

De entre las muy sugestivas interpretaciones del proceso realizadas, en la edición traducida al español de la sentencia del 30 de Octubre de 1932, el estudio citado de Leticia Vita presenta las lecturas paradigmáticas de la misma, esto es, los respectivos comentarios de Carl Schmitt, Hans Kelsen y Herman Heller, otorgando a esta última el lugar privilegiado de *tertium quid* entre las posiciones antagónicas de Schmitt y Kelsen (Vid.: Heckel, 1933, 183 ss). El texto de Herman Heller: *Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?* fue publicado por primera vez el 10 de Agosto de 1932 en el *Frankfurter Zeitung*. Su argumento fundamental tenía como objeto poner de relevancia la dimensión política de la posición del *Reich*, tratando de demostrar que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no se dan las condiciones para la aplicación del art. 48 WRV y que el decreto de 20 de julio supone, tomando la expresión de Smend, un “abuso en las formas” (Smend, 1928: 224). En efecto, Smend, en su *Verfassung und Verfassungsrecht*, se refiere a cuestiones susceptibles de interpretarse simultáneamente desde el punto de vista jurídico o político y, al examinar la expresión de la división de poderes en los textos constitucionales, distingue entre distintos sistemas funcionales de acuerdo a si se trata del juego político del poder legislativo y ejecutivo, cuyas funciones políticas integradoras serían el gobierno y la dictadura, o de la legislación y jurisprudencia cuya función política se concentra en la vida jurídica o de la Administración, la cual detentaría la función de proporcionar bienestar a la sociedad a través del Estado. Cuando los actos estatales o las instituciones exceden sus límites en la consecución de fines ajenos a su propia

misión, debe hablarse de “abuso en las formas”. La discusión que propone Kelsen en el contexto de la interpretación de la sentencia también implica como es evidente una clara continuidad con su trabajo de 1930 *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung* y de su polémica con Smend acerca de las relaciones entre Estado y Derecho. La teoría de la Constitución de Smend se había formulado en oposición a las teorías formalistas de Kelsen incapaces a su juicio de reconocer que las normas fundamentales de los estados surgían precisamente como producto de la sedimentación de realidades sustantivas y concretas previas al derecho. El concepto de “integración”, en su triple fórmula personal, funcional y material, implica justamente que la existencia del Estado depende de la formación de condiciones prejurídicas y sentimientos de co-pertenencia vehiculadores de las comunidades -muy ajenos a los procesos deliberativos, públicos y conforme a razón que vindicaban los neokantianos- sin los cuales las normas de las Constituciones serían letra muerta carente de todo espíritu y sentido (Kelsen, 2009: 137 y ss).

Heller considera que habría sido suficiente con acogerse de forma responsable al artículo 15 de la Constitución de Weimar. El art. 15 WRV concedía al *Reich* no sólo un derecho de inspección reglada o control jurídico para valorar si las leyes del *Reich* se estaban cumpliendo correctamente, sino incluso un derecho de inspección discrecional para examinar si los intereses del *Reich* se podían ver eventualmente perjudicados por algún acto de los *Länder*. Asimismo, otorgaba medios expeditivos: no sólo la capacidad para promulgar instrucciones generales, sino la posibilidad de enviar comisarios del *Reich* que, bajo la autorización de los organismos superiores de los *Länder*, pudieran velar en todo momento por el cumplimiento de la Constitución. Este artículo no permitía actos autoritarios de parte del *Reich* para restablecer el orden y la legalidad, sino que abría la posibilidad de acudir a un tribunal imparcial como el *Staatsgerichtshof*. Existían por tanto otros medios apropiados para servir a los mismos fines que el 48.1 WRV. Heller asume por lo demás que existen dos condiciones necesarias para que se hubiera podido aplicar con justicia el art. 48.2 WRV: que la violencia o el desorden en Prusia hubiera sido ostensiblemente mayor del que tenía lugar en otros estados federados y que Prusia se hubiera negado de manera manifiesta a poner los medios oportunos para subsanar esta situación. Puesto que no se cumplen ninguna de los dos, Heller opina que su aplicación es abiertamente inconstitucional. Por su parte, entiende que las medidas adoptadas al amparo del art. 48.2 WRV no cumplen los límites establecidos por la propia Constitución de Weimar: no son necesarias; alteran el mínimo organizativo de la Constitución y dan cauce a la interpretación según la cual la enumeración de los derechos fundamentales que pueden vulnerarse en función del art. 48. 2 WRV es ejemplificativa y no taxativa, cuando el sentido común parece entender *-enumeratio ergo limitatio-* que toda enumeración excluye por principio lo no numerado. Por último, las medidas en ningún caso pueden ser permanentes, como parece avalar el Tribunal Estatal, puesto que la propia naturaleza excepcional de las mismas lo volvería contradictorio. Una situación excepcional para Heller significa un grave ataque contra la democracia parlamentaria, no una mera anulación del conflicto político producto natural del pluralismo, como hubiera querido Schmitt. El Decreto, en definitiva, a juicio de Heller, responde a las negociaciones políticas de Papen con los nazis, no a las razones jurídicas y neutrales que se pretendían hacer valer.

El discurso de Carl Schmitt aparece recogido en el *Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig*, publicado en 1940 en el libro *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles* (1923-1939). Gracias a sus continuas publicaciones a favor de la dictadura comisarial y a su amistad con el secretario de finanzas J. Popitz y con la mano derecha de Hindenburg, Kurt von Schleicher, llaman al *Kronjurist* como defensor del *Reich* en el proceso. Schmitt subraya la naturaleza política de ciertos aspectos del proceso cuestionando la legitimación de los actores

de la demanda. Del SPD y del *Zentrum* por ser meros partidos políticos y de Prusia por tener a casi la totalidad de su gobierno depuesto. Bien mirado, el Presidente del *Reich*, afirma Schmitt, actúa con neutralidad para preservar la autonomía del Estado Federado<sup>6</sup>. Son los partidos políticos los que en realidad ponen en peligro la autonomía de los estados federados y el Presidente del *Reich* el que está llamado a recobrarla. Su posición se presenta claramente como una continuación de su crítica al normativismo y los debates con Kelsen sobre el defensor de la constitución y su teoría de los llamados “puntos de imputación” (Schmitt, 2012: 266). El propio Heller había sintetizado con gran claridad el trasfondo del conflicto:

“En la actualidad se hallan frente a frente, en la cuestión del fundamento de la validez de una Constitución estatal objetivada, dos concepciones irreconciliables e igualmente unilaterales. Para el normativismo “puro” de Kelsen y su escuela, es la norma fundamental, que representa el “origen lógico” de la Constitución, la que como hipótesis jurídica establece “la autoridad constituyente”; la Constitución recibe así su validez “jurídicamente” -no lógicamente- relevante de esta norma primordial, pero, en cambio, su contenido “del acto de voluntad empírico de la autoridad constituyente” (Kelsen, *Souveränität*, P: Vi d. Heller, *Souveränität*, pp. 53, 55 s.). A esta norma desprovista de poder, válida lógicamente, no jurídicamente, contrapone C. Schmitt el poder sin norma, carente por completo de validez. Según él, la Constitución “positiva” no es en absoluto algo normativo, sino que “vale” en virtud de la voluntad política existencial del que la da (ob. cit., p: 22)” (Heller, 1971: 296).

El Tribunal Estatal, a juicio de Schmitt, sólo debe atenerse a velar por cierta formalidad de los procesos, pero las cuestiones políticas desbordan por completo sus competencias. Para disolver el *Reichstag* o para impulsar procesos de defensa de la Constitución, cuya naturaleza es en realidad política, se requiere la intervención del Presidente del *Reich* (Schmitt, 2003: 338). Los jueces deben limitarse al ejercicio de la subsunción real, siendo el *Reichspräsident* el único capaz de tomar genuinas decisiones políticas y declarar el estado de excepción, lo que compromete de inmediato la necesidad de prever y desarrollar la forma de las eventuales intromisiones en la construcción organizativa de la Constitución que conlleva por necesidad tal estado, una vez se han dejado en suspenso derechos fundamentales (Schmitt, 2013: 306-308) o se ha hecho efectivo el traspaso de poder ejecutivo en forma de un gobierno comisarial, así como la habitual distribución de poderes y cuotas de soberanía entre los Estados. Sin duda, el debate constitucional que propicia la aplicación del art. 48 WRV aparece como un ejemplo más de la polémica entre decisionismo y normativismo que enfrentó a Schmitt y a Kelsen durante aquellas décadas. Si se acepta la división kantiana entre un reino del *Ser* y un reino del *Deber Ser*, en casos donde la estabilidad constitucional queda cuestionada, siempre se hace preciso dar cuenta del fundamento de nuestra obediencia a las normas jurídicas sin reducir el espacio lógico de la validez al ámbito fáctico. En obras como *Teología Política* Schmitt había cifrado ese momento constituyente en un Leviatán o legislador extraordinario *ratione necessitatis* para el que queda difuminada por completo la distinción entre la ley y la aplicación de la ley a través de una superposición entre el poder legislativo y el ejecutivo, siendo capaz de crear derecho no solo *praeter legem* sino incluso *contra legem* (Orestes, 2001: 312). El carácter mediador, tutelar y neutral que Schmitt otorga a las decisiones del Presidente del *Reich*, Kelsen sólo podría atribuirlas a una instancia jurídica de carácter normativo. A juicio de Schmitt, la decisión sobre la constitucionalidad de una ley o un proceso jurídico no puede ser por

<sup>6</sup> Lo que a juicio de Schmitt permite discernir entre sentidos negativos de la palabra neutralidad (neutralidad como no intervención, neutralidad como igualdad de oportunidades en el marco de una concepción instrumental del Estado e igualdad para la formación de la voluntad política o para la distribución de ventajas políticas) de los sentidos positivos (como objetividad, como actuación pericial no interesada, como expresión de unidad) es precisamente que estos últimos aparecen vinculados al acto de tomar una decisión (Schmitt y Kelsen, 2009: 201-207).

definición una cuestión apolítica. Recurrir a un tribunal especial para dirimir cuestiones constitucionales ya implica en cierto modo recaer en una despolitización de la justicia. Desde el punto de vista de la teoría del poder, la justificación de las normas jurídicas siempre habría de verse disuelta en los procedimientos efectivos creadores de derecho positivo: “Si el derecho es algo que está ahí, estará sujeto a las leyes de la causalidad como todo lo que está ahí” (Schmitt, 2011: 15). Pero la cuestión es si es posible reducir la interpretación del mundo a un único principio de inteligibilidad, el del ámbito de la causalidad subalterna eficiente, como habría dicho antes Kant o para reconocer la autonomía del universo normativo es preciso reconocer la coexistencia de dos principios heteróclitos de inteligibilidad. Así, anticipando el problema de la crítica al psicologismo que enuncia la imposibilidad de deducir la validez a partir del ámbito del devenir empírico fáctico con la que, no sólo se había detenido la escuela neokantiana, sino que será después desde Husserl la base de la corriente fenomenológica, afirma Schmitt:

“La cuestión no es saber quién fue primero en el mundo, si el derecho o el poder, sino si el derecho puede ser deducido de los hechos. El reconocimiento del derecho por los hombres constituye sólo un hecho y lo que corresponde preguntarse es si los hechos pueden fundar el Derecho. Si se responde con una negativa, se establece una contraposición entre dos mundos. Se hace el derecho autosuficiente e independiente del poder y se sigue un dualismo que se corresponde con la antítesis entre ser y deber, entre una consideración normativa y otra genética, una crítica y otra científica” (Schmitt, 2011: 16).

La posición de Kelsen, elaborada después del proceso, recusa a su vez la posición schmittiana en línea con el debate que venían manteniendo en los últimos años. El texto de Kelsen *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932* aparece publicado ese mismo año en la Revista *Die Justiz*. Kelsen comienza constatando que el decreto de 20 de julio, pese a llevar en su propio título la idea de que es dictado para el restablecimiento del orden y la seguridad pública en Prusia, es decir, como aplicación del 48. 2 WRV, finalmente se presenta como un acto de intervención federal (*Reichexecution*) conforme al 48.1 WRV. Por tanto, el decreto obliga al cumplimiento de deberes que en el fondo no han sido suficientemente especificados. Se concentra todo el poder en una mano para restablecer el orden, pero la mano -replica Kelsen- es la del *Reich*. El resultado de la sentencia conlleva a juicio de Kelsen la vulneración de los dos principios organizativos fundamentales de la Constitución: a saber, el principio federal y el principio democrático. Prusia ha pasado de ser un Estado Federado conforme a la Constitución, a ser una provincia del *Reich*. Democracia, en el marco de un Estado Federal, afirma Kelsen, significa “autodeterminación”. Kelsen destapa la trampa del argumento del Tribunal Estatal que, en concordancia con el propio decreto, supone implícitamente que el mismo estado de cosas puede subsumirse bajo el 48.1 WRV y bajo el 48.2 WRV. Por otro lado, cuando la sentencia habla de reunir en una mano la totalidad de los medios de poder estatales del *Reich* y de Prusia, en realidad está hablando a tenor del desarrollo posterior, apunta Kelsen, de la transferencia al *Reich* de plenos poderes. Parece que, finalmente, de este modo, el *Reich* asume no sólo competencias ejecutivas, sino incluso competencias legislativas.

El Tribunal Estatal entra en flagrante contradicción por el siguiente motivo: por un lado declara legítimo el decreto según el cual se transfieren al *Reich* todas las competencias, incluso la facultad de representación en el *Reichsrat* y, por otro lado, apela a la conveniencia de respetar los arts. 17, 60 y 63 WRV que ponen claramente de manifiesto el hecho de que los Estados Federados sólo pueden ser representados lícitamente por aquellas personas democráticamente elegidas en sus propios parlamentos. El Tribunal pretende distinguir entre facultades que sobre la base del 48.2 WRV pueden ser sustraídas o desplazadas del estado federado al *Reich* y

aquellas que no pueden serlo<sup>7</sup>. Expresamente afirma que la representación de Prusia frente al *Reich* debería mantenerse incólume. Sin embargo, a juicio de Kelsen, estas facultades que no pueden serle sustraídas a los Estados Federados no pueden tampoco ejercerse sin las competencias que de hecho la sentencia sí habilita a retirar en virtud de una determinada aplicación de las medidas que el art. 48.2 WRV haría posible adoptar. Kelsen ironiza respecto de la idea sugerida por el Tribunal Estatal de una colaboración pacífica entre Prusia y el *Reich* y afirma que lo que el *Reich* ha pretendido instituir es una sociedad leonina toda vez que el Estado federado que supuestamente incumple deberes frente al *Reich* ya ni siquiera tiene una verdadera entidad independiente del *Reich*, ni en el plano ejecutivo, ni en el plano legislativo.

Respecto de la valoración sobre la legitimidad de la aplicación del art. 48.1 WRV, el Tribunal Estatal incurre ahora en un grave defecto formal con importantes consecuencias prácticas. La falta de compatibilidad con la Constitución de la aplicación del 48. 1 WRV, declarada inconstitucional, por cierto, no de modo inequívoco, se lleva a cabo en la fundamentación de la sentencia, no en la sentencia misma o en el fallo, a saber, en la parte dispositiva de la misma, por lo que la redacción de dicha declaración no excluye en absoluto el hecho de que el Presidente del *Reich* pueda llevar a cabo la coacción federal en la forma en la que lo dispone el artículo. Además, por la propia naturaleza del decreto, razona en consonancia con Triepel (Triepel, 1932: 1501), no tiene sentido declararlo en parte constitucional y en parte inconstitucional, como el Tribunal parece querer hacer, con el fin estratégico que se desvela a renglón seguido. Cuando un Tribunal dicta una sentencia sobre la inconstitucionalidad de una norma la casación puede ser inmediata, ya por la eficacia jurídica de la propia sentencia, ya a través de otro órgano competente. Es cierto que, si recordamos, la última parte del art. 19 de la Constitución de Weimar, declara precisamente que es al Presidente del *Reich* al que le corresponde dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Estatal. Pero entonces ¿cómo interpretar, como parecería dictar el sano sentido jurídico, la anulación *ex tunc* del decreto de 20 de julio por la casación inmediata de la sentencia, en virtud de la competencia que le otorga el art. 19, si el decreto susceptible de ser ejecutado sólo en última instancia por el Presidente del *Reich* -en el marco de su legítima competencia avalada por el art. 48. 2 WRV el cual expresamente le confiere la potestad de decidir sobre las medidas necesarias para restablecer el orden y la seguridad pública- es declarado por el propio *Reichpräsident*? Porque, simultáneamente, la propia Constitución otorga al Tribunal Estatal la capacidad para dirimir y conocer de los litigios constitucionales entre el *Reich* y los *Länder*. Pero, siendo así, Kelsen nos obliga a seguir preguntándonos: ¿por qué el Tribunal de Estado no indica qué partes concretas del decreto del 20 de julio deben anularse? Porque, su voluntad subrepticia es, en la medida en que habla de que el decreto es en parte constitucional y en parte no constitucional, que la parte en la que no lo es no quede especificada con el grado necesario de claridad para que despliegue efectos jurídicos y la parte que sí lo es sea construida *ad hoc* y a medida de la propia lectura tendenciosa y política que el Tribunal ha realizado del Decreto en favor del *Reich* como consecuencia de un defecto estructural de carácter jurídico de la propia Constitución de Weimar: a saber, que no ofrece verdaderas garantías para la protección de la forma federal de Estado que ella misma define y proclama. ¿Por qué -se pregunta Kelsen- no se ha librado en la escena jurídica la decisión sobre el límite de las competencias para adoptar medidas en virtud del 48.2 WRV? La razón última de este estado de cosas es probablemente a juicio de Kelsen -esta es la tesis que pretende sugerirse aquí y que se explicará a continuación- la subrepción motivada

<sup>7</sup> Schmitt se da perfecta cuenta de esta y otras contradicciones y círculos viciosos estructuralmente análogos en relación con la imposibilidad de interpretar la enumeración de la suspensión de derechos del art. 48 WRV de una forma cerrada o, en general, contemplar la posibilidad de que el efectivo ejercicio del derecho de excepción posibilite la intromisión en otros títulos orgánicos de la Constitución. (Schmitt, 2011: 297 ss).

por motores impulsores espurios de lo político-decisional en lo neutral-legal-trascendental.

### 5. Conclusiones: la teoría del derecho kantiana como clave de lectura de la posición kelseniana<sup>8</sup>

Como es sabido, la teoría pura del derecho de Kelsen hunde sus raíces en alguno de los planteamientos del neokantismo (Kaufmann, 1921: 5-11) los cuales, bien merecen su cotejo con ciertas tesis formuladas directamente por Kant, no solamente en sus obras de filosofía de la historia o del derecho, sino incluso con las propuestas teóricas de su primera obra crítica. La clave de lectura inmediata que nos proporciona la base kantiana de la discusión es atender a la naturaleza “dinámica” del principio que explica con mayor claridad, a nuestro entender, la mecánica del conflicto entre derecho y política que se inscribe en la conocida polémica entre Kelsen y Schmitt, a saber: la tercera antinomia enunciada en la *Critica de la Razón Pura* de Kant (A444/B472)-(A452/B480)<sup>9</sup>. Se trata de una antinomia dinámica -lo dinámico en general en Kant alude a los fenómenos considerados desde el punto de vista de la existencia y a conexiones de elementos heterogéneos como la causa y el efecto- y, en este caso, a una suerte de *concedo sed distingo* que, según la interpretación que aquí se presenta, constituye la verdadera mediación entre las posiciones de Kelsen y Schmitt a propósito de la relación entre derecho y política. En sus escritos de filosofía de la historia y en sus lecciones de filosofía moral y derecho natural, Kant expone una interpretación muy crítica con la concepción de la *salus publica* de Achenwall que, incapaz de reconocer el peso del derecho en la justificación del contrato social, acude al concepto de felicidad cuya promoción se erige como la principal misión del Estado (Marey y Sánchez Madrid, 2016: 395). La definición kantiana de la política como el mero arte de servirse del mecanismo de la naturaleza para el gobierno de los hombres (AA, VIII, 372) o como doctrina ejecutiva del derecho, implica una clara subordinación de la primera en detrimento del último:

“En la doctrina de la razón las reglas del docto conocimiento y de la docta exposición o son aplicadas a los tipos particulares mismos o no. Aquella es la Doctrina de la razón ejecutiva (*logica practica utens*) y esta la doctrina de la razón docta (*logica theoretica, docens*)” (AA, XXVI, 72-73).

La política siempre parece pertenecer en Kant al ámbito de lo prudencial-pragmático y sólo tiene cabida en un ordenamiento legítimo entendida como teoría del derecho aplicada y restringida por la moral: “El derecho no debe nunca ser adaptado a la política, sino que es la política la que debe adecuarse al derecho” (AA, VIII, 429)<sup>10</sup>. El ciudadano puede comportarse como un político moral que se sirve de los consejos de prudencia y habilidad como medio de aplicación de los principios jurídicos trascendentales, pero no como un moralista político, cuyo único principio de orientación sea la utilidad cambiante de los intereses de Estado o de las diversas voluntades políticas. La lógica de la política es condicional, trata de manipular el estado de cosas en función de la previsible concatenación de causas eficientes que se encaminan a determinados fines. Frente a la forma conforme a razón del derecho

<sup>8</sup> Un desarrollo más extenso de este punto fue elaborado en mi tesis doctoral inédita presentada el 14.01.2014 con el título: *Lógica del tiempo. Problemas interpretativos del esquematismo trascendental kantiano y de su aplicación a la doctrina jurídica de la imputación*.

<sup>9</sup> Las citas de la *Critica de la Razón Pura* serán tomadas de la traducción de Pedro Rivas (Taurus, Madrid, 2013). Tanto en el caso de KrV como de otras obras del corpus kantiano, nos serviremos de la edición académica (*Kant's gesammelte Schriften*, Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin) citando, según los usos de la *Kant-Forschung*, mediante la sigla AA (Akademie-Ausgabe), con el número de tomo en cifras romanas y de página en arábigos.

<sup>10</sup> En el original: “Das Recht muß nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepaßt werden.” (La traducción es nuestra).

y la forma contractual, jurídica, trascendental de la razón social, la política pertenecería por tanto a lo que en el ámbito de la tercera antinomia de la *Critica de la razón Pura* denomina Kant el paradigma de la “fisiocracia trascendental”. En la explicación del esquema de causalidad como fundamentación del principio lógico de determinación omnímoda definido como sucesión conforme a funciones lógicas de lo múltiple, se puede constatar que todo suceso debe tener su razón de ser en otra cosa. Pero si a su vez, dicho fenómeno debe hallar su causa en otro distinto, para no caer en un regreso al infinito, debemos aceptar la existencia de una *causa sui* -es decir el correlato en el orden de la voluntad divina de la *omnitudo realitatum* en el orden de la Inteligencia- capaz de dar comienzo espontáneamente a la serie de los fenómenos.

Si por el contrario, como reza el principio de la fisiocracia trascendental en la antítesis, afirmamos la omnipotencia y autosuficiencia de las conexiones dinámicas de la naturaleza, ese comienzo absoluto vendría entendido bien como una intromisión adventicia exterior, que proviene, por seguir con la metáfora, de algo ajeno a la legalidad, bien como una vuelta subrepticia a lo metajurídico que recurre de nuevo a una instancia metafísica de legitimación: “(...) sólo desde el decisionismo puede el positivismo fijar, en un determinado momento y lugar, la cuestión del último fundamento de la norma vigente, sin volver a lo invisible, metajurídico.” (Schmitt, 2012: 283). Kelsen concluía su comentario a la sentencia afirmando precisamente que la raíz del problema era “la aversión que la jurisprudencia alemana tuvo desde siempre hacia este tipo de control jurídico de la esfera política, que ella considera extrajurídica.” (Vita, 2015: 248-249). La interpretación causal de la naturaleza está ligada pues a una infinita concatenación de hechos homogéneos siempre susceptibles de ordenarse según la regla del antes y el después y, por tanto, llamados necesariamente a una nueva posibilidad de trabazón con un suceso anterior o posterior en virtud del principio de razón suficiente. El principio de imputación, sin embargo, tal como lo describe Kelsen, pone en relación solamente dos términos (Kelsen, 1982: 103-105). Ambos principios dependen de la estructura lógica que pone en conexión el antecedente con el consecuente pero, en el *Zurechnungsprinzip* la condición no es necesariamente una consecuencia simultánea atribuible a su vez a una condición anterior. Aquello que en el ámbito de las relaciones de imputación corta o limita esa posibilidad de iteración infinita propia de la causalidad, no es una causa primera o *causa sui* exactamente, sino una causa libre o una voluntad discrecional detentada por el *Presidente del Reich*, si queremos, similar a la postulada por Kant en la tercera antinomia o, al menos, una interrupción del orden natural, como sucede con el milagro, según la metáfora de la teología política (Orestes, 2001: 43) que, a juicio de Navarrete, sólo puede ser interpretada en consonancia con el diagnóstico schmittiano sobre la desdivinación y deshumanización moderna del mundo, bajo el buen entendido de que la propia Modernidad es ya ideología que se realiza a través del parlamentarismo liberal (Navarrete, 2017: 51-74). Por tanto, conforme al principio de causalidad, podemos afirmar que: de existir un estado de cosas determinado, existirá posteriormente otro estado de cosas que a su vez será la condición que liga ese estado de cosas a otro y así sucesivamente. En el caso de conexiones en virtud del principio de imputación, ya se trate de una relación en el orden de la moral, la religión o el derecho, queda vinculada una única condición con un único consecuente que ya no tendrá lugar necesariamente, sino que *debería* tener lugar. En el primero de los casos preguntamos ¿Qué tiene que suceder para que una ley de la naturaleza se cumpla? ¿Cuál es el mejor medio para obtener mi fin? En el segundo ¿qué debo hacer? ¿Qué conducta es más justa o se conforma mejor al derecho? Pero, tampoco se trata de principios de inteligibilidad incommensurables, sino que, en primer lugar, el proceso de imputación involucra ya ciertas tramas causales y, en segundo lugar, la propia idea de causalidad surge precisamente por analogía con la noción de imputación presente en las sociedades primitivas.

Es la asimetría funcional entre el mal causado y el castigo por el mismo -que siempre llega después y debe tener lugar de acuerdo a criterios de proporcionalidad- la misma que permite empezar a entender la relación entre sucesos de la naturaleza como procesos irreversibles vinculados por una necesaria no simultaneidad y sujetos a la flecha del tiempo. En efecto, en las antiguas sociedades primitivas, eran categorías sociales los principios fundamentales de interpretación de la propia naturaleza (Kelsen, 1945: 7). Es decir, los sucesos de la naturaleza eran entendidos a partir de los mismos esquemas de comprensión mediante los cuales regulaban su relación con los miembros de la comunidad. Y, sólo posteriormente, la causalidad logra su independencia respecto de la imputación. De acuerdo con su visión animista de la realidad, el hombre primitivo interpreta los acontecimientos naturales como el reflejo de la decisión imputable a un ser personal que atribuye responsabilidades en virtud del principio de retribución. Detrás de cada suceso hay un quién sujeto de responsabilidad y portador de una determinada intención. Los sucesos para el hombre primitivo responden a la lógica del beneficio o el perjuicio. Frente a la *rezeptive Beobachtung* del hombre civilizado que trata de explicar los sucesos a partir de sus conexiones objetivas, la *produktive Phantasie* del hombre primitivo interpreta los hechos en función de sus necesidades, miedos e intereses. En definitiva, la sistematización del mundo natural del hombre civilizado en tanto sigue interpretando los sucesos como el resultado de una voluntad personal, se construye por analogía con los mecanismos de la norma natural. Primero la norma social regida por el principio de imputación, después la causalidad. El mundo interpretado según el esquema de la imputación es la sociedad y el mundo concebido con arreglo a la segunda es la naturaleza. En el estadio primitivo, el orden natural y el social coinciden en la medida en que la transgresión de uno implica la transgresión del otro y, sólo cuando el principio de causalidad adquiere autonomía respecto del principio de retribución, naturaleza y sociedad se escinden. Se escinden primero, de tal modo que las leyes naturales constituyen un ideal regulativo del que la sociedad de los hombres no es sino una réplica imperfecta. Cuando las leyes de la naturaleza dejan de ser una proyección de las normas sociales, la causalidad deja de depender del principio de retribución donde correlación causal necesaria significaba precisamente asignación merecida.

Tras la consolidación del principio de causalidad eficiente en la ciencia moderna, el principio de imputación establece una relación de equivalencia entre el mérito y la recompensa y el demérito y el castigo, juzgando la coincidencia o falta de coincidencia entre una conducta y las leyes que, según los usos, han regulado de hecho la conducta efectiva de los miembros de una comunidad. Kantianamente, la ley es la *ratio essendi* de la libertad y la libertad la *ratio cognoscendi* de la ley, esto es, la libertad no es condición de posibilidad de la imputación de premios o castigos en correspondencia con el mérito o demérito de la conducta, sino que la sujeción del individuo a la ley es la razón de ser de que pueda concebirse algo así como un ser libre o responsable. Esta relación irreversible o unidireccional de crimen y castigo pone de manifiesto la matriz de la que tanto el principio de imputación como el principio de causalidad dependen: el carácter dinámico de su relación. Como la libertad en el contexto de la tercera antinomia kantiana, la imputación de un hecho a un sujeto en virtud de una norma o la decisión de un sujeto político en virtud de un estado de excepción aparece ligada al reconocimiento de la persona o instancia de poder como una suerte de *causa sui* que corta o da comienzo a la concatenación causal infinita, pues de lo normativo no es posible derivar ninguna decisión ni por tanto determinación alguna del amigo o enemigo en un sentido existencial (Graf von Krockow, 2017: 77 ss.). Uno de los órdenes, el de lo legal trascendental o el de lo político constituyente, según seamos kelsenianos o schmittianos, determina el segundo orden: el de lo legal positivo o lo político constituido, perteneciendo y no perteneciendo (esa es la paradoja que enunciaba Kelsen a propósito de la

legitimación circular entre algunos preceptos constitucionales y la voluntad del Presidente del *Reich*) a la trama causal en que se conectan sus hechos y elementos. Si se interpreta que el primer orden es legal trascendental el fundamento incondicionado se tenderá a concebir como la totalidad de los miembros de la serie sin confundirse con ninguno de ellos. Si se interpreta en el segundo sentido, lo incondicionado sería una parte de la serie a la que los demás miembros estarían subordinados. Como la cosa en sí en el plano metafísico o el objeto trascendental en el plano de la teoría del conocimiento, hay un orden invisible que remite virtualmente a una operación visible como su presupuesto necesario de inteligibilidad.

Como ya puede adivinarse, lo que se ha tratado de sugerir hasta aquí es que como foco articulador de los diversos paralelismos que pueden trazarse entre los planteamientos de Kant y del neokantiano Kelsen -creo, a este respecto, que es fundamental entender el método de la “deducción” de la teoría pura del derecho como un trasunto del *regressus trascendentalis* kantiano, la descripción de las relaciones entre validez y eficacia como expresión del principio supremo de los juicios sintéticos *a priori*, su posición ante el decisionismo schmittiano como traducción de la tesis kantiana sobre la doctrina ejecutiva del derecho, la dicotomía entre causalidad e imputación, como el reconocimiento de la naturaleza híbrida de la *Grundnorm* entendida como instancia simultáneamente positiva y trascendental- se encuentra su concepción sobre la relación entre política y derecho como exemplificación de la tercera antinomia de la *Critica de la Razón Pura*. Y lo que esta sentencia ponía de manifiesto en continuidad con el debate entre Kelsen y Schmitt de los años 30 (el *Defensor de la Constitución* y ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? se publican precisamente en el año 31) es precisamente el conflicto entre la primacía respectiva del derecho y la política a propósito de la paradoja que sostiene Kelsen sobre la fundamentación circular de la Constitución y el Presidente del *Reich*. (Schmitt y Kelsen, 2009). La garantía de la Constitución debe estar positivamente explicitada, debe ser parte de la Constitución misma. Por eso afirma Kelsen que debe haber una traducción legislativo-constitucional de las garantías de los principios democrático y liberal protegidos por la Constitución. Pero como el paradigma de la “fisiocracia trascendental” KrV (A 448/B476) es autoclausurado, se blinda si no está sostenido por una instancia que, aún reconocida como parte de la propia trama causal, legislativa, positiva, política, sostenga la serie a su vez desde fuera de la misma. Así, la legitimación de la Constitución, se lee en la propia Constitución, como de igual modo el propio texto de la norma fundamental, en una “rétroactivité fabuleuse” garantiza la validez de los procesos constituyentes que la conforman: “la signature invente le signataire” (Derrida, 2005: 22).

El problema surge a juicio de Kelsen cuando dicha instancia nomológico-trascendental adquiere connotaciones metafísicas (o dictatoriales, si se permite la expresión) pretendiendo encarnarse en una figura política de poder como la del Presidente del *Reich*. En ese caso, lo jurídico se disolverá en lo político en lugar de sostener su ineludible y sistemática tensión: a saber que lo legal trascendental debe presentarse ejecutivamente en su faz positiva y articularse políticamente, pero a su vez el ámbito pragmático de los *consilia* y la liza de intereses políticos debe tener como su fondo de retracción un segundo principio heterogéneo de inteligibilidad a pesar de que la ley de la causalidad no parezca poder afirmarse sin reconocer una excepción a ella.

## Bibliografía

- BEAUD, O. (2017), *Los últimos días de Weimar. Carl Schmitt ante el ascenso del nazismo*, Escolar y Mayo, Madrid.
- BILFINGER, C. (1928), "Verfassungsrecht als politische Recht", *Zeitschrift für Politik* Vol. 18, Berlin, pp. 281-298.
- BRECHT, A. (1933), *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Dietz Nachfolger, Berlin.
- CONSTITUCIÓN DE WEIMAR (texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919), Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- DERRIDA, J. (2005), *Otobiographies. L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*. Paris: Galillée, Collection Débats.
- GRAF VON KROCKOW, Ch. (2017), *La decisión. Un estudio sobre Ernst Jünger, Carl Schmitt y Martin Heidegger*, Tecnos, Madrid.
- HECKEL J. (1933), "Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. 10. 1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen", en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 2. Berlin.
- HELLER, H. (1971), *La teoría del estado*. Fondo de Cultura Económica, México.
- KANT, I. (2017), *Lecciones de filosofía moral: Mrongovius II*, A. JIMÉNEZ RODRÍGUEZ (ed.), Sígueme, Salamanca.
- KANT, I., *Kants gesammelte Schriften*. Hrsg. von der Preußischen, bzw. Der Deutschen Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1902 ss. (29 Bände) [AA].
- KAUFMANN, E. (1921), *Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, J.C.B. Mohr, Paul Siebeck, Tübingen.
- KELSEN, H. (1945), *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Depalma, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1982), *La teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- KELSEN, H. (2009), *El estado como integración. Una controversia de principio*, Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- MAREY, M. y SÁNCHEZ MADRID, N. (2016), "La Introducción a las Lecciones de Derecho Natural anotadas por Feyerabend", *Con-textos kantianos. International Journal of Philosophy*, nº. 3, pp. 391-414.
- NAVARRETE, R. (2017), *Los tiempos del poder. Franz Rosenzweig y Carl Schmitt*, Escolar y Mayo, Madrid.
- NAWIASKY, H. (1928), *Grundprobleme der Reichsverfassung. Erste Teil. Das Reich als Bundesstaat*, Springer, Berlin-Heidelberg.
- ORESTES AGUILAR, H. (prol. y selección de textos) (2001), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México.
- SCHMITT, C y KELSEN, H. (2009). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid.
- SCHMITT, C. (2003), *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.
- SCHMITT, C. (2011), *El valor del Estado y el significado del individuo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SCHMITT, C. (2012), *Posiciones ante el derecho*, Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- SCHMITT, C. (2013), *Ensayos sobre la Dictadura (1916-1932)*, Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- SMEND, R. (1985), *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SOSA WAGNER, F. (2005), *Maestros alemanes del derecho público*, Marcial Pons, Madrid.

VITA, L (ed.) (2015), *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Universidad Externado de Colombia. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 73, Bogotá.

# El caso de la mafia italiana en los tipos de terrorismo gubernamental\*

## The Case of the Italian Mafia in the Types of State Terrorism

Victoriano Perruca Albadalejo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

[vperalb@mde.es](mailto:vperalb@mde.es)

Recibido / received: 26/07/2018

Aceptado / accepted: 01/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4691>

### Resumen

En este trabajo exponemos la definición y tipos de terrorismo de Estado para relacionar el caso ya judicializado de la mafia italiana dentro del contexto pernicioso del crimen internacional y, aparte de otras conclusiones, cuál sería su encuadre con arreglo a aquella clasificación doctrinal y estándar.

### Palabras clave

Terrorismo de Estado, mafia italiana, crimen internacional.

### Abstract

*In this job we are trying to Know what is the definition of governmental terrorism and his several kinds in order to making the Italian mafia up when it was trialed just in a context of international crime and according to general opinion some experts.*

### Keywords

*Governmental terrorism, Italian mafia, international crime.*

---

\* Diversas partes del presente trabajo se recogen de modo más extenso en el texto de mi tesis doctoral inédita "La actuación de las fuerzas armadas en situaciones de guerra y terrorismo según su conexión fenomenológica e histórico-jurídica", disponible en: [http://e-spaacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Vperruca/PERRUCA\\_ALBADALEJO\\_Victoriano\\_Tesis.pdf](http://e-spaacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Vperruca/PERRUCA_ALBADALEJO_Victoriano_Tesis.pdf)

SUMARIO. 1. Definición de terrorismo de Estado. 2. Tipos y ejemplos. 2.1. El de los Estados totalitarios donde “la aniquilación del enemigo” está más o menos formalizada en su Legislación. 2.2. El de las extraimitaciones de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo. 2.3. El de la violencia ejercida por grupos “paramilitares” o por los propios cuerpos de seguridad, pero al margen de la Ley, aunque con una absoluta o imparcial impunidad. 3. El caso de la mafia italiana. 3.1. Origen geográfico. 3.2. Concepto y diferencia con el terrorismo. 3.3. Su giro terrorista: el caso Andreotti. 3.4. Organizaciones mafiosas italianas. 3.5. Juicio del siglo. 3.6. Su perversidad y remedio. 4. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. Definición de terrorismo de Estado

Fue Quintano Ripollés en los años cincuenta del siglo pasado quien en palabras que han quedado inmortalizadas en resolución judicial definió y trató del “terrorismo de Estado” -a diferencia del terrorismo subversivo- como “una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del “terrorismo de arriba”; esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho Penal Interno, aunque pueda importar al Internacional Penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los Genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo”<sup>1</sup>.

Por su parte, a pesar de que se desconoce su origen y la procedencia etimológica de su nombre (Dáll’Anese, 2012)<sup>2</sup>, cuando hablamos de “Mafia” nos referimos a “una forma de poder criminal que reproduce o remeda elementos del poder estatal y trata de recibir compensaciones que pueden considerarse análogas a las que, normalmente, están reservadas al Estado” (Linde, 2006). Es un poder que no tiene otro objeto que el reforzamiento de su propia capacidad de dominación. Éste es un rasgo esencial de lo que los expertos en ciencia política denominan “Estado depredador”, esto es, aquel que se distingue de otro “contractual” en el hecho de que “los gobernantes depredadores, aunque pueden proporcionar a sus clientes o vasallos bienes públicos, como orden y protección contra el crimen perpetrado por otros, no tienen como objetivo, ni siquiera, diríamos, fingido, el bienestar de sus clientes, sino la maximización de su riqueza y de su capacidad de dominación; en realidad, un Estado depredador es algo muy cercano a una situación en la que un territorio y una población determinados están sometidos a un bandido hegemónico, un bandido monopolista” (Moselle y Polak, 2001: 28-29).

## 2. Tipos y ejemplos de terrorismo de Estado

En la actualidad no es inimaginable que la Organización terrorista esté constituida por un Gobierno determinado y en este sentido, siguiendo a González Cussac (2006: 75-76), distingue tres casos:

<sup>1</sup> FJ 6º del Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de Noviembre de 1998.

<sup>2</sup> Por su parte, se afirma que “[...] el uso estricto y más apropiado del término debería circunscribirse a la Cosa Nostra” (Dovizio, 2005: 95, nota 1).

## 2.1. El de los Estados totalitarios donde “*la aniquilación del enemigo*” está más o menos formalizada en su Legislación.

El caso de la Alemania nazi o la limpieza étnica realizada en 1994 en Ruanda, entre otros<sup>3</sup>, son claros ejemplos de “genocidio”. El de las dictaduras chilena y argentina<sup>4</sup> lo son de “crímenes de lesa humanidad”.

Ambos no constituyen delito de “terrorismo propiamente” dicho desde el punto de vista jurídico aunque sí se puedan ejecutar con actos no menos graves de terror.

Para la STS 1.10.07 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) “la diferencia esencial entre los crímenes contra la Humanidad y el delito de genocidio es la limitación de los grupos perseguidos y especialmente la exigencia de la intención o propósito de destruir al grupo parcial o totalmente, que es elemento del segundo de ellos”.

La diferencia con respecto al terrorismo es que tanto el de lesa humanidad como en el de genocidio hay un elemento común de “prevalimiento de poder”. Por tanto, cuantitativa y cualitativamente se trata de delitos todos ellos distintos.

En el comentario de la Operación Cóndor<sup>5</sup> afirmamos que fue un terrorismo de Estado puro y duro. Se manifestó en Argentina en que -a través del golpe de estado de una Junta Militar- se utilizaron a las Fuerzas Armadas para llevar a cabo la apropiación del Estado con el fin realizar a la vez también un exterminio planificado. Hubo detenciones y asesinatos masivos que no eran ejecuciones oficiales por realizarse de forma clandestina. En primer lugar (secuestro) se les secuestraba, normalmente de noche, en sus domicilios. Eran operaciones que a menudo incluían el saqueo y robo de la vivienda. En segundo lugar (tortura) se les torturaba y sólo si lo superaban, porque muchos se “quedaban”, permanecían detenidos en dependencias policiales y unidades militares. A la mayoría de ellos les aguardaba, por último, el “traslado”, la ejecución sin dejar prueba alguna. Hubo vuelos en que los

<sup>3</sup> También se puede mencionar el estalinismo con su terror planificado de los años treinta, la campaña militar bestial de Japón en Manchuria en 1931-1933, la gran “Revolución cultural” maoísta, la dictadura del Benefactor Trujillo en la República Dominicana durante los años cuarenta y cincuenta, el régimen de terror del líder “marxista-leninista” de Etiopía, entre 1974 y 1991, Haile Mariam Mengistu, o el régimen gangsteril de Robert Mugabe en Zimbabue, así como la explosión genocida de tiranías como la del Pol-Pot con el régimen de los Jemeres Rojos en Camboya.

<sup>4</sup> El caso de *la Operación Cóndor y los vuelos de la muerte*.

<sup>5</sup> Puede verse al respecto el periódico El País del miércoles 6 de marzo de 2013, Sección Internacional, página 14, con el título de “Juicio al horror sudamericano”, donde se dice que la causa se inició en los noventa, cuando regían las amnistías en Argentina, pues los casos del Plan Cóndor habían quedado excluidos de ellas. En esos años fallecieron varios responsables de la operación. En otros países, como Chile y Uruguay, la justicia también ha investigado a los responsables del Cóndor, pero en este último país toda indagación sobre los crímenes de la dictadura quedó paralizada en febrero de 2013 por una resolución de la Corte Suprema de ese país. Mientras tanto, en Brasil sólo se indaga dentro de la Comisión de la verdad creada por la presidenta Dilma Rousseff, y en otra subcomisión legislativa sobre el mismo asunto. De momento, sólo cuatro crímenes del Cóndor han sido juzgados. Según La Gaceta de 26.07.13, p. 29.: “Un militar de Kirchner, a juicio”, incluso sobre el jefe del Ejército en la actualidad, César Milani, pesa la sospecha de haber participado en actos ilegales de represión política en tiempos de la dictadura militar, el llamado “proceso de reorganización nacional”. Concretamente su nombre aparece vinculado a torturas e interrogatorios sobre presuntos miembros del Ejército Revolucionario del Pueblo, hechos que se remontan a 1976. En Argentina, desde hace años, todos los nombramientos militares y civiles han de pasar oficiosamente por el cedazo del denominado Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), que dirige el periodista Horacio Verbitsky, cuyo fin expreso es depurar la Administración. De momento, la aprobación del ascenso de Milani ha quedado suspendida hasta diciembre del 2013. En 2012, según información de El País del sábado 18 de Mayo del 2013, en la sección de Internacional (la muerte de un dictador), con el artículo de Francisco Peregil: “Jorge Rafael Videla, punto final”, el número de condenados sumaban ya 244.

detenidos eran arrojados al río de la Plata o a la mar desnudos, atados de pies y manos gracias a que la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA) era el mayor centro de tortura y exterminio del país. “Desaparecido” fue el eufemismo con el que se denominó a las víctimas de esa dictadura. El ex dictador Videla, antes de morir en Mayo de 2013, sería condenado a prisión perpetua un año antes por organizar el Plan sistemático de desaparición incluso de bebés detenidos, así como de los asesinatos y robos de unos cuatrocientos hijos de embarazadas cautivas, es decir, de desapariciones por las que tales madres daban en silencio y protesta vueltas por la Plaza de mayo.

El camino, pues, que se ha seguido para el enjuiciamiento ha sido largo. En Diciembre de 1986 el Congreso argentino aprobó la Ley 23.492, conocida como “Punto Final”, que dio un plazo de dos meses para denunciar a represores. En Junio del año siguiente se aprobaría la Ley de Obediencia Debida, según la cual los oficiales de rango inferior y los suboficiales actuaron forzados por los mandos superiores. En Octubre de 1989 el Presidente Menem indultaría a doscientas setenta y siete personas, incluidos acusados de crímenes de lesa humanidad, significando que al año siguiente el propio Videla, así como Viola, su sucesor, se beneficiarían de otro indulto el año posterior, hasta que en realidad en Marzo de 1998 el Parlamento argentino derogaría las leyes anteriores de punto final y obediencia debida, sin efecto retroactivo, si bien en Junio del año 2005 la Corte Suprema declaró inconstitucionales las citadas normas. Cabe decir que tras el indulto de 1990 referido entró en juego España y el principio de la jurisdicción universal recogido en nuestra normativa, es decir, el principio que le valió al Juez Baltasar Garzón para imputar a Videla por entender que en todo caso las leyes de amnistía, olvido o punto final no son aplicables a los crímenes de lesa humanidad, si bien es cierto que la condena de Videla podría decirse que empezó, en realidad, con Fujimori, el Presidente de Peruano de origen nipón. Tras plantearse la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final argentinas a raíz de una Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que anuló en 2001 la auto-amnistía de Alberto Fujimori en Perú, ese caso se sumó al desarrollo del Derecho Penal Internacional y la constitución de los Tribunales especiales de la Ex Yugoslavia y Ruanda, que avanzaron en los principios de que en los casos de lesa humanidad los Estados tienen obligación de castigar a los responsables.

En estos casos citados, pues, hay un Estado totalitario, pero también cabe que un Estado democrático se extralímite en la lucha contra el terrorismo.

Fue el caso, por ejemplo, de la guerra sucia que el régimen de De Gaulle emprendió contra el movimiento independentista argelino antes de verse forzado a conceder la independencia de la ex colonia: Paul Aussaresses<sup>6</sup>, bajo las órdenes del General Jacques Massu e integrado en la décima división de paracaidistas que dicho

---

<sup>6</sup> Puede verse al respecto el artículo “la guerra de Argelia en el Glosario de la Historia de las Relaciones internacionales durante el siglo XX”, de la Revista Historias siglo20.org, en el apartado de Guerra Fría. Página web: [www.historiasiglo20.org/GLOS/guerraargelia.htm](http://www.historiasiglo20.org/GLOS/guerraargelia.htm). *Vid.* también El Mundo de 12 de Diciembre de 2013, p. 20, Sección “Obituarios”. Tras numerosos atentados perpetrados por los independentistas, el gobernador civil de la colonia decidió delegar todos los poderes en Massu, quien instauró la Ley Marcial y confió a Aussaresses el mando de “la guerra sucia” (detenciones ilegales, torturas, ejecuciones arbitrarias, desaparecidos,...). Más que un soldado de primera línea de combate, fue un experto de la lucha encubierta y un eficaz represor, cuyos métodos enseñó durante los años sesenta en los EE.UU aleccionando a los boinas verdes sobre técnicas de contra-insurrección que más tarde aplicarían en Vietnam. En plena dictadura brasileña de Emilio Garrastazu este maestro de la represión fue nombrado profesor en el Centro de Formación de la guerra en la Selva de Manaos y allí tuvo, entre otros alumnos, a numerosos miembros de la policía Política del tirano Pinochet.

General mandaba, se encargó de reprimir brutalmente las actividades de terroristas del Frente de Liberación Nacional argelino en la Batalla de Argel.

Otro caso más moderno es el de la neonazi Nschäpe<sup>7</sup> (cómplice en los asesinatos y en la preparación de los explosivos que, en 2004, dejaron estupefacta a la sociedad teutona por el terror causado en un barrio habitado por inmigrantes en Colonia).

Por último, comentaremos posteriormente el caso de la Mafia italiana como forma de presión a un Estado democrático para que éste se involucre en el crimen internacional y que, a tenor de lo mantenido con anterioridad, sobre todo con la diferencia entre un Estado depredador y otro contractual, puede considerarse como una forma de terrorismo estatal.

## **2.2. El de las extralimitaciones de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo.**

Hay más casos parecidos al anterior ya cometidos por las fuerzas propias de seguridad y no las de estrictamente militar, incluso a veces en el propio territorio estatal.

El caso de Grupos Antiterroristas de Liberación, como el de Israel contra la Organización palestina Septiembre Negro creado tras los famosos atentados de las Olimpiadas de Múnich (1972) o el del GAL (SAN 20.09.01 -Ponente Lobejón Martínez- y STS 20.07.01 -Ponente Giménez García-) en España, es el “terrorismo de Estado” (o de arriba) de los que más rechazo ha provocado dentro y fuera de nuestras fronteras, significándose que la estructura penal para su castigo es cualitativamente distinta de la del terrorismo “subversivo” (o de abajo): mientras este último ataca los mecanismos de una toma “legítima” de decisiones de un Estado, que pensamos<sup>8</sup> que no tiene por qué ser sólo el “democrático”, por su parte el terrorismo de Estado no

<sup>7</sup> Lo peculiar del caso es que entre el año 2000 y el 2007 ni la policía ni los servicios secretos, ni tampoco la prensa, dieron con la pista neonazi. Las autoridades insistían en que se trataba de crímenes mafiosos. Eso permitió que si diversas bandas terroristas se habían ocultado en el pasado en santuarios extranjeros, selvas tropicales o cuevas remotas, por el contrario este trío neonazi vivió y mató en pleno corazón urbano, regulado y limpio de Europa, y a pesar de que se sabe que en Alemania hasta se toma datos de los ciclistas que no usan luces nocturnas. Incluso los terroristas tenían tal sensación de impunidad que Beata Zschäpe se dejó grabar por una cámara de la televisión pública cuando hacía gimnasia junto a un camping donde en 2011 disfrutaba de unas vacaciones con sus cómplices y tras más de diez años asesinando gente. El propio jefe de la Comisión de investigación que lleva el caso en el Bundestag ha llegado a reconocer que hasta los propios espías alemanes han entorpecido el esclarecimiento de los hechos y que, junto con el escándalo de la destrucción de expedientes sobre los neonazis del Este por algunas oficinas regionales de los servicios secretos, se está ante el peor fracaso masivo e inaudito desde la fundación de la República Federal Alemana.

Tampoco España se escapa de la existencia de bandas nazis. En Cataluña, por ejemplo, se sabe de la banda nazi de “skin heads White Rebels Barcelona” (WRB), a cuyo líder se le pidió por el fiscal catorce años de cárcel por la paliza que en el día 7 de abril del 2011 se le propinó en un Bar de Barcelona, acorralándolo y agrediéndole en la cabeza con cadenas de hierro y botellas, a un ex miembro del grupo que había empezado a relacionarse con personas de ideología contraria, sobre todo aquellos sobre los que se practicaba cierta cacería y que eran inmigrantes y homosexuales. Acusado el dirigente de la organización por los delitos de asociación ilícita en calidad de dirigente y contra los derechos fundamentales y las libertades públicas, en su modalidad de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, el principal colaborador del líder era quien administraba la web de la banda criminal. Vid. El País del martes 30 de Abril del 2013, Cataluña, p. 3, columna derecha: “La Fiscalía pide hasta 14 años a una banda nazi por apalear a un desertor”.

<sup>8</sup> A diferencia de Llobet Anglí (2010: 115). Asimismo, y a mayor abundamiento, si el atacado fuera no un Estado sino una organización estatal no democrática, así la ONU, donde no todos sus miembros son democráticos (China, por ejemplo), ni lo es su régimen como tal (derecho de voto por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad), no por ello dejaríamos de calificarlo como terrorismo (a diferencia de Llobet, quien lo calificaría (*Ibidem*: 21-122) como un crimen de lesa humanidad).

respeta los mecanismos de ejecución “legítimos” del ius puniendi, es decir, se toma la justicia por la propia mano (lo primero sustituye al poder constituyente y legislativo, lo segundo, al poder judicial). Si la corrupción en tal sentido lo fuera a gran escala tales acciones, de lege lata, debieran subsumirse en los delitos de lesa humanidad, siempre que concurran los requisitos de ataque sistemático o generalizado contra la población, apreciándose, además, y en su caso, la agravante de “prevalimiento del carácter público” del sujeto activo; y, caso de no darse aquellos requisitos, en el delito común correspondiente también con dicha agravante.

Casos más modernos que podrían encajar en este tipo estarían, en primer lugar, el caso de Ríos Montt en Guatemala<sup>9</sup>.

José Efraín Ríos Montt fue el hombre que gobernó este país centroamericano con mano de hierro entre el 23 de Marzo de 1982 y el 9 de agosto de 1983 - “quinquenio negro”. Las guerrillas guatemaltecas asumieron la estrategia que habían seguido las fuerzas de Ho Chi Minh en Vietnam, esto es, la ocupación de poblaciones aisladas y el adoctrinamiento de los jóvenes para la formación de nuevos cuadros guerrilleros. El Estado tenía entonces poca presencia en el llamado “triángulo ixil”, y la labor de la captación de las guerrillas contó con poca oposición. En el conflicto guatemalteco -donde también se combatía con las Patrullas de Autodefensa Civil (armadas por el Ejército) a las guerrillas de inspiración marxista- se estima que murieron entre ciento cincuenta mil y doscientas mil personas, siendo el ochenta y tres por ciento de sus víctimas indígenas que no murieron en combate.

En segundo lugar, aunque podría ser discutible su inclusión en esta clase de terrorismo de Estado, probablemente por no caber comparación con el supuesto

<sup>9</sup> Testimonios en el juicio han llegado a contar cómo los soldados jugaron al fútbol con la cabeza de una anciana, la violación de una indígena embarazada de ocho meses vestida con su colorido güipil, teniendo quince días después un parto con el hijo muerto, lo que da muestras de que según el fallo aún no firme las mujeres y los bebés fueron el centro de la mayoría de las atrocidades cometidas por el ejército. Todo esto hace que los países vecinos también “miren de reojo” una Sentencia que abre la caja de la memoria histórica en una región aislada durante décadas por guerras cocinadas con ingredientes similares. El Tribunal Constitucional de Guatemala ordenó en Mayo de 2013 repetir el juicio a partir del estado en que se encontraba el proceso el día 19 de abril, cuando la vista fue suspendida, reanudándose después sin tener en cuenta testigos propuestos por la defensa del ex dictador. El propio Tribunal que condenó a Ríos deberá poner en marcha la “máquina del tiempo” y dar trámite a la recusación planteada por su defensa contra la juez Yazmín Barrios, por “enemistad grave”, a la vez que por “amistad” con otro miembro del Tribunal, Pablo Xitumul. Aunque la Sentencia fue anulada por motivos formales de falta de garantías procesales debidas, la Corte Constitucional no ha puesto en duda las conclusiones sobre los hechos de quince operaciones de matanzas llevadas a cabo contra los mayas ixiles durante la Presidencia de Ríos Montt y en el contexto de un conflicto que asoló el país durante treinta y seis años (1960-1996, fecha esta última de la firma de los acuerdos de Paz).

Sigue pareciendo hoy el caso más atroz de “apartheid” que, aparte de Sudáfrica, pueda haberse conocido. La diferencia con el apartheid sudafricano era que la discriminación racial no estaba escrita en las leyes, de forma que un negro sudafricano era un ser más libre que un indígena guatemalteco. El asesinato era el primer recurso contra los subversivos en Guatemala, en Sudáfrica era el último. Lo mismo no se podía decir de El Salvador, país vecino donde también los militares “disparaban primero y preguntaban después”, pero donde el grado de terror, de esclavitud mental, era menor: los campesinos en la zona de guerra salvadoreña se atrevían a hablar con cierta libertad, incluso los soldados pertenecían al grupo de fuerzas especiales más represoras (los llamados Kaibiles), que siendo soldados indígenas en el proceso de entrenamiento militar los había deliberadamente desalmados. Eran víctimas por los oficiales de un método especialmente eficaz para eliminar todo vestigio de compasión en sus corazones. Ese método consistía en que cuando los reclutaban les regalaban un cachorro. Durante medio año en que los transformaban en Kaibiles el único consuelo que tenían los jóvenes reclutas eran sus fieles perros. Al final de ese tiempo los oficiales les obligaban a degollarlos con el fin de convertirlos en “máquinas de matar con cero humanidad” sin necesidad de tener que entender, a diferencia de los funcionarios (así sobre todo los de la CIA que trabajaban en la embajada estadounidense), por qué se luchaba ni se masacraba. Vid. Caso de John Carlin, *El País* del domingo 12 de Mayo de 2013, p. 12 (Sección Internacional), según su artículo “El Apartheid más atroz”.

anterior, al menos por no olvidarlo sí cabe citar el Caso Faisán<sup>10</sup> en España. Se trató de un presunto “chivatazo” policial por las detenciones que en 2006 se pretendían llevar a cabo de miembros de ETA y su aparato de extorsión, cuyo presunto responsable era el dueño del bar Faisán, Joseba Elosua, frustrando así dicha operación.

### **2.3. El de la violencia ejercida por grupos “paramilitares” o por los propios cuerpos de seguridad, pero al margen de la Ley, aunque con una absoluta o imparcial impunidad.**

Por último, cabe otro supuesto doble de su igual manifestación, según sea decisoria o coadyuvante, y que de por sí tiene un elemento internacional: el de que un Gobierno de un Estado no ya constituya el propio grupo armado (*Hamás* en Palestina cuando ganó las elecciones en 2006) para coaccionar a los dirigentes de otros países mediante la violencia dirigida contra su población, siendo “Estados terroristas” propiamente dichos como tales, sino que preste algún tipo de asistencia material y/o logística a grupos armados ya existentes (en otro país) por razones de afinidad ideológica o mera oportunidad geopolítica (EE.UU en su día a la contra nicaragüense, Afganistán a Al Qaeda, Libia en el caso *Lockerbie* de 1988, etc.) y que, en el ámbito internacional, donde tiene mayor explicitud, se conoce como el de los “Estados sponsor”.

Casos más modernos que también cabrían en esta clasificación podríamos mencionar el caso de las tribus urbanas de “los maras” y los “latin King” (organizaciones surgidas en El Salvador y Honduras dedicadas a dar seguridad en sus barrios al mismo tiempo que no han dejado de ocuparse también del control de las rutas del narcotráfico de su país, es decir, llegándose a especializar en narcotráfico, secuestro, sicariato y extorsiones)<sup>11</sup> o los caballeros templarios desde Febrero del 2012 en Tierra caliente de Michoacán -México- (y que, ante la falta de una contestación estatal, ha obligado a su vez a la creación de los llamados “grupos

<sup>10</sup> Se trataba de una operación que podía haber sido crucial para la victoria policial y del Estado de Derecho en esa lucha contra ETA. El grupo terrorista, según investigaciones periodísticas, no sólo recibió el dinero de la extorsión sino que los miembros de la red de chantaje y de extorsión pudieron evadirse antes de ser capturados llevándose consigo pruebas, listas, sellos, datos esenciales sobre la estructura, composición, procedimientos operativos y responsables del aparato financiero de ETA en esos momentos, y otros documentos, así como los nombres de víctimas y de verdugos por culpa, parece ser, y en definitiva, más que probablemente de la posible orden dada por algún responsable político. Aunque las pesquisas sobre este caso empezaron en 2006 al comisario Enrique Pamiés y el inspector José María Ballesteros la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional los ha condenado en Octubre del 2013 a un año y medio de cárcel y cuatro años de inhabilitación por un delito de “revelación de secretos”, pero el Tribunal les absuelve del delito de “colaboración con organización terrorista”. Véase el diario El Mundo de 16 de Enero de 2013, p. 14, Sección España, la información subtitulada “La Audiencia avala los procesamientos del Faisán” y según la cual la Sala de lo Penal de dicha Audiencia el día anterior confirmó el procesamiento del ex jefe superior de Policía del País Vasco (E. Pamiés) y del inspector jefe (José Mª Ballesteros) como presuntos autores del “soplo” a la trama de extorsión etarra. También el ABC de jueves 27 de Junio del 2013, Sección España, página 29, donde se dice que el juicio está previsto para los días 16 a 18 de septiembre del 2013. En el auto de procesamiento el juez instructor, Pablo Ruiz, consideró que había “motivos bastantes” para imputarles los delitos de colaboración con banda armada y revelación de secretos. Sin embargo, indicó que no había indicios suficientes para procesar al entonces Director General de la Policía, Víctor García Hidalgo. Si ambos policías cometieron un delito de colaboración ha generado un intenso debate en el seno del Ministerio Público, puesto que el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, cree que no y el Fiscal General del Estado, Torres Dulce, considera que sí. Por eso, en el escrito de acusación el fiscal del caso hizo constar que incluía ése delito por “orden expresa” de su superior jerárquico.

Véase el diario El Mundo del 24 de Abril de 2013, p. 4, en la Sección España sobre el nuevo escenario vasco, la investigación, con la información titulada “El recibí del chivatazo a ETA”.

<sup>11</sup> Vid. Botello y Moya (2005), Cerbino (2004) y el artículo “El fenómeno pandillero” de la revista El Monitor, núm. 11 de Noviembre de 2005. Boletín de Vigilancia Tecnológica. Recuperado de: [www.uned.es/dpto\\_pen/delincuencia-juv/.../fenomeno\\_pandillero.pdf](http://www.uned.es/dpto_pen/delincuencia-juv/.../fenomeno_pandillero.pdf).

de autodefensa”<sup>12</sup>, es decir, unos grupos de reacción armada compuestos por la propia población afectada).

Respecto a la pregunta que cualquier jurista puede hacerse sobre si a estas bandas criminales se les podría aplicar un proceso de paz de corte político hay que tener en cuenta que, en primer lugar, también es cierto que en Honduras -desde la “ley antimaras de 2002”- pertenecer a ellas y llevar un tatuaje de una de las pandillas ya es un delito de por sí, que para hablar de tal clase de proceso el acuerdo debe de ser entre al menos una de esas pandillas y el Gobierno, pero no un acuerdo entre pandillas (lo que no implica que un acuerdo pueda preceder en su caso al otro), que se trata de un diálogo con organizaciones criminales, que para la rapidez o no de los acuerdos pueden influir variables como las cercanías de unos comicios electorales, y, sobre todo, que las autoridades gubernamentales deben actuar para ello de forma pública, abierta, transparente y legítima o autorizada por el propio Estado.

En caso contrario, aunque se consiga cualquier logro de interrupción de la violencia por tales pandillas, la frustración social sería tan grande como no menos perjudicial para la sociedad del país en general si aquél se viniera abajo por la falta de un requisito jurídico necesario, es decir, porque de repente un Tribunal considerase que quienes llevasen el acuerdo no estuvieran legitimados. Por ejemplo, esto es lo que se teme que pueda ocurrir en Honduras teniendo en cuenta que en este país ya en el año 2006 se intentó una tregua de los maras con el Estado y fracasó. Esa primera intentona de tregua finalmente fracasada tuvo lugar después de que en el Centro Penal de San Pedro Sula, al norte de Tegucigalpa, un infierno cargado de violencia donde los reclusos vivían hacinados en celdas claustrofóbicas y en condiciones de insalubridad, sufriera en el año 2004 un grave incendio que se saldó con un centenar de reos muertos. Sin embargo, aunque ya entonces esas pandillas pidieron perdón ante la sociedad hondureña, en la actualidad existe un proceso de diálogo monitorizado por la intermediación de la Iglesia (el obispo Rómulo Emiliani) y la Organización de Estados Americanos (OEA). Sin embargo, la incertidumbre sobre él no está descartada si se tiene como referencia que en El Salvador la tregua que fue difundida ya un año y dos meses antes, en Marzo del 2012, la Sala Constitucional de su Corte Suprema la ha descalificado porque declara nulos los nombramientos estatales de quienes la emprendieron habida cuenta de que su condición personal no era civil sino sólo militar, es decir, que en nombre del Estado no tenían la autoridad constitucional de éste para firmar la tregua porque por parte del Estado la llevaron a cabo dos militares, de rango General, David Munguía Payés y Francisco Salinas, el primero nombrado como Ministro de Seguridad y el segundo como director de la Policía Nacional Civil<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Los templarios se llevaban a las mujeres y no las devolvían hasta que estaban embarazadas. El hecho no deja de ser histórico. Desde que en 1911 -al comienzo de la Revolución- Emiliano Zapata y Francisco Villa avanzaran entregando tierras a los desharrapados, por primera vez un grupo armado como el de estas autodefensas devolvió a sus propietarios las hectáreas de terreno recuperadas a tiro limpio a los Caballeros Templarios. La Presidenta de Organizaciones Michoacanas Pro Derechos Humanos, Cristina Cortés Carrillo ha advertido que estas autodefensas respecto de “los Caballeros Templarios” se están convirtiendo en una “pre insurgencia” y añadió que había enviado una solicitud formal al Alto Comisionado de Naciones Unidas en México (ONU) para informarle de la gravedad de la situación, situación cuya violencia se ha cobrado ya más de ochenta mil muertos y ha causado otros treinta mil desparecidos en todo el país. Vid. El País de 14.01.14, Sección internacional, p. 8.: “El conflicto avanza en Michoacán”. También para mayores detalles puede verse el dominical de El País de 10.01.14, reportaje: “Los justicieros de Tierra caliente”.

<sup>13</sup> La retirada de ambos militares del Gobierno Salvadoreño no sólo podría poner en peligro el mismo acuerdo en ese país sino también en Honduras, lo que supondría un descorazonador fracaso de la tregua que se intenta máxime cuando, comparativamente hablando, Honduras tiene un papel más importante que El Salvador en el tráfico de drogas; tan es así que lo vuelve más susceptible a la violencia asociada

En suma: frente a ese terrorismo “de arriba”, pues, el más conocido es el terrorismo “de abajo”, es decir, el que responde al pronóstico de la clandestinidad del débil (en el sentido de que quien lo protagoniza es porque si emprendiera una guerra se sabe derrotado de antemano).

No obstante, el modelo criminal mafioso no dejaría de ser, a nuestro juicio, una forma más de terrorismo de Estado porque, además de haberse ya tratado como un paradigma de las relaciones entre política y crimen (Magnus, 1996), puede servir para entender mejor regímenes políticos caracterizados por la violencia más extrema, de los que el siglo XX ofrece un amplio abanico de ejemplos como los que antes ya hemos dado cuenta.

Es más, en Democracia hay también situaciones que pueden entenderse y describirse utilizando determinadas analogías con el modelo criminal mafioso. Es lo que algunos, poniendo como mejor ejemplo el peronismo, llaman *mafiosidad democrática*:

“El modelo «de influencia mafiosa» en sistemas en los que –cualesquiera que sean sus intenciones últimas– los políticos se someten al juicio electoral, deben soportar, al menos, cierto grado de libertad de expresión y deben aceptar que puede existir algún control por parte de un poder judicial más o menos independiente.

(...) La característica crucial de los servicios que vende la mafia es que, a diferencia de lo que hace -o se supone que hace, o intenta hacer- un Estado respetable, en el que impera una ley igual para todos y se protegen por igual todos los derechos legítimos, la protección mafiosa proporciona ámbitos de impunidad, desigualdad y privilegio para los clientes, amigos y cómplices a expensas de los demás. (...) Otra característica es la siguiente: los políticos actúan con autonomía respecto a sus mandatarios (...) sin respeto hacia las instituciones, ni lealtad hacia su papel y funciones, tratando de obtener de ellas el máximo beneficio partidista posible.

La mafiosidad en democracia puede entenderse como lo contrario del fair play democrático. (...) El político que actúa mafiosamente apura (...) la letra de la ley; interpreta el mandato de sus electores despreciando el que han recibido los adversarios (...) y no sólo no tiene en cuenta la posibilidad de ser desalojado del poder, sino que hace todo lo que está en su mano para dificultarlo” (Linde 2006: 6º y 8º párr.)

### 3. El caso de la mafia italiana

Todo lo que se sabe de la Mafia, al estar regida por uno de sus principios básicos, el de “la omertà” o Ley del silencio, según la cual no se habla nada y no se revela nada sino que solo se hace lo ordenado, se debe al juez Giovanni Falcone, Director General del Ministerio de Justicia de Italia, muerto en atentado el 23.05.1992.

al crimen organizado y que, al igual que pasó con El Salvador, es necesario asegurar que la tregua esté realmente respaldada por una política social sólida y comprometida con un fuerte acento en la creación de empleos, es decir, en una labor en la que el Gobierno no puede estar solo (ya que necesita para ello alianzas con el sector privado y otros actores de la sociedad civil).

Puede verse, por ejemplo, El País del domingo 2 de junio de 2013, p. 7, en la Sección de Internacional, donde la información al respecto se recoge bajo el título de “Los mareros se cansan de la guerra”. Vid. Asimismo El Mundo del 25 de Abril del 2013, p. 58, Madrid, y El País del mismo día, p. 4, también de la sección Madrid.

Esta banda en España ha sido descabezada en Madrid por la Guardia Civil el mes de abril del 2013 tras varios meses de investigación dimanante de “la Operación Dorado”. Esta operación fue el producto de una denuncia, y pasaron de inmediato a disposición judicial (Juzgado de Instrucción nº 3 de Fuenlabrada) tras los arrestos practicados. La mayoría de ellos recayó sobre personas de nacionalidad ecuatoriana y por cargos tales como los de tráfico de drogas, pertenencia a organización criminal, delito contra el patrimonio, coacciones, amenazas, lesiones, tenencia ilícita de armas y extorsión.

En la década de los 80 *la Casa Nostra siciliana* mantuvo una guerra consigo misma. Los Corleonesi, encabezados por Totò Riina, estaban decididos a acabar con los clanes rivales por todos los medios posibles, entre ellos el informante extraditado Tomaso Buscetta, quien prácticamente perdió a toda su familia al ser asesinada por atentados. Gracias a sus declaraciones Giovanni Falcone pudo comprender el complejo y amplio entramado que era la Mafia, una organización que funcionaba como un todo, fuertemente jerarquizada, en la que no se hacía nada sin la orden de sus mandatarios. Esa fue la clave para sentar en el banquillo de los acusados a los grandes capos en el Maxi-proceso de Palermo. El 16.09.1087 se absolió a 114 de los 474 acusados. A los 360 culpables se les condenó a un total de 2665 años de cárcel (AA.VV., 2012).

Los mafiosos se consideran a sí mismos “hombres de honor”. Tienen una deontología<sup>14</sup> permanente, similar a los mandamientos. Por un lado, les obliga a cumplir con los valores internos de “la famiglia” y a no cuestionarse ninguna orden, incluso la de matar. Por otro lado, esa ética es signo distintivo respecto de otras mafias, caso sobre todo de los carteles sudamericanos, por dos motivos. Uno porque esa permanencia en su actuar honorífico ayuda a los funcionarios de justicia a predecir sus comportamientos futuros. Y en segundo lugar porque se trata de una organización que, además, nunca se disuelve ni siquiera si es aprehendido el jefe.

En cuanto a su estructura existe un jefe, tratado como “Don”. En segundo lugar el “Consiglieri”, hombre de confianza del capo. Sigue el “Sotto capo”, gerente de la familia que controla toda la parte operativa y es la voz de la calle. En cuarto lugar el “Contabile”, bajo cuya responsabilidad están las finanzas. A él le sucede en jerarquía el “Capogerime”, que dirige al grupo de “soldados” que hacen el trabajo sucio junto, en su caso, con el “Giovane dónore”, esto es, la persona que sin formar parte de la familia aspira a ingresar en el círculo externo haciendo méritos para ello. Las familias así conformadas se adscriben a una representación provincial y regional. En Palermo existe “La Comisión”, que toma las grandes decisiones de la Casa Nostra y funciona como un Estado al tomar decisiones. Tiene grupos humanos adscritos a regiones y una suerte de Parlamento. Esta es un razón de más para defender que la Mafia es incluyente en la tipología del terrorismo de Estado aunque, de hecho, no deseé disolverlo sino competir con él o, incluso, aliarse con él para debilitar a las instituciones públicas aprovechando sus estructuras formales de poder. Es más, se considera a veces a sí misma como una alternativa al sistema democrático. Al igual que las organizaciones de narcotráfico en Centroamérica llega a donde el Estado no está presente. Reparte la riqueza y es apadrinada por los pobres cuando los mafiosos les dan de comer.

En este sentido ya a fines de siglo pasado se ha llegado a concluir por algunos analistas, de acuerdo con una traducción propia y no oficial, que “en un mundo donde el paro laboral es omnipresente y el empleo precario, donde hay desafección política, y un incremento migratorio que se corresponde con el aumento de la demanda en bienes y servicios ilegales, resulta inevitable que en un futuro habrá una mayor criminalidad de cuello blanco. Frente a ello necesitamos salvaguardar no solo los derechos protegidos por la Convención Europea de los Derechos Humanos sino también todos los derechos sociales, políticos y económicos del ciudadano. Solo mediante una adecuada redistribución de oportunidades y un saludable camino

---

<sup>14</sup> “[...] no desear a la mujer de otro hombre de honor; no robar; no explotar la prostitución; no matar a otros hombres de honor salvo en caso de absoluta necesidad; evitar la delación a la policía; no enfrentarse a otros hombres de honor; mostrar siempre un comportamiento serio y correcto; no hablar jamás con extraños acerca de la Cosa Nostra, y no presentarse por iniciativa propia a otros hombres de honor, pues las reglas imponen que otro hombre de honor, conocido de ambos, debe garantizar su respectiva pertenencia a la Cosa Nostra [...]” (Falcone, 2006: 94).

democrático por el que se haga a los políticos responsables de sus actos será posible reducir los daños económicos y, consecuentemente, la violencia que les suele acompañar" (Cesoni, 1999: 168-169).

Otra razón adicional para incluirla en la tipología predicha, tal como hacemos, es que se parece con el Estado en que ambos utilizan la fuerza solo como último recurso y con intención ejemplarizante porque la regla es la mayor efectividad sin el menor riesgo. No obstante, la forma de hacerlo es no dejando ninguna evidencia: se procede al estrangulamiento de la víctima y se disuelve el cadáver en ácido para que nadie lo encuentre ("lupara bianca" [Dáll'Anese, 2012: 12]). Si al momento de investigar un homicidio la policía descubre un cuerpo brutalmente castigado con anterioridad a la muerte, es indicio de que la víctima fue miembro de la Mafia.

### 3.1. Origen geográfico

Una precaución metodológica que se suele advertir en torno a la naturaleza de la Mafia es que se trata de un "fenómeno multidimensional" (Sciarrone, 2009: XXXIV-266) que no admite una explicación unívoca de su existencia. En caso contrario se correría el riesgo de formular un "esquema único, válido para todas las situaciones y todos los tiempos" (Lupo, 1996: 26).

La Mafia se trata de un fenómeno que tiene un origen italiano. Una explicación de sus orígenes remotos, una leyenda negra, se remonta al siglo XVIII a partir de los sentimientos desconfiados y de temor generados en la sociedad siciliana por la dominación española de la Casa de los Austria. Sin embargo, esa teoría se ha revitalizado al considerar que la mafia siciliana sería una especie de defensa natural generada por una sociedad en la que a raíz del modelo de ese dominio español "nadie confía en nadie" y, desde luego, nadie confía en la autoridad o el Estado (Pagden, 1988). De hecho, para el único jefe mafioso que ha contado su vida, Joseph Bonanno, perteneciente a la Casa Nostra, la mafia siciliana sería «un sistema subcultural», «un estilo de vida para sobrevivir», surgido de la larga historia de opresión extranjera sobre la isla, una defensa «natural» de sus habitantes frente a poderes siempre lejanos, explotadores, ineptos e injustos (Bonnano, 2003: 30, 39-40 y 52).<sup>15</sup>

Pero en cuanto a sus orígenes modernos sí es pacífico por parte de los historiadores y economistas que la mafia siciliana surgió a mediados del siglo XIX con más fuerza en Palermo que en Mesina (Gaambetta, 1996: 75).

Una línea de investigación de sus orígenes, continuista con la anteriormente expuesta, mantiene que las primeras agrupaciones mafiosas "se forman sobre el modelo de las sectas secretas anti-borbónicas y masonería en la época de incubación del movimiento nacional (Dovizio, 2005: 97). A partir de asociaciones de este tipo se tomó prestado el variado patrimonio organizativo, ritual y simbólico que desde entonces será característico del universo mafioso, manteniéndose incluso a veces inalterado hasta nuestros días. Teniendo en cuenta las diferencias sustanciales entre sus respectivos ámbitos de origen y desarrollo, "parecen haber sido vectores comunes de irradiación de estos fenómenos las cárceles y el ejército" (Sales, 2014). Es decir, son lugares típicos donde podía haber circuitos de conspiración. De hecho, sus formas de delincuencia asociada imitaron la forma de actuar de las sociedades secretas de la burguesía y de la aristocracia, nexos con los que parece entroncarse

<sup>15</sup> La primera edición de este libro apareció en 1983. En su «explicación» los mafiosos, «hombres de honor», son los verdaderos héroes del pueblo siciliano, los que ayudaban a los humildes frente a la crueldad e injusticia de los poderes oficiales, los que ayudaron a Garibaldi a derrocar a los Borbones españoles e incluso, un siglo después, a derrocar al fascismo ayudando a la liberación de la isla por las fuerzas norteamericanas.

el carácter elitista y de representación de los débiles por los grupos mafiosos hasta erigirse en guardianes de los valores tradicionales como el honor y la obediencia (Lupo, 2007: 101-107).

Otra línea de investigación, no incompatible con la anterior, explica que la Mafia surgió con más fuerza en Palermo que en Mesina debido al gran aumento de propietarios como consecuencia de los procesos de desamortización y la fragmentación de los latifundios y de las tierras comunales a partir de la abolición de los derechos feudales con la Constitución liberal de 1820 y en un contexto de agudización de bandidaje favorecido por la casi falta de Estado y debilidad de sus fuerzas del orden. A principios del siglo XX los grandes aparceros, los “*gabellotti*”, se convirtieron así en una “industria” autónoma influyente en la vida política siciliana de Palermo utilizando el crimen sin escrúpulos y como método habitual. Por tanto, la mafia es específicamente siciliana, los fenómenos mafiosos posteriores que se dan en otros lugares, incluso en la propia Italia, no son iguales.

Su expansión a otros territorios obedece a la gran revolución criminal en los veinte años que van desde 1970 a 1990, sobre todo por parte de la mafia siciliana por estar caracterizada desde el principio por una fuerte vocación internacional.

Es la época en que su violencia se hace más intensa. Asume tonos subversivos. Salen a la luz los acuerdos que la unen con el poder político y económico. Es la etapa en que Italia pasa por el terrorismo político de las Brigadas Rojas. Es la época en que la Mafia da el salto cualitativo de la ampliación de su capital proveniente de los tráficos ilícitos de las armas y de la droga.

Es cierto, pues, que cada vez está ya más internacionalizada. También se habla de “mafia china”, “la rusa”, etc. A título de ejemplo su internacionalidad se demuestra en España con las detenciones de miembros de la camorra, así el clan de “los Polverino”<sup>16</sup>. En el caso del modelo mafioso norteamericano de La Cosa Nostra, por su parte, ya se dio un salto decisivo de la lucha contra el mismo cuando en 1970 se aprobó el «Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act» (conocida por su sigla RICO), diseñada expresamente para poder perseguir a los mafiosos en sus negocios legales y sindicales porque, si bien el FBI señala, en particular, la recogida de basuras, el suministro de hormigón y el transporte de artículos de confección y ropa como sectores de tradicional y comprobado control mafioso, si se tuviera que elegir los negocios que no se han dado, o se han dado mucho menos, en otros modelos criminales y que, sin embargo, han sido fundamentales en la historia de la Cosa Nostra, se citan los préstamos clandestinos, los juegos y apuestas ilegales y, sobre todo, el negocio laboral-sindical.

Asimismo, en Egipto conviven poblaciones musulmanas y cristianas coptas. Éstas pagan regularmente protección a capos u organizaciones islámicas para ser protegidos. En Siria y Líbano, por su parte, el sistema del *Zaim* (capo o cacique) organiza la vida política sobre bases institucionales equivalentes a familias mafiosas y sirven para regular el tráfico de influencias que afectan a la distorsión de las leyes del mercado.

---

<sup>16</sup> Vid. El Mundo de 06 de junio del 2013, p. 18: “Los Polverino, un clan muy solvente”. La trama tenía tres células encargadas de invertir en bienes inmuebles a lo largo de la costa mediterránea. Llevaba actuando en España desde 2006, cuando su gran capo, Giusseppe Polverino Barone se instaló en Tarragona.

### 3.2. Concepto y diferencia con el terrorismo

Debe ser considerada como una criminalidad organizada que busca infiltrarse cada vez más en los ganglios de la economía, del poder, de la Administración, de las profesiones, del sistema financiero y productivo.

Lo hace a través de acuerdos subterráneos y se infiltra en los negocios que constituyen su verdadero poder, toda vez que no hay que olvidar aquí un dato, estrictamente hablando y para diferenciarlo del terrorismo, pero a veces conectado con él, y es que la Mafia tiene como principal fin el beneficio lucrativo.

En este sentido, tal como propone<sup>17</sup> el presidente del Senado italiano y ex fiscal nacional de la mafia, Pietro Grasso, puede que la solución venga por golpearla en el bolsillo. Comoquiera que ese beneficio lo pretende alcanzar de cualquier modo también interfiere -si es preciso- en el ánimo de la política en general y del poder en particular. Lo hace creando una competencia desleal y distorsionando el mercado con afán de monopolizarlo. Se trata hoy por hoy de un fenómeno nacional e internacional que no tiene ideología sino que busca una relación con el poder.

Tradicionalmente la Mafia siciliana se había mostrado muy reacia a matar a personajes públicos. Prefería infiltrarse en las estructuras del Estado, no atacarlo. En esos “años de plomo” la anterior confrontación política entre demócratas cristianos y el partido comunista italiano terminó con un “compromiso histórico” que auspiciaba una colaboración de la democracia cristiana de Aldo Moro con el partido socialista, logro que parcialmente se consiguió gracias al apoyo externo del partido comunista italiano al gobierno democristiano de Giulio Andreotti<sup>18</sup> y que acabó con el asesinato de Aldo Moro. Y es que en los albores de los ochenta, enriquecida por la droga y furiosa por la mínima resistencia del Estado, la organización empezó a matar.

Con la adopción de esas tácticas terroristas, “la Cosa Nostra” terminaría por perder a la mayoría de sus valiosos protectores políticos y por quedarse al descubierto ante los ataques de una magistratura revivida. De hecho, la segunda acusación contra Andreotti tiene que ver con el asesinato, en 1979, del periodista Mino Pecorelli, que llevaba tiempo publicando inquietantes informaciones sobre la financiación oculta de la democracia cristiana. Absuelto en primera instancia, condenado en apelación, el

<sup>17</sup> Véase su entrevista por El País del domingo 16 de Junio del 2003, p.12, Sección Internacional. Además vid. Montaño (2005) y Caselli (2005).

<sup>18</sup> Aunque su actividad pública arrancó a mediados de los cuarenta, podemos resumir su biografía diciendo que en la década de 1960 Andreotti fue designado Ministro de Defensa por Antonio Segni. En este período se dio el escándalo de los expedientes del Servicio de Inteligencia y del Piano Solo, un golpe de estado planeado por el neo-fascista en general Giovanni De Lorenzo. A Andreotti se le encomendó la destrucción de los expedientes. Se ha comprobado que los expedientes, antes de ser destruidos, fueron copiados y entregados a Licio Gelli, líder de la logia masónica secreta. En 1968 Andreotti fue nombrado representante del grupo parlamentario de la Democracia Cristiana, cargo que ocupó hasta 1972. En este año inició su mandato como primer ministro de Italia. Ocupó el cargo en dos períodos consecutivos de centro-derecha (1972-1973). Accedió al cargo con apoyo del Partido Liberal Italiano y el Partido Republicano Italiano. Abandonó el cargo en 1973 para volver en 1976 después de las elecciones generales. Duraría en el cargo tres años más, hasta 1979, sostenido su gobierno por el Partido Comunista Italiano, sin que hubiera ministros comunistas, gracias al llamado Compromesso storico. No volvería a ocupar el puesto de presidente del Consejo de Ministros hasta 1989, con la coalición del Pentapartito. Sus tres años como primer ministro coincidieron con el destape de los casos de corrupción que acabarían con el sistema político. Desde 1991 fue senador vitalicio en el Senado de Italia. Tras las elecciones generales de 2006 fue propuesto por el centro-derecha (la Casa de las Libertades) para presidir el senado. Sin embargo, perdió la votación ante Franco Marini. Poco después, los senadores vitalicios acordaron mantener al gobierno de Romano Prodi, lo que provocó la ira de muchos políticos de la Casa de las Libertades hacia Andreotti, al considerar su apoyo a Prodi como una traición, aunque él no perteneciese a ningún partido. Andreotti murió el 6 de mayo de 2013 a la edad de 94 años en su casa de Roma (Italia), a causa de una crisis respiratoria.

Tribunal Supremo italiano confirmó el primer juicio por falta de pruebas. Lo único por lo que Andreotti fue condenado fue por difamar a un magistrado.

### 3.3. Su giro terrorista: el caso Andreotti

El caso Andreotti es el mejor exponente de esas consecuencias políticas del giro terrorista que dio la Mafia en los años ochenta.

En 1989 el mayor enemigo de “la Cosa Nostra”, el heroico juez Giovanni Falcone, llegó al Ministerio de Justicia, en el que creó los organismos de investigación que todavía hoy dirigen la lucha contra el crimen organizado en Italia.

En 1992, “la Cosa Nostra” reaccionó ante esa amenaza. Salvo Lima, el lugarteniente de Andreotti en Sicilia, murió tiroteado en Palermo.

Por tanto, cuando se habla sobre la relación entre la Mafia y la política en la historia de Italia la Mafia no sólo no ha sido anatema para las instituciones del Estado, sino, en muchas ocasiones, *un grupo de presión más con el que había que contar*. Andreotti no fue condenado por los plazos de prescripción de los delitos y su ruptura en 1980 hizo que tuviera efecto esa prescripción, de forma que los Tribunales le consideraron culpable, pero no pudieron castigarle.

Sin embargo, fallecido a primeros de Mayo del 2013 fue lo suficientemente hábil como para llevarse a la tumba tal vez demasiados secretos, siendo el más morboso de todos sus explicaciones sobre el secuestro y posterior asesinato de Aldo Moro. Fue Andreotti -como jefe de Gobierno y recientemente elegido como primer ministro- quien se negó a negociar con los terroristas, cosa que la familia Moro nunca le perdonó, si bien este hecho de anteponer firmemente “la razón de Estado” a la salvación de Aldo Moro, acabaría a la larga por desembocar en la desaparición del grupo asesino de las Brigadas Rojas. En suma, en los llamados años de plomo fue el hombre clave. Después de que en 1987, y coincidiendo con los procesos de corrupción de Tangentópolis, tuviera lugar un macro proceso por el que se condenara a trescientos sesenta mafiosos, “la Cosa Nostra” echó un pulso al Estado para obligarle a negociar con ellos. Comenzaron asesinando al europarlamentario Salvo Lima, y siguieron con otros muchos atentados.

### 3.4. Organizaciones mafiosas italianas

La Cosa Nostra no es un asunto del pasado. El último jefe de jefes, Salvatore Totò Riina, detenido en 1993 y condenado a 13 cadenas perpetuas por el asesinato de 150 personas –a 40 de ellas personalmente-, ha amenazado de muerte a Nino Di Matteo, uno de los fiscales de Palermo que investiga el supuesto pacto entre el Estado y la Mafia para acabar con la matanza de los años noventa.

El Fiscal Franco Roberti, fiscal jefe de la Dirección Nacional Antimafia, ha llegado a advertir<sup>19</sup> que las cuatro mafias italianas -entre las más peligrosas de las 3.700 que según Europol actúan en Europa- se están haciendo más fuertes gracias a la crisis económica. Según él “cuando la mafia no dispara, hace negocios, no es que no exista”, y este es el momento, por ejemplo, en el que la Costra Nostra siciliana,

---

<sup>19</sup> El País de 15.12.2003, Sección Internacional, p. 9, con la noticia titulada “Existe un gran riesgo de que Casa Nostra vuelva a los atentados”.

después de un período de gran dificultad, está intentado levantar un poco la cabeza y retomar el fenómeno de la extorsión y de las amenazas.

Según él, la 'Ndrangheta calabresa es sin duda en estos momentos la más peligrosa del mundo por su capacidad de traficar con drogas a nivel mundial y también de infiltrarse profundamente en el tejido económico, social y político no sólo de Calabria.

Luego está la Camorra napolitana, que también tiene capacidad expansiva extra regional, si bien todos los capos de la Camorra menos uno, aunque más que un capo es el hijo de un capo, están ahora mismo detenidos y bajo el régimen expresamente previsto para los jefes mafiosos de cárcel dura e incomunicada del art.41 bis del Código Penal italiano.

Por cuanto se refiere a la criminalidad de la Apulia -la Sacra Corona Unita- ha sido golpeada con fuerza, también desde la fiscalía de Roma. La crisis económica y la consiguiente dificultad de acceder al crédito bancario por parte de los empresarios ofrece una oportunidad a las organizaciones mafiosas de blanquear los capitales mafiosos, lo que es de una gravedad extrema en el sentido de que el mafioso financia al empresario con capital ilícito y mete en empresas sanas el capital mafioso. Es un peligro porque además las mafias se aprovechan del desempleo, sobre todo reclutando desesperados sin trabajo para sus propias filas. Las mafias siempre se aprovechan de la desigualdad para hacer negocios más potentes, sin escrúpulos, y para reclutar desesperados. Otro riesgo es el del abandono escolar por cuanto que los chavales sin escolarizar se exponen a ser reclutados por las organizaciones criminales.

Por último, en cuanto al perfil del mafioso, si se busca su figura tradicional, aquel con la Coppola storta (boina torcida), el paletó, ignorante, analfabeto y sanguinario, se encuentra muy raramente, o quizás ya no se le encuentra, también porque los viejos capos están muertos. Ahora el mafioso es sustancialmente un ejecutivo que difícilmente se reconoce a primera vista como mafioso. Se trata de verdaderos mafiosos, pero mimetizados, porque una de las prerrogativas de la mafia es la de confundirse con la sociedad civil. Se les encuentra en las profesiones, en política, en las instituciones. Así que es difícil reconocerlos. Se les descubre solo a través de investigaciones profundas. Por tanto, la armonización de las leyes es el arma más eficaz contra las mafias así como una cooperación eficaz de policía y de órganos jurídicos. Hay que prever la incriminación de testaferros, como se hace en Italia desde hace 20 años, y después prever la confiscación de los capitales a los mafiosos que no consigan demostrar su procedencia.

### **3.5. Juicio del siglo**

En la actualidad se ha juzgado tal pulso. Se llevó a cabo en Palermo el llamado "juicio del siglo", proceso que si bien arrancó el día 27 de Mayo del 2013 ha exigido años de investigaciones y lo insólito del mismo no es sólo que el Estado italiano juzgue al propio Estado italiano, sino que en el banquillo de los acusados hay importantes representantes de la Administración italiana junto a quienes deberían ser sus enemigos: los capos<sup>20</sup> de "la Cosa Nostra".

Lo que se juzga es que, tras la campaña de violencia mafiosa de los 90, el Estado italiano hubiera negociado un acuerdo con "la Cosa Nostra" por suavizar las

---

<sup>20</sup> Su gran capo, el feroz Toto Riina, o Leoluca Bagarella, Antonio Cina Giovanni Brusca y Massimo Ciancimino.

condiciones carcelarias de los mafiosos a cambio de que pusieran fin a sus sangrientos ataques, de forma que entre los representantes del Estado imputados por ello estarían Nicola Mancino (Ex Ministro del Interior), un senador (Marcello Dell'Utri) y tres representantes del cuerpo especial de los carabinieri, todos ellos ocupando cargos en un contexto donde, por ejemplo, el juez antimafia de 1992, Paolo Borsellino, pudiera haber sido abatido por constituir un obstáculo en las negociaciones entre el Estado italiano y la mafia según dos<sup>21</sup> ex mafiosos reconvertidos en colaboradores de la justicia. Los procesos sobre la mafia son lentos y en Italia juzgar este fenómeno ha supuesto una revolución en el sistema de ataque a la criminalidad organizada en cuanto que está conectada con otras realidades sociales, económicas, políticas y de otro tipo, de tal suerte que si se examina el fenómeno criminal de forma aislada es difícil que la Mafia se pueda llegar a comprender como tal fenómeno no exclusivamente italiano.

La Sentencia de abril de 2018 ha condenado al jefe corleonés Leoluca Bagarella, al médico de confianza de Totò Riina, Antonino Cina, a los oficiales del ROS Antonio Subbranni, Mario Mori y Giuseppe de Donno, y al ex senador de Forza Italia, Marcello Dell'Utri por atacar al cuerpo político del Estado. En su valoración el Fiscal Nacional Antimafia, Di Matteo, mantuvo públicamente que “Es un momento importante para entender que la lucha contra la mafia si bien debe llevarse adelante con la represión del ala militar o brazo armado de Cosa Nostra, también debe ocuparse de cortar de una vez por todas las relaciones que la mafia siempre mantuvo con los políticos y las instituciones. Esta es una conclusión positiva para creer que el Estado puede comprometerse y es capaz de hacer esto”. Di Matteo, mientras recordaba los ataques y obstáculos sufridos en los años en que tramitó el proceso (“en estos años, no todos se han mostrado respetuosos de un trabajo que nos costó lágrimas y sangre”) hizo hincapié también en que “no tiene importancia quienes fueron los que nos atacaron, lo importante es que una Corte d'Assise, después de cinco años de proceso, ha reconocido que una parte del Estado negociaba con Cosa Nostra en la época de las masacres y llevaba al gobierno del Estado las exigencias de Cosa Nostra. Este es un fallo que por primera vez consagra, a un nivel tan alto, cuáles fueron las relaciones externas de Cosa Nostra con las instituciones en el momento de las matanzas y es muy significativo que la sentencia de hoy, y probablemente también los considerandos de la Corte lo hayan señalado, haya cubierto un período en que hubo tres gobiernos diferentes, puesto que algunos de los acusados fueron condenados por crímenes cometidos mientras estaban en el cargo los gobiernos de Andreotti y el gobierno de Ciampi, y otros fueron condenados (Dell'Utri, ndr) por haber actuado como intermediarios entre Cosa Nostra y Berlusconi incluso después de 1992”<sup>22</sup>.

### **3.6. Su perversidad y remedio**

Debe de pensarse que más de cincuenta Estados en el mundo, según estudios<sup>23</sup> de la CIA, están influidos por sus mafias criminales, sobre todo por las que se dedican al tráfico de estupefacientes, que disponen de un poder económico notable para

<sup>21</sup> Gaspare Spatuzza y Giovanni Brusca. Véase el periódico El Mundo del 28 de Mayo del 2013, p.13, sección Mundo, sobre el histórico macro proceso y escándalo político con la información subtitulada “El Estado italiano en el banquillo de los acusados”, así como el reportaje de Domingo del periódico El País, de 2 de Junio de 2013, “Cuando el Estado se vendió a la mafia”, donde con la foto del cadáver de Salvo Lima en la calle y con el título de “El pacto que apaciguó al diablo” relata los cargos y detalles de todos los acusados del Estado y de la Mafia para afirmar que, al contrario que en “la Cosa Nostra”, donde hay decenas de arrepentidos, aún no hay ningún arrepentido entre las filas del Estado. Ningún político, militar o policía de la época ha decidido romper el pacto de silencio y contar la verdad de la negociación.

<sup>22</sup> Vid. artículo publicado en Archivo temático, mafia italiana, de la revista electrónica “Portada” de Uruguay: “Sentencia histórica que demuestra que el proceso debía hacerse”, de 28.04.2018.

<sup>23</sup> Vid. El País del 16 de Junio del 2003, Sección Internacional, p. 12.

comprar voluntades y, por tanto, según se define la perversidad, perturbando el orden o estado de las cosas, en este caso decisiones personales, de forma maliciosa.

Dada la preocupación de la Comunidad Internacional, la *Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, firmada en Palermo en el año 2000 y con entrada en vigor el 29.09.2003, ha sido la primera respuesta global a esa amenaza con el fin de promover la cooperación multilateral y prevenir y combatir eficazmente la delincuencia internacional. Por ella los Estados asumen identificar los procesos de globalización, capitalizados por las redes de la delincuencia internacional como espacios propios para refugiarse de la acción de las autoridades y de atacar de manera frontal la delincuencia internacional y sus manifestaciones. Ninguna jurisdicción puede poner fin por sí sola al poder económico y corruptor de las redes delictivas transnacionales.

Una herramienta de consumo, fundamental para el sistema judicial y cooperativo internacional desde entonces, son los Compendios de casos de delincuencia organizada. Evalúan amenazas, sus tendencias, y ofrecen buenas prácticas a raíz de la exposición casuística.

El que ha sido confeccionado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito en el año 2012, en cooperación con el Gobierno de Colombia, Italia y la INTERPOL, dividido en seis Capítulos, abarca más de 200 casos<sup>24</sup> y ejemplos de leyes nacionales, habiendo sido expertos españoles para su labor, según su Anexo III, los titulares entonces de la Dirección Antidroga de la Oficina de la Fiscalía General, de la Coordinación de Inmigración de la Oficina del Fiscal, y el del Centro de inteligencia contra el Crimen organizado de la oficina del Fiscal General.

En materia sustantiva (Capítulo I) estudia el alcance de aplicación de la ley penal nacional contra la delincuencia organizada, el delito de participación en un grupo organizado, la responsabilidad de personas jurídicas y la extensión de las jurisdicciones penales nacionales. El Capítulo II aborda desde una perspectiva preventiva, proactiva y holística la parte procesal de investigación y enjuiciamiento sin restar importancia a la labor de inteligencia para lograr el desmantelamiento de los grupos. El Capítulo III aborda la cooperación internacional y el IV el decomiso. El Capítulo V trata de delitos específicos (armas de fuego, blanqueo de dinero, piratería marítima, delitos contra bienes culturales y medioambientales) y, por último, el Capítulo VI todo lo relativo a la prevención en materia de delincuencia organizada.

#### 4. Conclusiones

El terrorismo de Estado, para diferenciarlo del terrorismo “de abajo” o subversivo, se le conoce también como terrorismo “de arriba”. Respecto al terrorismo de abajo, a diferencia de Llobet Anglí, pensamos que puede atacar también a una organización no democrática, incluso a la ONU o a un Estado no democrático, y por tanto ser ese acto encuadrable como terrorismo propiamente dicho y no necesariamente como un crimen de lesa humanidad. Habrá que estar a la casuística para las calificaciones jurídicas.

---

<sup>24</sup> En el listado del Anexo II figuran presentados por España (1) como delito de tráfico de drogas y otros relacionados con drogas los casos SPA 1 (Operación Guadaña, con el delito asociado de participación en un grupo delictivo organizado), SPA 2 (Operación Destello, con el mismo delito asociado que el anterior), y SPA 5 (Operación Chicago, con el mismo delito asociado que antes), (2) como delito ambiental SPA 8 (Operación Rapiña), (3) como delito de contrabando de inmigrantes SPA 3 (Operación Petrolero), y como delito de tráfico de personas SPA 4 (Operación Trufas) y SPA 7 (Operación Clubes), haciendo referencia al caso SPA 6 solo en el interior y no en el Anexo.

El de Estado desborda el campo propio del Derecho Penal Interno. Es el terrorismo más vil porque elimina todo riesgo y se prevale de la autoridad para perpetrar crímenes. Ni genocidio ni crimen de lesa humanidad son terrorismo propiamente dicho aunque sí se puedan ejecutar con actos no menos graves de terror.

Entre los tipos del terrorismo de Estado están, primero, el de los estados totalitarios, que no sólo dictaduras, en cuya legislación se pretende la aniquilación del enemigo. A nuestro juicio, en función del estudio aquí realizado, incluiríamos el caso de la mafia italiana.

La mafia italiana, como criminalidad organizada y de corrupción que no suele tener ideología, se infiltra en los ganglios del poder estatal. Es la más emblemática, pero no la única. Su peculiaridad nacional es que no sólo ha sido el propio Estado italiano el que se ha juzgado a sí mismo sino que en el banquillo de los acusados ha habido importantes representantes de la Administración italiana junto a los capos que debieran de ser sus enemigos. Tiene como principal diferencia que su principal fin es el beneficio lucrativo. En cuanto al perfil del mafioso tradicional ha cambiado. Hoy por hoy es sustancialmente un ejecutivo. La armonización de las leyes, igual que con el terrorismo, es el arma más eficaz contra ella así como una cooperación eficaz de policía y de órganos jurídicos.

La incluimos en esta tipología de los terrorismo de Estado (depredador, y no contractual) porque (1), según se puede definir, es una forma de poder criminal que reproduce o remeda elementos del poder estatal y trata de recibir compensaciones que pueden considerarse análogas a las que, normalmente, están reservadas al Estado, (2) porque se ha tratado ya como un paradigma de las relaciones entre política y crimen, (3) porque puede servir para entender mejor regímenes políticos extremadamente violentos como los que en el siglo XX se han puesto como ejemplo, (4) porque en Democracia hay sistemas políticos análogos al mafioso (“mafiosidad democrática”), (5) porque se parece con el Estado en que ambos utilizan la fuerza solo como último recurso y de forma ejemplarizante, (6) porque no desea disolverlo sino competir con Él o, incluso, aliarse debilitando las instituciones públicas y presentándose como un sistema alternativo al democrático, y (7) por último, porque en Palermo existe “La Comisión”, que toma las grandes decisiones de la Casa Nostra y funciona como un Estado al tomar decisiones. Tiene grupos humanos adscritos a regiones y una suerte de Parlamento.

En segundo lugar, el de las extralimitaciones de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo. Se han puesto como ejemplos el caso de los grupos antiterroristas de liberación (Israel con Septiembre Negro tras los atentados de la olimpiada de Múnich y España con los GAL). Como supuestos más modernos hemos referido el caso de Ríos Montt en Guatemala, tan atroz o más que el caso sudafricano del Apartheid, y el caso Faisán en España.

Y en tercer lugar, el de la violencia de grupos paramilitares o por los propios cuerpos de seguridad, pero al margen de la Ley y con impunidad. En este apartado hemos puesto como ejemplo a Hamás en Palestina cuando ganó las elecciones en 2006, el de EE.UU en su apoyo a la contra Nicaragüense, Afganistán a Al Qaeda o Libia en el caso Lockerbie de 1988, entre otros como los más recientes que hemos narrado a través del crimen internacional protagonizado por ciertas bandas latinas y su contestación con grupos de autodefensa.

Para terminar, al haber tratado en este artículo solo de la Mafia italiana y no de otras, sí cabe en todo caso distinguirlas, sobre todo de los carteles sudamericanos, en que su “permanente actuar honorífico” es un signo distintivo que paradójicamente

ayuda a los funcionarios de Justicia a predecir sus comportamientos futuros y, en fin, que se trata de una organización que nunca suele disolverse ni siquiera si es aprehendido el capo. La mejor opción de su lucha contra ellas es así desmantelarlas por Derecho de arriba abajo.

Medios hay: aunque ninguna jurisdicción puede poner fin por sí sola al poder económico y corruptor de las redes delictivas transnacionales, uno de ellos, la armonización de las leyes, es el arma más eficaz contra las mafias así como, en segundo lugar, una cooperación eficaz de policía y de órganos jurídicos. Por último, existe una herramienta de consumo, fundamental para el sistema judicial y cooperativo internacional, que son los Compendios de casos de delincuencia organizada. Evalúan amenazas, sus tendencias, y ofrecen buenas prácticas a raíz de la exposición casuística.

## Bibliografía

- AA.VV. (2012), *Giovanni Falcone. Conferencias magistrales. 21. La lucha contra el Crimen organizado. Tres conferencias*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 4<sup>a</sup> ed.
- ANONIMO (2005), “El fenómeno pandillero”, Revista *El Monitor*, núm. 11, Boletín de Vigilancia Tecnológica, disponible en la siguiente dirección electrónica: [www.uned.es/dpto\\_pen/delincuencia-juv/.../fenomeno\\_pandillero.pdf](http://www.uned.es/dpto_pen/delincuencia-juv/.../fenomeno_pandillero.pdf). (fecha de consulta: 25 de julio de 2018).
- ANONIMO (2018), “Sentencia histórica que demuestra que el proceso debía hacerse”, en *Portada*, revista electrónica de Uruguay, archivo temático, mafia italiana, de 28.04.2018, disponible en: [www.antifiafadosmil.com](http://www.antifiafadosmil.com) (fecha de consulta: 25 de julio de 2018).
- ANONIMO (n.d.), “La guerra de Argelia en el Glosario de la Historia de las Relaciones internacionales durante el siglo XX”, *Revista Historias siglo20.org*, en el apartado de Guerra Fría, disponible en la siguiente dirección electrónica: [www.historiasiglo20.org/GLOS/guerraargelia.htm](http://www.historiasiglo20.org/GLOS/guerraargelia.htm) (fecha de consulta: 25 de julio de 2018).
- ARANDA, D. (2010), *Argentina Originaria: genocidios, saqueos y resistencias*, Lavaca, Buenos Aires.
- BONNANO, J. (2003), *A Man of Honor*, St. Martins Paperbacks, Nueva York.
- BOTELLO, S. y MOYA Á. (eds.) (2005), *Reyes latinos*, Temas de Hoy, Barcelona.
- CASELLI, G.C. (2005), “Los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado”, en CÁMARA DE LANDA, E. y MORABITO, S. (coord.), *Mafia, Ndrangheta, camorra: en los entresijos del poder paralelo*, Secretariado de publicaciones e Intercambio Editorial, Valladolid.
- CERBINO, M. (2004), *Pandillas juveniles, cultura y conflicto de la Calle*, El Conejo/Abya yala, Ecuador.
- CESONI, M.L. (1999), “Mafia-Type Organizations: The Restoration of Rights as a Preventive Policy”, en VIANO E., *Global Organized Crime and International Security*, Ashgate.
- DÁLL'ANESE, F. (2012), *Contra la Mafia: lecciones aprendidas*, conferencia dictada en el Instituto de Cultura, Guatemala de la Asunción, el 19.07.2012, en conmemoración del XX aniversario del fiscal anti-Mafia italiano Paolo Borsellino.
- DOVIZIO, C., (2005), “Historias de la Mafia en Italia. Una hipótesis interpretativa”, *Tiempo Devorado. Revista de Historia Actual*, núm. 1: Estado, Criminalidad y cambio político, entre Italia y Latinoamérica.
- FALCONE, G. (2006), *Cosas de la Cosa Nostra*, Ediciones Baratalia, Barcelona.

- GAMBETTA, D. (1996), *The Sicilian Mafia. The Business of Protection*, Harvard University Press, Cambridge.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2006), "El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas", en GÓMEZ COLOMER, J.L y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LINDE, L.M. (2006), "Mafia como política, política como mafia", *Revista de Libros*, segunda época, Sociología, nº 120.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2010), *Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Madrid.
- LUPO S. (2007), *Che cos'è la mafia. Sciascia e Andreotti, l'antimafia e la politica*, Donzelli, Roma.
- LUPO, S. (1996), *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Donzelli, Roma.
- MAGNUS ENZENSBERGER, H. (1966), *Política y delito*, Biblioteca Breve, Barcelona.
- MONTAÑO, E. (2005), *Estrategia de cooperación para contrarrestar la violencia política del terrorismo y del crimen organizado*, La Paz, Bolivia.
- MOSELLE, B. y POLAK, B. (2001), "A Model of Predatory State", *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 17, nº 1.
- PAGDEN, A. (1988), "The Destruction of Trust and its Economic Consequences in the case of Eighteenth Century Naples", en GAMBETTA D. (ed.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Department of Sociology, University of Oxford, pp. 127-141.
- SALES, I. (2014), "La mafia come método e modelo", *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, nº 11: Quel che resta dell'Italia.
- SCIARRONE, R. (2009), *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, Italia.

# Positivismo jurídico, Estado de Derecho y libertad: una propuesta de formulación Legal Positivism, Rule of Law and Freedom: A Proposal for Formulating

Tomás A. Arias Castillo  
*Universidad Central de Venezuela*  
[ariascastillo@gmail.com](mailto:ariascastillo@gmail.com)

Luis Alfonso Herrera Orellana  
*Universidad Central de Venezuela*  
[laho76@gmail.com](mailto:laho76@gmail.com)

Recibido / received: 30/07/2018  
Aceptado / accepted: 01/02/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4692>

## Resumen

En el presente trabajo se exploran las posibles vías de conexión entre el positivismo jurídico, el liberalismo clásico y el Estado de Derecho, tarea que siempre se ha visto dificultada por la visión antipositivista de los autores liberales. En tal sentido, se analizan y responden las críticas antipositivistas con el propósito de mostrar la compatibilidad entre el positivismo jurídico y el ideal del Estado de Derecho.

## Palabras clave

Liberalismo clásico, positivismo jurídico, Estado de Derecho, separación entre derecho y moral, fuentes sociales del derecho.

## Abstract

*This article explores possible connections between legal positivism, classical liberalism and the rule of law, a task that has been obstructed by the anti-positivist vision of liberal authors. In that sense, anti-positivists critics are analyzed and contested with the purpose of showing the compatibility between legal positivism and the rule of law ideal.*

## Keywords

*Classical liberalism, legal positivism, rule of law, separation between law and morals, social sources of the law.*



SUMARIO. 1. Introducción. 2. El positivismo jurídico, o una caricatura deformante. 3. Las tesis fuertes del positivismo jurídico y, en especial, su acoplamiento con el ideal regulativo del Estado de Derecho. 3.1. La separación conceptual entre derecho y moral. 3.2. La tesis de las fuentes sociales del derecho. 4. Una caracterización de las críticas contemporáneas más notorias al positivismo jurídico. 5. ¿Se sostiene la crítica liberal al positivismo jurídico? 6. Las amenazas actuales al Estado de Derecho y, por ende, a la libertad individual. 7. Algunas conclusiones.

## 1. Introducción

Desde que les descubrimos hace ya algunos años, llamaron nuestra atención el liberalismo clásico y el positivismo jurídico. El primero era un perfecto desconocido en los tiempos de nuestros estudios universitarios, ya que las doctrinas en defensa de la libertad política y de la libertad económica –sobre todo de ésta última– eran olímpicamente silenciadas, cuando no tratadas con abierto irrespeto. Las universidades y los centros de enseñanza, en general, no suelen ser muy receptivos con la doctrina liberal. En cuanto al positivismo jurídico, el asunto es más complicado, porque sí recibimos un entrenamiento profesional sobre el derecho positivo, si empleamos el utilaje conceptual de la teoría general del derecho (contentiva de las generalizaciones derivadas de la forma positivista de acercarse al derecho), pero fuimos persistentemente confundidos sobre lo que el positivismo jurídico significaba. Eso, sin uno quererlo, puede ir generándole una relación amor-odio hacia el positivismo. Y, luego, para colmo de males, cuando estudiamos a los autores liberales contemporáneos, nos dimos cuenta de que ellos eran, casi en su totalidad, antipositivistas. Parecía que, en el ámbito jurídico, no se podía ser las dos cosas a la vez, liberal y positivista, para nuestro pesar.

Muchas lecturas después, notamos que en las posiciones antipositivistas –incluida la posición liberal predominante– había una serie de prejuicios, errores y falsedades que mostraban una versión distorsionada sobre el positivismo jurídico y que, entonces, era necesario conocer a fondo, y de la pluma de los propios autores positivistas, las tesis centrales de dicha corriente del pensamiento legal. Luego de cumplir tal tarea, llegamos a la conclusión de que dichas tesis centrales en nada contradicen al pensamiento liberal y, peor aún, que el liberalismo se había negado durante décadas a dar recepción a la mejor explicación sobre el surgimiento y funcionamiento del derecho, sin contar con buenas razones para ello.

Entonces, surgió la idea de empezar a trabajar la posible vinculación del positivismo jurídico con el liberalismo político y económico (Arias Castillo, 2013; Herrera Orellana, 2013), de lo cual es muestra el presente trabajo, en el que se quiere evidenciar ese trayecto de “poner al positivismo jurídico en su justo lugar”, para luego mostrar que hay plena compatibilidad entre aquel y la defensa de una sociedad conformada por individuos libres.

Como anunciamos en el título, nuestro plan es ir enriqueciendo esta propuesta de acercamiento entre positivismo y liberalismo, la cual encontramos útil y fructífera para, por una parte, realizar hacer una clara descripción de los sistemas jurídicos y,

por otra parte, defender mejor un sistema de ideas que aguarda todavía por contar con una teoría jurídica consistente<sup>1</sup>.

## 2. El positivismo jurídico, o una caricatura deformante

Un primer asunto que debe analizarse de manera concienzuda cuando hablamos sobre este tema es cuánta verdad hay en el común aserto según el cual el positivismo es una teoría desvinculada de los valores y principios (contenidos morales) propios de las democracias constitucionales, así como que tiende a justificar “cualquier” régimen político y, por ende, a colaborar en una especie de ideología justificadora del poder contra el individuo<sup>2</sup>.

En ese sentido, vemos que el positivismo jurídico sigue siendo el blanco de las más obstinadas reticencias, así como de los mayores desplantes y ataques, a pesar de su coherente desarrollo teórico y conceptual (mucho mayor que el de cualquiera de sus teorías rivales contemporáneas), y no obstante haber contestado y aclarado las objeciones a las cuales ha sido sometido a través de décadas<sup>3</sup>.

Esta actitud antipositivista se ha convertido en una especie de ideología en lo atinente a la materia jurídica y suele agrupar creencias y corrientes aparentemente irreconciliables entre sí, desde el *laissez faire* hasta el colectivismo comunista y desde el conservadurismo religioso y moral hasta el progresismo en materia social y cultural, lo cual ya haría sospechar a más de uno. Los liberales, por un lado, acusan el exceso de estatismo, dirigismo y de autoritarismo<sup>4</sup>, mientras que los colectivistas ven lo contrario: una defensa del *status quo*<sup>5</sup>, una falta de vinculación con el origen de las relaciones sociales (Pašukanis: 1976: 29) y un obstáculo al cambio<sup>6</sup>. Los conservadores ven un ataque a los principios y valores tradicionales presentes en la moral y en las buenas costumbres<sup>7</sup>, mientras que los progresistas ven actitudes demasiado conservadoras, falta de flexibilidad y de adaptación al entorno siempre cambiante<sup>8</sup>. Todos tienen una versión del positivismo adaptada a sus pretensiones en el campo político, social y económico o, incluso al terreno ya de los intereses personales o de grupo.

El colmo de esta postura antipositivista, sin duda, se produjo en la Alemania del nacionalsocialismo. Antes de la segunda guerra mundial los nazis estigmatizaron al positivismo jurídico por su carácter individualista y por su defensa “extrema” de la seguridad jurídica, que resultaba contraria al “espíritu de comunidad” que debía supuestamente imperar en el pensamiento alemán. Además, persiguieron a los autores positivistas –especialmente si eran judíos– despojándolos de sus cátedras universitarias y prohibiendo y quemando sus libros. Aun así, después de la segunda guerra mundial, esos mismos nazis, acusados por delitos de guerra y delitos contra la humanidad, invocaron la obediencia debida y, temerariamente, adujeron la excesiva influencia del positivismo jurídico como determinante en la cultura jurídica antes y durante el conflicto bélico, todo lo cual les hacía cumplir ciegamente las

<sup>1</sup> Además somos conscientes de que, en los últimos dos siglos, los paradigmas del positivismo jurídico y del liberalismo político y económico, han tenido situaciones de acercamiento, coincidencias parciales, así como distanciamientos, siendo esto último lo que se verifica normalmente hoy en día.

<sup>2</sup> Un ejemplo de dicha visión: Atienza Rodríguez y Ruiz Manero (2007).

<sup>3</sup> Cfr. Hoerster (2000: 9 y ss.). Como ejemplos de contestación a los críticos: Coleman (2005) y Kramer, Grant, Colburn y Hatzistavrou (2012).

<sup>4</sup> Herrán Alonso (2010: 191 y ss.).

<sup>5</sup> Ver Stučka (1974: 63-96) y Cerroni (1976: 47).

<sup>6</sup> Ver Novoa Monreal (1981: 38 y ss.) y Atienza Rodríguez (2017: 345-361).

<sup>7</sup> Como Lord Devlin en su disputa con H.L.A. Hart, en la década de 1960, en torno a la penalización de la homosexualidad y la prostitución. Cfr. Hart (2006).

<sup>8</sup> A manera de ejemplo: Dworkin (2007). Un comentario a dicho trabajo en Arias Castillo (2007).

instrucciones que recibían. Muy difícilmente puede creerse o construirse un relato así, basado en la mentira desnuda. Sin embargo, desde entonces existe ya toda una doctrina, una especie de *neo-iusnaturalismo* o *iusmoralismo*<sup>9</sup>, que ataca al positivismo jurídico por incentivar conductas como las seguidas por los agentes del nazismo<sup>10</sup>.

Lo que claramente ha ocurrido con el positivismo jurídico, en la postguerra sobre todo, es la puesta en práctica de una obvia estrategia de descrédito basada en una caricatura deformante o, lo que es lo mismo, una apelación a la famosa falacia del hombre de paja, la cual, como señala Tindale (2007: 19-28), es una falacia de distracción (nos hace atacar la posición de un “hombre de paja” especialmente fabricado, en vez de refutar la posición del “hombre real”), que es muy sensible al contexto en el cual se producen los señalamientos falaces. En el caso específico del positivismo jurídico, fue empleado como chivo expiatorio tanto por los nazis para justificar sus crímenes, como por quienes los juzgaron y condenaron desde posiciones iusmoralistas, para negar cualquier carácter jurídico al derecho del Tercer Reich. Todo ello brindó –si bien de forma injustificada y falaz– un contexto de descrédito<sup>11</sup>.

Al clima intelectual, político y de opinión pública de la postguerra, se suma además el señalado hecho de las distintas ideologías en pugna y que tradicionalmente achacan al positivismo jurídico lo que, en verdad, son problemas, retos o incluso defectos (según se los vea) de los sistemas jurídicos. Si la justicia es “lenta”, eso se debe a las rigurosidades del formalismo o ritualismo, que vendría a ser también una manifestación del positivismo jurídico, por sus escrúpulos hacia las normas escritas. Si la legislación invade más el terreno de la libertad económica, de la propiedad privada o de la libertad contractual, es porque aceptamos como “derecho” al derecho positivo, lo cual incluye las regulaciones contenidas en la Legislación y otros actos dictados en ejecución de aquella. Si la jurisprudencia “se estanca”, no “avanza” en el sentido que queremos, o el derecho judicial no es lo suficientemente “realista”, pretoriano, equitativo, o no aplica las herramientas del análisis económico y la teoría neoclásica de los precios de mercado<sup>12</sup>, es porque los jueces actúan como “autématas”, un rasgo, se aduce, del positivismo jurídico.

Luego, por supuesto, está Hans Kelsen, posiblemente el autor más cómodamente tergiversable de la filosofía y la teoría del derecho. Leído y discutido debidamente, uno puede criticar a un autor y su obra, más aún si lo es de la importancia y seriedad de Kelsen, quien además abordó una enorme cantidad de temas polémicos y publicó una valiente y extensa obra escrita<sup>13</sup>. Pero el tema es que decir “Kelsen”, “kelseniano” o –peor– decir “positivismo kelseniano” pareciese dar licencia para denostar a todo aquello que nos resulta insatisfactorio sobre los sistemas jurídicos, en el sentido antes apuntado, sin que siquiera importe traer una prueba

<sup>9</sup> El término *iusmoralismo*, que empleamos a lo largo de este trabajo, lo hemos tomado de la obra del profesor García Amado (2015), quien con dicho término caracteriza a las doctrinas *anti-positivistas* contemporáneas cuyas posiciones sostienen que: (i) la moral es el elemento esencial y constitutivo de todo auténtico sistema jurídico; (ii) hay una parte de todo auténtico sistema jurídico que no proviene de acuerdos o convenciones sociales, sino de verdades morales; y (iii) existen métodos, procedimientos, para conocer el contenido de dichos preceptos provenientes de la moral. Como bien aclara García Amado (2015: 7-8), si bien no todo iusmoralismo necesariamente es iusnaturalista, todo iusnaturalismo, por fuerza, es iusmoralista.

<sup>10</sup> Sobre las doctrinas jurídicas imperantes bajo el nacionalsocialismo (entre las cuales, por supuesto, no se encuentra el positivismo jurídico), ver Rüthers (2016: 51-119).

<sup>11</sup> Al respecto, ver García Amado (2010: 385-441). Sobre cómo Gustav Radbruch pasó a convertirse en un autor antipositivista en la postguerra, ver Hart (1962: 42-49).

<sup>12</sup> Cfr. Posner (2016: 302-303).

<sup>13</sup> Por solo ilustrar nuestra afirmación, nos remitimos a dos notorias disputas que tuvo Kelsen: la disputa con Schmitt sobre quién debía ejercer el control de constitucionalidad, y la sostenida con Smend sobre el Estado como integración. Cfr. Kelsen (2002b) y Kelsen (1997).

cierta de lo supuestamente afirmado por el autor. Como bien lo apunta García Amado (2010: 415-421) en un ensayo cuyo título deja patente lo que aquí afirmamos, las tres mayores falsedades –no las únicas– sobre la obra de Hans Kelsen son las siguientes: (i) su teoría de la interpretación y la aplicación del derecho nos retrotraería a la decimonónica escuela de la exégesis, o la jurisprudencia de conceptos, convirtiendo al juez en un autómata, capaz apenas de subsumir unos hechos bajo una disposición normativa, bajo la forma de un silogismo; (ii) propugnaría la obediencia judicial y ciudadana al derecho injusto, donde se confundiría la obligación jurídica con la obligación moral, todo bajo un claro positivismo ideológico; y (iii) serviría como justificación para el autoritarismo estatal, como se habría demostrado de manera patente bajo el nacionalsocialismo.

Todo esto, que es falso para el caso de Kelsen<sup>14</sup>, también lo es para el positivismo jurídico en general, cuya quintaesencia, como veremos en el apartado siguiente, es la defensa de dos tesis centrales que lo diferencian de sus concepciones jurídicas rivales: (i) la separación conceptual entre derecho y moral; y (ii) las fuentes sociales, o convencionales, del derecho. Nada hay sobre una pretendida “aplicación mecánica de las leyes”<sup>15</sup>, ni acerca del supuesto deber de obediencia a las leyes injustas, o una defensa del autoritarismo estatal, en el modo analítico, utilitarista o positivista de acercarse al derecho, o en el positivismo jurídico como teoría. Y muy poco útil, por no decir irrelevante y casi inexistente desde el punto de vista de la literatura jurídica resulta el positivismo ideológico, o formalismo ético<sup>16</sup>, esto es, la defensa ideológica de las leyes positivas. Por eso insistimos: todo este antipositivismo se reduce a una caricatura deformante que es útil desmontar, por el bien de nuestra disciplina, para valorar –o de ser el caso, refutar– el positivismo por las tesis que verdaderamente defiende y no por algo distinto.

### **3. Las tesis fuertes del positivismo jurídico y, en especial, su acoplamiento con el ideal regulativo del Estado de Derecho**

En segundo lugar, nos centraremos en las dos tesis fuertes del positivismo, que son tesis característicamente analíticas: (i) la separación conceptual entre derecho y moral; y (ii) las fuentes sociales del derecho. Dichas tesis son analíticas, además del hecho de partir de la denominada perspectiva externa del derecho, porque tienden a la clarificación conceptual. Y dicha clarificación conceptual es buena tanto para la práctica de una disciplina como para la creación científica sobre dicha disciplina, todo lo cual redunda en beneficio de la libertad. El derecho es un instrumento de la sociedad así como una práctica guiada por reglas. Son los miembros de la sociedad –y no la razón o la naturaleza de las cosas– quienes van confeccionando y afinando dicho instrumento y dicha práctica. Nadie dice que en la elaboración, interpretación, aplicación y enseñanza del derecho no tengan influencia elementos de tipo moral, político, económico, histórico, etc., pero aun así es posible separar dichos elementos cuando –de nuevo, desde la perspectiva externa– describimos problemas legales o

<sup>14</sup> Un excelente capítulo dedicado a la vida y obra de Kelsen, donde pueden verse sus avatares como profesor y teórico en la República de Weimar, donde se destacó además como defensor del sistema democrático y de libertades, así como su caso de víctima de la persecución antisemita y antipositivista, en Sosa Wagner (2005: 379-420).

<sup>15</sup> Hart (1962: 30): “Los villanos de la pieza, responsables de la concepción de que el juez es un autómata, no son los pensadores utilitaristas. La responsabilidad, si debe recaer en algún teorizador, le corresponde más bien a pensadores como Blackstone y, en una época anterior, Montesquieu. La raíz de este mal es la preocupación por la separación de poderes y la ‘infantil ficción’ de Blackstone –así la llamaba Austin– de que los jueces sólo ‘declaran’ y nunca ‘crean’ Derecho”.

<sup>16</sup> La distinción ya clásica entre positivismo como *approach*, como teoría y como ideología pertenece a Bobbio (2015: 101-122), quien señaló que lo verdaderamente valioso del positivismo jurídico era su distinción entre el derecho “que es” y el derecho “que debe ser”, así como la tesis de las fuentes sociales del Derecho.

normas jurídicas. Cosa distinta ocurre cuando evaluamos o criticamos el derecho aplicable, o cuando formulamos recomendaciones para su modificación, a partir de ideales morales, políticos o económicos. Describir, prescribir y evaluar son cosas diferentes. Ahí está el foco metodológico del positivismo.

### 3.1. La separación conceptual entre derecho y moral

En cuanto a la relación entre derecho y moral, es difícil, por no decir imposible, llegar a comprender y explicar la estructura y funcionamiento de un sistema jurídico si respecto de él se asume de entrada una perspectiva valorativa y un punto de vista exclusivamente interno restringido solo a la verificación de la correspondencia o no del mismo con un conjunto determinado de valores, en lugar de asumir más bien una perspectiva analítica y un punto de vista externo<sup>17</sup>, en el cual a partir de conductas observables en cualquier sistema jurídico se verifique, más allá de las piezas o componentes que lo integran, el grado de adhesión y cumplimiento (no por razones morales exclusivamente, sino debido a otros incentivos) de sus prescripciones, por parte de quienes actúan dentro de él, tal y como lo propuso H. L.A. Hart (2012: 110 y ss.) en *El Concepto de Derecho*<sup>18</sup>.

En efecto, mientras la perspectiva axiológica hace depender la validez, y en casos hasta la existencia, de una norma, una institución o una práctica social, de su correspondencia o grado de realización de un determinado valor, principio o marco teórico; la perspectiva analítica y externa deja de lado esa exigencia, no por inmoral o amoral, sino por coherencia con su propósito, que es conocer y no juzgar. Y, a partir de conceptos y definiciones generadas a partir de lo observado, describir la norma, institución o práctica social, afirmando su existencia y validez a partir del grado de reconocimiento, uso y aceptación manifestado en los usuarios o destinatarios de aquéllas, en atención a su pertenencia al sistema jurídico.

No evalúa, por tanto, el grado de justicia de la práctica social estudiada, sino que describe la conducta de los sujetos vinculados o involucrados con esa práctica, con fines muy concretos cabe señalar, más allá del reconocimiento de validez y vigencia, tales como su eficacia, utilidad, prevención de sanciones o generación de beneficios, efectos sobre terceros y las autoridades, etc.

Se puede afirmar que la perspectiva analítica fue asumida por Ludwig von Mises al describir el funcionamiento de la planificación centralizada en su obra *Socialismo* (Von Mises, 1999), para explicar, sin juzgar moralmente, el funcionamiento de dicho sistema económico. A partir de conceptos y definiciones aplicables a cualquier economía, considerando que toda economía responde al mismo problema humano –la escasez–, Mises se tomó en serio a la planificación central, a pesar de su rechazo a la misma, describió y explicó su desempeño, con el objeto de demostrar

---

<sup>17</sup> Sobre el tema, véase Millaleo Hernández (2014: 143 y ss.).

<sup>18</sup> Al respecto, Perry (2001: 320) expone: "The most straightforward understanding of methodological positivism would look to what I earlier called the descriptive-explanatory method. Legal theory is, on this view, a form of scientific enterprise the point of which is to advance, from an external viewpoint, descriptive, morally neutral theories of the social world. A particular theory adopts the characterization of empirical phenomena that it does because the theory's proponents believe that characterization has explanatory power. As was noted in the preceding section, explanatory power is most plausibly understood as referring to metatheoretical criteria for assessing scientific theories: predictive power, theoretical simplicity, and so on. On the descriptive-explanatory interpretation of Hart's methodology, the reason for equating 'law' (understood now as a term of art internal to the theory) with social systems based on a rule of recognition would be that one has grounds for believing that such a characterization has explanatory power in the sense just described".

en qué medida dicho sistema resultaba contradictorio, ineficaz y poco observado, en la práctica, por sus destinatarios.

Si el autor citado, en lugar de lo anterior hubiera asumido una perspectiva axiológica del sistema económico, haciendo depender la existencia de este último de su correspondencia o grado de realización de los valores, normas y prácticas sociales de la economía de mercado, no hubiese podido escribir la referida obra, pues simplemente habría dicho que como la planificación central no se ajusta a la axiología económica que él considera válida, aquella entonces no es un sistema económico, conclusión que poco o nada habría permitido a los interesados conocer en qué medida la planificación resuelve o no el problema de la escasez.

Lo mismo ocurriría si, respecto de un sistema jurídico cuyo contenido y funcionamiento se quisiera conocer, en lugar de describirlo de entrada se lo pretendiera evaluar en cuanto a su adecuación o no a valores trascendentes o inmanentes al sistema, como los defendidos por los iusmoralismos en sus diversas manifestaciones, o por el liberalismo. Ello es así, pues en ese caso, en lugar de identificar los componentes del sistema jurídico y explicar cómo funcionan, dando así cuenta del derecho practicado en una sociedad, se sostendría que al no ajustarse lo observado a los valores considerados correctos por el observador, entonces no hay derecho como tal en dicha sociedad, a pesar de existir coacción, sanciones, derechos subjetivos, procedimientos, competencias u obligaciones.

Huelga insistir en que no se trata de negar vínculos entre los componentes del sistema jurídico y contenidos axiológicos, por ejemplo, entre las reglas, interpretaciones judiciales y actos administrativos, y valores, principios o convicciones provenientes de ámbitos como la moral, la política o la cultura en sentido estricto, así como de las preferencias e intereses de los operadores jurídicos. Esos vínculos existen, son inevitables y la perspectiva analítica no los niega, ni mucho menos los condena como elementos “impuros”<sup>19</sup>.

Por el contrario, los reconoce y los incorpora a su descripción, solo que no hace depender ni la existencia, ni la validez, ni la eficacia del sistema jurídico, de esa relación, que por demás es contingente y no necesaria, y no supone subordinación causal, con fuerza de necesidad, de lo jurídico a lo extrajurídico. Como bien lo permite comprender la perspectiva analítica, combinada con los puntos de vista externo e interno ya referidos, existirá y tendrá validez el derecho aun allí donde no se ajuste a ideales o principios axiológicos considerados correctos por un sector dentro o fuera de esa sociedad, si para la mayoría de los integrantes de ésta aquél es observado en grado suficiente por su pertenencia a un sistema normativo reconocido como derecho, que aporta lo que de él se espera a efectos del funcionamiento social: certeza, seguridad, orden y estabilidad.

Como ejemplos de lo anterior, tenemos que, una norma administrativa puede otorgar a la Administración poderes discrecionales excesivos, contrariando así un contenido del principio del Estado de Derecho defendido por el liberalismo, esto es, como sinónimo de imperio de la ley y no como *Rechtsstaat*<sup>20</sup>. Asimismo, una norma penal puede castigar una conducta que de forma manifiesta contrarie un principio como la no discriminación, defendido por los iusmoralismos actuales. Ambos principios, incluso, pueden estar positivados en preceptos del sistema jurídico. Sin embargo, mientras sean observados por los destinatarios, o, incluso habiendo sido

<sup>19</sup> De hecho, en su análisis sobre la discrecionalidad judicial, Hart y los diferentes exponentes del llamado positivismo incluyente, reconocen la existencia y relevancia de estos elementos, como parte de la práctica jurídica. Al respecto, ver: Rodríguez (2002: 155 y ss.).

<sup>20</sup> Cfr. Pereira Menaut (2003: 25 y 33).

cuestionados por estos, no sean expulsados de manera formal del sistema por una instancia competente para ello, esas normas serán derecho. Correspondrá activar los mecanismos de producción o de control de validez previstos en el propio sistema para lograr la erradicación de los preceptos cuestionados.

Quiere ello decir que, mientras sean válidos y estén vigentes esas normas, vincularán y permitirán ejercer la coacción a las autoridades. Afirmar lo contrario, por muy en contra que se esté de ambas, además de implicar una confusión entre los planos del “ser” y del “deber ser”, constituirá una afirmación falsa, divorciada de la realidad, que llevará a las personas a tomar decisiones contrarias a sus propios intereses y su libertad. Aquí se debe aclarar que no se afirma que ambas normas son derecho por un sesgo estatista, proclive a la obediencia a la autoridad estatal, por asimilar derecho a mandatos, o por equiparar derecho y legislación.

Tampoco porque se postule que las personas deban abstenerse de cuestionar los sistemas jurídicos y de actuar para que sean modificados para mejorar su contenido. Se afirma que las normas que permiten la discrecionalidad excesiva y la sanción discriminatoria son derecho tan solo porque es lo real, lo que sucede, la práctica observada y materializada en actos dictados en ejercicio de una potestad administrativa y en penas de prisión impuestas por sentencias con respaldo en una norma que sanciona una conducta determinada.

Para la perspectiva positivista, el derecho es un fenómeno que responde a convenciones sociales, es un sistema normativo particular que coopera con otros sistemas normativos, por ejemplo, con sistemas morales, donde pueden coincidir normas como “no matarás”. De acuerdo con un símil empleado reiteradamente por el autor García Amado (2015: 204), la relación entre derecho y moral es como la relación entre el sexo y el amor, en la que uno no siempre lleva al otro. Por ello, no son infrecuentes los componentes de un sistema jurídico irrelevantes en principio para el ámbito de la moral, que son tan derecho como las normas pertenecientes a ese sistema, aunque sean injustas o incorrectas de acuerdo con alguna perspectiva moral. En estos casos, la norma jurídica no deja de ser derecho por ser amoral, inmoral o contraria a cierta idea de justicia.

Téngase en cuenta el caso de una ley sancionada por una mayoría absoluta de congresistas, pues así lo permitía el procedimiento de formación de la ley, en desacuerdo con minorías del Congreso que salvaron su voto o votaron en contra. A pesar de lo anterior, la ley sancionada, además de democrática en términos procedimentales, es válida en términos jurídicos y, si es publicada en el órgano oficial del Estado para que adquiera eficacia, estará vigente, siendo entonces poco realista, y hasta irresponsable, sostener que no es derecho porque no se ajusta a tal o cual principio que defendían las minorías derrotadas en el debate legislativo.

Siguiendo a García Amado (2014), es necesario aclarar que adoptar un enfoque positivista no quiere decir que no se tengan convicciones morales. Kelsen con su oposición al nazismo (Feher, 2014: 181-199) y H.L.A. Hart con sus críticas a la política legislativa en tiempos de Thatcher (Lacey, 2004: 356 y ss.) son prueba de ello. Ahora bien, lo que sí procuran no hacer los positivistas, y en eso resultan más popperianos y responsables en términos intelectuales que algunos liberales y los iusmoralistas, es insistir en que sus convicciones morales deben inundar el derecho de una sociedad determinada como condición para reconocer como derecho al sistema jurídico operante.

Un jurista que adopte la perspectiva positivista, adopta un enfoque metodológico, no uno axiológico u ontológico<sup>21</sup>. Sigue, pues, la distinción aceptada en ese campo, entre la economía positiva y la economía normativa. No aspira a proponer una teoría del poder, y más bien estaría orientado a proponer una ciencia de la acción humana en el campo del derecho (García-Salmónes Rovira, 2013: 266 y ss.), esto es, una ciencia del derecho derivada en última instancia de las decisiones y conductas de los individuos interactuando entre sí y en relación con ciertas normas en una comunidad determinada.

Por ello, jamás sostendrá que una norma que vaya en contra de su moral no es derecho, como sí lo hacen los liberales al sostener que la legislación que no se adecúe a la *thesis* no es derecho<sup>22</sup>, o los iusmoralistas, cuando no reconocen como derecho una norma que vaya en contra de su moral, aunque esté en el Código Penal y se haya establecido por mayoría parlamentaria democrática.

El enfoque positivista acepta los desacuerdos que subyacen al derecho, es consciente del pluralismo de valores reconocido por Isaiah Berlin<sup>23</sup> y no estima posible ni conveniente, por ser contrario a la libertad individual, proponerse la “objetivación” de la moral a través del derecho. De allí que en general, algunas civilizaciones, en particular la occidental, hayan aceptado que la moral es un código personal, consensual e intersubjetivo, propio del ámbito de la libertad individual, que no puede ser obligatorio en términos institucionales, mientras que el derecho es el código de todos, reconocido como obligatorio en términos institucionales y respaldado por la coacción formalizada, a pesar de que su contenido sea, en última instancia, definido por instancias habilitadas para ello y no de forma convencional entre todos los destinatarios del sistema jurídico (como lo muestran el caso de las leyes, las regulaciones, las sentencias, los arbitrajes, las declaraciones y pactos internacionales, las potestades, etc.).

Tal vez porque en algún punto de nuestra evolución social e individual como seres humanos (Fischer, 2017) entendemos que, mientras de la moral esperamos criterios para la acción desprovista de coacción en el ámbito de los fines y las preferencias personales o de grupo, del derecho esperamos otras cosas relativas a la vida en común, como estabilidad, previsibilidad, medios no violentos de resolución de conflictos, definición de roles en la sociedad, orden y criterios para la toma de decisiones, como condiciones básicas para la supervivencia en sociedad, a través de intercambios, cooperación y castigo a las conductas socialmente nocivas<sup>24</sup>.

### 3.2. La tesis de las fuentes sociales del derecho

A parte de la separación conceptual entre derecho y moral, la otra tesis fuerte del positivismo jurídico es la relativa a las fuentes sociales, tesis que viene a recordarnos que el derecho tiene carácter artificial, en el sentido de ser una creación, un invento, o una herramienta hecha, o puesta, por el ser humano para satisfacer sus necesidades. Conforme a esta tesis, por un lado, se refuta la fundamentación divina o racional –como suele ser defendida por las distintas tradiciones iusnaturalistas– de las reglas jurídicas, se ratifica la desconexión conceptual o necesaria con valores

<sup>21</sup> En efecto, según Bobbio “lo central del positivismo jurídico no es una valoración positiva del derecho positivo, sino: (i) un *approach* que nos permite distinguir el derecho real del derecho ideal; y (ii) una teoría de las fuentes estatales del Derecho (la constitución, la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia, etc.)”. Cfr. Arias Castillo (2013: 17) y ver Bobbio (2001: 37-66).

<sup>22</sup> Siendo el caso paradigmático el de Friedrich A. Hayek, señalado en el presente trabajo.

<sup>23</sup> Ver una reciente y lúcida reivindicación de este aspecto de la filosofía moral y política de Isaiah Berlin en Vargas Llosa (2018: 235 y ss.).

<sup>24</sup> Cfr. Figueroa Rubio (2014).

como la justicia, la belleza, la eficiencia u otros –sin desconocer las posibles y presentes conexiones contingentes con tales valores, insistimos– y se afirma que el derecho debe su existencia, vigencia, autoridad, validez y obligatoriedad a la ocurrencia de hechos empíricamente verificables en la sociedad.

La mejor y más depurada explicación de esta tesis de las fuentes sociales la hallamos en la obra de H.L.A. Hart, conforme a la cual el hecho social que da nacimiento al derecho es la presencia de una regla –en el sentido de comportamiento regular de las personas, observable desde una perspectiva externa–, a la cual denomina regla de reconocimiento, que debe satisfacer dos condiciones: (i) expresar criterios de validez que sean aceptados como estándares de conducta oficial por determinadas autoridades; y (ii) contar con la aceptación general de los ciudadanos, quienes en condiciones normales cumplen las reglas de conducta consistentes con dichos criterios de validez<sup>25</sup>. Como correctamente lo señala Himma, todos los autores positivistas, de una forma u otra, están comprometidos con la tesis de las fuentes sociales, si bien pueden tener desacuerdos sobre cuál sea en específico el hecho social que en última instancia explique la existencia de un ordenamiento jurídico (Himma, 2002: 126 y ss.; Waluchow, 2007: 95 y ss.).

La otra cuestión que divide a los autores positivistas, entre positivistas fuertes, o excluyentes, y positivistas suaves, o incluyentes, se debe a la textura abierta de la regla de reconocimiento (y, por ende, su posible vaguedad y/o ambigüedad, como ocurre con cualquier regla). Así, los primeros interpretan que las fuentes convencionales del derecho se agotan con la constitución, la ley, el reglamento y demás fuentes reconocidas por el Estado, mientras que los segundos estiman que la regla de reconocimiento en ocasiones otorga autoridad también a otros materiales normativos, no necesariamente jurídicos en origen, tales como los principios morales, o determinados estándares aplicables a las políticas económica y social<sup>26</sup>. En cualquier caso, más allá de estos debates, la teoría de la regla de reconocimiento es la mejor explicación para sostener la tesis positivista de las fuentes sociales, a tal punto que hasta los más enconados críticos del positivismo jurídico así lo reconocen sin ambages<sup>27</sup>.

Esta tesis de las fuentes sociales es capaz de explicar –sin entrar en consideraciones sobre su justificación, lo cual corresponde a otro tipo de esfuerzo intelectual– que ciertas fuentes del derecho hayan prevalecido sobre otras en determinadas circunstancias históricas, políticas y culturales, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, con las épocas de esplendor del derecho judicial (el pretorianismo de la tradición romano-canónica, o el *common law* anglosajón), o con la contemporánea hipertrofia legislativa y reglamentaria bajo el Estado Administrativo en ambos lados del Atlántico<sup>28</sup>, sobre lo cual volveremos. Aparte de ello, la tesis de las fuentes sociales

<sup>25</sup> Ésta es una estrategia muy preferible, por claridad y calidad explicativa, a la de la *norma fundante básica* de Kelsen. Ver Kelsen (2002a: 201 y ss.).

<sup>26</sup> Cfr. Marmor (2002: 104 y ss.).

<sup>27</sup> Por todos, Dworkin (1999: 119).

<sup>28</sup> García de Enterría (2000: 48-49): “La segunda gran crisis de la Ley, y seguramente la más grave, es la producida por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las Leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que complementan o ejecutan las Leyes. La vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dado paso a la situación actual en que la sociedad nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético”.

no ampara o da cobijo solamente a las fuentes estatales<sup>29</sup>, y es perfectamente compatible con visiones evolucionistas sobre las instituciones<sup>30</sup>, aun cuando en el liberalismo subsista una actitud de hostilidad<sup>31</sup>, o cuando menos de incomprendión o silencio<sup>32</sup> hacia las tesis del positivismo jurídico. Por último, la tesis de las fuentes sociales es compatible con el ideal regulativo del Estado de Derecho, defendido al menos por el liberalismo clásico (no anarquista) y que supone abogar por límites y controles sobre las autoridades que deben garantizar en última instancia, la correcta creación y aplicación de las reglas jurídicas. Sobre dicho ideal regulativo dedicaremos otra parte de este trabajo.

#### 4. Una caracterización de las críticas contemporáneas más notorias al positivismo jurídico

Habiendo explicado las tesis centrales del positivismo jurídico, nos parece importante efectuar una breve caracterización de las críticas contemporáneas más notorias hechas hacia aquel. Ello el propósito de evidenciar que dichas críticas normalmente fallan en el blanco, dado que los propósitos de estas posturas rivales son muy distintos, pues no van en pos de la claridad conceptual, o con la intención de esclarecer metodológicamente el objeto de estudio, sino con otros objetivos, tales como justificar la agenda política de los tribunales constitucionales, o la consecución de la igualdad material, o la justicia distributiva, o justicia social. Dichas concepciones rivales, por cierto, suelen ser bastante contrarias –cuando no hostiles, como el caso del antipositivismo de Ronald Dworkin<sup>33</sup>– hacia el liberalismo económico y político clásico.

Los enfoques críticos de la perspectiva positivista, en general, acusan a esta de: (i) no contar con una metodología idónea para operar en la práctica con los actuales sistemas jurídicos, llenos de valores, principios, derechos y otros contenidos axiológicos; (ii) no aportar una estructura conceptual acorde para explicar la relación actual entre derecho y moral derivada de esos contenidos axiológicos; (iii) no destacar la importancia de la actividad jurisdiccional, en especial de la justicia constitucional, en los sistemas jurídicos contemporáneos; (iv) ser proclive a justificar y legitimar cualquier estructura de poder, incluso régimenes autoritarios y totalitarios al equipar derecho a Estado; (v) degradar la calidad y justicia del derecho al equipararlo con la legislación y la regulación, en lugar de proponer criterios metajurídicos para su producción; y (vi) justificar el predominio del sobreabundante derecho legislado por sobre el derecho del precedente, que sería menos estatista y garante de la libertad<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Ello es así a pesar de la coincidencia histórica entre el surgimiento de los Estados nacionales y el positivismo jurídico como teoría, lo cual hacer lucir al positivismo como una teoría estatalista (no estatista, que es otra cosa), anclada exclusivamente en las fuentes estatales del derecho. Ver: Bobbio (2015: 107).

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, sostendemos que no existe contradicción alguna en afirmar, por una parte, que las instituciones han surgido en muchas ocasiones como consecuencias no deseadas, o planificadas, de la acción humana libre; y por otra parte aseverar que en una sociedad corresponde a determinadas autoridades reconocer, dar fe y hacer valer los postulados de dichas instituciones.

<sup>31</sup> Esa hostilidad hacia el positivismo llega a un punto francamente incomprendible. Así vemos cómo un autor que dice ser liberal –y defensor de las ideas de F. A. Hayek, para ser más específicos– encuentra loable el antipositivismo de Ronald Dworkin, un autor que aparte de antipositivista, también fue claramente contrario a las ideas de libertad económica defendidas por la Escuela Austríaca de la Economía. Cfr. Herrán Alonso (2010: 191, nota al pie).

<sup>32</sup> En un excelente trabajo, el más reciente de teoría jurídica liberal escrito en castellano, esta posibilidad es completamente omitida o silenciada una vez más, pues se parte de la semipaterna –y peyorativa– visión liberal del positivismo como una muestra de racionalismo constructivista que va en detrimento de la acción libre individual. Cfr. Rojas (2018: 195 y ss.).

<sup>33</sup> Cfr. Vigo (2006: 167 y ss.)

<sup>34</sup> Véase al respecto el ya referido trabajo de Atienza Rodríguez y Ruiz Manero (2006).

Es natural y comprensible que los seres humanos aspiremos a que las instituciones, realidades y resultados de los ámbitos de la política, la economía y el derecho, por ejemplo, se ajusten a modelos ideales, estructurados a partir de una idea propia, interna, a partir del acuerdo con otros, o sobre la base de una tradición dada que se asume como la mejor, más correcta o beneficiosa. Y es legítimo que, siempre que no se ejerza coacción sobre otros, cada quien, a través de la persuasión, la negociación y los acuerdos, de prácticas comunicativas y no de imposiciones arbitrarias, procure que los contenidos de esos modelos sean una realidad para todos.

Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el complejo proceso político-jurídico que debieron seguir Abraham Lincoln y los abolicionistas para lograr la aprobación en 1865 de la XIII enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América para abolir la esclavitud, en un contexto donde no necesariamente el abolicionismo contaba con el abierto apoyo de la mayoría de los representantes y representados de ese país<sup>35</sup>.

Lo que no es comprensible, al menos desde una perspectiva positivista, es que se pretenda imponer a través del derecho contenidos morales, políticos o de índole similar, mediante atajos que eviten el debate público según prácticas democráticas y argumentativas, y mediante decisiones que adopten la fuerza de cosa juzgada. Menos aún, si lo que se busca es establecer una moral objetiva, esto es, de una idea de bien definida por la autoridad y no elegida o acordada por las personas, respecto de los diversos problemas morales que se suscitan en la sociedad.

Para el enfoque analítico y descriptivo aquí sostenido, el derecho comienza a perder su consistencia interna, su eficacia y más allá, su autonomía como sistema normativo, cuando desde una visión iusmoralista o alguna similar se pretende desconocer sus fuentes sociales. Lo mismo ocurre cuando, a partir de instancias de poder, y con la excusa de hacer más justo o legítimo dicho sistema, se lo comienza a subordinar a otro sistema normativo, como puede ser la moral, solo que en este caso un sistema particular y no general, desde el cual no solo se imponen contenidos morales no necesariamente aceptados por el conjunto de las personas, sino también se desnaturizan los componentes del derecho, tanto a nivel práctico como a nivel analítico y conceptual.

Que el Estado sea de justicia y no de derecho, que la vivienda digna sea un derecho subjetivo y no una forma de propiedad privada, que la democracia sea “directa” y no representativa con mecanismos de participación, que la justicia constitucional pueda sustituir a los Poderes Públicos en lugar de resolver controversias constitucionales, que el aborto, el matrimonio igualitario o la discriminación positiva estén permitidos, entre otros, son asuntos de alta política, que involucran importantes disputas morales, ante las cuales es la discusión abierta, democrática y parlamentaria, la que debería prevalecer, en lugar de someterse al formal y muy limitado debate judicial, como algunos enfoques recientes del derecho, en general antipositivistas, proponen.

Ejemplos de estos enfoques que denominamos aquí, siguiendo a García Amado, iusmoralistas<sup>36</sup>, se encuentran en la obra de R. Dworkin, R. Alexy y C.S Nino, entre otros, así como en los trabajos de quienes adhieren sus tesis, como son el neoconstitucionalismo y la hermenéutica jurídica. Pero curiosamente, también están presentes en algunas tradiciones liberales, en las que la falta de correspondencia entre uno o varios componentes de un derecho positivo con el ideal jurídico de esas

<sup>35</sup> Proceso descrito en el apasionante relato de Kearns Goodwin (2006).

<sup>36</sup> Ver sobre el tema: García Amado (2015).

tradiciones, es suficiente para considerar a ese o esos componentes como no derecho, negando así la perspectiva de las fuentes sociales –no necesariamente estatales– del derecho.

Como puede verse, ya sea a través del razonamiento de los erizos que logran la única solución correcta en los casos difíciles (Dworkin), del método de la ponderación para resolver según la razón conflictos entre valores o derechos del mismo rango (Alexy) o de la construcción racional de soluciones jurídicas a salvo de excesos de discrecionalidad (Nino), se plantea en estos enfoques la posibilidad de establecer racionalmente desde el derecho un sistema de valores morales objetivo y, a partir de él, un conjunto de respuestas y soluciones correctas, justas, a la totalidad de los problemas prácticos que se generen en una sociedad, y en que sea necesario o posible emplear la coacción para resolverlos.

En el caso del neoconstitucionalismo, en general, se propone el paso de un Estado de Derecho a un “Estado de derechos”, con énfasis en la protección y garantía de derechos fundamentales “prestacionales”, asumir la Constitución como un programa axiológico, el predominio en la interpretación judicial del derecho de los valores, principios y derechos fundamentales contenidos en el programa sobre las reglas, el abandono de la separación entre derecho y moral a partir de la Constitución, la existencia de una justicia constitucional con funciones adicionales a la jurisdiccional y el cuestionamiento de la tradicional tesis de la división del Poder Público<sup>37</sup>. Peor aún, en algunos casos se invocan supuestas prácticas o identidades culturales para sostener la existencia de un sistema jurídico *sui generis*, que solo es tal en la medida que reivindica a los genuinos practicantes de dichas prácticas<sup>38</sup>.

En paralelo al neoconstitucionalismo, con algunas diferencias entre sí, avanza el enfoque del derecho como argumentación, liderado, entre otros, por Atienza Rodríguez (2012), el cual sostiene que el derecho más que un sistema normativo es una práctica argumentativa constante, susceptible de objetivación ética, por lo que niega que exista una separación entre moral y derecho, y a partir de allí que una norma injusta sea una norma jurídica. En este enfoque, explícitamente antipositivista, existe entonces una moral por encima del derecho, que lo condiciona y por tanto es la “objetivamente verdadera”.

Coindicen todos los enfoques anteriores en ser variantes de un objetivismo constructivista en el plano de los valores y principios morales y de otra índole. El enfoque positivista, debido a su preocupación analítica, no ontológica ni metafísica, y a su perspectiva externa o descriptiva sobre la producción y funcionamiento del derecho en cualquier sociedad, no acepta tal posibilidad, y más bien reconoce la existencia de un sano y tal vez insuperable relativismo o pluralismo moral, el cual, a través de las fuentes sociales –tanto las estatales como las no estatales o privadas– permean el contenido del derecho, pero sin afectar ni desnaturalizar los componentes del sistema, en tanto no los subordinen a una determina moral intolerante o excluyente de otras posibles que puedan incidir en el ordenamiento a través de leyes, contratos, regulaciones o interpretaciones, y no impidan satisfacer expectativas que en general tienen de él las personas, y mantienen abierta la posibilidad del cambio.

Otros enfoques críticos de la perspectiva analítica y descriptiva del derecho son los desarrollados por la “hermenéutica jurídica”, una orientación que tuvo sus inicios en el siglo XIX. Como lo ha explicado García Amado, estos enfoques, siguiendo a Gadamer, proponen “una ontología jurídica que ve el derecho como objeto en

<sup>37</sup> Ver Barberis (2003) y Pozzolo (2003).

<sup>38</sup> Como se hace por ejemplo en Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2011).

permanente constitución en un proceso circular entre una creación de normativa que es siempre interpretación, y una interpretación de enunciados normativos que es siempre, también, creación normativa"; y asimismo, la pérdida de sentido de "la pretensión de una teoría normativa de la interpretación jurídica, y el deseo de no renunciar por completo a la indicación de reglas que nos salven de la arbitrariedad o el subjetivismo del intérprete judicial" (García Amado, 2003: 219-240). Aquí la interpretación pasaría a describir y agotar la totalidad de lo jurídico, donde interpretar supondrá mucho más que la atribución de significado a un texto<sup>39</sup>.

La legislación, la regulación, los contratos y demás actos jurídicos, distintos a la sentencia judicial –o al acto administrativo, por ejemplo–, serían casi por completo irrelevantes al momento de identificar y utilizar el derecho, pues asemejándose en ello a lo sostenido por los enfoques realistas, será lo que en esas sentencias se establezca, a través del complejo proceso hermenéutico (interpretativo en términos de comprensión histórica, estética y lingüística), y no lo prescrito en las normas del sistema jurídico, lo que es derecho.

En el caso de las críticas formuladas por el liberalismo, como ya se indicó, éste sostiene que el enfoque positivista degrada al derecho y es negativo para las personas en tanto acepta como parte del sistema jurídico normas que pueden ser contrarias a la libertad individual, por ejemplo, la aplicación de mandatos y no de leyes en sentido estricto a la conducta de los particulares.

Lo es también porque reconoce como fuente de derecho a los actos estatales, en lugar de solo reconocer como tales a las fuentes no estatales identificadas por la teoría evolutiva de las instituciones sociales (Martínez Meseguer, 2009: 207 y ss.). Para este sector del liberalismo, se podrá reconocer como derecho a las normas, principios, valores y demás componentes o piezas que resguarden la libertad individual y limiten el poder de la autoridad y cualquier aceptación o reconocimiento de algo diferente como derecho, es una justificación autoritaria del poder y, por tanto, antiliberal.

Las posturas liberales que sostienen lo anterior, adoptan un significado de positivismo inadecuado para describir el enfoque analítico aquí examinado. Ni H.L.A. Hart, ni Bobbio ni Carrión, por ejemplo, adoptaron un enfoque ideológico sobre el derecho, sino uno descriptivo, que dejara a otras disciplinas la discusión acerca de los contenidos que debiera acoger el sistema jurídico –tipo de contratos, de potestades, de derechos, de obligaciones, de penas, y demás cuestiones sustantivas–. Por ello, el enfoque aquí defendido implica reconocer como legítimo, correcto o justo a aquel sistema jurídico que no garantice la libertad individual, por ejemplo.

Acusar de ello al positivismo como enfoque descriptivo equivaldría a acusar a Mises de ser socialista por aceptar y reconocer que la planificación central es un sistema económico, lo que resulta absurdo. Se reconoce como derecho lo que funciona como tal tanto para el conjunto de las personas de una comunidad como para la autoridad que opera en ella, no obstante el grado de rechazo parcial o total que el contenido de aquél pueda generar.

---

<sup>39</sup> Cfr. Orunesu (2012: 213 y ss.). En un trabajo sobre el pensamiento de Arthur Kaufmann, otro importante autor de la tradición hermenéutica, Serna Bermúdez (2005) describe los elementos comunes de dicha tradición, siendo entre ellos el más importante la revaloración del sujeto en la comprensión de la realidad (o, dicho de otro modo, el intento de superar la dualidad sujeto-objeto), lo cual, en el plano jurídico se plasma especialmente en las tareas creativas y valorativas del juez y en el rechazo a la metodología jurídica considerada ortodoxa.

Dejará de ser derecho, por ejemplo, en la medida que la autoridad de forma deliberada y creciente no se ajuste a lo que el sistema jurídico establezca, o que los particulares dejen de utilizar sus componentes y empleen otros mecanismos para relacionarse entre sí, para aplicar sanciones o recompensas. En definitiva, cuando sus contenidos ya no atiendan a sus fuentes sociales, y deje de ser reconocido como obligatorio, como vinculante, tanto por autoridades como por particulares. No por vulnerar la libertad, los Derechos Humanos o la justicia. Si hace esto será un derecho inconveniente, perjudicial, pero no dejará de ser derecho.

Varias de las corrientes críticas anteriores se autodenominan *post-positivistas*. Invitan a abandonar el enfoque positivista por ideológico o por inútil. Sin embargo, es importante advertir que varias de esas corrientes o enfoques no son ni aspiran a ser teorías del derecho. En algunos casos son aproximaciones filosóficas a los problemas teóricos y prácticos del derecho. En otros casos, son enfoques normativos o prescriptivos extrajurídicos de lo que el derecho debería ser. Finalmente, en otros casos son reflexiones críticas de una tradición que genera insatisfacción y frustración intelectual, por evitar la multiplicación de esencias así como la confusión entre lo que es y lo que deseamos que sea el sistema jurídico.

Mas ninguno de ellos cumple mejor la tarea de identificar, describir y explicar cómo funciona el derecho, esto es, las normas que gozan de respaldo institucional en una sociedad para ser impuestas coactivamente, a partir del reconocimiento social como derecho de esas normas, que la perspectiva analítica y descriptiva reimpulsada en el siglo XX por H.L.A. Hart, Bobbio y Carrión, entre otros. Dicha perspectiva se encuentra más cercana al empirismo que al racionalismo y al progresismo y, por tanto, se muestra más compatible con la garantía de la libertad individual que cualquier otro punto de vista que haga depender la validez del derecho de la moral u otras fuentes no sociales.

## 5. ¿Se sostiene la crítica liberal al positivismo jurídico?

Una de las posiciones antipositivistas que requiere mayor atención es la que proviene del pensamiento liberal. Un autor tan prominente del liberalismo como Hayek identifica al positivismo jurídico con la legislación contraria a la libertad individual, con la razón constructivista frente a su cosmos y su *catalaxia* (orden espontáneo, o proveniente de las consecuencias no deseadas) y, en fin, ve al positivismo como un conjunto de ideas erradas, con secuelas fatales para las libertades políticas y económicas. Como contraparte al positivismo, la posición hayekiana ve con buenos ojos la defensa del *common law* –el sistema anglosajón de decisión judicial mediante el establecimiento de precedentes– como única posibilidad para limitar la arbitrariedad del poder por medio de un derecho espurio.

Es cierto que Hayek advirtió sobre lo problemático de emplear la expresión “Derecho natural” al distinguir el derecho reconocido y respaldado por los no positivistas, del que reconocían –y no necesariamente respaldaban– los positivistas de su tiempo. Reconoció que en dicha expresión subyacía la tendencia a aceptar la existencia de un orden racional dado, superior en su contenido axiológico, pero desvinculado de la acción humana y, por tanto, muy cercano a los modelos utópicos colectivistas<sup>40</sup>. Pero esa advertencia no fue suficiente para permitir a Hayek –y a los

<sup>40</sup> Cfr. Montoya y González Altable (1993: 30): “Habría igualmente que matizar la interpretación de la filosofía jurídica de Hayek como un intento de restauración de la idea de ley natural, sociológicamente interpretada. Pues a la idea clásica de ley natural le era esencial la inclusión de un método por el que el contenido de la ley podría ser esclarecido. Como hemos visto, nada de esto se encuentra en Hayek que, con respecto al problema de los contenidos de los principios de justicia, adopta una postura más cercana

liberales en general que reflexionan acerca del derecho– desarrollar una filosofía y teoría jurídicas consistentes, útiles en la práctica, que sirvieran para identificar y evaluar los componentes de un sistema jurídico cualquiera, así como su funcionamiento. Asimismo, tampoco lo liberó de la inconveniente tendencia a aludir al Derecho natural y sus derivados, como los derechos naturales o la “naturaleza humana”, vía teoría evolutiva de las instituciones sociales, tal y como lo hacen también otros destacados pensadores liberales, como Leoni o Rothbard<sup>41</sup>.

Lo cierto es que no existe semejante orden superior, coherente, justo y garante de la libertad al que basta con “descubrir”, “reconocer” y “seguir” para impedir el abuso del poder y asegurar el imperio de las reglas sobre los mandatos.

El racionalismo metafísico implícito en el discurso naturalista liberal, le impide advertir que la ya aludida teoría evolutiva aclara que lo que en definitiva en cada sociedad se reconoce como derecho, responde a consensos, acuerdos, elecciones y prácticas sostenidas en el tiempo por las personas, que no siempre o necesariamente terminan siendo beneficiosas para la libertad. De ningún modo, la aludida teoría evolutiva supedita lo jurídico a una suerte de verificación de la compatibilidad de una institución con el contenido del derecho natural o alguna otra fuente no social.

Justo por su enfoque descriptivo y no metafísico, la teoría evolutiva de las instituciones –defendida en gran medida por Hayek– conecta más y mejor, en su análisis de lo jurídico, con la tesis de las fuentes sociales del derecho propuesta por el positivismo, más empirista que formalista, desarrollado por autores como H.L.A. Hart. Por el contrario, la tesis liberal de la existencia de principios evidentes, derechos inherentes o valores superiores determinantes del contenido del derecho, a efectos de su reconocimiento como legítimo sistema normativo de coacción, no encaja bien con la teoría evolutiva de las instituciones<sup>42</sup>.

En los hechos, en las sociedades se reconoce como derecho a ciertas normas, hábitos, principios o valores más por una combinación de aceptación voluntaria y temor a la sanción, que por la realización que estos últimos hagan de ciertos contenidos axiológicos, como por ejemplo, los que defiende el liberalismo, los cuales

---

al formalismo de Kant, como si las leyes justas pudieran establecerse partiendo de la misma forma de ley”.

<sup>41</sup> A pesar de que intentó hacerlo en Hayek (2006: 255 y ss.), pues al afirmar que “el Derecho está al servicio de un orden social [en el que] las acciones que solo conciernen a los individuos que las realizan no deberían estar sujetas al control del derecho, por más fuertemente que puedan estar reguladas por la costumbre y la moral”, asume que existe un único orden social justo o correcto, por así determinarlo la razón o la experiencia, pero no un acuerdo tácito o expreso, mediante un reconocimiento verificable en los hechos, de quienes se encuentran sometidos a ese Derecho. En definitiva, Hayek y en general los defensores de la tesis de la existencia de un único orden social justo no aceptan una tesis alternativa, más ajustada a la contingencia social que deriva de la libertad de las personas, como es la tesis implícita en la formulación de la regla de reconocimiento hartiana y la sostenida sobre el carácter convencional de los derechos humanos, basada en emociones como la empatía, la vergüenza y el cuidado de sí, expuesta en Hunt (2009).

<sup>42</sup> Para Santanatoglia (2008: 184), el desacuerdo entre la teoría jurídica de Hayek y el positivismo jurídico “no se da meramente al nivel de las nociones jurídicas que cada uno propone sino al nivel de sus presupuestos filosóficos y epistemológicos”. El problema se centraría en las nociones de racionalidad limitada y conocimiento disperso: Hayek considera que las reglas de conducta no pueden conocerse plenamente con anterioridad a la decisión de un juez, quien, en todo caso, sólo puede intentar “descubrir” tales reglas y aplicarlas al caso concreto. La explicación de dicha autora tiene sentido para nosotros, pues así como Hayek y la Escuela Austríaca de la Economía denuncian la imposibilidad del socialismo, al entender que en éste no existe cálculo económico sino imposiciones del Estado, *mutatis mutandis*, la tarea del positivismo jurídico de pretender describir los sistemas jurídicos se vería imposibilitada por su reconocimiento como jurídico sólo aquello puesto o decidido por la autoridad estatal, cuando las reglas de conducta serían producto del orden espontáneo de la sociedad.

en todo caso deben competir con otros que se le oponen, como los del socialismo, por lograr la preferencia de las personas.

También, por lo expuesto, la permanente crítica al derecho puesto por los órganos estatales como manifestación de una deformación o degeneración per se de los sistemas jurídicos, termina siendo una crítica débil cuando se funda en ese supuesto orden superior natural, derivado de la razón universal, colectiva o natural. La teoría evolutiva liberal, como la de Hayek, admite que en el momento de la “institucionalización” de las normas jurídicas, interviene una autoridad, una instancia a la que socialmente se la asigna esa labor, y ello per se no es un acto arbitrario, contrario a la libertad de las personas.

Siempre se podrá y deberá debatir cuánto derecho debe positivizar el Estado y cuánto la sociedad civil, el mercado, etc., así como, especialmente, qué tipo de derecho, y conforme a qué criterios, deben poder en un sector y en otros. Lo que no tiene sentido decir es que el derecho deja de ser tal, primero, si no respeta y garantiza la libertad individual, y segundo, si es producido principalmente por la autoridad – gobierno, congreso, jueces–, en lugar de por las personas a través de arreglos voluntarios. Podrá ello afirmarse en un plano prescriptivo, normativo, pero no descriptivo y empírico.

Que, en algún período de la historia, el derecho haya sido producido en mayor medida por los particulares que por la autoridad, y ello haya resultado beneficioso en varios sentidos, puede ser cierto e importante conocer. Pero que a partir de cierto momento a la fecha sea mayor el derecho elaborado por la autoridad, a través del Estado moderno, no tiene por qué asumirse como algo que haga menos jurídicos a los sistemas compuestos en su mayor parte por legislación, regulaciones y criterios judiciales, dictados por autoridades estatales.

Si los componentes de un sistema jurídico logran los cometidos que todo grupo humano espera de su derecho, esto es, cierto grado de previsibilidad de las conductas, castigos a las transgresiones, posibilidad de intercambios y definición de quiénes competen las tareas asignadas al Poder Público, y a través de qué procedimientos, entonces en esa sociedad hay derecho, realice éste o no el ideal político liberal del Estado de Derecho, por ejemplo.

Otra cosa, y el enfoque positivista aquí sostenido en modo alguno se opone a ello, más bien, lo potencia y estimula, es que los integrantes de cada sociedad actúen para que los componentes de su derecho cada vez aseguren de mejor forma la libertad, por ejemplo, teniendo en cuenta la fundamental diferencia, conceptual y no forzosamente institucional, entre *nomos* y *thesis*, y en qué medida ésta debe tener en cuenta a aquél (Hayek, 2006: 155 y ss.).

Lograr que legisladores, jueces o reguladores operen con esa distinción es muy útil para mejorar la calidad del derecho de un país, pero no para responder a un posible inversionista, a un trabajador inmigrante, a la parte de un arbitraje de equidad o a un interesado en afiliarse a una asociación civil, cuáles son los costos tributarios de iniciar un negocio, cuáles los requisitos para la contratación laboral de extranjeros, cuáles son las reglas para que el arbitraje sea válido o cuáles las obligaciones que asumen los miembros de esa asociación. Estas últimas se responden, con sus consecuencias más o menos beneficiosas para las personas, a partir del derecho puesto por la autoridad o por las personas y no por lo que la naturaleza o la razón, constructivista o no, sostenga. Por último, insistir en que derecho es solo lo que de acuerdo con estas fuentes no sociales se considere es, implica abrir la posibilidad de

que unos pocos “conocedores” de ese saber superior, una vez asumido el poder para ello, lo impongan en nombre del bien de todos<sup>43</sup>.

Es poco práctico sostener que el positivismo es el responsable de que se haya debilitado el sistema del *common law* –aquel sistema anglosajón de decisión mediante precedentes– y fortalecido el sistema del derecho legislado, primero, porque aspirar un retorno a aquél es poco realista, y segundo, porque tampoco el sistema de precedentes es en sí mismo garantía de límites al poder (de hecho, muchos de esos precedentes sostenían una serie de prerrogativas que iban en detrimento de lo que entendemos por Estado de Derecho).

Constituye un grave error conceptual del liberalismo equiparar positivismo a normativismo, y peor aún a teoría justificativa del contenido y obediencia de la legislación<sup>44</sup>. El positivismo, en el sentido dado en este trabajo a ese término, como ya se ha explicado, no es una filosofía, una ideología, o una teoría política, sino un método de identificación, análisis y evaluación de los componentes de un sistema, de un conjunto, llamado derecho. Nada más. A ese método, en su labor, le resulta igual si esos componentes los pone la autoridad o los ponen las personas, igual los identificará, reconocerá y evaluará, desde los criterios, por supuesto, con que le corresponde trabajar.

Entonces, el positivismo reconoce como derecho a la legislación o la regulación, por cierto, en modo alguno porque los dicte la autoridad, sino porque socialmente, las personas de carne y hueso, a partir de ciertos hábitos, costumbres, prácticas y consensos, así lo aceptan y lo reconocen. De igual forma, el positivismo reconoce como derecho, por las mismas razones, a los precedentes judiciales, a los contratos y, en general, a toda fuente de obligaciones reconocida como tal por quienes quedan vinculados a los componentes de ese derecho o sistema jurídico.

El problema, desde el punto de vista de la garantía de la libertad, más que desde la existencia del derecho, es que al disminuir el derecho positivizado través de precedentes y aumentar el puesto a través de la legislación y la regulación, a través de estas otras fuentes se haya incrementado el poder de la autoridad y reducido el ámbito de libertad de las personas. Pero esto ha ocurrido no porque el positivismo diga que eso es correcto y sea necesario para que funcione el derecho, sino porque en las autoridades productoras de derecho por esas vías han influido más y mejor las ideas contrarias a la libertad y favorables al estatismo, los poderes discrecionales y el intervencionismo, cuando no al autoritarismo, que las ideas que promueven y garantizan la libertad.

Tal influencia mayor, por lo demás, lo que muestra es cierta dificultad del liberalismo en su capacidad de convencer a más personas en el ámbito de la discusión de las ideas sobre cómo conducir a las sociedades. Deberían los liberales no atribuir al positivismo lo que es exclusiva responsabilidad suya.

Luego, hay dos razones más por las cuales la crítica del liberalismo hayekiano al positivismo a partir del tránsito del derecho del precedente al derecho legislado es, además de precaria, algo inútil. Primero, porque aspirar que incluso en los países en los que aquél predominó en algún momento vuelva a hacerlo, es poco viable considerando los cambios institucionales y sociales que en ellos han operado,

<sup>43</sup> En conexión con este punto, nos parece importante destacar la labor de un autor italiano que, sin incurrir en el llamado positivismo ideológico, ha hecho una defensa política y ética del positivismo jurídico muy interesante: Uberto Scarpelli (1997). Sobre la obra de Scarpelli y su defensa del positivismo, ver también: Morales Luna (2013).

<sup>44</sup> Como se hace en Hayek (2006: 244 y ss.).

justamente con motivo del desarrollo económico y social de las personas que los habitan. Una cosa es que la práctica del precedente se mantenga, por la utilidad que ello supone en términos de coherencia, certeza y eficacia del Estado de Derecho, de modo que los precedentes, en especial los beneficiosos para las personas, continúen vigentes en el tiempo, y otra que el precedente predomine respecto de la legislación y la regulación.

Las sociedades capitalistas del siglo XXI no son las sociedades precapitalistas de los siglos XVI, XVII y XVIII. Que haya exceso de legislación y regulación y que buena parte de ella sea, además de perniciosa, de muy mala calidad, nadie lo duda. Pero, de todos modos, son derecho, e institucionalmente es casi imposible revertir su predominio sobre el precedente, por lo que el desafío, lejos de deprimirse o hundirse en la nostalgia del tópico “todo tiempo pasado fue mejor”, es trabajar duro porque la legislación y la regulación contengan un derecho favorable a la libertad.

Segundo, porque tampoco el sistema de precedentes es en sí mismo garantía de límites al poder. Los jueces del medievo e inicios de la modernidad tampoco son los mismos jueces del siglo XXI. Las ideas y la posición institucional de aquéllos era una y la de los jueces de hoy es otra. Puede que, en esos siglos anteriores, por el contexto, las ideas y creencias predominantes, los jueces tanto del *common law* como del *civil law* tuvieran una concepción sobre su propia función más cercana a la defensa de la libertad de la que pueden tanto unos como otros tener en la actualidad al ser parte de estructuras organizativas regidas por principios como la competencia y la jerarquía.

Hoy los jueces actúan hacia el interior del Poder Judicial, que es una organización, no un servicio privado, y que cuando opera con independencia e imparcialidad brinda la más importante y humanamente realizable garantía de juicio justo a las personas, sin olvidar la tarea, también relevante, que realizan los medios alternativos como el arbitraje y la mediación, por ejemplo. Ahora bien, no existe forma alguna de sostener que un derecho por precedentes tenderá a ser más liberal que un derecho legislado o contenido en regulaciones, pues los jueces pueden ser tan o más estatistas, colectivistas o intervencionistas que los legisladores y reguladores.

Es más, con la influencia actual de los iusmoralismos, el neoconstitucionalismo y las teorías hermenéuticas y posmodernas en el campo de la filosofía y la teoría jurídica, es muy factible que en cualquier sistema jurídico, los jueces estén más dispuestos que nadie en el Estado a reducir los ámbitos de libertad de sus conciudadanos, en nombre del bien común, los Derechos Humanos, el ambiente o la igualdad. De nuevo, toda fuente social del derecho, sean estatales legislativas, estatales regulatorias o estatales judiciales, o privadas negociales o arbitrales, pueden y de hecho producen derecho deficiente, autoritario o perjudicial a las personas, pero a pesar de ello es derecho lo que producen, si socialmente es así reconocido por las personas.

Ni es factible una vuelta al sistema del precedente predominante, ni aunque lo fuera ello sería *per se* garantía de que tendríamos un derecho más liberal, tanto más porque el derecho, cuando de desborda el activismo judicial y se avanza hacia el gobierno de los jueces, se torna menos liberal, se aleja más de las discusiones y los acuerdos públicos democráticos, y se convierte más en la imposición por parte de los jueces. Ello es patente cuando dicho activismo lo llevan a cabo los tribunales supremos y sobre todo los tribunales constitucionales, los cuales suelen hacer pasar como derecho sus propias creencias, valores y convicciones, por más que se correspondan en contenido con lo que las personas esperarían que se reconozca como derecho.

Finalmente, una de las críticas más débiles que desde el liberalismo se realiza al positivismo es la que sostiene que este potencia el autoritarismo en perjuicio de la libertad individual (Hayek, 2006: 238)<sup>45</sup>.

Se afirma que es promotor de mandatos en lugar de reglas, debido a su supuesta tendencia a legitimar a la autoridad, tenga ésta la forma que tenga y a permitir y tolerar cualquier contenido en los componentes de los sistemas jurídicos, tanto por su tesis sobre la separación entre derecho y moral, que ya tratamos, como por su “conformismo” abstracto de limitarse a estudiar conceptos, figuras, instituciones y conductas, en lugar de adoptar los correctos, verdaderos y mejores valores o principios, y afirmar sin objeciones que solo si éstos son asumidos por los componentes del sistema jurídico, éste último puede aspirar legítimamente a ser reconocido como derecho, provenga de forma predominante de la autoridad o de los particulares.

Al respecto, valga señalar, primero, que solo con apoyo en una teoría analítica precisa, completa y coherente, en su lenguaje, ámbito de aplicación y consistencia interna, es que el ansiado equilibrio entre autoridad y libertad podrá lograrse, y no a través de cuestionamientos retóricos, anarquistas o nostálgicos, como son los que se formulan apelando a lo “natural”, a la eliminación de la autoridad estatal o la vuelta a un supuesto pasado menos autoritario.

Segundo, que esta crítica desconoce la función del método y lenguaje analítico al momento de identificar y operar con los componentes de un sistema, en este caso, el jurídico, ya que su rol no es el de legitimar, o dar razones para considerar correcto, o incorrecto, moral o inmoral, justo o injusto, el contenido, uso y efectos de un determinado componente, ya que se ocupa de la función, y no de su corrección. Y tercero, que no al estudiar las reglas, en obras como la de H.L.A. Hart al menos, se analizan diferentes tipos de reglas, la de reconocimiento, las primarias (de conducta) y las secundarias (de reconocimiento, de cambio y de adjudicación)<sup>46</sup>.

Es con el uso de nociones analíticas consistentes de Constitución, norma jurídica, derecho subjetivo, obligación, deber, sanción, daños, reglas, principios, responsabilidad o fuente, que se puede argumentar mejor por qué los llamados “derechos sociales” no son en realidad derechos, o por qué no todo el derecho que rige en una sociedad es estatal. También solo con apoyo en aquéllas es que resulta posible explicar al interior del derecho, por qué las normas que rigen la actuación de la autoridad deben asumir la estructura de mandatos, dando base al principio de legalidad, y por qué las que rigen a los particulares deben asumir la estructura de reglas, dando así soporte al principio de autonomía de la voluntad.

El positivismo propuesto por Bobbio, H.L.A. Hart y Carrión permite lograr lo anterior con mucha más eficacia que el iusnaturalismo o el iusmoralismo que tanto ha entusiasmado y continúa entusiasmando a los liberales. En esos enfoques, es mucho más complejo llegar a nociones estándar de Constitución, norma jurídica, derecho subjetivo, obligación, deber, sanción, daños, reglas, principios, responsabilidad, fuente, etc., ya que, en ellas, en general, lo que termina definiendo todo lo anterior son las propias preferencias del que las propone, y no la observación de las prácticas, conductas, acuerdos e instituciones que, en la práctica, les dan unidad, consistencia y permanencia.

<sup>45</sup> El pensador austriaco, de forma paradójica, terminó incurriendo en la misma falacia usada por los juristas nacionalsocialistas al momento de “justificar” su obediencia a normas y órdenes contrarias a la dignidad humana, consistente en atribuir al enfoque positivista la responsabilidad de tal proceder.

<sup>46</sup> Ver Guastini (2014) y Squella Narducci (2014).

Pretender, en cambio, demostrar que los derechos sociales no son derechos porque no son derechos naturales, por ejemplo, es mucho más complicado y probablemente menos posible, así como explicar a una autoridad por qué, más allá de los resultados negativos, es desde el punto de vista del funcionamiento de un sistema jurídico en que se reconoce la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad o la libertad individual, por ejemplo, aplicar mandatos a los particulares y reglas o, peor aún, principios, a las autoridades.

Acusar al positivismo de que es amoral porque estos análisis los hace sin entrar a valorar el contenido de las figuras o instituciones que analiza, es como acusar de lo mismo al análisis económico del derecho cuando analiza una decisión o acción jurídica. Ese método no se pronuncia sobre la corrección ética, moral o política de una acción, sino sobre lo racional e irracional que resulta para el agente, en términos por ejemplo de costos y beneficios, el adoptar esa decisión o acción. No se debe confundir la explicación de cómo algo se estructura y funciona, con la evaluación de cómo ese algo es legítimo o ilegítimo en términos morales, políticos o éticos.

Que el positivismo, en todo caso, reconozca a la autoridad como referencia principal para analizar, no es culpa suya, sino de que en la realidad social de todo país funcione alguna forma de autoridad para la toma de ciertas decisiones, respaldadas por la posibilidad legítima de ejercer coacción. No hay hasta ahora sociedades humanas que funcionen sobre la base de exclusivos acuerdos voluntarios sin respaldo de una autoridad capaz de emplear la coacción para forzar el cumplimiento de esos acuerdos, en caso de negativa injustificada a ello. Tampoco el anarquismo, como orden político, ha podido ser aplicado en alguna sociedad humana. El positivismo –sobre todo el positivismo incluyente– es realista, empirista, no romántico ni metafísico, y por tanto, incluye en su análisis lo que existe, aportando además insumos de mucha utilidad para valorar y pensar, ya no a nivel descriptivo sino prescriptivo, cómo mejorar lo que existe.

En tal sentido, hasta que el liberalismo o las demás tendencias antipositivistas con las que, curiosamente, aquél termina hermanado, no desarrollen desde sus postulados axiológicos estructuras analíticas para trabajar con los componentes de los sistemas jurídicos, esto es, un conjunto de conceptos eficaces, pautas y métodos de producción, interpretación y aplicación del derecho y, desde luego, criterios para el permanente mejoramiento del sistema de acuerdo a esos postulados metajurídicos, será el positivismo jurídico, a pesar de los prejuicios, la mejor teoría jurídica existente para la defensa de la libertad individual y la limitación de la arbitrariedad del poder estatal.

## 6. Las amenazas actuales al Estado de Derecho y, por ende, a la libertad individual

La relación entre el positivismo jurídico y el Estado de Derecho se halla enturbiada por el hecho, ya señalado, de la caricatura deformante según la cual el positivismo sirve para defender y justificar cualquier ordenamiento jurídico, así sea uno despótico y negador permanente de la libertad individual. ¿Cómo podría calzar adecuadamente, entonces, el Estado de Derecho? Peor aún: Hans Kelsen, el autor más tergiversado del positivismo –y de la filosofía y teoría del derecho–, es acusado de confundir las nociones de Estado de Derecho y de ordenamiento jurídico, por su famosa afirmación según la cual “todo Estado es un Estado de Derecho”. Veamos.

En primer lugar, para nosotros está claro que, si bien las tesis fuertes del positivismo jurídico ya comentadas (la separación conceptual entre derecho y moral, así como las fuentes sociales del derecho) permiten identificar un sistema jurídico independientemente de su contenido, con lo cual, a manera de ejemplo, el

ordenamiento jurídico de la Roma antigua debe considerarse fue derecho, no obstante haber previsto, entre otras cosas, la esclavitud y un régimen claramente discriminatorio hacia la mujer. ¿Eso convierte al positivismo jurídico en una teoría que justifica ese tipo de realidades? De ninguna manera. Ni una palabra hay sobre ello. Lo que sí proporciona el positivismo jurídico es un marco conceptual apto para identificar un sistema jurídico como derecho. ¿Eso será mucho o será muy poco? Nos parece que lo suficiente, pues una teoría debe servir de utilidad para al menos identificar con cierta claridad su objeto de estudio. ¿Qué ganaríamos con restar la condición de “derecho” al sistema jurídico de la Roma antigua, o al marco normativo de las monarquías absolutas de hace apenas dos siglos, porque preveían contenidos que hoy chocan con nuestra moral individual, con la moral social o con la moral positiva? Creemos que nada, salvo dificultar nuestras tareas descriptivas y valorativas sobre el fenómeno jurídico, al entremezclar ambas tareas, como lo hace el iusmoralismo actual<sup>47</sup>.

Kelsen de nuevo: el autor praguense jamás confundió el derecho (ese fenómeno que podemos identificar gracias a la teoría positivista, a partir del hecho empíricamente verificable de la existencia de una regla de reconocimiento) con el Estado de Derecho (el ideal regulativo del constitucionalismo moderno que se compone con el principio de legalidad, la separación de poderes y el reconocimiento de la libertad individual). Lo que sí explicó Kelsen, muy acertadamente por cierto, es que aparte del concepto específico de Estado de Derecho que hoy empleamos, existe también una noción muy amplia de Estado de Derecho, que obedece al hecho de que el Estado no tiene sustancia propia, no posee existencia pre-jurídica y se ha manifestado siempre a través de actos jurídicos. Esta distinción entre las nociones amplia y restringida de Estado de Derecho nos parece bastante clara y no vemos en ella confusión alguna<sup>48</sup>. Lo que sí parece subsistir es el intento de hacer de Kelsen y del positivismo jurídico en general –no nos cansaremos de insistir en ello– una caricatura deforme<sup>49</sup>.

Habiendo señalado lo anterior, nos parece que el positivismo jurídico al no entorpecer, sino facilitar, la identificación de nuestro objeto de estudio (el derecho positivo; aquél que supera el test de la regla de reconocimiento), también nos facilita, sin proponérselo quizás, nuestras tareas evaluativas y críticas, ya que muy difícilmente se puede valorar lo que no puede describirse bien. Y allí entra justamente el Estado de Derecho: esos principios y reglas cuyo propósito es asegurar cierta calidad del derecho, para que éste no sea producto de la arbitrariedad o el abuso por parte de quienes tienen la potestad de ejercer, como ultima ratio, la coacción estatal<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Un ejemplo bastante claro y reciente de ese iusmoralismo en Alexy (2016).

<sup>48</sup> Veamos la cita, *in extenso*: “Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. ‘Estado de derecho’, en este sentido específico, es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión”. Cfr. Kelsen (2002a: 315).

<sup>49</sup> Ver también sobre este punto en específico: García Amado (2010: 389).

<sup>50</sup> En la Filosofía del Derecho española destacan autores que han publicado extensamente sobre el Estado de Derecho, siendo el más importante de todos Díaz García (2010), quien en la década de 1960 inició el debate sobre cuáles elementos debía reunir el Estado de Derecho, según Díaz García (*ibidem*: 46): imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la Administración, derechos y libertades fundamentales) y si el Estado Social y el Estado Democrático eran también manifestaciones del Estado de Derecho (a lo cual Díaz García da una respuesta afirmativa). Más recientemente, destacan los aportes de Hierro Sánchez-Pescador (1996 y 2001), así como de Laporta San Miguel (2007). Aun no siendo el

Llegados a este punto, necesario es reconocer que el Estado de Derecho (llamado a veces Estado Liberal de Derecho) tiene, decirlo es casi obvio, enemigos en los oponentes al liberalismo político y económico, los cuales han influido decisivamente en la política de la postguerra y ello se manifiesta en los textos constitucionales producidos luego de 1945. Aparte de ello, diferentes calificativos se han sumado al Estado de Derecho, precisamente para reducirlo sustancialmente. Nos referimos a cláusulas constitucionales de la postguerra con las cuales se quiso “dejar atrás” el Estado de Derecho, para buscar otras cosas: (i) representación y participación popular en el sistema político (Estado Democrático de Derecho); (ii) un sistema de bienestar mediante la redistribución de la riqueza en apelación a la llamada “justicia social” (Estado Social de Derecho); y la absolutización moral del Estado (Estado de Derecho y de Justicia).

Si bien liberalismo y democracia pueden ser armonizados con algunas tensiones a través de límites constitucionales permanentes al poder circunstancial de las mayorías, mucho más difícil es controlar jurídicamente el igualitarismo material de la justicia social y del Estado Social o, ya imposible, ejercer ese control frente a la pretensión moralizante del Estado de Justicia<sup>51</sup>. El hecho de que estos contenidos hayan sido positivizados –puestos en las constituciones escritas, junto con una panoplia de dudosos derechos y vagos principios, tiene diversas interpretaciones por parte de los pensadores antipositivistas: (i) por una parte, los iusmoralistas y neoconstitucionalistas consideran que el positivismo jurídico ha sido “superado”, especialmente en lo atinente a las pretensiones de certeza y previsibilidad, así como en lo referido a la posibilidad de describir el “edificio jurídico” sin hacer también una valoración del mismo; (ii) por otra parte, los autores liberales ven ratificadas sus aprehensiones hacia el positivismo, el cual, nuevamente ha convertido en “derecho” cualquier cosa que diga o mande el Estado, por arbitraría que sea. Conforme a estas interpretaciones, el Estado de Derecho, en cierta forma, habría sido una víctima más del positivismo jurídico.

Con relación a lo anterior, basta con ratificar que conforme a las tesis fuertes del positivismo jurídico, antes repasadas, ningún fundamento hallan estas interpretaciones. Muy por el contrario, una perspectiva externa como la defendida por los positivistas, lo que vendría a decirnos es que, sin lugar a dudas, los textos constitucionales contemporáneos –particularmente los de la Europa de postguerra– no responden a la idea moderna de Estado de Derecho. Para llegar a tal conclusión, basta con comparar los textos constitucionales decimonónicos y los textos constitucionales vigentes en la actualidad. Por dar cuenta de esa realidad, no puede ser culpable el positivismo jurídico, sino la irrupción de determinadas ideas sobre la sociedad que han encontrado eco institucional.

Y en materia constitucional vemos una última amenaza al Estado de Derecho, que no siempre se desprende de la letra de las constituciones: la burocratización del poder público en lo que hoy es conocido en todo el mundo como Estado

---

objetivo particular de este trabajo analizar estas discusiones específicamente en el contexto español, podemos decir que desde la Constitución de 1978 la corriente del debate se mueve en el sentido de ampliar la noción liberal de Estado de Derecho, para incluir cuestiones distintas a los límites que debe tener la autoridad estatal para no ejercer arbitrariamente sus poderes en detrimento de la libertad individual. A eso apunta precisamente Hierro Sánchez-Pescador (1996: 288-291), cuando aboga por una definición más amplia y ambiciosa de Estado de Derecho, mientras Laporta San Miguel (2017: 246-247) se centra, al igual que nosotros, en la idea de imperio de la ley, o *rule of law*.

<sup>51</sup> El *Estado de Justicia* es una noción de inspiración claramente antiliberal, muy identificada con el fascismo (Del Vecchio, Gentile), que ve en la justicia el fundamento del Estado. Así, el Estado y sus funcionarios se entienden moralmente superiores a las personas, sujetos egoístas “y con tendencia al atomismo social”. Cfr. Sampay (1942: 289-298).

Administrativo<sup>52</sup>, que ha venido a reeditar las antiguas prerrogativas medievales – contra las cuales irrumpió el constitucionalismo y la idea de Estado de Derecho– y las ha puesto en cabeza, no ya de un monarca absoluto, sino de una pléyade de funcionarios públicos<sup>53</sup>.

La característica esencial de este Estado Administrativo, cuya versión juridificada es la del Derecho Administrativo, es que como producto de una legislación absolutamente desbordada, orientada primordialmente por las promesas irresponsables de los políticos hacia la sociedad, dicha legislación no hace otra cosa sino delegar un conjunto de atribuciones a la rama ejecutiva, cuyo tamaño, en términos de órganos y entes, funcionarios y recursos materiales, no hace sino crecer. Dichas atribuciones quiebran completamente el principio de legalidad y la separación de poderes del Estado de Derecho, pues incluyen: (i) amplias facultades normativas –o “reglamentarias”– para sujetos que no son representantes de la población; (ii) facultades propiamente coactivas o ejecutivas –con potestad de autotutela o, lo que es igual, sin necesidad de pase judicial–; y (iii) facultades “cuasijurisdiccionales” *rectius*: la potestad de dirimir controversias, incluso entre particulares, sin las garantías del debido proceso judicial–.

La tendencia creciente de este poder en manos de la burocracia se debe más a una deficiente práctica institucional<sup>54</sup>, que a una variación sustancial de los textos constitucionales y se ha visto por igual en los distintos sistemas jurídicos<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Bajo la Constitución de Weimar, Schmitt (2006: 66-84) advertía que la Administración (el *Estado Administrativo*, dicho por él mismo) se había convertido en un legislador extraordinario y que sus medidas estaban suplantando a la ley propia del Estado legislativo parlamentario.

<sup>53</sup> Ello se debe, sin lugar a dudas, a la continuidad histórica –y no de ruptura, como suele pensarse– en las ideas que sobre el fenómeno burocrático se da entre el Antiguo Régimen y la Revolución Francesa. Nadie ha expresado esta tesis sobre la continuidad histórica mejor que Tocqueville: “Es imposible leer la correspondencia de un intendente del antiguo régimen con sus superiores y sus subordinados, sin admirar hasta qué punto la semejanza de las instituciones hacia que los funcionarios administrativos de aquella época se pareciesen tanto a los nuestros. Parece que se dan la mano a través del abismo de la revolución que los separa. Otro tanto puede decirse de los administrados. Nunca se ha puesto mejor de manifiesto el poder de la legislación sobre el espíritu de los hombres”. Cfr. Tocqueville (2012: 93). “Los funcionarios administrativos –burgueses casi todos– forman ya una clase con un espíritu particular, sus tradiciones, sus virtudes, su honor, su orgullo. Es la aristocracia de la nueva sociedad, ya formada y viva, que sólo espera que la Revolución le haga un sitio”. Cfr. Tocqueville (*ibidem*: 95). La posición de Tocqueville es acompañada, con matices, por García de Enterría (1994: 51-73).

<sup>54</sup> Hierro Sánchez-Pescador (1996) se refiere críticamente al derecho producido en el seno de un mecanismo de integración regional, como la Unión Europea, el cual no emana de legislador alguno, sino de órganos burocráticos no representativos.

<sup>55</sup> Este fenómeno se denunció originalmente en Inglaterra como un quebrantamiento del *rule of law* (por el contrario, en Francia, Prusia y el resto de Europa Continental esta forma de despotismo burocrático formaba parte de su cultura tradicional). Así, Dicey (1992: 213-267) siempre rechazó a finales del siglo XIX la posible influencia del régimen administrativo francés en el constitucionalismo británico. Asimismo, Lord Hewart (1975) denunció la ya notable presencia de dicho fenómeno en la Inglaterra de comienzos del siglo XX, en un enjundioso análisis legal y jurisprudencial donde se mostraba cómo la soberanía parlamentaria estaba dando paso a la “legislación ministerial”, en detrimento del *rule of law*. En Estados Unidos el debate está apenas abierto, con autores claramente favorables al *Administrative State*, tales como Jerry Mashaw, Cass Sunstein, Daniel R. Ernst y Adrian Vermeule, por una parte, y una ruidosa minoría liberal encabezada por Richard Epstein y Philip Hamburger, por otra parte, siendo estos últimos quienes niegan absolutamente la compatibilidad entre dicho *Administrative State* y la Constitución americana. Como muestras de este debate aún en curso, recomendamos ver las obras siguientes que figuran en la bibliografía del presente trabajo: (i) Mashaw (2012); (ii) Ernst (2014); (iii) Sunstein y Vermeule (2015); (iv) Epstein (2013); (v) Hamburger (2014); (vi) Lawson, (2015); y (vii) Vermeule (2016). Por su parte, García de Enterría (1998: 165-210), también para el caso de Estados Unidos, analiza el problema de la doctrina judicial de deferencia hacia la Administración en materia de interpretación de textos legales –incluso en lo relativo a su propia competencia– (en especial, la del famoso caso *Chevron USA Inc. c. Natural Resources Defense Council Inc.*, de 25 de junio de 1984, decidido por la Corte Suprema de Justicia).

¿Cómo pudo llegar hasta esta situación de aparente vuelta al absolutismo? ¿Habrá sido como producto del positivismo jurídico? Muy difícilmente. Para criticar este estado de cosas, antes de negar el carácter de “derecho” a la legislación habría que analizar muy sesudamente cómo la política ha empleado instrumentalmente el sistema jurídico en cada caso concreto para pervertir el Estado de Derecho y, en tal labor, en muchas ocasiones criticada como una actitud “descriptivista”, el positivismo jurídico resulta de lo más útil para registrar cómo se pervierten los principios de legalidad y de separación de poderes, para llegar al resultado constatable de afectar la libertad de las personas.

Por nuestra parte, creemos que puede realizarse buena legislación, consistente en reglas verdaderamente generales y abstractas, que permitan la coordinación de los individuos en la realización de sus respectivos proyectos de vida. Asimismo, creemos que la Legislación sirve como constatación del grado de respaldo institucional que tiene un derecho que va creciendo de forma evolutiva y espontánea, así como para ordenar y actualizar el material normativo disperso. No creemos en el derecho como mandatos –tal y como tampoco lo hace el positivismo de H.L.A. Hart, con su revisión y crítica de la teoría imperativa de Austin y otros utilitaristas<sup>56</sup>– y sí creemos que los límites y parámetros para hacer un derecho de calidad –como los propugnados por el Estado de Derecho– deben ser el resultado de un consenso de la sociedad, el cual se vea reflejado en el derecho positivo. Así es cómo, a fin de cuentas, el positivismo se convierte en un aliado del Estado de Derecho y no en su enemigo, como erróneamente se afirma. Si, además, el Estado de Derecho es el aliado esencial de la libertad individual, el positivismo no sólo no es enemigo de la libertad individual, como también se asevera de forma equivocada, sino que resulta perfectamente compatible con aquella.

## 7. Algunas conclusiones

7.1.- Es hora de superar la caricatura deformante que se ha hecho del positivismo jurídico y centrarse en las tesis fuertes de este, vale decir, la separación conceptual entre derecho y moral, y las fuentes sociales del derecho. El positivismo jurídico no es una doctrina acerca de la justificación de cualquier orden jurídico-político, ni es responsable de que hayan existido –y existan– dictaduras autoritarias o totalitarias.

7.2.- La separación conceptual entre derecho y moral, aparte de encontrar pleno asidero filosófico y teórico, permite realizar una necesaria y acertada tarea descriptiva de los sistemas jurídicos, para luego evaluar dichos sistemas, especialmente para ver si cumplen no solo con determinados principios y valores morales, sino también con otros ideales regulativos (tal y como ocurre con el del Estado de Derecho). Lo que debe quedar claro de esta tesis positivista es que –por razones lógicas– describir viene primero y evaluar viene después.

7.3.- La tesis de las fuentes sociales del derecho enfatiza el carácter instrumental y convencional de las normas jurídicas, las cuales deben su existencia, vigencia, validez y aplicabilidad a comportamientos que pueden ser descritos desde la perspectiva de un observador. La mejor explicación de esta realidad, sin lugar a dudas, es la proporcionada por H.L.A. Hart en su teoría de la regla de reconocimiento, la cual aclara definitivamente el objeto de los estudiosos del derecho.

7.4.- Ciertas propuestas filosóficas y teóricas, tales como las provenientes de la hermenéutica jurídica, el neoconstitucionalismo, los distintos iusmoralismos o el derecho como argumentación, suelen errar en el blanco en sus críticas

<sup>56</sup> Cfr. Arias Castillo (2013: 9 y ss.).

antipositivistas. Las tareas descriptivas del positivismo jurídico no guardan relación con la defensa del rol político de los tribunales constitucionales o con la agenda de la justicia social y, por ende, el positivismo mal podría ser criticado por no defender dichas agendas.

7.5.- Tampoco encuentran asidero las críticas liberales al positivismo jurídico, especialmente aquéllas que van dirigidas a señalarlo como responsable de una identificación entre derecho y legislación, ahora que la legislación es tan numerosa e invasiva de la libertad individual. Aquí contrastan dos actitudes: la actitud del liberalismo de negar carácter jurídico a dichas invasiones a la libertad y la actitud del positivismo, que se limita a describir lo que ocurre con el surgimiento de dicha legislación y su reconocimiento por la sociedad. Esa legislación contemporánea es, en efecto, nociva para la libertad individual, pero no por ello la sociedad le ha negado la condición de derecho. El liberalismo, en todo caso, en vez de atacar al positivismo jurídico, debe ganar la batalla de las ideas, de la política y de la opinión pública, para que haya otro tipo de legislación más favorable a la libertad individual.

7.6.- El Estado de Derecho plasma el ideal regulativo del pensamiento liberal: una organización política racional, limitada en sus cometidos y sometida a reglas generales y abstractas. El positivismo jurídico no es un enemigo de dicho ideal, sino todo lo contrario. Por su claridad conceptual y expositiva, el positivismo jurídico es un aliado del Estado de Derecho y, por ende, de la libertad individual. La verdadera amenaza al Estado de Derecho proviene de su debilitamiento constitucional, debido a la existencia de cláusulas tales como las de Estado Social o Estado de Justicia, así como por la práctica relativamente reciente del Estado Administrativo.

7.7.- Es un reto para los interesados en mejorar no solo la eficacia de los sistemas jurídicos sino también la calidad de éstos, comprender y aprovechar el enfoque descriptivo del derecho, que siempre ha de acompañarse a su vez de un tratamiento analítico de aquél, pues gracias a la combinación de ambas aproximaciones a nuestro objeto de estudio es que puede lograrse un conocimiento real, verificable y útil del tipo de derecho practicado en cada sociedad. Rechazar tal propuesta, que es la formulada en este trabajo, implica allanar el camino a un objetivismo moral estatista, fomentar un liberalismo impracticable en las sociedades actuales o resignarse por déficit en el plano teórico ante el desbordamiento de una Administración más interventora y poderosa, que afecta el funcionamiento del derecho y reduce sustancialmente el ámbito de la libertad.

## Bibliografía

- ALEXY, R. (2016), *La doble naturaleza del derecho*, Trotta, Madrid.
- ARIAS CASTILLO, T. A. (2007), “El último argumento de Ronald Dworkin en su disputa con H.L.A. Hart”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, núm. 24, pp. 39-61.
- ARIAS CASTILLO, T. A. (2013), “Positivismo jurídico, estado de derecho y libertad”. En HERRERA ORELLANA, L. A. (coord.), *Enfoques sobre derecho y libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, pp. 3-20.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2012), *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2017), *Filosofía del derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J. (2007), “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 27, pp. 7-28.
- BARBERIS, M. (2003), “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En CARBONELL SÁNCHEZ, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 259-278.

- BOBBIO, N. (2001), "Positivismo jurídico". En BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, 7<sup>a</sup> ed., Fontamara, México, pp. 37-66.
- BOBBIO, N. (2015), *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid.
- CERRONI, U. (1976), *Marx y el derecho moderno*, Grijalbo, México.
- COLEMAN, J. (Ed.) (2005), *Hart's postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- DÍAZ GARCÍA, E. (2010), *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid.
- DICEY, A. V. (1992), *Introduction to the study of the law of the constitution*, Liberty Fund, Indianapolis.
- DWORKIN, R. (2007), "El postscript de Hart y el sentido de la filosofía política". En DWORKIN, R., *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, pp. 159-204.
- DWORKIN, R. (1999), *Los derechos en serio*, 4<sup>a</sup> reimpr., Ariel, Barcelona.
- EPSTEIN, R. (2013), "The perilous position of the rule of law and the administrative state", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 36, pp. 5-19.
- ERSNT, D. R (2014), *Tocqueville's Nightmare. The administrative state emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, New York.
- FEHER, E. L. (2013), "Hans Kelsen frente al régimen nazi", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 63, núm. 259, pp. 181-198.
- FIGUEROA RUBIO, S. (Ed.) (2014), *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- FISCHER, Á. (2017), *De naturaleza liberal. Cómo la moral y el comportamiento humano tienen su mejor expresión en una sociedad liberal moderna*, Catalonia, Santiago de Chile.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2003), "Filosofía hermenéutica y derecho". En GARCÍA AMADO, J. A., *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, pp. 219-240.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2010), "¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?". En GARCÍA AMADO, J. A., *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 385-441.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2014), *Positivismo jurídico*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://goo.gl/qYcL9U> (fecha de consulta: 28 de junio de 2018).
- GARCÍA AMADO, J. A. (2015), *Iusmoralismo(s). Dworkin/Alexy/Nino*, Cevallos, Quito.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994), *Revolución francesa y administración contemporánea*, Cívitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998), *Democracia, jueces y control de la administración*, Cívitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2000), *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, reimpr., Cívitas, Madrid.
- GARCÍA-SALMONES ROVIRA, M. (2013), *The project of positivism in international law*, Oxford University Press, Oxford.
- GUASTINI, R. (2014), "Releyendo a Hart". En FIGUEROA RUBIO, S. (Ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 61-76.
- HAMBURGER, P. (2014), *Is administrative law unlawful?*, The University of Chicago Press, Chicago.
- HART, H. L. A. (1962), "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral". En HART, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, pp. 1-64.
- HART, H. L. A. (2006), *Derecho, libertad y moralidad*, Dykinson, Madrid.
- HART, H. L. A. (2012), *El concepto de derecho*, 3<sup>a</sup> reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- HAYEK, F. A. (2006), *Derecho, legislación y libertad*, Unión, Madrid.
- HERRÁN ALONSO, J. C. (2010), *El orden jurídico de la libertad. La aportación de F.A.*

- Hayek al estudio del derecho*, Unión, Madrid.
- HERRERA ORELLANA, L. A. (2013), "Leyes, mandatos y regulación administrativa". En HERRERA ORELLANA, L. A. (coord.), *Enfoques sobre derecho y libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, pp. 333-374.
- HEWART, G. (1975), *The new despotism*, reimpr., Greenwood Press, Westport.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (1996), "El imperio de la ley y la crisis de la ley", *DOXA*, núm. 19, pp. 287-308.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2001), *Estado de derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México.
- HIMMA, K. E. (2002), "Inclusive legal positivism". En: COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (Ed.), *The oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 125-165.
- HOERSTER, N. (2000), *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona.
- HUNT, L. (2009), *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona.
- KEARNS GOODWIN, D. (2006), *Team of rivals: the political genius of Abraham Lincoln*, Simon and Schuster, New York.
- KELSEN, H. (1997), *El estado como integración. Una controversia de principio*, Tecnos, Madrid.
- KELSEN, H. (2002a), *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México.
- KELSEN, H. (2002b), *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, reimpr., Tecnos, Madrid.
- KRAMER, M. H, GRANT, C., COLBURN, B. y HATZISTAVROU, I. (2012), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía, política y moral*, Marcial Pons, Madrid
- LACEY, N. (2004), *A life of H.L.A. Hart. The nightmare and the noble dream*, Oxford University Press, Oxford.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
- LAWSON, G. (2015), "The return of the King: The unsavory origins of administrative law", *Texas Law Review*, Vol. 93, pp. 1521-1545.
- MARMOR, A. (2002). "Exclusive legal positivism". En: COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (Ed.), *The oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 104-124.
- MARTÍNEZ MESEGUER, C. (2009), *La teoría evolutiva de las instituciones. La perspectiva austriaca*, Unión, Madrid.
- MASHAW, J. (2012), *Creating the administrative constitution. The lost one hundred years of American administrative law*, Yale University Press, New Haven.
- MILLALEO HERNÁNDEZ, S. (2014), "El punto de vista interno de H. L. A. Hart (y Peter Winch): giros, comunidades y pluralidades". En FIGUEROA RUBIO, S. (Ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 143-180.
- MONTOYA, J. y GONZÁLEZ ALTABLE, P. (1993), "Estado, derecho y libertad según F.A. Hayek", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 10, pp. 13-31.
- MORALES LUNA, F. F. (2013), *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid.
- NOVOA MONREAL, E. (1981), *El derecho como obstáculo al cambio social*, 5<sup>a</sup> ed., Siglo Veintiuno, México.
- ORUNESU, C. (2012), *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid.
- PAŠUKANIS, E. B. (1976), *La teoría general del derecho y el marxismo*, Grijalbo, México.
- PEREIRA MENAUT, A. C. (2003), *Rule of law o estado de derecho*, Marcial Pons, Barcelona.
- PERRY, S. R. (2001), "Hart's methodological positivism". En COLEMAN, J. (Ed.), *Hart's postscript. Essays on the postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 311-354.

- POSNER, R. A. (2016), *Divergent paths. The academy and the judiciary*, Harvard University Press, Cambridge.
- POZZOLO, S. (2003), "Un constitucionalismo ambiguo". En: CARBONELL SÁNCHEZ, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 187-210.
- RODRÍGUEZ, C. (2002), "Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin". En RODRÍGUEZ, C. (Comp.), *La decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin*, 4<sup>a</sup> reimp., Siglo del Hombre, Bogotá, pp. 15-88.
- ROJAS, R. M. (2018), *Fundamentos praxeológicos del derecho*, Unión, Madrid.
- RÜTHERS, B. (2016), *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, Madrid.
- SAMPAY, A. E. (1942), *La crisis del estado de derecho liberal-burgués*, Losada, Buenos Aires.
- SANTANATOGLIA, E. M. (2008), "La teoría jurídica de Friedrich A. von Hayek. Sus antecedentes y aportes epistemológicos a la teoría jurídica", *Revista de análisis institucional*, núm. 2, pp. 113-187.
- SCARPELLI, U. (1997), *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.
- SCHMITT, C. (2006), *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada.
- SERNA BERMÚDEZ, P. (2005), "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann". En SERNA BERMÚDEZ, P. (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Comares, Granada, pp. 279-316.
- SQUELLA NARDUCCI, A. (2014), "El Concepto de Derecho puesto en un determinado contexto". En FIGUEROA RUBIO, S. (Ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 79-93.
- SOSA WAGNER, F. (2005), *Maestros alemanes del derecho público*, 2<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid.
- SUNSTEIN, C. y VERMEULE, A. (2015), "Libertarian administrative law", *University of Chicago Law Review*, núm. 82, pp. 393-474.
- STUČKA, P. I. (1974), *La función revolucionaria del derecho y del estado*, 2<sup>a</sup> ed., Península, Barcelona.
- TINDALE, C. W. (2007), *Fallacies and argument appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge.
- TOCQUEVILLE, A. (2012), *El antiguo régimen y la revolución*, reimpr., Alianza, Madrid.
- VARGAS LLOSA, M. (2018), *La llamada de la tribu*, Alfaguara, Barcelona.
- VERMEULE, A. (2016), *Law's abnegation. From Law's Empire to the administrative state*. Harvard University Press, Cambridge.
- VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011), "El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal", *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, pp. 1-24.
- VIGO, R. L. (2006), "El anti-positivismo jurídico de Ronald Dworkin". En VIGO, R. L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 167-208.
- VON MISES, L. (2009), *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, Unión, Madrid.
- WALUCHOW, W. (2007), *Positivismo jurídico incluyente*, Marcial Pons, Madrid.

# ¿Surgimiento de órdenes jurídicos sin normas independientes? El caso de las secesiones acordadas

## Can Legal Orders Emerge Without Independent Norms? The Case of the Consensual Secession

Jorge Baquerizo Minuche\*

Universitat de Girona

[jorge.baquerizo@udg.edu](mailto:jorge.baquerizo@udg.edu)

Recibido / received: 21/01/2019

Aceptado / accepted: 28/02/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4693>

### Resumen

Según algunas elaboraciones conceptuales muy conocidas dentro de la teoría del derecho, todo orden jurídico se origina a través de la producción de normas «independientes», esto es, normas que carecen de algún fundamento de validez identificable en normas jurídicas. No obstante, hay autores que consideran que lo anterior no constituye condición necesaria ni suficiente para el surgimiento de un nuevo orden jurídico: en los casos de secesión acordada, por ejemplo, un nuevo orden jurídico estatal emergería sin necesidad de que se hayan dictado normas no autorizadas jurídicamente. En el presente trabajo analizaré y criticaré esta última idea y concluiré que, incluso ante la posibilidad de una exitosa secesión acordada, de ello no se sigue, *per se*, la existencia de un nuevo orden jurídico (lo que sólo puede ocurrir bajo una condición necesaria: producir normas «independientes»).

### Palabras clave

Orden jurídico, orden estatal, normas independientes, poder constituyente, secesión.

---

\* Investigador del área de Filosofía del Dret en la Universitat de Girona - Becario doctoral Senescyt-UdG. Agradezco a Pablo A. Rapetti, a Jordi Ferrer Beltrán y a Riccardo Guastini por los valiosos comentarios y observaciones realizados a lo largo de la construcción de este trabajo, y por su abierta generosidad para discutir mis ideas. Diversas versiones previas de este estudio han sido presentadas, respectivamente: en el seminario de avances de tesis del grupo de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona (julio 18, 2018); en el III Congreso Doctoral Internacional “Desafíos Globales para la Democracia”, realizado en Santiago de Chile bajo la organización de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Cátedra de Cultura Jurídica (agosto 27, 2018); y en la XI sesión del Grupo de Discusión “Metagiurídica”, realizado en el *Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto* de la Università degli studi di Genova (noviembre 15, 2018). Les doy enormes gracias a todos quienes, dentro de estos eventos, me formularon oportunas críticas y recomendaciones. Cualquier omisión en el seguimiento de estas pautas es de mi exclusiva responsabilidad.



### **Abstract**

According to some well-known conceptual elaborations within the theory of law, every legal order emerges through the production of «independent» norms, i.e., norms that lack any identifiable basis of validity in legal norms. However, some authors consider that this is neither a necessary nor a sufficient condition for the emergence of a new legal order: in cases of consensual secession, for instance, a new legal order would emerge without unauthorized norms. In this paper I will analyze and criticize this last idea and conclude that, even with the possibility of a successful consensual secession, the existence of a new legal order does not follow per se. This can only occur under a necessary condition: to produce «independent» norms.

### **Keywords**

*Legal order, state order, independent norms, constituent power, secession.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las secesiones acordadas y el desafío a la idea de continuidad legal. 3. Críticas al ejemplo de la secesión acordada. 3.1. El caso de Serbia y Montenegro: una secesión constitucionalmente prevista. 3.2. La recepción de normas como hecho normativo (productor de normas independientes). 4. A modo de conclusión.

## **1. Introducción**

Este artículo forma parte de un estudio más amplio, de orden conceptual, sobre el «poder constituyente» y su relación con otros conceptos dentro de la teoría del derecho. Según la acepción tradicional, el «poder constituyente» es el poder «último», «supremo» u «originario» (Bobbio, 1960: 52) del que se derivan las normas que componen una «primera» constitución, esto es, una constitución originada *extra ordinem*, producida sin la habilitación de normas positivas implantadas por autoridad jurídica alguna (Kelsen, 1960: 207-208)<sup>1</sup>. Se sigue de esta definición que el «poder constituyente» no es un poder jurídico (o «de derecho»)<sup>2</sup> sino un poder fáctico o «de hecho», encaminado a la instauración de un nuevo orden constitucional (Guastini, 2011: 172); en otras palabras, el «poder constituyente» es simplemente «el hecho del que la (primera) constitución nace» (Guastini, 2017: 390 [51]).

Visto de este modo, el «poder constituyente» puede ser concebido como una serie de «hechos normativos» a través de los cuales se logra establecer efectivamente un nuevo orden jurídico. Se entiende por «hechos normativos» a aquellos hechos que, en contra de lo previsto por las normas vigentes sobre la producción jurídica –o sin ningún tipo de previsión en esas normas–, llegan a producir *nuevas* normas que, de hecho, son objeto de aceptación y observancia por parte de sus destinatarios (Bobbio, 1967: 46-49; Guastini, 2011: 130; 134-135), y que por ello

<sup>1</sup> «Una primera constitución es, en definitiva, una constitución promulgada *extra ordinem* -fruto de una revolución (en sentido amplio)- y, por tanto, carente de fundamento dinámico de validez en normas (las eventuales normas sobre la producción jurídica) propias del ordenamiento constitucional precedente» (Guastini, 2011: 172).

<sup>2</sup> Además de que la posibilidad de ser conferido por normas jurídicas lo volvería un poder *constituido*, existe otra argumentación que rechaza la concepción del «poder constituyente» como poder jurídico: si se usa el vocablo «poder constituyente» para designar una supuesta competencia jurídica «inicial e ilimitada», ello constituiría una transgresión a los *límites externos* del lenguaje normativo, pues se llevaría el concepto normativo de competencia (en el sentido de «potestad» o «atribución») más allá de los límites dentro de los cuales puede ser usado (Carrión, 1973: 43-57; cfr. Nino, 1985: 41-68).

mismo se consideran jurídicamente existentes (en virtud del «principio de efectividad») (Guastini, 2011: 135-136).

Pero ¿qué clase de normas son esas que, en virtud de su efectividad, originan un nuevo orden jurídico? Si se sigue la definición propuesta por Alchourrón y Bulygin, y se entiende por «orden jurídico» a una secuencia de sistemas normativos, es decir, a una secuencia de conjuntos de normas relacionados por los mismos criterios de identificación (Alchourrón y Bulygin, 1976: 397), la respuesta a esta pregunta sólo puede ser la siguiente: ha de tratarse de normas cuya producción no satisface las condiciones determinadas por aquellos criterios, pues sólo mediante un cambio normativo efectivo que no responda a tales criterios –lo que sólo puede darse mediante el dictado de nuevas normas–, se podrá terminar la secuencia y dar lugar a una nueva. En la acepción de «poder constituyente» antes mencionada, no cabe duda de que la «legalidad» de los cambios normativos es el criterio de identificación de un orden jurídico que viene conceptualmente implicado; como se ha dicho, aquellas normas establecidas por el poder constituyente *tienen que* carecer de algún fundamento de validez identificable en normas jurídicas (del sistema jurídico preexistente). Estas normas, pues, no serían otra cosa que aquellas que en la teoría del derecho se conoce como normas «soberanas» (von Wright, 1963: 199)<sup>3</sup> o «independientes».

Ricardo Caracciolo denomina *independientes* a aquellas normas instauradas por una autoridad «suprema»<sup>4</sup>, cuya pertenencia a un sistema normativo S no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas a S; de este modo, las normas *independientes* cumplen la función de «axiomas» o «postulados» de S (Caracciolo, 1988: 31)<sup>5</sup>. De acuerdo con Bulygin, todo orden jurídico, por definición, se origina en un sistema de normas «independientes»: un sistema «originario», en términos de Caracciolo (Caracciolo, 1988: 68). En este sentido, a decir de Bulygin, «las normas independientes originarias constituyen la base del orden jurídico» (Bulygin, 1991a: 262-263).

Ahora bien, este hecho consistente en la producción de normas «independientes» es *necesario* en el sentido de que, tal como se encuentran construidos los conceptos antes referidos, sin la presencia de esta condición no podría hablarse de «sistema originario», ni de «nuevo orden jurídico», ni de «primera constitución», ni, en último término, de «poder constituyente»<sup>6</sup>. No obstante, que este entramado conceptual se encuentre así edificado no significa que no pueda haber buenas razones para rediseñarlo, redefiniendo –esto es, modelando de diversa manera– los conceptos involucrados. Particularmente, es posible controvertir lo que se ha venido diciendo y aseverar que la producción de normas «independientes» no constituye condición necesaria (ni suficiente) para el surgimiento de un nuevo orden

<sup>3</sup> Según von Wright, respecto de estas normas no se puede predicar validez ni invalidez (von Wright, 1963: 197; 199).

<sup>4</sup> Aunque en un sentido muy distinto al de la autoridad «última» establecida por las reglas vigentes dentro de un orden jurídico ya establecido (*vid.* Garzón Valdés, 1983: 175-176; Pérez Triviño, 1998: 197). Se trata, más bien, de una autoridad «revolucionaria»: hablamos del «soberano» de von Wright (von Wright, 1963: 192) o del «legislador originario del sistema» o «soberano» de Garzón Valdés (Garzón Valdés, 1983: 175), que existe al margen de las normas jurídicas preestables y que, por diversos motivos, logra imponer nuevas normas que son obedecidas por la generalidad de sus destinatarios. Podría decirse, entonces, que se trata de una autoridad «normativa», pero sólo en el sentido de que dicta normas; no en el sentido de que esté constituida por normas *jurídicas* vigentes.

<sup>5</sup> Moreso y Navarro agregan que la pertenencia de las normas *independientes* a un sistema jurídico no depende de la pertenencia de otras normas a ese sistema, ni a ningún otro sistema anterior dentro de un determinado orden jurídico (Moreso y Navarro, 1993: 81).

<sup>6</sup> La forma en que están relacionados estos conceptos, en torno a la continuidad legal, tiene una clara inspiración kelseniana: «[T]he State and its legal order remain the same only as long as the constitution is intact or changed according to its own provisions» (Kelsen, 1945: 368-369).

jurídico. Esta tesis ha sido sostenida por autores como Joseph Raz<sup>7</sup>, John Finnis<sup>8</sup> y, en lengua castellana, Josep Maria Vilajosana. Vilajosana afirma que existen casos en los que es posible hablar del cambio de un orden jurídico a otro sin que haya sido necesario producir normas privadas de validez jurídica (desde el punto de vista del sistema jurídico preexistente) (Vilajosana, 1995: 338; Vilajosana, 1996: 52-53; Vilajosana, 1997: 58-61). Para el efecto, Vilajosana plantea dos escenarios: las transiciones jurídicamente disciplinadas entre regímenes políticos (Vilajosana, 1996: 52); y los casos de secesión acordada. En este trabajo me ocuparé solamente del segundo escenario.

## 2. Las secesiones acordadas y el desafío a la idea de continuidad legal

El escenario que me interesa analizar se presenta en aquellos procesos de secesión donde el estado de origen (o «matriz») admite la separación de una parte de su población y territorio, creando las condiciones jurídicas requeridas para que éstos formen un nuevo Estado a través de una transición pacífica y disciplinada. Joseph Raz, en este contexto, propone el siguiente ejemplo (Raz, 1970: 102-103)<sup>9</sup>: el país A tiene una colonia B, regida por el mismo orden jurídico de A. Posteriormente, A otorga la independencia a B mediante una norma jurídica que confiere poderes legislativos, exclusivos e ilimitados, sobre B, a un parlamento electo por los habitantes de B. Finalmente, ese parlamento adopta una constitución que es reconocida por los habitantes de B, bajo cuyas normas se realizan elecciones y se crean ulteriores normas jurídicas. El gobierno, los tribunales y la población de B se consideran a sí mismos como un estado independiente con un orden jurídico independiente, e incluso son reconocidos como tales por todas las naciones, incluyendo a A.

Tomando este mismo ejemplo, Vilajosana aduce que, si se tiene en cuenta la actitud de la población y de los tribunales, elementos de suma importancia para determinar la identidad y unidad de un orden (Vilajosana, 1997: 61), en este escenario se habría originado un nuevo orden jurídico (y, a la par, un nuevo *orden estatal* [Vilajosana, 1997: 60])<sup>10</sup>, sin necesidad de que se hayan dictado normas no autorizadas jurídicamente. De no ser así, agrega el mismo autor, habría que concluir extrañamente que la constitución y demás normas jurídicas de B formarían parte del orden jurídico de A, puesto que «fueron autorizadas por la norma de A que otorga la independencia y, por tanto, pertenecen a la misma cadena de validez y al mismo orden jurídico» (Vilajosana, 1997: 61). Luego, teniendo en cuenta este ejemplo (aunque no sólo), Vilajosana concluye que «la ilegalidad de un cambio normativo no es condición necesaria para el cambio de un orden jurídico» (Vilajosana, 1996: 53).

Como se puede advertir, Vilajosana se encamina a discutir la elección de determinados criterios de *identidad* de un orden jurídico, es decir, los criterios que se utilizan para identificar a los conjuntos normativos que le pertenecen<sup>11</sup>. En términos

<sup>7</sup> «[N]either the 'constitutional continuity' of the new laws nor their content are necessary or sufficient conditions for establishing the continuity or lack of continuity of legal systems» (Raz, 1970: 187).

<sup>8</sup> «A revolution is neither a necessary nor a sufficient condition for anything that should be described as a change in the identity of the state or the legal system» (Finnis, 1971: 434).

<sup>9</sup> Este ejemplo parece inspirado en Hart, 1961: 120-121. Vilajosana toma prestado el ejemplo de Raz en Vilajosana, 1997: 60.

<sup>10</sup> Este autor distingue los conceptos «orden jurídico» y «orden estatal». Por «orden estatal», Vilajosana entiende «una secuencia de órdenes jurídicos (tercer nivel)» (Vilajosana, 1996: 46). Esta noción se encuentra ampliada en Vilajosana, 1997: 22-24. Una crítica de esta disociación entre el Estado y el orden jurídico se encuentra en Zuleta, 2015: 223.

<sup>11</sup> Como explican Alchourrón y Bulygin, si por «orden jurídico» se entiende –no un conjunto de normas, sino– una secuencia de conjuntos, «La unidad de esta secuencia y con ello la identidad del orden jurídico estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia [...] sólo si se modifican los criterios de identificación, es decir, son

muy generales, la identidad de un orden jurídico puede establecerse sobre la base de criterios *formales* o de criterios *materiales* (Caracciolo, 1988: 71). El criterio formal por excelencia es el criterio de *legalidad*; según este criterio, la conformidad legal del cambio (de un sistema a otro) opera como condición *necesaria y suficiente* de identidad (Caracciolo, 1988: 71): ello es lo que permite dar cuenta de cuáles son los conjuntos normativos que pertenecen a un orden jurídico<sup>12</sup>. Pero la continuidad legal –a decir de Raz– es sólo *un factor*, y ni siquiera el más importante, para determinar si dos o más sistemas pertenecen al mismo orden jurídico (Raz, 1970: 188); frente a la alegada insuficiencia de este criterio<sup>13</sup>, cuya adopción produciría resultados contraintuitivos<sup>14</sup>, algunos autores han propuesto la utilización de criterios materiales de identidad. Esto es precisamente lo que hace Vilajosana.

Por razones de espacio, no podré referirme aquí sobre la propuesta central de Vilajosana en torno a la estipulación de un criterio material de identidad de los órdenes jurídicos (Vilajosana, 1997: 137-138; 201-202). Sin embargo, sí me ocuparé de defender la plausibilidad de incluir al dictado de normas originadas de manera «extra ordinem» como condición necesaria (aunque no suficiente) para el surgimiento de un nuevo orden jurídico. En contra de lo que sostiene el referido autor, sostendré que el ejemplo de la secesión acordada no resulta persuasivo para mostrar lo contrario ni, por ende, para redefinir los conceptos relacionados con el surgimiento de nuevos órdenes jurídicos<sup>15</sup>. Veamos.

### 3. Críticas al ejemplo de la secesión acordada

Ante todo, es importante señalar que cada experiencia histórica de secesión pactada muestra grados de progresividad y de complejidad que no pueden obviarse dentro de un análisis particular, por la cantidad de matices relevantes que hay que tener en

---

reemplazados por otros (como ocurre, por ejemplo, en el caso de una revolución o una declaración de independencia) pierde el orden jurídico su identidad y es sustituido por otro orden nuevo» (Alchourrón y Bulygin, 1976: 397).

<sup>12</sup> «[U]n sistema normativo *S*, pertenece al orden jurídico *O* si, y solo si: a) las normas inéditas de *S<sub>t</sub>*, con respecto al contenido del sistema anterior *S<sub>t-1</sub>* que pertenece a *O*, han sido emitidas mediante actos autorizados por normas que pertenecen a *S<sub>t-1</sub>*; b) las normas de *S<sub>t-1</sub>* que no pertenecen a *S<sub>t</sub>* han sido derogadas por actos autorizados por normas de *S<sub>t-1</sub>*. La aplicación de ambos requisitos asegura, entonces, la legalidad del cambio temporal de sistemas pertenecientes al orden jurídico» (Caracciolo, 1988: 68). Con el mismo criterio, la pertenencia de *S<sub>t-1</sub>* se mide en relación con un anterior sistema *S<sub>t-2</sub>* y así sucesivamente, hasta llegar a un sistema «originario» cuya pertenencia al orden «no puede establecerse mediante el mismo criterio de legalidad» (Caracciolo, 1988: 68).

<sup>13</sup> Esta crítica se subdivide entre los autores que sostienen que la ilegalidad no es condición necesaria ni tampoco suficiente para el cambio de orden jurídico (Vilajosana, 1996: 52-53; Vilajosana, 1997: 58-61); y los autores que, sin comprometerse tanto, señalan que la ilegalidad es condición necesaria, aunque *no suficiente*, para dicho cambio (Caracciolo, 1988: 72-73).

<sup>14</sup> Vilajosana sostiene que asumir un criterio puramente formal de legalidad provocaría los siguientes resultados contraintuitivos: que la modificación completa del contenido de las normas de un sistema perteneciente a un orden jurídico, si es efectuada de forma legal, no contaría como cambio de orden jurídico; y que un cambio ilegal en cualquier materia «sin importancia» bastaría para dar lugar a un cambio de orden jurídico (Vilajosana, 1996: 50). Caracciolo, por su parte, señala que es dudoso que un criterio formal pueda reproducir las no siempre consistentes prácticas de identificación (en el mismo sentido, *vid.* Zuleta, 2015: 226); y para el efecto se pregunta si es posible asegurar que un orden jurídico permanece idéntico si, mediante un cambio constitucional, se reemplaza el régimen de propiedad privada de los medios de producción por el régimen de propiedad colectiva: «si la respuesta es negativa, entonces se incluyen también criterios que pueden denominarse *materiales*» (Caracciolo, 1988: 71).

<sup>15</sup> Estoy consciente de que este ejemplo de la secesión acordada tiene que ver *directamente* con la identidad del orden estatal (y no con la identidad del orden jurídico). Sin embargo, y como el propio Vilajosana lo expresa, el ejemplo muestra un cambio de orden estatal que, por las conexiones entre niveles estipuladas por dicho autor, *implica* un cambio de orden jurídico (Vilajosana, 1997: 60). Dicho de otro modo, se trata de un ejemplo de cambio de orden jurídico por implicación: porque ha habido un cambio de orden estatal. De hecho, el mismo autor señala expresamente este ejemplo para intentar mostrar cómo un cambio de órdenes jurídicos puede verificarse sin «ilegalidad» de por medio. Y es precisamente esta idea la que se discute en este artículo.

cuenta. Pese a ello, si se mantiene el análisis respecto del ejemplo genérico planteado, habría que decir que la presentación es poco realista, en el sentido de que no refleja lo que usualmente ocurre en los casos de secesión acordada. Y es que, al menos en los regímenes de constitución rígida, donde el contenido de las leyes se encuentra siempre limitado o predeterminado<sup>16</sup>, una norma que concediera «poderes legislativos, exclusivos e ilimitados» a un parlamento electo por los habitantes de una parte del territorio de un Estado, sólo podría ser *válidamente* producida si su contenido no entrase en colisión con el contenido de normas jerárquicamente supraordenadas (típicamente, normas constitucionales). Pero es más que factible hallar un buen número de disposiciones constitucionales que, en diversos países, no permitirían esa transferencia de poderes ni, además, la consecuente cesión de una porción del territorio y de la población del propio Estado en favor de nuevos Estados<sup>17</sup>. En estos casos, la norma del ejemplo en cuestión no podría ser promulgada de forma válida dentro del ordenamiento jurídico de A; por el contrario, su producción significaría un estado de cosas inconstitucional, sólo que pacíficamente consentido por las autoridades y por los habitantes de A. En otras palabras, bajo el anterior panorama habría que inferir que la eventual producción de tal norma podría darse pacíficamente pero *no legalmente*<sup>18</sup>.

Claro está, el caso hipotético señalado no llega tan lejos como para detallar si existen las condiciones de su propia realización en un régimen de constitución rígida<sup>19</sup>. Además, se puede refutar la anterior observación señalando que la existencia de normas jerárquicas superiores, que tornen jurídicamente inviable al ejemplo analizado, depende de una mera contingencia; o que tal problema no se presenta cuando las propias normas constitucionales contemplan la posibilidad de la «transferencia de poderes» al nuevo Estado (sea que tales normas se deriven del texto constitucional originario o de posteriores reformas constitucionales introducidas)<sup>20</sup>. En cualquier caso, el ejemplo genérico analizado me sigue

<sup>16</sup> En el contexto de una constitución rígida, la validez de las leyes implica una relación de conformidad que se establece no solamente respecto de las normas que disciplinan su producción (valididad formal), sino también respecto de las normas que limitan o predeterminan su posible contenido (valididad material) (*vid.* Guastini, 2011: 254). Este análisis no es predictable respecto de los ordenamientos jurídicos encabezados por constituciones flexibles, donde el poder legislativo es el «más alto» de los poderes constituidos (Guastini, 1996: 314) y la ley, en consecuencia, es la «fuente suprema» (Guastini, 1996: 316).

<sup>17</sup> Por ejemplo, el Art. 1 de la constitución francesa declara que «Francia es una república indivisible»; el Art. 5 de la constitución de Italia expresa que la República es «una e indivisible»; y el Art. 2 de la constitución española enfatiza que «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».

<sup>18</sup> Asumo aquí que una ruptura «ilegal» podría ser perfectamente pacífica y consentida. Dicho de otro modo, asumo que no existe una relación conceptual necesaria entre «ruptura ilegal» y «ruptura violenta».

<sup>19</sup> Recuérdese, además, que esta hipótesis fue originalmente planteada por Joseph Raz, quien al momento de su enunciación (1970) posiblemente estaba pensando en los procesos de descolonización atinentes al Reino Unido, donde evidentemente no existe un régimen de constitución rígida.

<sup>20</sup> Este supuesto de hecho, según mi investigación, se presenta con claridad solamente en una constitución (de entre todas las constituciones vigentes alrededor del mundo): se trata de la constitución de Etiopía, que en su artículo 39 no solamente reconoce el «incondicional derecho a la autodeterminación, incluyendo el derecho a la secesión» atribuido a «cada Nación, Nacionalidad y Pueblo en Etiopía» (Art. 39.1); sino que también dispone todo un procedimiento jurídico para la entrada en vigor de la secesión (Art. 39.4), lo que incluye, entre otras cosas, la celebración de un referéndum y la «transferencia de poderes» que el Gobierno Federal tendría que realizar en favor del Parlamento de la «Nación, Nacionalidad o Pueblo» que haya logrado una votación favorable a la secesión (Art. 39.4.d). Existe otro caso digno de mención, aunque no es del todo coincidente: el Art. 4.2 de la constitución del Principado de Liechtenstein dispone que los municipios tienen el derecho de secesión para separarse del Estado, y que tal secesión «debe ser regulada por una ley o, si fuere el caso, por un tratado». Aunque no queda claro si la eventual ley reguladora de la secesión tendría que ser dictada por el Parlamento de Liechtenstein o por el propio órgano legislativo del municipio secesionista, lo cierto es que, incluso si se escogiera la primera opción interpretativa, la citada disposición constitucional no especifica cuál debe ser el contenido de aquella ley (de modo que bien podría concebirse otro posible contenido, no

pareciendo poco realista por lo siguiente: en estos contextos de secesión acordada, los países a lo sumo toleran o admiten la separación de una parte de sus territorios, pero no «otorgan» competencias al nuevo Estado a través de normas jurídicas. Esto último no es necesario, pues en el propio de acto de secesión viene implicada la posibilidad, atribuible a quien se separa, de organizar un autogobierno colectivo a través de órganos y legislación propios. Si se acepta lo anterior, no parece tener mucho sentido conferir «poderes legislativos, exclusivos e ilimitados» al parlamento del nuevo Estado independiente; más allá de los posibles efectos simbólicos, ello no tendría ninguna significación jurídica<sup>21</sup>.

En este orden de ideas, no sería nada sensato que el naciente Estado identificara el origen de sus poderes públicos en la promulgación de una norma jurídica del país del cual se separó; lo plausible sería que se identifique aquello en virtud del conjunto de hechos por los cuales se llegó a la aceptación de las normas independientes promulgadas por sus propias autoridades supremas, lo que conlleva al reconocimiento de un orden jurídico propio (Hart, 1961: 121). Con todo, una eventual norma jurídica de un Estado «matriz», que tuviera como propósito «otorgar» competencias a una de sus colonias o regiones con ocasión de su conversión en un nuevo Estado independiente, sería mucho más comprensible como una norma de *autolimitación* –para establecer los respectivos recortes en la extensión geográfica, política y jurídica del Estado de origen, una vez asumida la secesión– y no como una genuina habilitación jurídica a favor del nuevo Estado independiente.

De cualquier modo, todas estas disquisiciones parecen vanas si se parte de un ejemplo imaginario y, a mi modo de ver, carente de efecto persuasivo. Entiendo sin dificultad que la referida hipótesis es ocupada como una estrategia argumentativa de reducción al absurdo para mostrar las inaceptables consecuencias a las que llevaría la adopción de un criterio «puramente formal» de identidad de los órdenes jurídicos<sup>22</sup>; sin embargo, me parece que las críticas hacia tal criterio, así como las propuestas de otros criterios alternativos, podrían servirse de hipótesis ajustadas a la realidad para tratar de mostrar lo plausible o implausible de unas u otras perspectivas.

Dicho esto, ofrezco continuar el análisis precedente con un ejemplo real de secesión acordada: el que culminó con la independencia de Montenegro, lograda en el año 2006.

### 3.1. El caso de Serbia y Montenegro: una secesión constitucionalmente prevista

Ante todo, es necesario indicar que, tras la disolución de la República Federal Socialista de Yugoslavia (en 1992), Serbia y Montenegro permanecieron como repúblicas federadas dentro lo que se denominó, primero, *República Federal de Yugoslavia* (desde 1992 hasta 2003) y, posteriormente, *Unión Estatal de Serbia y Montenegro* (desde 2003 hasta 2006). Ambas repúblicas, Serbia y Montenegro, contaban con sus propias constituciones estatales, que debían guardar armonía con la constitución federal respectiva<sup>23</sup>. El caso es que el 21 de mayo de 2006 se celebró en Montenegro un referéndum para la secesión, en el que además se consultaba la

---

necesariamente coincidente con la «transferencia de poderes»). Los dos casos antes mencionados han sido extraídos de la base de datos *Constitute Project* ([www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org)).

<sup>21</sup> De hecho, en la formulación de la hipótesis original, Joseph Raz indica que el hecho de la producción normativa de tal ley (que confiere «poderes legislativos ilimitados»), es considerada dentro del nuevo Estado como un hecho de «gran significado político, pero no jurídico», lo que el citado autor estima como una opinión «completamente justificada» (Raz, 1970: 103).

<sup>22</sup> Esto es, que el sistema jurídico del nuevo Estado formaría parte del mismo orden jurídico del Estado matriz, al que estaría conectado por una misma «cadena de validez» (Vilajosana, 1997: 61).

<sup>23</sup> Esto es, con la Constitución de la República Federal de Yugoslavia, de 1992; y, después, con la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, de 2003.

posibilidad de constituir un estado totalmente independiente; los resultados favorables –un 55,49% de la población de Montenegro se decantó por el «sí»– desencadenaron un proceso que culminaría el 3 de junio de 2006 con la declaración de independencia. Serbia aceptó los resultados, la Unión Estatal se disolvió, y Montenegro desde entonces es un Estado del todo independiente.

Lo curioso de este caso es que, tanto el referéndum para la secesión de Montenegro, así como la ley que dispuso su convocatoria y realización<sup>24</sup>, estaban constitucionalmente previstos como instrumentos jurídicos para viabilizar una eventual secesión. En efecto, el Art. 60 de la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, promulgada en el año 2003, articulaba un procedimiento jurídico de cambio de *status* para salir de la Unión que podía ser utilizado por cualquiera de los estados miembros después de tres años de vigencia de aquella Carta<sup>25</sup>. Parecería, entonces, que todo el recorrido de Montenegro hacia su independencia se habría enmarcado en la legalidad vigente y sin necesidad de ruptura alguna: todo estaba enteramente previsto en las disposiciones constitucionales establecidas para celebrar el referéndum y para concretar la independencia en caso de resultados favorables. Sobre esta base se podría concluir que existen casos reales como el de Montenegro –y otros<sup>26</sup>– en los que un nuevo orden jurídico-estatal llega a surgir sin necesidad de una ruptura *extra ordinem*.

No obstante, considero que las anteriores conclusiones serían imprecisas. Una cosa es que la secesión de cierta parte de un Estado se haya pactado o convenido, y que en esa tesitura se observen todos los pasos de un procedimiento legal o constitucionalmente dispuesto para conseguir tal finalidad<sup>27</sup>; y otra cosa muy distinta es cómo se conforma el orden jurídico del Estado naciente después de su secesión «legalmente» obtenida. De la «legalidad» de la secesión, me parece, no se sigue en lo absoluto que el orden jurídico del nuevo Estado forme parte del *mismo* orden jurídico del Estado que convino la separación.

Vilajosana, como se ha dicho, adjudica esta implausible consecuencia a una perspectiva puramente formal de identidad de los órdenes jurídicos –à la Kelsen– con la que está en desacuerdo (Vilajosana, 1997: 61); pero esta atribución no parece exacta, y no por la reconstrucción de los axiomas *kelsenianos* relativos a la unidad de los órdenes jurídicos, sino por la introducción de la idea según la cual las normas jurídicas del nuevo Estado habrían sido «autorizadas» por las normas del Estado sobre el que recae la separación (por efecto de la hipótesis de la «transferencia de poderes» previamente analizada). Esto me parece del todo inexacto: las normas concedentes del Estado «matriz» sólo pueden recaer sensatamente sobre el acto mismo de la secesión, pero nada más que eso; e incluso si aquellas normas se formulasesen en términos de «transferencia de poderes», tal uso del lenguaje jurídico chocaría con el hecho de que cada Estado independiente, aun cuando se haya

<sup>24</sup> «Ley sobre el Referéndum acerca del Status Jurídico del Estado» del 1 de marzo de 2006, dictada por el Parlamento de la entonces República federada de Montenegro.

<sup>25</sup> Los tres primeros incisos de este artículo disponían lo siguiente: «Después de cumplirse el período de tres años, los Estados miembros tienen derecho a iniciar el procedimiento de cambio de su estatus estatal, es decir, de salir de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro. La decisión de salir de la Unión [...] se aprobará después de celebrar un referéndum. La Ley de Referéndum la aprobará el Estado miembro, teniendo en cuenta los estándares democráticos aceptados internacionalmente».

<sup>26</sup> Otro caso que vale la pena mencionar es el de Sudán del Sur –el país más reciente en el mundo, surgido en el 2011– que logró su independencia a través de un referéndum de «autodeterminación» que también estaba previsto con detalle, incluso en lo tocante a su época de celebración, en la constitución del país al que pertenecía, es decir, en la constitución de la República del Sudán (Título XVI, Arts. 219 a 222), donde se encontraban «constitucionalizados» los acuerdos de paz que sirvieron para cesar la Segunda Guerra Civil Sudanesa.

<sup>27</sup> A esto parece referirse Vilajosana cuando expresa que «puede otorgarse legalmente la independencia a un Estado» (Vilajosana, 1997: 27).

separado de manera jurídicamente disciplinada, conforma sus propias autoridades normativas y su propio orden jurídico de manera (precisamente) *independiente* a lo que hagan o dejen de hacer las autoridades del Estado matriz.

Para mostrar las razones explicativas de por qué esto último es así, resulta bastante útil el mencionado caso de Montenegro, ejemplo paradigmático de una secesión que, pese a haber sido perfectamente ejecutada desde los parámetros legales y constitucionales, en ningún momento se consideró condicionada al orden jurídico conforme al cual se separó. Y es que, en el momento mismo de la declaración de independencia, la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro dejó de ser reconocida por los montenegrinos como el conjunto de normas supremas del Estado, banalmente porque ya no reconocían su pertenencia a ese Estado sino a uno nuevo<sup>28</sup>. Es evidente que ello tenía que suceder, pues tal constitución, al tener como objeto a una federación que Montenegro ya no integraba, no podía ya considerarse parte de su derecho, esto es, del derecho del Estado al que se reconoce como propio.

Por otro lado, también parece obvio que, junto con la independencia, tenía que identificarse algún conjunto de normas supremas para el nuevo Estado. Todo Estado independiente requiere de un grupo de normas básicas que puedan operar como su constitución –entendida en el sentido más elemental: como un conjunto de normas que le *dan forma* al Estado–, lo cual es una necesidad allí donde se afirme que existe un Estado y un orden jurídico vinculado a la tal organización estatal<sup>29</sup>. En este sentido, al momento de la declaración de independencia de Montenegro, existían básicamente tres posibilidades de adopción de una constitución para el nuevo Estado: a) la adopción indefinida de la constitución de Montenegro de 1992 (que, según una opinión generalmente compartida, había estado en vigencia todos esos años bajo el título de constitución nacional o estatal del estado federado de Montenegro [Bradley y Tuori, 2006: 10]), pero cambiando lo que hubiera que cambiar (*mutatis mutandis*)<sup>30</sup>; b) la adopción transitoria de la constitución de Montenegro de 1992, *mutatis mutandis*, hasta poder producir una nueva constitución acorde al procedimiento de sustitución constitucional previsto expresamente en dicha carta<sup>31</sup>; y, c) la adopción transitoria de la constitución de Montenegro de 1992, *mutatis mutandis*, hasta poder producir una nueva constitución acorde a un «proceso constituyente» confiado a una Asamblea

---

<sup>28</sup> Según una opinión generalmente aceptada –y corroborada por dos expertos de la «Comisión de Venecia»–, la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro dejó de estar en vigencia en Montenegro el día en que se declaró su independencia, es decir, el 3 de junio de 2006 (vid. Bradley y Tuori, 2006: 10).

<sup>29</sup> Como expresa John Gardner, «A constitution is a conceptual necessity of every legal system. In every legal system there are rules that specify the major institutions and officials of government, and determine which of them is to do what, and how they are to interact, and how their membership or succession is to be determined, and so forth. [...] These rules without which there would be no legal system (or some of them, invariably in combination with some other rules) make up the constitution of that system» (Gardner, 2011: 89).

<sup>30</sup> Ello, debido a que el Art. 1 de la Constitución de la República de Montenegro de 1992 definía a Montenegro como miembro de la extinta *República Federal de Yugoslavia* (y no como una república independiente).

<sup>31</sup> El art. 119 de la Constitución de la República de Montenegro de 1992 contenía una serie de regulaciones procedimentales relativas al supuesto en que se presentare una propuesta de adopción de una nueva constitución. No obstante, este procedimiento fue totalmente obviado por el Parlamento de Montenegro que, después de la independencia, prefirió el camino de una Asamblea Constituyente.

Constituyente<sup>32</sup>. El camino elegido fue el especificado en el literal c)<sup>33</sup>; lo que, por cierto, no estuvo exento de polémicas<sup>34</sup>.

En cualquier caso, se puede advertir con claridad que ninguna de las tres posibilidades para instaurar una constitución del naciente Estado se encontraba de modo alguno basada en cierta «autorización» que expresa o tácitamente haya sido conferida por la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro. Y es que esa constitución federal regulaba únicamente *la decisión de salir de la Unión*, por parte de cualquiera de los Estados miembros<sup>35</sup>. Nada más. Por tanto, del estricto cumplimiento de esta disposición constitucional no se podía seguir lógicamente ninguna «autorización» para hacer otra cosa que no sea decidir la misma salida de la Unión. Nótese incluso que la referida Carta Constitucional ni siquiera confería «autorización» para declarar la independencia después de la salida de la Unión, lo que podría explicarse por la impertinencia que ello habría supuesto (habida cuenta de

---

<sup>32</sup> Nótese la convergencia de estas tres posibilidades respecto a la adopción matizada de la constitución de Montenegro de 1992, como el acto que inmediatamente había que realizar con la declaración de independencia. Esto se explica porque las normas de esa constitución eran las piezas más cercanas que podían servir a los propósitos planteados, aunque sea de modo transitorio; y es que, a pesar de haber sido una constitución estatal dentro de un esquema federal, dicha carta brindaba la facilidad de referirse específicamente a Montenegro, a sus poderes constituidos y a las relaciones entre dichos órganos y los ciudadanos montenegrinos.

<sup>33</sup> Esta adopción se evidenció durante un poco más de 16 meses: desde el 3 de junio de 2006 (declaración de independencia) hasta el 22 de octubre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la nueva constitución de Montenegro). Ya en la propia declaración de independencia, el Parlamento de Montenegro invocó la competencia jurídica para emitir regulaciones y promulgaciones de carácter general conferida por el Art. 81.2 de la Constitución de la República de Montenegro de 1992; pero en la misma declaración de independencia se expresó que Montenegro, como Estado independiente, reforzaría los principios que definen su existencia política «mediante la promulgación de una nueva Constitución». Para cumplir este propósito, el Parlamento expidió la «Ley de la Asamblea Constituyente de la República de Montenegro», del 10 de julio de 2006. Siguiendo lo dispuesto por esta ley, el 2 de octubre de 2006 se instaló la Asamblea Constituyente de Montenegro, con los representantes que habían sido escogidos en las elecciones del 10 de septiembre de 2006 (y cuya convocatoria había sido efectuada el 11 de julio de 2006). Posteriormente, el 26 de octubre de 2006, la Asamblea Constituyente expidió la «Ley sobre el procedimiento para la aprobación y promulgación de la nueva Constitución de la República de Montenegro», que sirvió de base para que el 19 de octubre de 2007 se promulgara la nueva constitución (que entró en vigor el 22 de octubre del mismo año). Esta sintética reconstrucción está basada en Bradley y Tuori, 2006: 10; Vuković, 2013: 37 y ss.; y Banović, 2016: 295-299.

<sup>34</sup> Bajo el argumento de la falta de sustento constitucional para la convocatoria y funcionamiento de una Asamblea Constituyente, una demanda de inconstitucionalidad fue presentada sobre la «Ley de la Asamblea Constituyente de la República de Montenegro» del 10 de julio de 2006, que definía la agenda y el órgano encargado para producir la nueva constitución montenegrina que reemplazaría a la constitución de 1992. En este sentido, se aducía la utilización de la constitución de 1992 únicamente como instrumento para promulgar formalmente una ley que estableciera los hitos para reemplazarla; y es que, efectivamente, las disposiciones de la mencionada «Ley de la Asamblea Constituyente», a pesar de que se encontraban autorizadas desde un punto de vista formal –puesto que fueron producidas según el procedimiento legislativo previsto en la constitución– tenían un contenido que no podía ser conciliado con las normas constitucionales vigentes en ese momento (porque chocaba abiertamente con el procedimiento de sustitución constitucional previsto en el Art. 119 de la constitución de 1992). Sin embargo, la Corte Constitucional de Montenegro –a quien correspondía el conocimiento de la demanda– se abstuvo de evaluar la conformidad constitucional de la referida ley, por considerar que el Parlamento se encontraba ejerciendo una «función constituyente» necesaria para adoptar la «primera constitución» y establecer «un nuevo orden constitucional» (Sentencia de la Corte Constitucional de Montenegro, de diciembre 6 de 2006 – U.br. 74/06 i 75/06). Con esta decisión judicial se dio vía libre al funcionamiento de la Asamblea Constituyente, que culminó con la aprobación de la nueva constitución de Montenegro.

<sup>35</sup> Para tal efecto, el artículo 60 de dicha constitución articulaba un procedimiento jurídico consistente en: promulgación de una Ley de Referéndum (que debía tener en cuenta «los estándares democráticos aceptados internacionalmente»); celebración del referéndum; y, según los resultados del referéndum, aprobación de la decisión de salir de la Unión. Pero nada más que eso.

que todo aquello que sucedía fuera de la Unión ya no pertenecía al ámbito de validez de tal Carta Constitucional)<sup>36</sup>.

Este último argumento –sobre el desbordamiento del ámbito de validez constitucional que supondría una norma de «autorización» con pretendidos efectos hacia el exterior– puede aplicarse también a otro caso que, en cierto punto, se asemeja incluso más a la hipótesis genérica que fue expuesta en el apartado precedente. Este sería el caso de Etiopía, cuya constitución (Art. 39.4.d) dispone que, en caso de secesión, el Gobierno Federal etíope tiene que realizar una «transferencia de poderes» a favor del Parlamento de la «Nación, Nacionalidad o Pueblo» que haya logrado una votación favorable en el respectivo referéndum secesionista. Como dije en páginas anteriores, no creo que expresiones como aquella tengan algún significado jurídico coincidente con la idea de habilitación o autorización; parecen, más bien, un simple uso equívoco del lenguaje. Digo esto a cuenta de que la constitución de Etiopía sólo podría tener un ámbito de validez limitado a Etiopía (como no puede ser de otra forma, tratándose de la constitución de un Estado); por tanto, la previsión constitucional de una «transferencia de poderes» sólo podría entenderse para efectos jurídico-administrativos internos del propio Estado, pero no para generar efectos jurídicos en otros Estados, lo que desbordaría los límites del lenguaje normativo en el uso de la palabra «constitución»<sup>37</sup>.

Además, si una «Nación, Nacionalidad o Pueblo» de Etiopía lograse efectivamente la secesión, siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido, ¿por qué habría de necesitar una «transferencia de poderes» a su favor? Dicho de otro modo ¿cómo se las arreglaron los países que, como Montenegro, consiguieron una secesión pactada y ejecutada conforme a las disposiciones constitucionales del Estado «matriz», sin recibir por otra parte ninguna «transferencia de poderes»? El único objetivo de estas preguntas retóricas es mostrar que no hay absolutamente nada que el Estado matriz tenga que «transferir», que no esté implicado ya en el propio acto de secesión como una posibilidad autónoma de quien se separa. En conclusión, la «transferencia de poderes» a la que se refiere la constitución de Etiopía dentro del esquema de secesión pactada previsto en su texto, sólo puede tener: *ad extra*, un significado simbólico, claramente no jurídico, y en ningún caso equiparable a una auténtica autorización; y *ad intra*, un significado jurídico limitado estrictamente a la reorganización de sus propios poderes públicos y de sus respectivas competencias como consecuencia de la secesión acordada.

Ahora bien, aunque los anteriores argumentos permiten sostener por qué *no* es posible hablar de una «transferencia de poderes» a favor de quien ya se ha separado del Estado, todavía queda por disolver una cuestión importante: ¿qué tipo de cambio es el que se advierte cuando se deja de reconocer una constitución y,

---

<sup>36</sup> Con lo cual, cualquiera de los Estados miembros que hubiera salido de la Unión podría haber determinado su independencia, o su anexión a otro Estado, o la constitución de una nueva federación con otros Estados, etc., y ello de manera totalmente desvinculada al ordenamiento jurídico precedente. Conviene tener presente aquí la distinción, propuesta por Costanza Margiotta, entre *secesión* (definida como la pretensión de *escoger con quién vivir*, respecto de un territorio sobre el cual se reivindica el ejercicio de la propia soberanía); y *auto-determinación* (definido como el derecho de escoger por quién ser gobernados, y de no hacer depender al gobierno de una voluntad diversa a la de los propios gobernados sobre un territorio determinado). *Vid.* Margiotta, 2005: 10.

<sup>37</sup> Genaro Carrión, siguiendo varias ideas prestadas de la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y expuestas por David Pears, entiende que los *límites externos* del lenguaje normativo son rebasados cuando falla uno o más de los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones pertenecientes a ese lenguaje, es decir, «por fallas en las presuposiciones contextuales que conciernen a esa dimensión» (Carrión, 1973: 26).

concomitantemente, se pasa a reconocer a otra constitución ya existente, como de hecho ocurrió en Montenegro?

### 3.2. La recepción de normas como hecho normativo (productor de normas independientes)

Siguiendo la literatura inspirada por Hans Kelsen y H.L.A. Hart, respectivamente, a primera vista se podría pensar que la independencia de Montenegro aparejó un cambio en la «norma fundante básica» (*Grundnorm*) (Kelsen, 1960: 208) o, quizás, en la «regla de reconocimiento» (Hart, 1961: 100-110). Sin embargo, y como quiera que sean entendidas estas entidades<sup>38</sup>, esto no es lo que principalmente cambió en Montenegro. Lo que cambió básicamente fue el Estado y, con ello, el orden jurídico-estatal. Así, si cambiaron los criterios de identificación de normas, o si cambiaron los criterios últimos de validez jurídica aceptados como vinculantes por los jueces, fue ante todo por el surgimiento de un nuevo ordenamiento jurídico correlativo al surgimiento del nuevo Estado, lo que no podría haberse hecho efectivo sin la producción de normas «independientes». Me explico.

Incluso si una secesión es nítidamente lograda desde parámetros jurídicos, como ocurrió en Montenegro, esto no evita en lo absoluto que, al comienzo de la existencia del nuevo Estado que ha logrado la independencia, simultáneamente se tengan que producir normas «independientes», esto es, normas que generan un «sistema originario» dentro de un nuevo orden jurídico. Esto ocurre forzosamente, por la sencilla razón de que es necesario producir normas que *den forma* a la organización estatal (Guastini, 2011: 153; 157-158), sin las cuales no es posible hablar de «constitución», de «orden jurídico», ni de «Estado». Estas normas no pueden estar «autorizadas» por otras normas jurídicas: ni de otros Estados, dada la inviabilidad de que una «transferencia de poderes» pueda generar efectos jurídicos *ad extra*, como antes ya se ha argumentado; ni del mismo Estado, puesto que se supone que el contexto en el que nos situamos es primigenio. Por consiguiente, estamos ante la presencia de normas «independientes» que, por definición, cumplen la función de «axiomas» o «postulados» del sistema.

En el mismo ejemplo de Montenegro, la producción de estas normas «independientes» se dio a partir de la decisión política de adoptar un conjunto de normas básicas para el nuevo Estado, echando mano del texto constitucional de 1992. Pero esta adopción no equivalía llanamente a una «adaptación», pues no se trataba simplemente de ajustar la *misma* constitución a la nueva realidad estatal, cambiando lo que hubiera que cambiar; esta forma de presentar las cosas, aunque pueda resultar más clara a fines de simplicidad expositiva, no es nada precisa. Y es que no parece sensato decir que se pueda «adaptar», a un ordenamiento determinado, una

<sup>38</sup> La norma fundamental a la que se refiere Kelsen, a lo largo de su obra, ha sido objeto de dilatadas discusiones en torno a su comprensión, básicamente porque parece conferir el poder constituyente para producir la «primera constitución», pero también parece ordenar –al mismo tiempo– la obediencia a las órdenes emanadas por los órganos constituidos por aquella constitución (Guastini, 2013: 77-87). Otro tanto ocurre con la regla de reconocimiento, que puede ser entendida de modos diversos: como una *regla conceptual* que fija los criterios últimos de identificación del derecho válido, es decir, los criterios para identificar un orden jurídico y las correspondientes normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden (Bulygin, 1976: 35; Bulygin, 1991a: 278; Bulygin, 1991b: 316-318. *Vid.* Guastini, 2013: 89, para un análisis de por qué la regla de reconocimiento, así entendida, ni es norma, ni es jurídica); o como una *regla social* aceptada por el conjunto de los jueces, que prescribe a cada uno de éstos el uso de reglas y estándares que satisfagan determinados criterios últimos de validez jurídica para fundamentar sus decisiones (Ruiz Manero, 1990: 138). La regla de reconocimiento, además, puede ser comprendida en un tercer modo: como una entidad que aglutina la dimensión conceptual y la dimensión directiva (antes mencionadas), además de una dimensión *valorativa* (Atienza y Ruiz Manero, 1996: 154-155).

constitución perteneciente a un ordenamiento jurídico distinto, relativo a un Estado asimismo distinto.

Tras la mentada adopción, más bien, subyace un fenómeno complejo: un caso de *recepción*. La recepción es un procedimiento abreviado de creación jurídica mediante el cual un ordenamiento «recibe» y «hace suyas» –o, dicho más precisamente, pone en vigor– normas que poseen el mismo contenido en otro ordenamiento (Kelsen, 1945: 117; Kelsen, 1960: 218; Bobbio, 1960: 206-207). Pero que el contenido de las normas sea el mismo, no significa que las normas sean *las mismas*. Desde un punto de vista formal, no se trata de normas de un ordenamiento pretérito que «continúan siendo válidas» o que «permanecen en vigencia» –expresiones que, a decir de Kelsen, son inadecuadas y corresponden a una manera de hablar ordinaria e imprecisa (Kelsen, 1945: 117; Kelsen, 1960: 218); se trata, más bien, de *nuevas normas* que tienen la peculiaridad de tener un contenido coincidente con normas de otros ordenamientos (Kelsen, 1945: 117-118).

Bajo esta reconstrucción más apropiada, se puede concluir entonces que aquellas normas que Montenegro adoptó de manera transitoria en el 2006 como reglas básicas de organización estatal, para comenzar su nueva realidad como república independiente, no eran *exactamente* las normas de la constitución de la República de Montenegro de 1992; a pesar de su coincidencia casi completa con el contenido de las normas «receptadas»<sup>39</sup>, se trataba de *nuevas normas* que, privadas de algún fundamento de validez en otras normas jurídicas, conformaron la «primera constitución» del naciente Estado. Así las cosas, la decisión política de tomar aquellas normas constitucionales de otro ordenamiento –que formaba parte de la historia de Montenegro, pero no más que eso– puede ser vista como un *hecho normativo* que produjo nuevas normas básicas de organización, plenamente calificables como normas «independientes». Y en la ejecución de aquella decisión política, concretada efectivamente en el plano normativo, puede identificarse la manifestación de lo que se denomina «poder constituyente» en su acepción *paradigmática*: «originario» de un orden jurídico.

#### 4. A modo de conclusión

Recapitulando, entonces: el surgimiento del orden jurídico en el nuevo Estado independiente de Montenegro nada tuvo que ver con la «legalidad» o «constitucionalidad» con la que fue lograda su secesión: por un lado, porque la conformación de su sistema jurídico –a partir de la recepción de normas de la constitución de 1992– no estuvo basada en lo absoluto en alguna «autorización» que expresa o tácitamente haya sido conferida por la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro; y, por otro lado, porque la referida recepción normativa supuso la producción de normas «soberanas» o «independientes» que dieron lugar a un nuevo sistema jurídico originario y, por ende, a un nuevo orden jurídico.

Lo que muestra el caso de las secesiones acordadas, en mi opinión, es que incluso ante la posibilidad de una secesión perfectamente ejecutada desde el punto de vista de la legalidad –que es lo que finalmente trata de señalar Vilajosana como premisa de su razonamiento–, resulta inevitable que el nuevo Estado, a partir del momento en que comienza su existencia, *necesariamente* produzca determinadas

<sup>39</sup> Digo que la coincidencia de contenido era «casi» completa puesto que al menos dos disposiciones constitucionales no podrían haberse receptado en el 2006: la que expresaba que «Montenegro es miembro de la República Federal de Yugoslavia» (Art. 1) y la que especificaba que «Montenegro será soberano en todas las materias no sujetas a la jurisdicción de la República Federal de Yugoslavia» (Art. 2).

normas básicas de organización social y política que, dado el contexto, no pueden estar dotadas de un fundamento de validez identificable en normas jurídicas.

Para divisar claramente lo anterior, conviene distinguir dos momentos: el correspondiente a la secesión, que puede estar supeditada a las normas jurídicas del Estado «matriz» (dependiendo de si se la ha regulado y de cómo se la haya regulado) y que, por ende, puede ser lograda mediante un cumplimiento perfectamente legal de aquellas normas; y el que corresponde al establecimiento de la «primera constitución» (no condicionado por el anterior momento), donde la producción de normas «soberanas» o «independientes» se evidencia como condición necesaria (aunque no suficiente) para que surja un nuevo orden jurídico efectivo como consecuencia de aquello que se denomina «poder constituyente».

## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1976), "Sobre el concepto de orden jurídico". En: ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 393-407.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- BANOVIĆ, D. (2016), "Montenegro". En: FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Wiesbaden, Springer, pp. 289-306.
- BOBBIO, N. (1960), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1967), "Fatto normativo". Citado por la versión posterior del mismo autor, "Consuetudine e fatto normativo". En: BOBBIO, N. (1994), *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, pp. 17-57.
- BRADLEY, A., y TUORI, K. (2006), *On the conformity of the legal order of the Republic of Montenegro with the Council of Europe Standards*. Disponible en: [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/EminentLawyers\\_Report-Montenegro.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/EminentLawyers_Report-Montenegro.pdf) (fecha de consulta: 21 de enero de 2019)
- BULYGIN, E. (1991a), "Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, pp. 257-279.
- BULYGIN, E. (1991b), "Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, pp. 311-318.
- CARACCIOLLO, R. A. (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CARRIÓN, G. (1973), *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 1ª reimpresión de 2001, Astrea, Buenos Aires.
- FINNIS, J. (1971), "Revolutions and Continuity of Law". En: FINNIS, J. (2011), *Philosophy of Law. Collected Essays: Vol. IV*, Oxford, Oxford University Press, pp. 407-435.
- GARDNER, J. (2011), "Can There be a Written Constitution?". En: GARDNER, J. (2012), *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, pp. 89-124.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1983), "Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano". En: BULYGIN, E., FARRELL, M. D., NINO, C. S. y RABOSSI, E. A. (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrío*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 157-180.
- GUASTINI, R. (1996), *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino.
- GUASTINI, R. (2011), *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino.

- GUASTINI, R. (2013), *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid.
- GUASTINI, R. (2017), *Discutendo*, Marcial Pons, Madrid.
- HART, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, 2<sup>a</sup>. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- KELSEN, H. (1945), *General Theory of Law and State*, 3<sup>a</sup> ed. De 1949, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, 2<sup>a</sup> ed., Wien, Franz Deuticke. Citado por la traducción al castellano de VERNENGO, R. J. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, 2<sup>a</sup> reimpresión de 1982, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- MARGIOTTA, C. (2005), *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, II Mulino, Bologna
- MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E. (1993), *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- NINO, C. S. (1985), *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (1998), "La autoridad suprema de un orden jurídico. Un análisis conceptual", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 8, pp. 193-205.
- RAZ, J. (1970), *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2<sup>a</sup> ed. de 1980, Clarendon Press, Oxford.
- RUIZ MANERO, J. (1990), *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- VILAJOSANA, J.M. (1995), "Problemas de identidad de los sistemas jurídicos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, pp. 331-342.
- VILAJOSANA, J.M. (1996), "Towards a material criterion of identity of a legal order", *Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, núm. 27 (1), pp. 45-64.
- VILAJOSANA, J.M. (1997), *El significado político del derecho*, Fontamara, México D.F.
- VON WRIGHT, G.H. (1963), *Norm and Action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London.
- VUKOVIĆ, M. (2013), "Ustav Crne Gore juče, danas, šutra", *Matica*, núm. 53, pp. 31-62.
- ZULETA, H. R. (2015), "Dinámica jurídica e identidad", *Analisi e Diritto*, pp. 213-227.

# Esclavitud negra y procesos de racialización en el Atlántico Colonial Ibérico: Perspectivas confrontadas

## Black Slavery and Racialization Processes in the Iberian Colonial Atlantic: Conflicting Perspectives

Aitor Jiménez González

Universidad de Auckland

[ajim101@aucklanduni.ac.nz](mailto:ajim101@aucklanduni.ac.nz)

Recibido / received: 27/04/2018

Aceptado / accepted: 02/08/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4694>

### Resumen

El racismo como ideología ordenadora y jerarquizadora de la realidad social se configuró en torno a normas y leyes. Fue enunciado en términos legales y jurídicos. Este desarrollo jurídico legal tuvo su máximo exponente en los territorios conquistados y sometidos a régimen de gobierno colonial por parte de las naciones europeas. A pesar de que este desarrollo fue especialmente marcado en las regiones americanas colonizadas por España y Portugal no existe un cuerpo doctrinario latinoamericano consolidado que haya analizado el fenómeno del Derecho y el racismo. Con este artículo proponemos un análisis de la literatura existente en torno a la esclavitud africana y las diferencias sustanciales que existen entre las perspectivas hispanas y anglosajonas que abordan esta cuestión. Exponemos así mismo la necesidad de desarrollar investigaciones que desde una perspectiva no anglocentrada nos permita comprender el fenómeno del racismo en el Derecho colonial de raíz hispana. Consideramos que el análisis de los procesos de racialización de la región desde una epistemología situada podría ayudar a comprender los fenómenos de racialización que suceden en la actualidad.

### Palabras clave

Derecho, racismo, esclavitud negra, racialización, tecnologías de poder, blanquitud, manumisión, colonialismo, gubernamentalidad, historia atlántica.

### Abstract

*Racism, as a hierarchizing and ordering ideology of the social reality arose as a part of the legal order. Norms and rules were its constituent body. Territories submitted to colonial governance of European nations were its experimentations camps. Despite of the importance of racialized legal orders in colonial Latin-America, the region lacks of its own coherent body of socio-legal studies looking at the colonial racial relations. In this paper I will scrutinize relevant contributions in Law and Race looking at racial relations in colonial Latin America,*



Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655

Nº. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 109-128. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4694>

*specifically those related with black slavery. I aim to expose the substantial difference between Latin-American and Anglo-Saxon perspectives. My intention with that is to remark the necessity of developing a non anglocentered analytical perspective of the Iberian colonial world. This will give academics the possibility, not only of understanding Latin-American racial history but also of apprehending the nature of the current racialization processes.*

### **Keywords**

*Law, racism, slavery, black slavery, racialization, technologies of power, whiteness, manumission, colonialism, governmentality, Atlantic history.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Cómo se ha estudiado hasta ahora la relación histórica entre Raza y Derecho en Latinoamérica? 2.1. Los cimientos de los estudios en Raza y Derecho. 2.2. La Escuela de la Universidad Central de Madrid. 2.3. La Corriente Sociológica Brasileña. 2.4. Socioantropología jurídica en Argentina y Chile. 2.5. Nueva Historia Constitucional en los Países Andinos. 2.6. Antropología Legal y Crítica Jurídica en México. 3. Los estudios de Raza y Derecho en la Academia Estadounidense. 4. Dos culturas jurídicas de esclavitud y racialización. 5. Conclusión. Bibliografía.

## 1. Introducción

La raza ha sido, sin lugar a dudas, el elemento característico que ha definido las relaciones sociales en los territorios colonizados. Mediante la noción de raza, los sujetos coloniales blancos jerarquizaron y ordenaron a las poblaciones americanas que sometieron y a las poblaciones afro que importaron como mano de obra esclava. Estos pueblos fueron marcados “racialmente” para que ocuparan un lugar subalterno en el modelo productivo. En algunos casos, la clasificación se construyó de un modo relativamente sencillo, por otro lado, en las colonias anglosajonas sólo existían tres categorías legales: blancos, negros y americanos nativos; los dos últimos no serían considerados ciudadanos con derechos equiparables a los blancos hasta mediados de la década de los cincuenta del siglo XX. En los territorios sometidos a dominio colonial latino -portugués, español y francés- la variedad de categorías fue mayor, producto de diferentes dinámicas demográficas de colonización. Existieron numerosas categorías intermedias entre los sujetos sometidos afros e indígenas y los dominantes blancos, aunque como veremos, también otros sujetos blanqueados.

El racismo funcionó como verdadera tecnología de gobierno durante todo el periodo colonial. Su relación con el Derecho es clara y determinante, no existe legislación colonial que no contemple fórmulas para mantener el régimen de privilegios de una minoría blanca, europea o euroamericana, sobre el resto de las poblaciones. Podría decirse que el núcleo que define las relaciones legales coloniales viene marcado por la raza. A través de la raza se organiza el modo de producción de encomiendas, de mitas, de minería. Ésta, será el argumento fundamental que legitime el régimen de plantación esclavista que condicionará la economía atlántica durante todo el periodo “ilustrado”. Desde la legislación esclavista exclusiva hasta la penal, civil y religiosa, todos los ordenamientos vienen atravesados por esta noción.

Hoy asumimos como nociones reales, científicas y comúnmente aceptadas, conceptos como “negro”, “indígena”, “blanco”, “mestizo”, pero, ¿tienen una base objetiva real? ¿Son estas categorías estables, fundadas en elementos objetivos? Las concepciones diferenciales entre los fenotipos de *homo sapien-sapien* han sido



descartadas por la genética moderna, entonces, ¿para qué sirven estas etiquetas? ¿Quién las promueve? ¿En qué momento se originaron? Las respuestas a tales fundamentales preguntas han sido con frecuencia dadas por científicos sociales de universidades anglosajonas a ambos lados del Atlántico. Ha sido su visión sobre raza y Derecho la que se ha impuesto de manera hegemónica en los estudios sobre estas disciplinas. Su marco analítico ha sido utilizado de manera extensiva para analizar los fenómenos de racialización de Latinoamérica. Con ello asumían que las nociones de raza o Derecho, generadas dentro de sus tradiciones legales eran conceptos “trasplantables”. En nuestra opinión la región latinoamericana fue colonizada y gestionada desde otros parámetros ideológicos y políticos distintos a los de la Norteamérica inglesa. Raza y Derecho cobraban un significado distinto en cada espacio colonial. En este estudio trataremos de demostrar la necesidad de un análisis del racismo y la racialización latinoamericana atendiendo a los procesos ideológicos del colonialismo que la generó. Para ello trataremos de desarrollar dos ideas: En primer lugar expondremos las lagunas actuales de la academia latinoamericana en cuestiones de raza y Derecho. Veremos que resulta imprescindible desarrollar un corpus analítico que permita constituir una escuela propia para el conocimiento de los procesos de racialización en la región. En segundo lugar trataremos de señalar algunos argumentos determinantes, que hacen de algunas aportaciones anglosajonas, instrumentos insuficientes para comprender las particularidades de los procesos ideológicos racializantes de Latinoamérica.

## 2. ¿Cómo se ha estudiado hasta ahora la relación histórica entre raza y Derecho en Latinoamérica?

Dentro de la academia latinoamericana ha sido complicado encontrar alguna monografía que aborde específicamente la cuestión del Derecho y el racismo desde un enfoque sistémico, histórico y procesual con un marco espacial atlántico o hemisférico. Aunque no dudamos de la existencia más que probable de estudios que se aproximen a lo mencionado, no podemos dejar de llamar la atención respecto a una carencia dentro de los estudios históricos, filosóficos, jurídicos o políticos, entre los que aún se privilegian las visiones destinadas a cimentar ideas nacionales y perspectivas estatales, en detrimento de marcos analíticos más amplios, que trasciendan las fronteras políticas actuales. Parece que estamos muy lejos de contar con una corriente latinoamericanista capaz de pensar su pasado legal común de manera conectiva. Con esto, no pretendemos desdeñar las historias nacionales, locales o regionales, sino reivindicar un pensar en “líneas amplias”, un pensar que pretenda captar la gran imagen del colonialismo. Aunque no haya una base epistémica específica, una escuela del pensamiento jurídico de las tecnologías legales de poder latinoamericanas, es imposible negar la existencia de sustanciales precedentes, verdaderos cimientos filosóficos e historiográficos, sobre los que hoy se apoyan numerosos intelectuales.

### 2.1. Los cimientos de los estudios en Raza y Derecho

A pesar de que el objeto de estudio de este artículo es la producción académica en materia de raza y Derecho resulta pertinente, al menos mencionar, el que tal vez sea el primer volumen sistemático y científico dedicado al análisis de la esclavitud africana en el espacio colonial del Atlántico Ibérico. De *Instauranda Aethiopum* fue editado por primera vez en Sevilla en 1627 de la mano de Alonso de Sandoval (1627). Esta obra detalla los diferentes orígenes de las poblaciones que fueron despojadas en África y traídas a América. Explica sus ritualidades, creencias, características étnicas. Deslinda las condiciones del trasiego además de su situación religiosa, que era tanto como describir su estatus político. Sandoval ofrece un estudio aplicado, destinado a

conocer en profundidad al conjunto poblacional africano, llamado a sustituir a la mano de obra indígena. Conocimiento imprescindible para la adecuada, y bajo el prisma de aquel momento, imprescindible conversión política, religiosa y económica. Eduardo Restrepo describe con mayor claridad la obra de Sandoval:

“Constituía una tecnología misional que buscaba generar las condiciones de salvación de todos y cada uno de los bozales mediante un detenido e individualizado examen y una adecuada intervención. Para su operación, supuso la acumulación de un saber diferenciador sobre cuerpos, lugares de proveniencia, castas, naciones y lenguas de los etíopes, así como un minucioso y continuo registro de cada esclavo (bozales y ladinos), sus características específicas y ubicación espacial en la ciudad. Era un saber no ostentoso, sino pragmático para la diferenciación de los etíopes que orientaba rápidamente, casi con el solo golpe de la mirada, una hermenéutica de los cuerpos en aras de identificar los requerimientos para examinar e intervenir pronta y adecuadamente sobre sus almas” (Restrepo, 2005: 15).

Si bien no puede negarse la científicidad de este estudio (y de otros que le sucederán) no será hasta mediados del siglo XIX cuando estemos ante contribuciones académicas propiamente dichas. De este seminal periodo deben destacarse dos figuras por encima de otras, tanto por su indudable impacto político en el momento, como por la influencia y repercusión que tendrán en el campo de las investigaciones sobre raza y esclavitud en el futuro. Los cubanos José Antonio Saco y Rafael María de Labra escribieron obras profundamente críticas y originalmente fundamentadas con la institución de la esclavitud. El primero abordó la cuestión desde el punto de vista historiográfico. En 1879 publicaría su *Historia de la esclavitud de la raza africana en el Nuevo mundo y en especial en los países americano-hispanos* (Saco, 1974), una obra que tanto por su objeto de estudio como por su marco geográfico sentó un claro referente de los estudios atlánticos que hoy predominan en la escuela estadounidense. Rafael María Labra publicó en 1874 *La abolición de la esclavitud en el orden económico* (Labra, 1874), una obra interdisciplinaria que compaginaba el análisis económico con el histórico legal. José Antonio Saco compaginó sus tareas investigadoras con el activismo político de corte independentista y antiesclavista. Por su parte Rafael María dedicó gran parte de sus esfuerzos a la causa de la abolición y de la transformación académica, siendo uno de los fundadores de la Institución Libre de Enseñanza.

## 2.2. La Escuela de la Universidad Central de Madrid

La Universidad Central de Madrid (hoy Universidad Complutense de Madrid) fue una institución clave en el desarrollo de estudios latinoamericanistas. Campo que en sus inicios tuvo en la filosofía y el Derecho sus dos grandes pilares. Quien fuera rector de la misma, José Gaos, acabaría siendo uno de los padres de los estudios latinoamericanos en México, inaugurando con ello una trágica, pero fecunda historia intelectual del exilio (Zea, 2004). Fue también en esta institución donde se conformó la base de la nueva historiografía jurídica sobre instituciones coloniales. No cabe duda de que las discusiones antes señaladas abrieron el camino a la innovación, pero los estudios emprendidos por dos doctorados de la UCM, Silvio Zavala (1935) y José María Ots Capdequí (1941) revolucionaron los estudios acerca de las instituciones coloniales. Ambos conciliaron con maestría la labor de análisis y compilación documental con la reflexión filosófica. Indagaron desde tesis empíricas cercanas al marxismo la naturaleza económica del estado colonial. Consiguieron ofrecer una imagen completa de los aparatos de control desplegados por el Estado Colonial en América. Cabe señalar que tanto Ots como Zavala privilegiaron el análisis de las poblaciones indias y mestizas sobre las negras, no obstante, lo anterior, y al margen de la extraordinaria aportación metodológica, existen también salpicadas en sus obras notables menciones al papel económico de los esclavos negros (Zavala, 1938).



Mención aparte merece el también egresado de la UCM Fernando Ortiz. Autor total, capaz de aunar una escritura poética con complicadas elucubraciones antropológicas basadas en lecturas políticas de textos jurídicos. Hizo de sus obras, sin embargo, textos de agradable lectura. En ellos la relación entre la raza, el trabajo, la producción, el Derecho y el colonialismo se hace evidente, natural, casi obvia. Expuso con ligereza y rotundidad la simbiosis entre la industria azucarera, el criollaje y el modelo esclavista. Dedicó amplias obras también a analizar el régimen legal y político de dominación dedicado especialmente a los pueblos negros (Ortiz, 1987; 2005).

### 2.3. La Corriente Sociológica Brasileña

En el Brasil de los años 30 del siglo XX, Gilberto Freyre inauguró una línea de análisis destinada a cuestionar la historia oficial que trataba la esclavitud brasileña con una insultante benevolencia. *En su Casa-Grande e Senzala* (Freyre, 1986) desmitificó la visión de una esclavitud “dulce” en comparación con la anglosajona y expuso la violencia sistémica y funcional de las plantaciones. Florestán Fernandes en los años 60 del siglo XX inauguró una línea de análisis destinada a cuestionar la historia oficial que trataba la esclavitud brasileña con una insultante benevolencia. En su *A integração do negro na sociedade de classes* (Fernandes, 2013) marcó una pauta al vincular la esclavitud a la clase, al hacer de la raza una mención expresa del sistema capitalista brasileño, un tema tabú en el discurso oficial nacional que siempre concibió al propio Estado como alejado de la discriminación que aquejaba el resto de naciones americanas. Florestán planteó, además, en su exquisito *O genocídio do negro brasileiro*, el problema político de la esclavitud como elemento fundante de la nación. No era el racismo contra los negros un mero problema cultural del pasado, sino una cuestión política de primer orden que sacudía los cimientos de la república. Ellos y otros sentaron las bases analíticas de lo que hoy exponen autores como Silvia Lara, quien plantea el modelo esclavista como una forma de gobernanza, de acción política positiva que no se limitaba a “vigilar y castigar” al negro, sino que también lo produce como subjetividad capitalista (Lara, 2007).

### 2.4. Socioantropología jurídica en Argentina y Chile

En Argentina y Chile los estudios más próximos a establecer vínculos entre raza y Derecho han surgido de la mano de la revisión histórica de gestión, dominio y genocidio de indígenas dados en sus territorios. Claudia Briones ha realizado una impresionante labor de compilación y análisis documental de las relaciones diplomáticas entre los pueblos indios y los españoles en primer lugar; posteriormente de las relaciones diplomáticas entre los indios y los argentinos<sup>1</sup> (Briones, 2005). De este modo, se ha aproximado al pasado y presente indígena desde un enfoque no culturalista sino de derechos de los pueblos, sin desdeñar profundas aproximaciones que cabrían situar entre la antropología y la sociología. Por otro lado, el fecundo académico Eduardo Grüner desde la historia de las ideas, nos ha ofrecido una no siempre admitida revisión de la literatura cuestionadora de la Ilustración que, como veremos, trató de negar el reverso esclavista que la sustentaba (Grüner, 2010). Darío Aranda, Walter Delrio y otros han inaugurado un enfoque que hace del genocidio un campo analítico biopolítico para comprender la historia de Argentina (Aranda, 2010; Delrio, 2005). El genocidio se comprende vinculado a un conjunto de prácticas

---

<sup>1</sup> Usaremos sin distinción los términos indígena, originario e indio, para referirnos a los pueblos que ya habitaban los territorios americanos antes de los procesos coloniales de la modernidad. Existen numerosas razones para decantarse por uno u otro término. Todos comparten el mismo origen colonial, y todos son defendidos por una u otra perspectiva indigenista-indianista. Por lo tanto, los consideramos como denominaciones sinónimas.

políticas, económicas y jurídicas que desde el pasado colonial hasta el presente extractivista tienen como finalidad el despojo, la extracción de plusvalor, es decir, el desarrollo del capitalismo. José Manuel Zavala Cepeda ha hecho un interesantísimo trabajo análogo al de la Argentina para los territorios mapuches situados hoy bajo dominio chileno. El autor parte de las nociones de poder ofrecidas por el postestructuralismo y analiza las prácticas de dominio coloniales y poscoloniales a través de todo tipo de impresionantes aportes documentales (Cepeda, 2008).

## 2.5. Nueva Historia Constitucional en los Países Andinos

En Bolivia, Ecuador, Venezuela y Colombia se ha desarrollado especialmente la perspectiva decolonial con importantes implicaciones a la hora de revisar los pasados y presentes jurídicos en lo concerniente a la relación del Estado con los diferentes pueblos. Cabe también señalar la importancia del aporte analítico jurídico más tradicional. El interesante proceso neoconstitucional que no sólo ha implicado a los países del ALBA andino (Bolivia, Ecuador, Venezuela) sino también a Colombia y Perú, ha llevado a iniciar un proceso de progresivo reconocimiento no sólo cultural, sino legal frente a la diversidad y, en algunos casos, se asume expresamente como realidad legal el paradigma analítico de pluralismo jurídico. Ello ha arrastrado a importantes sectores de la comunidad académica a revisar el papel que han tenido y tienen el Derecho y el Estado a la hora de mantener estructuras de discriminación y jerarquización racial y cultural, además de cuestionarse acerca de las nuevas oportunidades que ofrecen los contextos legales actuales (Gargarella y Courtis, 2011). Desde un plano jurídico menos ortodoxo, en lo académico tenemos la importante aportación de Julia Suárez Krabbe, gran referencia colombiana en materia de descolonización de los Derechos Humanos desde un enfoque feminista. Ella es quizás una de las pocas latinoamericanas partícipes de una interesante línea de investigación de matriz anglo-india destinada al cuestionamiento de los Derechos y Libertades vinculados a la Ilustración con un enfoque pos-decolonial (Krabbe, 2016). En una línea más vinculada los estudios decoloniales académicos o filosóficos, en algunos casos cercanos al psicoanálisis, en otros a la hermenéutica y a la genealogía, encontramos a Ricardo Senín, Santiago Castro-Gómez, Oscar Guardiola y Eduardo Restrepo. Cada uno de ellos ha ido aportando importantes elementos de análisis que permiten desmontar el edificio mítico de la modernidad colonial (Castro, 2005; Guardiola, 2010; Restrepo, 2002).

## 2.6. Antropología Legal y Crítica Jurídica en México

En México, la producción epistémica, aunque enorme, no ha alcanzado a tocar las delicadas cuestiones de la raza en su relación con el Derecho, al menos de forma directa, porque en relación con los derechos de los pueblos indios y el expolio ambiental que han sufrido a manos del capitalismo los aportes han sido innumerables (Barcenas, 2011). Óscar Correas y su grupo Crítica Jurídica merecen un reconocimiento especial dentro de los estudios jurídicos críticos, ya que por sí solos conforman una escuela que vincula a regiones tan distantes como Argentina, Brasil y México (Correas, 1994; 2003; 2005). A pesar de que no hayan abordado explícitamente la cuestión racial sí han hecho una revisión profunda del papel de los pueblos dentro del modelo de Estado actual y su forma capitalista. Han desarrollado también una interesante línea de trabajo basada en el pluralismo jurídico que mantiene un diálogo continuado con los aportes del brasileño Carlos Wolkmer (2003). Dentro de la relación entre Derecho, pueblos indígenas y conflictos destaca el enfoque planteado desde la antropología jurídica, en la que México sin ninguna duda destaca. Desde los pioneros trabajos de Leif Korsbaek a los actuales de Victoria Chenaut o Yacotzin Bravo (Chenaut et al., 2011; Bravo et al., 2013) la antropología jurídica

comprometida con la lucha de los pueblos goza de una calidad y una vigorosa salud de la que no pueden presumir los academicistas estudios anglo norteamericanos.

### 3. Los estudios de raza y Derecho en la academia estadounidense

Para la academia estadounidense, la relación entre raza y Derecho no es una cuestión científica más, es una discusión política, un matiz en los datos, un sesgo interpretativo que puede orientar una u otra aportación dentro del eje ideológico de su política institucional. No es rara la ocasión en que las investigaciones sobre raza y Derecho se despliegan desde y hacia lo personal. Si la persona investigadora se identifica además políticamente como negra o *coloured*, el significado deja de estar implícito, derivable de la narrativa, para pasar a ser un gesto académico y político en sí mismo, un acto de reapropiación de la historia. Resulta difícil explicar el sentimiento de existir, de ser en una sociedad racializada sin haber vivido, siendo *coloured*, en los Estados Unidos. Allá uno puede darse cuenta que cada debate político, cada discusión académica, cada expresión artística o cultural tienen una lectura racial determinante. Desde las grandes políticas como la migración (el *mexican* como problema nacional), hasta las problemáticas locales como la gentrificación, donde la población blanca *techie* expulsa a las poblaciones negras del centro de las ciudades, son cuestiones que tienen implicaciones raciales (Maharawal, 2017).

La cuestión racial es profunda y se inserta en el corazón del modelo de Estado mismo, en su inspiración ideológica, política, filosófica, demográfica y poblacional. Estados Unidos experimenta de manera acelerada la transición desde país mayoritariamente blanco, a país de grandes minorías en medio de un proceso doloroso, de tensiones y violencias raciales, de revisiones de su memoria. Si en los años 50, ocho de cada diez ciudadanos eran considerados como blancos en California, hoy esta cifra se reduce a 4 de cada diez en los nacidos a partir del 2010. Para el 2050 los blancos que hoy suponen el 76% de la población apenas superarán el 50%, algunas cifras lo rebajan a un 45%. Estos datos son aún más evidentes en determinados estados-frontera: el ya mencionado California, Arizona, Texas, Nuevo México, Nueva York<sup>2</sup>. Este radical proceso demográfico se da en un país que hasta el año 1956 sancionaba legalmente la discriminación de su población negra. Concebía para los mismos espacios diferenciados, escuelas, parques, zonas residenciales, transporte público. Hasta mediados del siglo xx ningún ciudadano que no fuese considerado como blanco podía plantearse la posibilidad de obtener la naturalización. Pertener a una comunidad indígena o negra y delinuir podía acarrear, incluso, la esterilización forzada o el retiro de la custodia de sus hijos. Estados Unidos se concebía a sí mismo como un país blanco: blanca debía ser su inmigración, blanca su lengua, blanca su religión. Ser blanco implicaba gozar de plenos derechos civiles, políticos y sociales. Ser blanco dotaba al sujeto de ciudadanía y de pleno reconocimiento por el Estado y por sus instituciones. El voto, las dignidades, los empleos, las libertades, eran hasta hace poco consustanciales a la adscripción racial (Bonilla-Silva, 2006; Jordan, 1974). Ser blanco en Estados Unidos implica estadísticamente ganar más dinero, trabajar menos horas, vivir más años, contar con mayores recursos, comer mejores productos, asistir a mejores centros educativos, disponer de seguro sanitario. La población blanca tiene tres veces menos posibilidades de ser condenada a prisión, ocho veces menos probabilidades de ser condenados a muerte. Son menos veces registrados, detenidos y cacheados. Ocupan mayoritariamente los puestos de relevancia políticos, científicos, económicos, militares y artísticos. Se encuentran infra representados en los trabajos no

<sup>2</sup> Datos recogidos en Censo estadounidense (<http://www.census.gov/>) y en el prestigioso lobby de análisis "Pew Research Center" (<http://www.pewresearch.org/>).

cualificados. Tienen más y mejor acceso a internet, más bibliotecas, más zonas verdes (Musterd, S., & Ostendorf, 2013).

La esclavitud, como máxima expresión de racialización jurídica, es la muestra histórica de una herida imborrable; la del racismo, que queda muy lejos de haberse cerrado. Los estudios de raza y Derecho producidos en la academia norteamericana nacen íntimamente vinculados al análisis de la esclavitud y sus consecuencias en todos los planos: sociales, económicas, de derechos, psicológicos. Raza, Derecho y esclavitud se muestran como regiones indistinguibles dentro del paradigma estadounidense (Horne, 2014). Conviene, por lo tanto, hacer un repaso de cómo se han generado los conceptos nodales de estas categorías dentro de este influyente esquema. Para la persona estadounidense no blanca mirar a la historia de su propio país presente en los libros educativos, en las monedas, en los cuadros institucionales, en las festividades nacionales, es un recordatorio de la dominación sobre sus antepasados no tan lejanos. Los tres primeros presidentes de los Estados Unidos contaron entre sus propiedades con esclavos. Hasta el fin de la guerra de secesión la formalmente considerada nación democrática pudo convivir con un régimen de esclavitud. Las asambleas ciudadanas, las votaciones, las campañas electorales, las discusiones en periódicos, los mítines, las promesas, los incumplimientos, la corrupción, el progreso, el ferrocarril, todo fue compatible con la existencia de explícitas leyes que regulaban hasta el más nimio detalle de la vida de los esclavos. El discurso racista era interclasista, se movía sin dificultad entre diferentes espectros ideológicos. Encajaba con las opiniones más religiosamente conservadoras y con las posturas científicamente más innovadoras. El negro podía ser considerado al mismo tiempo y sin temor a confusión, maldito por Dios e inferior científicamente. Si en algo estaba de acuerdo la sociedad norteamericana blanca de principios del siglo XIX era en la superioridad de los blancos por encima de los negros (Bell, 2008).

Para los observadores occidentales que visitaban la joven y prometedora nación en el siglo XIX la cuestión era clara: blanco significaba progreso, democracia y futuro. La raza roja, aún digna, era una sombra en la historia, y el negro, un bicho que había sido útil pero cuyo papel en la historia ya no tenía lugar (Tocqueville, 1945). Hasta la actualidad, todos los presidentes estadounidenses, sin excepción, participaron en acciones militares o policíaco-militares contra las poblaciones indígenas. Las intervenciones hasta mediados del siglo XX fácilmente incurrierían hoy dentro de lo que se entiende como crímenes contra la humanidad, genocidio. Es larga la lista de políticos que formaron parte del Ku Klux Klan, agrupación secreta de corte supremacista blanco, en la que se cuenta, incluso, con la participación de al menos un presidente: Harry Truman. Para un país que se considera democrático, liberal, tolerante y abierto desde el primer segundo de su existencia, la esclavitud es una marca imborrable, perenne, que brilla tanto por su presencia en la historia como por sus consecuencias en el presente. Al observar las cifras que denotan discriminación y racismo en el presente y en el ayer es fácil comprender el por qué la producción académica sobre raza y Derecho haya estado tan abrumadoramente dominada por la escuela anglo norteamericana.

El problema que presentamos ahora es de hegemonía cultural. Las universidades del norte del continente son reconocidas mundialmente como las de mayor prestigio y ciertamente, son las de mayor productividad. Son más, tienen mayores recursos, mayor crédito internacional y una indudable influencia entre las élites intelectuales y políticas no sólo del continente sino del mundo entero. Es tal su poder voluntario o involuntario, que algunas de sus comprensiones sobre categorías complejas explícitamente locales se vuelven conceptos universales. Esto es precisamente lo que ha sucedido con las nociones de raza y esclavitud. Para una sociedad estructurada en torno a un sistema de privilegios raciales -ayer legalmente,

hoy informalmente- es absolutamente indispensable tener una noción clara y definida de lo que la raza y la esclavitud significan, aunque obviamente, lo componen desde su propia perspectiva (Delgado, R., & Stefancic, J, 2017).

Para la escuela norteamericana uno y otro concepto vienen de la mano. El primero es consecuencia del segundo. Para comprender la raza, su origen, mecanismos y significados es indispensable analizar la estructura en la que surge: la esclavitud. Comprender la esclavitud confiere las claves para entender la raza. Un importante sector dentro de la academia se decidió por los estudios comparativos para conseguir este objetivo. La opción se les planteaba obvia. Tanto para los teóricos de los *racial studies*, como para los historiadores de todo cuño, el ejemplo latino era la viva expresión de la diferencia con respecto a su modelo. No sólo las categorías raciales duales no les son válidas, sino que la misma noción de esclavitud es voluble, volátil y desmarcada de la raza. ¿Cómo podían funcionar de manera tan radicalmente diferente dos imperios coloniales esclavistas como lo fueron el español y el inglés, que en territorios como Texas compartieron frontera por casi doscientos años? ¿Cómo puede existir una noción tan diferente de raza en lugares tan cercanos como Cuba y Miami? ¿Cómo Haití y Santo Domingo? ¿Cómo México y Estados Unidos? (Tannenbaum, 1946; Cottrol, 2016; Gross, 1998; De la Fuente, 2001).

La hipótesis de trabajo de muchas de estas investigaciones era sencilla y clara: a diferente gestión de la esclavitud diferente construcción de lo racial. Luego entonces, es preciso buscar las similitudes y diferencias de los modelos de esclavitud para hallar las claves del funcionamiento de las estructuras raciales coloniales que se extienden hasta nuestros días. Muchos de los autores norteamericanos partieron de la relación de continuidad histórica de la esclavitud ibérica para comprender el sesgo diferencial que la distancia de la esclavitud anglosajona cuya naturaleza se presume netamente colonial. La experiencia esclavista ibérica ha sido la más dilatada en el continente americano, llega de la mano con los primeros conquistadores y se extiende hasta 1886. Ningún país latinoamericano una vez obtenida su independencia concedió la libertad inmediata a los esclavos que en ellos residían, a excepción hecha de Haití. Algunos incluso multiplicaron y perfeccionaron la institución hasta el extremo de su desarrollo, tal es el caso brasileño<sup>3</sup>. El esclavo y su naturalidad están en boca de los teóricos sobre los que se construye la retórica y la argumentación filosófica de toda la cristiandad. Desde Aristóteles a Platón, de San Pablo a Santo Tomás, del Viejo al Antiguo Testamento. En todos los lugares hay espacios para legitimar la esclavitud. No sólo era socialmente aceptada sino filosófica y religiosamente validada y, desde luego, legalmente amparada. La institución era en el ámbito ibérico un hecho normalizado, constante, socialmente aprobada, asociada incluso a símbolo de estatus, de éxito económico, de distinción aristocrática. Han sido esclavistas los romanos, los godos, los gobernantes cristianos y musulmanes, también los laicos y los ilustrados. La experiencia al gestionar poblaciones diversas, la vivencia continuada de la esclavitud, habría dotado de un *corpus* legal con entidad propia a las potencias coloniales ibéricas, un *hábitus* jurídico que terminaría por definir sus relaciones sociales y, más tarde, raciales. Algo de lo que carecería el mundo británico cuya esclavitud fue formalmente abolida en el medievo para ser desarrollada de nuevo por el mercantilismo.

---

<sup>3</sup> Tal periodo de existencia prolongado, que se despliega geográficamente sobre la mayor parte de ambos hemisferios americanos es algo que ha llamado poderosamente la atención de los intelectuales occidentales desde los albores de la propia científicidad. Humboldt puede considerarse, entre tantas otras cosas, uno de los primeros analistas al respecto. Distingue sorprendido algunas de las bondadosas características de la esclavitud en Hispanoamérica, más cercana a un gobierno patriarcal que a un modelo explotación intensiva.

#### 4. Dos culturas jurídicas de esclavitud y racialización

El elemento legal que aparece, y no por error, como la más señalada distinción entre ambos macro modelos de esclavitud es, sin duda alguna, el de la manumisión. Y la razón es clara, al ser la esclavitud una forma de definir la ausencia de libertad, cualquier argumento legal que permita la práctica emancipatoria dentro de un sistema de esclavitud debe ser analizado. Sobre todo, si como es el caso, dicho argumento está presente en tantos casos como en los del mundo ibérico. La manumisión es, etimológicamente, el acto de liberación del esclavo. Muchos han visto en lo extendido de esta figura la explicación a la estabilidad del modelo ibérico, y también a su desmedida longevidad. Hay que aclarar que la manumisión existió en el área anglosajona, al igual que bajo cualquier otro régimen esclavista. Pero si por un lado alcanzarla fue algo prácticamente imposible en el siglo XVIII, el destino que les esperaba a aquellos que la obtenían era de servidumbre, segregación y sometimiento absoluto en la mayor parte de las colonias, a excepción de aquellas donde la población negra era anecdótica o poco representativa.

La manumisión es un reducto del modelo greco romano de esclavitud. Esta forma de trabajo embriddado tuvo numerosas vertientes: existieron la mano esclava poco cualificada destinada a minas e industria, así como la altamente cualificada; los esclavos eran obreros, mineros, pescadores, pero también maestros, gestores, capataces y administradores. Todos podían adquirir la libertad, incluso llegar a ciudadanos de pleno derecho y llegar a ser, ellos mismos, poseedores de esclavos. La manumisión era la vía frecuente para la adquisición de libertad, podía deberse a una liberalidad testamentaria del amo en premio a una vida de servicio o, como sucedería comúnmente en la América Colonial, con el pago al titular de la propiedad esclava de su precio, ya fuese por el propio esclavo, ya por un tercero. La manumisión pasó del Derecho Romano imperial a las codificaciones visigodas y bizantinas, sustancia de lo que se conoce como *Ius Commune* o Derecho Común en Europa Occidental. Surcó los tiempos y los mares en compilaciones medievales como las siete partidas de Alfonso X o las alfonsinas portuguesas. Estos artefactos jurídicos que fueron el basamento de la estructura legal colonial del Atlántico ibérico, resistieron el paso del tiempo hasta períodos muy recientes, sus principios se mantuvieron activos, insertos en las sucesivas compilaciones, ordenamientos o como referencia intelectual de los doctos. El fuero juzgo, el fuero real, las leyes de Alcalá, de Toro, las compilaciones manuelinas, filipinas, carolinas, la recopilación de las Leyes de Indias, la nueva y la novísima compilación de las leyes de España, todas mantuvieron dentro de sí el espíritu normativo romano y con él, la manumisión como principio adscrito a la esclavitud (Gallego, 2005; López, 1989; Saco, 1974; Lucena, 1999).

Al esclavo no solo le era reconocida la posibilidad de eludir o escapar a su condición, algo que bien pudiera haber quedado como mero legalismo, sino que ejercicio de la manumisión era algo frecuente. El liberto era incluido en la vida social sin alarma o congoja por parte del resto de ciudadanos. Según algunos datos ya en el siglo XV la población esclava de las ciudades como Sevilla o Lisboa alcanzaba alrededor del 10 o el 15% (Stella, 2005). Los esclavos eran personas provenientes del Asia Menor, del Magreb, de África occidental o del África oriental, moros capturados en el reino de Granada. Sin tener un carácter expresamente racializado coexistían bajo el mismo régimen de sometimiento esclavos blancos y negros. ¿Qué porcentaje de ellos era negro? La pregunta es tan imposible de responder, como absurda en su planteamiento. La negritud de la piel no definía al sujeto del siglo XVI. Podría ser útil para determinar su origen, asociado a una nación, Etiopía o Sudán, pero ciertamente la cuestión del color estaba lejos de ser definitiva. Los moriscos y

moros podrían ser blancos, así expresamente lo describen las cédulas que prohibían taxativamente su exportación a América. Puede el morisco ser considerado también mulato o negro. Cuando por razones mercantiles, políticas o religiosas la mayor parte de los esclavos de los reinos ibéricos comenzaron a ser capturados en África, el edificio de la manumisión no se derribó. El esclavo negro, que nunca fue un desconocido en el mundo ibérico, tenía frente a sí un referente aculturado, de orígenes similares al suyo. Africanos rezaban en las iglesias, trabajan en los talleres, se casaban, vivían, morían, mataban, celebraban. El prejuicio contra el negro está demostrado en el teatro, en los poemas, de forma tanto positiva como negativa, en el hecho esclavo mismo. Pero igual que estaba esa imagen construida de la maldad, de la negritud, también lo estaba la de la honradez, de la valentía, de la lealtad y el arrojo, de la piedad y la entrega (Molinero, 1995).

Del análisis de los archivos judiciales metropolitanos para casos en los que expresamente se hace mención a la condición de “negra” de una persona -a partir del siglo XVIII- no cabe dilucidar un menosprecio racializante, basado en criterios biológicos, no al menos en la dinámica de la vida legal y jurídica cotidiana, aquella que va desde las demandas de una mujer contra su marido por serle este infiel, a la obtención de la calidad de liberto, para luego pasar a ser amo. Tal condición no era excluyente del ejercicio de un amplio abanico de derechos: podían recurrir a tribunales, ser testigos, casarse, contar con propiedades. La Filosofía que siempre sigue a la realidad social dedujo que es por tanto el de la esclavitud un estado trágico, pasajero. La esclavitud quedaba delimitada como un estado en el que se incurre por una serie de causas concretas, legalmente definibles: ser preso en guerra justa, venderse uno mismo para saldar deudas, incluso como alternativa a la pena de muerte. Mala fortuna o destino llevaban a algunos a tan abyecta condición alejada de la natural libertad. ¿Qué es lo menos que se puede hacer que salvaguardar la vida del miserable esclavo? De este modo, se parte de la libertad natural de los seres para deducir un cierto deber de respeto para con sus vidas:

“Llenero poder ha el señor sobre su siervo para hacer del lo que quisiere, pero con todo esto no lo debe matar, nin lastimar maguer le hiciese, porque a menos demandamiento del juez del lugar nin lo debe herir, de manera que sea contra razón de natura, nin matarlo de hambre, fuera en de si lo hallase con su mujer o con su hija, o hiciese otro hierro semejante destos. Ca esto ce bien lo podría matar” (Lucena, 2005:17).

Las lecturas de la esclavitud ibérica llevadas a cabo, primero por Tannenbaum y, más tarde, por Alejandro de la Fuente (De la Fuente, 2004), entre otros, han hecho énfasis precisamente en esta posibilidad liberatoria y esta amplitud de actuación como causas de una noción ibérico colonial de raza absolutamente diferente de la dada en el ámbito anglosajón, holandés y francés. Sin duda, esta línea interpretativa contiene una verdad insoslayable. La manumisión no fue únicamente una posibilidad legal, sino un hecho practicado desde los primeros comienzos de la colonia. Las particularidades demográficas de la colonización ibérica, la poca migración hasta el siglo XVIII, unida al genocidio indígena, crearon las condiciones para que en las colonias hubiera una permanente necesidad de mano de obra cualificada, sin cualificar, e inclusive militar. Durante todo el periodo la población esclava se circunscribió a las poblaciones africanas y ocuparon todos los nichos laborales posibles. Desde luego no se les permitió alcanzar las más altas dignidades eclesiásticas o estatales, pero esto era algo que también les estaba vedado a los criollos blancos y a los indígenas. Fueras de la cúspide colonial se podría encontrar a esclavos y libertos en cuanta posición laboral se pueda imaginar. Como se ve, entre la cúspide y la esclavitud existe en el mundo colonial ibérico una amplia región donde las clases populares de medio mundo se encontraron en el trabajo y en las camas, en los matrimonios, en los frentes, en los

telares y en las minas. Trescientos años de este espacio configuraron una gran masa poblacional de castas.

El esclavo negro, blanco o mestizo, residiera en la región del imperio en que residiera, podía casarse, tener propiedades, percibir un salario, acumularlo. Comprar su libertad, la de su marido, mujer o descendencia. Podía testificar en juicios, litigar incluso contra su amo, ya sea por vulneración de los aspectos de su dignidad salvaguardados, ya por incumplimiento contractual. Los registros judiciales a tal efecto son extensos, y en muchos casos, sorprendentes. ¿Bondad? ¿Muestra del humanismo colonial? Nos parece simplemente coherencia con la ideología gubernamental del momento. Semejante afirmación sólo nos conduce a plantear más preguntas: ¿Qué tipo de gobierno político se puede ejercer sobre un esclavo? ¿De qué manera puede ser súbdito un esclavo? Para encontrar una respuesta coherente con nuestro objeto de análisis hemos de interrogar a las escuelas hispánicas del Derecho Natural.

Luis Recasens Siches, exiliado de la guerra civil española en México, escribirá un interesante análisis acerca del pensamiento de Francisco Suárez, quien fue reconocido como uno de los teóricos más influyentes del barroco ilustrado (Recasens, 1947). Fue leído y traducido en todo “el mundo civilizado” (metrópolis y colonias de Europa) hasta el siglo XVIII. Francisco Suárez junto con Francisco de Victoria, Domingo de Soto y Diego de Covarrubias forman juntos quizás el más importante bloque teórico político del barroco europeo. Por su influencia sobre los acontecimientos del momento, sobre el gobierno de millones de seres y las consecuencias sobre el futuro de la región, han sido, tal vez, de los más relevantes teóricos de la historia atlántica. No olvidemos que por siglos todo intelectual que se preciara en el espacio colonial del Atlántico Ibérico, y en ellos situamos a militares, clérigos y funcionarios, hubieron de conocer al menos los aspectos más representativos de estos autores. Así pues, sus concepciones sobre el Estado, la comunidad, la relación entre el individuo y la sociedad se dejan notar aún a día de hoy en numerosos textos constitucionales latinoamericanos.

Recasens nos explica que Francisco Suárez se convierte en el legatario imperial de la tradición tomística, con plaza en la Universidad de Coímbra, probablemente la que mayor vocación Atlántica ha tenido hasta nuestros días. Esto implicaba no sólo una consabida relevancia teológica sino, desde luego, política y jurídica. Suárez siguió la lógica de sus contemporáneos de la Escuela Política de Salamanca<sup>4</sup>, muestra un profundo aprecio de la relación del hombre con la ley, una composición que remite a un equilibrio cósmico de dimensión universal. R. Siches destaca unas líneas de Suárez (quien a su vez incorpora nociones extraídas de San Agustín): “La ley, principio de orden, es una textura racional que dirige los seres hacia el cumplimiento de su fin... la ley eterna es el principio supremo del orden universal, la razón suprema del movimiento de las criaturas, el arquetipo de toda ley la “forma” que imprime a todos los seres la orientación sus fines naturales” (Recasens, 1947: 234). El autor nos resume los tres criterios que deberá responder una ley para ser considerada tal bajo el modelo de pensamiento de Suárez:

---

<sup>4</sup> Francisco Suárez junto con Francisco de Victoria, Domingo de Soto y Diego de Covarrubias forman juntos quizás el más importante bloque teórico político del barroco europeo. Por su influencia sobre los acontecimientos del momento, sobre el gobierno de millones de seres y las consecuencias sobre el futuro de la región, han sido, tal vez, de los más relevantes teóricos de la historia atlántica. No olvidemos que por siglos todo intelectual que se preciara en el espacio colonial del Atlántico Ibérico, y en ellos situamos a militares, clérigos y funcionarios, hubieron de conocer al menos los aspectos más representativos de estos autores. Así pues, sus concepciones sobre el Estado, la comunidad, la relación entre el individuo y la sociedad se dejan notar aún a día de hoy en numerosos textos constitucionales latinoamericanos (Hill, B., & Lagerlund, H, 2012).

- Que esté dirigida a una comunidad.
- Que esté dirigida a su bien común.
- Que haya sido dispuesta por autoridad.

Suárez nos muestra un modelo de ley al que pueden acceder todos los hombres. Una ley que es política y al mismo tiempo, eterna. Producto de la revelación divina, se ha valido instrumentalmente del espacio medial entre la comunidad y sus autoridades. El de Suárez es un auténtico ejercicio de reflexión y actualización del Derecho Natural medieval donde la ley se convierte en representación de la perfección humana, aquello que tiene precisamente una inspiración divina. Este es un rasgo especialmente relevante, ya que denota con sutileza el señalamiento de la supremacía del poder espiritual sobre el temporal y, con ello, la penetración de la teología política tridentina. El marco de argumentación tridentino, fortalecido con todo el elenco de discusiones escolásticas sobre las conquistas, la gestión de poblaciones y sus legitimidades, estaba en el cenit de su capacidad y su influencia. Diríamos hoy que la experiencia de sus agentes en el campo aportaba consistencia científica sobre la validez de sus aportaciones teóricas en los terrenos de la ciencia teológica política. En este sentido, pese a lo común de la doctrina al respecto, el humanismo científico, es decir, el espíritu de la ilustración tal y como se idealiza, tiene antes su sede en la Roma conciliar que en la Ginebra intolerante y fanática de Calvino.

Frente al localismo protestante, Roma comprende la significación universal del acontecimiento americano y desarrolla una política ecuménica que excede con mucho los estrechos márgenes del reaccionarismo oscurantista con que calificaron Trento. En Trento se reclama con firmeza la virtud del evangelio y del sacramento colectivo. La misión del sacerdote universal, el papel de la iglesia en el nuevo orden, en todo el orbe. La Compañía de Jesús sintetiza el espíritu del Trento moderno, colonial, universal, patriarcal y humanista; proyectó sobre las teorías de la soberanía y de la comunidad, su particular visión de la historia, de su potencia y del papel del poder en el nuevo orden.

La comunidad, objeto y sujeto de la ley-justicia es la comunidad de creyentes, de feligreses, de súbditos. Aquellos súbditos son los que aceptan el reino de Dios, cuyo mandato ha sido delegado a las autoridades políticas. No hay pues, señalamiento divino que diferencie a un pueblo elegido, porque el pueblo elegido es el pueblo de Dios que posee un ámbito potencialmente universal. El pacto político al ser potencia de todo sujeto queda vinculado a la propia naturaleza humana. Lo social, lo político, la comunidad, son actividades humanas inherentemente bendecidas por Dios, no políticamente natural. Existe una intimidad entre naturaleza humana y racionalidad que habita lo humano en condición de potencia (Dussel, 2003). Para muchos, la modernidad de Suárez reside en el poder que atribuye a esta comunidad para delegar su poder, para concretar un mandato. Para Siches este poder constituye a un soberano siendo la comunidad la depositaria del poder instituyente.

A diferencia del caso protestante, lo sagrado aquí es el hecho relacional entre la comunidad, el poder y el soberano, esa trinidad que contrasta con el carácter mesiánico de bendición sagrada a la autoridad constituida, propia del protestantismo. El tridentino fue una transferencia simbólica del orden cósmico a la gestión política legitimada por un contrato de asociación. Lo determinante en este esquema es la voluntad subjetiva por acercarse a la gracia, siempre ofrecida mediante el evangelio, la predica y el sacramento. La posibilidad de ello estaba al alcance de cualquiera: del esclavo, del traidor, del asesino, del virtuoso, del rey, del pagano. En todos ellos reside una misma potencia política. El condicionante limitador de la persona, como el de la esclavitud, es sólo un aspecto material, circunstancial, no determinante del ente compositivo del ser. Aún más, tal vez incluso por esa pena en vida tenga el esclavo

más garantías de acceder antes a la comunión con Dios si accede a someterse al misterio, a la conversión firme.

El esclavo cristiano es un súbdito porque es persona, es decir, pertenece al pueblo de la salvación. Y esto no lo será por designación divina, sino porque el acto de redención de Jesús abre la posibilidad de acceso universal al Reino del Señor. El acto bautismal abre el tiempo de la razón, del libre albedrío. Todos pueden decidir conforme a su razón y conocimiento si obran conforme a la naturaleza divina, el obrar conforme a la ley inmanente. Todos independientemente de su condición pueden acceder al Reino de Dios y a sus legítimos defensores en la tierra. Llegado el momento del ofrecimiento a sumarse a la conversión -que es religiosa, aunque lo es también de Estado- será posible discernir quién sí y quién no pertenece a la comunidad. El negro esclavo, la muestra más despreciable de (in)humanidad para los británicos, pasa a ser vasallo del rey de España en cuanto que, con su voluntad, decida sumarse al cuerpo político cristiano. Ciertamente no se encontrará con riquezas ni con la posibilidad de pertenecer a los estamentos que gobiernan el cuerpo social. Pero sí le será ofrecido pertenecer a dicho cuerpo. Trabajar para sí, para su familia, para su parroquia, para su cofradía, para el Estado. Mismo ofrecimiento se comenzará a hacer a los miembros de los palenques, esos territorios libres conformados por esclavos huidos, vagabundos, rebeldes. Dentro del territorio soberano sólo existen dos posibilidades: pertenecer al cuerpo o morir a sus manos. La misma oferta se les lanza a los pueblos indígenas. Sometimiento y pertenencia o muerte. La mayor parte de los palenques -los territorios cimarrones- suscribirán pactos por los que se confirmará su libertad. Les serán asignados párrocos que los evangelicen, impuestos que sufraguen a la corona. Se les confirmará la libertad, aunque como a los anteriores, se les pedirá algo (Hernández, M. D., & García, O., 2017).

El esclavo o ex-esclavo que quiera demostrar su verdadera lealtad a la corona, al cuerpo social, a Dios, habrá de pelear por él. La recompensa era un ascenso social real, mando, gobierno sobre otros hombres. El respeto de los semejantes, la posibilidad de riqueza, de salvar a otros que estaban en condiciones de esclavitud. Desde el primer momento de la conquista existieron tropas pardas y morenas. En el siglo XVII estaban ya conformadas milicias con esta denominación. Verdaderos cuerpos en el siglo XVIII y, ya en el XIX, ejércitos en toda regla. Estos cuerpos militares fueron muchas veces el músculo de guarniciones como la de La Habana. Sin ellos, la mayor derrota de Inglaterra en el hemisferio sur, la del Sitio de Cartagena, hubiera sido imposible. Su protagonismo en toda la línea de frontera en Norteamérica era determinante. Por un lado, desmoralizaba a los colonos esclavistas ingleses. Tener frente a ellos a oficiales negros despertaba sus peores temores, los de alzamiento de sus esclavos, los de la rapiña de sus tierras, del exterminio de sus familias. Por otro lado, constituyan un cuerpo militar firme y fidelizado, motivado y despierto (Blanchard, 2008; Restall, 2000; Belmonte, 2007). Estos cuerpos militares no fueron una concesión benevolente de los monarcas españoles. Por una parte, continuaron algo que se había hecho por siglos, por no decir durante milenarios en el Mediterráneo: tornar pueblos enemigos en aliados militares. Por otro lado, mediante la inclusión en los mandos medios de aquellos que venían de los estratos más bajos, se conjuraban las desafecciones totales, las sublevaciones antiesclavistas. El conflicto racial se circunscribía a lo individual. Podrían existir pinturas de castas, pero lo cierto es que un uniforme con monedas en sus bolsillos cubría cualquier mácula del pasado y abría, además, la puerta del matrimonio hacia el futuro. El militar no sólo probaba su valor, sino que compraba su derecho futuro a poseer. Compraba su legitimidad simbólica de pertenencia a un territorio, precisamente por la apropiación. La inmersión del esclavo negro en el jerárquico cuerpo político cristiano tendrá perceptibles consecuencias demográficas en las colonias ibéricas, representando en



casos como el de Cartagena una significativa mayoría poblacional. Esto tendrá a su vez imprevistas resonancias internacionales.

El mulato como categoría racial intermedia dentro del eje blanco-negro aparece como una figura disruptiva en la mentalidad anglosajona. Disloca de tal manera la concepción hegemónica racial, la jerarquización dual de la fuerza de trabajo, que los teóricos anglosajones de todo cuño se ven no sólo compelidos sino obligados a explicarlo. Es aquí donde la hegemonía cultural anglonorteamericana entra en acción. Lo que es experiencia cotidiana de la mayor parte del continente americano, es decir, la mexitud, la mezcla, la ambivalencia, el juego, se vuelve anormalidad porque así se construyó en el mundo anglosajón. El cuánto tiene de cierto esa visión dual racial es algo que veremos más adelante, lo que ahora nos interesa es remarcar, cómo el prisma analítico dual erigido en criterio de normalidad interroga a esa inmensa minoría de diversidades complejas, de castas, de mestizos, mulatos, cuarterones y octavones que se sitúa fuera de la desviación típica. En su desarrollo argumentativo está tan naturalizada la existencia de categorías raciales definidas, absolutas, que les parece evidente tener que explicar toda desviación de la lógica dual. Tal confianza en la existencia, aún teórica, de la pureza de las razas, ya incluso en la validez conceptual de las mismas debería desconcertarnos, ponernos sobre aviso de lo que es un claro indicador de no simple eurocentrismo sino de un extremo y radical provincialismo. La esclavitud fue un hecho notoriamente Atlántico y, ciertamente la experiencia antillana fue la que capitalizó la importancia económica del mismo. El papel anglosajón en estos ámbitos es innegable, pero lo cierto es que la concepción dual racial a excepción hecha de la órbita anglosajona ha sido una singularidad en ambos hemisferios. La anomalía, lo que se aleja de la tónica general, la desviación, es la existencia de una dualidad. Ni en el ámbito ibérico colonial con sus radicales diferencias demográficas, con un Brasil que por sí mismo absorbe la mitad del tráfico colonial, ni en el francés pese a los intentos ilustrados de su Código Negro, ni en el holandés, ni el danés, se da el fenómeno de racialización dual que aparece en el fenómeno anglosajón.

Podemos extraer entonces algunas conclusiones acerca de cómo se ha abordado la cuestión del Derecho, la raza y la esclavitud dentro de la literatura estadounidense: En primer lugar, los aportes anglonorteamericanos atribuyen la racialización al desarrollo de la esclavitud moderna vinculada al mercantilismo británico. Tal vez sea una tesis aceptada para su marco histórico, pero como veremos, el mundo ibérico experimentó procesos radicalmente diferentes varios siglos antes. La historiografía anglonorteamericana sitúa el momento del encuentro del europeo blanco occidental con el “otro” en los siglos XV-XVI. Es decir, parte de la presunción de la existencia de lo blanco occidental como realidad ontológica y omite la realidad mediterránea. El error *ab inicio* de este planteamiento es que asume de por sí la existencia previa, eterna e inmutable de “la raza blanca”. No sólo no se pregunta acerca de cómo se construye la blanquitud, sino que asume como universal la visión histórica del proceso colonial británico. La experiencia del mundo ibérico, inserto en las mecánicas mediterráneas, valdrían para desactivar la tesis de la “racialización” como resultado del “primer contacto” en el siglo XVI, por mencionar uno de los muchos ejemplos.

El *raciocentrismo* impide ver otras jerarquizaciones más antiguas y profundas que les son consustanciales y sobre las que se construirá la racialización. Desde la represión de las mujeres por parte de escoceses e irlandeses hasta el despojo a sus comuneros. El anglo-norteamericano tiene ante sí, pero niega, las raíces de su propio proceso de racialización, de su más inmediato *hinterland* metropolitano, el mundo céltico al que Inglaterra y su patriarcado cristiano sometió. En segundo lugar, hace de la economía el eje articulador de la construcción racial. Esto no lo hace de manera

explícita, como decisión utilitaria eficientista -que algunos efectivamente proponen- sino que se deriva de su exposición. Si la raza es producto de la esclavitud y la esclavitud es producto del mercantilismo, luego capitalismo, la raza es producto último del capitalismo, en su dimensión de pura acumulación de plusvalía. Esta es la línea sobre la que la izquierda blanca anglonorteamericana ha planteado sus críticas al racismo. Señala, con parte de razón, que raza es clase, la solución al problema puede pasar por una redistribución de la riqueza, o bien, un enriquecimiento de las poblaciones racializadas. Sin embargo, este tipo de análisis desconsidera la función gubernamental de la racialización, es decir, su utilidad como herramienta de control y de dominio más allá del mero beneficio económico.

Esta visión, puesta en práctica hoy día elude la espinosa cuestión de que tal vez el sistema requiere siempre tener una población sometible, jerarquizada. Lo hace porque omite la historicidad que venía señalada en el punto anterior. Entender los procesos de racialización como meros resultados del sistema esclavista del siglo XVII, desvinculándolos de los aparatos ideológicos que lo articulan y promueven, es renunciar a comprender el dispositivo en sí. En tercer lugar y de manera más simbólica, la raza, como categoría plena, parece un elemento indispensable, necesario. Los mismos teóricos que tratan de analizar la *no dualidad* racializada de otros modelos, basada por lo tanto en elementos impuros, configuraciones mixtas, categorías no absolutas, retornan sin quererlo a su punto de partida. Se lanzan a la investigación con las mismas lentes de identidades fijas para tratar de comprender lo mulato, lo mestizo, y los asumen como *reales*. Huyen del esencialismo dualizante para caer en un esencialismo pluralizante, lo que es lo mismo que renovar el aspecto para mantener la estructura interpretativa<sup>5</sup>.

Brasil, Cuba, Haití, son ejemplos de cómo la racialización y la esclavitud tomaron muy diversos caminos. En todos estos casos existieron durante los momentos coloniales poderosas clases de mulatos poseedores de tierras y esclavos. En los momentos inmediatamente anteriores al alzamiento haitiano, al menos una tercera parte de las tierras y los esclavos estuvieron en manos de mulatos. Ellos mismos durante un corto periodo de tiempo tuvieron una república propia donde se mantuvo en lo esencial la estructura esclavista. El caso brasileño es quizás el más representativo a este efecto. Pocos podrían hacer valer gala de pureza racial en el siglo XIX lo que por otro lado tampoco estaba en las mentes de los brasileños a quienes interesaba más el juego de la representación racial que el de la biologización de la misma. La existencia legal y reconocida de la manumisión tampoco nos vale para explicar la existencia o no de un régimen dual de racialización. Aún al reconocer la importancia de esta figura, el emperador Carlos V la recomienda ya como mecanismo para tener controlada a las poblaciones esclavas; no nos vale esta institución para explicar toda una tradición de gestión ibérica de la diversidad. Además, ya en términos específicamente legales, la existencia de una normativa que indique la posibilidad de tal o cual actuación no garantiza, como es obvio, su cumplimiento, tampoco ha sido nunca el impedimento en ninguna sociedad que no existiese una normativa para crearla si era necesario.

---

<sup>5</sup> Esto que se acaba de mencionar puede ser chocante para quien no esté involucrado en los debates que se están dando dentro de los movimientos teóricos descoloniales. Como en todo territorio epistémico, la discusión está abierta, más aún cuando la realidad empuja a cada vez más a la reflexión política dentro de este paradigma. Cuestiones como la del uso del Burka en la *Europa secular*, o los límites de las autonomías indígenas en sus (des)encuentros con los Derechos Humanos, han llevado a divergencias dentro de los partidarios de estas líneas de pensamiento. Con esencialismos pluralizantes queremos señalar, el, como desde la crítica de lo binomial, considerada determinista y colonial, se llega algunas posturas dentro del discurso descolonial a un esencialismo polinomial, que meramente extiende o amplia las clasificaciones y determinaciones coloniales.

El mundo colonial ibérico conoce de una rica tradición de normativas metropolitanas incumplidas, y de otras coloniales creadas y asumidas por la propia metrópoli. A nuestro juicio, la academia anglonorteamericana hace un exceso de uso normativo, casi un abuso, a la hora de interpretar la vida jurídica y el devenir racializado de los esclavos. Las legislaciones y sus aplicaciones son importantes, aunque resultan poco útiles si su estudio no viene asociado al del sistema de creencias y los marcos filosóficos del momento. Pretender que la ley se asumía y se leía del mismo modo que se hace actualmente, es desconocer la propia lógica instigadora de las legislaciones indias, fuertemente dirigidas a la prosecución del bien común dentro de un paradigma de “Derecho Natural”. Incluso a nivel estrictamente normativo estos académicos pecan de excesiva confianza en las grandes compilaciones.

La manumisión como figura legal aparece en los ordenamientos más reconocibles, evidentes. Es más sencillo atribuir el fluir de la vida jurídica de un conjunto de países a una normativa simple, sencilla y reconocible. Pero resulta infinitamente más fatigoso el recurrir a las normativas verdaderamente efectivas en las colonias, aquellas que emanaban de las mismas instituciones de la colonia o que interpretaban aquello que partía de la metrópolis. Ni siquiera la monumental obra de Lucena Salmoral (2005), donde se hace una vasta compilación de legislación y argumentos sobre la esclavitud, -verdadera muestra de buen hacer y libro indispensable para cualquier estudio del periodo- consigue resumir lo complejo de la normativa referida a la esclavitud. Veamos un breve ejemplo de cómo la normativa no sirve para explicar la dinámica demográfico-racial de un territorio. En el *Saint Domingue* francés la manumisión fue un fenómeno mucho menos frecuente que en el mundo ibérico, además también fue una colonia tardía. Esto no fue obstáculo para que a finales del siglo XIX hubiera casi tantos mulatos como blancos. Allí, el surgimiento de una clase intermedia tuvo como inspiración la pura y llana sexualidad, la cual se intentó prohibir sin éxito alguno. O lo que es lo mismo, a tenor de la norma pura uno podría haber deducido que en *Saint Domingue* no hubo “mezcla racial”, pero como sabemos, decenas de miles de mulatos originarios de *Saint Domingue* participaron activamente en los procesos revolucionarios de la isla. El hecho real se impuso a la norma.

## 5. Conclusión

Ya estamos en situación de pensar que hay algo más íntimo y más profundo dentro de estas divergencias a la hora de conformar diferentes procesos de racialización. Y decimos diferentes porque el hecho de que existiese, no una, sino muchas categorías raciales en los ámbitos coloniales no británicos, no afirma un anacrónico régimen multicultural de pre democracia racial, sino un régimen de racismo diferido y multinivel que, sin tener una base biológica evidente, contiene en sí mismo estrategias semejantes de jerarquización poblacional. Entre el racismo multinivel -habría que hablar de racismos, ya que la diversidad es grande- dado en el ámbito colonial ibérico y el racismo dual de matriz anglosajona tiene que darse por lo tanto una diferencia ideológica, un elemento argumentativo descriptible, definible, reducible a conceptos que permita comprender y explicar las diferentes estrategias de jerarquización poblacional. Es necesario emprender toda una tarea de revisión epistémica que nos permita comprender las ideologías coloniales por medio de sus técnicas de gobierno, lo cual nos habilitaría no sólo entender el acontecimiento colonial sino también rasgos que, como el racializante, se mantendrán en los regímenes poscoloniales. Un territorio necesario que nos empujaría a adentrarnos en el Atlántico buscando los flujos de dominación, las tecnologías de poder, las ideologías que los sustentan, a fin de evidenciar las formas de jerarquización que han sido útiles para gobernar a las poblaciones. Quedan entonces por delante responder las más importantes preguntas:

¿Cómo se construyen estas ideologías? ¿Dónde se expresan? ¿En qué cuerpos, en qué materia se refleja, se dispone? ¿Hacia dónde se dirigen? ¿Cuánto de ello queda en nuestros aparatos de Estado y de Derecho? Responder a estas preguntas implicaría revisar el papel del racismo en nuestra propia historia. Pero para que esto pueda tener lugar resultará imprescindible que las y los académicos latinoamericanos construyan un marco analítico propio; un método de acercamiento a la historia legal. Es decir, una tecnología de saber que nos permita indagar de manera precisa, crítica y científica los desarrollos de los procesos de racialización de aquellos países colonizados por España. Solo de esta manera podremos comprender en su profundidad y extensión las sociedades racistas en las que vivimos, y buscar las fórmulas adecuadas para atajar este determinante problema.

## Bibliografía

- ARANDA, D. (2010), *Argentina Originaria: genocidios, saqueos y resistencias*, Lavaca, Buenos Aires.
- ÁRCENAS, F. L. (2011), *El mineral o la vida: La legislación minera en México*, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, Oaxaca.
- BELL, D. A. (2004), *Race, racism, and American law*, Aspen Pub, New York.
- BELMONTE POSTIGO, J. L. (2007), “El color de los fusiles. Las milicias de pardos en Santiago de Cuba en los albores de la revolución haitiana”. En: CHURST, M. y MARCHENA, J., *Las armas de la nación. Independencia y ciudadanía en Hispanoamérica (1750-1850)*, Madrid-Frankfurt, Iberoamericana Vervuert, pp. 37-52.
- BLANCHARD, P. (2008), *Under the Flags of Freedom: Slave Soldiers and the Wars of Independence in Spanish South America*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh.
- BRAVO Y. (2013), “Legislación de pesca y obstáculos para el reconocimiento de derechos al uso preferencial de recursos naturales del pueblo Cucapá”, *Revista de Estudios e Pesquisas sobre as Américas*, núm. 7, pp.135-173.
- BONILLA-SILVA, D. (2017), *Racism without racists: Color-blind racism and the persistence of racial inequality in the United States*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham.
- BRIONES, C. (2005), *Cartografías argentinas: políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad*, Antropofagia, Buenos Aires.
- CEPEDA, Z. J. M. (2008), Los mapuches del siglo XVIII. *Dinámica interétnica y estrategias de resistencia*, Editorial Universidad Bolivariana, Santiago.
- DELGADO, R., y STEFANCIC, J. (2017). *Critical race theory: An introduction*, NYU Press, New York.
- CASTRO-GÓMEZ, S. (2005), *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- CHENAUT, V. (2011), *Justicia y diversidad en América Latina: pueblos indígenas ante la globalización*, FLACSO, Quito.
- CORREAS, O. (2005), *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena: ensayos*, Fontamara, Ciudad de México.
- COTTROL, R. J. (2013), *The Long, Lingering Shadow: Slavery, Race, and Law in the American Hemisphere*, University of Georgia Press, Athens.
- DE LA FUENTE, A. (2001), *A nation for all: Race, inequality, and politics in twentieth-century Cuba*. University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- SANDOVAL, A. D. (1627), Un tratado sobre la esclavitud [De Instauranda Aethiopum Salute], Ed. Vila Vilar, E. (1987), Alianza, Madrid.
- DEL RIO, W. M. (2005), *Memorias de expropiación: Sometimiento e incorporación indígena en la Patagonia (1872-1943)*, Universidad Nacional de Quilmes, Quilmes.

- DUSSEL, E. D. (2007), *Política de la liberación: historia mundial y crítica*, Trotta, Madrid.
- FERNANDES, F. A. (2013), *Integração do Negro na Sociedade de Classes*, Globo Livros, Rio de Janeiro.
- FREYRE, G. (1986), *Casa-grande e senzala*, University of California Press, Berkeley.
- GALLEGOS, J. A. (2005), *La esclavitud en la monarquía hispánica: Un estudio comparativo*, Fundación MAPFRE Tavera, Madrid.
- GARGARELLA, R. y COURTIS, C. (2009), *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL, Santiago.
- GROSS, A. J. (1998), "Litigating whiteness: Trials of racial determination in the nineteenth-century South", *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 1, pp. 109-188.
- GRUNER, E. (2010), *La oscuridad y las luces. Capitalismo, cultura y revolución*, Edhsa, Buenos Aires.
- GUARDIOLA-RIVERA, O. (2010), *What If Latin America Ruled the World? How the South Will Take the North Through the 21st Century*, Bloomsbury Publishing, New York.
- HERNÁNDEZ, M. D. y GARCÍA, O. (2017), "Esclavos/as y cimarrones, monarquía, poder local y negociación en Nueva España", *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, vol. 33, núm. 2, pp. 296-319.
- HILL, B., & LAGERLUND, H. (2012), *The Philosophy of Francisco Suárez*, Oxford University Press, Oxford.
- HORNE, G. (2014), *The counter-revolution of 1776: Slave resistance and the origins of the United States of America*, NYU Press, New York.
- JORDAN, W. D. (1974), *The white man's burden: Historical origins of racism in the United States*, Oxford University Press, Oxford.
- KRABBE, J. (2015), *Race, Rights and Rebels: Alternatives to Human Rights and Development From the Global South*, Rowman, London.
- LABRA, R.M. (1874), *La abolición de la esclavitud en el orden económico*, Sociedad Abolicionista Española, Madrid.
- LARA, S. H. (2007), *Fragmentos setecentistas: escravidão, cultura e poder na América portuguesa*, Editora Companhia das Letras, Rio de Janeiro.
- LOPEZ, I. H. (2006), *White by law: The legal construction of race*, NYU Press, New York.
- LÓPEZ, J. L. C. (1989), *La esclavitud negra en la España peninsular del siglo XVI*, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- LUCENA SALMORAL, M. (2005), *Regulación de la esclavitud negra en las colonias de América española (1503-1886): documentos para su estudio*, EDITUM, Murcia.
- LUCENA SALMORAL, M. (2005), "Leyes para esclavos: El ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América española", *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica: ensayos y monografías: Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica: Afroamérica, la tercera raíz: Impacto en América de la expulsión de los jesuitas*, Fundación MAPFRE Tavera, Madrid.
- MAHARAWAL, M. M. (2017), "Black Lives Matter, gentrification and the security state in the San Francisco Bay Area", *Anthropological Theory*, vol.17, núm.3, pp. 338-364.
- MOLINERO, B. F. (1995), *La imagen de los negros en el teatro del Siglo de Oro*, Siglo Veintiuno Editores, Ciudad de México.
- MUSTARD, S., & OSTENDORF, W. (2014), *Urban segregation and the welfare state*, Routledge, London.
- ORTIZ, F. (1987), *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas.
- OTS CAPDEQUÍ, J. M. (1957), *El Estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México.

- RECASENS, L. (1927), *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.
- RESTALL, M. (2000), "Black conquistadors: armed Africans in early Spanish America", *The Americas*, vol. 57, núm. 2, pp. 171-205.
- RESTREPO, E. (2005), "De Instauranda Æthiopum Salute: Sobre las ediciones y características de la obra de Alonso de Sandoval", *Tabula Rasa*, núm.3, pp. 13-26.
- RESTREPO, E. (2002), "E. Políticas de la alteridad: Etnización de la "comunidad negra" en el Pacífico sur colombiano", *Journal of Latin American Anthropology*, vol. 7, núm. 2, pp. 58-72.
- RESTREPO, S. (2006), *Justicia constitucional: El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo*, Legis, Bogotá.
- SACO, J. A. (1974), *Historia de la esclavitud*, Ediciones Júcar, Gijón.
- STELLA, A. (2005), *Ser esclavo y negro en Andalucía (siglos XVII y XVIII): documentos de archivo*, Fundación MAPFRE Tavera, Madrid.
- TANNENBAUM, F. (1946), *Slave and citizen*, Beacon Press, Boston.
- TOCQUEVILLE, A. (1945), *Democracy in America*, Vintage, New York.
- WOLKMER, A.C. (2003), "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina". En GARCÍA VILLEGAS, M. y RODRÍGUEZ, CÉSAR A. *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídico críticos*, ILSA, Bogotá, pp. 247-259.
- ZAVALA, S. A. (1938), "Los Trabajadores Antillanos En El Siglo XVI.", *Revista De Historia De América*, núm.2, pp.31-67.
- ZAVALA, S. A. (1935), "La encomienda india", *El Trimestre Económico*, vol. 2, núm. 8, pp. 423-451.
- ZEA, L. (2004), *José Gaos: el transterrado*, UNAM, Ciudad de México.

# Voluntarismo heurístico e historicidad en los estudios de género: un debate epistémico

## Heuristic Voluntarism and Historicity in Gender Studies: An Epistemic Debate

Julio Francisco Villarreal  
Universidad de Buenos Aires  
[j.f.villarrealg@gmail.com](mailto:j.f.villarrealg@gmail.com)

Recibido / received: 17/01/2019

Aceptado / accepted: 09/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4695>

### Resumen

El presente trabajo provee a indagar respecto a las condiciones metodológicas y epistémicas que limitan la praxis heurística de todo aquel que se vea llamado a indagar sobre los estudios de género. Se sugiere aquí que en tanto el investigador social pretenda cuestionar los límites valorativos, axiológicos y gnoseológicos sobre los cuales se instituye la tradición de los estudios de género, tal investigador deberá poder renunciar, al menos iniciáticamente, a toda pretensión de cientificismo para su obra (a tal fin se apelará, cual ejemplo paradigmático, a la noción de la “performatividad de los cuerpos” de Butler). En tal sentido, se sugerirá que, a fin de cuentas, el costo de oportunidad teórico relativo a tal cuestionamiento puede ser exorbitantemente alto en tanto el mismo suponga coartar la libertad heurística del investigador de referencia. A lo largo de este ensayo, el autor no apelará a bibliografía filiada en el corpus teórico de los estudios de género, sino a contribuciones de la epistemología y la sociología del conocimiento. Por otro lado, tampoco se proveerá aquí a debatir sobre los derechos de aquellos grupos a cuyo análisis se abocan los estudios de género sino, por el contrario, a consideraciones epistemológicas relativas en tal disciplina.

### Palabras clave

Epistemología de los estudios de género, sociología del conocimiento, performatividad de los cuerpos, voluntarismo de los estudios de género, historicidad de los estudios de género.

### Abstract

*The present work is intended to investigate the methodological and epistemic conditions that may constrain the heuristic realms of anyone who is devoted to the gender studies. It is suggested here that as long as the social researcher intends to question the values, mindset and gnoseological constructs on which the tradition of gender studies is instituted, such a researcher should be able to renounce, at least initially, to any claim of scientism to his work (to such an end, the author will appeal, as a paradigmatic example, to the notion of the "performativity of the bodies" of Butler). In such a sense, it will be suggested that, in the end, the theoretical cost of opportunity related to the abovementioned inquiry can be exorbitantly considerable as long as it supposes restricting the heuristic freedom of the researcher.*



Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655

Nº. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 129-145. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4695>

*Throughout this essay, the author will not appeal to bibliography related to the theoretical corpus of gender studies, but to contributions from epistemology and sociology of knowledge. On the other hand, the current essay is not grounded to discuss the rights of those groups which the gender studies attention is focused on, but, on the contrary, it will provide to exert some relative epistemological considerations within such a discipline.*

### **Keywords**

*Epistemology of gender studies, sociology of knowledge, performativity of bodies, voluntarism of gender studies, historicity of gender studies.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Objetivo. 3. Hipótesis. 4. Metodología. 5. Sobre los problemas epístémicos para los estudios de género. 5.1. Sobre lo que significa hablar de los estudios de género: sus contribuciones sociales y teóricos. 5.2. Sobre los límites gnoseológicos en la noción en la “plasticidad de los cuerpos” de Butler. 5.3. Limitaciones y evasiones a los marcos simbólico-conceptuales de los estudios de género. Sobre los “costos de oportunidad” epístémicos al desafiar la tradición de los estudios de género. 5.4. Lecturas posibles sobre los límites de la sexualidad. 5.5. Ideología: ¿Una evasión a la tensión entre la tradición gnoseológica y el voluntarismo heurístico? 6. Conclusión.

## **1. Introducción**

Desde sus comienzos, los estudios de género han dado relevantes pasos a los efectos de denunciar las imposiciones culturales, ideológicas, políticas o económicas que sobre ciertas minorías y grupos pesan. En este sentido, los aportes de tal disciplina han sido, ciertamente, tributarios a un ideario sensiblemente más equitativo e imparcial para con los grupos (mujeres en general, colectivo LGBT) que aquel al que los mismos han sido, consuetudinariamente, relegados. A lo largo de los últimos años, tal aporte es susceptible de ser explicado en virtud del hecho de que, independientemente de que se adscriba o no a los postulados de los estudios de género, estos últimos han promovido un debate respecto a la condición, tradicionalmente relegada, de los grupos de referencia.

En efecto, no han sido pocos quienes han sostenido que el mero hecho de someter a escrutinio o consideración pública las condiciones culturales, políticas o económicas por las que los grupos desventajados ya mencionados han de discurrir, supone una contribución social tanto o más relevante que el proveer a un cambio puntual sobre cada una de las condiciones de referencia. Es en virtud de tal consideración que la prédica de académicas como Phelan debe de ser interpretada. De conformidad a la misma, es justamente el conjunto de valores y axiomas sociales, eminentemente naturalizados, aquellos sobre los que se instituye la exclusión social, e incluso política, de tales grupos. Sin embargo –sostendrá la mentada desde una posición feminista–, del hecho de que un colectivo históricamente desventajado sea objeto de atención pública no se sigue, *per se*, que el mismo haya de ser investido con los necesarios atributos del poder que le permitan, justamente, revertir un tal estado de situación: “Si la visibilidad equivaliese al ejercicio del poder, entonces la cultura occidental debería estar regida por jóvenes semidesnudas de tez blanca” (Phelan, 1993: 10).

Paradójicamente –sugiere Phelan desde una tal posición–, del hecho de que el cuerpo femenino sea tributario de la atención que el interés, disfrute y reificación



masculina sobre el mismo supone no se sigue que una tal condición le permita a un tal colectivo disponer de los instrumentos necesarios para subvertir un tal estado de situación. Ello se debe, justamente, al hecho de que el grupo que habitualmente se beneficia de tal extremo se encuentra invisibilizado en relación a aquellas prácticas que explican y fundamentan la cosificación del cuerpo de la mujer. Contrainuitivamente, por lo tanto, aquellos grupos que son objeto de una publicidad y exposición generalizada son los que se encuentran más estructuralmente desfavorecidos a la hora de poder exponer, públicamente, las condiciones disvaliosas que subyacen a tal contingencia. Es en la alteridad en la que se reflejan las propias limitaciones simbólicas y de derechos sobre las que se explica, justamente, la hegemonía de tales diferencias. En palabras de Phelan (1993: 13): “La identidad (...) es perceptible únicamente a través de una relación con el otro, es una forma de resistir e interpelar a la otredad (...) El mundo visual supone un proceso de ausencias: aprender a ver requiere entrenar con cuidado la ceguera”. Es en virtud de tal orden de ideas que bien podría sostenerse que, por lo general, la tradición del pensamiento de los estudios de género ha estado signada por una particular contradicción: muchas de las limitaciones políticas, culturales e incluso gnoseológicas de tal disciplina provienen del propio marco referencial y axiológico al que se apela para examinar aquello que se cuestiona. En otras palabras, en la medida que los estudios de género provean a explicar y dar cuenta de una serie de restricciones que atentan contra las propias posibilidades de desarrollo de tal disciplina, aquellos que se vean llamados a indagar en el mentado campo de estudio deberán abocarse, primera y principalmente, a una genealogía de las propias restricciones metodológicas que subyacen a la propia materia de análisis. El presente trabajo se abocará a estudiar cuáles son tales condiciones; de qué modo pueden ser cuestionadas y, finalmente, cual es el precio o –en última instancia– sanción que quien se aboque al examen de las mismas –en el marco de los estudios de género– deberá afrontar.

## **2. Objetivo**

El objetivo del presente opúsculo será, por lo tanto, indagar respecto al alcance de las condiciones y limitaciones gnoseológicas que impiden que los estudios de género logren escindirse e ideológicamente independizarse de algunos de los escollos teóricos que éstos poseen. Entre estos últimos óbices, debe referirse la praxis metodológica preexistente, la bóveda de significaciones socioculturales en virtud de las cuales el propio investigador se formara, las tradiciones y plasmaciones culturales que incidieran sobre el universo social a ser examinado y las propias normas epistemológicas que investigar en el seno de un paradigma científico supone.

## **3. Hipótesis**

La hipótesis principal del presente trabajo se filia en la idea de que las posibilidades heurísticas que el investigador posee a los efectos de escindirse de la tradición tanto de los estudios de género como de las propias prácticas y significaciones sociales, supone un costo de oportunidad particularmente alto. En especial para aquellos trabajos que invoquen, para sí, una pretensión de científicismo.

De conformidad con tal hipótesis, el teórico que se vea llamado al estudio de la mentada disciplina podrá abjurar del conjunto de limitaciones y condicionamientos gnoseológicos y valorativos sobre los que se instituye la tradición de trabajo merced a la cual se ha formado, pero un tal proceder podría suponer severos cuestionamientos al rigor analítico de su trabajo. Ello desde que subyace a la historicidad de las disciplinas y paradigmas científicos una



retórica epistémicamente autoritaria en tanto excluyentemente (respecto a terceras) legitimante de sus propias prácticas, axiomas y significaciones.

#### 4. Metodología

La presente monografía no pretende, en modo alguno, indagar respecto a las limitaciones gnoseológicas referidas en el párrafo precedente a partir de un escrutinio de los postulados, aportes y conclusiones provenientes del seno de los propios estudios de género. En otras palabras, aquí se intentará realizar un examen de las mencionadas limitaciones a partir de un acervo bibliográfico ciertamente periférico o adyacente al corpus teórico de tal disciplina.

Ello en virtud de dos consideraciones. En primer lugar, porque sería ciertamente inconducente abocarse a la revisión de tal heurística a partir del reexamen de una disciplina ciertamente explorada y comentada, tal vez, en demasía. Sería pretencioso o, peor aún, irreal sugerir que constituye una materia de análisis yerma aquella que, en nuestra inmediata contemporaneidad, conforma una corriente de trabajo ya abultada. En segundo lugar, debido a que abocarse a la investigación de las fronteras de posibilidades del conocimiento de una ciencia, paradigma o doctrina a partir de sus propios postulados podría suponer, antes que un ejercicio epistémicamente redentor, un acto cognoscitivamente opresivo. Los propios obstáculos y valladeros teóricos que los estudios de género podrían importar se explican, en última instancia, a partir de la propia historicidad y legado ideológico y metodológico que el *ethos* axiológico, valorativo y simbólico de campo de conocimiento. En función de ello, la solución que el proceder referido depararía sería de carácter circular y, por tanto, inexorablemente estéril. En conclusión, apelar a tal fórmula podría perpetuar las dificultades teóricas que el presente opúsculo pretende revelar o exteriorizar. Al decir de Barnes y Edge (1982: 10):

“La cultura es mucho más que el marco para la investigación científica; es la propia investigación. Tal cultura no supone únicamente problemas, técnicas y hallazgos culturalmente ceñidos [al paradigma de tal cultura]; también son [culturales] los modos de percibir y conceptualizar la realidad, las formas de inferencia y analogía, y los estándares y precedentes para el juicio y la evaluación que se emplean realmente en el curso de la investigación”.

En efecto, tal y como sostiene Kuhn, no existen, para una ciencia o paradigma dado, estándares de legitimación y contrastación ajenos a los que tanto la propia disciplina como, -particularmente, la comunidad epistémica que se forma en torno a la misma determina. En pocas palabras, tales paradigmas “están dirigidos no sólo hacia la naturaleza, sino también hacia la ciencia que los produjo. Son la fuente de los métodos, problemas y normas de resolución aceptados por cualquier comunidad científica madura, en cualquier momento” (Kuhn, 2004: 165).

Dada, por lo tanto, la falta de un canon o esquema de ponderación de los postulados y premisas gnoseológicas dentro de un paradigma que sea aséptico a los propios valores del mismo, devendría en un ejercicio fútil, sino lapidariamente aporístico, apelar a estos últimos a los efectos de dar cuenta de las propias limitaciones del universo de significaciones que lo constituye.

Por último, ha de referirse que el presente trabajo no pretende discutir sobre la operativización, puesta en práctica o desarrollo de los derechos de las comunidades LGBT desde una perspectiva eminentemente jurídica. De conformidad a lo ya suscripto precedentemente, la bibliografía existente para una tal materia es por demás copiosa, y, en tal orden de ideas, nada diría o agregaría este artículo.



Por el contrario, este opúsculo intentará abocarse al análisis de la primera antesala de la materia, indagando sobre la naturaleza de las restricciones y límites al conocimiento que todo teórico puede hallar al momento de debatir sobre los estudios de género desde una perspectiva eminentemente epistémica y no jurídica. La misma se centrará, por lo tanto, en los costos de oportunidad “gnoseológicos” que el dejar atrás la tradición sobre la cual tales estudios de género –y sus pregoneros– se formaran, supone. A tal fin se apelará a un caso paradigmático: la “plasticidad de los cuerpos” de Judith Butler.

## 5. Sobre los problemas epistémicos para los estudios de género

### 5.1. Sobre lo que significa hablar de los estudios de género: sus contribuciones sociales y teóricas

Bien es sabido que a lo largo de las últimas décadas, los estudios de género han realizado considerables avances gnoseológicos en lo atinente a la denuncia del conjunto de presunciones y presupuestos que se encontraban ínsitos en las prácticas sociales hegemónicas. Entre los mismos pueden referirse:

1.- El cuestionamiento de la clasificación, ciertamente estructuralista, relativa a cómo entender la categoría del “género”. Tal atributo de la personalidad se filiaría, de conformidad a tal clasificación, en un conjunto monolíticamente cerrado (“masculino” o “femenino”) cual universo totalizante de las posibilidades humanas. De conformidad a tal tesis, y tal y como sostiene Carapia (2004: 85), el género no supondría sino un “producto de la asignación de atributos diferenciados entre hombres y mujeres [...] puesto que] construye lo masculino y femenino. Esta construcción va consolidando una situación generalizada de inequidades, discriminación y marginación”.

Una adscripción ciertamente radical a tal cuestionamiento podría, incluso, objetar algunas de las manifestaciones más elementales de tal heterosexualidad, cual la relación -amorosa- entre individuos de ambos géneros:

Si el amor heterosexual facilita la producción y la institucionalización de las subjetividades que se encuentran ínsitas en el esquema binario masculino/femenino, entonces el mismo reproduce el género. El proceso funciona a través de una forma de subjetivación mediante la cual los sujetos “trabajan” sobre sus subjetividades de acuerdo con los principios de su propia construcción (tales principios están definidos por la “ley” de la diferencia del sexo que, al sostener la heterosexualidad, es perpetuada por los sujetos en su apropiación de los “roles” masculinos/femeninos). En este sentido, podemos decir que la subjetividad está radicalmente condicionada por los principios fundamentales de la heterosexualidad, los cuales determinan la relación amorosa (Johnson, 2007: 101).

2.-Cual directa implicancia de lo suscrito en el punto precedente, los estudios de género han impugnado la forzosa identificación de la sexualidad humana únicamente a partir del binomio hetero u homosexual. Tal y como sostiene Mérida Jiménez (2002: 18):

“La teoría queer apuesta, así, por un desciframiento posmodernista de la noción de identidad sexual que enlaza históricamente con el camino abierto por el feminismo, los estudios sobre la mujer o sobre el género pero que, al tiempo, alienta nuevos

impulsos y metodologías. Sus propuestas reinterpretan, de manera más radical, los presupuestos de la crítica homosexual –tanto esencialista como construcciónista–, pues aplican el análisis deconstrucciónista y posestructuralista francés para difuminar (o dinamitar) el binomio hetero/homo. Las personas queer estabilizan los cánones universalistas, transgreden los patrones y subvierten de forma sistemática sus propios límites y los códigos dualistas que definen los comportamientos heteronormativos. La legitimación de los homosexuales como minoría normalizada no es entendida como una victoria sino como una percepción del régimen social que sustenta dominaciones, jerarquías y exclusiones”.

Por tal razón, cierta doctrina entenderá que, en lugar de cuestionarse el sistema referencial que determina la sexualidad en virtud del mencionado binomio, el mismo podría ser, simplemente, ignorado:

“Respecto a la diversidad de grupos, sucede que mientras algunos luchan por reconocimiento y legitimación, intentando su inclusión en términos igualitarios, otros se preocupan por eliminar las fronteras tradicionales entre género y sexo (cuestionando la división masculino/femenino; hombre/mujer; heterosexual/homosexual). A otros grupos no les interesa cruzar las divisiones y deciden vivir la ambigüedad de la propia frontera” (Arriagada, 2007: 238).

3.- La arbitrariedad y por demás ingenuamente simplista identidad entre la elección de género y sexo. Tal y como sostiene García (2006: 115):

A través de esta distinción –entre sexo y género– no se niega la existencia de diferencias sexuales (anatómicas y en el placer erótico), sino que lo que propugna la teoría de los géneros es que esta diferencia no marque de forma definitiva la vida humana. En muy estrecha relación con lo anterior, se rechaza entonces que los comportamientos óptimos sean dos, masculino y femenino, con un modelo único de relación entre ellos: el heterosexual”.

En el marco de tal orden de ideas, ha de referirse que:

“Los defensores más radicales de esta ideología –relativa a la forzosa identidad entre sexo y género– llegan a afirmar que no existe ni hombre natural ni mujer natural, sino que es la cultura la que impone o atribuye esa identidad al individuo. En otras palabras, consideran que el ser humano nace sexualmente neutro, siendo socializado más tarde como hombre o como mujer en función de un condicionamiento histórico-cultural. Esto es lo mismo que decir que no existe una esencia masculina o femenina, ni existe una forma natural de sexualidad humana” (Llanes, 2010: 12).

4.- El cuestionamiento de la regulación ética, política y social excluyente a partir de la “heterosexualidad normativa”, extremo ya referido. Tal “heterosexualidad normativa” define las relaciones de los sujetos de modo manifiestamente arbitrario, pues limita la expresión de la sexualidad de los mismos a una relación de masculinidad/feminidad insoslayable, siendo el costo social, político y axiológico de trascender tal categoría ciertamente considerable. Tal y como sostiene Mogrovejo (2000: 234):

“La heterosexualidad obligatoria afecta a los hombres y mujeres mediante su definición y la limitación de sus contenidos sexuales. La heterosexualidad normativa como eje de las relaciones de parentesco expresa la obligatoriedad de la convivencia entre hombres y mujeres en condiciones de tasa de masculinidad/feminidad numéricamente equilibrada. Expresa la imposición sobre las mujeres del modelo de sexualidad reproductiva como único modelo que ellas deben conocer y practicar”.

Evidentemente, los estudios de género han realizado, tal y como refiere la enumeración que precede, relevantes contribuciones sociales y teóricas. Asimismo, han ampliado las condiciones de posibilidades de conocimiento en virtud de las cuales

una tal materia podría ser, eventualmente, examinada. Ciertamente, el hecho de que los estudios de género se hayan munido de los aportes de ciencias como sociología, la antropología e incluso la epistemología, constituye, *per se*, una conquista frente al sentido acrítico por medio del cual tal disciplina era otrora abordada. La dispersión y secularización de las disciplinas llamadas a tal examen constituye una democratización del conjunto de saberes y prebendas a los que grupos cada vez más heterodoxos y amplios pueden apelar a los efectos de indagar en los estudios de género. Tal y como sostiene Plummer (citado por Alfarache Lorenzo):

“En la historia reciente, la reflexión sobre la diversidad sexual humana ha sido en gran medida competencia de la ciencia médica y psicológica. [En los estudios de la materia] suelen colaborar esencialmente autores interesados en la medicina, la psicología y la zoología, mientras los antropólogos, historiadores y sociólogos y los interesados en las humanidades en general suelen brillar por su ausencia. Parece que no podemos pensar en la sexualidad sin recurrir a las imágenes de los cuerpos naturales, los poderosos impulsos, las disfunciones orgánicas y la terminología clínica. El campo de investigación ha sido exhaustivamente medicalizado e individualizado”. (Alfarache Lorenzo, 2003: 82)

Aun así, es razonable sostener que incluso si las propias narrativas hegemónicas (tal y como sostiene Plummer: la ciencia médica y la psicología) hubiesen dejado completamente atrás su antaño indeleble impronta en los estudios de género, subsiste, para los mismos, un relevante problema gnoseológico. En este sentido, es plausible sostener, al menos indiciariamente, que, con prescindencia de los propios desarrollos teóricos de la asignatura sub examine, la pretensión –tal vez idealista– de lograrse, por parte de la misma, un decálogo de la sexualidad radicalmente independiente de todo condicionamiento simbólico y cultural puede ser entendida como irredenta. De este modo, no podría liberarse “de dogmatismos la sexualidad para que [la misma] pueda manifestarse autónoma y libremente, desde las diversas experiencias que ella supone, desde los diversos discursos y saberes” (Bodnar, Tovar & Arias, 1999: 9).

En pocas palabras, los propios criterios analíticos que deberían dar cuenta de las posibilidades de la emancipación de la sexualidad (cual presupuesto para la libre determinación del género y, en definitiva, la autonomía personal) se ven forzosamente sometidos a las mismas restricciones simbólicas y gnoseológicas que restringen a tal sexualidad como objeto de estudio. Tal es, en definitiva, la problemática que anima al presente trabajo: se intentará sostener que, al contrario de lo que pudiera pensarse, es plausible encontrar las cortapisas gnoseológicas mentadas en muchos de los intentos de conceptualizarse un esquema de estudios del género y sexo en función de presupuestos pretendidamente innovadores y, peor aún, liberadores. Para ello se apelará a un caso paradigmático: la “plasticidad de los cuerpos” de Judith Butler.

## 5.2. Sobre los límites gnoseológicos en la noción en la “plasticidad de los cuerpos” de Butler

Pretender que los estudios de género se constituyan como una materia atemporal o universalmente válida supondría concebir a las ciencias y, en definitiva, a los discursos, como una institucionalización de lo incondicionado. Ignorar radicalmente la regulación de las conductas y las prácticas sociales hegemónicas que existen sobre todo colectivo social supone abrazar un ideal cuasiromántico, de conformidad con el cual el investigador hace de su propio voluntarismo un sentido trascendente a las propias tradiciones que lo formaran. En este sentido, y tal y como Rouse (1987: 119) sostiene: “No se trata de sostener que el conocimiento científico no tenga universalidad, sino de reconocer que tal universalidad es un logro siempre enraizado en el conocimiento local inscripto en un contexto”.



Es por ello que al momento de analizarse la retórica de los estudios de género, no puede renunciarse a las usanzas, ritos y significaciones que subyacen a los mismos; incluso de comulgarse con un sentido de manumisión respecto a aquellas tradiciones que desean rechazarse. En tal inteligencia, y en tanto provean a un estado de situación superior a aquel desde el cual se encuentran al momento de realizar toda pesquisa, los estudios de género deben enfrentar el legado o carga simbólica y gnoseológica de ciertos institutos sociales, pero también teóricos, que, de todos modos, son tributarios a la propia historicidad de los mismos. En este orden de ideas, el instituto más relevante no sería otro que la propia ontología de los usos y costumbres que definen a la sexualidad ortodoxa occidental. Al decir de Foucault (1982: 76), la misma no debe ser entendida

“como una especie dada de naturaleza que el poder intentaría reducir, o como un dominio oscuro que el saber intentaría, poco a poco, descubrir. Es el nombre que se puede dar a un dispositivo histórico: no una realidad por debajo en la que se ejercerían difíciles apresamientos, sino una gran red superficial donde la estimulación de los cuerpos, la intensificación de los placeres, la incitación al discurso, la formación de conocimientos, el refuerzo de los controles y las resistencias se encadenan unos con otros”.

Téngase nuevamente presente el hecho de que, tal y como sostiene Foucault en su plena literalidad, la sexualidad no puede ser concebida de modo metafísico (“un dominio oscuro”) o abstractamente contrapuesta a los designios de la volición humana (“una especie dada de naturaleza que el poder intentaría reducir”). Por el contrario, la misma debe ser entendida como una serie de relaciones (“gran red superficial”), prácticas (“placeres”) y valores (“incitación al discurso”) que explican, justamente, su materialidad. Por lo tanto, es en virtud de la imposibilidad de aprehender un sentido abstracto y radicalmente voluntarista para entender la sexualidad que, como bien sostiene Fausto-Sterling (2006: 39), las condiciones de posibilidad de una ciencia abocada al estudio de la misma suponen, primera y preminentemente, una renuncia a la discrecionalidad del teórico, al universo de lo intelectualmente especulativo: “[h]ablar de sexualidad humana requiere una noción de lo material. Pero la idea de lo material nos llega ya teñida de ideas preexistentes sobre las diferencias sexuales”.

Se asiste, de este modo, a una doble singularidad: tal y como se refirió en el parágrafo precedente, los estudios de género podrían ser entendidos como una disciplina que permite cuestionar o redimensionar ciertas prácticas y valores sociales. De este modo, los mismos conformarían, en términos de Bourdieu, una “estructura estructurante”. Sin embargo, estos últimos también revestirían la condición de ser una “estructura estructurada” -también en los términos del mentado gallo- por el universo de significaciones y sentidos (políticos y apolíticos) al que deben, de suyo, interpretar. Sucede que, tal y como acaece en distintos campos, los estudios de género no podrían escindirse completamente del legado simbólico precedente, a contrario sensu de lo que sostiene una vertiente de la sociología del conocimiento ciertamente cuestionable. Nos referimos, claro está, al ecumenismo metodológico de Merton (1973: 273): “El universalismo debe ser afirmado de manera consistente [siendo] un principio guía dominante”.

En tal sentido, el deber comulgar, o al menos considerar, la preexistencia simbólica de binarios estructuralistas como aquel que predica el opuesto masculino/femenino, o la potestad de escapar a un conjunto cerrado de categorías –verbigracia, la mentada asociación entre género y sexo– podría, eventualmente, revelarse como una condición insoslayable, o, en términos anglosajones, inescapable, para los estudios de género. ¿Cuál es, entonces, la condición de posibilidad del deseo emancipador para la bóveda de representaciones referenciales

a la que puede aspirar el trabajo del investigador de la materia? Un pasaje poco explorado de Butler (2002: 56-57) puede ser clarificador en el punto:

“Problematizar la materia de los cuerpos puede implicar una pérdida inicial de certeza epistemológica, pero una pérdida de certeza no es lo mismo que el nihilismo político. Por el contrario, esa pérdida bien puede indicar un cambio significativo y prometedor en el pensamiento político. Esta deslocalización de la materia puede entenderse como una manera de abrir nuevas posibilidades, de hacer que los cuerpos importen de otro modo”.

Tal y como puede sospecharse, Butler entiende que, en la generalidad de los supuestos, los estudios de género se han filiado en una presunción esencialista en materia conceptualista, de conformidad a la cual toda tesis que se distancie de las categorías simbólicas consolidadas o aceptadas a los efectos de dar cuenta de la sexualidad y el género (verbigracia, una filiada en el binarismo masculino-femenino) importa un riesgo epistemológico, en virtud de su eventual indeterminación inherente. En otras palabras, para Butler tal riesgo epistemológico se produce por intentarse una emancipación de aquellas categorías ideales que regulan la distribución y uso de los cuerpos como premisa para la definición de un género o sexualidad determinados.

Subyace, por lo tanto, al reconocimiento del mencionado riesgo epistemológico de una epistemología del estudio de los cuerpos, una relativa reafirmación, por parte de Butler, de la validez y vigencia de los términos y categorías propios de los análisis a ser superados. Bien podría sostenerse que en tanto la “plasticidad” objete la reformulación de los cuerpos a partir de una materialidad ya dada, las posibilidades con las que contará quien intente determinar los alcances de tal plasticidad se verán severamente condicionadas por dicha materialidad. Ello al menos para aquellos que sean temporalmente coetáneos a tal proceso performativo: acaece que, en tanto disciplina social, los estudios de género deberán batirse con similares problemas con los que cuenta la historiografía, filiados en “la dificultad que impone esa indeterminación, connatural a la novedad del mundo recién aparecido” (Emilfork, 1982: 22)

En otras palabras, en tanto se utilice una categoría conceptual pretérita o, peor aún, presente a los efectos de dar cuenta de un conjunto de relaciones simbólicas, ideológicas o políticas aparentemente superadoras de las anteriores, deviene en plausible que estas últimas no provean sino a perpetuar las categorías reguladoras de la razón eventualmente denunciadas. Naturalmente que tal óbice a una heurística libre o incondicionada no es una heredad excluyente para las cavilaciones de los detractores de la heterosexualidad normativa. Por el contrario, las resistencias estructurales para tal ejercicio contemplativo de nuevas subjetividades provendría, primera y principalmente, del propio *logos* androcentrista:

“La mente heterosexual no es capaz de imaginar una cultura, una sociedad en que la heterosexualidad no ordene no sólo todas las relaciones humanas sino también la producción misma de conceptos y todos los procesos que eluden la conciencia. La retórica que los expresa (y cuya seducción no desestimo) se envuelve en mitos, recurre al enigma, procede con la acumulación de metáforas, y su función es poetizar el carácter obligatorio de “serás-heterosexual-o-no-serás” (Wittig, 1992: 28).

He aquí, por tanto, un problema, cuya manifestación se hace patente en tanto se coteje el designio redentor-performativo de categorías inmanentemente innovadoras como la mentada “plasticidad de los cuerpos” con la pervivencia de registros androcéntricos que tales categorías, justamente, deberían de poder dejar atrás. En concreto, el hecho de que Butler sostenga que el cuestionar el binarismo hetero-homosexualidad por medio de la plasticidad o performatividad simbólica de los

cuerpos suponga la posibilidad de incurrir en un riesgo epistemológico lleva implícita la presunción de que el esquema binario denunciado es inherentemente estable y seguro a la hora de dar cuenta de las posibilidades de manifestación del género y del sexo. Peor aún: conforme a la tesis de Butler, tal esquema podría, incluso, ser gnoseológicamente preferible (en tanto no sea “epistémicamente riesgoso”) a aquellas tipologías que se sugieren como superadoras del mismo. Evidentemente, el modo en el cual se articula conceptualmente una categoría del pasado es indicativa a los efectos de dar cuenta de la relevancia de la misma: tanto como objeto de estudio como premisa reguladora (incluso) de los esquemas gnoseológicos actuales dirigidos a cuestionar los pretéritos sobre los que tal categoría se asienta.

De este modo, para los estudios de género, ciertas estructuras gnoseológicas sobre las que se formara el universo referencial de aquel llamado, incluso, a cuestionarlas pueden eventualmente continuar manifestándose (ocultas o confesas) cual una condición sempiterna. Profesa o inconscientemente se opera la “manipulación de las estructuras simbólicas relativas a [como se representa] la realidad de modo de hacer a esta última consistente con el orden preestablecido” (Schwartz, 1970: 90) del conjunto de representaciones del *habitus* del propio investigador. Y, por extensión, de la propia disciplina en la que se formara el mismo. En este sentido, sostiene Geertz (citado por Schwartz: *ibídem*), por “representaciones del mundo” ha de entenderse “el modo en el cual la observación empírica en verdad es percibida, vale decir el modo en el que lo natural, la propia condición y la sociedad [para un observador dado]” se manifiestan. En pocas palabras, el investigador no podría, eventualmente, evitar apelar a las estructuras ideológicas y conceptuales de la realidad empírica a ser descrita o incluso denunciada.

No se trata, por ende, de reconocer la concurrencia de una volición –expresa o implícita– relativa a intentar conciliar o amalgamar un conjunto de tesis bosquejadas por un investigador social dado con aquel paradigma que precediera sus aportes teóricos, sino, por el contrario, de considerar la prevalencia de un marco conceptual sobre el que se definen y construyen las condiciones de posibilidad de la práctica de todo investigador. Debido a las limitaciones que operan sobre este, el mismo no podrá independizarse íntegramente de aquellos esquemas que estructuraran su experiencia sensible y analítica. El recurso a tal experiencia pasada puede llevar inscrito en su propio *sensus* una ventaja epistémica respecto al universo conceptual de lo abstracto o ignoto. En efecto, dado que tal experiencia estructurará un conjunto de estímulos en virtud de los cuales tal investigador tendrá una propensión a describir una realidad a la luz de aquellas representaciones que le resulten más familiares, existirán buenas razones para asumir que este apelará a las mismas. Ello puesto que, por fuera de tales representaciones, no hay sino un acervo especulativo que en ningún supuesto podrá regir la dimensión de lo contrastable como puede hacerse a partir de la experiencia y el acervo analítico ya explorado.

### **5.3. Limitaciones y evasiones a los marcos simbólico-conceptuales de los estudios de género. Sobre los “costos de oportunidad” epistémicos al desafiar la tradición de los estudios de género**

Recapitulemos: tal y como sostiene Geertz (*ibídem*: 90), los esquemas conceptuales no sólo se construyen a partir y en función de una estructura empírica dada, sino que, a su vez, reelaboran la misma a la luz del propio sentido que tales esquemas conceptuales les otorgan. Es por ello que, para el caso de Butler, la construcción de una “epistemología de los cuerpos” sobre una praxis o teoría hasta ese momento ignota o eventualmente poco desarrollada en tal materia se revela como una tarea difícil y teleológicamente ardua. Del mismo modo que la heurística halla en la

experiencia un recurso certero a los efectos de evitar apelar a la indeterminación de lo especulativo, un esquema conceptual determinado no puede emanciparse completamente de aquellos precedentes, trayectorias, tradiciones y premisas gnoseológicas bajo los cuales el mismo se formara. Como se mencionara, la condición de “inescapable” del marco conceptual-referencial precedente no solo se manifiesta en el propio conjunto de presupuestos ideológicos en virtud de los cuales se percibe la realidad, sino, incluso en los fundamentos teóricos en virtud de los cuales puede elaborarse una heurística de la misma. Al decir de Barthes (1981: 39):

“Todo texto es un intertexto, otros textos están presentes en el mismo, en distintos niveles, en formas más o menos reconocibles: [se trata] de los textos de las plasmaciones culturales previas. Todo texto es un tejido de citas previas (...) La intertextualidad, como condición para cualquier texto no puede, naturalmente, ser reducida a un problema de las fuentes o las influencias, el intertexto es un campo general de fórmulas anónimas cuyo origen puede difícilmente ser localizado”.

En este sentido, toda tesis relativa a la estipulación de un esquema identitario para los estudios de género habrá de hallar, en las premisas conceptuales sobre las que se define, condicionamientos epístémicos. Por lo tanto, la definición de la sexualidad o incluso del género no pareciera ser un producto discrecional de la volición del teórico. En la historicidad sobre la que tal volición se erige hallará la misma sus propias condiciones de posibilidad, por lo que es metodológicamente relevante hacer, en palabras de Rubin (1989: 133-134), énfasis en el hecho de que tales estudios:

“deben referirse a sus contextos históricos y sociales propios, además de un cauto escepticismo frente a las generalizaciones [Podrá, entonces, pensarse...] en términos de fenómenos, tales como las poblaciones, las barriadas, las pautas de asentamiento territorial, las migraciones, los conflictos urbanos, la epidemiología y la tecnología policial. Son estas categorías de pensamiento más fructíferas que las tradicionales de pecado, enfermedad, neurosis, patología, decadencia, polución o del declive y caída de los imperios”.

Es verosímil considerar la posibilidad de que tal historicidad pueda no ser radicalmente inasible, a fin de cuentas, a la capacidad creativa y especulativa de aquel llamado a estudiarla. En tal sentido, podría sugerirse que el conjunto de tradiciones, legados y derivaciones gnoseológicas, constituya, en definitiva, un recurso maleable, susceptible de ser aprehendido y luego utilizado por el ascendiente ideológico y voluntarista de todo teórico social. Podría sugerirse, en este sentido, que aquel llamado a dar cuenta de la contingencia política y los estudios de género no habrá de tener, forzosamente, una relación eminentemente determinista con tal historicidad, pudiéndose articular relecturas y cuestionamientos al orden simbólico e ideológico preexistente. Sin embargo, la tensión entre aquellas restricciones y las condiciones de libertad heurística de referencia es ciertamente compleja, puesto que:

“la comprensión de la historia [de la sociología del conocimiento] no conduce inevitablemente al relativismo, sino al relacionismo. El conocimiento (...) no es una experiencia ilusoria, aun cuando el mismo se articule en torno a una ideología. El conocimiento que surge de nuestra experiencia (...) aunque no es absoluto, es conocimiento, no obstante. [T]odas las significaciones, en una situación dada, remiten unas a otras, y derivan su significado de esta interrelación recíproca en un marco de pensamiento dado. Tal sistema de significación es posible y válido únicamente para cada experiencia o período histórico, el cual, durante cierto tiempo, proporciona a tal sistema un universo de sentido adecuado. Cuando la situación social cambia, el sistema de normas al que tal experiencia histórica había dado luz previamente deja de ser verosímil. La misma condición se manifiesta con referencia al conocimiento y a su perspectiva histórica. Todo el conocimiento está orientado hacia algún objeto,

siendo influenciado por la naturaleza del objeto a cuyo estudio se aboca. Pero el modo de aproximación al objeto a ser conocido depende de la disposición del investigador” (Mannheim, 1954: 76-77).

En este sentido, la feliz expresión del sociólogo Klaus Eder permite plasmar el sincretismo que el influjo de un paradigma político o ideológico y la capacidad heurística de aquel llamado a interpretarlo (de conformidad a su propio *ethos* intelectual y axiológico) puede implicar. Es, por tanto, la construcción de tal “narrativa” (Eder, 1996: 168) la que hace posible, en el marco de una bóveda de presupuestos simbólicos preexistentes, dar cuenta de un conjunto de representaciones dirigidas a influir sobre los mismos.

En tal sentido, por “narrativas” habrá de entenderse toda hermenéutica de la realidad que permita, en virtud de premisas subjetivamente valorativas, adscribirse a una tradición de pensamiento y representación que permita, a posteriori, incidirse sobre la misma. Paradigmas de tales tradiciones serían, en definitiva, doctrinas políticas tanto clásicas (conservadurismo, republicanismo, etc.) como contemporáneas (conservacionismo, ecologismo, feminismo, etc.). En este sentido, tal “narrativa” supone, *per se*, una estrategia comunicativa (*ibidem*: 168), que opera al definirse un público, un mensaje y, por sobre toda otra consideración, un corpus de ideas en virtud del cual transmitírselo. Debe, de todos modos, hacerse una relevante consideración en el punto: tal y como las concibe Eder (*ibid*), las mentadas “narrativas” no constituyen una elaboración de un universo excluyentemente teórico, sino, por el contrario, preminentemente político, y, en todo caso, simbólico. Sin embargo, aquí nos encontramos con un viejo problema: el costo de oportunidad, por lo tanto, de poder accederse a una mayor laxitud o discrecionalidad a la hora de soslayar una tradición de pensamiento para una disciplina dada a partir de tales “narrativas” es, justamente, la renuncia a la pretensión de plena científicidad.

Es por ello que la prosa de los estudios de género y sexualidad no puede ser abstractamente especulativa en virtud de las propias ideas de valor del teórico llamado a dar cuenta de las mismas sin que ello no suponga costos epistémicos para una teoría históricamente situada. Acaece que al margen de nuestra pasión por lo “incondicionado” –tal y como sugiriera Genaro Carrión–, el grado de historicidad de toda tesis sobre sus métodos, premisas y conceptos habrá, muy probablemente, de limitar la discrecionalidad heurística del investigador. El que Butler le atribuya un costo de oportunidad epistemológico a una desarticulación conceptual de toda teoría con los criterios de regulación de la sexualidad precedentes es una prueba, casi confesional, de ello. En este sentido podría resultar obtuso predicar un carácter absolutamente revolucionario para los estudios de género (incluso aquellos más pretendidamente contestatarios) en tanto los mismos respondan a una bóveda de presupuestos teóricos cuya tradición histórica es aquella que tributa a su condición científica o, en todo caso, científico. Se manifestaría, por lo tanto, una estricta relación inversa entre la solidez epistémica de una tesis y sus posibilidades de ser la misma gnoseológicamente superadora a todas las formulaciones teóricas precedentes.

#### **5.4. Lecturas posibles sobre los límites de la sexualidad**

De todos modos, la mentada no es la única lectura plausible y, en tal sentido, bien vale replantearse diversas hipótesis a los efectos de debatir los límites heurísticos (en tanto pretendidamente científicos) de los estudios sobre la sexualidad. A continuación se enumeran:



1.- La primera de tales hipótesis sería, ciertamente, aquella sugerida por Judith Butler: la propia tradición gnoseológica histórica limita los alcances, densidad e innovación conceptual. Para el caso de Butler, el mentado “costo de oportunidad” epistemológico sería, justamente, la implausibilidad de poder analizar, sobre presupuestos amplios e irrestrictos, la fenomenología de la performatividad de los cuerpos. Explayarse en el punto (ya comentado precedentemente) sería sobreabundante.

2.- Una segunda lectura predicaría que, en todo caso, no necesariamente existe una tal limitación analítica. En este orden de ideas, la determinación o control de los límites gnoseológicos de una teoría no dependerá –al menos estrictamente– del marco conceptual que pueda eventualmente constituirla. Tal y como sostiene Foucault (1977: 123) en un célebre pasaje:

“Los discursos, al igual que los silencios, no están de una vez por todas sometidos al poder o levantados contra él. Hay que admitir un juego complejo e inestable donde el discurso puede, a la vez, ser instrumento y efecto de poder, pero también obstáculo, tope, punto de resistencia y partida para una estrategia opuesta”.

En definitiva, el teórico no debe encontrarse necesariamente inmerso en una red de naturaleza conductista en virtud de la cual deba, forzosamente, replicar ciegamente el legado gnoseológico que lo precede. En este orden de ideas, las líneas de investigación y la tradición de una disciplina no necesariamente habrán de ser susceptibles de determinar, por su propio imperio, las fronteras del conocimiento. Por el contrario, tales líneas de investigación y disciplinas podrían ser entendidas como un objeto de inquisición y especulación en virtud del cual el mentado teórico podría, justamente, expandir los ya aludidos límites gnoseológicos.

## **5.5. Ideología: ¿Una evasión a la tensión entre la tradición gnoseológica y el voluntarismo heurístico?**

Sin embargo, a la hipótesis referida en el párrafo precedente subyace una problemática susceptible, por sus propios méritos, de dar lugar a una controversia epistémica de consideración. Acaece que, en tanto el investigador se distancie del corpus teórico de su propia disciplina y provea a definir en virtud de apreciaciones ciertamente subjetivas la fenomenología de la misma, podría incurrir en ciertos juicios de valor. Los mismos, a su vez, podrían suponer una pretensión de reemplazo o incluso superación del núcleo teórico del cual se partiera. Tal y como sostiene Schumpeter, es inherente a la psique humana (por lo que un tal investigador no podría evadirse a tal supuesto) la representación o heurística de una realidad de la que se forma parte en términos inmanentemente subjetivos. En este sentido, el dar cuenta:

“de nosotros mismos, de nuestros motivos, de nuestros amigos, de nuestros enemigos, de nuestra vocación, de nuestra iglesia, de nuestro país, puede tener más que ver con lo que nos gustaría que ello represente que como tales entidades realmente son” (Schumpeter, 2006: 34-35).

Tal consideración, especialmente relevante para aquellos estudios sociales (puesto que los mismos se abocan al análisis de las instituciones a las que refiere el mentado epistemólogo) no debería ser, en rigor de verdad, *per se* objetable. Ello desde que, en la generalidad de los supuestos, los cambios, crisis e incluso, eventualmente, revoluciones científicas obedecen, en definitiva, al influjo de dicho particularismo o autonomía intelectual. Tal y como sostiene Kuhn (2004: 146-147):

“el nuevo paradigma o un indicio suficiente para permitir una articulación posterior, surge repentinamente, a veces en medio de la noche, en la mente de un hombre



sumergido profundamente en la crisis (...). Casi siempre, los hombres que realizan esos inventos fundamentales de un nuevo paradigma han sido muy jóvenes o muy nóveles en el campo cuyo paradigma cambian. Y quizás no fuera necesario expresar explícitamente este punto, ya que, evidentemente, se trata de hombres que, al no estar comprometidos con las reglas tradicionales de la ciencia normal debido a que tienen poca práctica anterior, tienen muchas probabilidades de ver que esas reglas no definen ya un juego que pueda continuar adelante y de concebir otro conjunto que pueda reemplazarlas".

Sin embargo, una manifestación tan –al menos en un principio– inocente para la epistemología de los estudios de género como la incidencia de subjetivismo del teórico en el proceso de producción del conocimiento podría suponer deletéreas consecuencias. Ello en la medida de que las mencionadas apreciaciones vayan dando lugar, gradualmente, a la emergencia de postulados de carácter eminentemente ideológicos. En este sentido, el decurso de uno a otro supuesto se manifestaría en función de la iniciática aserción, por parte de un teórico, de:

"una coherente serie de supuestos, creencias y valores relativos a un componente de la realidad social [lo cual podría dar lugar...] a que ciertos elementos de una tal realidad social estudiados de un modo selectivo y legitimante [...] a los efectos de] restringir la reflexión autónoma y crítica, favoreciendo determinados intereses" (Alvesson, 1991: 209).

En este sentido, no necesariamente debe concebirse a los "intereses" a los que alude Alvesson en función de una perspectiva de carácter marxista (vale decir, referida la misma a una ideología cual imposición de una determinada lectura de las relaciones sociales de producción en virtud de ciertas preferencias de clase). Por el contrario, el propio teórico social puede proveer a la consolidación de una "ideología" en la medida de que haga, estrictamente, ciencia. En efecto, y retornando a Schumpeter (1954: 42):

"las ideas científicas suponen una refracción de las circunstancias sociales dadas a los científicos: el trabajo analítico comienza con el material proporcionado por nuestra visión de las cosas, y es ideológico casi por definición (...) La forma en que vemos las cosas difícilmente puede distinguirse del modo en el que deseamos verlas (...) La inferencia para las ciencias sociales es obvia".

Por ende, sería ciertamente equívoco comulgar con un voluntarismo gnoseológico radical. Por el contrario, existen ciertas condiciones que nos conminan a considerar la posibilidad de moderar tal tesis: "comenzamos a partir del trabajo de nuestros predecesores o contemporáneos, o de las ideas que flotan a nuestro alrededor" (Schumpeter, 1949: 350).

De este modo, incluso si se intentara soslayar o incluso prescindir de una noción o bien determinista o bien condicionada entre el conjunto de postulados a ser instituidos en una tesis o teoría dada y la tradición que informara eventualmente a la misma, una tal tradición devendría en un severo condicionamiento material para el voluntarismo del investigador. En el mejor de los supuestos, e inclusive si se aceptase la tesis relativa a que la historicidad de un conjunto de sucesos o representaciones sociales es inmanentemente dúctil o maleable a los designios de aquel llamado a explicar el corpus de una disciplina dada, deberían hacerse severas concesiones metodológicas.

De este modo, toda novedosa teoría o conjunto de postulados de una disciplina dada debe sortear, inicialmente, el desafío o cuestionamiento inmanente a los mandatos o presupuestos teóricos dominantes. De este modo, ya sea el caso de las ciencias exactas (por caso, la física atómica o el clásico ejemplo de Kuhn relativo

a la teoría copernicana) o sociales (verbigracia, la filosofía mecanicista) los pregoneros de nuevas áreas o disciplinas del conocimiento deberían afrontar relevantes costos de oportunidad. Por un lado, debieron y deberían de enfrentarse a la falta de aprobación o siquiera validez gnoseológica primigenia de sus postulados de conformidad a las tesis mayoritariamente aceptadas. Por el otro, hubieron de aceptar, en un principio, que sus aportes teóricos no supusieran, de conformidad a los postulados de los paradigmas hegemónicos, ser conducentes o siquiera útiles a los efectos de la resolución de los problemas teóricos que se discutían en el seno de las disciplinas estudiadas. Tal extremo, sumado al hecho de que, sostiene Kuhn, en la generalidad de los supuestos la validez de una tesis determinada no dependa de criterios de evaluación sino inmanentes a un tal paradigma hegemónico importará que, en definitiva, “la competencia entre paradigmas no es el tipo de batalla que puede ser resuelto por pruebas [puesto que...] Ninguna de las partes dará por sentadas todas las suposiciones no empíricas que necesita la otra para poder desarrollar su argumento” (Kuhn, 2004: 230).

## 6. Conclusión

Independientemente del hecho de que el teórico quede sometido en mayor o menor medida a los mandatos epistémicos de su disciplina, el estudio del modo en el que las estructuras de conocimiento limitan nuestro conocimiento excede, ciertamente, la producción intelectual propia de los estudios de género.

A lo largo de la historia de las ciencias, las distintas comunidades epistémicas han establecido códigos, límites y sistemas de premios y castigos de variada índole para aquellos que comulgaran o, por el contrario, se distanciaran de las prescripciones que dictaran tales comunidades. Sin embargo, también es cierto que, para las propias disciplinas en las que operaban tales camarillas, muchos investigadores y teóricos lograron sustraerse de la red de reglas y preceptos que tales grupos buscaron, desde antaño, imponer. Pioneros de la computación como Alan Turing, biólogos como Francis Crick o genetistas como McClintock lograron realizar aportes cuyas credenciales fueron nominalmente suficientes como para cuestionar las estructuras de conocimiento hegemónicas de las distintas disciplinas que, hasta entonces, definían una tradición de investigación y praxis científica monolítica.

En este sentido, el propio cuestionamiento de las estructuras disciplinarias que rigen la absoluta pluralidad de la vida social constituye, sin duda, un necesario primer paso a los efectos de contribuir a tal empresa. Parafraseando a Foucault, la cárcel, el hospital, las fuerzas armadas o las órdenes religiosas son ciertamente instituciones que proveen al desarrollo de corporaciones disciplinarias que pueden limitar la autonomía de aquel llamado a investigar o cuestionar un paradigma dominante. Sin embargo, también conforman tales corporaciones las mentadas comunidades epistémicas que suscriben a –y en virtud de ello, proveen a imponer– una determinada hermenéutica del género y de la sexualidad, y, por extensión, de institutos como la familia, la adopción y el matrimonio.

En la medida de que tales comunidades epistémicas supongan ser una refracción de una corporación disciplinaria mayor (la propia institucionalidad científica) deberá considerarse, en última instancia, cuáles son los costos de oportunidad de cuestionar barreras culturales como la mentada heterosexualidad normativa, la posibilidad del matrimonio igualitario o la identidad de género, entre muchas otras. En este sentido, deberá ponderarse cuánto se está dispuesto a pagar por la adscripción a un *ethos* científico de un conjunto de valores (los cuales, naturalmente, son histórica y culturalmente situados) en pos de renunciar a las condiciones de posibilidad de una disputa dialéctica, política pero también teórica en torno a la consecución, legitimidad



y positivización jurídica de ideas que pueden entenderse (o no) como intrínsecamente valiosas o meritorias. A indagar sobre tales costos de oportunidad, desde una perspectiva eminentemente epistémica (puesto que las restantes, como se explicara, han sido por demás frecuentadas), ha intentado contribuir este trabajo.

## Bibliografía

- ALFARACHE LORENZO, A. G. A. (2003), *Identidades lésbicas y cultura feminista: una investigación antropológica*, Plaza y Valdés, México.
- ALVESSON, M. (1991), "Organizational symbolism and ideology", *Journal of Management Studies*, núm. 28 (3), pp. 207-226.
- ARRIAGADA, I. (2007), *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*, United Nations Publications, Nueva York.
- BARNES, B. & EDGE, D. (1982), *Science in Context: Readings in the Sociology of Science*, Open University Press, Buckinghamshire.
- BARTHES, R. (1981), "Theory of the Text". En: YOUNG, R., *Untying the Text*, Londres, Routledge, pp. 31-47
- BODNAR, Y., TOVAR, E., y ARIAS, R. L. (1999), *Cultura y Sexualidad en Colombia: un espacio para leer relaciones de poder, formación de actitudes y valores humanos*, Universidad Distrital Fr. J. de Caldas, Bogotá.
- BUTLER, J. (2002), *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Paidós, Buenos Aires.
- CARAPIA, J. D. (2004), *Perspectiva de género*, Plaza y Valdés, Madrid.
- CARRIÓN, G. R. (2001), *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires.
- EDER, K. (1996), *The Social Construction of Nature: A Sociology of Ecological Enlightenment*, Sage, Londres.
- EMILFORK, L. (1982), "La doble escritura americana de Oviedo", *Revista Chilena de Literatura*, núm. 19, pp. 21-38.
- FOUCAULT, M. (1977), *Historia de la sexualidad 1: la voluntad de saber*, Siglo XXI, México.
- FUSS, D. (1991), *Inside/out. Inside/out: Lesbian theories, gay theories*, Routledge, Nueva York.
- GARCÍA, Y. H. (2006), "Acerca del género como categoría analítica", *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 13 (1), pp. 111-120.
- GEERTZ, C. (2012), *Life among the Anthros and other Essays*, Princeton University Press, New Jersey.
- JOHNSON, P. (2007), *Love, heterosexuality and society*, Routledge, Londres.
- KUHN, T. (2004), *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- LLANES, M. I. (2010), *Del sexo al género. La nueva revolución social*, EUNSA, Navarra.
- MANNHEIM, K. (1954), *Ideology and Utopia. An Introduction to the Sociology of Knowledge*, Routledge, Londres.
- MÉRIDA JIMÉNEZ, R. M. (2002), *Sexualidades transgresoras: una antología de estudios queer*, Icaria Editorial, Barcelona.
- MERTON, R.K. (1973), *The normative structure of science*, The University of Chicago Press, Chicago.
- MOGROVEJO, N. (2000), *Un amor que se atrevió a decir su nombre: La lucha de las lesbianas y su relación con los movimientos homosexual y feminista en América Latina*, Plaza y Valdés, México.
- PHELAN, P. (1993), *Unmarked: The politics of performance*, Routledge, Londres.

- ROUSE, J. (1987), *Knowledge and Power: Toward a Political Philosophy of Science*, Cornell University Press, Nueva York.
- RUBIN, G. (1989), "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad". En: VANCE, C., *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Madrid, Talasa , pp. 113-190.
- SCHUMPETER, J. A. (1949), "Science and ideology", *The American Economic Review*, núm. 39 (2), pp. 346-359.
- SCHUMPETER, J. A. (1954), *History of economic analysis*, Routledge, Londres.
- SCHUMPETER, J. A. (2006), *History of economic analysis*, Routledge, Londres.
- SCHWARTZ, G. (1970), *Sect ideologies and social status*, University of Chicago Press, Chicago.
- WITTIG, M. (1992), *The Straight Mind and Other Essays*, Harvester Wheatsheaf, Nueva York.

# Acerca del fenómeno legal de la simplificación administrativa, ¿facilidad o restricción?

## About the Legal Phenomenon of Administrative Simplification, ¿Facility or Restriction?

Adrián Bueno Junquero

Universidad Nacional de Educación a Distancia

[adrian.buenojunquero@gmail.com](mailto:adrian.buenojunquero@gmail.com)

Recibido / received: 01/01/2019

Aceptado / accepted: 07/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4696>

### Resumen

El presente ensayo lleva consigo la intención de examinar normativamente y reflexivamente el fenómeno de la simplificación administrativa. Para ello se sirve de una tríada de elementos – normativa, orgánica y procedural – que darán lugar a una investigación sobre las disposiciones normativas que regulan el fenómeno y permitirán el acceso a una reflexión iusfilosófica de los dos niveles presentes en el mismo: (1) nivel normativo; (2) nivel de subjetividad jurídica. Finalmente se concluye con la presentación de la tríada en la doble perspectiva para abrir la puerta a una posible observación sobre la gradualidad del régimen jurídico de la obligatoriedad.

### Palabras clave

Simplificación administrativa, titularidad jurídica, facilidad, restricción, Directiva Bolkestein.

### Abstract

*The present essay intends to explore the normative and reflexive dimensions of the administrative simplification phenomenon. For this purpose, it exposes a triad of elements – normative, organic and procedural – that leads to an investigation about the normative dispositions which regulates the phenomena as well as opens the door to a philosophical and legal reflexion about its two levels: (1) normative moment; (2) legal subjectivity moment. Finally, it concludes with the presentation of the triad from a double perspective in order to enable the thinking of graduality within the framework of mandatory legality.*

### Keywords

*Administrative simplification, legal ownership, facility, restriction, Bolkestein's Directive.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Normativización. 3. Jurisprudencia y titularidad jurídica. 4. Consideraciones finales.



Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655  
Nº. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 146-157. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4696>

## 1. Introducción

Algunas reflexiones sostienen que la simplificación administrativa consiste en la desaparición de las barreras u obstáculos administrativos para el cumplimiento constitucional de la objetividad de los intereses generales. Según esta perspectiva, serviría asimismo para lograr un funcionamiento de los regímenes dispositivos reglados que producen los ordenamientos internos<sup>1</sup>. Durante las últimas décadas, no obstante, se ha prestado especial interés a las desventajas que ocasionan las supuestas mejoras. Una de las experiencias posiblemente más conocidas y exitosas al respecto es la conocida '*Administration of the White House Office of Information and Regulatory Affairs*' llevada a cabo por la organización Obama. Como indicaron algunos analistas, parte de los objetivos de dicha política administrativa (*administrative policy*) pretendían ser logrados a través de la simplificación administrativa<sup>2</sup>. A propósito de la inclusión de la OIRA (*Office of Information and Regulatory Affairs*) en la OMB (*Office of Management and Budget*), la administración obtuvo la potestad de recolectar información de las agencias federales con el fin de adoptar políticas modelo que servirían de precedente en el historial simplificador.

Frente al peligro de enclausturar la política administrativa de un régimen gubernamental en un horizonte estático, incapaz de hacer frente a los avances tecnológicos a los que nos vemos arrojados, la simplificación administrativa muestra una alternativa de primer orden. Ante todo, incide en los engranajes normativos que regulan y disponen las condiciones de comunicación que posibilitan los procedimientos administrativos públicos a través de los cuales las personas interesadas ejercen sus *iure*. Para dar cuenta de una lectura basada en los dos niveles que manifiesta el fenómeno –*normatividad* y *subjetividad*–<sup>3</sup>, se articula en el presente artículo un análisis reflexivo dirigido a desentrañar los ámbitos o campos principales de afectación, entre los cuales podemos destacar el régimen de comunicación administrativa por medios electrónicos, siguiendo la doble acepción que presenta

<sup>1</sup> El artículo 103.1 de la Constitución Española subraya: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”

<sup>2</sup> Uno de los analistas más reconocidos en este punto es Cass R. Sunstein (2013: 31), quien sostiene que el Derecho Administrativo, y en concreto el procedimiento administrativo de la OIRA, busca «asegurar no solamente el respeto a la ley, sino también cumplir los ideales procesales que posiblemente no sean estrictamente obligatorios, pero pueden ser organizados bajo la rúbrica del “buen gobierno”». En otra publicación, Cass R. Sunstein y Richard H. Thaler ponen de manifiesto la amplitud que ofrece la libertad de elección de posibilidades –fundamentalmente cuantitativa– como una instancia que legitima, a la luz de la ciudadanía, la adopción de estrategias de simplificación: “Las investigaciones en ciencia social muestran que en la medida que las opciones se vuelven más numerosas y/o variables en más dimensiones, las personas son más propensas a adoptar estrategias simplificadoras” (2008: 96). Un estudio particular de Beryl A. Radin (2015: 9) muestra, asimismo, el posible carácter restructurador del fenómeno simplificador vinculado al marco presupuestario de la OIRA: “El rol de supervisión uniría el fondo presupuestario en OMB para imponer una perspectiva presidencial en los departamentos y agencias”.

<sup>3</sup> La doble perspectiva se debe a una razón meramente iusfilosófica, de carácter reflexivo, para facilitar la hermenéutica del fenómeno. Separando el ámbito concerniente a los procesos que generan y garantizan la normativización del proceso simplificador de aquellas manifestaciones que afectan directamente a los ciudadanos, topamos con una tensión irreconciliable entre el poder normativo y el poder ciudadano, por decirlo en términos laxos. A lo largo del presente ensayo haremos referencia a estos dos niveles, para ver en qué marco de influencia se encuentra el nivel normativo –donde tienen lugar tanto la promulgación de leyes internas como las transposiciones de Directivas europeas, a diferencia del nivel que concierne directamente a la ciudadanía. Por esta razón, cuando decimos normatividad y subjetividad, también podemos decir Estado y ciudadano, o si se prefiere, poder público y poder individual. En cualquier caso, la noción de subjetividad que empleamos significa estrictamente subjetividad física, corporalidad, cuerpo físico, es decir identidad individual, y no, como se aduce en otros contextos, a subjetividad jurídica –donde se representan las personas jurídicas.

Martín-Retortillo (1998: 7) sobre el origen etimológico del verbo *simplificar*: “hacer más sencilla, más fácil o menos complicada una cosa, pero significa también reducir una expresión [...] a su forma más breve y sencilla”.

Desde la perspectiva de Martín-Retortillo, el acto de simplificar, por un lado, representa una tarea de reducción de complejidades. Por otro lado, asimismo, consiste en una representación más breve y concisa de aquello predicado. Ello significaría disminuir los obstáculos administrativos y reducir así la complejidad de los procedimientos para dar cuenta de un formato más adecuado de gestión. Ambas corrientes confirman que estamos frente a un verdadero punto de inflexión en relación con la forma de concebir la burocratización de la administración. En la medida en que el auge de las tecnologías somete a variación los regímenes administrativos burocráticos que exigían la presencia en mayor o menor grado de los agentes activos responsables, es posible identificar en este proceso de tecnologización algunos peligros.

Dada la exigencia de una renovación inmediata de las condiciones normativas relativas a la comunicación para hacer frente a los nuevos requerimientos de la vida se iniciaron varios procesos de normativización. En el contexto nacional destacamos principalmente una transposición y varias iniciativas legislativas que resultaron ser decisivas. Nos merece una atención especial la tríada de elementos presentada por Sebastián Martín-Retortillo (1998: 8) como notas esenciales de la simplificación. Primeramente nos hallamos frente a una simplificación normativa “habilitante de todo el actuar de la Administración [...] reglamentario”. Seguidamente con una significación orgánica entendida como una “simplificación del aparato administrativo”. Y finalmente con una simplificación procedural “del actuar de las Administraciones públicas”.

La tríada presentada nos ayudará a clasificar las diferentes manifestaciones del fenómeno, tanto positivas como negativas, sin desatender la generalidad de la cuestión. A pesar de la interrelación de los niveles conviene subrayar la subordinación de los dos últimos niveles al estadio normativo. Sin la necesidad de normativizar una simplificación no es posible llevar a cabo gestiones gubernamentales ni actualizar el engranaje disponible para una autorregulación. Por esta razón, conviene prestar especial atención a los motivos de fondo que posteriormente se convertirán en principios rectores de gestiones administrativas. A continuación pasaremos a examinar brevemente cuáles son las disposiciones principales que han propiciado este nuevo estado de la cuestión. Seguidamente subrayaremos tanto la jurisprudencia como la doctrina aplicable al caso, desde una perspectiva reflexiva que tome en consideración elementos propios de las reflexiones iusfilosóficas<sup>4</sup>.

Ante todo conviene advertir del peligro que supone tomar demasiado rígidamente esta lógica vertical de superposición entre planos normativos y ejecutivos –estos supeditados a aquellos– a través de la positivización de las necesidades sociales, en general, y europeas, como veremos, dentro del marco de nuestra investigación. A propósito de esta visión es menester mencionar la noción de fuente, (*die Quelle*) presentada por Carl Schmitt en su obra *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*: “Una palabra como ‘fuente’ es, como mucho, una metáfora no

---

<sup>4</sup> Por *iusfilosofía* podemos entender generalmente toda reflexión cuyo objeto de análisis sea el Derecho o cualquier manifestación de índole jurídica. Entre el gran elenco de reflexiones actuales que conciernen a los teóricos del Derecho y a los filósofos podemos destacar las corrientes del neoinstitucionalismo –basadas en la interpretabilidad del Derecho a través de su dinamismo– o bien del realismo jurídico alemán, basado en la fuerza de ley. Para una visión panorámica de algunas corrientes contemporáneas véase mi otro trabajo titulado *Apuntes para una fenomenología de la acción procesal. Reflexiones sobre los actos sociales de Adolf Reinach* (2018: 10).

vinculante para un positivo de este tipo por razones de validez” (1950: 23)<sup>5</sup>. Siguiendo esta concepción, el carácter normativo que incide intermitente sobre este proceso de simplificación –creación reglamentaria de disposiciones– no está reñido con una concepción positivista del Derecho. Al mismo tiempo que describimos cómo se materializa el plano normativo en el plano de gestión o ejecutivo, también podemos atender al fenómeno en su unidad.

A la luz de la concepción presentada debe comprenderse una fuente normativa en el sentido metafórico del término, es decir, por medio de la representación que supone este plano vertical donde inscribimos tanto la ejecución como la sanción reglamentaria administrativa. De este modo, no nos hallamos ante una visión del fenómeno de la simplificación jerárquicamente determinada sino, más bien, normativamente motivada y posteriormente diseñada en términos horizontales. Resulta importante recordar esta transversalidad para comprender los motivos de fondo de la jurisprudencia. Una vez expuesto el origen histórico de este fenómeno de normativización en términos jurídicos y jurisprudenciales, veremos en un tercer y último bloque conclusivo cuáles son las ventajas que nos proporciona el nuevo estado de la cuestión, así como también las desventajas y los posibles peligros que debemos de hacer frente durante los próximos años.

## 2. Normativización

La regulación de los denominados principios de simplificación administrativa hallan su origen en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 –denominada Directiva *Bolkestein*–. En ella dichos principios se identifican con la necesidad de eliminar “obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios de los estados” (Directiva 2006/123/CE, Considerando 3). En concreto, los identifica con “un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros” (*Ibid.*). Como pone muy acertadamente de manifiesto Dolors Canals, los medios empleados para lograr eliminar progresivamente los obstáculos son “la eliminación de regímenes de autorización previa, la simplificación de procedimientos y trámites administrativos, y la reducción de cargas administrativas” (2010: 298). Más adelante se explicitan concretamente los siguientes elementos esenciales o constitutivos de los denominados principios simplificadores. Entre ellos, destacamos la limitación de la autorización previa obligatoria a los casos que sea indispensable y la introducción del principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido el plazo (Directiva 2006/123/CE, Considerando 43). Asimismo, también se pretenden garantizar los requisitos de transparencia y actualización de datos a través de la eliminación de retrazos, costes y efectos disuasorios, por medio de la duplicación de operaciones o formalidades burocráticas (*Ibid.*). Algunos ejemplos de estas medidas son la ventanilla única o la presentación de trámites electrónicos desde la perspectiva de determinados regímenes de autorización<sup>6</sup>.

A través del precepto constitucional que exige la trasposición de las Directivas europeas<sup>7</sup>, se realizó la trasposición de los artículos 6, 7 y 8 en la Ley 11/2007, 22 de

<sup>5</sup> (*Traducción propia*)

<sup>6</sup> En este punto conviene destacar la doble acepción de la noción autorización, que muy ampliamente analiza Helena Villarejo Galende; “autorización previa obligatoria [...] autorización tácita de las autoridades competentes” (2008: 51).

<sup>7</sup> El artículo 93 de la Constitución Española señala: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según

junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En la disposición interna se establece la simplificación de los procedimientos administrativos en términos de finalidades<sup>8</sup>, al mismo tiempo que también se conceptualizan como principios<sup>9</sup>. Por medio de la Ley 11/2007 se establece una primera vinculación entre los principios de simplificación administrativa, en uno de sus artículos donde se tematizan los denominados medios electrónicos (art. 33); de la relación necesaria entre la nueva gestión administrativa y los principios de simplificación resultan los denominados criterios de gestión administrativa, diseñados ampliamente en la conocida Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Allí se hace explícita la necesidad de regular este tipo de regímenes de comunicación digitales<sup>10</sup>. Entre las características más importantes a destacar del régimen de simplificación administrativa subrayamos la libertad de elección de la modalidad de comunicación con las Administraciones Públicas “salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas”<sup>11</sup>.

A propósito del desplazamiento material que supuso extender los criterios de simplificación de la Ley 11/2007 a la Ley 30/2015 –con la consecuente incidencia en el campo administrativo– es posible suspender provisionalmente el índice positivo de dichas medidas. A este respecto, Juan Alfonso Santamaría (2015: 4) advierte de una peligrosa y abrumadora imagen obsesiva de la Administración “que llega a extremos que lindan con lo hilarante”. En este sentido, quedaría por responder a la pregunta de si realmente resulta efectiva la constatación explícita que presentó el Acuerdo de creación del CORA sobre la simplificación administrativa en términos de una finalidad “en beneficio de los ciudadanos”<sup>12</sup>. La cuestión no se encuentra exenta de dificultades. Por el momento es menester subrayar tres faltas o errores que motivaron positivamente a la promulgación de las disposiciones normativas: “falta de una visión integrada [...] falta de una “cultura” global de simplificación [...] falta de una planificación o política departamental de mejora administrativa” (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2014: 8). En respuesta a las tres faltas de la Administración General del Estado se terminará creando el conocido organismo denominado Sistema de Información Administrativa –SIA–, encargado de actuar como catálogo de información sobre tramitación administrativa, “incluyéndose procedimientos administrativos y servicios tanto dirigidos al ciudadano como propios

los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

<sup>8</sup> El artículo 3.6. de la Ley 11/2007, 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos señala que son fines de esta ley: “[...] Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales”.

<sup>9</sup> El artículo 4.j) de la Ley 11/2007, 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, señala los principios generales: “[...] Principio de simplificación administrativa, por el cual se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa”.

<sup>10</sup> El artículo 12.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señala: “Las Administraciones Públicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen”.

<sup>11</sup> El artículo 14.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señala: “Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas”.

<sup>12</sup> En la página 6 del Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado se subraya: “Los procedimientos administrativos de las AAPP, con el propósito de identificar las trabas burocráticas que dificultan su ágil tramitación y conseguir una mayor simplificación que redunde en beneficio de los ciudadanos”.

de las administraciones públicas” (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2017: 2).

### 3. Jurisprudencia y titularidad jurídica

Todo lo antedicho no supone un impedimento para la consecuente derivación jurisprudencial ni para la reflexión sobre el horizonte jurídico en el que descansa el fenómeno simplificador. Hasta cierto punto resulta necesaria una visión jurisprudencial para terminar de completar las diferentes manifestaciones del fenómeno –ex artículo 1252 del Código Civil–<sup>13</sup>. Ello es así precisamente por la imposibilidad de aislar la perspectiva jurídica de la *praxis política*. A este respecto conviene tomar en consideración el análisis realizado por Agustí Cerrillo, M. Ascensión Moro, Mario Alguacil y Sandra González (2017: 191), donde se expone que la gestión administrativa de los principios de simplificación requiere la implementación “de una metodología de simplificación, que requiere un liderazgo político y directivo claro y contundente”.

Un estudio profundo sobre la esencia del fenómeno nos conduce a atender precisamente dos niveles fundamentales: *normativo* y *subjetivo*. Mientras el primero se refiere al horizonte de regulación donde se inscribe el fenómeno, el segundo atiende al grado de afectación sobre los destinatarios. Destacamos en el primer nivel jurídico el reciente recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña en la STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018. A través del recurso hallamos el propósito último de la simplificación administrativa, o sea, la finalidad del fenómeno simplificador: “reforzar las garantías constitucionales [audiencia (art. 105 CE) y seguridad jurídica (art. 9.3 CE)], dinamizar la actividad económica, simplificar los procesos y reducir cargas administrativas” (FJ 2). Vale decir que la argumentación presentada por el Tribunal no atiende a razones de fondo, sino más bien a cuestiones formales en torno al régimen competencial a título de ‘conflicto de competencias’, gobernado por diferentes exégesis del conocido artículo 149.1.18 de la Constitución Española<sup>14</sup>.

Desde la perspectiva material hallamos un intenso debate sobre la posibilidad de enmarcar la simplificación en el índice categórico de la “base de régimen jurídico de las administraciones públicas”, siguiendo en este punto el artículo 4.9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>15</sup>. No se llega finalmente a una respuesta afirmativa por medio del carácter derogado de la legislación. Contrariamente a una argumentación capitalizada por criterios de forma, encuentra el Tribunal razones de peso para atender a la jurisprudencia. Más concretamente, se presenta como elemento nuclear el contenido de la STC 91/2017, de 6 de julio de 2017, donde se expone una lectura basada en la no fricción de los principios de simplificación administrativa y de las competencias autonómicas, debido a que

---

<sup>13</sup> El artículo 1252.I del Código Civil actual señala: “Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron”.

<sup>14</sup> El artículo 149.1.18 de la Constitución Española señala que el Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: “[...] Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

<sup>15</sup> El artículo 4.9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, fue derogado por el artículo 2.c) de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015.

“únicamente plasman fórmulas de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en aras a la consecución de los mismos fines” (FJ 6).

A través de una extensa argumentación, el Tribunal finalmente decide estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, con la correspondiente activación del régimen de invalidación –*nullitas*– de algunos de los preceptos normativos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Una de las consecuencias más importantes que se derivan de la nulidad de los preceptos es la fijación de un *numerus clausus* constituyente de la noción de interesado y vinculada al poder individual en el actual art. 4 de la Ley 39/2015. Aunque el precepto mencionado no emplea directamente el término ‘poder’ en el sentido de *potestas*, establece el horizonte de condiciones sobre el que descansan las acciones individuales. Algunos ejemplos de los términos empleados legitiman esta hermenéutica: “promover” el procedimiento administrativo –potestad activa– y “derechos afectados” –potestad pasiva– (apartado 1), “titular de derechos jurídicos” –potestad pasiva– (apartado 2) y finalmente el ‘suceder el derecho-habiente’ como efecto de la transmisión de una titularidad jurídica –potestad activa–.

Dicho esto, nos podemos interrogar acerca de la vinculación de estas condiciones con el empoderamiento individual frente a las Administraciones Públicas. En otras palabras, podemos investigar cómo se despliegan dichas condiciones de empoderamiento. Echando una mirada profunda a la noción de ‘acción’ encontramos una posibilidad relativamente importante que muestra cómo dicho empoderamiento individual se encuentra íntimamente vinculado a los apoderados y a las posibilidades de emprender determinadas acciones.

¿Pero acaso no son dichos poderes expresiones de derechos subjetivos? Si tomamos en consideración la noción de acción presentada por Savigny (1879: 8) –derivada de una actualización de la noción de *actio*–, podríamos decir que la acción “entra más bien en la categoría de los desarrollos y metamorfosis que experimentan los derechos por sí mismos subsistentes”. Frente a una concepción de la acción ramificada –acción penal, procesal o civil– nos hallamos ante una noción general de acción esencialmente jurídica. Nos servimos de una noción de acción estrictamente legal que afecta al régimen personalísimo del agente ejecutor (individuo). Desde esta perspectiva operamos con una noción de *actio* –actualizada del *iuris civile* romano– vinculada al hecho de “exprimir” o ejecutar derechos que son inherentes a la subjetividad por el mero hecho de constituirse bajo unos determinados regímenes reglados subjetivos –mayoría de edad, capacidad de obrar, etc. En otro lugar se examinará cuál es el rango de incidencia de este régimen jurídico en la composición de las dimensiones activas y pasivas del sujeto que ejecuta determinadas acciones reguladas por la legislación.

Por el momento hagamos explícita cuál es la consecuencia de nuestro planteamiento. A través de la concepción del principio simplificador en términos de las condiciones de poder ex artículo 4 de la Ley 39/2015, somos testigos del desplazamiento que sufre la noción de acción en tanto que título subjetivo, trasladada a una significación general jurídica operante en el Derecho Administrativo. De esta manera, tratamos con una noción de acción asentada en la positividad, o sea, en la disposición normativa que regula sus mecanismos de incidencia y movimiento. Pero al mismo tiempo es “anterior” a toda regulación o gestión administrativa. Como ejemplo de este tipo de reflexiones iusfilosóficas hallamos una corriente de reflexión fenomenológica del Derecho sistematizada por Adolf Reinach<sup>16</sup>. Desde la perspectiva

<sup>16</sup> Para más información se recomienda la lectura de la reciente contribución de Adrián Bueno a la revista *Investigaciones Fenomenológicas* (2019: 221), donde se expone un comentario de la reciente obra de Mariano Crespo, señalando cuál es la tarea fundamental de la fenomenología jurídica: “circundar alrededor de una posible inteligibilidad de la esencia de lo jurídico, examinada fenomenológicamente a

de Reinach se permite ahondar en un sentido del Derecho vinculado a aquellos elementos que sobreviven a los momentos históricos. Mostrará incluso que aquello que origina el Derecho es algo así como una fuente de entidades jurídicas (*rechtliche Gebilde*) a las que nos referimos en último término para investigar modos de expresión jurídicos como la pretensión o la obligatoriedad.

Más allá de las reflexiones iusfilosóficas es menester clarificar las problemáticas relativas a las acciones que participan de los procedimientos administrativos. Aplicando las consideraciones aquí esbozadas al fenómeno simplificador señalamos que todo aquel legitimado para ostentar un derecho por sí mismo subsistente –por ejemplo, en condición de interesado ex art. 101 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, tiene la potestad de ejercer una acción jurídica<sup>17</sup>. De aquí se extienden determinados tipos de ejercicio de acciones. No es lo mismo ejercer una acción procesal que ejercer una acción indemnizatoria civil. Digamos que no nos hallamos en el mismo régimen de tratamiento en un caso de presencia física para presentar una solicitud de una plaza concursada por Derecho Público que en el marco pasivo de recibimiento del régimen sancionador a través de una multa de tráfico. A propósito de la interpretación de la sentencia mencionada y de la concepción subjetiva de los derechos que permiten iniciar un determinado procedimiento administrativo, o sea, a través de la interposición de un recurso potestativo de reposición, un recurso de alzada para agotar la vía administrativa o cualquier impugnación administrativa procedente, identificamos una vía activa que descansa sobre un horizonte de pasividad.

Dicho en términos concretos, se trata del ejercicio directo e inmediato del derecho subjetivo a emprender una acción administrativa ex art. 14 de la Ley 39/2015 en concepto de persona jurídica, entidad sin personalidad jurídica, ejercicio de una actividad profesional con requerimiento colegial obligatorio, representante de un interesado o empleados de las Administraciones Públicas. A cada una de estas condiciones subjetivas podemos denominarla subjetividad jurídica –donde el adjetivo “jurídica” debe entenderse en sentido laxo–, mientras que sus objetos pueden aprehenderse de forma unitaria bajo una misma expresión: procedimiento administrativo. Aunque cada una presente ciertas particularidades, todas confluyen en el mismo punto de encuentro, pues todas inician un determinado procedimiento administrativo.

#### 4. Consideraciones finales

A través de un ejemplo se clarificarán las cuestiones planteadas y se hará visible el régimen de tratamiento del fenómeno simplificador en su estructura. Desde mi titularidad personal como persona física puedo ejercer mi acción jurídica, mi derecho subsistente a iniciar un trámite –administrativo, penal o civil– ex arts. 13 y 14 de la Ley 39/2015. Podría darse en un POUM en concepto de participante dentro del procedimiento de audiencia correspondiente –ex art. 105.c) de la Constitución Española<sup>18</sup>. En este caso no se cumpliría ninguno de los preceptos mencionados en

---

través de aquellos elementos que son anteriores a toda disposición normativa y que pueden mentirse como pre-positivos”. Tal y como señala el editor de la obra reseñada (2018: 7), la empresa interdisciplinar pretendía “profundizar histórica y sistemáticamente en las distintas teorías de la ley natural y de la racionalidad práctica”.

<sup>17</sup> El artículo 101 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala: “La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitárla con arreglo a las prescripciones de la Ley”.

<sup>18</sup> El artículo 105.c) de la Constitución española subraya lo siguiente: “La Ley regulará: [...] El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”

el art. 14 de la Ley 39/2015. En consecuencia, puedo ejercer mi derecho a emprender una acción jurídica encaminada a la elección de los medios de comunicación disponibles. Algo muy distinto ocurriría en el caso de ser menor de edad y estar bajo el régimen de tutela de mis padres. En ese caso podría ejecutar mi acción jurídica a través de ellos en base al art. 14 de la Ley 39/2015, siempre obligatoriamente por medios electrónicos. Mientras en el primero hay un cumplimiento completo del derecho subsistente –tengo más margen de elección–, en el segundo caso el margen de elección se reduce. Por esta razón el régimen de simplificación imprime una lógica de superposición de grados. De aquí se siguen dos consecuencias subrayables:

- (1) La subjetividad jurídica condiciona el medio de comunicación *ex arts.* 13 y 14 de la Ley 39/2015. En función de la subjetividad jurídica en cada caso concreto se cumplirá o no el *numerus clausus* presentado en el precepto jurídico mencionado. Seguidamente, en consecuencia, se determinará en qué medida se ha cumplido gradualmente el horizonte de elección. No cabe duda que las personas físicas contienen un coeficiente de elección de mayor grado que las personas jurídicas, por ejemplo, obligadas a comunicarse por medios electrónicos, y por lo tanto, con menor coeficiente de elección.
- (2) El régimen de obligatoriedad normativa del uso de los medios electrónicos obedece directamente a la lógica normativa de grados que resulta de la intermediación de dos planos fundamentales. En el marco del formalismo jurídico gobernado por el engranaje estrictamente normativo donde operan las producciones legítimas de normas y regulaciones –reglamentos, leyes, decretos, etc.–, hallamos un primer plano constitucional. A propósito del plano constitucional se muestra *ex art.* 105.c) el régimen de la Constitución Española como ámbito legitimador de participación y comunicación de las Administraciones Públicas. Ahora bien, este plano constitucional se halla en estrecha conexión con un plano administrativo que ha de emprender la vertiente ejecutiva del fenómeno simplificador por medio de medidas gubernamentales.

De esta manera, la tríada presentada por Sebastián Martín-Retortillo en base a la simplificación normativa, la orgánica y la procedural podría reestructurarse de la siguiente manera:

#### **Nivel 1 – Normatividad**

- [1] Simplificación normativa: momento originario dado a través de la intermediación jerárquica entre el plano constitucional –*ex art.* 9 de la Constitución Española<sup>19</sup>– y el plano administrativo autonómico, respetando el art. 149.1.18 de la Constitución Española y sin olvidar las fuentes normativas internacionales.
- [2] Simplificación orgánica: momento de conversión de la exigencia o requerimiento constitucional al plano legislativo autonómico concreto de las Comunidades Autónomas –*ex art.* 13 de la Ley 39/2015–.
- [3] Simplificación procedural: momento de ejecución que subraya especialmente el art. 14 de la Ley 39/2015, a través del cual se inserta un régimen de obligatoriedad basado en las subjetividades jurídicas.

<sup>19</sup> El artículo 9 de la Constitución Española señala, entre otros principios, el *principio de legalidad*: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

### **Nivel 2 – Subjetividad jurídica**

[1] Titularidad jurídica de las personas físicas: mayor cumplimiento del índice de libertad de elección y menor índice de obligatoriedad ex art. 14 de la Ley 39/2015.

[2] Titularidad de las subjetividades mencionadas en el artículo 14: personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, agentes que ejerzan una actividad profesional con requerimiento de título de colegiado, representantes de interesados, empleados de las Administraciones Públicas. Tienen un menor cumplimiento del índice de elección y un mayor índice gradual de cumplimiento del régimen de obligatoriedad.

Tabla 1. Fuente: elaboración propia

A través de la doble vertiente mencionada es posible atender al fenómeno simplificador en el ámbito del Derecho Administrativo en términos de una quiebra de las libertades individuales en torno a la comunicación. Pero también puede ser leído como agente que exime de problemas innecesarios a los interesados. Aunque no se pretende ofrecer una solución definitiva a la cuestión, es menester recordar la inviabilidad de sujeción de un índice de libertad a un régimen de obligatoriedad que se encuentre reñido con las condiciones subjetivas de los ciudadanos –ex art. 14 de la Constitución Española<sup>20</sup>. De esta manera, aquellos que cumplen con las condiciones positivas presentes en el art. 14 de la Ley 39/2015 encuentran reducido su índice de libertad de comunicación a la hora de elegir el tipo de contacto.

No obstante, es cierto que en virtud de una agilización respetuosa con los procedimientos de reserva de ley y transposición de las Directivas europeas es posible facilitar un nuevo marco regulativo capaz de ofrecer garantía de respuesta a las nuevas exigencias tecnológicas de la vida de las sociedades. De todos modos, el debate no se encuentra cerrado. Resulta conveniente trazar una cierta continuidad entre las reflexiones iusfilosóficas que experimentan con la abstracción del *ius* y aquellas reflexiones propias de la ciencia jurídica, como pueden ser las derivas de la fenomenología jurídica en términos de ejercicios descriptivos. En este sentido, se invita a el/lector o lectora/a a profundizar sobre estas cuestiones desde el marco interdisciplinar que caracteriza en numerosas ocasiones el proceder de la Filosofía del Derecho, sin ánimo de agotar exhaustivamente el elenco de fenómenos. Todo ello con intención de hacer plausible nuevas reflexiones interdisciplinares que puedan dar cuenta de los fenómenos que nos conciernen; sin que ello esté reñido, necesariamente, con los posibles riesgos especulativos que muchas veces impregnan este tipo de reflexiones.

<sup>20</sup> El artículo 14 de la Constitución Española señala: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

## Bibliografía

- ALGUACIL, M., ASCENSIÓN, M<sup>a</sup>., CERRILLO, A. y GONZÁLEZ, S. (2017), *A las puertas de la administración digital*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.
- ARANA, J. F. (2011), *Informe de sistematización temática N.<sup>o</sup> 5/2010-2011. Normativa y jurisprudencia sobre simplificación administrativa, barreras burocráticas, cobros por derechos de tramitación, tasas y arbitrios municipales*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [https://www.academia.edu/attachments/39611146/download\\_file?st=MTU0NzcyNTM4MywxMzAuODMuMjIxLjIwNCwyMTk2OTI2OQ%3D%3D&s=swp-toolbar&ct=MTU0NzcyNTM4NiwxNTQ3NzI1Mzg5LDIxOTY5MjY5](https://www.academia.edu/attachments/39611146/download_file?st=MTU0NzcyNTM4MywxMzAuODMuMjIxLjIwNCwyMTk2OTI2OQ%3D%3D&s=swp-toolbar&ct=MTU0NzcyNTM4NiwxNTQ3NzI1Mzg5LDIxOTY5MjY5) (fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018).
- BUENO, A. (2019). "Nota crítica a *Filosofía trascendental, Fenomenología y Derecho Natural* (Crespo, M. (ed.) (2018), Hildesheim: Georg Olms), *Investigaciones Fenomenológicas*, 15, pp. 221-244.
- BUENO, A. (2018), "Apuntes para una fenomenología de la acción procesal. Reflexiones sobre los actos sociales de Adolf Reinach", *Philosophia*, 78 (2), pp. 9-22.
- CANALS, D. (2010), "Simplificación administrativa y directiva de servicios: objetivos, medios e incidencias", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública II*, 12, pp. 297-235.
- CRESPO, M. (2018), *Filosofía trascendental, Fenomenología y Derecho Natural*, Georg Olms, Hildesheim.
- DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.boe.es/DOUE/2006/376/L00036-00068.pdf> (fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018)
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1998), "De la simplificación de la administración pública", *Revista de Administración Pública*, 147, pp. 7-37.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2017), *Sistema de Información Administrativa (SIA). Guía de contenidos*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/215/Descargas/Guia%20de%20Contenidos.pdf?idIniciativa=215&idElemento=4128> (fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018).
- MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2014), *Manual de simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.hacienda.gob.es/areasTematicas/Gobernanza/simplifica/14\\_Manual\\_Simplificacion\\_Administrativa\\_y\\_reduccion\\_de\\_cargas\\_AGE.pdf](http://www.hacienda.gob.es/areasTematicas/Gobernanza/simplifica/14_Manual_Simplificacion_Administrativa_y_reduccion_de_cargas_AGE.pdf) (fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018).
- RADIN, B. (2015), "Science and Policy Analysis in the U.S. Office of Information and Regulatory Affairs", *Administration & Society*, pp. 1-25.
- SANTAMARÍA, J. A. (2015), "Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 2, pp. 1-15
- SAVIGNY, F. (1879). *Sistema del derecho romano actual*, trad. Guenoux, Ediciones Puerta del Sol, Madrid.
- SCHMITT, C. (1950), *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Internationaler Universitäts-Verlag, Tübingen.

- SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 55/2018, de 24 de mayo de 2018, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://app.vlex.com/#vid/728905437> (fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018).
- SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 91/2017, de 6 de julio de 2017, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://app.vlex.com/#vid/728905437> (fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018).
- SUNSTEN, C. (2013), *Simpler: The Future of Government*, Simon & Schuster Paperbacks, Nueva York.
- SUNSTEN, C. y THALER, R. (2008), *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Londres.
- VILLAREJO, H. (2008). “La simplificación administrativa en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14, 47-82.

# Gestión pública Public Management

Manuel Villoria Mendieta  
*Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*  
[manuel.villoria@urjc.es](mailto:manuel.villoria@urjc.es)

Recibido / received: 02/05/2018  
Aceptado / accepted: 04/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4697>

## Resumen

El texto analiza el concepto de gestión pública. Comienza con la explicación de su origen y especificidad, también nos explica su objeto de estudio, el sujeto de referencia al que se dirige y la metodología y epistemología propias de esta rama o enfoque de los estudios de Administración pública.

## Palabras clave

Gestión, organizaciones, creación de valor, gestores públicos, utilidad social.

## Abstract

*The text analyzes the concept of public management. It begins with the explanation of its origins and differences with other approaches, it also explains its object of study, the subject of reference to which it is addressed and the methodology and epistemology of this branch or approach of public administration studies.*

## Keywords

*Management, organizations, creating value, public managers, social utility.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Objeto. 3. Sujeto de referencia. 4. Metodología y epistemología. 5. Conclusiones.



## 1. Introducción

Los estudios de lo que en España se denomina Ciencia de la Administración Pública (CA) se remontan a finales del siglo XIX, aunque toman rango institucional y fuerte autoconciencia a partir de los años 1920-30. En España esta Ciencia está plenamente integrada con la Ciencia Política y no podemos hablar de su autonomía como disciplina con su propia organización académica. Ello no obstante a que la Ciencia de la Administración sea una ciencia. Así, es una disciplina organizada académicamente, con su propia tradición académica de estudio y enseñanza, su objeto específico, con una metodología de investigación compartida en general con las ciencias sociales, frente a las ciencias naturales, y un conocimiento estructurado en torno a "la coherencia lógica y unos datos adecuados" (Zuckerman, citado por Stoker, 1997: 15). Dentro de la Ciencia de la Administración conviven enfoques diferentes, aun cuando numerosos estudios puedan encontrarse en dos enfoques al mismo tiempo y algún otro sea difícil situarlo claramente en una de las ramas. Dunsire (1999) habla de diez enfoques o desarrollos de la disciplina, subdivididos por niveles: nivel *micro* –se sustenta en teorías sobre decisiones individuales–, con cuatro componentes: los estudios de políticas públicas, los estudios de implantación, la teoría de la información, y la gestión pública; nivel *meso* –se sustenta en teorías sobre interacciones organizativas– e incluye: las relaciones intergubernamentales, la teoría de redes, y la gobernanza; y el nivel *macro* –teorías sobre el Estado y la sociedad– que incorporan: la teoría del Estado, la teoría de la regulación, y el postmodernismo. No obstante, a efectos de facilitar la comprensión de este texto, seguiremos con la tradicional clasificación en tres enfoques. Los tres enfoques serían: el de *Administración pública* (AP), que es la continuación, con métodos y aportaciones teóricas muy diferentes, de la tradicional Ciencia de la Administración; el *análisis de políticas públicas* (APP), cuyo modelo o marco conceptual tiende a ser aceptado por toda la Ciencia de la Administración, por ser el que describe y analiza de forma más completa, estilizada y útil la realidad política de la actuación administrativa y gubernamental; y, finalmente, el emergente enfoque de la *gestión pública* (GP), cuya virtualidad mayor es la del desarrollo de conocimientos aplicados y útiles sobre cómo gestionar problemas complejos en organizaciones o redes de políticas y programas públicos.

Dejando a un lado los estudios cameralistas y de Ciencia de la policía –demasiado orientados a la práctica y ateóricos para nuestros estándares–, la primera aproximación rigurosa y científica al estudio de la Administración la realiza Max Weber. En Estados Unidos, país que lidera hoy en día los estudios sobre la Administración, la primera aportación teórica sobre un posible campo de estudio consciente de sus propios temas (Bozeman, 1993), pueda ser el seminal y ambiguo artículo realizado por el politólogo Woodrow Wilson en la edición de junio de 1887 del *Political Science Quarterly*, titulado precisamente "*The Study of Administration*".

Hoy en día, si tuviéramos que seleccionar un único objeto de estudio para el enfoque de Administración Pública (AP) sería el de la reflexión política sobre el papel del gobierno y la Administración en los sistemas políticos (esencialmente en la democracia); el estudio de los modelos, valores y paradigmas de Administración pública, y el análisis de las relaciones que generan las Administraciones entre sí y con la ciudadanía para generar bien público. El siglo XXI se ha iniciado con la consolidación de cuatro poderosos subcampos en la AP. Por una parte, la reflexión ética y sobre los valores del servicio público. Por otra, las relaciones y la gestión intergubernamental y, actualmente, lo que se ha denominado gobierno colaborativo. Tercero, los estudios sobre los modelos o paradigmas de Administración con sus correspondientes estudios nacionales y comparativos en perspectiva diacrónica y



sincrónica. Como parte del subcampo previo son cada vez más las investigaciones sobre cómo promover una Administración imparcial, transparente, participativa y que rinde cuentas, para lo cual el desarrollo del gobierno abierto, con la conexión de los cuatro valores y las nuevas tecnologías ofrece un campo de desarrollo muy interesante. Finalmente, se empieza a desarrollar una literatura muy interesante sobre feminismo en la Administración pública a partir de la obra de Camilla Stivers (1990, 2002) o sobre diversidad y raza (Gooden, 2014).

Por su parte, el enfoque de políticas públicas, aunque comienza a fraguarse en la mente de Lasswell en los años 1940, no tiene su plena acogida hasta los años 1950. Su objeto se podría definir como "el estudio de la formación, comparación y conflicto entre preferencias (públicas) desde una perspectiva comparada, dinámica, que tenga en cuenta las dimensiones de espacio y tiempo" (Subirats y Gomá, 1998: 22). O dicho con otras palabras, Weible, afirma que "la investigación del proceso de la política puede ser definida como el estudio de las interacciones en el tiempo entre política pública y sus actores circundantes, sus eventos y contexto, así como los resultados de las políticas o de la política" (2014: 5).

Finalmente, la gestión pública como enfoque con un mínimo de institucionalización y autoconciencia no surge hasta fines de los 1970 y se desarrolla en la década siguiente. Su origen "remoto" está en el subenfoque "managerial" de la AP (Golembiewski, 1995), aunque su origen inmediato es mixto –escuelas de políticas públicas y escuelas de "*business*"–, como veremos.

En términos generales, la gestión pública aporta tres elementos beneficiosos para la Ciencia de la Administración: obliga a pensar en qué es lo que diferencia lo público de lo privado en gestión; aporta nuevos métodos y técnicas de conocimiento de la Administración; obliga a pensar qué se puede enseñar que sea útil a los profesionales de la Administración y por qué (Henry, 1992). Podríamos definirla como una noción derivada, que trata de definir y legitimar una esfera de actividad y un repertorio de conductas para un conjunto de actores públicos formalmente indefinidos y políticamente sospechosos (Lynn, 1996: 23). La gestión pública hoy tiene claro que está situada en un campo de juego político, "acepta la politización" (Subirats, 1996: 159), y, además, asume que ya no se trata de cambiar el sistema político para que sirva a las necesidades de la mejor gestión, sino de cambiar la gestión para servir mejor al sistema democrático (Levine, 1983).

## 2. Objeto

Para definir el objeto de la gestión pública debemos responder, primero, a la pregunta de si existe diferencia entre gestionar una organización pública o privada. Para ello, podemos empezar preguntándonos qué dice la literatura al respecto. La teoría de organización no hace ningún hincapié en la diferencia: ni Weber, ni Taylor, ni McGregor se preocupan de resaltar diferencias. Simon, en su último trabajo (1995), afirma que las organizaciones públicas, privadas y no-gubernamentales son equivalentes en dimensiones críticas. La investigación en este ámbito demuestra, por ejemplo, que el principal factor relacionado con comportamientos burocráticos no es la titularidad pública o privada, sino el tamaño (Rainey, 1997).

Algunos autores destacan el hecho de que numerosas organizaciones públicas se estructuran como empresas: empresas públicas, agencias semiautónomas, entes públicos empresariales, etc., obteniendo ingresos por la prestación de sus servicios (Musolf y Seidman, 1980). Otros han reseñado el lado público de las organizaciones del tercer sector, o la peculiar relación con lo público que tienen empresas privadas que trabajan casi exclusivamente para el sector público



como contratistas (Bozeman, 1987). Hay personas en las organizaciones públicas y en las privadas que hacen esencialmente lo mismo (Mitnick, 1994). La gestión de múltiples servicios se produce por la interconexión de organizaciones públicas, privadas y no gubernamentales (Kettl, 1993). Aunque sólo determinadas organizaciones públicas pueden aprobar reglamentos que obliguen coactivamente, no es menos cierto que sin el apoyo de ONG,s e, incluso, empresas privadas no podrían en muchos casos implantar las políticas o programas aprobados normativamente (Rainey, 1997). Incluso hay organizaciones y administradores públicos que actúan tan en su interés o en el de "lobbies" que no se diferencian en nada de las empresas privadas (Banfield, 1977).

De todo lo anteriormente enunciado, la primera conclusión es que hay que evitar las simplificaciones. Evidentemente hay diferencias, pero hay que matizarlas. Las organizaciones públicas son necesarias, no se puede dejar todo al libre funcionamiento de los ajustes mutuos, también se necesita jerarquía; los mercados no solucionan todos los problemas y crean algunos (Lindblom, 1977, 1995; Wildavsky, 1990). Pero no todas las organizaciones públicas son necesarias, ni iguales. La literatura económica ha destacado suficientemente los fallos del mercado (Stiglitz, 1993). Tenemos Administración porque entendemos que existen servicios que no se deben prestar por el mercado, y ello se basa en valores sociales, el interés público y la voluntad política de la ciudadanía (Rainey, 1997). Pero la posibilidad de trazar una línea clara y definida entre lo público y lo privado no es posible. Hay criterios que permiten diferenciar, pero no siempre, por ejemplo: los intereses en juego –si son los colectivos o particulares–; el acceso a la información, recursos o a los edificios; la agencia o capacidad de actuar o no en nombre de la comunidad (Benn y Gaus, 1983).

Sobre todo, como ya advirtieron Dahl y Lindblom (1976), lo que existe es un "*continuum*" desde empresas privadas a ministerios, *continuum* en el que se puede incorporar:

Tabla 1. De lo privado a lo público en organizaciones: un continuum

Empre-sa pri-vada pura	Empre-sa pri-vada suje-ta a regula-ciones gene-rales labora-les o de otro tipo	Empresas pri-vadas con fondos públicos en forma de contratos	Compa-nías fuerte-mente reguladas	Empre-sas pri-vadas cuya mayor fuente de ingreso provie-ne del sector público; y ONG,s	Empre-sas pri-vadas que depen-den totalmen-te de contratos públicos; y ONG,s	Progra-ma (con agencia guber-namen-tal) que es produ-cido casi total-mente por conce-sionarios priva-dos	Empre-sa mixta público-privada	Empre-sa pública por mayo-ria - más del 50%- de capital público	Ente público empresarial y agencias	Agen-cias regula-doras inde-pen-dientes y organis-mos autón-o-mos	Minis-terios

Fuente: Dahl y Lindblom (1976).

En este *continuum* podemos distinguir aspectos como la propiedad, la financiación y la regulación (Rainey, 1997), lo cual nos daría diferencias entre empresas muy poco reguladas, con propiedad totalmente privada y financiadas totalmente con la venta de sus servicios –como *El Corte Inglés*–, y, organismos sujetos al derecho administrativo en todas las esferas de su actuación –con pequeñas excepciones vinculadas a los llamados jurídicamente actos separables–, financiados

totalmente con los presupuestos del Estado y de propiedad completa del Estado –por ejemplo, el INSS. En cualquier caso, en un Estado social es muy difícil encontrar una organización totalmente privada, todas están sometidas a algún tipo de regulación, por lo que se puede decir que existen niveles de "publicidad" (Bozeman, 1987). Esos niveles de publicidad se pueden situar en un *continuum*, de nuevo, en el que, en una punta, tendríamos a organizaciones con total autoridad política, incluso poderes cuasijudiciales o cuasilegislativos, y, en la otra, organizaciones con total autoridad económica, es decir capacidad completa para decidir qué hacer con su organización. En medio, nos encontraríamos con una enorme cantidad de ONG,s, asociaciones privadas, fundaciones, centros de investigación, grupos de voluntarios, colegios profesionales cuyo nivel de "publicidad" puede ser tan alto como el de empresas públicas y, casi, como el de entes públicos.

Por todo ello, hemos de reconocer que el problema no es de sencilla solución, aunque investigaciones recientes insisten en que hay diferencias, incluso, en la gestión de los mismos servicios sanitarios, entre hospitales públicos y privados (Chubb y Moe, 1990). Rainey recoge de la investigación sobre este tópico nada menos que treinta y tres diferencias entre la gestión pública y la privada, pero en términos siempre relativos (1997: 73). De ellas, destacaría ocho rasgos distintivos de la gestión pública: la mayor influencia política; la capacidad cuasilegislativa y cuasijudicial; las mayores expectativas de equidad, igualdad de trato y transparencia; la mayor ambigüedad y contradicción en los objetivos; mayores restricciones en la toma de decisiones –hacia dentro y hacia fuera– por parte de los directivos públicos; una dificultad mayor de conectar incentivos a rendimientos; un sistema de valores relacionados con el trabajo ligeramente diferentes; menores niveles de satisfacción de los empleados. En esta línea, Subirats (1990-1991) recoge catorce diferencias muy semejantes a las enumeradas en el párrafo anterior. Finalmente, Boyne (2002), tras un extenso estudio rechaza las diferencias entre organizaciones públicas y privadas salvo en tres aspectos: las organizaciones públicas son más burocráticas, los gestores públicos son menos materialistas y la entrega a la organización es menor en el sector público.

Si existen diferencias, sean mayores o menores, existen bases para pensar en un enfoque autónomo de gestión, con sus propias características. Este enfoque tiene un doble origen (Bozeman, 1993). Por una parte, el nacido en las escuelas de políticas públicas, denominado *P-approach*. En estas escuelas, que surgieron del rechazo a la AP de viejo estilo, se tendió a una enseñanza muy cuantitativa y economicista, pero se dieron cuenta de la baja demanda del sector público por estudios de ese tipo y de la mayor demanda por estudios de "*management*". De ahí que dieran el salto hacia la enseñanza de gestión pública, eso sí, como un complemento para la implantación de políticas. Por otra parte, tenemos el enfoque surgido de las escuelas de negocios –*B-approach*. En éste, la distinción público-privado se difumina y tiende a centrarse en el proceso de gestión: organización, personal, presupuestación, etc. En común tienen: una preocupación por algo más que la mera administración interna de las agencias; un respeto por el papel de la política en la gestión; una orientación prescriptiva; una cercanía hacia el aprendizaje por la experiencia. La versión P., sin embargo, da un mayor énfasis a: la importancia del análisis de políticas; el aprendizaje a través de gestores públicos; la promoción del diálogo entre profesores de gestión pública y altos cargos y directivos públicos. La versión B., por su parte, promueve: una mayor orientación hacia la investigación y la teoría; una mayor interdisciplinariedad; una marcada tendencia hacia la gestión estratégica; mayor preocupación por los gestores públicos de nivel medio y superior que por los directivos y políticos.

En conjunto, la tendencia sintética nos dirá, en gran medida, cuál es el objeto de la gestión pública hoy: una mayor preocupación por el enfoque externo – estrategia–, pero sin descuidar los procesos internos; atención a la generación de teoría, teoría prescriptiva y mera prescripción; una más amplia definición de lo público, incluyendo ONG,s, aspectos públicos de las compañías privadas y las organizaciones mixtas (Bozeman, 1993).

En relación con la teoría de la gestión pública, los puntos actuales de interés son tres (Rainey, 1993). Primero, las diferencias entre tipos de organizaciones y entre tipos de gestores, de cara a evitar generalizaciones erróneas (Bardach, 2004). Segundo, el análisis del elemento político de la gestión pública, cuáles son sus elementos clave y las variaciones por contexto, dónde y cómo se consigue autonomía de gestión y por qué. Tercero, qué significan los términos "difusos" y "contradictorios" aplicados a los objetivos de las organizaciones públicas. En conjunto, esta teoría debe proporcionar a los gestores públicos generalizaciones útiles y prácticas sobre cómo actuar en diversas situaciones, es decir, debe ser relevante y orientada a problemas (Perry, 1993). Pero es preciso ser conscientes de la inexistencia de la "*one best way*", lo cual exige sistematizar las diferentes situaciones y ámbitos de gestión, y mostrar cómo la acción eficaz del gestor varía a través de ellas (Pfeffer y Sutton, 2006).

En suma, es necesario conectar teoría normativa y conductual. La segunda puede ayudar a los gestores a comprender y explicar las dinámicas de los contextos en los que se sitúan y la eficacia de las intervenciones potenciales. La primera otorga la capacidad para pensar y reconocer cómo deben actuar de conformidad con los valores que contienen por primar en una situación dada (Perry, 1993). Pero, además, es preciso que esa teoría se utilice adecuadamente, y para ello se necesitan habilidades de gestión. Estas habilidades han sido estudiadas desde muy diversos puntos de vista, según Perry (1996) son seis: habilidades técnicas especializadas dependiendo de cada área y con valor descendente conforme se sube en la jerarquía; habilidades humanas –incluyen un numerosísimo grupo como la capacidad de negociar y resolver conflictos–; habilidades conceptuales –incluye la capacidad de una visión contextual y holística–; habilidades intrapersonales –como la reflexión o el conocimiento de uno mismo– tan importantes para la conducta ética; responsabilidad ante las instituciones democráticas o habilidad para mantener el respeto a la ley e intentar dar respuesta a las demandas democráticas; habilidad para centrarse en la búsqueda de resultados –a pesar de la ambigüedad inherente al ámbito público–.

En una línea más vinculada con la idea del paradigma postburocrático, Barzelay propone conocimientos y habilidades como crear una ilusionante misión y una cultura organizativa emprendedora, planificación estratégica, identificar clientes, reflexionar en acción, tutelar el desarrollo de los empleados, inocular la entrega a la calidad, etc. (1992: 132). En una línea similar Marc Moore (1995) propone que el gestor debe buscar crear valor para la ciudadanía y, para ello, debe generar propuestas innovadoras, generar el entorno autorizante que le permita atraer dinero y autoridad, así como tener los conocimientos técnicos y operativos para lograrlo.

Resumiendo, la gestión pública tiene como finalidad la generación de teoría que indique a los gestores cómo actuar en entornos y situaciones diversos y la identificación y enseñanza de las habilidades necesarias para utilizar la teoría satisfactoriamente (Perry, 1990, 1993, 1996). Pero para ello debe ser capaz de definir los tipos de problemas relevantes en torno a los cuales buscar teorías, conocimientos y habilidades (Salamon, 2007) y los tipos de programas y agencias en los que esos problemas tienden a producirse (Wilson, 1989). De ahí que su objeto de estudio esencial son tipos de problemas relacionados con la gestión de programas y

organizaciones y cómo buscar y testar conocimientos, teorías y habilidades para ayudar a los gestores a solucionarlos (Ver Barzelay, 2007, 2012, 2016).

### 3. Sujeto de referencia

Para el análisis de políticas tradicional la unidad de análisis es la política o el programa correspondiente en sus diferentes fases, y el sujeto de referencia el alto cargo o gobernante implicado en la definición y en la toma de decisiones. Para el análisis de políticas preocupado por la fase postdecisionista, el objetivo es ofrecer consejo práctico a los actores políticos y sociales implicados en los juegos de implantación (Bardach, 1977), con lo que abre el abanico de actores frente a la AP clásica. Actualmente, el análisis de políticas se preocupa por los actores políticos y sociales, de cualquier nivel, implicados en las políticas (coaliciones promotoras y de gestión), aunque en la práctica no todo analista se dirige a quienes no tienen poder y medios para resarcir su esfuerzo.

En una línea intermedia entre el "*policy analysis*" y el "*public management*", Moore (1995) nos dice que el secreto de la gestión pública es concebir e implantar políticas públicas que lleven a su máximo potencial las posibilidades de un contexto institucional y político. El sujeto de referencia es el gestor público, pero por gestor público él entiende los cargos electos, los asesores de los cargos electos, los funcionarios de rango superior, los funcionarios de rango medio, los controladores externos de la Administración –como diputados y jueces–, los líderes de grupos de interés y los empresarios que trabajan para el sector público (1998: 23). En una línea más conservadora, Kettl (1990) dice que la gestión pública se dirige a la élite directiva de la Administración, pues su principal foco de interés es la gestión estratégica y el modo de obtener y mantener el apoyo político.

Tal vez, la diferencia de opinión en este tema se deba a la diferente aproximación al enfoque. Siguiendo a Bozeman (1993), el *P-approach* se dirige sobre todo a altos directivos y altos cargos, mientras que el *B-approach* a funcionarios de carrera. Perry (1993), en este debate, nos dice que la gestión pública debe dirigirse a todos los gestores públicos, no sólo a los altos cargos –que siempre tiene más *glamour*– sino también a todos los cargos medios de la Administración. Finalmente, según Bozeman (1993), la opción a seguir por la gestión pública es la de, en la línea de Moore, abrirse a ONG,s, empresas mixtas y a los aspectos públicos de las empresas privadas. Con todo ello, podemos concluir que a nuestros efectos la gestión pública tiene como sujeto receptor a los gestores públicos en todos los niveles de gobierno, pero también a los gestores de ONG,s que trabajan en el ámbito de la prestación de servicios públicos.

En cualquier caso, parece seguro que la gestión pública tiende a convertirse en un enfoque muy apropiado para cursos de postgrado de formación aplicada y práctica, dirigida a gestores públicos de nivel medio, elevado y alto, fundamentalmente profesionales. Su capacidad para atraer a directivos de ONG,s es incipiente y la de atraer a directivos de empresas privadas está por ver. Con respecto a los políticos existen dudas de que les pueda realmente interesar a largo plazo.

### 4. Metodología y epistemología

Una de las preocupaciones mayores de los profesores e investigadores afectos a este enfoque es el de generar conocimiento útil y directamente aplicable, circunstancia que plantea un problema importante de control, pues existe una fácil tendencia a caer en el comercialismo y en la falta de rigor mediante el abuso de los conocimientos de gestores con experiencia (Lynn, 1996). El conocimiento existente en la literatura en



gestión pública no es siempre científico ni metodológicamente riguroso; más bien, existe una gran parte del mismo que es teórico, artesano, descriptivo y personalista, configurando lo que se puede llamar literatura "sabia" (Bozeman, 1993). Es un conocimiento basado en la síntesis de estudios o en la experiencia personal transmitida sistemáticamente; además, es validado por la propia comunidad científica y controlado para su publicación por los mismos revisores que la literatura científica; ejemplos de excelente literatura "sabia" son: Allisson (1969), Bozeman y Straussman (1990), Benn y Gaus (1983), entre otros. Esta literatura es diferente al conocimiento de sentido común u ordinario sobre la Administración, basado en la experiencia personal, en los estereotipos, en los conocimientos institucionalizados, que también cuenta.

Finalmente, existe conocimiento científico que tiende a surgir del seguimiento del típico proceso de generación de teoría: se explicitan unas hipótesis falsables; se desarrollan instrumentos analíticos de explicación; se aspira a la generalización; se asume que la agregación es significativa en el análisis; se proporciona algún grado de separación entre hechos y valores; se asume que el progreso teórico es demostrable. Es la literatura que busca generar teoría. Para Bozeman (1993), las tres fuentes de conocimiento son útiles en la gestión pública, pero el problema es cómo integrarlas. Lo que no puede producirse es que se sitúen en el mismo saco la literatura "sabia" y la científica, pues, si se hiciera así, se volvería a los años 1930 y a los célebres proverbios de la Administración. Así como en la Ciencia política un experto en comunicación política puede usar las "confesiones" de Felipe González o de José María Aznar a un periodista, o sus libros de opinión, para su obra, un experto en gestión pública puede usar las confesiones de Almunia, pero lo que está claro es que un buen académico nunca confundirá las "confesiones" con literatura científica.

De ahí que sea necesario seguir unos criterios (Bozeman, 1993): 1. La riqueza prescriptiva y práctica no son test válidos para la teoría explicativa. 2. La teoría necesita tiempo para desarrollarse, si se usa antes de su maduración se pierde el rigor. 3. La comunidad que se dedica a la ciencia y a la teoría debe ser muy cuidadosa con dejar que la agenda de investigación la marquen los gestores públicos, pues la importancia social y teórica no siempre coinciden. 4. El control social del conocimiento en gestión pública debe ser reforzado. 5. La crítica y la síntesis son las funciones más importantes en la generación de teoría para la gestión pública, por lo que deben facilitarse.

La investigación en gestión pública se ha caracterizado, hasta el momento, por una serie de rasgos (Kettl, 1993), en gran medida surgidos de los antecedentes inmediatos del enfoque: 1) ha habido un consciente rechazo a asemejarse a la investigación sobre implantación y sobre burocracia, en concreto, la base metodológica ha sido la investigación sobre el enfoque estratégico de las escuelas de negocios; 2) frente al pesimismo de la investigación sobre implantación ha ofertado una imagen optimista y orientada a producir resultados; 3) la unidad de análisis para la investigación han sido los altos ejecutivos de la Administración y su papel de generadores de estrategia; 4) el desarrollo de conocimiento ha sido, hasta hace poco, basado mayoritariamente en estudios de caso. Los problemas que se han detectado en la estrategia investigadora son de cuatro tipos (Kettl, 1993). Primero, existe una tendencia a centrarse en los altos ejecutivos que simplifica el camino, pues permite trabajar sobre similaridades, pero empobrece los resultados; segundo, no ha existido, hasta recientemente, suficiente investigación sobre formas diferentes de gestión pública con respecto a la tradicional por ministerio o agencia prestando directamente servicios, por ejemplo, subcontrataciones o concesiones; tercero, falta conocimiento suficiente de los diversos modelos de gestión por niveles y áreas gubernamentales; cuarto, falta conocimiento sobre la gestión en los niveles medios de la Administración.

Los métodos de investigación usados en gestión pública, en general, han sido los propios de las ciencias sociales (Perry y Kraemer, 1990). La investigación en "management" se ha basado en diferentes estrategias (Behn, 1993; Groeneveld *et al.* 2015): 1. El diseño experimental ha sido muy difícil de poner en marcha tanto en gestión privada como pública, los experimentos Hawthorne demuestran cómo, incluso con todo a favor, se demostró lo contrario de lo que se quería demostrar (Mayo, 1946); en el ámbito público ejercitarse un total control experimental es casi imposible. No obstante ello, en la actualidad la experimentación ha renacido gracias al desarrollo de las ciencias conductuales y de la aplicación de sus avances a la mejora en la gestión pública. 2. En cualquier caso, ha sido más común usar diseños cuasi-experimentales. De acuerdo a Groeneveld *et al.* (2015), de los 1,605 artículos publicados entre 2001-2010 en las cuatro principales revistas (*Journal of Public Administration Research and Theory*, *Public Administration Review*, *Governance*, y *Public Administration* ), los resultados muestran que los métodos cualitativos siguen siendo predominantes en la investigación sobre Administración Pública en comparación con los métodos cuantitativos (56% versus 44%), pero que el campo es cada vez más cuantitativo. De los métodos cuantitativos utilizados, las encuestas son las más dominantes, mientras que una combinación de métodos se utiliza con mucha menos frecuencia. En general, muy pocos estudios utilizan un diseño de métodos mixto. En cuanto a las áreas de investigación, encontramos que el uso de métodos cuantitativos se distribuye de manera desigual, pero algunos subcampos (precisamente Gestión Pública) utilizan métodos cuantitativos más a menudo que otros. Todo ello a pesar de que los cuestionarios no han ayudado mucho a generar conocimiento, máxime cuando los gestores son malos conocedores de su propio trabajo (Mintzberg, 1979, citado por Behn, 1993). 3. La investigación basada en la exposición sistemática de su trabajo por el gestor –*manager-philosopher research*–, de la cual hay ejemplos muy influyentes, como el de Barnard (1959), tiene problemas de validez. 4. La investigación "gedanke" o de gran pensamiento, basada en la lógica más que en la investigación empírica, en un conocimiento general y en una racionalidad poderosísima, como es la que dio lugar a alguna de las obras más prestigiosas de Weber, Simon o Lindblom, sólo está al alcance de mentes preclaras. 5. La investigación basada en la observación y en las entrevistas, como la famosa de Mintzberg sobre el trabajo directivo (1983), plantea el problema de la selección, pues se suele escoger lo que funciona y rechazar lo que no funciona, con pérdida importante de información. 6. El estudio de caso busca no sólo relatar hechos, sino hallar los principios subyacentes que explican por qué una combinación de específicas actividades, interactuando con específicas circunstancias, producen unos resultados, y describen tales principios para que puedan aplicarse a otras situaciones, como por ejemplo se muestra en el estudio de Kaufman sobre el *U.S. Forest Service* (1960).

En general, el estudio de caso viene siendo reconocido como una estrategia muy útil de investigación para la gestión pública y sobre su base se puede generar conocimiento científicamente válido (McGregor, 1993; Behn, 1993; Lynn, 1993a, 1993b). Para ello, es preciso reconocer que los gestores públicos hacen frente a una realidad muy compleja, y que deben intentar comprender esa realidad hasta el punto en que consigan el suficiente control de ella como para poder conseguir el cumplimiento de los objetivos que tienen encomendados. ¿Cómo se puede conseguir este conocimiento? A través de la habilidad en el uso de un repertorio de modelos analíticos que se emplean de manera experimental, ante diferentes situaciones y contextos, lo que se denomina como "heurística aplicada" (Lynn, 1996, p. 100), un marco conceptual que se puede emplear para hallar explicaciones adecuadas de fenómenos complejos. Su descubrimiento lo hizo Allison (1971) cuando generó tres modelos distintos de "elección burocrática" –actor racional, proceso organizativo y política interdepartamental– y aplicó la lógica de los tres a un mismo caso para

mostrar cómo cada uno contribuía a interpretar los datos del caso. Y aún así dejó claro que existen aspectos de la decisión que no son explicables. Por ejemplo, una heurística puede ser la que establece que la organización interna de un ministerio –funcional o por programas– afecta a la agenda de toma de decisiones de los directivos –en un caso se tienen que preocupar por la coordinación y en el otro por la distribución de recursos–, si con esta heurística se introducen reorganizaciones que llevan a mejorar el rendimiento del ministerio y el de otros ministerios en un número significativo de casos, un profesor puede incluirlo en su programa de enseñanza (Lynn, 1996). Otra posibilidad de generar teoría a través de los estudios de caso la propone McGregor (1993) en su estudio del éxito en la gestión pública. Según su estudio, es posible establecer una teoría hipotética de lo que produce éxito o fracaso en la gestión pública, extraída de los puntos en común de numerosos estudios previos, suficientemente acreditados y, posteriormente, falsar la hipótesis en un número suficientemente indicativo de estudios de caso, ya escritos, sobre éxito y sobre fracaso en la gestión. Este método recupera, en parte, la vocación deductiva del positivismo popperiano. No obstante, es más común usar métodos inductivos.

En ciencia, el razonamiento inductivo tiene una larga historia, la investigación basada en el estudio de caso se caracteriza por asumir que, si queremos desarrollar teoría sobre una adecuada y eficaz gestión, tenemos que asimilar y sistematizar numerosas observaciones de lo que en la práctica funciona. Los elementos comunes de numerosos éxitos debidamente sistematizados nos dan la base para generar teoría sobre el éxito en determinadas circunstancias y entornos (Behn, 1993). Esta teoría generada con rigor contribuye al buen rendimiento, pero no de forma completamente predecible, pues parte de la idea de que es posible para el proceso de investigación tener un objetivo doble. Por una parte, tratar de generar conocimiento científico útil y, por otra, usar un proceso que pueda ayudar a la gente implicada en el mismo a ganar un mejor entendimiento de sus situaciones. Sus elementos básicos son: 1. Desarrollar propuestas empíricamente falsables que están organizadas en una teoría. 2. Generar conocimiento que seres humanos puedan implantar en un contexto de acción dado. 3. Construir alternativas al "*status quo*" que puedan, a la vez, iluminar lo que existe e informar sobre cambios fundamentales, en base a los valores libremente escogidos por los participantes (1985: 4). Esta ciencia de la acción se basa en la tradición pragmatista de Dewey, y busca encontrar medios de conectar teoría y práctica, para que el conocimiento pueda basarse en la acción y se derive de la práctica del mundo real, no de abstractas encuestas o laboratorios (Morgan, 1997).

También se han desarrollado estrategias de investigación con un enfoque más interpretativista. Una línea de investigación muy interesante es la denominada como "acción aprendizaje" (Morgan, 1997: 299), cuyas reglas son menos rígidas o "científicas" y que parte de la voluntad de no crear descripciones válidas del mundo, sino contar historias –con abundante uso de metáforas que ayudan a entender la realidad– de intervenciones que puedan producir "claves generalizables", y que sean relevantes para comprender mejor el proceso de intervención y las dinámicas, opciones o problemas esenciales que han sido afrontados. Lo generalizable no está en la historia en sí, sino en la interpretación o generación de sentido que el lector de la misma produce, lo cual le puede llevar a interpretaciones o claves que le creen una experiencia de confirmación, una experiencia que le indique que la situación que él afronta responde a pautas similares. Tanto en este tipo de investigación como en la de "la ciencia de la acción" los participantes ocupan un papel fundamental investigando y cambiando la organización. En general, es muy importante entender el papel del lenguaje en todo este proceso, pues las ideas sobre las organizaciones están basadas en imágenes implícitas o metáforas que nos persuaden para ver, comprender y gestionar las situaciones en un camino particular (Morgan, 1997; Barzelay, 1992; Lakoff y Johnson, 1980).

Una estrategia distinta de investigación, más descriptiva pero muy interesante, es la búsqueda de la generación de sentido a través de las historias que la organización cuenta de sí misma (Maynard-Molly y Kelly, 1993). Los gestores cuentan historias para construir socialmente y comprender su mundo, estas historias son muy importantes para conocer la cultura o el sistema de comunicación de una organización, los hallazgos basados en el análisis de dichas historias, sobre la base de construir el proceso entero de generación de sentido, son de gran relevancia científica y teórica (Bellavita, 1990). Otra estrategia que puede ser cuantitativa o cualitativamente desarrollada es el estudio de las narrativas que los gestores generan para promover sus propuestas. Estas teorías parten de un *homo narrans*, muy distinto del *homo economicus*, el cual opera con racionalidad limitada, heurísticas, sesgos de confirmación, primacía de los sentimientos, influencia social, cognición narrativa, etc. Este *homo narrans* actúa políticamente en un *ágora narrans* donde trata de presentar su narrativa, primero en su red (coalición de defensa) y luego en el ágora. Obviamente, el escenario externo es muy importante porque puede cambiar y sus cambios influyen en la narrativa, la coalición o la interacción entre las narrativas. La estrategia narrativa trata de influir en el alcance del conflicto (es decir, amplificándolo cuando el gestor intenta cambiar el *statu quo*), en los mecanismos causales (es decir, en la asignación de responsabilidades y la culpa) y en la creación de héroes y villanos (McBeth *et al.* 2007; Shanahan *et al.* 2011).

Al final, también, es preciso reconocer que en toda la gestión pública, sobre todo en la referida al nivel estratégico, como en la acción política, existen elementos de "arte", de intuición, de improvisación que nadie puede enseñar (Dror, 1983), pero desde el enfoque de gestión pública, en definitiva, el camino es descubrir teorías, reglas y heurísticas que ayuden a los gestores (Lynn, 1996) en relación a tipos de problemas.

## 5. Conclusiones

Para entender los estudios actuales de gestión pública, junto a la teoría de la organización, también han sido importantes los desarrollos en la investigación de la implantación de políticas. Las bases teóricas más importantes sobre las que se está construyendo este enfoque son (Lynn, 1993, 1996): la teoría de la agencia; los estudios sobre tipologías de intervención pública –la subcontratación, la competencia de mercado, los mercados internos, los partenariados, etc. (Salamon, 2007); las teorías sobre estilos cognitivos y ciencias conductuales; los incentivos para la acción "*managerial*" o burocrática y sus respectivas ventajas e inconvenientes; la teoría de la lógica de la acción colectiva y la teoría de juegos. Más recientemente, Deborah Stone contribuyó notablemente al enriquecimiento del área de estudio con su teoría sobre la gestión de las paradojas como elemento clave de la toma de decisiones (2002). También ha estado influido por la teoría de la contingencia, la teoría de la dependencia de recursos, la teoría de los costes de transacción, el neoinstitucionalismo normativo y sociológico, y, desde luego, las teorías de la democracia (Rainey, 1997). Vinculados a estos desarrollos teóricos existen muy interesantes estudios sobre los cambios culturales, sobre la participación ciudadana (Morone, 1990), sobre la innovación en el ámbito público, sobre toma de decisiones estratégicas, así como sobre gestión y planificación estratégica en el ámbito público (sobre todo desde el seminal estudio de Bryson, 1988, o el de Bryson y Crosby, 1992). La influencia de las teorías y prácticas de la gestión de la calidad, la reingeniería de procesos y la *Balanced Scorecard* han sido muy importantes para entender una gran cantidad de los análisis actuales (ver como referencia inicial Barzelay, 1992; o Halachmi y Holzer, 1993). Vinculado a ello se han desarrollado investigaciones muy rigurosas sobre la medición de la satisfacción ciudadana con los servicios públicos (Van Ryzin, 2006, 2007). Finalmente, son muy importantes los estudios sobre

liderazgo y recursos humanos, ya sean estudios sobre *city managers*, sobre gestores de nivel medio (Ban, 1995), sobre las particularidades del empleo público, sobre gestión estratégica de recursos humanos (McGregor, 1991), sobre motivación en la Administración (a partir de los estudios de Perry y Wise, 1990, y Perry, 1996) o sobre motivación en organizaciones de voluntariado.

Hoy en día ya existe una corriente llamada Administración Pública conductual, que: 1. Ofrece una conjunto de herramientas útiles para mejorar la implementación de políticas y la gestión de organizaciones. 2. Que es éticamente sólida y apoya valores propios de la Administración democrática, como la transparencia y la libertad individual. 3. Que sigue una corriente específica y única, experimental y metodológica, para las políticas públicas (Kasdan, 2019: 14). Concluimos indicando cómo las denominadas tecnologías disruptivas están transformando también la Administración y, con ello, la gestión pública. Para empezar, las TIC han permitido el desarrollo del gobierno electrónico y la innovación social, que ha transformado ya las relaciones entre ciudadanos/as y Administraciones. La inteligencia artificial, las máquinas que aprenden por sí mismas, los nuevos sistemas de interfaz (por ejemplo, el reconocimiento de voz) hacen que trabajos que hasta ahora sólo podían hacer ciertas personas ahora puedan empezar a hacerlo todo tipo de personas y máquinas de forma más rápida y económica. Desde dar información a resolver convocatorias de subvenciones las máquinas empiezan a ocupar un lugar muy importante en el mundo del trabajo público. Por otra parte, a gran velocidad se va desarrollando también “el gobierno electrónico participativo y colaborativo”.

La llegada de los robots a los centros de trabajo públicos ya es una realidad. Cambios importantes también generará el uso de los vehículos autónomos, las impresoras 3D, los materiales avanzados (como los nanomateriales o los superconductores), los nuevos instrumentos de almacenamiento energético, la genómica, etc. La nueva Administración que surgirá de estos cambios es aún difícilmente imaginable y la gestión pública que se desarrollará bajo tales marcos tecnológicos está aún en gran medida por investigarse. En última instancia, la gestión pública del futuro estará íntimamente vinculada al desarrollo de las ciencias conductuales y las nuevas tecnologías (Chui et al., 2018). Cómo las incorporará y bajo qué límites y controles es algo que genera preguntas fascinantes.

## Bibliografía

- ALLISON, G.T. (1969), “Conceptual Models and the Cuban Missile Crisis”, *American Political Science Review*, 63, pp. 689-718.
- ALLISON, G.T (1992), “Public Management: Are they Fundamentally Alike in all Unimportant Respects?”. En: STILLMAN, R.J., *Public Administration*, Boston, Houghton Mifflin.
- BAN, C., (1995) *How do Public Managers Manage?*, Jossey Bass, San Francisco.
- BANFIELD, E. (1977), “Corruption as a Feature of Governmental Organization”, *Journal of Law and Economics*, 20, pp. 587-605.
- BARDACH, E, (1977), *The Implementation Game*, MIT Press, Cambridge.
- BARDACH, E (2004), “The Extrapolation Problem: How Can We Learn from the Experience of Others?”, *Journal of Policy Analysis and Management*, 23 (2), pp. 205-220.
- BARNARD, I. (1968), *The functions of the executive*, Harvard Univ. Press, Cambridge.
- BARZELAY, M. (1992), *Breaking Through Bureaucracy. A New Vision for Managing in Government*, Los Angeles, University of California Press, California.

- BARZELAY, M. (2007), "Learning from Second-Hand Experience: Methodology for Extrapolation-Oriented Case Research", *Governance*, 20 (3), pp. 521-543.
- BARZELAY, M. (2012), "The Study of Public Management: Reference Points for a Design Science Approach". En: TRIA, G. y VALOTTI, G. (ed.), *Reforming the Public Sector: How to Achieve Better Transparency, Service, and Leadership*, Washington, D.C.: Brookings Institution Press, pp. pp. 219–39
- BARZELAY, M. (2016), "The Study of Public Management: Conceptualizing a Design-Oriented Social Science". Paper presentado en el *International Workshop on Designing Governance for Policy Effectiveness*, Lee Kuan Yu School of Public Policy, National University of Singapore, 25-26 de febrero de 2016.
- BEHN, R. (1993), "Case-Analysis Research and Managerial Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand dunes". En: BOZEMAN, B. (ed.), *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp. 40-54.
- BELLAVITA, C., (1990), *How Public Organizations Work*, Praeger, Nueva York.
- BENN, S.I. y GAUS, G.F. (1993), *Public and Private in Social Life*, Sts Martin's, New York.
- BOYNE, G. A. (2002), "Public Private Management: What is the Difference?", *Journal of Management Studies*, 39 (1), pp. 97-122.
- BOZEMAN, B. y STRAUSSMAN, G. (comps.) (1990), *Public Management Strategies: Guidelines for Managerial Effectiveness*, Jossey Bass, San Francisco.
- BOZEMAN, B. (1987), *All Organizations Are Public*, Jossey Bass, San Francisco.
- BOZEMAN, B. (1993), *Public Management: The State of the Art*, Jossey-Bass, San Francisco.
- BRYSON, J., (1988), *Strategic Planning in Public and Nonprofit Organizations: A Guide to Strengthening and Sustaining Organizational Achievement*, Jossey Bass, San Francisco.
- BRYSON, J. M. y CROSBY, B. C. (1992), *Leadership for the Common Good: Tackling Public Problems in a Shared Power World*, Jossey Bass, San Francisco.
- CHUBB, J y MOE, T. (1990), *Politics, Markets, and Americas's Schools*, The Brookings Institution, Washington DC.
- CHUI, M., HARRYSON, M., MANYIKA, J., ROBERTS, R., CHUNG, R., VAN HETEREN, A. y P. NEL (2018), *Notes from the AI frontier: applying AI for social good*. Discussion paper, December 2018, McKinsey Global Institute, Bruselas.
- DAHL, R.A. y LINDBLOM, C.E. (1976), *Politics, Economics and Welfare*, Univ. of Chicago Press, Chicago/Londres.
- DROR Y. (1983), *Public Policy Making Reexamined*, Transaction, New Jersey.
- DUNSIRE, A., (1999), "Then and Now. Public Administration, 1953-1999", *Political Studies*, 47, pp. 360-378.
- GOLEMBIEWSKI, R.T. (1995), *Practical Public Management. Public Administration and Public Policy*, Marcel Dekker, Nueva York.
- GOODEN, SUSAN T. (2014), *Race and Social Equity*. Routledge, Oxford.
- GROENEVELD, S., TUMMERS, L., BRONKHORST, B., ASHIKALI, T., y S. VAN THIEL (2015), "Quantitative Methods in Public Administration: their use and development through time", *International Public Management Journal*, Volume 18, Issue 1, Symposium on the State of Public Management, pp. 61-85.
- HALACHMI, A. Y HOLZER, M. (1993), "Towards a competitive Public Administration", *International Review of Administrative Sciences*, vol. 59 pp. 29-45.
- HENRY, N.L. (1992), *Public Administration and Public Affairs*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, New Jersey.
- KASDAN, D.E. (2019), "Toward a theory of behavioral public administration", *International Review of Administrative Sciences*, 0(0), pp. 1–17
- KAUFMAN, H. (1960), *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore.
- KETTL, D.F. (1990), "The peril and prospects of Public Administration", *Public Administration Review*, 50 (4), pp. 411-419.

- KETTL, D.F. (1993) "Searching for Clues About Public Management". En: BOZEMAN, B., *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp. 55-68
- LAKOFF, G. y M. JOHNSON (1980), *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, Chicago.
- LEVINE, C.H. (1983), *Public Administration: Challenges, Choices and Consequences*, Scott and Foresman, Glenview.
- LINDBLOM, C.E. (1977), *Politics and Markets*, Basic Books, Nueva York.
- LINDBLOM, C.E. (1995), "Market and Democracy: Obliquely", *Political Science and Politics*, 27 (4), pp. 684-688.
- LYNN, L.E. (Jr) (1993a), "Theory in Public Management". En: BOZEMAN B. (ed.), *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp. 13-25
- LYNN, L.E.(Jr) (1993b), "Policy Achievement as a Collective Good: A Strategic Perspective on Managing social Programs". En: BOZEMAN, B. (ed.), *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp. 108-133.
- LYNN, L.E.(Jr) (1996), *Public Management as Art, Science and Profession*, Chatam House, New York.
- MAYNARD-MOODY, S. y KELLY, M., (1993) "Stories Public Managers Tell About Elected Officials: Making Sense of the Politics-Administration Dichotomy". En: BOZEMAN, B. (ed.), *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp. 71-90.
- MAYO, E., (1946) *The Human Problems of Industrial Civilization*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts.
- MCBETH, M.K., SHANAHAN, E.A., ARNELL, R.J. y P.J. HATHAWAY (2007), "The Intersection of Narrative Policy Analysis and Policy Change Theory", *Policy Studies Journal*, 35 (1), pp. 87-108.
- MC GREGOR, E.B. (1991), *Strategic Management of Human Knowledge, Skills and Abilities*, Jossey Bass, San Francisco.
- MC GREGOR, E.B. (1993), "Toward a Theory of Public Management Success". En: BOZEMAN, B. (ed.), *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp. 173-185
- MINTZBERG, H. (1979), *The structuring of Organizations*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, N. J.
- MINTZBERG, H. (1983), *La naturaleza del trabajo directivo*, El Ateneo, Buenos Aires.
- MITNICK, B.M. (1994), "Public vs. Private Settings: An Inclusive Typology via Systematics", *Research in Public Administration*, 3, pp. 105-136.
- MOORE, M. H. (1995), *Creating Public Value: Strategic Management in Government*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- MORGAN, G. (1986), *Images of organizations*, Sage, Londres.
- MORONE, J. (1990), *The Democratic Wish: Popular Participation and the Limits of American Government*, Basic Books, Nueva York.
- MUSOLF, LL. y SIEDMAN, H. (1980) "The Blurred Boundaries of Public Administration", *Public Administration Review*, 40, pp. 124-30.
- PERRY, J.L. y KRAEMER, K.L. (1983) (eds.), *Public Management: Public and Private Perspectives*, Mayfield Publishing Co., California.
- PERRY, J.L. (comp.) (1990), *Handbook of Public Administration*, 2<sup>a</sup> ed., Jossey Bass, San Francisco.
- PERRY, J.L., (1993), "Public Management Theory": What is it? What Should it be?". En: BOZEMAN, B., *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp. 135-171.
- PERRY, J.L., (1996), "Effective Enterprises, Effective Administrators", En: PERRY J. (ed.), *The Handbook of Public Administration* (segunda edición), San Francisco, Jossey Bass, pp. 65-86.
- PERRY, J.L. y WISE, L.R. (1990), "Motivational Basis of Public Service", *Public Administration Review*, vol 50, nº 5, septiembre-octubre,
- PFEFFER, J., y R. I. SUTTON (2006), "Evidence-based Management," *Harvard Business Review*, 81 (1), pp. 62-74.

- RAINEY, H. (1993), "Important Research Questions". En: BOZEMAN, B. (ed.), *Public Management*, San Francisco, Jossey Bass, pp.9-12.
- RAINEY, H. (1997), *Understanding and Managing Public Organizations*, 2<sup>a</sup> ed., Jossey Bass, San Francisco.
- SALAMON, L. (ed.) (2007), *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*, Oxford University Press, Oxford.
- SHANAHAN, E. A., JONES, M.D. y M.K. MCBETH (2011), "Policy Narratives and Policy Processes", *Policy Studies Journal*, 39 (3), pp. 535–561.
- SIMON, H. (1995), "Organizations and Markets", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 5, pp. 273-294
- STIGLITZ, J.E. (1993), *El papel económico del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- STIVERS, C. (1990), "Toward a feminist theory of public administration", *Women and Politics*, 10, 4, pp. 49-65.
- STIVERS, C. (2002), *Gender Images in Public Administration: Legitimacy and the Administrative State*, Sage, Thousand Oaks. CA
- STOKER, G. (1999), *The New Management of British Local Governance*, Springer, Heidelberg.
- STONE, D. (2002), *Policy Paradox: The Art of Political Decision Making*, WW Norton and co., New York.
- SUBIRATS, J. (ed.) (1990-91), "Políticas Públicas y Organización Administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 224-225, Madrid, INAP, pp. 1990-1991.
- SUBIRATS, J. (1996), "Análisis de políticas públicas y gestión pública". En: BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J., *Lecturas de gestión pública*, Madrid, BOE-INAP, pp. 145-168.
- SUBIRATS, J. y GOMÁ, R. (1998), "Democratización, dimensiones de conflicto y políticas públicas en España" y "Conclusiones". En: GOMÁ, R. y SUBIRATS, J., *Políticas públicas en España*, Barcelona, Ariel, pp. FALTAN PÁGINAS.
- VAN RYZIN, G. (2006), "Testing the expectancy disconfirmation model of citizen satisfaction with local government", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 4 (16), pp. 599–611.
- VAN RYZIN, G. (2007), "Pieces of a puzzle: Linking government performance, citizen satisfaction and trust", *Public Performance and Management Review*, 4 (30), pp. 521-535.
- WEIBLE, C. (2014), "Introduction". En: SABATIER, P.E. y WEIBLE, C. (ed.), *Theories of the Policy Process*. Westview Press, Boulder, CO, pp. 3-17
- WILDAVSKY, A. (1990), "Introduction". En: LYNN, L.E. y WILDAVSKY, A., *The State of the Discipline*, New Jersey, Chatham House Publishers, Inc., pp. 3-14
- WILSON, J.Q. (1989), *Bureaucracy, What Government Agencies Do and Why They Do It*, Basic Books, New York.

# Interés general

## General Interest

Pablo Acosta Gallo

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

[pablo.acosta@urjc.es](mailto:pablo.acosta@urjc.es)

Recibido / received: 02/05/2018

Aceptado / accepted: 23/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4698>

### Resumen

El concepto de interés general está sólidamente implantado en nuestra Constitución y en nuestro textos legales. La cláusula “intereses generales” legitima la acción de gobierno y la existencia misma del Estado, así como sus poderes de limitación de las esferas de libertad de los ciudadanos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una definición de lo que son los intereses generales. En este estudio se intentan encontrar las características que permiten orientar la acción administrativa hacia la satisfacción de los intereses generales, así como identificar los elementos que construyen el concepto.

### Palabras clave

Interés general, intereses generales, utilidad pública, interés social, servicio público.

### Abstract

*The concept of general interest is firmly implanted in our Constitution and in our legal texts. The clause "general interests" legitimizes the action of government and the very existence of the State as well as its powers to limit the spheres of freedom of citizens. However, our legal system does not offer a definition of what general interests are. In this study we try to find the characteristics that allow us to orient the administrative action towards the satisfaction of the general interests as well as to identify the elements that construct the concept.*

### Keywords

*General interest, general interests, public utility, social interest, public service*

SUMARIO. 1. La idea de servicio a los intereses generales. 2. El concepto de interés general en nuestra Constitución. 3. La insuficiencia del criterio de la mayoría en la definición del concepto de interés general. 4. El interés general como concepto jurídico indeterminado. 5. El contenido del concepto de interés general. 6. Conclusiones.

## 1. La idea de servicio a los intereses generales

Según dispone la Constitución Española, en su art. 103.1: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...”. Nótese que la literalidad del artículo no indica la constitución de una obligación a cargo de las Administraciones Públicas, sino la auténtica constatación de un hecho incontestable: que su razón de ser no es otra que el servicio al interés general. El texto constitucional establece de este modo que la procura del interés general opera como cláusula de justificación y legitimación de los poderes y prerrogativas de las Administraciones Públicas en su actividad organizativa y de gestión. Cuando las diferentes administraciones, en sus diferentes niveles, constituyen órganos, disponen normas o gestionan servicios públicos, no es que lo hagan con una orientación hacia el beneficio del interés general; es que lo hacen con la idea única de servir con objetividad los intereses generales. Por tanto, una primera aproximación nos permite afirmar que el concepto de interés general justifica no sólo la actividad de las Administraciones Públicas, sino la existencia misma del propio Estado.

En un contexto de adelgazamiento del Estado, al menos en cuanto al debilitamiento del llamado Estado de Bienestar y a la privatización de algunos servicios públicos que antes eran de prestación directa, ¿sigue teniendo vigencia la idea de servicio a los intereses generales? Evidentemente sí, pues la formulación del artículo 103.1 de la Constitución de 1978 convierte los intereses generales en un concepto abstracto y formal que expresa “el fin institucional mismo de la Administración, del conjunto de Administraciones públicas, en cuanto poder público”, según ha afirmado el profesor Parejo Alfonso (1998: 605).

Las potestades exorbitantes del Derecho común que el ordenamiento jurídico otorga a las Administraciones Públicas se justifican y explican por tanto en el hecho de que la Administración, como persona jurídica, está constitucionalmente vinculada al servicio de los intereses generales. Queda claro, por tanto, para qué sirve el interés general, pero más difícil es ofrecer una delimitación del concepto, puesto que la Constitución no parece dar una pista clara de lo que son los intereses generales, al menos en abstracto.

En este contexto, resulta esencial dilucidar si el interés general es un concepto político o jurídico, cuestión que ha ocupado durante largo tiempo a la doctrina. La pregunta no es baladí, pues si se decide que es un concepto político, su contenido dependerá del programa político del partido gobernante, o incluso de la interpretación de las circunstancias del caso concreto que haga el funcionario a cargo cuando tenga que decidir qué beneficia más al interés general. Si, por el contrario, se considera que el interés general es un concepto jurídico, su aplicación deberá fundamentarse en una interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Si el interés general es un concepto jurídico, sus notas esenciales quedarán a salvo de una eventual libre interpretación de los gestores de lo público.

## 2. El concepto de interés general en nuestra Constitución

La fórmula “interés general” o “intereses generales” aparece con frecuencia en nuestro ordenamiento jurídico, de forma literal o bajo denominaciones similares, como “utilidad pública” o “interés social” en la legislación de expropiación forzosa; también “interés económico general” en la legislación comunitaria como cláusula que obliga a la prestación de determinados servicios públicos por parte de los Estados. El término se usa también en diversas materias: economía, calificaciones de obra pública,

puertos, fundaciones, investigación y desarrollo, ayudas públicas, incentivos fiscales y otros sectores.

La Constitución Española de 1978 utiliza la expresión “interés general” en una docena de ocasiones<sup>1</sup>.

El mismo término, en plural, es utilizado en una única ocasión, que sin embargo es la más relevante a efectos de la acción de gobierno y administración de los recursos del Estado, en el ya citado artículo 103.1 de la Constitución Española<sup>2</sup>.

La utilización en el texto constitucional del término “interés general” en sus distintas formas opera como condición necesaria en la regulación de distintas materias. El hecho de que en la Constitución no se defina, con carácter autónomo, en qué consiste el interés general, tiene sin duda un significado, pues el legislador constituyente renunció a encorsetar el concepto mediante una formulación cerrada, prefiriendo dejar abierto a interpretación en cada caso qué ha de entenderse por interés general.

La consulta de los estudios doctrinales en torno a los servicios de titularidad pública tampoco se ha detenido especialmente en la cuestión de la naturaleza jurídica del interés general. El profesor Muñoz Machado, quien ha analizado de forma exhaustiva la figura del servicio público y sus variantes –servicios de interés general, servicios de interés económico general, servicios sociales de interés general, servicios no económicos de interés general, servicio universal, misiones de servicio público–, afirma en todos estos casos que existe una reserva a favor del Estado de la prestación de estos servicios porque esta reserva es necesaria para satisfacer los intereses generales (2011: 562 y ss.). Parece desprenderse de esta afirmación que los intereses generales constituyen un concepto de carácter táctico o finalista en cada área de intervención de las distintas administraciones, que deberán operar en cada

<sup>1</sup> En concreto, en los siguientes artículos del texto constitucional:

“Art. 30.3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.”

“Art. 34.1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.”

“Art. 44.2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”

“Art. 47. Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.”

“Art. 128.1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.”

“Art. 128.2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigierte el interés general.”

“Art. 149.1.20<sup>a</sup> ...puertos de interés general... aeropuertos de interés general...”

“Art. 149.1.24<sup>a</sup> ...obras públicas de interés general...”

“Art. 150.3. El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general.”

“Art. 155.1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.”

<sup>2</sup> Art. 103.1 de la Constitución: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

materia de manera que la respectiva actuación satisfaga los intereses generales que, sin embargo, quedan sin definir.

### 3. La insuficiencia del criterio de la mayoría en la definición del concepto de interés general

Una primera aproximación llevaría a pensar que el interés general es aquello que interesa, o desea, una mayoría de ciudadanos; esto es, una suma de los intereses particulares de la mayoría.

Esta concepción fue adoptada en el siglo XVIII por la teoría del utilitarismo, doctrina ética formulada por el británico Jeremy Bentham, quien afirmó que la mejor acción es la que maximiza la utilidad. En este razonamiento asentó su formulación de la doctrina utilitarista, según la cual toda institución, norma o acto humano debe ser juzgado según su utilidad, esto es, la suma de todo placer que resulta de una acción menos el sufrimiento de cualquier persona involucrada en la acción. La aplicación de esta teoría a la política supone que el objetivo de la acción pública es lograr “la mayor felicidad para el mayor número”<sup>3</sup>.

Sin embargo, la mera suma de voluntades de una comunidad no construye el interés general. A un simple nivel intuitivo, podemos percibir que muchos de los servicios públicos –y en especial los servicios sociales– se dirigen a minorías aritméticas de la población. Los parados, los discapacitados, los enfermos o las víctimas de delitos no son una mayoría de la población; sin embargo, los servicios públicos correspondientes a cada uno de estos colectivos sirven de forma innegable al interés general. Cuando se establecen políticas o se desarrollan acciones concretas de apoyo a las minorías no se están satisfaciendo de forma directa o inmediata los intereses de la mayoría, sino los de esas minorías. Sin embargo, es indudable que la protección de dichas minorías tiene un alcance general, aunque sea sólo por el hecho de que son colectivos indeterminados: cualquier ciudadano puede caer enfermo y necesitar los servicios de salud pública, cualquier ciudadano puede ser víctima de un delito y precisar el auxilio del servicio de seguridad pública, cualquier trabajador por cuenta ajena puede ser despedido y precisar las coberturas por desempleo, etc.

Por otra parte, la idea de suma de intereses particulares conduce a un resultado insatisfactorio. ¿Cómo se suman los intereses particulares? Es precisamente la dificultad de satisfacer a todos los ciudadanos por igual lo que obliga a construir un concepto de interés general. La diversidad de los individuos, valor que protege nuestro ordenamiento constitucional, conduce indefectiblemente a una divergencia entre sus gustos, sus ideas y sus necesidades. El interés general no es, por tanto, la acumulación desordenada de los intereses de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Aunque contásemos con un instrumento para la fiable medición de los intereses y voluntades de cada uno de los ciudadanos, sería un instrumento inservible porque el interés general no se construye mediante la acumulación sin más de los intereses particulares.

El interés general no es por tanto el interés de la mayoría. La protección de los mayores, de los discapacitados o de los excluidos no ofrece una utilidad inmediata a la sociedad en su conjunto, sino a dichos colectivos en concreto. Sin embargo, no cabe duda que las correspondientes políticas públicas responden a la satisfacción del interés general, aunque se refieran a minorías.

---

<sup>3</sup> Los fundamentos de la doctrina utilitarista se exponen de modo principal en la obra *Introducción a los Principios de Moral y Legislación* de Jeremy Bentham, escrita en 1789.

La doctrina del utilitarismo, así formulada, no acaba de explicar el desarrollo de las políticas sociales del Estado de Bienestar durante el siglo XX, al menos de aquellas políticas dirigidas a los colectivos minoritarios. Desde el punto de vista del liberalismo es insostenible la idea de que un individuo saque beneficio de lo que contribuyen el resto de individuos. Sin embargo, desde la óptica de los derechos, y en especial de los derechos humanos, la acción del Estado en favor de las minorías beneficia, aunque sea de un modo abstracto, a la ciudadanía en su conjunto. Afirmar que el interés general coincide con el interés de la mayoría llevaría a ignorar las necesidades de las minorías, idea incompatible con el principio de igualdad y con el fundamento mismo de la democracia.

Sin embargo, es de justicia señalar que Bentham no concebía la utilidad material como un fin en sí mismo, sino como un medio de procurar el bienestar social. Téngase en cuenta que este pensador era, ante todo, un reformador social. Cabe preguntarse en este punto si hay una relación entre interés general y utilidad.

La utilidad material es, o puede ser, un instrumento para la satisfacción del interés general. Sin embargo, hay muchas finalidades de interés general que no se alcanzan con utilidades materiales.

Un criterio puramente utilitarista no basta para explicar la construcción del concepto de interés general. Los intereses colectivos no se quedan en el ámbito económico o material, sino que lo exceden. El interés general no se puede confinar en el campo de la Economía, pues corresponde más bien al del Derecho. Algunas finalidades de interés general se satisfacen mediante utilidades materiales, pero otras no. En muchas dimensiones, el interés general no tiene que ver con la utilidad material. Las necesidades del ser humano en asuntos como la cultura, la educación, la realización espiritual y, en definitiva, todas las que tienen que ver con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), requieren algo más que una utilidad material para su satisfacción. Es más, la satisfacción de los intereses materiales requiere en muchas ocasiones la adopción de criterios de gasto, de manera que la rentabilidad económica no es un criterio que deba ser tenido en cuenta en la prestación de los servicios públicos. Los servicios públicos no son económicamente rentables, aunque sí han de ser socialmente rentables. En los servicios públicos, que por definición son de interés general, el criterio de rentabilidad económica debe ser sustituido por el de rentabilidad social.

#### 4. El interés general como concepto jurídico indeterminado

El carácter abstracto e indeterminado de la cláusula “interés general” parece razón suficiente para incluirla en la categoría de concepto jurídico indeterminado. López Calera (2010: 133) ha afirmado que hay una unanimidad doctrinal en considerar que el concepto de interés público es un concepto jurídico indeterminado.

El concepto jurídico indeterminado supone un enunciado que de algún modo es impreciso en sus límites, por resultar vagos o generales, pero que puede concretarse en la aplicación que realiza el operador jurídico a un caso concreto. De este modo, hay conceptos que no admiten una delimitación rigurosa, pero que pueden predicarse de las circunstancias y elementos del hecho concreto al que se aplican.

La principal virtud del concepto jurídico indeterminado es que permite distinguir si en determinadas actuaciones de la Administración se ha respetado el principio de legalidad o si, por el contrario, se ha incurrido en una arbitrariedad, figura expresamente prohibida por nuestra Constitución. Si la discrecionalidad administrativa permite a la Administración la elección entre alternativas todas ellas

válidas, entre indiferentes jurídicos, el concepto jurídico indeterminado, precisado en el momento de la aplicación, conduce a una única solución válida en el caso concreto. La ley utiliza juicios de experiencia o de valor que, en su aplicación, llevan a una “unidad de solución justa” en cada caso.

El profesor García de Enterría mencionaba en su *Curso de Derecho Administrativo* ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados que están presentes en las distintas ramas del Derecho público y del privado. Entre otros, recoge los de “interés social”, “necesidad pública”, “utilidad pública” e “interés público”, esto es, conceptos muy cercanos al de interés general que se contiene en nuestro texto constitucional.

Podemos convenir en que el interés general es un concepto jurídico indeterminado, pero también es algo más. Si la figura del concepto indeterminado permite una adecuada aplicación de la norma jurídica al caso concreto –y en este sentido opera como criterio interpretativo– el interés general excede esta visión, pues también alcanza en nuestro texto constitucional la dimensión de un auténtico principio general del Derecho. En primer lugar, porque las normas de Derecho Administrativo han de interpretarse en el sentido más favorable a los intereses generales. También porque el interés general es el bien jurídico que debe perseguir toda actividad administrativa. En este sentido, el interés general excede la simple consideración de concepto jurídico indeterminado. Las normas administrativas y las actuaciones administrativas son legítimas en la medida en que protegen un bien jurídico, y ese bien jurídico contiene siempre y en todo caso elementos y caracteres de servicio al interés general.

El servicio al interés general es por tanto un principio básico de actuación de las Administraciones Públicas, principio que orienta su labor y da sentido a su propia existencia.

Para Álvarez García (1996: 170), la actuación de los poderes públicos tiene un carácter teleológico. El Derecho es un sistema de normas y principios destinados a organizar y regular la realidad social, pero “estas normas y principios jurídicos carecerían de toda justificación si fuesen considerados exclusivamente en sí mismos, encontrando, por el contrario, todo su sentido en función del fin específico para el que han sido establecidos”. En efecto, la organización y el ejercicio del poder público se justifican por sus funciones de gestión de los recursos públicos para la consecución de unos fines que son comunes a los distintos individuos y grupos que conforman el entramado social.

Esta concepción teológica de la actuación administrativa encuentra su soporte en el art. 103.1 de la Constitución Española, que afirma que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”, pero también en el 106.1, que establece el control por los tribunales de la legalidad de la actuación administrativa, “así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

En definitiva, cabe afirmar que el interés general es un concepto jurídico indeterminado que requiere concreción en la aplicación de la norma jurídica al supuesto de hecho y excluye por tanto la arbitrariedad en la actuación administrativa. Pero no sólo es un concepto jurídico indeterminado, sino que opera también como principio de actuación de las Administraciones Públicas y como principio general del Derecho o criterio para la interpretación de las normas jurídicas.

## 5. El contenido del concepto de interés general

El bien común se refiere al beneficio de las personas en cuanto seres integrados en una comunidad, al bien humano considerado desde la integración de la persona en la estructura social, a la articulación del Derecho para el disfrute conciliado de los derechos individuales y el común disfrute de lo público.

En una democracia, el poder público debe procurar la conciliación del interés particular con el general, según se deduce de la lectura del artículo 10.1 de nuestra Constitución:

**"Art. 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"**

Este artículo se refiere al fundamento de la legitimidad del poder. El poder es legítimo en la medida en que respeta la dignidad de la persona, protege los derechos inviolables que le son inherentes, promueve las condiciones para el libre desarrollo de la personalidad y garantiza el imperio de la ley en el marco de la igualdad. Dicho de otra manera, el poder adquiere legitimidad en el servicio a los valores relacionados con la justicia. La vida en sociedad implica la existencia de una serie de bienes y valores que son de todos y de ninguno, bienes y valores que exceden el ámbito individual y que sin embargo benefician a la persona. El interés general se refiere a la protección de estos bienes y valores que exceden al individuo; en definitiva, a la idea de justicia.

En consecuencia, lo que es justo se convierte en necesario. El profesor Álvarez García (1996: 161-165) incorpora al debate doctrinal sobre el interés general la noción de necesidad como móvil o motivación de la actuación de los poderes públicos, aunque advierte la inutilidad de todo intento de ofrecer un concepto abstracto de necesidad. De hecho, el de necesidad es un concepto jurídico indeterminado, por las mismas razones por las que el concepto de interés general también lo es. En cualquier caso, según este autor, "la necesidad opera como instrumento jurídico de conexión entre el elemento circunstancial o fáctico y el elemento teleológico".

En este sentido, un análisis de la legitimidad de una norma o actuación administrativa concreta exige comprobar si realmente es necesaria para alcanzar fines de interés general. De esta forma, el concepto de necesidad aporta luz a la cuestión de la definición y satisfacción de los intereses generales.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es el de la aparente contradicción entre el interés particular y el general. Observa López Calera (2010: 128-129) que entre los ciudadanos surgen conflictos que en principio atañen sólo a sus intereses particulares, pero como compete a los poderes públicos el mantenimiento de la paz social, el Derecho debe ofrecer una solución a ese conflicto entre particulares porque tiene una dimensión que afecta a la colectividad. De este modo, interés particular e interés general no son conceptos contradictorios o enfrentados, sino elementos que deben ser conciliados por las normas jurídicas y por la acción de los poderes públicos.

Podría parecer que el interés general se contrapone a los intereses privados o particulares, pero también desde estos se sirve al interés general. Adam Smith escribió en 1776: "no es de la benevolencia del carnicero, cervecero o panadero de donde obtendremos nuestra cena, sino de su preocupación por sus propios intereses" (1994: 46). El interés particular no es incompatible con el general, sino normalmente

complementario. La iniciativa privada y las motivaciones puramente particulares pueden contribuir a los intereses colectivos. Sin embargo, en el caso del funcionamiento de los servicios públicos es más plausible la contradicción con el interés particular, sobre todo cuando lo que se aplican al ciudadano son actos de gravamen.

El concepto de interés general, entendido como bien común o voluntad general, es consustancial al nacimiento del Estado, pues ha operado desde siempre como justificación misma del poder. Sin embargo, el interés general en una Constitución democrática no es ya una simple cláusula de justificación del poder, sino el elemento legitimador de las normas jurídicas y de la acción política. El interés general, una vez juridificado en la Constitución, se convierte en clave de legitimación de la adopción de las decisiones y de las políticas públicas.

Sin embargo, precisar su contenido no es tarea fácil, pues exige una valoración de elementos no exclusivamente técnicos, sino también políticos y jurídicos. Alejandro Nieto (1991: 2188; 1994: 36) ha puesto de relieve en repetidas ocasiones la debilidad comparativa de la protección de los intereses generales, desde una visión un tanto escéptica de las capacidades de los poderes públicos en esta tarea.

En un intento de delimitar el concepto, el profesor Luciano Parejo (1998: 606-607) ha afirmado que el interés general es una cláusula abstracta y formal cuya función consiste en representar cualquier bien jurídico protegido por la comunidad jurídica e identificado y determinado como tal por el poder público para la resolución de los problemas sociales y la satisfacción de las necesidades colectivas. Esta categoría genérica no tiene un contenido material propio preciso, pero su grado de imprecisión es variable: mientras que el Legislador tiene una amplia libertad para operar con el concepto, pues su único límite es la Constitución, la Administración pública se mueve en unos límites mucho más estrechos sobre la concreción legislativa sucesiva del interés general.

En este punto se plantea una cuestión fundamental: si el interés general debe ser apreciado desde la perspectiva jurídica o desde la ideológica. La primera consiste en precisar el significado y alcance político de los intereses generales en relación con el Estado y la sociedad, siendo esta la línea de pensamiento más antigua y más trabajada. La segunda perspectiva es la jurídica, que conduce a problemas más profundos, porque requiere una concreción en cada acto de manejo de conceptos por parte del operador jurídico (Nieto 1991: 2190-2191). Destaca en este punto el trabajo de Peter Häberle (1970), calificado como “monumental” por Nieto. El esfuerzo de Häberle se encamina a despojar el concepto de sus connotaciones ideológicas para estudiarlo desde la perspectiva jurídica, como problema jurídico y no ideológico, pues considera que sólo el análisis legislativo y jurisprudencial pueden dotar al concepto de los contornos necesarios para perfilarlo como herramienta jurídica.

Observa el profesor Nieto (1991: 2211) que el interés general como concepto político opera como clave de justificación del poder: “la ideología del interés general ha servido siempre para legitimar el poder y al mismo tiempo (en una contradicción, aparentemente paradójica, pero en realidad inevitable) para limitarlo”.

En mi opinión, las dimensiones jurídica y política del interés general no tienen por qué ser excluyentes. El interés general es un concepto político pero también jurídico. Es político en la medida en que su satisfacción depende de las decisiones de los poderes públicos, influidos por ideologías que orientan en uno u otro sentido las agendas de los gobiernos y el consiguiente destino de los recursos públicos. Es un

concepto político porque el parlamentarismo democrático define un margen de actuación más o menos amplio en el que caben las distintas opciones políticas. No se puede ignorar el hecho de que toda acción o política encaminada a la satisfacción del interés general partirá del posicionamiento ideológico del actor de dicha acción o del gestor de dicha política. Pero es sobre todo un concepto jurídico precisamente por esto, porque el marco constitucional sirve como espacio de actuación pero también como límite a la actuación de los poderes públicos.

La satisfacción del interés general es por tanto un criterio fundamental de las políticas públicas, pero también un límite a las decisiones de los gestores de lo público. Las medidas o actuaciones que resulten ser contrarias o lesivas al interés general serán sin duda contrarias al ordenamiento jurídico.

## 6. Conclusiones

La Política y el Derecho son motores de la transformación social. Ni Política ni Derecho pueden concebirse sin una finalidad. Aristóteles definió al hombre como *zoon politikon*, como animal social que desarrolla su vida en el seno de una comunidad con el fin de alcanzar la felicidad, y concibe el Estado como una comunidad de iguales que aspiran a la mejor vida posible. La figura de los intereses generales remite precisamente a esta idea, pues se refieren a la consecución de la mejor vida posible para la ciudadanía.

El interés general es un concepto político, porque se refiere a la vida en sociedad bajo la necesaria presencia del Estado, que es la organización política de una comunidad en un territorio para la satisfacción de los intereses comunes.

El interés general es también un concepto jurídico, porque se materializa mediante la creación de normas jurídicas y su aplicación por los operadores jurídicos, bajo la supervisión de los tribunales de justicia.

El interés general es también un criterio orientador de las políticas públicas y de las concretas actuaciones administrativas, pues así lo impone el art. 103.1 de la Constitución Española cuando declara que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”.

También es un principio general del Derecho, en la medida en que tiene carácter informador del ordenamiento jurídico, permite interpretar las normas jurídicas y cubre las lagunas legales.

Y por último, pero no menos importante, el servicio a los intereses generales es un valor democrático. No puede ignorarse que todo el Derecho Público se sustenta en un sistema de valores. Sin esos valores, la actuación del Estado pierde su legitimidad y el ordenamiento jurídico se convertiría en un cáscara hueca carentes de contenido.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1996), *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid.
- BENTHAM, J. (1789), *Introducción a los Principios de Moral y Legislación*, traducción de Francisco Ferrer y Valls, Imprenta de Tomás Jordán, Madrid.

- CALVO GARCÍA, M. (2004), *Teoría del Derecho* (2<sup>a</sup> ed.), Tecnos, Madrid.
- HÄBERLE, P. (1970), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Athanäum Verlag, Basel-HamburG.
- LÓPEZ CALERA, N. (2010), "El interés público: entre la ideología y el Derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, pp. 123-148.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo IV, Iustel, Madrid.
- NIETO GARCÍA, A. (1991), "La Administración sirve con objetividad los intereses generales". En: Martín-Retortillo, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Madrid, Civitas, pp. 2185-2253.
- NIETO GARCÍA, A. (1994), *Derecho Administrativo Sancionador* (2<sup>a</sup> ed.), Tecnos, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, L. (19998), "Capítulo X: El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización". En: PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ALVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo* (5<sup>a</sup> ed.), Volumen I, Barcelona, Ariel Derecho, pp. 605-703.
- SMITH, A. (1994 [1776]), *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, Madrid.

# Interés general de España\*

## General Interest of Spain

Esther González Hernández

Universidad Rey Juan Carlos

[esther.gonzalez@urjc.es](mailto:esther.gonzalez@urjc.es)

Recibido / received: 11/06/2018

Aceptado / accepted: 24/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4699>

### Resumen

En el presente paper se pretende definir el concepto de “interés general de España” utilizado en el art. 155 CE/78. Se trata de un ejemplo tipo de “concepto jurídico indeterminado”, que es analizado desde una perspectiva terminológica, semántica, histórica y hermenéutica para la definitiva determinación de su verdadero significado constitucional.

### Palabras clave

“interés general de España”, “concepto jurídico indeterminado”, art. 155 CE/78.

### Abstract

*This paper intends to define the concept of the “Spanish general interest” used in art. 155 of the Spanish Constitution. This is typically considered as an example of an “undefined legal concept”, which is analyzed here from different perspectives: terminological, semantical, historical and hermeneutical in order to define its true constitutional meaning.*

### Keywords

“Spanish general interest”, “undefined legal concept”, art. 155 of the Spanish Constitution.

SUMARIO. 1. Introducción y propósitos. 2. La determinación de los “conceptos jurídicos indeterminados”. 3. El “interés general” como “concepto jurídico indeterminado”. 4. Del “interés” y de “lo general”. 5. La presencia del “interés general” en el ordenamiento jurídico. 6. La reciente asunción constitucional de los conceptos de “interés general”, “interés nacional” e “interés general de España”. 7. El “interés general” y el “interés general de España”. 8. Conclusiones.

\* Código orcid.org/0000-0001-7203-5032. La presente investigación se ha desarrollado en el marco del Programa S2015/HUM-3466 NEW TRUST-CM. Programa interuniversitario en Cultura de la Legalidad, financiado por la Comunidad de Madrid y en Fondo Social Europeo, IP: José María Sauca y dentro del Grupo GI FIIE/URJC. FCCJJ y SS sobre Fortalecimiento institucional y estructura ética, IP: Esther González Hernández.



## 1. Introducción y propósitos

Existe un precepto en nuestra Constitución al que se ha aludido con frecuencia inusitada en los últimos años que, final y desgraciadamente, se ha puesto en práctica a finales del pasado 2017. Sin embargo, el precepto, en sí mismo, está rodeado de un significativo espacio de vaguedad semántica en lo que a su redacción constitucional se refiere. Se trata del artículo 155, cuya indeterminación no solo se circunscribe al texto mismo de la CE/78, sino también a las escasas normas que han tratado de desarrollarlo. Entre otras, el artículo 26 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera o la LO 15/2015, de 17 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo art. 92.5 LOTC vuelve a aludir a un concepto indeterminado o abierto como es el de “circunstancias de especial trascendencia constitucional”. Ninguna de estas normas ha ayudado a concretar una redacción constitucional particularmente abierta que incluye expresiones como: “obligación constitucional” o actuaciones que atenten “gravemente contra el interés general de España”. No se explica, pues, donde reside ese “interés” y cuando una actuación contra este puede ser considerada grave. Es más, en la determinación de los supuestos de “especial trascendencia constitucional” no podemos acudir al conocido ATC 155/2009, que intentaba matizarlo desde que se hiciera presente en nuestro ordenamiento por la reforma de la LOTC del año 2006<sup>1</sup>.

Recordemos que esta reforma trae causa de los desgraciados hechos acaecidos en España como consecuencia de la deriva separatista de Cataluña de los últimos años y que terminó por suponer la aplicación, por primera vez en los cuarenta años de vigencia del Texto constitucional de 1978, del art. 155 CE. Una deriva independentista que empezó entre 2013 y 2014 con la celebración de la consulta ciudadana, sin efectos legales, de 9 de noviembre de 2014 por el entonces *president* de la Generalitat Artur Mas. Deriva o proceso que se extiende hasta nuestros días en sucesivos episodios a cuál más rocambolesco en el intento “imposible” de alcanzar la República catalana, según el dictado de la “hoja de ruta soberanista”. Esta tuvo entre sus episodios más sonados la aprobación de las leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república (catalana, obviamente) y que terminó en la celebración de un referéndum ilegal el 1 de octubre de 2017<sup>2</sup>.

Estos hechos (y otros muchos) que acontecieron entre septiembre y octubre de 2017 terminaron por hacer inevitable la Declaración del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017 en que se autorizaba al Gobierno a aplicar la mayor parte de las medidas, que había solicitado<sup>3</sup> por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017<sup>4</sup>, “medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del interés general por parte de la Generalitat de Cataluña”. Esto supone la puesta en marcha del artículo 155 CE, una fórmula de control extraordinario en supuestos de extraordinaria gravedad (Ridao Martín, 2018: 172).

---

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (2016).

<sup>2</sup> Convocado por Decretos 139/2017, de 6 de septiembre, de convocatoria del referéndum de autodeterminación de Cataluña y 140/2017, de 7 de septiembre, de normas complementarias para la celebración del referéndum, ambos suspendidos por el Tribunal Constitucional.

<sup>3</sup> Resolución de 27 de octubre de 2017 de la Presidencia del Senado (BOE, núm. 260, de 27 de octubre de 2017).

<sup>4</sup> Orden PAR/1034/2017, (BOE, núm. 260, de 27 de octubre de 2017).

Durante décadas se ha afirmado que el art. 155 CE era un precepto destinado a no ser puesto nunca en práctica. No obstante, estaba previsto en el texto de nuestra Norma Fundamental por lo que pudiera pasar, si bien en “términos vagos e indeterminados con un fuerte componente de indefinición (“no cumpliere las obligaciones”, “interés general de España”, “medidas necesarias”) que son inevitables en todo precepto aplicable a situaciones excepcionales” (Vírgala Foruria, 2018: 4316.), como desgraciadamente así fue. Estamos, en palabras de Rodríguez Oliver (1981: 2320), “ante una última *ratio* justificante de la intervención estatal, que pertenece al plano de los recursos finales que el Estado puede ejercitar para asegurar su propia permanencia, la de la Constitución y la de los supremos valores que ésta proclama. De aquí que su naturaleza jurídica sea singularmente compleja; mientras que su significación política es particularmente amplia, pues, sobre todo y por encima de todo, prevalece la idea de preservación del “interés general”. Estamos ante un precepto que disciplina un *instituto jurídico de protección de la Constitución* y del “interés general de España”, es decir, que estatuye una categoría jurídica de protección de la Constitución *tout court* (García Torres, 1984: 1219) y absolutamente excepcional.

## 2. La indeterminación normativa o los “conceptos jurídicos indeterminados”

En principio, la indeterminación normativa no tiene por qué resultar distorsionadora de la labor habitual del operador jurídico y, más concretamente, del constitucionalista, pues “como principio no resulta ocioso insistir en el hecho inconcluso de que la Constitución española, como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de diferentes saberes y también de la experiencia”, dice la STC 102/1995, de 26 de junio F.j. 4º. Por tanto, cuando se trabaja con “palabras”, como es el caso de los ordenamientos jurídicos, es normal o habitual convivir con cierto grado de indeterminación. A estos conceptos inconclusos o no definidos se les suele denominar “conceptos jurídicos indeterminados” o “conceptos abiertos”, en los que “la Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas” (García de Enterría y Fernández, 2000: 457). Es decir, que “el término es indeterminado cuando no tiene límite preciso, cuando no se traza sobre una realidad a la que se refiere una línea recta” (Sainz Moreno, 1976: 70), sino que se realizará en el momento mismo de la aplicación de esta norma a un supuesto en concreto.

Estos términos, curiosamente, son más frecuentes de lo que pareciera. Acaso porque son de uso tan habitual tanto en ámbitos jurídicos como en términos coloquiales en que los damos por suficientemente determinados y precisos, cuando, la realidad, al menos la jurídica, es bien distinta. Así, conceptos jurídicos que utilizamos habitualmente como dilaciones indebidas, error judicial, perjuicios irreparables, justa causa, capacidad económica, servicios esenciales, amistad íntima, hecho noticiable, cambio sustancial, circunstancias extraordinarias, etc. “son comúnmente utilizados dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, por nuestros tribunales ordinarios, sin que se halla sistematizado el significado expreso de cada uno de ellos” (Ortega Gutiérrez, 2009: 13).

Parece, pues, lógico que la sorpresa de algunos lectores sea mayúscula, porque el elenco de “conceptos jurídicos indeterminados” es tal que, gran parte del sustrato material del Derecho aparece como indeterminado. Es más, el intrincado tema de la determinación conceptual en ámbitos jurídicos podría llevarse a extremos y confines aún más insospechados, pues hay quien ve normal que “en los ordenamientos jurídicos solo haya conceptos jurídicos indeterminados, que con



posterioridad los jueces en su actuación de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto de la realidad acotan” (Warda, 1962: 25, *Cit.* Ortega Gutiérrez).

### 3. El “interés general” como “concepto jurídico indeterminado”

Un concepto clásico y típico dentro de los conceptos jurídicos indeterminados es el concepto de “interés general” del que se habla por doquier y del que todo el mundo parece tener una idea exacta de lo que es, si bien solo se acercan a la superficie, pues lo conectan, en la mayoría de los casos, al concepto -también indefinido- de “bien común”. Ya lo decía Eduardo García de Enterría (1996: 71): “Que la idea de interés público, o de interés general, es un “concepto legal” (...) de alcance indeterminado, es la evidencia misma, desde el momento en que las leyes lo emplean con frecuencia y porque su alcance es, evidentemente, indeterminado, pues no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado”.

Siendo este el “estado del arte”, parece más que obligado perfilar, al menos inicialmente, una estrategia con que intentar llegar a buen puerto. En esta travesía, parece que lo mejor es escudriñar e investigar varias rutas alternativas. Así, en primer lugar, transitaremos la ruta de su determinación terminológica, es decir, un análisis desde el significado de los términos en cuestión. A saber: “interés” y “general”. En segundo lugar, transitaremos la vía que recorre las diferentes ramas jurídicas en que la expresión “interés general” es de uso común, para, en tercer lugar, poder asumir la difícil tarea de diferenciarlo de otros conceptos similares o afines como los de “bien común”, “interés general”, “interés público”, “intereses públicos” o “interés nacional” desde una perspectiva de análisis tanto historicista, como de valoración e interpretación sistemática y hermenéutica del Derecho positivo.

Transitando estos caminos conseguiremos alcanzar ese puerto seguro: determinar el significado constitucional de la locución “interés general de España” contenida en el artículo 155 CE y, por ende, diferenciarlo claramente de otras expresiones que siendo parecidas no están destinadas a proteger el mismo bien jurídico, pues, como recuerda Vírgala Foruria, “a pesar de las dificultades para aprehender la significación jurídica del término “interés general”, menos preciso (...) que el de incumplimiento de obligaciones, y de las dudas sobre su posible conexión con un implícito principio de lealtad constitucional, puede, y deben, establecerse determinadas condiciones para que el Gobierno entienda atacado el interés general de España” (Vírgala Foruria, 2018: 4319).

### 4. Del “interés” y de lo “general”<sup>5</sup>

Según el *Diccionario de la Lengua española*, por “interés” debe entenderse “provecho, utilidad o ganancia”. Pero también, “valor de algo” o “conveniencia o beneficio en el orden moral o material”, y, en su acepción legal, “situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle a través de un procedimiento judicial, un procedimiento ajustado a derecho” (DRAE, edición de 2001). Igualmente, según el DRAE, por “general” debe entenderse “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos que sean de naturaleza diferente”. Por otro lado, en el conocido como “el María Moliner”, es decir, en el *Diccionario de Uso del Español*, el “interés” aparece definido como “circunstancia de una cosa por la que tiene importancia o valor para alguien indeterminado o en general”. Y, lo “general”, como aquello que “se aplica por oposición a especial o particular, a lo que es de todo o todos o para todo o todos” (Moliner, 2007, 3<sup>a</sup> ed.). Por su parte, en el *Diccionario del Español actual*, son varias

<sup>5</sup> Se incluyen en estas líneas parte del estudio más extenso de González Hernández, E. (2013).

las acepciones del término “interés”, aunque las que más se adaptan a nuestro propósito son las que lo definen como “conveniencia o utilidad”. Mientras, por “general”, las de “común o usual” o “que abarca el conjunto de un servicio o de una organización” (Seco, 1999). En esta misma línea, el *Gran Diccionario de uso del español actual*, define “general” como aquello “que se aplica a lo que es mayoritariamente predominante en una colectividad, conjunto de cosas, etc.” (Sánchez, 2001). No obstante, debemos remarcar que este diccionario completa estas voces con la referencia concreta a la expresión de “interés general” que remite a la de “interés común”, que a su vez define como “el que no es exclusivo o privativo de una persona, grupo o entorno, sino compartido”.

Por último, en el conocido entre los lingüistas y filólogos como “*El Tesoro*”, es decir, el *Tesoro de la lengua castellana o española* de Sebastián de Covarrubias, se define “interés” (*id est: interese*) como “el provecho, la utilidad, la ganancia que se saca o espera de una cosa; del verbo *interest*, *ut mea interest*, a mí me conviene y toca o está bien” “provecho” y por “general”: “lo que es común a muchos y ordinario hablando sencillamente y fuera de término de escuelas” y, nuevamente, “se opone a lo particular” (De Covarrubias, 1995).

En definitiva, el análisis terminológico lo sitúa muy cerca de términos afines como el de “bien común”, pues dice Sánchez Morón (2005: 3658) que el “interés general” podría ser definido como “lo que afecta o interesa a la generalidad, o al común de los ciudadanos que componen una comunidad política. Así, recuerda Murphy (2018: 192) “la palabra “común” deriva del latín *communis*, que significa “compartido” o “general”. Es decir, que “general” conduce a “común” y “común” a “general”, lo que podría verse como la pescadilla que se muerde la cola.

Por tanto, si descartamos de la ecuación el elemento común de “común” (y perdón por el juego de palabras), solo resta como común a todas, el elemento de la *conveniencia* (ya sea en su acepción de valor o de provecho) y de *contrario* (u opuesto) a *lo particular*. En definitiva, por “interés” y “general”, deberíamos entender, terminológicamente hablando: *lo que conviene a la comunidad o interes omnium recte facere*. Lo que no reduce ni un ápice la indeterminación inicial del concepto.

## 5. La presenta del “interés general en el ordenamiento jurídico

Por lo que respecta a la segunda ruta a transitar, como si de la ruta de las especias o la ruta de la seda se tratara, es útil el análisis del uso y significado del “interés general” en otras ramas del Derecho, pues “los conceptos jurídicos indeterminados, y hablamos de su ámbito de actuación, afectan lógicamente a todas las ramas del Derecho. En Derecho Civil tenemos, por ejemplo, la “diligencia del buen padre de familia” y la “buena fe”; en el Penal, los “abusos deshonestos” y la “alevosía”; en el Procesal, la “pertinencia y relevancia de las pruebas”; en el Mercantil, el “interés social”, y, en el Administrativo, la “calamidad pública” o el “interés general” (Ortega Gutiérrez, 2009: 20). Incluso las Constituciones lo usan, si bien, en ocasiones, con diferente significado. Es más, en una misma rama puede tener un significado no unívoco. Lo que no hace sino complicarlo todo un poco más, porque ni el “interés general”, ni el interés nacional”, ni el “interés público, mucho menos aún el “interés general de España” son lo mismo para nuestra Constitución. Por tanto, es necesario comenzar un análisis por partes y en partes, dado que en la Constitución española de 1978 encontramos expresiones similares (pero no idénticas), en preceptos que disciplinan situaciones diferentes. Expresiones que se repiten en otras ramas del ordenamiento, por ejemplo, en el Derecho Civil que establece que la regulación de las fundaciones siempre tendrá que ser de “interés general”. O, en el caso de la nacionalidad española, que se adquiera por residencia a concesión del Ministerio de



Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional (art. 21.1 CC).

Por otra parte, en el Derecho Administrativo es un concepto clave porque fija “la posición constitucional de la Administración pública” (Sánchez Morón, 2005: 3658) desde que esta “sirve con objetividad los intereses generales”, según reza el art. 103 CE, afirmación que es el *leiv motiv* del funcionamiento de la Administración, pues debe reflejarse en cualquiera de sus actos. Por tanto, la actuación administrativa debe sujetarse estrictamente a la consecución del interés público que le corresponda, límite del que no puede desentenderse dado que así lo establece precisamente el 103 de la CE/78. Así, en palabras de Alzaga Villaamil (2016: 493), la Constitución ha alcanzado “la loable preocupación de nuestros constituyentes de impedir disfuncionalidades y extralimitaciones en la actuación de la Administración del Estado, para lo que acompaña el calificativo de “con objetividad” que cree “es equivalente en gran medida al de imparcialidad que se predica en el apartado 3 de este mismo artículo”, o la neutralidad en el ejercicio de sus funciones, según reafirma la STC 77/1995, entre otras. En definitiva, que la Administración no sirve a los intereses del Gobierno (por mucho que este lo dirija) sino a los intereses generales, es decir, sin atender a las fuerzas políticas que puedan ocupar coyunturalmente el poder.

Pero dicho esto, este precepto nos deja igual de fríos porque no ofrece definición alguna. Quizás por ello, se ha tratado de llegar a explicarlo desde su identificación con el “interés público”. Así, Sáinz Moreno (1976: 317) cree que ambas expresiones vienen a significar lo mismo, pues “el calificativo público no se refiere al interés de los Entes públicos, sino al interés general de la comunidad”. Defiende, por tanto, dicha identificación conceptual automática, pues la variedad de adjetivos empleados tras el sustantivo interés-fundamental, general, público, social, etc. apenas influiría, salvo alguna excepción, en la diferenciación esencial de la noción, que, por lo común, resulta unívoca en su sentido y alcance (Bermejo Vera, 1984: 107).

No obstante, para García de Enterría tampoco parece correcto identificarlo con el “interés público” (1996: 749), porque en los “intereses generales” estaríamos ante un “interés público más cualificado”, pues superpone la exigencia por Ley de una causa específica de interés público a la genérica del artículo 103 CE, que la Administración tiene la carga de alegar, probar y motivar. Además, es importante recordar que el 103 CE habla en plural, es decir, de “intereses generales”, por lo que hay que deducir necesariamente que habrá más de uno. Esto no significa que cualquier “interés” se deba tener en cuenta, sino que “está señalando a un tipo cualificado de intereses, con un afán delimitador manifiesto, excluyendo, automáticamente, intereses que no merezcan tal cualificación” (García de Enterría, 1996: 73 y 749).

Así, el “interés público” estaría en un escalón inferior, necesitando de ulterior especificación y previsión legal. Mientras que el “interés general” se referiría a otras realidades. Por ejemplo, las del artículo 149. 1. 20<sup>a</sup> y 24<sup>a</sup> CE que regulan, respectivamente, los puertos de “interés general” y las obras públicas de igual carácter. En la apelación al “interés general” de estos preceptos habría consideraciones más de carácter cualitativo y no exclusivamente territorial. Por tanto, lo trascendental no sería que las obras se desarrollasen en el territorio de más de una Autonomía, sino en que se trataría de “obras e instalaciones que *por su dimensión o interés público o social se consideren de interés general de la nación*” (STC 227/1998)<sup>6</sup>. Igual ocurre en el caso de los puertos declarados de “interés general”,

---

<sup>6</sup> Nos hubiera gustado incluir una explicación más detallada de este concepto en el ámbito del Derecho Administrativo, pero ello excede el espacio reservado a estas breves reflexiones. Si bien, no nos

pues se trata de “puertos comerciales en los que se desarrolle una actividad relevante para el conjunto del Estado” (STC 49/1998, de 19 de febrero, F.j. 15). O en el caso de las carreteras que serían de interés general al integrarse en un itinerario de “interés general” o cuya función en el sistema de transporte afecta a más de una Comunidad Autónoma (Embíd Irujo, 1995: 86).

Por tanto, no cabe más que anticipar que “existe dentro de la Constitución una concreción absolutamente delimitada del “interés” -sea este estatal o autonómico- que no permite, siquiera, configurarlo como un concepto jurídico indeterminado sino como un concepto absolutamente reglado, proviniendo el parámetro de la interpretación constitucionalmente previsto de una característica física de las aguas sobre la que no existe otra posibilidad en el plano de la realidad que su mera constatación” (Embíd Irujo, 1995: 74).

Por su parte, en el Derecho Internacional es más frecuente la expresión de “interés nacional”<sup>7</sup>, que encuentra su precedente en la idea de “razón de Estado” (*raison d'état*), pues, como explica Elliot (1984: 162), el interés público debía erigirse en único fin del principio y de sus consejeros, estando obligados a preferirlo a los particulares. Así, se consigue sustituir al concepto medieval de “bien común de la Cristiandad”; un concepto ampliamente discutido, si bien “la mayoría de las concepciones comparten una interpretación básica del bien común como bien comunal compartido por los individuos que componen la comunidad política” (Murphy, 2018: 192). Por tanto, es normal concluir, como hace Murphy (2018: 192), que “el bien común político o filosófico suele hacer referencia al bien común de un Estado moderno o de una comunidad política similar”. Es decir, que la idea de “bien común” va a aparecer fuertemente unida a la estructura estatal moderna, si bien pasará por diferentes fases y denominaciones hasta llegar al “interés general” de los actuales Estados democrático-constitucionales. En realidad, el concepto “bien común” ha tenido un largo recorrido que abarca toda la historia de la filosofía social y política. No en vano fue concebido por Aristóteles en el Libro IV de *La Política*, como el *telos* al que deben tender todos los regímenes políticos, y, posteriormente, desarrollado por Santo Tomás en su doctrina sobre el *bonum commune* en sus “Tratados sobre la Ley y la Justicia” del *Summa Theologiae* donde lo situaba en el centro de las deliberaciones que articulaban la vida de la comunidad (Marco Perles, 2009: 613). Es en el siglo XX cuando el “bien común”, a pesar de seguir siendo uno de los fundamentos de las organizaciones político-democráticas, empieza a ceder terreno frente al uso del “interés general” que se demuestra como más preferido por los Estados democráticos-constitucionales. A partir de ese momento, es posible la afirmación de la superioridad ética del Estado como portador de intereses que

---

resistimos a exponer una bibliografía de referencia: NIETO GARCÍA, A. (1991), “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”. En: *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*, t. III, Cívitas, 1991, p. 2188 y ss.; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, X. (2010), “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas”, *Actualidad administrativa*, núm. 8; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, X. (2012), “El interés general en el Derecho Administrativo notas introductorias”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 24; BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995), *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid; PAREJO ALFONSO, L., (1993), *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid y SÁNCHEZ MORÓN, M. (1995), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, entre otros.

<sup>7</sup> Las referencias doctrinales son abundantes: LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2005), “Defensa, interés nacional y seguridad colectiva (Acotaciones conceptuales desde el ordenamiento constitucional español”. En: *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*. Fundación Ortega y Gasset. Tirant lo Blanch, Valencia; MUÑOZ ALONSO, A. (2006), “Política exterior e interés nacional”, Cuadernos de Pensamiento Político FAES, nº 10; PATTEN, C. (2003), “¿Qué tan nacional es el interés nacional?” En: *Retos e interrelaciones de la integración regional: Europa y América*, coord. Joaquín Roy; VV.AA. (2010), *Evolución del concepto de interés nacional*, Monografías del CESEDEN/ Ministerio de Defensa, Madrid.

trascienden a los de los individuos y grupos que lo integran, frente a quienes disuelven la idea del Estado en una pluralidad de intereses, ya cooperativos, ya enfrentados, que se prolongan sin disolución de continuidad desde el individuo al Estado. Es la representación de la superioridad ética del Leviatán sobre Beemoth, los dos monstruos que expresan, respectivamente, lo general y permanente y la concurrencia de los intereses particulares (Herrero R. de Miñón, 2001: 228).

Otro momento de evolución desde el “bien común” al “interés general” lo encontramos en la publicación de *La riqueza de las naciones* en 1776, en que Adam Smith afirmaba que “al buscar su propio interés, el hombre a menudo favorece al [interés] de la sociedad, mejor que cuando realmente desea hacerlo” (Smith, 1996: 561). Si bien, como dice Marco Perles (2009: 617), no llega a distinguir entre “principio de interés común o general” y “principio de bien común”. Siguió esta línea Philip Heck pero también más orientado al ámbito de las necesidades económicas. Sea como fuere, para nuestros fines es más relevante Jean Jacques Rousseau que en 1755 escribe su *Discurso para la economía política*, donde afirma que “el fin de toda institución política no es otro que el del bien común, dado que en ella debe prevalecer la voluntad general” y añade en *El contrato social* que el fin de la institución de la voluntad general es el bien común (Cit. Tudela-Furnet, 2017: 153). Rousseau (1993: 67) afirmaba que: “la voluntad general puede dirigir por si sola la fuerza del Estado según el fin de su institución que es el bien común, pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades lo que ha hecho posible es el acuerdo de esos mismos intereses. Lo que hay de común en esos diferentes intereses constituye el vínculo social; y si no hubiera un punto en el que concordarán todos ellos, no podrá existir ninguna sociedad. Ahora bien, la sociedad debe ser gobernada únicamente en base a ese interés común”. Por tanto, hasta bien entrado el siglo XX los ius-publicistas lo siguieron explicando como el equivalente a la suma de intereses particulares. El abandono de esta acepción cristaliza definitivamente cuando Charles Beard (1966: 21) publica *The idea of national interest* en el cual sostiene que “la Razón de Estado y la concepción feudal del *national honor* había desaparecido por completo como consecuencia del impacto de las relaciones económicas y el control popular del gobierno. Todas estas fórmulas, hoy en día, son demasiado abstractas, demasiado irreales, demasiado remotas para ser efectivas en el mundo de hoy”. Añade que “la aparición de los sistemas estatales nacionales, el incremento de la influencia de las políticas populares de control y la gran expansión de las relaciones económicas –las líneas de una nueva fórmula “el interés nacional” comienza a despertar”. Por tanto, ya resulta difícil seguir hablando del “bien común” frente a la expresión más extendida de “interés general” o “nacional”. La invocación al “bien común” empieza a ser marginal, por mucho que durante un tiempo se utilizase indistintamente.

En definitiva, que “el proceso por el cual se generaliza es vastísimo e incorpora muchos de los elementos de las fórmulas antiguas, aunque reinterpretadas” (Beard, 1966: 21). Así, “el interés nacional como pivote de la diplomacia, es universalmente utilizado en las relaciones internacionales. Hasta el punto de que podría decirse que el “interés nacional”-su mantenimiento, desarrollo y defensa por cualquier medio o instrumento del poder político- es el principal elemento de la diplomacia” (Beard, 1966: 21).

Por ello, no debe extrañar que este haya sido el concepto típico del Derecho Internacional, aunque, hoy en día, se prefiere diferenciar entre *intereses vitales* e *intereses secundarios*, siendo los primeros los más relevantes y de entre ellos, el de la supervivencia del Estado, el más importante. Así, “la supervivencia de una unidad política como la Nación en su identidad es el mínimo irreducible, el elemento necesario de sus intereses frente a otras unidades. Considerada de modo aislado, la



determinación de su contenido en una situación concreta es relativamente simple, pues encierra la integridad del territorio de una Nación, de sus instituciones políticas" (Herrero R. de Miñón, 2001: 227 y 228). Si bien, esto no elimina del todo el inmanente grado de indeterminación del concepto. Además, conviene no olvidar que también es posible distinguir dentro de los "intereses vitales" entre "intereses estratégicos" y "otros intereses nacionales", al menos, al decir del *Libro Blanco de la Defensa* (2000). Los primeros vuelven a ser identificados con los de la propia conservación del Estado, que según artículo 8 CE se concretan en la soberanía, independencia e integridad territorial de España y de su ordenamiento constitucional (Herrero R. de Miñón, 2001: 232). Es decir, "aquellos que España está dispuesta a proteger y, llegado el caso, a defender ante cualquier riesgo o amenaza por afectar a su supervivencia como nación. Su defensa es, por tanto, irrenunciable y exige subordinar a ella la de cualquier otro interés. Los intereses vitales son, en realidad, los elementos constitutivos del Estado que deben preservarse de cualquier agresión: el territorio peninsular y extrapeninsular con sus accesos aéreos y marítimos, la población, el ordenamiento constitucional, la soberanía y la independencia". A esto añade la Directiva de Defensa Nacional 1/2008, de 31 de diciembre, que "España defiende como *intereses esenciales* la soberanía, la integridad territorial y el ordenamiento constitucional, así como asegurar la libertad, la vida y la prosperidad de los ciudadanos". Y la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre, en su artículo 2 que: "la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España". Por último, el artículo 3 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, señala que: "se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos".

Esto supone, por ende, la necesidad ineludible de concretar, a su vez, otros muchos conceptos como los de soberanía, independencia, integridad, prosperidad de los ciudadanos, bienestar de los mismos, seguridad internacional etc. O, cuanto menos, fijar ciertos límites que ayuden a su conceptualización. Así, por ejemplo, la independencia contaría con unos elementos integrantes como son la exclusividad, la autonomía y la plenitud en el ejercicio de las competencias estatales, es decir, "el derecho a decir la última palabra para salvaguardar la voluntad democrática de su pueblo y lo que esta voluntad democrática estima como intereses vitales del mismo" (Herrero R. de Miñón, 2001: 236). Por tanto, la garantía de la integridad del ordenamiento constitucional no se rompe por la "proposición, iniciativa o realización de la revisión constitucional, sino por la destrucción de la Constitución, sea por subversión interior, sea por la agresión exterior" (Herrero R. de Miñón, 2001: 282).

En definitiva, que aunque se pueda defender que el "interés nacional" se forma dentro de un contexto cultural y, en consecuencia, no tiene un sustrato fijo e inamovible, también es innegable que en él existen ciertos componentes que tienen un fuerte elemento de persistencia (Rubio García, 1974: 68). A saber: la independencia nacional, la integridad territorial etc., que en el caso de nuestra Constitución se traducirían en los términos utilizados por su artículo 2: "la indisoluble unidad de la Nación española", *id est*, la afirmación de una única soberanía y de un único poder constituyente (art. 1.2 CE), la negación del derecho a la autodeterminación frente a toda pretensión de segregación o independencia de

partes del territorio de España y, por supuesto, la unidad del ordenamiento jurídico-constitucional español, que es “uno y uno solo”. Recuérdese la archiconocida STC 4/1981, de 2 de febrero: “Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aun este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución. De aquí que el art. 137 de la Constitución delimita el ámbito de estos poderes autónomo, circunscribiéndolos a la “gestión de sus respectivos intereses” (F. j 3º).

## 6. La reciente asunción constitucional de los conceptos de “interés general”, “interés nacional” e “interés general de España”.

En el Derecho Constitucional, las referencias al “interés general” son relativamente modernas, lo que sorprende, pues, al decir de Alzaga (2011: 24) “siempre hemos pensado que la arena constitucional es especialmente idónea para la lidia de conceptos jurídicos indeterminados”.

En el Derecho comparado encontramos la Constitución de Weimar que aludía, en su artículo 18, al “interés preponderante del *Reich*”, en el 94 a la administración ferroviaria de interés general y en el 165 a las “leyes político-sociales y político-económicas de interés fundamental”. Esta tendencia fue acogida por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que incluye expresiones como “razones de bien común” (art. 14), “interés de la totalidad del Estado” (art. 72.2) o “interés preponderante de la Federación” (art. 134.4). O por la Constitución italiana de 1947, que se refiere al “interés general” en sus artículos 32, 35, 43 o 118.

Por lo que respecta a nuestro constitucionalismo histórico, nada más reseñar que la Constitución española de 9 de diciembre de 1931, en su artículo 15.6, regulaba los “ferrocarriles, carreteras, canales, teléfonos y puertos de *interés general*”. O el artículo 19 según el que: “El Estado podrá fijar, por medio de una ley, aquellas bases a que habrán de ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas, cuando así lo exigiere la armonía entre los intereses locales y el *interés general de la República...*”. Mientras que el artículo 44, prrfo 2º se refería a los “servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común...”, y el 90 atribuía al Consejo de Ministros, entre otras cuestiones, la deliberación de todos los asuntos de interés público.

La primera conclusión no puede ser otra que la de la notable profusión en el uso del término “interés general” y de otros semejantes por el constitucionalismo de postguerra. Es decir, que en el Derecho Constitucional actual, con carácter general, está presente por doquier, lo que ofrece un mapa de análisis ciertamente enrevesado. Por ello, es posible sostener, sin miedo a equivocarse que estamos ante una expresión multifuncional o polivalente, en algunos casos, de uso inadecuado y, en otros, de innegables perfiles políticos, aunque dicha politicidad no deba ser considerada, *per se*, como estrictamente negativa (Bermejo Vera, 1984: 104 y 105), pues no es incompatible con un considerable grado de juridicidad. Por mor de tratarse también de un “concepto compuesto”, si bien su análisis pormenorizado excede del cometido de estas páginas.

Sea como fuere, “tiene en nuestra Constitución indudable trascendencia debido al papel que le ha adjudicado el constituyente a lo largo de todo el Título VIII” (Terol Becerra, 1985: 433), pero también a otras referencias que salpican el Texto de 1978. La encontramos también en los artículos: 30.3, 34, 44.2, 47, 128.1 y 2, 149.1.



20<sup>a</sup> y 24<sup>a</sup> y 150.3 CE. Igualmente, aunque acompañado de la coletilla “de España”, figura en el artículo 155.1 y 2 CE y sustituido por el término “nacional” en el 144. Mientras que solo incluye una referencia parecida a la de “bien común” en su preámbulo cuando menciona el “bien de cuantos la integran” (se refiere a la nación española).

En nuestro propósito resultará útil acudir a la tercera y última ruta de análisis, la de su valoración sistemática, es decir, intentar determinar su significado dependiendo de en qué parte de la Constitución se inserte. En el Título I indicaría las acciones promocionales de que se tratasen. En el Título VI su significado se acercaría más al de “interés público”. Si bien tanto en el I como en el VI en ocasiones recuerdan a meras cláusulas de estilo (ej: arts. 34 o 44.2) o, a lo sumo, sinónimos de “interés público” o “interés público sectorial” en el caso del art. 128 CE. Sin embargo, en el Título VIII, *a priori*, su significado varía sustancialmente y, cuanto menos, se podrían distinguir dos categorías: una más genérica, que sería la de los 149.1. 20<sup>a</sup>, 149.1. 24<sup>a</sup> y 150.3; y otra más específica, la de los artículos 144 y 155 que añadiría el “plus” que suponen las referencias a España o a la nación española. Y es que, la Constitución se refiere desde el “interés general de España” (artículo 155) hasta el “interés respectivo” de las Comunidades Autónomas (art. 137), pasando por el “interés nacional”, el “interés general” o los “intereses públicos”. Ya lo decía Manuel Albadalejo (2009: 387) que “desde el interés general total al puro interés individual hay una gama de casos intermedios”.

Así, en el art. 149 CE, es más un criterio competencial delimitador frente al Estado y, también, frente a provincias y municipios. Mientras que el “interés nacional” del art. 144 CE pretendía favorecer la extensión del régimen autonómico a todo el territorio. De ahí que en este precepto se contemplase un último supuesto, con la finalidad de evitar disfunciones que podrían suponer la lamentable falta de integración de algunos territorios, es decir, que cumpliría “una función de garantía respecto de la viabilidad misma del resultado final del proceso autonómico [...] la Constitución no configura el mapa autonómico, no ha dejado su concreción tan sólo a la disposición de los titulares de la iniciativa autonómica, sino que ha querido dejar en manos de las Cortes un mecanismo de cierre para la eventual primacía del “interés nacional” (STC 76/1983, de 5 de agosto).

## 7. El “interés general” y el “interés general de España”

Quedan, pues, tan solo las referencias contenidas en los artículos 150.3 y 155 CE, en las que el nudo gordiano está en si es posible la identificación entre los términos “interés general” e “interés general de España”, que es lo que tradicionalmente se ha venido defendiendo hasta ahora. Conviene recordar en este punto de la explicación que, en puridad, la Constitución española de 29 de diciembre tan solo contiene la referencia expresa al “interés general de España” en dos ocasiones, y las dos están contenidas en el artículo 155 CE, pues, el artículo 150.3 solo habla del “interés general”. Aunque también en este caso parece claro que es “una técnica de uso excepcional” (De Otto, 1999: 274). Por tanto, en ambos supuestos, estaríamos ante un medio excepcional de intervención del Estado en la actividad de las Comunidades Autónomas, justificada por la existencia de un interés superior que, se considera, se debe salvaguardar y garantizar.

En el supuesto de las leyes de armonización del artículo 150.3 CE “no se trata de ampliar las competencias de las Comunidades Autónomas sino más bien de reducirlas en ciertos casos, a fin de armonizar los diferentes marcos normativos” (De Esteban, 2001: 249) cuando el interés general así lo requiera (De Otto, 1999: 274). En consecuencia, si las disposiciones que emitiesen las Comunidades autónomas en



el ejercicio de su autonomía produjesen tal desarmonía que pusiese en peligro el “interés general” del Estado español de ser un ordenamiento jurídico único y dotado de unicidad, las Cortes Generales podrían elaborar la correspondiente Ley de armonización.

En el caso del artículo 155 CE estamos ante una forma de control *extraordinario* de tipo vertical, esto es, ante “una última *ratio* justificante de la intervención estatal, que pertenece al plano de los recursos finales que el Estado puede ejercitar para asegurar su propia permanencia, la de la Constitución y la de los supremos valores que ésta proclama” (Rodríguez Oliver, 1981: 2320). De ahí que la intervención estatal se justifique por el riesgo para la indisoluble nación española. Por ello, no debe sorprender que este precepto discipline un *instituto jurídico de protección de la Constitución* y, por ende, del interés de esa España a que se refiere el artículo 2 CE, que es indisoluble.

Siendo la *ratio* de ambos supuestos singularmente semejante, la cuestión está en saber si la referencia a “España” del artículo 155 CE es simplemente enfática, es decir, si se menciona gratuitamente o, al máximo, como mera referencia simbólica. O, si, por el contrario, el “interés general de España” tiene un contenido material diferente del “interés general” a secas. La clave estará en diferenciar entre niveles de protección según se aluda a los “intereses públicos”, a los “intereses generales”, al “interés general”, al “interés nacional” o al “interés general de España”. La referencia a los “intereses públicos” bien podría identificarse conceptualmente con los “intereses generales”, pero otra cosa bien diferente es el “interés general” (nótese, el singular), el “interés nacional” o el “interés general de España”. La utilización del término en singular nos da el punto de partida, desde el momento que podría estar reduciendo irremediablemente su contenido a cuestiones verdaderamente significativas (González Hernández, 2013: 1546 y ss). No serían los intereses sino del conjunto de principios que la Constitución recoge de manera nítida (Barcenas Medina, 2009: 130).

El caso es que la STC 76/1983, de 5 de agosto, sostiene que puede defenderse la identificación entre el “interés general de España” más con el principio de soberanía que con el de la unidad del ordenamiento. Así, de esta sentencia cabe deducir que el artículo 150.3 CE se conecta con la necesidad de garantizar la unicidad normativa, aunque sea un último remedio. Dice así: “es preciso señalar que el constituyente ha tenido ya presente el principio de unidad y los intereses generales de la Nación al fijar las competencias estatales y que es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general, a través de la técnica armonizadora contenida en el artículo 150.3. Desde esta perspectiva, el artículo 150.3 constituye una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues, en otro caso, el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar, las demás previsiones constitucionales” (F. j. 3º). Por tanto, a *sensu contrario*, el artículo 155 CE no es la expresión constitucional de la mera unidad normativa, pues esta tiene en el Tribunal Constitucional su principal garante. Al menos no es prioritaria y principalmente de esta unidad de la que se ocupa. De la unidad que aquí se habla es de la unidad que se proclama en el artículo 2 de la Constitución (Terol Becerra, 1985: 448). De modo que, en el sentido del artículo 155 CE, el

atentando contra el “interés general de España” sería “un incumplimiento, y de los más graves de la obligación constitucional de fidelidad y solidaridad” (García Torres, 1984: 1268). Esto es, un incumplimiento de las obligaciones constitucionales que se dirijan frontalmente a la ruptura del marco constitucional en materia territorial. La referencia constitucional al “interés general de España” lo que intenta es instituirse en garantía de la primera parte del artículo 2 de la Constitución española de 1978: “la indisoluble unidad de la Nación española”.

Por tanto, el “interés general” y, menos aún, el “interés general de España” no debe ser explicado como un concepto metafísico al modo del “bien común” de cierto iusnaturalismo, sino como un bien concreto, que merece ser protegido jurídicamente y que puede y debe ser deducible del sistema general en su conjunto (Aja y Carreras, 1983: 65), pues, la referencia al “interés general” del artículo 155 CE, es una técnica al servicio de los principios constitucionales, sobre todo el de unidad, pero también el de autonomía, pues en último término se quiere que la Comunidad Autónoma de que se trate retorne al marco de la autonomía constitucionalmente reconocida (Requejo Rodríguez, 2013: 165). Es, por tanto, una norma de lealtad constitucional de cierre que pretende salvaguardar, en el último extremo y en casos excepcionales, el contenido nuclear del principio estructural autonómico (Álvarez, Álvarez, 2008: 216).

En definitiva, que el “el interés general del España -o lo que es lo mismo, de la nación española- es gradualmente superior al mero “interés general” y, por supuesto, al de las Comunidades Autónomas para la gestión de sus respectivos intereses de que habla el art. 137 CE. De tal forma, que en caso de colisión entre ambos intereses, prevalecerá siempre el primero de ellos, que a su vez englobaría el segundo” (Terol Becerra, 1985: 440).

## 8. Conclusiones

En conclusión, tanto en el “interés general” como el “interés general de España” subsiste un núcleo inquebrantable, pétreo, inmutable, que es el que, casi todos, tenemos en mente, a menos que queramos retorcer la norma y pervertir su interpretación, porque, aunque en ambas tenga un perfil político indudable, ello no se traduce en su total indeterminación. Tampoco le supone la negación de su valor como concepto jurídico. Es más, “la politicidad *inmanente* o, a veces, visible, en este *concepto*, es tan estructural, tan nuclear, que posiblemente, sea esa su cualidad exclusiva y que lo convierte, por ello mismo, en un instrumento útil desde su perspectiva jurídica” (Terol Becerra, 1985: 440). De esta misma politicidad deriva ese “algo” inmutable, estable, fijo, imprescriptible y permanente que es precisamente lo que pretendíamos determinar. Como afirma Requejo Rodríguez (2013: 153) “el uso de conceptos jurídicos indeterminados no introduce vacíos normativos que pueden colmarse discrecionalmente. Tales conceptos, a pesar de su estructura, no dan lugar a una pluralidad de soluciones todas válidas para el derecho entre las que se puede elegir, sino tan solo una única solución justa y adecuada al ordenamiento, que razonablemente se deriva del núcleo del concepto acogido en la norma”.

En definitiva, la expresión “interés general de España” está contenida en un precepto quizás, el más expresivo, de esta concepción de la unidad del Estado, latente en la formulación del artículo 2 (de la Constitución) como algo anterior, previo y, por tanto, superior a la misma Constitución y al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues la aplicación de la segunda modalidad a que se refiere el art. 155 CE, la del “interés general de España” “se da cuanto el incumplimiento de obligaciones se dirija frontalmente a la ruptura del marco constitucional en la distribución territorial del poder político, ignorando que la Comunidad Autónoma no es un ente soberano, sino sometido en su toma decisiones a la Constitución de 1978” (Vírgala Foruria, 2018:



4320). En una palabra, que una Comunidad Autónoma siga atentando gravemente contra el “orden constitucional español” y su integridad político-territorial.

## Bibliografía

- AJA, E. y CARRERAS, F. (1983), “Carácter de las leyes de armonización”, *Revista de Derecho Político*, núms. 18 y 19 (verano-otoño), pp. 59-75.
- ALBADALEJO, M. (2009), *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. (2008), *La lealtad en la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (2016), *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (2011), *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid.
- BARCENAS MEDINA, L. A. (2009) “Una Estrategia de Seguridad Nacional para España”, *Revista de Política Exterior*, nº 128 (marzo-abril), pp. 123-131.
- BEARD, Ch. (1966), *The idea of National Interest. An analytical study in American Foreign policy*, Quadrangle Paperbacks, Chicago.
- BERMEJO VERA, J. (1984), “El “interés general”, como parámetro de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 10. Vol. II., pp. 103-138.
- DE COVARRUBIAS, S. (1995), *Tesoro de la lengua castellana o española*, Castalia, Madrid.
- DE ESTEBAN, J. (2001), *Tratado de Derecho Constitucional I*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho/UCM, Madrid.
- DE OTTO, I. (1999), *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Madrid.
- EMBID IRUJO, A. (1995), “Las obras hidráulicas de interés general”, *Revista de Administración Pública*, nº 138 (septiembre-diciembre), pp. 69-106.
- ELLIOT, J. (1984), *Richelieu y Olivares*, trad. Rafael Sánchez Manero, Crítica, Barcelona.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R. (2000), *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Cívitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996), “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 89 (enero/marzo), pp. 69-89.
- GARCÍA TORRES, J. (1984), “El artículo 155 de la Constitución española y el principio constitucional de autonomía”. En: VV.AA., *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, T. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 1189-1303.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (2013), “El “interés general” y el “interés general de España”. Entre la unidad y la autonomía”. En: LÓPEZ GUERRA, L., GARCÍA RUIZ J.L. y GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en homenaje al Profesor J. de Esteban*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1523-1554.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E (2016), “La Ley Orgánica 15/2015, de 17 de octubre de reforma de la LOTC y el artículo 155 CE: ¿Ineludible reciprocidad o círculo perverso?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, pp. 529-557.
- HERRERO R. DE MIÓN, M. (2001), “Tareas constitucionales de las Fuerzas Armadas: entre el interés nacional y la supranacionalidad”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 78, pp. 223-240.
- MINISTERIO DE DEFENSA DE ESPAÑA (2000), *Libro Blanco para la Defensa del año 2000*, disponible en la siguiente dirección electrónica:

- http://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/libro-blanco-defensa-2000.pdf  
(fecha de consulta: 1 de abril de 2018).
- MARCO PERLES, G.S. (2009), "Bien común e "interés general" en la retórica de los poderes públicos ¿Conceptos intercambiables?", *Anuario filosófico*, núm. XLII/3, pp. 613-625.
- MOLINER, M. (2007), *Diccionario de uso del español*, 3<sup>a</sup> ed, Gredos, Madrid.
- MURPHY, T. (2018), "Bien común", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 14 (abril-septiembre), pp. 191-205.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D. (2009), *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, Madrid.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2013), "La resurrección del interés general en el Estado autonómico", *Revista de Derecho Político/UNED*, núm. 87 (mayo-agosto), pp. 149-178.
- RIDAO MARTÍN, J. (2018), "La aplicación del artículo 155 de la Constitución a Cataluña. Un examen de dudosa constitucionalidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 111 (mayo-agosto), pp. 169-203.
- RODRÍGUEZ OLIVER, J. M<sup>a</sup>. (1981), "Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional español". En: VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 2269-2360.
- ROUSSEAU, J. J. (1993), *El contrato social*, Editores S.L., Madrid.
- RUBIO GARCÍA, L. (1974), "Interés nacional y política internacional", *Revista de Política Internacional*, nº 131 (enero-febrero), p. 61.
- SÁINZ MORENO, F. (1976), *Concepto jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, Madrid.
- SÁNCHEZ A. (2001), *Gran Diccionario de uso del español actual*, Sociedad General Española de Librería, Madrid.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2005), "Interés general". En: MONTOYA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, Cívitas, Madrid.
- SECO, M. et al. (1999), *Diccionario del español actual*, Aguilar, Madrid.
- SMITH, A. (1996), *La riqueza de las naciones*, Alianza editorial, Madrid.
- TEROL BECERRA, M. J. (1985), "El interés general, su importancia en el esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista de Estudios Políticos*, núms. 46/47 (julio-octubre), pp. 433-454.
- TUDELA-FOURNET, M. (2017), *La primacía del bien común. Una interpretación de la tradición republicana*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- WARDA, G. (1962), *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens in Strafrecht*, Berlin, Carl Heymanns Verlag.
- VÍRGALA FORURIA, E. (2018), "El artículo 155 de la Constitución: teoría y práctica". En: PENDÁS, B. (dir.), GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E. y RUBIO NÚÑEZ, R. (coord.), *España constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*, Tomo V, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 4315-4336.

# Transparencia (judicial)

## Judicial Transparency

Alejandro Coteño Muñoz  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[acoteno@pa.uc3m.es](mailto:acoteno@pa.uc3m.es)

Recibido / received: 16/11/2018  
Aceptado / accepted: 13/02/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4700>

### Resumen

La transparencia judicial representa una de las más importantes demandas de la ciudadanía a la Justicia. Tanto desde las instituciones como desde la Jurisprudencia y la Doctrina se ha afirmado repetidas veces la importancia de esta transparencia, sin embargo, hasta el momento, no se ha realizado un estudio profundo y sistemático de la misma. Es por ello que este texto trata de ahondar en el concepto de “transparencia judicial” y fijar los términos para futuros estudios y reformas. Así, por una parte, se analiza la publicidad activa –la publicación de información– y, por otra parte, la publicidad pasiva –el derecho de acceso a la información–, todo ello diferenciando si se trata de información relativa al Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) o de información judicial en sentido estricto. Para concluir, se aportan unas conclusiones que defienden la necesidad de reformas que ensanchen la transparencia judicial a fin de no dejarla en simples palabras.

### Palabras clave

Publicidad activa, publicidad pasiva, derecho de acceso, interesado, rendición de cuentas.

### Abstract

*Judicial transparency represents one of the most important demands from the citizenship to Justice. From the institutions, as well as from Jurisprudence and Doctrine, the importance of this transparency has been repeatedly declared, however, until now, a deep and systematic study of it has not been carried out. That is why this text tries to delve into the concept of “judicial transparency” and set the terms for future studies and reforms. Thus, on the one hand, active transparency is analyzed –the publishing of information– and, on the other hand, passive transparency –the right of access to information–, all this distinguishing between information related to the General Council of the Judiciary or judicial information strictly talking. To end up, conclusions, which defend the need of reforms that broaden judicial transparency, so as not to leave it in simple words, are provided.*

### Keywords

*Active transparency, passive transparency, right of access, interested, accountability.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Transparencia (judicial). 3.  
Transparencia judicial activa. 4. Transparencia judicial pasiva. 5.  
Conclusiones.



## 1. Introducción

En las últimas dos décadas y, sobre todo, a partir de 2008 con el estallido de la crisis económica, la Justicia española ha sufrido un deterioro reputacional importante. Aunque es cierto que el aumento de macroprocesos contra la corrupción y las últimas reformas legislativas invitan a pensar que se están tomando cartas en el asunto, lo cierto es que los ciudadanos, por lo general, no tienen una buena imagen de la Justicia en España (Juezas y Jueces por la Democracia, 2017).

Una de las demandas más compartidas por la ciudadanía es la de una mayor transparencia y así se está recogiendo legislativamente. A modo ejemplificativo, resulta destacable, en primer lugar, la defensa del derecho del ciudadano a tener una Justicia transparente que realizan los arts. 1 a 4 de la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia (Congreso de los Diputados, 2002). Asimismo, es importante el alegato a favor de la utilidad de la transparencia judicial para favorecer la regeneración democrática y el desarrollo social que se realiza en el párrafo segundo del Preámbulo de la Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIBG). Por último, y en estricto orden cronológico, también resulta significativa la apuesta del Ministerio de Justicia por una Justicia transparente, ya que en su III Plan de Gobierno Abierto se apuesta de manera explícita por una política de datos abiertos en el ámbito judicial a fin de promover una Justicia abierta y, por ende, transparente (Gobierno de España, 2017: 72-76).

Es por ello que este estudio intenta definir, o más bien clarificar, el concepto de transparencia judicial estudiando tanto su vertiente activa –la publicación de información– como su vertiente pasiva –el derecho de acceso a la información–. Asimismo, además de dividirse el texto en transparencia activa y transparencia pasiva, se analiza de forma separada la transparencia en lo que respecta a la información administrativa del CGPJ, por estar incluido entre los sujetos a los que se les aplica la LTAIBG, y la información judicial, que no se considera pública y no cae bajo la regulación de esta Ley. Aunque un estudio focalizado sobre la información estrictamente judicial hubiera resultado más puro, resulta conveniente hacer referencia al CGPJ al ser el órgano de gobierno del Poder Judicial y porque, con su análisis, podemos determinar las diferencias entre la transparencia pública y la transparencia judicial.

Así las cosas, este texto comienza definiendo la transparencia como concepto general para derivarlo a su vez en la transparencia judicial. Una vez que se ha fijado este concepto y se conoce, en cierta medida, su evolución a nivel general en España en las últimas décadas, se analiza la vertiente activa del mismo, es decir, la publicación de información judicial sin que medie solicitud. Para ello, se estudia primero la transparencia activa en el ámbito del CGPJ para continuar después con la publicación de información por parte del resto del Poder Judicial. Posteriormente, pasamos a la vertiente pasiva, es decir, el derecho de acceso a la información, ya sea en lo relativo al CGPJ –a la LTAIBG–, para lo que se acude incluso a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), ya sea en el ámbito de la información estrictamente judicial.

Finalmente, se aportan una serie de conclusiones que, además de sintetizar todo lo estudiado, pretenden llamar la atención sobre la necesidad de ampliar la transparencia judicial existente. De lo contrario, ni las demandas de la ciudadanía, ni los intereses tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo –expresados en diversos textos a los que se ha hecho referencia– se verán materializados en hechos.

## 2. Transparencia (judicial)

La transparencia es un concepto por todos defendido, pero por pocos comprendido en su totalidad. Se trata de un medio para la consecución de distintos fines y no de un fin en sí mismo (Cabrerás Guijarro, 2016: 3), por lo que, al depender del fin que se busque conseguir, la transparencia deviene en un concepto dinámico, cambiante, lo cual dificulta en gran medida acertar a encontrar una definición óptima de la misma (Arroyo Díaz et. Al, 2012: 39). Es por esta razón que se podría afirmar que todas las definiciones del concepto “transparencia” que maneja la ciencia son correctas e incorrectas a la vez.

Sin embargo, aunque sea de manera aproximada, es necesario acoger alguna definición que permita *grosso modo* conocer los extremos de este concepto. A fin de trabajar con la definición menos excluyente posible, una buena opción es acudir a la RAE, que define “transparencia”, a efectos de este estudio, como: “3. Que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse” y “4. Claro, evidente, que se comprende sin duda o ambigüedad”. Lógicamente, esta definición es demasiado amplia como para comprender la transparencia en un ámbito general pero ciertamente circunscrita al Derecho y Gobierno públicos. No obstante, podemos extraer dos conceptos clave para la comprensión del término: la claridad y la ausencia de opacidad (Alonso Cuevillas-Sayrol, 2015: 117-118).

Teniendo en cuenta ambos factores, así como la innegable multidisciplinariedad del concepto, conviene acudir al análisis de su triple dimensión realizado por Ramírez Villaescusa (2010: 21 y ss.). De acuerdo con este autor, primero se encuentra la dimensión jurídica, que se refiere al derecho a la información de los ciudadanos sobre la documentación o información pública. En segundo lugar, aparece su dimensión económica, esto es, cómo a través de la transparencia se eliminan las asimetrías de información, favoreciéndose, de esa manera, la competencia. Finalmente, surge la dimensión política, es decir, la transparencia como política pública.

Así las cosas, este trabajo se centrará sobre la dimensión jurídica, si bien la dimensión política también tendrá cierta importancia. En este sentido, una primaria definición puede ser la aportada por la Unión Europea en su Glosario, que reza lo siguiente: “la transparencia está vinculada a un mayor acceso a la información y a los documentos de la Unión Europea para el ciudadano, una mayor participación en la toma de decisiones y una mayor legibilidad de los textos” (Unión Europea, 2003). Asimismo, Transparencia Internacional (2009: 48) define este concepto como: “la cualidad de un gobierno, empresa, organización o persona de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones”.

A través de estas dos definiciones generales de la transparencia, se pueden extraer las dos dimensiones clave que la gran mayoría de autores comparten, esto es, la divulgación de la información (publicidad activa) y el derecho de acceso de los ciudadanos a la información (publicidad pasiva). Así, lo único que resta antes de analizar las dos vertientes de la transparencia es derivar este concepto general de transparencia al ámbito judicial.

Esta derivación ya ha sido realizada por el propio Ramírez Villaescusa (2010: 69) y define la transparencia judicial como “el flujo incremental de información jurisdiccional, institucional y administrativa, que con carácter oportuno y confiable, es

accesible a todos los actores relevantes del sistema judicial”<sup>1</sup>. Así, esta definición será la que manejemos en adelante, pues contiene en sí misma tanto la publicidad activa –flujo incremental de información– como la publicidad pasiva –con carácter accesible.

Pues bien, ahora que ya tenemos una definición de “transparencia judicial” con la que trabajar, podemos adentrarnos a estudiar tanto su vertiente activa, como su vertiente pasiva. Sin embargo, conviene realizar un recorrido previo por la historia y evolución de transparencia judicial en España a fin de conocer cómo hemos llegado a la situación actual<sup>2</sup>.

No se recuerda ningún intento claro y veraz de abogar por la transparencia judicial, aunque los resultados no hayan sido óptimos, hasta el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 2001. En el ámbito de este Pacto ya se afirmaba la necesidad de atender al principio de transparencia, por lo que, en 2002, la Comisión de Seguimiento de dicho Pacto suscribió la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia. Esta Carta constituye el germen del Plan de Transparencia Judicial de 2005, pues dedica sus artículos 1 a 4 a un primario desarrollo del principio de transparencia judicial, entendiendo esta como un derecho de la ciudadanía. Posteriormente, será la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, la que desarrolle este principio de transparencia en su art. 14 y la responsable de que surja este Plan de Transparencia Judicial suscrito por el Ministerio de Justicia en 2005.

El aspecto más destacable del Plan son los instrumentos que fija como necesarios para poder dotar al Poder Judicial de una verdadera transparencia. Mientras que los objetivos y las razones de este Plan no sorprenden a nadie, los instrumentos de este establecen las herramientas que, posteriormente, serán desarrolladas en ulteriores actuaciones en favor de la transparencia judicial. Entre estos, son destacables la creación de una estadística judicial, la apuesta por las tecnologías de la información y las comunicaciones, la creación de los Registros de la Administración de Justicia y la ampliación de la transparencia a los Secretarios Judiciales y al Ministerio Fiscal (Alonso Cuevillas-Sayrol: 2015: 119-120).

Sin embargo, este primer intento de dotar al Poder Judicial de una mayor transparencia no obtuvo los resultados esperados, al menos en un principio. Como bien defiende Villoria Mendieta (2014: 13-14), la tradicional opacidad de la Administración Pública, la falta de voluntad política y la crisis del sistema político y económico<sup>3</sup>, fueron las razones que provocaron que, hasta 2013, no se realizasen mayores progresos en esta materia. Así, es en este año cuando se promulga la LTAIBG y, de acuerdo con las obligaciones de publicidad activa y pasiva que en esta se establecen, el CGPJ suscribe un Convenio con Transparencia Internacional,

---

<sup>1</sup> Esta definición, a su vez, parte de la adoptada por Wences Simón y Villoria Mendieta (2010: 48), que dispone que “la transparencia puede ser definida como el flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico, social y político, accesible a todos los actores relevantes”.

<sup>2</sup> A continuación se va a analizar la evolución de la transparencia judicial en España partiendo del Plan de Transparencia Judicial aprobado por el Ministerio de Justicia en 2005 hasta llegar al reciente Repositorio de datos sobre procesos por corrupción creado en 2015. A fin de no extender en demasiado este texto, únicamente se mencionarán las innovaciones y modificaciones más importantes en cada uno de los hitos de la transparencia judicial española, en vez de analizar en profundidad cada uno de ellos.

<sup>3</sup> Aunque Villoria Mendieta no lo menciona, cabe pensar que el Caso Dívar impulsase esta política de transparencia del CGPJ con el objetivo de limpiar su imagen. Esta teoría cobra fuerza analizando el texto elaborado por Cabrejas Guijarro (2016), siendo esta vocal del CGPJ, en el que se admite la desconfianza ciudadana en las instituciones y se realiza especial hincapié en la información económica y presupuestaria del propio Consejo.

además de crear su propio Portal de Transparencia, ambos en fecha 2 de julio de 2014.

En este primario Portal de Transparencia se comienza publicando únicamente información de carácter institucional, financiera y de selección y nombramiento de cargos, es decir, de personal. No obstante, con el tiempo se ha ampliado la información disponible y se ha incluido, entre otras cosas, la publicación de sentencias del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales; y las incompatibilidades de los miembros de la carrera judicial.

De todas formas, aunque todas estas medidas revisten una gran importancia, el hito más destacable en relación con este Portal de Transparencia ha sido la creación de un Repositorio de datos sobre procesos por corrupción, el cual se incluyó en la página web del Poder Judicial ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)) en fecha 12 de enero de 2017. Este archivo responde a la demanda ciudadana de conocimiento del número de casos abiertos por corrupción, así como de las condenas impuestas a sus culpables. Aunque adolece de ciertas deficiencias, no cabe duda de que se trata de un avance muy importante en materia de transparencia. Tanto es así que, si bien se percibe en el imaginario colectivo la imagen de que España es un país menos transparente a nivel judicial que sus vecinos europeos, muy pocos países de la Unión Europea manejan repositorios o archivos comparables con el aquí mencionado<sup>4</sup>.

Con todo, se puede concluir provisionalmente que el desarrollo en materia de transparencia judicial desde 2005 ha sido inmenso, si bien, el mayor progreso se percibe a partir de 2013. Asimismo, a través de este repaso a la historia de transparencia judicial española, se determina que este análisis no puede limitarse al aspecto meramente judicial, esto es, el Poder Judicial *stricto sensu*, sino que debe incluir el análisis de la información pública, por cuanto lo relacionado con el CGPJ, aun tratándose únicamente de información administrativa, entra dentro de esta categoría<sup>5</sup>.

### 3. Transparencia judicial activa: publicación de información

La primera dimensión de la transparencia es la transparencia activa o, también denominada, publicidad activa. Aunque lo óptimo sería poder realizar, en primer lugar, un análisis general de la transparencia activa, para posteriormente pasar a analizar la relacionada con la información pública y, después, con la estrictamente judicial, esto no es posible debido a que las diferencias entre ambas son demasiado grandes y el nivel de estudio por parte de la doctrina de la primera es mucho mayor que en el caso de la segunda. Es por ello que a continuación nos centraremos por completo en la publicidad activa de la información pública, por cuanto afecta al CGPJ y, después, analizaremos en detalle la publicidad activa de la información judicial.

Sin embargo, como es lógico antes de analizar ambas por separado, debemos diferenciarlas con claridad. La razón de que la información judicial no sea considerada

<sup>4</sup> Los únicos países de la Unión Europea, salvando las distancias en la forma de presentación, que publican información sobre casos de corrupción al nivel o cerca del nivel de España son Alemania ([www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/Statistiken/Lagebilder/Lagebilder/Korruption/korruption\\_node.html](http://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/Statistiken/Lagebilder/Lagebilder/Korruption/korruption_node.html)), Croacia ([www.dzs.hr/default\\_e.htm](http://www.dzs.hr/default_e.htm)), Dinamarca (<http://www.statbank.dk/statbank5a/default.asp?w=1366>), Eslovenia (<http://pxweb.stat.si/pxweb/Database/Demographics/Demographics.asp>), Rumanía ([www.just.ro/date-statistice](http://www.just.ro/date-statistice)) y Suecia ([www.bra.se](http://www.bra.se)).

<sup>5</sup> La información relativa al Poder Judicial no es considerada información pública, y por tanto no se rige por la LTAIBG, al no encontrarse este dentro del ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley contenido en los arts. 2 y 3.

información pública se halla en el art. 2 LTAIBG, el cual marca el ámbito subjetivo de aplicación de dicha Ley. En ninguno de los apartados de dicho precepto se halla mencionado el Poder Judicial por lo que la información relacionada con el mismo no será considerada información pública y, por tanto, no se regirá por la LTAIBG. Por el contrario, en el apartado f), y únicamente para la información de carácter administrativo, sí que se menciona al CGPJ siendo así que, en este ámbito, el CGPJ se rige por la LTAIBG. Por esta razón, en esta voz, vamos a diferenciar entre la información pública que ha de publicar el CGPJ y lo relativo a la información judicial del propio Poder Judicial.

Aunque, como se percibe a primera vista, toda la información administrativa que ha de publicar el CGPJ está lejos de ser considerada judicial, dos razones son las que justifican la inclusión de su análisis en esta voz. Primero, el hecho de que el CGPJ es el órgano de gobierno del Poder Judicial; y segundo, la importancia de comprender los elementos clave de la publicación de información pública de forma activa y del derecho de acceso a la información, como base de todo estudio relativo a la transparencia.

Así, en el ámbito de la información pública, de acuerdo con el art. 5.1 LTAIBG, se podría definir la “transparencia activa” como “[la publicación] de forma periódica y actualizada de la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”.

Más allá de la regulación de esta publicidad activa, a la que posteriormente nos referiremos, es necesario hacer mención a la naturaleza de este concepto y a sus implicaciones en el buen gobierno. En primer lugar, se diferencia del derecho de acceso, objeto de estudio en el epígrafe siguiente, en el hecho de que aquí son los propios órganos y organismos públicos quienes ponen a disposición de la ciudadanía los datos, sin esperar a que los ciudadanos los demanden (Villoria Mendieta, 2014: 9). En todo caso, ambas variantes de la transparencia mantienen una relación inversa, pues a mayor publicidad activa, menor demanda de publicidad pasiva, y viceversa.

Segundo, aunque en numerosas ocasiones se la confunde con la rendición de cuentas, ambos términos no son sinónimos<sup>6</sup>. La rendición de cuentas se suele traducir por *accountability* pero, aunque es un término que se le acerca mucho, es necesario matizar que, como defienden Schedler (2004: 12-19) o Sosa (2011: 23 y ss.), esta debe incluir tanto la *answerability*, es decir, la información y justificación de las actividades y decisiones públicas, como el *enforcement*, esto es, la capacidad de imposición de sanciones ante incumplimientos conocidos a través de esta transparencia.

De esta manera, la rendición de cuentas no puede entenderse como sinónimo de transparencia, sino como una consecuencia beneficiosa de esta. A *sensu contrario*, es perfectamente posible la existencia de una transparencia que no conlleve la exposición de los razonamientos que han llevado a la toma de una decisión de carácter público o, asimismo, una transparencia donde no exista la capacidad de imponer sanciones ante incumplimientos. Es por ello que la rendición de cuentas es una de las mejores consecuencias, sino la mejor, de una adecuada política de transparencia, pero en ningún caso es lo mismo.

Así las cosas, se concluye que, dentro de la transparencia, y especialmente de su vertiente activa, la rendición de cuentas y la reutilización de datos, con su

---

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, véase Hambergren (2002), Fiss (1997) o Lalinde Ordóñez (2014) entre otros.

estrecha relación con los datos abiertos, ostentan un papel fundamental a fin de dotar a la transparencia activa –aunque también en lo relativo a la transparencia pasiva– de una elevada eficacia en su papel de control del Poder Público (Fernández Ramos, 2018: 223).

Finalmente, tal y como afirma Villoria Mendieta (2014: 9 y ss.), se ha de destacar que la publicidad activa es la herramienta más importante en el ámbito de la transparencia, pues permite que, a través de las tecnologías de la información, los ciudadanos gocen por defecto de una enorme cantidad de datos, los cuales permitan alcanzar mayores cotas de gobierno abierto y mejorar, a través de la auditoría y el control ciudadano, la eficacia de los poderes públicos, tal y como veremos a continuación.

En relación con esta disposición de enormes cantidades de datos, también es necesario hacer referencia al aspecto que, en esencia, permite dotar de un sentido material a la propia transparencia, que no es otro que la posibilidad de reutilización de los datos. En este sentido, merece la pena detenernos y realizar un pequeño análisis de cómo esta reutilización influye sobremanera en la existencia de una efectiva rendición de cuentas y permite dotar de mayor efectividad a cualquier política de transparencia.

A través de la reutilización, es compartido por todos que se permite el análisis de los datos facilitados por el Poder Público y, así, se abre la puerta al procesado de información que dota de sentido a la mera transparencia. Sin embargo, la clave en este ámbito no se halla en qué se entiende por reutilización o en sí, efectivamente, debe ser permitida, sino que, lo que realmente reviste importancia son las características que deben mostrar los datos para que puedan ser reutilizados.

Así las cosas, Cerrillo i Martínez (2012: 717) ha identificado tres requisitos que debe cumplir la información facilitada a fin de poder ser reutilizable: i) estructuración; ii) apertura, y iii) procesabilidad. Estos tres requisitos, aunque sobre todo el segundo, nos llevan irremisiblemente a la necesidad de una política de datos abiertos. De acuerdo de nuevo con Cerrillo i Martínez (2017: 8), por “datos abiertos” entendemos:

“aquellos datos que las administraciones públicas ponen a disposición de la ciudadanía en unos formatos y con unas condiciones que facilitan la reutilización gracias al hecho de que son fácilmente localizables, reutilizables y no están sometidos a restricciones técnicas o jurídicas que limiten o dificulten la reutilización al estar en formatos no procesables automáticamente o por la necesidad de proteger, por ejemplo, la propiedad intelectual o los datos personales”.

De este modo, y para permitir una efectiva reutilización de estos datos abiertos, se tendrán que respetar una serie de principios jurídicos asociados (Cerrillo i Martínez, 2014: 66), a saber: i) accesibilidad; ii) calidad; iii) responsabilidad; iv) seguridad; v) neutralidad tecnológica; vi) eficacia; vii) interoperabilidad; y viii) protección de datos personales<sup>7</sup>. A mayor abundamiento, en aplicación de estos principios, estos datos abiertos deberán presentar su contenido sin alteraciones y sin desnaturalizar su sentido, citando la fuente de donde provienen y mencionando, asimismo, su última actualización (*ibidem*: 69). Esta será la única manera de dotar de una cierta seguridad jurídica a dichos datos.

---

<sup>7</sup> Se han elegido los principios mencionados por Cerrillo i Martínez porque permiten continuar el análisis realizado por el autor en relación con la reutilización de los datos y la transparencia, pero perfectamente podrían haberse citado los mencionados por Elena (2015: 3), que son los siguientes: i) accesibilidad; ii) no discriminación; iii) reusabilidad; iv) sostenibilidad; y v) relevancia.

Sin embargo, en este momento, surge la necesidad de publicar de manera eficiente y efectiva una cantidad ingente de datos públicos respetando al mismo tiempo todas las garantías y principios aquí mencionados. En respuesta a ello, nuestro autor de referencia en el ámbito de los datos abiertos, Cerrillo i Martínez (2018: 9-11), afirma que es necesario aportar soluciones desde la propia gestión documental, unificando todo el sistema e incluyendo en esta información todos los metadatos necesarios para garantizar su accesibilidad, visibilidad e interoperabilidad.

Así las cosas, teniendo en cuenta todo lo apuntado hasta ahora, debemos analizar cuáles son los datos, en relación con el CGPJ, que se deben publicar. Para ello, acudiremos al Portal de Transparencia de este órgano y enumeraremos la información que se publica de acuerdo a los arts. 6 a 8 LTAIBG. En este sentido, primero, en lo relativo a la información institucional, organizativa y de planificación del art. 6 LTAIBG, tal y como específica Villoria Mendieta (2014: 20), el CGPJ publica su organigrama, así como las funciones de cada una de las comisiones y cargos que lo integran (Presidencia, Pleno, Comisión Permanente, otras comisiones, altos cargos y órganos técnicos).

En segundo lugar, en cuanto a la información de relevancia jurídica, el CGPJ publica los Acuerdos, tanto del Pleno como de sus Comisiones Permanente, de Igualdad, Disciplinaria y de Asuntos Económicos. También se incluye un apartado destinado a todas las normas de aplicación del CGPJ. Además, se incluyen todos los convenios suscritos, así como los informes, estudios y memorias al efecto.

Tercero, en el ámbito de la información económica, presupuestaria y estadística, la información publicada se halla centralizada en el Portal de Transparencia del CGPJ. En él se contiene información sobre la gestión del presupuesto de este órgano, así como de diferentes convenios y subvenciones con contenido económico. Además, es destacable la existencia de una estadística judicial con datos e informes sobre aspectos tan variados como la estructura demográfica de la carrera judicial, la violencia sobre la mujer o el efecto de la crisis económica sobre los órganos judiciales.

En este sentido, aunque se haya mencionado en último lugar, la estadística judicial goza de un papel preeminente en cuanto a importancia dentro de la transparencia judicial. Tal y como ha reconocido Naciones Unidas (2010), la Comisión Europea (2016) o el propio CGPJ (2005), la estadística judicial es el instrumento fundamental a la hora de crear o implementar políticas públicas.

Sin embargo, la simple existencia de estadísticas no permite el desarrollo de políticas públicas. Como es lógico, las estadísticas judiciales que se desarrolle deben permitir un análisis profundo y detallado del ámbito judicial a través de datos cuantitativos. En virtud del ello, Naciones Unidas (2010: 6-10) –a quien seguimos por la claridad en su exposición<sup>8</sup>– dispone que, para que las políticas públicas subsiguientes sean eficientes, los datos que en ellas se contengan deberán referirse a tres aspectos distintos. En primer lugar, es necesario que incluyan datos relativos al volumen de casos, a fin de poder comparar entre diferentes jurisdicciones y analizar el porcentaje de resolución de los procesos. Segundo, resulta ineludible añadir datos sobre las características de los casos, conociendo, de esta manera, en qué sentido se han dirigido las resoluciones dictadas. Finalmente, con el objetivo de incluir una variable relativa a la eficiencia, es necesario manejar datos relativos a los recursos

<sup>8</sup> A este respecto, también Elena (2015: 3) y Pastor Prieto y Maspóns (2005: 41-61) hacen referencia a la estructura y composición de los datos que deben integrar la estadística judicial. No se han incluido porque, aunque en diferentes términos, se refieren a los mismos requisitos que Naciones Unidas.

utilizados pudiéndose aproximar entonces el nivel de desempeño de la Administración de Justicia.

Por otro lado, y pasando ahora a analizar la información judicial, al contrario de lo establecido para el CGPJ, la transparencia activa judicial goza de una regulación escasa por cuanto la información que se publica sin mediación de una solicitud es muy reducida. Si obviamos la comunicación de resoluciones judiciales a las partes, únicamente resta mencionar la publicación de sentencias en el CENDOJ<sup>9</sup> y la información que se facilita a los periodistas por las Oficinas de Comunicación del CGPJ, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia.

El CENDOJ resulta fundamental en lo relativo a la transparencia activa porque, además de realizar muchas otras labores –la mayoría encuadrables en servir de apoyo a los miembros de la carrera judicial–, publica todas las sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, así como las que los titulares de los Juzgados consideran de relevancia jurídica. Al fin y al cabo, se trata de la mayor base de datos de jurisprudencia de España (CENDOJ, 2017: 23-24).

Las Oficinas de Información, al contrario que el CENDOJ, aportan información a los periodistas y no al público en general. Además de sentencias, las cuales también se envían al CENDOJ para su publicación, estas oficinas facilitan a los periodistas información de relevancia que deba ser conocida por su interés jurídico o social, tanto si el procedimiento ha finalizado como si todavía se encuentra abierto. La Jurisprudencia permite elaborar un listado a modo de ejemplo de aquellos asuntos que, con carácter general, son relevantes a efectos informativos (Consejo General del Poder Judicial, 2015: 7). Entre estos asuntos se encuentran el mal funcionamiento de los organismos públicos, la corrupción o los acontecimientos de interés general, entre otros. Además, es destacable que, según la STS 178/1993, “por regla general no cabe negar el carácter noticioso a hechos o sucesos de relevancia penal” (Tribunal Supremo, 1993: FJ 4º).

En este sentido, especialmente el CENDOJ ocupa, asimismo, un papel preeminente en la reutilización de la información judicial y en la aplicación de las políticas de datos abiertos anteriormente mencionadas a la *e-justicia* o “justicia abierta”. En este ámbito, las conclusiones anteriormente alcanzadas en relación con el papel beneficioso de la reutilización y los datos abiertos son perfectamente aplicables a la información judicial. No obstante, antes de analizar el concreto papel tanto del CENDOJ como de las Oficinas de Información en este ámbito, conviene adentrarnos en lo entendido por *e-justicia* y sus implicaciones en la transparencia judicial.

De acuerdo con Jiménez Gómez (2015: 3), “justicia abierta” es traducible por el concepto de “*open justice*”, proveniente del *common law*, el cual implica la apertura de los procesos judiciales al público, así como de la información incluida en archivos judiciales y audiencias públicas. Análogamente a lo explicado previamente, las tecnologías de la información han abierto un enorme campo al progreso en esta materia y han permitido que afloren iniciativas, tanto en España como en el extranjero, que abogan por una apertura radical de la Justicia a los ciudadanos.

---

<sup>9</sup> CENDOJ es el acrónimo de Centro de Documentación Judicial. De acuerdo con el art. 619 LOPJ, es un órgano técnico dependiente del CGPJ cuya función es seleccionar, tratar y publicar la información legislativa, jurisprudencial y doctrinal. Para más información, véase <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Centro-de-Documentacion-Judicial--CENDOJ-/El-Cendoj--Mision-y-estructura/>.

Sin embargo, aunque parece clara la idoneidad de esta justicia abierta para mejorar la rendición de cuentas del Poder Judicial y aumentar su legitimación con respecto a la sociedad, no debemos pasar por alto que, sin cumplir determinados requisitos, esta apertura de la Justicia puede convertirse en un arma de doble filo para la ciudadanía. Tratándose de una materia de tamaña importancia, es necesario cerciorarse de que no existen diferencias en la ciudadanía en cuanto a la capacidad de procesamiento de las ingentes cantidades de datos prestadas por el Poder Judicial.

En este sentido, Johnson (2014: 265) apunta a la necesidad de que la ciudadanía ostente las capacidades e instrumentos necesarios para procesar dichos datos a fin de que la justicia abierta no se convierta en un instrumento de apuntalamiento de las desigualdades o diferencias sociales. En otras palabras, resulta necesario regular estrictamente esta prestación de datos y para ello se aprobó hace casi una década el Reglamento 3/2010 sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

Lo más destacable de esta regulación es que el CGPJ, a través del CENDOJ, centraliza la información prestada para la reutilización (art. 1.3). En dicha reutilización, además, el contenido no podrá ser alterado ni desnaturalizado, se debe citar la fuente y la fecha del material objeto de reutilización y se debe verificar la disociación de datos personales en dicha información (art. 3.6).

Así las cosas, aunque todo lo relativo a la justicia abierta se encuentra en una fase muy primaria, resulta indudable que sus efectos sobre la rendición de cuentas son potencialmente muy positivos y que la Administración de Justicia se halla decidida a apostar por ella, toda vez que las nuevas tecnologías facilitan, cada vez en mayor medida, el acercamiento de la Justicia a los ciudadanos.

#### 4. Transparencia judicial pasiva

Teniendo en cuenta todo lo concluido en cuanto a la publicidad activa, lo que nos permite cerrar el círculo de la transparencia y estudiarla en su totalidad es la publicidad pasiva, o dicho de otra manera, el derecho de los ciudadanos –con las restricciones aplicables a cada caso– a tener acceso a la información. Este derecho de acceso permite que la transparencia no se limite únicamente a la información que se publica por defecto y, además, abre la puerta a poder reaccionar con celeridad a los cambios en las necesidades de información, pues no es necesario esperar a que se modifique la regulación y dicha información sea publicada activamente, sino que se puede exigir su acceso en el momento en el que surge la necesidad.

Así, lo que a continuación se va a estudiar es el derecho de acceso a la información pública –para el caso del CGPJ– y el derecho de acceso a la información estrictamente judicial. Si para el caso de la transparencia activa ambos casos se estudiaban de forma separada, en el este caso su distanciamiento será aún más grande, pues no tienen absolutamente nada que ver el derecho de acceso a la información pública y el derecho de acceso a la información judicial.

Por un lado, el derecho de acceso a la información pública comprende el derecho pasivo de los ciudadanos a tener acceso a documentos públicos mediante solicitud (Mendel, 2003: 42-43) y, como hemos dicho, constituye el complemento necesario de la publicidad activa. Esta vertiente pasiva de la transparencia se regula a través del Capítulo III del Título I de la LTAIBG (arts. 12 a 24). A su vez, este capítulo se divide en tres secciones relativas a: i) régimen general (arts. 12 a 16); ii) ejercicio del derecho de acceso a la información pública (arts. 17 a 22), y iii) régimen de impugnaciones (arts. 23 y 24). No obstante, aunque más adelante analizaremos los



límites al acceso a la información pública, es ineludible conocer previamente la naturaleza de este derecho de acceso pues lo que se concluya marcará el resto del análisis.

Este derecho de acceso halla su origen en el “principio de máxima divulgación” de la información pública contenido en el art. 1.a) del Reglamento CE 1049/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Este principio se entiende como la necesidad de “garantizar el acceso más amplio a los documentos [del Parlamento, el Consejo y la Comisión a los ciudadanos]” y sus garantías son las siguientes: i) no será necesario acreditar un interés determinado por la información que se consulta; ii) las barreras de acceso a dicha información pueden ser consideradas censura; iii) el proceso de acceso a dicha información debe ser gratis o, al menos, a un precio no disuasorio, y iv) debe posibilitarse la reclamación, por la vulneración de este principio, ante una autoridad judicial independiente (Cotino Hueso, 2017: 305-309).

Así las cosas, tanto este principio como las garantías que se derivan del mismo, obligan a los Estados Miembros a que el acceso a los documentos sea el mayor posible, o, dicho de otra manera, que las limitaciones que se impongan a este derecho de acceso sean las mínimas posibles. Pues bien, son estas potenciales limitaciones las que nos obligan a estudiar la naturaleza del derecho de acceso a la información pública, pues, dependiendo de la opción que se elija, las posibilidades de reacción serán diferentes.

A nivel español, existen dos opciones en este sentido. La primera, ampliamente defendida en el ámbito europeo, consiste en que el derecho de acceso a la información pública sea considerado derecho fundamental, ya integrado en el derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE (Piñar Mañas, 2014: 5) o en el derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE; o ya concebido como un derecho fundamental autónomo (Guichot Reina, 2012: 24-25). La segunda reside en considerar a este derecho como un principio de actuación de las administraciones públicas.

En un primer momento, resulta muy sencillo justificar que, en España, el derecho de acceso a la información pública es un principio de actuación de las administraciones públicas. Tres son las razones que permitirían afirmar este extremo. En primer lugar, en el art. 105.b) CE se regula claramente este derecho afirmando que: “[la ley regulará] el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de las personas”. Al encontrarse en el Título IV, donde se encuentran los principios de actuación del Gobierno y la Administración, no se trataría de un derecho fundamental. En segundo lugar, este derecho se ha desarrollado mediante la LTAIBG, ley de carácter ordinario y no orgánico, por lo que, de acuerdo con el art. 81.1 CE, no podría tratarse de un derecho fundamental. Finalmente, en tercer lugar, el propio Tribunal Constitucional, en su STS 161/1988, de 20 de septiembre, (FJ 6º), ha declarado que la vulneración de este derecho no permite el acceso al recurso de amparo.

Sin embargo, cuando se acude al Derecho europeo, se abren dos vías para considerar a este derecho como un derecho fundamental y, por tanto, que su protección ante potenciales vulneraciones o restricciones sea mayor. Primero, es posible la creación de un derecho fundamental *ex novo* a través del derecho de acceso a la información pública del art. 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Moreno González, 2015: 100-101). No obstante, se plantea el problema de que la “información pública” a la que se aplica es únicamente la relativa

al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea. Ante este obstáculo, de acuerdo con Cotino Hueso (2017: 294), cabe añadir que se deberá tratar como derecho fundamental siempre que se aplique Derecho de la Unión Europea o se persiga algún objetivo del Derecho de la Unión Europea o derivado, siendo claros objetivos de la Unión tanto la democracia como la transparencia.

Por otro lado, existe otra vía más clara y concreta para la consideración del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, y la podemos encontrar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Para comenzar con el análisis de esta Jurisprudencia, lo primero es acudir al art. 10 CEDH que dispone que: “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”. De esta manera, al incluirse la recepción de información dentro de un derecho humano, se podría entender este derecho de acceso como un derecho fundamental gracias a la cláusula de dinamismo interpretativo del art. 10.2 CE, si bien, de la Jurisprudencia del TEDH surge un obstáculo adicional.

Dentro de la Jurisprudencia del este Tribunal, se pueden diferenciar tres etapas clave a este respecto. En primer lugar, hasta 1999, el Tribunal no recogía la existencia de un derecho de acceso a la información, pues se trataba la libertad de información desde el emisor y no desde el receptor (Fernández Vivas, 2016: 325)<sup>10</sup>. Al fin y al cabo, el nexo entre el derecho de acceso a la información y el derecho a recibir información como condición de la libertad de expresión no estaba constituido.

Posteriormente, en el intervalo contenido entre 1999 y 2013, se aprecia una clara evolución del Tribunal hacia la inclusión del derecho de acceso a la información pública dentro del derecho a recibir información del art. 10 CEDH. El Tribunal declara en repetidas ocasiones que el derecho a recibir información se encuentra indisolublemente unido al derecho de acceso a la información, si bien, no obstante, establece un límite adicional en cuanto al sujeto titular de este derecho. En las SSTEDH *Tárgáság y Szabagsagjogokert c. Hungría* (TEDH, 2009a) y *Kenedi c. Hungría* (TEDH, 2009b), el Tribunal limita este derecho de acceso a la información, concebido como derecho humano, a los *social watchdogs* o “perros guardianes”, esto es, a quienes fomentan el debate público a través de la información recopilada, y con ello posibilitan la libertad de expresión del público general<sup>11</sup>. En este momento, prima una visión formal del *social watchdog*, es decir, solo se le reconoce este papel a quien se dedica más o menos profesionalmente a transmitir información al público y no a cualquier ciudadano.

Así las cosas, se sigue prohibiendo el establecimiento por el Estado de barreras al acceso a la información por parte de los ciudadanos y, además, este se halla obligado a responder a las solicitudes de información por parte de estos *social watchdogs* –aunque prime una concepción formal del mismo–, ya sea

<sup>10</sup> Dentro de este periodo, la resolución más importante es la STEDH *Leander c. Suecia*, donde el Tribunal regula este derecho únicamente prohibiendo al Estado que establezca barreras a la información que otros quieran proporcionar al solicitante. Sin embargo, de ninguna manera obliga al Estado a prestarle a esta información pública contenida en un registro (TEDH, 1987: § 74).

<sup>11</sup> En la primera de ambas sentencias, el receptor de la información es la ONG Unión de Libertades Civiles Húngara dedicada a la promoción de los derechos fundamentales. En la segunda, quien recibe la información es el Sr. Kenedi, historiador especialista en los servicios secretos de los antiguos países comunistas. Se considera que ambos, con su actividad, contribuyen a posibilitar el debate público y, con ello, favorecen la libertad de expresión

proporcionándoles la información requerida o denegándosela, pero siempre mediando una justificación razonable en este sentido (Fernández Vivas, 2016: 326-329).

Finalmente, a partir de 2013, el TEDH culmina una evolución que, aunque no amplía la titularidad de este derecho a todos los ciudadanos, al menos elimina la consideración formal del perro guardián, permitiendo que de facto cualquier ciudadano, en determinadas circunstancias, pueda ser considerado en este sentido. En primer lugar, es destacable la STEDH *Young Initiative for Human Rights c. Serbia* (TEDH, 2013), o más concretamente, el Voto Particular de los magistrados Sajo y Vucinic.

En este sentido, mientras que la resolución mayoritaria sigue anclada en la línea de las sentencias contra Hungría, el voto particular aporta tres reflexiones de vital importancia al debate sobre la titularidad del derecho de acceso a la información pública, entendido como un derecho humano (TEDH, 2013: 12-13). En primer lugar, afirma que, debido al auge de Internet, la diferencia entre el “perro guardián” a nivel formal y el resto de ciudadanos se está difuminando, por lo que la transparencia debe poder ser abierta a todos los ciudadanos. En segundo lugar, opta por establecer obligaciones de prestación de información al Estado, ya que, debido a la complejidad de los datos y de su almacenamiento, si esta obligación no se establece, sería imposible que los ciudadanos pudieran acceder a ella. Finalmente, en tercer lugar, advierte de que distinciones meramente artificiales entre información pública y privada no hacen más que impedir el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Finalmente, también es importante hacer referencia a la STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* (TEDH, 2016) que, siguiendo el razonamiento del voto particular de la STEDH *Young Initiative for Human Rights c. Serbia*, opta por una consideración informal del concepto de “perro guardián”. Para ello, establece cuatro preguntas cuyas respuestas constituirán indicios para la consideración o no del solicitante de información como *social watchdog*<sup>12</sup>. Así las cosas, aunque el TEDH no ha universalizado este derecho, al menos ahora, cualquier ciudadano, siempre que con dicha información desee contribuir al debate público, tiene reconocido su derecho de acceso a la información pública entendido como parte del derecho a recibir información, integrante este a su vez del derecho humano a la libertad de expresión del art. 10 CEDH.

Por todo ello, existe base para concluir que el derecho de acceso a la información pública tiene, en España, carácter de derecho fundamental, al menos para quienes puedan ser considerados *social watchdogs*. Aunque de su inclusión en el art. 105.b) CE se denota la voluntad del constituyente de tratar este derecho como un principio de actuación de las Administraciones Públicas, la jurisprudencia del TEDH, a través del art. 10.2 CE y su cláusula de dinamismo interpretativo, nos obliga a catalogarlo como un derecho fundamental derivado de la libertad de expresión y de información del art. 20.1.a) y d) CE.

Asimismo, cabe añadir que, en el futuro, de mantener el TEDH la línea argumentativa de su STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, los criterios para ser considerado perro guardián serán cada vez más laxos. Es lógico pensar que, ante la dificultad creciente para diferenciar entre un ciudadano, llamémosle ordinario, y un

---

<sup>12</sup> Las cuatro preguntas establecidas por el TEDH (2016: § 157-170) son: i) ¿Cuál es la finalidad de la solicitud de información?; ii) ¿La información solicitada tiene un interés público?; iii) ¿El solicitante tiene carácter formal de “perro guardián”?; y iv) ¿La información solicitada está ya lista y preparada?

“perro guardián”, finalmente se adopte la postura de universalizar este derecho y no restringirlo a quienes, por razones de oficio, contribuyen diariamente al debate público.

No obstante, aun teniendo en cuenta la consideración del derecho de acceso como derecho fundamental y no como principio de actuación, la situación ante una buena actuación de las Administraciones Públicas no cambiaría demasiado. En este sentido, lo más relevante es que el ciudadano se encontraría más protegido ante restricciones extralimitadas o arbitrarias del derecho de acceso a la información pública por parte del Estado, pues de acuerdo con el art. 53.2 CE se podría acudir al recurso de amparo. Adicionalmente, y a fin de no entrar a realizar un análisis profundo de las modificaciones que deberían realizarse, es necesario que este derecho de acceso pase a regularse mediante Ley Orgánica, tal y como establece el art. 81 CE.

Pues bien, ahora que se ha hecho referencia a la naturaleza del derecho de acceso a la información pública, conviene estudiar los límites de este derecho, según los arts. 14 y 15 LTAIBG. Previamente, es necesario hacer referencia, por un lado, a que la interpretación deberá ser, en todo caso, extensiva con el derecho de acceso y restrictiva en cuanto a sus límites (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, 2015: 3), y, por otro, a que no existe una primacía de la transparencia por defecto, o de forma general, aunque se trate de datos con un interés social o público muy relevante (Burgar Arquimbau, Gallego García y Faus Mascarell, 2016: 30).

Teniendo en cuenta lo anterior, al recibir una solicitud de información, el órgano receptor acudirá, en primer lugar, al art. 15 el cual hace referencia a la protección de datos personales y realizará una ponderación de interés entre el derecho de acceso a la información pública y la protección del derecho a la intimidad.

Para ello, analizará, en primer lugar, si se trata de datos de carácter personal del art. 3 LOPD, para posteriormente estudiar si se trata de datos reveladores de la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de una persona, si se trata de datos de carácter racial, de salud o de su vida sexual o si dichos datos muestran infracciones penales o administrativas.

Entonces, para ponderar ambos derechos estudiará si, en el caso de los datos referentes a la ideología, religión y creencias existe un consentimiento expreso de publicación por parte del titular de los mismos o si previamente han sido publicados; en lo relativo a los datos raciales, sexuales o de salud, si existe consentimiento o es una norma con rango de Ley quien obliga a su publicación; y finalmente, si se trata de infracciones penales o administrativas, siempre que no conlleven amonestación pública, si hay consentimiento o si obliga una norma con rango de Ley (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, 2015: 4-5). Solo así podrá primar la transparencia sobre la intimidad.

Cuando se ha determinado que no se vulnera el derecho a la intimidad de la persona, se aplica el art. 14 LTAIBG, el cual reza lo siguiente:

“El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) la seguridad nacional; b) la defensa; c) las relaciones exteriores; d) la seguridad pública; e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) los intereses económicos y comerciales; i) la política económica y monetaria; j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; y l) la protección del medio ambiente”.

No obstante, es necesario que el análisis se realice para el caso concreto, evitando denegaciones automáticas de información. Por lo tanto, se realizará un análisis interpretando restrictiva y proporcionadamente este límite atendiendo a la finalidad del bien jurídico dadas las circunstancias del caso. Consecuentemente, es posible que se declare el acceso parcial a la información solicitada, por cuanto exista una parte que suponga un perjuicio y otra parte que no conlleve ninguna lesión (Consejo General del Poder Judicial: 2014: 9-10).

Análogamente a lo dispuesto en relación con la regulación general, la consideración como derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública no modifica en gran medida las limitaciones a este derecho expresadas en los arts. 14 y 15 LTAIBG. Por un lado, en cuanto al art. 15 y su protección de la intimidad, cabe reseñar que, al igual que en la legislación española, el TEDH en su STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2016: 193-200) ha afirmado que no prevalece de por si la protección de los datos personales, esto es, el derecho humano a la intimidad del art. 8 CEDH, sino que debe ponderarse con respecto al art. 10 CEDH. Para dicha ponderación, se tendrán en cuenta aspectos tales como la relevancia pública de los datos mostrados y de los sujetos sobre los que trata, así como el daño efectivo, el cual ha de ser probado, que se provocará con la publicación de la información sobre el derecho a la intimidad de dichos individuos. Por otro lado, en relación con el art. 14 LTAIBG, la concepción del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental tampoco modifica en gran medida la situación española actual pues las causas de denegación de acceso contenidas en el art. 4 del Reglamento 1049/2011 –aunque se refiere únicamente a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión– son similares a las contenidas en la LTAIBG. En ambas normativas se hace referencia tanto a la seguridad pública como a la defensa, las relaciones internacionales o exteriores, el buen devenir de los procedimientos judiciales o la propiedad intelectual, entre otras.

Ahora, como bien se ha mencionado al comenzar este epígrafe, el derecho de acceso a la información pública no tiene nada que ver con el derecho de acceso a la información judicial. Mientras el primero se incardina dentro del derecho fundamental a la libertad de información, y por tanto, dentro de la libertad de expresión, el segundo no ostenta la categoría de derecho fundamental y se halla fuera de los límites de la LTAIBG. En este sentido, la normativa a aplicar se halla tanto en la LOPJ, como en la LEC y en el Reglamento 1/2005 de aspectos accesorios a las actuaciones judiciales, así como, al menos periféricamente, en la LOPD.

Antes de entrar a analizar el derecho de acceso a la información judicial, es preciso puntualizar que el hecho de que el derecho de acceso a la información pública sea considerado un derecho fundamental no tendrá ninguna influencia sobre el derecho de acceso a la información judicial. Esto es así debido a que, como bien se puede comprobar en la Exposición de Motivos de la LTAIBG, no podemos equiparar “información pública” con “información en poder de un organismo del sector público”, tal y como menciona el art. 1.1 de la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de información del sector público.

Si, por el contrario, entendiéramos que la información pública es aquella en poder de un organismo del sector público, tendríamos que realizar todo el análisis de la transparencia judicial entendiendo que la información judicial es información pública y que, por tanto, se rige por la LTAIBG. No obstante, como decimos, la Exposición de Motivos hace referencia a esta Directiva y, tal y como se viene mencionando en todo el texto, no incluye al Poder Judicial en su ámbito de aplicación, siendo así que las

conclusiones sobre el derecho de acceso a la información pública no tendrán ninguna influencia sobre la información judicial.

Dicho esto y pasando a analizar la el derecho de acceso a la información judicial de forma completamente separada de la información pública, la clave se halla en definir, en primer lugar, qué se entiende por “interesado”, pues únicamente quien ostente esta condición tendrá acceso a la información, ya sea cuando el procedimiento judicial en cuestión está abierto o cuando el procedimiento ha terminado. Esta es una cuestión polémica pues, aunque la Jurisprudencia ha dispuesto una definición del mismo, la interpretación de los términos de la misma parece variar según la instancia del proceso en la que nos encontremos.

El Tribunal Supremo (1995), dispone que se apreciará “interés legítimo y directo” –en referencia al concepto de “interesado”– en quien:

“Manifiesta y acredita, al menos *prima facie*, ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso –y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia–, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquel se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte, se halla sujeta a dos condicionamientos:

- a) Que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y
- b) Que si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de tercera personas, y en consecuencia adquiere, como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del Ordenamiento Jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional”.

Sin embargo, es necesario unir la exigencia de este “interés legítimo y directo” con el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (Mira Ros, 2012: 581-594), lo cual ha dado lugar a que la propia Jurisprudencia haya dispuesto que el concepto de “interesado” se irá ensanchando según vaya avanzando el procedimiento hasta que su máxima amplitud se alcance en la audiencia pública, abierta a los ciudadanos en general (Tribunal Supremo, 2015: FJ 3º).

De esta manera, el derecho de acceso a las actuaciones judiciales se gradúa en función de tres fases del procedimiento. En primer lugar, una apertura generalizada a todos los ciudadanos en la audiencia pública, de acuerdo con el principio de publicidad constitucionalizado en el art. 120.1 CE. Segundo, en el extremo de máxima restricción se encuentran los actos de notificación y comunicación de las resoluciones judiciales, cuyo derecho de acceso se limita a las partes. En último lugar, y de forma intermedia, hallamos las actuaciones judiciales ya finalizadas, donde se incluyen las sentencias, para cuyo acceso, el art. 235 LOPJ exige la condición de “interesado” y que, por tanto, no está generalizado como en el caso de la asistencia a la audiencia pública.

Así las cosas, ya se trate de un procedimiento abierto o ya finalizado, parece que la exigencia de una conexión directa y singular con el procedimiento acaba limitando el acceso a las partes o a quien la actuación judicial en concreto le repercute de alguna manera. De esta forma, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, al menos en su vertiente documental, queda vacío de significado (Mira Ros, 2012: 585-586).

Este callejón sin salida, ha dado lugar a diferentes críticas e interpretaciones alternativas por parte de la Doctrina, entre las que podemos destacar la realizada por De Ocaña Lacal (2017: 2-4). Este autor defiende la necesidad de ampliar las fronteras del “interés legítimo y directo” más allá del ámbito procesal para así no circunscribir este interés a “quienes pudiera repercutir o afectar lo que se resuelva en el proceso”.

Este autor defiende que dentro de lo entendido como “interesado” también debe incluirse a quien tiene interés en la información en sí y no en el resultado del proceso. De esta manera, se permitiría acceder a esta información a quienes hacen uso de su derecho fundamental a la producción y creación científica –art. 20.1.b CE en conexión con el principio rector de promoción de la actividad científica del art. 44.1 CE– para quienes esta información es una fuente de conocimiento importantísima.

Y es que, en el fondo, esta reivindicación es ineludible pues este derecho fundamental, en su relación con el principio rector del art. 44.1 CE, no se halla garantizado con una simple posición neutra por parte del Legislador, sino que implica una garantía activa, esto es, una obligación de hacer, de proporcionar las mejores circunstancias posibles para el ejercicio del derecho (Chueca Rodríguez, 2008: 11-12).

Además, la importancia de esta interpretación ha sido implícitamente reconocida por el CGPJ cuando, en su Protocolo de Comunicación de la Justicia (Consejo General del Poder Judicial, 2015), analiza el papel de las Oficinas de Comunicación como cauce institucional de la información judicial. En este documento, el órgano de gobierno del Poder Judicial, aunque limita la información a los periodistas, reconoce que el carácter noticioso o la trascendencia social y política de algunos procedimientos impide que se pueda realizar una interpretación restrictiva, como hasta el momento hemos explicado, del concepto de “interesado”.

En este sentido, llega a contradecir a la Jurisprudencia anteriormente analizada del Tribunal Supremo en lo relativo al derecho de acceso a las sentencias, por cuanto, en aplicación del art. 120.1 CE declarativo del principio de publicidad de las actuaciones judiciales, y teniendo en cuenta que estas se leerán en audiencia pública, el conocimiento debe abrirse a los ciudadanos en general y no a aquel que ha sido parte o a quien le repercuta el resultado del procedimiento. Así, el único límite que se aplica será el del art. 266 LOPJ relativo a la necesidad de preservar la intimidad, si bien este obstáculo se puede salvar con la anonimización de los datos personales que aparezcan en estas resoluciones.

Por todo ello, se concluye que, en lo relativo al derecho de acceso a la información judicial en sentido estricto, la legislación y la Jurisprudencia son excesivamente restrictivas pues únicamente se permite el acceso a las partes o a aquel a quien repercuta el resultado del proceso. Sin embargo, el CGPJ y la Doctrina están abriendo la puerta a que otras personas tengan también acceso a la información derivada de un procedimiento judicial no por su interés en el resultado del mismo, sino por su interés en el contenido jurídico de ese procedimiento.

## 5. Conclusiones

En términos generales, la situación de la transparencia judicial en España, tanto en su vertiente activa –publicación de información– como pasiva –derecho de acceso a la información– es buena. Sin embargo, existen algunas carencias y errores que deben ser solventados. Será en esto en lo que se basarán las conclusiones que siguen a continuación, pues no merece la pena volver a recordar la regulación



específica de tanto la transparencia activa y de la transparencia pasiva en sus respectivos ámbitos de información pública y de información judicial.

En lo relativo a la transparencia activa, la regulación es correcta, si bien, escasa. Tanto si se trata de información pública, en cuanto al CGPJ, como si se trata de información judicial, se establecen muy pocas obligaciones de publicación de información, con lo que, en esencia, todo se deriva hacia la transparencia pasiva. Asimismo, la publicación de datos por separado impide, o al menos dificulta, la utilización de la información en conjunto. En este sentido, sería conveniente un incremento del manejo de estadísticas judiciales. Adicionalmente, se recomienda continuar en el seguimiento de los desarrollos actuales en materia de reutilización de información y justicia abierta.

Por otro lado, en el ámbito de la transparencia pasiva, la situación no es muy alentadora. Primero, en lo relativo a la información pública, la concepción del derecho de acceso como un principio de actuación de las administraciones públicas contradice frontalmente la Jurisprudencia del TEDH que lo integra dentro de la libertad de información, a su vez dentro de la libertad de expresión y, por tanto, le otorga la categoría de derecho humano. Es necesario que se adecúe la regulación del derecho de acceso a esta Jurisprudencia.

Segundo, en el ámbito de la información judicial, la necesidad de ostentar la categoría de “interesado” impide, aun cuando este concepto pierde fuerza según va avanzando el procedimiento, que exista una verdadera transparencia judicial. Si bien es cierto que es necesario proteger el derecho a la intimidad, y por tanto, llegar a un equilibrio entre la ineludible transparencia y este derecho, la Legislación opta por dejar la transparencia a un lado y sobreproteger la intimidad. Únicamente abriendo este derecho de acceso al menos a quienes ostentan un interés en el contenido jurídico del procedimiento se podrá afirmar que se aprecia una verdadera transparencia judicial.

En consecuencia, resulta necesario a futuro reflexionar en profundidad sobre los aspectos mencionados en estas conclusiones a fin de no convertir en papel mojado todas las buenas intenciones expresadas por el Legislador en repetidas ocasiones, y así favorecer una efectiva rendición de cuentas del Poder Judicial ante la ciudadanía, pues solo de esta manera la Justicia podrá recuperar el prestigio que se merece.

## Bibliografía

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (2015), *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo. Análisis comparativo y propuestas de mejora*, J. Bosch, Barcelona.
- ARROYO DÍAZ et Al. (2012), *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina*, Programa Urb-AL III, Barcelona.
- CABREJAS GUIJARRO, M. (2016), “El camino hacia la transparencia en el Poder Judicial”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 1, pp. 1-8.
- CENDOJ (2017), *CENDOJ. 20 aniversario*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Centro-de-Documentacion-Judicial--CENDOJ-/20-Anos-CENDOJ/> (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2018).

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2012), "La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa", ARBOR. *Ciencia, pensamiento, cultura*, vol. 188-756, pp. 707-724.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014), "Los principios de los datos abiertos en la legislación española", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 19, pp. 62-77.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017), "La gobernanza inteligente: datos abiertos y datos masivos al servicio de la innovación en las Administraciones Públicas", *El profesional de la información*, vol. 27, núm. 5, pp. 1128-1135.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y CASADESÚS DE MINGO, A. (2018), "El impacto de la gestión documental en la transparencia de las Administraciones Públicas: la transparencia por diseño", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 19, pp. 6-16.
- CHUECA RODRÍGUEZ, R. (2008), "El derecho fundamental a la investigación científica", *REDUR*, núm. 6, pp. 5-15.
- COMISIÓN EUROPEA (2016), *Policy needs for data on crime (2016-2020)*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=28982&no=2> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2002), *Carta de los derechos de los ciudadanos ante la justicia*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/Carta-de-Derechos-de-los-Ciudadanos-ante-la-Justicia.pdf> (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018).
- CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO (2015), *Criterio Interpretativo CI/002/2015*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios.html> (fecha de consulta: 14 de noviembre de 2018).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2005), *Informe del Pleno al Plan de Transparencia Judicial*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.poderjudicial.es/cpj/es/Temas/Transparencia/Normativa-y-documentacion/> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2014), *Acuerdo de 18 de noviembre de 2014, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el protocolo de integración en la organización interna del Consejo General del Poder Judicial de la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos a que se refiere el artículo 21.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y se delegan competencias*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [https://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12844](https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12844) (fecha de consulta: 14 de noviembre de 2018).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2015), *Protocolo de comunicación de la justicia 2015*.
- COTINO HUESO, L. (2017), "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, pp. 279-316.
- DE OCAÑA LACAL, D. (2017), "Acceso por terceros a información jurisdiccional", disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/Jornadas-Congresos/2017\\_JTAAJ/Ponencias/JTAAJ20170222OL.pdf](http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/Jornadas-Congresos/2017_JTAAJ/Ponencias/JTAAJ20170222OL.pdf) (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2018).
- ELENA, S. (2015), "Open data for open justice: a case study of the judiciaries of Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Mexico, Peru and Uruguay", *Center for the Implementation of Public Policies Promoting Equity and Growth*, Open Data Research Symposium, 27 de mayo, Ottawa, disponible en la siguiente dirección

- electrónica: <http://www.opendataresearch.org/dl/symposium2015/odrs2015-paper10.pdf> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2018), "La transparencia pública: pasado, presente y futuro", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, pp. 213-243.
- FERNÁNDEZ VIVAS, Y. (2016), "La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Claude Reyes contra Chile" en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, pp. 321-333.
- FISS, O. M. (1997), "El grado adecuado de independencia judicial", *Revista de Derecho y Humanidades*, núm. 5, pp. 53-72.
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2017), *III Plan de Acción de España 2017-2019 de la alianza para el gobierno abierto*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:74d66aae-760c-4962-983e-0b250fb583b8/2017\\_Junio\\_Spain\\_III\\_Plan\\_GA\\_OGP\\_vf.pdf](http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:74d66aae-760c-4962-983e-0b250fb583b8/2017_Junio_Spain_III_Plan_GA_OGP_vf.pdf) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018).
- GUICHOT REINA, E. (2012), "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho Comparado de la Información*, núm. 19, pp. 135-188.
- HAMMERGREN, L. (2002), "Independencia judicial y rendición de cuentas: el balance cambiante en las metas de reforma". En: AUCOIN, L. et Al., *Pautas para promover la imparcialidad y la independencia judicial*, Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict and Humanitarian Assistance, Washington D.C.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, C. E. (2015), "Modernización de la justicia en el Siglo XXI: la necesidad de una perspectiva de justicia abierta", *XX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lima, disponible en la siguiente dirección electrónica: [https://www.researchgate.net/publication/284167937\\_Modernizacion\\_de\\_la\\_justicia\\_en\\_el\\_siglo\\_XXI\\_la\\_necesidad\\_de\\_una\\_perspectiva\\_de\\_justicia\\_abierta](https://www.researchgate.net/publication/284167937_Modernizacion_de_la_justicia_en_el_siglo_XXI_la_necesidad_de_una_perspectiva_de_justicia_abierta) (fecha de consulta: 7 de febrero de 2019).
- JOHNSON, J. A. (2014), "From open data to information justice", *Ethics Inf. Technol.*, núm. 16, pp. 263-274.
- JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA (2017), *La transparencia de la justicia*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.juecesdemocracia.es/2017/04/11/la-transparencia-la-justicia/> (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018).
- LALINDE ORDÓÑEZ, S. (2014), "Hacia un diseño que garantice en grado adecuado la independencia de la rama judicial y la mejor fórmula en la elección de magistrados de altas cortes". En: MINISTERIO DEL INTERIOR, *Reforma del equilibrio de poderes y reajuste institucional en Colombia*, Memorias, Instituto de Estudios Políticos, Medellín, pp. 171-190.
- MENDEL, T. (2003), "Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente", *Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, pp. 41-74.
- MIRA ROS, C. (2012), "Algunas reflexiones sobre la protección de datos personales en el ámbito judicial". En: NEIRA PENA, A. (Coord.) y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, pp. 581-594, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/9172> (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2018).
- MORENO GONZÁLEZ, G. (2015), "El derecho de acceso a la información pública en la Ley de transparencia: una aproximación constitucional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, pp. 93-125.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, disponible en la siguiente dirección electrónica:

- <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Criminal%20Justice%20Information%20Spanish.pdf> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).
- PASTOR PRIETO, S. y MASPÓNS, L. (2005), *Cifrar y descifrar*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.fidefundacion.es/docs/SPastorLibros/Cifrar%20y%20Descifrar%20vol%201-espanol%20%282005%29-%20S.Pastor%20y%20L.Maspsons.pdf> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2018).
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (2014), “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno a la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 49, pp. 1-19.
- RAMÍREZ VILLAESCUSA, R. (2010), *Derecho y economía en la transparencia judicial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- SCHEDLER, A. (2004), “¿Qué es la rendición de cuentas?”, *Cuadernos de transparencia*, núm. 3, IFAI, pp. 1-49.
- SOSA, J. J. (2011), “Transparencia y rendición de cuentas: un ensayo introductorio”. En: SOSA, J. (Coord.), *Transparencia y rendición de cuentas*, Siglo XXI, México D.F, pp. 19-45.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2009), *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%A1da-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>. (fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1988), *Sentencia 161/1988*, 20 de septiembre.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1987), *Leander c. Suecia*, 26 de marzo.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2009a), *Tárgáság y Szabagsajjogokert c. Hungría*, 14 de abril.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2009b), *Kenedi c. Hungría*, 16 de agosto.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2013), *Young Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2016), *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, 8 de noviembre.
- TRIBUNAL SUPREMO (1993), *Sentencia 178/1993*, 31 de mayo.
- TRIBUNAL SUPREMO (1995), *Sentencia de 3 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)*.
- TRIBUNAL SUPREMO (2015), *Sentencia 111/2015*, 2 de marzo.
- UNIÓN EUROPEA (2003), *Glosario terminológico*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://europe.eu.int/scadplus/leg/es/cig/g4000.htm>. (fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).
- VILLORIA MENDIETA, M. (2014), “La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Govern Obert*, Generalitat de Cataluña, disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://governobert.gencat.cat/web/.content/01\\_Que\\_es/04\\_Publicacions/coleccio\\_govern\\_obert/GovernObert\\_1/governobert\\_1\\_CAT.pdf](http://governobert.gencat.cat/web/.content/01_Que_es/04_Publicacions/coleccio_govern_obert/GovernObert_1/governobert_1_CAT.pdf). (fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).
- WENCES SIMÓN, M. I. y VILLORIA MENDIETA, M. (2010), *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras*, Libros de la Catarata, Madrid.

# Pena (Teoría de la) Punishment (Theory of)

Daniel Rodríguez Horcajo  
*Universidad Autónoma de Madrid*  
[daniel.rodriguez@uam.es](mailto:daniel.rodriguez@uam.es)

Recibido / received: 23/11/2018

Aceptado / accepted: 15/02/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4701>

## Resumen

La teoría de la pena está constituida por dos elementos que han sido tratados por la doctrina de una manera desigual. En primer lugar, dicha teoría trata de definir qué debe ser entendido como ‘pena’, para poder diferenciarla de otras sanciones (formales o informales). En segundo lugar, se ocupa de justificar en términos abstractos una intervención estatal de tanta magnitud sobre la esfera individual, optando por teorías absolutas, por teorías preventivas o por algún tipo de posición intermedia entre unas y otras.

## Palabras clave

Pena, retribución, prevención general, prevención especial.

## Abstract

*The theory of punishment is constituted by two elements that have been studied by the doctrine in an unequal way. In the first place, this theory tries to define what should be understood as ‘punishment’, in order to differentiate it from other sanctions (formal or informal ones). Secondly, it deals with justifying, in abstract terms, a state intervention of such magnitude on the individual sphere, opting for absolute theories, for preventive theories or for some kind of intermediate position between one and the other.*

## Keywords

*Punishment, retribution/desert, general prevention, special prevention.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Concepto de ‘pena’. 3. Justificación de la pena. 3.1. Teorías absolutas. 3.2. Teorías relativas. 3.2.1. Prevención general. 3.2.2. Prevención especial. 3.3. Teorías eclécticas. 4. Conclusiones

## 1. Introducción

La teoría de la pena se encarga de dar respuesta a una pregunta básica para cualquier sistema jurídico: ¿por qué aceptamos como correcto (por qué consideramos como justificado) que el Estado pueda imponer una pena a los sujetos que han cometido un delito?, ¿por qué el Estado puede en esos supuestos causar un mal a dichos individuos? Aunque optar por una reacción distinta podría parecer absurdo (por ejemplo, dejar pasar el hecho como si fuese irrelevante u otorgar una ventaja al sujeto que muestra un comportamiento desviado), ello no impide que una injerencia tan fuerte en la vida de determinados ciudadanos requiera de una argumentación subyacente igualmente de calado. Además, esto toma especial sentido en los ordenamientos jurídicos modernos, en los que la pena se ha convertido en la consecuencia jurídica del delito por excelencia (tome la forma que tome: privación de libertad, privación de patrimonio, inhabilitación,...) frente a las excepcionales y secundarias medidas de seguridad y consecuencias accesorias del delito.

Este tema ha ocupado a las mejores mentes de la Filosofía y del Derecho penal en los últimos milenios, por lo que hacer un esquema sencillo y breve no es sino, como poco, ser algo injusto. En todo caso, y como bien defendió Hart, para construir una teoría de la pena no basta simplemente con argumentar la justificación de la misma, sino que se debe partir de un presupuesto básico: un concepto determinado de ‘pena’ (Hart, 1968a: 3-4). Por ello, en este trabajo se va a desarrollar esa “doble perspectiva” de análisis, abordando en primer lugar la cuestión conceptual para después pasar al análisis jurídico-filosófico de la pertinencia de dicha institución.

## 2. Concepto de ‘pena’

Desde un punto de vista estrictamente lingüístico, la Real Academia Española de la Lengua define el concepto ‘pena’, en sus segunda y tercera acepciones, como “*castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta*”, y como “*dolor, tormento o sentimiento corporal*” (RAE, 2017). Desde un punto de vista jurídico-penal, y a pesar de lo contradictorio que pueda parecer, se carece por completo de un concepto análogo, ya que el Código Penal (en adelante, CP) opta simplemente por establecer una clasificación de las distintas penas en él previstas y por excluir de dicho concepto a ciertas injerencias en la esfera personal de los ciudadanos. Según los arts. 32 y 33 CP, las penas pueden ser principales o accesorias; privativas de libertad, privativas de otros derechos, o de multa; y también pueden ser graves, menos graves y leves<sup>1</sup>. Por lo demás, el art. 34 CP excluye del concepto de ‘pena’ tanto a las medidas cautelares acordadas en el proceso penal, como a las sanciones administrativas y a las “*privaciones de derechos y sanciones*” con finalidad reparadora (sean civiles o administrativas).

Frente a esta indefinición legal, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en sede de garantías derivadas del principio de legalidad (art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante, CEDH–), ha elaborado una caracterización casuística del concepto de ‘pena’, y en todo caso autónoma frente a los ordenamientos nacionales de los

---

<sup>1</sup> Conforme al art. 13 CP, esto último también es relevante para determinar si un concreto delito debe ser considerado como grave, menos grave o leve.

Estados del Consejo de Europa. El denominado “test Welch”<sup>2</sup> toma en consideración inicialmente, a los efectos de considerar una medida sancionadora nacional como ‘pena’ vinculada al art. 7 CEDH, que la misma sea subsiguiente a una condena por la comisión de un hecho penalmente relevante. A partir de ahí, también atiende a la naturaleza y finalidad de la medida, a su caracterización conforme al Derecho nacional, a su procedimiento de ejecución y a su severidad<sup>3</sup>.

Esta aproximación, parcial (pues sólo se ha dictado en sede de principio de legalidad) y no concluyente (pues no aporta un concepto cerrado), tampoco parece suficiente<sup>4</sup>, por lo que la vía más asentada para encontrar una definición de este concepto es el recurso a la doctrina, que, aunque no de manera muy abundante, ha hecho incursiones suficientes en esta materia. A pesar de que existen algunas discrepancias<sup>5</sup>, entiendo que el concepto central de la pena es el de mal (dolor, restricción o privación de bienes jurídicos)<sup>6</sup>. Partiendo de esto, quizás la definición de ‘pena’ que más éxito ha cosechado ha sido la de Hart (1968<sup>a</sup>: 4-5), que hace constar a esta institución de cinco rasgos esenciales: es una medida que (1) implica sufrimiento u otras consecuencias normalmente aceptadas como desagradables; (2) se impone por un comportamiento contrario a normas jurídicas; (3) se impone sobre el sujeto culpable de dicho comportamiento; (4) se ejecuta de manera intencional por un tercero distinto al culpable; y (5) se impone y ejecuta por una autoridad constituida por el sistema jurídico contra el cual se ha cometido la infracción<sup>7</sup>. Estas características han llevado a Peñaranda Ramos a sintetizar la siguiente definición: “La pena (criminal) es una privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por la ley e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes a través del procedimiento legalmente establecido, como castigo por la realización de un hecho jurídicamente desaprobado y constitutivo de delito a aquél a quien se considera responsable de su comisión” (2015: 259). Quizás, a esa definición de corte hartiano cabría añadirle una última caracterización: la pena no es sólo un mal, sino que es así por su propia naturaleza, es decir, el sufrimiento ínsito en la misma es su esencia, de tal modo que si se hiciese desaparecer, la pena dejaría de serlo (Nino, 1980: 173).

---

<sup>2</sup> Por haber sido enunciado por primera vez en la STEDH as. Welch c. Reino Unido, de 9 de febrero de 1995, párs. 27-28.

<sup>3</sup> SSTEDH as. Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, pár. 142; as. M c. Alemania, de 17 de diciembre de 2009, pár. 120; as. Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, pár. 82; as. G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia, de 28 de junio de 2018, párs. 210-211. En profundidad sobre esta cuestión, *vid.* Rodríguez Horcajo (2013: 265-266 y 272-280).

<sup>4</sup> Tampoco resulta de especial utilidad nuestra jurisprudencia constitucional a este respecto, ya que la misma ha abordado sólo parcialmente esta cuestión en el seno de la interdicción del *bis in idem*. En ese sentido, lo que ha preocupado al Tribunal Constitucional no ha sido sólo la concurrencia de dos penas sino la de dos sanciones, por lo que es ese último concepto el que ha sido elaborado por el mismo (sobre esta cuestión, *vid.* Pérez Manzano [2010: 33-34]). Es cierto que también se ha planteado un problema parecido con relación al principio de legalidad (principio de personalidad de las penas vinculado al principio de culpabilidad, mandato de determinación, mandato de predeterminación,...) y con relación al derecho a la tutela judicial efectiva, pero en esos casos el Tribunal Constitucional ha vuelto a dedicarse a la elaboración de un concepto de ‘sanción’ que no es necesariamente coincidente con el de ‘pena’ (*vid.* por ejemplo, las más recientes SSTC 60/2010, de 7 de octubre, y 185/2016, de 3 de noviembre). Sobre esta cuestión, *vid.* Rodríguez Mourullo (2002: 99-103); Lascuain Sánchez (2009: 44-48); el mismo (2018: 354-356).. Aunque no se pueda profundizar aquí, lo cierto es que me parece especialmente desacertada esa idea constitucional recurrente (y repetida también por gran parte de la doctrina) de vincular el concepto de sanción con la finalidad de la restricción de bienes jurídicos que se analiza en cada caso, porque esto implica introducir en la propia definición cuestiones que se deben analizar en el momento de justificar dicha institución.

<sup>5</sup> Hegel (1821: §99); Jakobs (1991: 6).

<sup>6</sup> Tradicionales, Feuerbach (1799: 5); Bentham (1830: 49). Más reciente, Zaibert (2015: 147); el mismo (2018: 1).

<sup>7</sup> Muy similar, Nino (1980: 168-173). Sobre esta cuestión, *vid.* Betegón Carrillo (1992: 141-203).

Sin embargo, en todas estas definiciones hay algo más que un planteamiento neutro del concepto, pues, por un lado, avanzan criterios que sólo pueden predicarse de algunas sanciones penales (o, en todo caso, de las sanciones de algunos sistemas penales), y, por el otro, introducen también matices relativos a la finalidad de la pena que, en el mejor de los casos, deben ser tratados en el momento de justificarla pero no en el de definirla. Ambas cuestiones se mezclan claramente, por ejemplo, en el tercer requisito exigido por Hart, ya que él sólo considera ‘pena’ a aquella restricción que cumple con el principio de culpabilidad. Sin embargo, esto no es generalizable a todos los ordenamientos penales y se vincula inexorablemente con el concepto de merecimiento, que es central en alguna justificación de la pena pero no en otras<sup>8</sup>.

Se trata, por tanto, de elaborar un concepto que no sea ni infra-inclusivo ni supra-inclusivo, es decir, que no sea inútil pero que tampoco cancele ciertas discusiones que se deben producir con relación al segundo estadio de la teoría de la pena<sup>9</sup>. Personalmente creo que el mismo debe tomar en consideración las siguientes notas: La pena (1) implica necesariamente la imposición de un mal (privación o restricción de bienes jurídicos) de manera querida; (2) frente a la realización de una conducta jurídicamente desaprobada considerada materialmente como delito; (3) por parte de los jueces y tribunales competentes según el ordenamiento jurídico transgredido, y (4) siguiendo en todo caso las reglas formales previstas en el mismo<sup>10</sup>.

### 3. Justificación de la pena

#### 3.1. Teorías absolutas

Partiendo de un concepto determinado de ‘pena’, se puede pasar a estudiar las respuestas que se han dado a la pregunta que se planteaba en la introducción. En general, y dejando de lado las propuestas abolicionistas (que no pretenden justificar al sistema penal, sino hacerlo desaparecer por ilegítimo), se puede seguir la máxima de Grotius (1625: 67) en la que se resumen las dos grandes formas de abordar este problema: “*Nemo prudens punitur quia peccatum est sed ne peccetur*”<sup>11</sup>. Aunque su planteamiento no fue meramente expositivo con relación a estas dos posibilidades, al menos sí que parceló la discusión de un modo que ha sido seguido hasta la actualidad, y que hace descansar la justificación de la pena en una perspectiva de pasado (mirando al delito cometido y desvinculándose de fines distintos a su propia represión) o en una perspectiva de futuro (de consecución de beneficios, individuales o grupales) (Zaibert, 2015: 147).

---

<sup>8</sup> No hay que dejar de ver tampoco que la exigencia de un requisito como este tiene una especial bondad en los sistemas penales de doble vía, pues permite diferenciar de manera clara entre penas y medidas de seguridad.

<sup>9</sup> Sobre los problemas del denominado ‘definitional stop’, *vid.* Hart (1968a: 5-6); Betegón Carrillo (1992: 172-193; Rodríguez Mourullo (2002: 96-97).

<sup>10</sup> En un sentido muy similar, *vid.* Greco (2009: 299-303). El criterio de culpabilidad o responsabilidad por el hecho jurídicamente desaprobado (que aparece de manera mayoritaria en las definiciones ofrecidas por la doctrina) simplemente debe ser una nota relevante en aquellos ordenamientos jurídicos que distinguen entre pena y medida de seguridad, pero esto no afecta a la definición de la primera sino a la separación *ad intra* de estos dos instrumentos (no encuentro mayor problema, todavía en este punto, en considerar la medida de seguridad como una pena que tiene un fundamento distinto a la culpabilidad). Si un ordenamiento no prevé esta segunda institución, no cabe duda de que toda sanción estatal que cumpla con los requisitos precitados debe ser considerada como pena y, en ese sentido, debe iniciarse la discusión acerca de su justificación y del sometimiento de la misma a las garantías que sean pertinentes.

<sup>11</sup> Mucho antes, Platón (384: 47).

La opción de “*punitur quia peccatum est*” se ha equiparado con las denominadas teorías absolutas de la pena, que encuentran la bondad de esta institución en sí misma y no en sus consecuencias (y, en esa medida, se separan de las teorías relativas, que destacan la capacidad de la pena para alcanzar determinadas finalidades en una cantidad suficiente). Su idea de base es bastante sencilla: para los autores que defienden esta postura imponer un mal a quien ha realizado otro mal con anterioridad es algo justo, siendo esto suficiente para soportar la estructura penal (aunque de la amenaza e imposición de la pena no se obtengan otros fines adicionales).

Aunque se pueden encontrar otras teorías absolutas, las principales son las teorías de la retribución o del merecimiento<sup>12</sup>, que, aunque no son un cuerpo unitario, sí que destacan lo correcto de imponer una pena de una determinada cuantía al sujeto que cometió un delito (“*Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido*” [Mir Puig, 2016: 84]). Siguiendo a Mir Puig, las teorías retributivas pueden tener una triple fundamentación: religiosa, ética y jurídica (2016: 84). Dejando de lado la primera, que no parece ser relevante a efectos jurídicos, los máximos exponentes de cada una de las otras dos fundamentaciones fueron dos filósofos alemanes: Kant y Hegel, respectivamente.

Para Kant, que parte del tradicional presupuesto contractualista predominante en el s. XVIII (1797: 141-147), “*la pena judicial (poena forensis) [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real [de los derechos reales]*” (1797: 166). La pena, así entendida, es un imperativo categórico, y, por tanto, sólo puede mirar al pasado y castigar en el momento presente siguiendo criterios de justicia (“*porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra*” [1797: 167]), haciendo que el delito (como manifestación de la injusticia) recaiga sobre la persona que merece reproche (el delincuente) y no sobre el resto de la sociedad (sobre el que recaería la conducta injusta si no reclamase un castigo a la misma [1797: 169]).

Esta exigencia de punición (esta obligatoriedad de la misma), que llega hasta el final de la existencia de la propia sociedad en la que convive el delincuente<sup>13</sup>, tiene ante todo una característica particular: el principio de igualdad entre delito y pena, lo que se ha venido a denominar, siguiendo su formulación tradicional, como *lex talionis*. Para Kant este es el único criterio de determinación de la pena que puede asegurar una resolución justa del conflicto (1797: 167).

El segundo autor referente en relación con las teorías retributivas es Hegel. Para él la pena es una segunda coerción (justificada) que realiza la superación de una previa<sup>14</sup>, en tanto que esta primera supone una exteriorización de la voluntad particular injusta del delincuente que pretende imponerse a la voluntad general recogida en la norma infringida (1821: §99). La pena es así afirmación del Derecho

<sup>12</sup> Hay que destacar aquí que la mayoría de la doctrina identifica teorías absolutas con teorías retributivas, lo que desde mi punto de vista no es del todo correcto (así, por ejemplo, Roxin [2006: 70 y ss.]; Stratenwerth/Kuhlen [2011: 4 y ss.]; Peñaranda Ramos [2015: 262 y ss.]). Sobre ello, *vid.* Rodríguez Horcajo (2016: 29-31).

<sup>13</sup> Es así paradigmático el ejemplo kantiano clásico de la isla, en el que este autor destaca la necesidad de ejecutar hasta al último asesino que se encuentre en prisión antes de que la sociedad que habita dicho espacio se disuelva y sus integrantes se dispersen por el mundo (*vid.* Kant [1797: 168-169]).

<sup>14</sup> La vulneración de una obligación jurídica es vista por Hegel como una coacción (*vid.* Hegel, [1821: §93.1]).

(“*negación de la negación*” [1821: §104]) a costa del infractor (1821: §100), sin atender a consecuencias más allá del propio castigo<sup>15</sup>. Se trataría “*de la restauración del orden jurídico (voluntad general) conmovido por el delito: la conmoción producida por la voluntad especial del delincuente persiste en el mundo mientras no se suprima o cancele con la imposición de la pena y es el verdadero perjuicio que el Derecho Penal tiene que suprimir, porque, si esa cancelación no se diera, sería el delito y no el Derecho lo que continuaría manifestándose como efectivamente vigente hacia el futuro*” (Peñaranda Ramos, 2015: 164). De ahí que la retribución hegeliana sea una retribución de fundamentación jurídica<sup>16</sup>.

Sin embargo, Hegel se separa de Kant a la hora de cuantificar la pena justa, ya que, aunque sigue hablando de igualdad entre delito y pena, no se refiere a “*la igualdad en la naturaleza específica de la vulneración, sino en la naturaleza de la vulneración en sí misma atendiendo a su valor*” (1821: §101). Esto parece acercar su postura a una defensa de la proporcionalidad (Klug, 1968: 38; Roxin, 2006: 72), es decir, de la comparación de valor (y no de cuantía exacta) entre delito y pena<sup>17</sup>.

Y, aunque pueda ser vista como una teoría en exceso abstracta, lo cierto es que el pensamiento retributivo goza de un amplio apoyo social<sup>18</sup>. Además, esta teoría tiene potencialidad para limitar en términos deontológicos el castigo estatal<sup>19</sup>, ya que reduce la pena justificada a aquella que se impone sobre el sujeto culpable y en una cuantía proporcional a la del injusto delictivo (objetivo y subjetivo), rompiendo de manera radical con cualquier cálculo consecuencialista ajeno a esta lógica.

En todo caso, la gran mayoría de la doctrina considera estas ventajas como insuficientes si se comparan con los problemas a los que se enfrenta una visión absoluta de una institución social como la pena<sup>20</sup>. Resumidamente, la explicación retributiva de la misma esconde tras de sí un acto de “*alquimia moral*” en el que una acumulación de males (el del delito y el de la pena) acaban transformados en algo bueno (y sin referenciarse a beneficios futuros, explicar esta cuestión parece más que complejo)<sup>21</sup>. Además, estas teorías arrastran todos los problemas que han surgido en torno a la idea de libre albedrío<sup>22</sup>, y cargan con un tono moralizante (más

<sup>15</sup> Resulta muy discutible que la afirmación del Derecho no suponga ya la consecución de un fin diferente a la propia imposición de la pena, por lo que es dudoso que Hegel pueda seguir siendo considerado como un autor retribucionista (*vid.*, por ejemplo, Mir Puig [2011: 37]; Peñaranda Ramos [2015: 265]). Esto parece ser confirmado por muchos teóricos de la prevención general positiva, que toman a Hegel como origen de su planteamiento pero que a la vez defienden la capacidad preventiva de la pena. El caso más paradigmático de esto último es el de Jakobs (*vid.* Jakobs [1991: 17]; el mismo [2006: 129-151]). Sobre esta cuestión *vid.* Rodríguez Horcajo (2016: 209-218).

<sup>16</sup> Es discutible que en Kant no haya también algo de fundamentación jurídica de la retribución, pues, entre otras cosas, afirma, en un sentido muy similar a Hegel pero de modo colateral, que “*quién roba hace insegura la propiedad de todos los demás*” (Kant, 1797: 168), lo que puede ser entendido como una erosión de la vigencia real de la norma que debe ser remediada.

<sup>17</sup> En cualquier caso, tanto la postura de Kant como la de Hegel cumplirían los tres rasgos que para Hart caracterizan a cualquier teoría retributiva: el castigo sólo puede ser impuesto ante la realización voluntaria de algo moralmente malo; el castigo debe ser equivalente a la maldad de la conducta; y la justificación del castigo reside en la idea de que el sufrimiento impuesto por la comisión voluntaria de un acto moralmente malo es algo en sí mismo justo o bueno (*vid.* Hart [1968b: 231]).

<sup>18</sup> Roxin (2006: 72); Stratenwerth/Kuhlen (2011: 4); Mir Puig (2016: 84). Especialmente, Robinson (2008: 202-204; 2012: 23-54, y 2013: 18-34). Sobre esta cuestión, *vid.* Rodríguez Horcajo (2016: 165-174).

<sup>19</sup> Equiparan retribución con garantismo, por ejemplo, Rodríguez Mourullo (1978: 54); Roxin (2006: 72); Hassemer (2009: 71-72); Peñaranda Ramos (2015: 264-265); Mir Puig (2016: 86).

<sup>20</sup> Para un análisis racionalista de estas teorías con las consecuentes críticas, *vid.* Klug (1968: 39-41). También, Rodríguez Horcajo (2016: 198-205).

<sup>21</sup> Hart (1968b: 234-235); Nino (1989: 43); Roxin (2015: 188-189). Antes ya, Bentham (1830: 62).

<sup>22</sup> Pérez Manzano (1990: 67-132); Molina Fernández (2002: 71-175).

o menos neutro, según los casos) que las hacen incompatibles con un ordenamiento penal depurado de estas cuestiones.

### 3.2. Teorías relativas

Frente a las teorías absolutas (y frente a sus problemas) surgen las denominadas teorías relativas, que justifican la pena por su orientación hacia fines ajenos a ella misma y, especialmente, por su capacidad para prevenir delitos futuros. Esta es la manera de romper con la “*alquimia moral*” retributiva, ya que la consecución de fines positivos de mayor valor es lo que hace soportable la amenaza de un mal y su imposición a un sujeto concreto.

A partir de ahí, las teorías preventivas gozan de una riqueza inmensa que puede categorizarse siguiendo dos binomios distintos: por un lado, el binomio prevención general/prevención especial; por el otro, el binomio prevención negativa/prevención positiva. Mientras que en el primero lo que se encuentra en juego es la pretensión de prevención de delitos que se asigna a la pena (una que se dirige a todos los miembros de la sociedad -prevención general- o una que se dirige al sujeto efectivamente condenado para que no reincida -prevención especial-), en el segundo lo que se discute son los medios para alcanzar dicha prevención (represivos -prevención negativa- o “benignos” -prevención positiva-).

#### 3.2.1. Prevención general

Quizás las primeras teorías estructuradas de la prevención<sup>23</sup> fueron aquellas que pueden ser consideradas como teorías de la prevención general negativa (disuasión), ideadas por dos autores contemporáneos entre sí: Feuerbach y Bentham<sup>24</sup>. Para el autor alemán, ante la imposibilidad real de que el Estado garantice la coexistencia de los ciudadanos simplemente recurriendo a intervenciones físicas (Feuerbach, 1847: 37), este debe optar por neutralizar la “*sensualidad de la transgresión de la norma*” (1799: 43) con la amenaza de un mal de imposición posterior a la misma (1799: 45-47; 1847: 38). La pena, entonces, operaría frente a la generalidad de las personas a modo de coacción psicológica disuadiendo de la comisión de delitos. Esta operación se articularía en dos fases: en primer lugar, mediante la cominación legal y, en segundo lugar, mediante la ejecución de la pena correspondiente (1799: 49-52). El primer paso sería el conducente a la intimidación general, mientras que el segundo devendría necesario para mantener la eficacia (la credibilidad) de la amenaza contenida en la ley (1847: 38-39).

Por su parte, Bentham, en unos términos profundamente utilitaristas<sup>25</sup>, basa la capacidad protectora de bienes jurídicos del Derecho penal en un recurso cotidiano en el día a día: el miedo a un posible castigo en caso de comisión de un

<sup>23</sup> Sin dejar de ver que el germen de estas posiciones estaba ya en el Protágoras de Platón, en el que el filósofo griego resumió toda la discusión prácticamente en una frase: “*El que intenta castigar con razón no se venga a causa del crimen cometido -pues no se logaría hacer que lo hecho no haya acaecido-, sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni éste mismo ni otros, al ver que éste sufre el castigo*” (384: 47).

<sup>24</sup> Aun así, antes que ellos Beccaria ya había puesto las bases de una teoría de la prevención general. Ello resulta evidente cuando se observan los criterios que a su parecer determinan la eficacia de una pena preventiva y que parecen otorgarle una pretensión general y disuasoria: además de la cuantía de la misma, resulta importante para dicho fin tanto la probabilidad de que efectivamente la pena amenazada se acabe imponiendo como la distancia temporal que existe entre el momento de la comisión del delito y el de la imposición de la pena (Beccaria, 1764: 57 y 69).

<sup>25</sup> “*Todo castigo siendo en sí mismo un mal, bajo el principio de utilidad, si debe ser admitido, debe serlo en tanto que se tenga la esperanza de evitar un mal mayor*” (Bentham, 1830: 63).

delito, generando en los sujetos razones instrumentales para cumplir con las normas penales (que se cifran fundamentalmente en la evitación de la sanción)<sup>26</sup>. Este miedo dependería así de la severidad de la pena, pero también del grado de certeza que existe en la detección y enjuiciamiento del delito, y de la celeridad con que se imponga la pena tras dicha comisión<sup>27</sup>. Además, y como “mecanismo psicológico”, el temor no se basa en estas tres magnitudes contabilizadas de forma objetiva, sino que la disuasión es mayor o menor en función de la percepción subjetiva (individual o grupal) de la severidad, certeza y celeridad de la sanción. Y aún más allá, la disuasión dependería de la desutilidad subjetiva que para cada sujeto se derive de su percepción de esas magnitudes (Bentham, 1830: 61-75).

Y aunque ambas teorías son muy similares, es importante destacar que mientras que para Feuerbach lo central de la pena es el momento de la amenaza y su funcionamiento como mecanismo psicológico primitivo, para Bentham lo importante es la imposición del dolor y su funcionamiento como mecanismo prudencial (económico en un sentido amplio) (Peñaranda Ramos, 2015: 267-268; Mir Puig, 2016: 88).

Sin embargo, especialmente desde mediados del s. XX se produjo una reacción fuerte frente a visiones preventivogenerales como la de Bentham o Feuerbach, que fueron acusadas de justificar un verdadero “terror penal” (Roxin, 2006: 83; Peñaranda Ramos, 2015: 217). La consecuencia fue la de afirmar que la prevención general podía alcanzarse por métodos más sutiles, no reprimiendo a los potenciales delincuentes sino afirmando positivamente el propio Derecho frente a la totalidad de la sociedad (Mir Puig, 2016: 89). Esta “nueva” visión fue denominada como prevención general positiva y rápidamente se dispersó en teorías tan diversas que son imposibles de esquematizar aquí<sup>28</sup>.

Quizás por ser la teoría de la prevención general positiva más estudiada, merece mencionarse la visión, también muy cambiante durante los últimos años, de Jakobs. Para este autor, que no plantea algo muy distinto a lo que avanzara Carrara a finales del s. XIX<sup>29</sup>, la pena operaría como sistema que reafirma la confianza de la sociedad en las normas vigentes frente a la desautorización de las mismas contenida en su infracción<sup>30</sup>. A partir de ahí, Jakobs ha ido depurando su teoría de determinados elementos para quedarse en una visión tremadamente abstracta

<sup>26</sup> Es cierto que este autor no descarta tampoco los posibles efectos preventivos especiales derivados de la pena (que él distingue entre incapacitación, reforma moral e intimidación), pero que en ningún caso pueden servir para justificar dicha institución (“La prevención general debe ser el objetivo principal del castigo, así como su justificación real” [Bentham, 1830: 62]).

<sup>27</sup> En este sentido, Bentham observa el problema desde el mismo punto que lo había hecho Beccaria, eliminando esa vinculación exclusiva que permanentemente se ha realizado entre disuasión y cuantía de pena.

<sup>28</sup> Para una clasificación ordenada de las mismas, *vid.* Feijoo Sánchez (2007: 261-512).

<sup>29</sup> Carrara basa la existencia y justificación de la pena en su necesidad para el “mantenimiento de la soberanía del derecho” como medio de garantía de la libertad humana, a primera vista, con unos postulados muy parecidos a los de Hegel: “Expreséese esta idea con la fórmula de que el delito es la negación del derecho y la pena su reafirmación [...] el concepto no es sino uno: el derecho es soberano del mundo moral y cualquiera otra institución es instrumento suyo” (Carrara, 1870: 7). Para el autor italiano, el delito tiene fundamentalmente dos efectos sociales: por un lado, disminuye la tranquilidad de los ciudadanos; por otro, crea el peligro del mal ejemplo. Frente a esto, la pena re establece el orden violado y regenera la tranquilidad perdida, pero sólo en cuanto que esto es necesario para lo que él denomina, un tanto equivocadamente, “tutela jurídica”, que no es más que, en términos más modernos, el mantenimiento de la vigencia de las normas penales (Carrara, 1870: 69-71).

<sup>30</sup> Entendiendo ‘vigencia’ como ‘vigencia real’, es decir, como capacidad para regir de hecho las relaciones sociales (como “su realidad social, como determinación de la estructura de la sociedad tal y como acontece”), y no meramente como vigencia jurídica (Jakobs, 2005: 344-345).

(tanto que él ya se considera como un defensor de una teoría absoluta<sup>31</sup>) y simbólica: partiendo de la idea de reparación del daño causado por el delito desde la perspectiva general (que contiene un mensaje de desautorización de la norma), la pena supone la respuesta inversa en el mismo plano comunicacional (2005: 342). Para que los contactos sociales sigan existiendo es necesario mantener de manera contrafáctica (es decir, a pesar de su negación fáctica, a pesar del delito), al menos parcialmente, las expectativas generales de comportamiento (Jakobs, 2005: 345-347), y eso se consigue a través de la pena (que aporta un “apoyo cognitivo de la expectativa de la norma” [Jakobs, 2005: 347]). En resumen: “el autor ha determinado y ejecutado su conducta sin consideración de la vigencia del Derecho. En la medida en que ello implique la afirmación de que la norma no le vincula, se le contradice a través de la pena (ese es el significado de la pena)” (Jakobs, 2006: 142).

### 3.2.2. Prevención especial

Frente a la prevención general, la prevención especial elabora la justificación de la pena con base en el esfuerzo que realiza ante el sujeto que ya ha delinquido: resumidamente, “la pena busca [...] evitar que quien la sufre vuelva a delinquir” (Mir Puig, 2016: 91). Esta idea de prevención “modesta”, en el sentido de dirigida a una pequeña parte de la población que carga con el prejuicio de la peligrosidad criminal, parte de las ideas de la alemana Escuela sociológica del Derecho penal y, muy especialmente, de su líder, Franz Von Liszt (Roxin, 2006: 74-75; Peñaranda Ramos, 2015: 281; Mir Puig, 2016: 91; Kindhäuser, 2017: 3)<sup>32</sup>. Este autor defiende, dentro de su concepto de “pena-fin” (1883: 31) y basándose en los efectos reales que la coacción penal tiene frente al delincuente, que esta institución estatal disminuye las probabilidades de reincidencia a través de tres mecanismos: “corrección, intimidación e inocuización” (1883: 34). Cada uno de ellos alcanzaría la prevención especial con relación a un concreto tipo de delincuente: el primero, frente a delincuentes necesitados y capaces de corrección; el segundo, frente a delincuentes no necesitados de corrección; y, el tercero, frente a delincuentes incapaces de corrección (1883: 36). Y, siguiendo la clasificación tradicional, la corrección (resocialización, rehabilitación) sería la manifestación de la prevención especial positiva, mientras que la intimidación y la inocuización serían la muestra de la prevención especial negativa<sup>33</sup>.

Tanto las teorías de la prevención especial como las de la prevención general poseen la evidente bondad de superar la “irrationalidad” que se esconde tras los planteamientos retributivos, ya que defienden la imposición de un mal para la consecución de un bien de mayor entidad. Sin embargo, correlativamente y junto

<sup>31</sup> Jakobs (1997: 107). Últimamente, de manera más franca, Jakobs ha pasado a hablar de “retribución relativa” (Jakobs, 2012: 15).

<sup>32</sup> Esto se afirma sin olvidar que, en esa misma época, el Positivismo Criminológico italiano también defendía una línea de intervención penal similar e incluso de una manera más coherente: “El positivismo criminológico italiano [...], llevó los principios de la prevención especial a su última consecuencia: la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Con ello renunció a influir en la concepción de la pena, cuya idea misma rechazaba. En cambio, el eclecticismo de von Liszt, al respetar la presencia de la pena en los Códigos, pudo ejercer amplia influencia en las teorías penales y en las numerosas reformas de signo ‘político-criminal’ introducidas en las legislaciones del siglo XX” (Mir Puig, 2011: 44).

<sup>33</sup> Desde el punto de vista español, la vertiente de la prevención especial positiva tiene una implicación constitucional, ya que el art. 25.2 CE establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Este precepto, que podría marcar un hecho diferencial en la teoría de la pena del Derecho penal español, ha perdido esa capacidad debido a la lectura reduccionista que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional (*vid.* por ejemplo, SSTC 160/2012, de 20 de septiembre, y 128/2013, de 3 de junio). Más en profundidad, *vid.* Rodríguez Horcajo (2016: 283-285).

con los problemas específicos que pueden tener cada una de estas visiones particulares, las teorías relativas encuentran siempre enfrente tanto la crítica de origen kantiano sobre el olvido de la naturaleza del ser humano como fin en sí mismo (Kant, 1797: 166-167), como la crítica de origen garantista sobre su potencialidad expansiva (y, en esa medida, su tendencia a tensionar u olvidar principios fundamentales del Derecho penal como el de culpabilidad o proporcionalidad en aras de una mejor o mayor prevención).

### 3.3. Teorías eclécticas

Ante las insuficiencias que muestran y los problemas de los que adolecen las distintas justificaciones de la pena, la práctica totalidad de la doctrina moderna encuentra un acuerdo fuerte en torno al eclecticismo en esta materia<sup>34</sup>. Y dentro de esto, lo más habitual es afirmar la justificación preventiva de la pena (con más o menos acento en una teoría específica) pero aceptar simultáneamente la idea de merecimiento como una central para esta institución, evitando lo más absoluto de las teorías absolutas (su no referencia a fines) y lo más preventivo de las teorías preventivas (su potencial no garantista). Lo normal entonces es que la retribución juegue un papel negativo<sup>35</sup>, como límite, frente a la finalidad de reducción de delitos, de tal modo que la pena pretenda este objetivo pero sin desatender ideas como las de proporcionalidad y culpabilidad.

Esto se ha conseguido de muy distintos modos, aunque quizás pueden diferenciarse dos grandes formas de limitar la prevención mediante el merecimiento: en la Europa continental lo tradicional ha sido hablar de prevención con límite en la culpabilidad<sup>36</sup>, mientras que en los países anglonorteamericanos se ha impuesto la idea de utilizar el merecimiento como criterio de distribución del castigo<sup>37</sup>. Por otro lado, teorías un tanto más heterodoxas, como, por ejemplo, las teorías expresivas de la pena, han desembocado también en una solución de prevención con límites, ya que el presupuesto básico de cualquiera de ellas es la consideración moral del sujeto delincuente, al que se le manifiesta desaprobación por su acto pero al que se le sigue tratando de acuerdo a su dignidad<sup>38</sup>.

En los últimos años también se observan intentos, cada vez más numerosos, de construir una teoría mixta desde la propia retribución, que ya no jugaría un papel limitador sino uno central, pero que no obviaría la consecución de resultados valorados como positivos. El autor que lidera en la actualidad esta alternativa es Robinson, que, a través de su concepto de “*merecimiento empírico*” (es decir, merecimiento según las percepciones sociales de justicia), pretende explicar cómo una pena retributiva alcanza finalidades de prevención de delitos, fundamentalmente mediante el incremento de su capacidad para guiar el cumplimiento normativo de los sujetos (2008: 176-189; 2012: 44; 2013: 152-163). En un sentido muy similar, autores como Walter (2016: 10-14) o Andrissek (2017: 63-149) comienzan a hablar en Europa de “*retribución como finalidad de la pena*”. Y aunque la visión de todos estos autores parte de un compromiso más o menos fuerte con una aproximación

<sup>34</sup> Aunque, como ya se ha ido viendo, hay que estar de acuerdo con Peñaranda Ramos cuando afirma que “*sí se observan con detalle [...] incluso las [posiciones] de Feuerbach, Bentham o Von Liszt (y hasta las de Kant y Hegel, según algunas interpretaciones) podrían ser consideradas en algún sentido como ‘teorías mixtas’ de la pena*” (Peñaranda Ramos, 2015: 287).

<sup>35</sup> Habla originariamente de “*retribución negativa*”, Mackie (1982: 4).

<sup>36</sup> Por ejemplo, Pérez Manzano (1990: 274-275); Roxin (2006: 91-95 y 851-855; 2015: 193-194); Frisch (2012: 41).

<sup>37</sup> La propia denominación proviene de Hart (1968a: 8-13). Sin embargo, una idea muy similar ya se encuentra en Rawls (1955: 4-13).

<sup>38</sup> Por ejemplo, Von Hirsch (1993: 34-47); Peñaranda Ramos (2000: 317-318; 2015: 277-280); Silva Sánchez (2015: 21-34 y 68-70); Hörnle (2017: 34-42).

empírica a la teoría de la pena, lo cierto es que esta confluencia entre retribución y consecuencias también se ha elaborado por autores que toman una perspectiva más abstracta, como sucede en el caso de Pawlik, para el cual la pena viene a restablecer el reparto legítimo de libertades entre ciudadanos vulnerados por el delito, consiguiendo así el mantenimiento del orden social (2012: 109-110), y en el de Mañalich, que habla expresamente de “*retribución consecuencialista*” y destaca la capacidad de la pena merecida para mantener a futuro la autoridad del Derecho (2015: 11-15).

Y, junto con esta posibilidad de construir una teoría mixta de la pena desde la prevención o desde la retribución, se sigue manteniendo en pie con apoyos muy numerosos la teoría de la unión de Roxin, que no pasa por fusionar distintas justificaciones de la pena en una explicación única, sino que otorga un peso especial en cada momento de la pena a una teoría distinta (por lo que más que una teoría unitaria es una teoría parcelada o híbrida): muy resumidamente, en el momento de la amenaza de la pena lo relevante son sus efectos de prevención general; en el momento de la imposición de la misma hay que atender a criterios retributivos o de merecimiento; y durante su ejecución, lo más importante es la prevención especial positiva (2006: 85-95).

#### 4. Conclusiones

Aunque se trata de un concepto tan complejo y desarrollado que hace difícil concluir certeramente, creo que la mayoría de autores y autoras que han pensado sobre la teoría de la pena pueden estar de acuerdo, con relación a cada uno de sus elementos, en lo siguiente:

- En cuanto al concepto de ‘pena’, es infructuoso el intento de construirlo de espaldas a su naturaleza material (mal impuesto de manera voluntaria). Creo además que es también un sentir muy mayoritario en la doctrina, por un lado, la necesidad de su vinculación con la realización previa de un comportamiento jurídicamente desvalorado y considerado como delito; y, por el otro, el reclamo de su naturaleza fuertemente formalizada. A partir de ahí, las demás notas características de este concepto son tremadamente discutidas y discutibles.
- En cuanto a su justificación, quizás lo más pacífico es aceptar que una visión en exceso unilateral del problema lleva a soluciones incorrectas. Por tanto, si la pena puede justificarse es recurriendo a distintos argumentos (tengan distinta o la misma naturaleza -es decir, se mezclen argumentos deontológicos y consecuencialistas, o se mezclen distintas visiones consecuencialistas entre sí-), lo que, de un modo u otro, lleva al predominio de teorías mixtas/unitarias.

#### Bibliografía

- ANDRISSEK, T. (2017), *Vergeltung als Strafzweck. Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- BECCARIA, C. (1764 -edición de 2008-), *De los delitos y de las penas* (trad. De las Casas), Tecnos, Madrid.
- BENTHAM, J. (1830 -edición de 2009-), *The rationale of punishment*, Prometheus Books, New York.

- BETEGÓN CARRILLO, J. (1992), *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CARRARA, F. (1870 -edición de 1957-), *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, vol. II (trad. Ortega Torres y Guerrero), Temis, Bogotá.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2007), *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires.
- FEUERBACH, P. J. A. (1799), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Hennigschen Buchhandlung, Erfurt.
- FEUERBACH, P. J. A. (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Buch I, Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen.
- FRISCH, W. (2012), "Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad". En: FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, pp. 19-70.
- GRECO, L. (2009), *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Duncker und Humblot, Berlin.
- GROCIO, H. (1625 -edición de 1925-), *Del Derecho de la guerra y de la paz*, Tomo III (trad. de Torrubiano Ripoll), Reus, Madrid.
- HART, H. L. A. (1968a), "Prolegomenon to the principles of punishment". En: HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 1-27.
- HART, H. L. A. (1968b), "Postscript: Responsibility and retribution". En: HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 210-237.
- HASSEMER, W. (2009), *Warum Strafe sein muss? Ein Plädoyer*, Ullstein Verlag, Leck.
- HEGEL, G. W. F. (1821 -edición de 1993-), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- HÖRNLE, T. (2017), *Straftheorien*, 2<sup>a</sup> ed., Mohr Siebeck, Tübingen.
- JAKOBS, G. (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlin.
- JAKOBS, G. (1997), *Norm, Person, Gesellschaft*, Duncker und Humblot, Berlin.
- JAKOBS, G. (2005), "La pena como reparación del daño". En: REYES ALVARADO, Y. (coord.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, pp. 339-351.
- JAKOBS, G. (2006), *La pena estatal: Significado y finalidad* (trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez), Thomson Civitas, Madrid.
- JAKOBS, G. (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.
- KANT, I. (1797 -edición de 2008-), *La metafísica de las costumbres* (trad. Cortina Orts y Conill Sancho), Tecnos, Madrid.
- KINDHÄUSER, U. (2017), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden-Baden.
- KLUG, U. (1968), "Abschied von Kant und Hegel". En: BAUMANN, J. (coord.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch: Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt am Main, Fischer Bücherei, pp. 36-41.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2009), *Sólo penas legales, precisas y previas: El derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2018), "Penas y adminisanciones". En: SUAREZ LÓPEZ, J. M. et al. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, pp. 353-368.
- MACKIE, J. L. (1982), "Morality and the retributive emotions", *Criminal Justice Ethics*, vol. 1, núm. 1, pp. 3-10.

- MAÑALICH, J. P. (2015), "Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva", *InDret*, núm. 2.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2002), *Responsabilidad jurídica y libertad (una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MIR PUIG, S. (2011), *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid.
- (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona.
- NINO, C. S. (1980 -edición de 2016-), *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- NINO, C. S. (1989), "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", *Doctrina Penal*, vol. 12, núm. 45, pp. 29-48.
- PAWLIK, M. (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2000), "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito", *Doxa*, núm. 23, pp. 289-321.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2015), "La pena: Nociones generales". En: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas Thomson Reuters, pp. 255-293.
- PÉREZ MANZANO, M. (1990), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- PÉREZ MANZANO, M. (2010), "El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción", *Actum Social*, núm. 44, pp. 29-36.
- PLATÓN (384 a.C. -edición de 2010-), *Protágoras* (trad. García Gual), Gredos, Madrid.
- RAWLS, J. (1955), "Two concepts of rules", *The Philosophical Review*, vol. 64, núm. 1, pp. 3-32.
- ROBINSON, P. H. (2008), *Distributive principles of Criminal Law. Who should be punished how much?*, Oxford University Press, New York.
- ROBINSON, P. H. (2012), "El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena". En: MIR PUIG, S. et al. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 41-64.
- ROBINSON, P. H. (2013), *Intuitions of justice and the utility of desert*, Oxford University Press, New York.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2013), "Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)", *ADPCP*, vol. 64, pp. 251-292.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978), *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (2002), *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid.
- ROXIN, C. (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, C. H. Beck, München.
- ROXIN, C. (2015), "Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion", *GA*, vol. 162, núm. 4, pp. 185-202.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2015), *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdeF, Buenos Aires.
- STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L. (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6<sup>a</sup> ed., Franz Vahlen, München.
- VON HIRSCH, A. (1993 -edición de 1998-), *Censurar y castigar* (trad. Larrauri Pijoan), Trotta, Madrid.
- VON LISZT, F. (1883), "Der Zweckgedanke im Strafrecht", *ZStW*, vol. 3, pp. 1-47.

- WALTER, T. (2016), *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos/C. H. Beck, München.
- ZAIBERT, L. (2015), “La justificación de la pena”, *Eunomía*, núm. 8, pp. 146-152.
- ZAIBERT, L. (2018), *Rethinking punishment*, Cambridge University Press, Cambridge.

# Igualdad entre mujeres y hombres\*

## Equality Between Women and Men

MariaCaterina La Barbera

Universidad Nebrija

[mlabarbera@nebrija.es](mailto:mlabarbera@nebrija.es)

Recibido / received: 23/11/2018

Aceptado / accepted: 18/02/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4702>

### Resumen

Este artículo trata de la igualdad entre mujeres y hombres como principio fundamental del Estado de Derecho. Se ilustran aquí las tres dimensiones interconectadas de la igualdad entre mujeres y hombres contenidas en la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación hacia las mujeres (CEDAW). La CEDAW no se limita a considerar la dimensión formal de la igualdad o igualdad en derechos. Apunta a la necesidad de abordar la dimensión material de la igualdad, o igualdad de hecho, e indica las acciones positivas necesarias para ello. La concepción de la igualdad contenida en la CEDAW apela a su dimensión transformativa, es decir, apunta a la eliminación de los estereotipos y las estructuras sociales que perjudican a las mujeres y aspira a transformar la sociedad en su conjunto en términos igualitarios. Siguiendo recomendaciones recientes del Comité CEDAW, se señala finalmente la necesidad de considerar las discriminaciones que sufren las mujeres como el resultado de la intersección de las estructuras de género con otros ejes de desigualdad interconectadas.

### Palabras clave

Igualdad formal, Igualdad de hecho, CEDAW, Igualdad transformativa, Interseccionalidad, cambio social, justicia global.

### Abstract

*This article addresses equality between women and men as a fundamental principle of the Rule of Law. The three interconnected dimensions of equality between women and men that are contained in the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) are here illustrated. CEDAW does not restrain its focus to the formal dimension of equality or equality before the law. It points to the need to address the substantive dimension of equality, or equality de facto, and indicates the positive measures needed to this end. The conception of equality contained in the CEDAW appeals to the transformative dimension of equality, that is to say, it aims to eliminate stereotypes and social structures that harm women and to transform society as a whole in egalitarian terms. Following recent recommendations of CEDAW Committee, the need to consider women's discrimination as the result of the intersection of gender structures with other interconnected axes of inequality is finally pointed out.*

### Keywords

*Formal equality, Substantive equality, CEDAW, Transformative equality, Intersectionality, social change, global justice.*



*Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad.* ISSN 2253-6655

Nº. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 233-242. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4702>

SUMARIO. 1. La desigualdad entre mujeres y hombres. 2. La dimensión formal de la igualdad o igualdad en derechos. 3. La dimensión material de la igualdad o igualdad de hecho. 4. La dimensión transformativa de la igualdad o igualdad como criterio para el cambio social.

## 1. La desigualdad entre mujeres y hombres

En 1791, Olympe de Gouge (1791) redactó la *Declaración de las mujeres y de las ciudadanas* para reivindicar los derechos de las mujeres que no se incluyeron en la *Declaración del Hombre y del Ciudadano*. La reivindicación de la igualdad entre mujeres y hombres como fundamento de los derechos humanos tiene una larga trayectoria histórica, pero el proceso de juridificación de los derechos de las mujeres ha sido muy lento y está aún lejos de haberse completado.

Hasta el comienzo del siglo XX, las mujeres no tenían la titularidad de muchos derechos fundamentales. El derecho al voto de las mujeres se alcanzará en 1893 en Nueva Zelanda, en 1906 en Finlandia, en 1928 en el Reino Unido, en 1931 en España, en 1946 en Italia, en 1971 en Suiza, en 1997 en Qatar, en 2006 en los Emiratos Árabes, en 2015 en Arabia Saudí<sup>1</sup>. El derecho al voto de las mujeres, para el cual luchó el movimiento sufragista, fue solo un primer paso dentro de un proceso de reivindicación de derechos que ha pasado por la igualdad de condiciones laborales, la tutela de la salud sexual y reproductiva y la persecución de la violencia por parte de la pareja. A pesar de las importantes conquistas realizadas<sup>2</sup>, incluso en Europa –donde la igualdad entre mujeres y hombres ha alcanzado los niveles más altos– las mujeres sufren aún muchas discriminaciones por ser mujeres.

Existen datos alarmantes sobre violencia contra las mujeres<sup>3</sup>. Una de cada tres mujeres europeas mayores de 15 años ha sido víctima de violencia física o sexual. Más en detalle: 1 de cada 10 mujeres experimenta alguna forma de violencia sexual; 1 en 20 ha sido violada, y 1 de cada 5 tiene experiencia de violencia física y/o sexual de la mano de su pareja o ex pareja (Fundamental Rights Agency, 2014). La violencia contra las mujeres no es el resultado de actos individuales de mala conducta. Es un problema profundamente arraigado en las relaciones estructurales entre mujeres y hombres que produce tanto desigualdades económicas como de participación en las instituciones públicas y en la toma de decisiones económicas (Naciones Unidas 2006, Walby et al. 2017).

El Índice de la Igualdad de Género 2017, muestra que la distribución de las tareas domésticas sigue siendo desigual en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (European Institute for Gender Equality, 2017). En los países miembros, el 78,7% de las mujeres realiza la mayoría de las tareas domésticas diarias, mientras solo el 27,5% de las mujeres realiza actividades deportivas, culturales o de ocio fuera del hogar. La distribución desigual de las tareas domésticas se ha identificado como una de las principales causas de la

<sup>1</sup> Véase Sufragistas [Suffragettes] dirigida por Sarah Gavron; producida por Aliso Owen, Faye Ward ; escrita por Abi Morgan; director de fotografía, Eduard Grau; música, Alexandre Desplat Carey Mulligan, Helena Bonham Carter, Brendan Gleeson, Anne-Marie Duff, Meryl Streep.

<sup>2</sup> En España, por ejemplo, hasta el 1966 las mujeres no tuvieron acceso a la judicatura ([Ley 96/1966](#)); hasta 1975 las mujeres casadas no tuvieron capacidad jurídica ([Ley 14/1975](#)); hasta 1981 no fueron titulares de la patria potestad compartida ni podían disponer de los bienes gananciales ([Ley 11/1981](#)).

<sup>3</sup> Véase la voz “Violencia de género” (Marugán Pintos, 2013) en el [núm. 4](#) de esta revista.

discriminación de las mujeres en el mercado laboral, la representación política y la toma de decisiones (Okin, 1989).

Dicho índice muestra también que el acceso al empleo y a buenas condiciones de trabajo todavía no está equilibrado: solo el 39,6% de las mujeres accede a un empleo a tiempo completo en la Unión Europea (European Institute for Gender Equality, 2017). Los datos en España demuestran que las mujeres tienen más empleo temporal, a tiempo parcial o de baja responsabilidad que los hombres (Instituto Nacional de Estadística, 2017). Es decir, la mayoría de las mujeres tiene ingresos menores que los de sus compañeros (Eurostat, 2018). Aunque el salario base está establecido por ley, sin diferencia entre hombres y mujeres para un mismo puesto de trabajo, los complementos por productividad, horas extra y puestos de dirección revelan diferencias importantes entre hombres y mujeres y explican la existencia de la brecha salarial (European Institute for Gender Equality, 2017).

Además, la vida laboral de las mujeres se interrumpe más frecuentemente y más a menudo salen del mercado laboral, con las relativas repercusiones que ello implica en la cotización a la Seguridad Social y, finalmente, en las pensiones (Ayuso y Chuliá, 2018). Los datos demuestran que estas condiciones laborales son a menudo elegidas para conciliar vida familiar y laboral, ya que tanto las responsabilidades de cuidados de niños y mayores como las tareas domésticas siguen siendo soportadas mayoritariamente por las mujeres (Instituto Nacional de Estadística, 2017). El 44% de los europeos considera que el rol más importante de las mujeres es el cuidado del hogar y de los niños (Comisión Europea, 2018).

La desigualdad de género sigue siendo importante también en la representación política. La proporción de mujeres ministras en los países de la Unión Europea es del 26,8% y del 27,7% la de mujeres parlamentarias. El desequilibrio de género también es relevante en la toma de decisiones económicas. La proporción de mujeres y hombres en los consejos directivos de compañías que cotizan en bolsa y de bancos centrales es aún muy baja. La proporción de mujeres asciende a tan solo al 21,7% (European Institute for Gender Equality, 2017).

Estos números muestran claramente que incluso en los países que han avanzado más en términos de igualdad, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres es muy baja. Pero, además, la situación de desigualdad entre mujeres y hombres es mucho más grave si tenemos en cuenta no solo a las mujeres nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, sino también a las mujeres migrantes. ONU Mujeres (2016) estima que la cifra de las personas que migran para trabajar en el servicio doméstico asciende a nivel global a 11,5 millones. Aproximadamente 1 de cada 5 personas empleadas en el servicio doméstico era migrante en 2013; siendo mujeres el 73,4%. Según la Organización Internacional del Trabajo, “las trabajadoras de países de bajos ingresos encuentran cada vez más oportunidades de trabajo en el sector doméstico, a menudo en situación de salarios bajos, malas condiciones laborales y escasa protección legal” (Organización Internacional del Trabajo, 2016).

## 2. La dimensión formal de la igualdad o igualdad de derechos

Recalcando la formulación de la *Declaración del Hombre y del Ciudadano* de 1789, el artículo 1 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 (en adelante DUDH) proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, estableciendo la igualdad en derechos como principio regulativo del Estado de Derecho contemporáneo. Asimismo, el preámbulo afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de

la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". El preámbulo subraya además que "las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre [sic], en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltas a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad".

Mientras el artículo 2 DUDH establece el principio de no discriminación "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición", el artículo 7 DUDH declara el principio de igualdad formal: "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley". A partir del reconocimiento de la intrínseca dignidad de todos los seres humanos contenido en la DUDH, la igualdad y la no discriminación se han convertido en principios regulativos del Estado de Derecho. Es decir, la igualdad no es concebida como un punto de partida, sino una meta al que el Estado de Derecho quiere alcanzar.

El género, la sexualidad, la raza, la (dis)capacidad, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional y la posición económica son elementos diferenciales entre los seres humanos que marcan el desigual acceso a recursos, opciones, derechos y libertades. Las condiciones personales y sociales que nos diferencian son elementos que definen nuestra situación subjetiva a la vez que se entrelazan con estructuras de marginación y exclusión (La Barbera, 2015). Se trata de diferencias que se insertan en estructuras sociales que colocan de forma sistemática a los blancos, varones, heterosexuales, de formación cristiana y de clase medio-alta en una situación privilegiada (Mackinnon, 1983: 636).

Estas jerarquías incluyen limitaciones en el acceso a derechos y libertades e implican algo más que la injusta distribución de los recursos (Young, 1990; Fraser, 1997). La discriminación estructural hacia las mujeres está vinculada con los desequilibrios de poder dentro y fuera de la familia (Okin, 1989). Consiste en la privación sistemática de las oportunidades para acceder y disfrutar en igualdad de las opciones de vida disponibles.

Si no se remueven los obstáculos sociales que históricamente han impedido el acceso a bienes, recursos y oportunidades, el Derecho sigue perpetuando las desventajas sociales existentes. Sin embargo, la igualdad entendida como principio formal no proporciona soluciones frente a las discriminaciones *de hecho*. Si usamos la metáfora de quienes compiten en una carrera, si todo el mundo no ha llegado a la línea de partida la carrera no puede ni siquiera empezar. En las famosas palabras del presidente de los Estados Unidos, Lyndon Johnson, "no es suficiente abrir las puertas de las oportunidades. Todos nuestros ciudadanos deben tener la capacidad de atravesar esas puertas"<sup>4</sup>. Para ello, es necesario considerar las condiciones que obstaculizan el igual disfrute de los derechos y abordar la dimensión material (sustantiva o *de hecho*) de la desigualdad.

Una etapa fundamental en la protección y garantía de los derechos de las mujeres fue marcada por la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*<sup>5</sup> (en adelante CEDAW por su sigla en inglés) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979. La adopción

<sup>4</sup> El discurso del Presidente Lyndon B. Johnson de 1965 está disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=27021> (última consulta: 6 de abril de 2018).

<sup>5</sup> Nótese que en inglés se usa "women" en plural, mientras la traducción española, revelando el enfoque esencialista predominante, utiliza el singular.

de una convención internacional específica para proteger los derechos de las mujeres ha transformado la manera de concebir los derechos humanos desde la perspectiva de género (Bunch, 1990). La adopción de la CEDAW no implicaba asumir que las mujeres tienen derechos distintos, sino establecer medidas y actuaciones específicas para tutelar sus derechos humanos considerando sus necesidades biológicas específicas y su situación de discriminación histórica.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante el Comité) explica que “las necesidades y experiencias permanentes, determinadas biológicamente, de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales” (Recomendación General n. 25, Medidas especiales de carácter temporal, párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, §11).

A causas de la discriminación histórica sufrida, las mujeres necesitan una especial protección por parte de los Estados para gozar en igualdad de condiciones de los derechos reconocidos a todos los seres humanos. La CEDAW proporciona una hoja de ruta detallada para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres que incluye: la eliminación de los obstáculos legales que impiden el acceso a derechos y libertades en igualdad de condiciones a mujeres y hombres; el reconocimiento de las necesidades específicas de las mujeres tutelando sus derechos sexuales y reproductivos; la eliminación de estereotipos que perpetúan la discriminación de las mujeres; la adopción de acciones positivas para compensar la discriminación histórica y permitir el acceso a las instituciones donde tradicionalmente las mujeres han sido excluidas de iure o de facto, y la transformación de la sociedad a través de la educación de niños y niñas con perspectiva de género.

En conformidad con la DUDH, la CEDAW establece que “los Estados signatarios están obligados a condonar la discriminación contra las mujeres y adoptar medidas para eliminarla” (art. 2 CEDAW). Al ratificar la CEDAW, los Estados se obligan a garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta contra las mujeres en su legislación, jurisprudencia y praxis administrativa. Es decir, la CEDAW requiere revisar las legislaciones nacionales con el fin de eliminar tanto las normas que prevén un trato abiertamente desigual para las mujeres (discriminación directa) como aquellas que se basan en criterios aparentemente neutros que las perjudican de hecho (discriminación indirecta). Cualquier contrato u otro acuerdo privado que limite la capacidad jurídica de las mujeres “se considerará nulo” (art. 15 CEDAW). Finalmente, la CEDAW requiere que se garantice la tutela por parte de tribunales competentes contra acciones u omisiones discriminatorias cometidas tanto por autoridades públicas (por ej. jueces o policías) como por organizaciones privadas, empresas o particulares.

### **3. La dimensión material de la igualdad o igualdad de hecho**

La CEDAW se basa en una conceptualización del género como construcción social injusta (Scott, 1986) que, a partir de las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, implica la subordinación jurídica y social de la mitad de la población del planeta. La CEDAW reconoce además que la distinción entre público y privado es ficticia (Pateman, 1983; Olsen, 1985) y que para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres es necesario que los Estados intervengan en ámbitos tradicionalmente considerados privados como los cuidados y eliminen “los patrones culturales que definen el ámbito público como un mundo masculino y la esfera doméstica como el



dominio de la mujer” (Introducción CEDAW). Estableciendo la obligación de eliminar prejuicios y prácticas sexistas, la CEDAW reconoce la interconexión de tres dimensiones fundamentales de la justicia. La justicia no es concebida solamente como redistribución de los recursos (Rawls, 1979), sino también como reconocimiento de las características específicas invisibilizadas y menospreciadas (Honneth, 1997) e incluye también la representación política (Fraser, 2003). La CEDAW parte de una visión crítica del Derecho y reconoce: que el sistema jurídico puede reproducir la desigualdad; que alcanzar la igualdad requiere alterar el *status quo* injusto, y que es necesario transformar las estructuras sociales y los procesos políticos que obstaculizan *de hecho* la igualdad de las mujeres.

La CEDAW considera la dimensión material de la igualdad tomando en consideración las diferencias y desventajas en el punto de partida que impiden *de hecho* la igualdad en dignidad y derechos de las mujeres. Esto implica considerar la discriminación no tanto como una cuestión individual sino más bien estructural (Young, 2009). Es decir, la CEDAW requiere abordar las estructuras sociales y políticas que generan una exposición sistemática a la discriminación de las mujeres como grupo históricamente desfavorecido. Uno de los avances clave representados por la CEDAW es el foco, expresamente asimétrico, en el grupo que sufre desventajas y la previsión de acciones positivas dirigidas a minimizar la discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras sociales sexistas. Se trata de obligaciones positivas que los Estados han asumido al ratificar la Convención (Recomendación General n. 25: § 24).

Las así llamadas “cuotas” son el ejemplo más conocido de acciones positivas. En España, la Ley de Igualdad (L. 3/2007, de 22 de marzo) anima a los poderes públicos a adoptar acciones positivas “a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres” (Art. 11, L. 3/2007). La Ley de igualdad establece que en las listas electorales cada sexo no deberá superar el 60% y no ser inferior al 40% de cada en cada tramo de 5 candidaturas. Prevé además la “presencia o composición equilibrada” (no más del 60%, no menos del 40%) para los nombramientos de cargos directivos de la administración general del Estado, órganos de selección del personal y consejos de administración de empresas con participación pública (disposición adicional primera).

Se trata de medidas provisionales para conseguir que tanto las mujeres como los hombres estén representados y participen en los procesos de toma de decisión política y económica. Ya que los que ocupan posiciones de poder tienden a seleccionar los candidatos entre los que están en sus círculos (los así llamados *old boys' network*), las cuotas obligan a los partidos y los empleadores a reclutar a más mujeres como grupo históricamente no representado. En caso de méritos comparables, las cuotas sirven para incluir las mujeres y compensar situaciones de discriminación históricas (Bacchi, 2006). El Comité ha aclarado que la aplicación de medidas especiales de carácter temporal es un medio para hacer realidad la igualdad material y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad (Recomendación General n. 25: §14). Es decir, es conceptualmente equivocado definir las cuotas como medidas de “discriminación inversa”.

#### **4. La dimensión transformativa de la igualdad o igualdad como criterio para el cambio social**

Las acciones positivas como las cuotas alteran los resultados, pero no implican un reexamen en profundidad de las estructuras socio-jurídicas que perpetúan la



discriminación (Fredman, 2016: 722). Las cuotas atacan los síntomas, pero no las causas de la desigualdad. No ofrecen, por ejemplo, soluciones para las mujeres que, por haber asumido todas las responsabilidades de cuidado familiar, no tienen “méritos comprables”. Las cuotas permiten el acceso solo a aquellas mujeres que han alcanzado dichos méritos, sin abordar la raíz de la discriminación, y por lo tanto no son suficientes.

La CEDAW va más allá y requiere alterar las causas de la discriminación hacia las mujeres, transformando la sociedad en su conjunto. La CEDAW afirma que para garantizar la igualdad, los Estados deben eliminar toda forma de discriminación directa, corregir las desventajas de partida a través de medidas especiales, eliminar la violencia, garantizar la “voz” compensando la exclusión política y social, y contrarrestar prejuicios, estigmatización y estereotipos (Fredman, 2016: 727). El objetivo de la CEDAW de erradicar las estructuras que sistemáticamente producen discriminación implica reconocer la igualdad como proyecto transformador de la sociedad en su conjunto (Cook y Cusack, 2011; Laporta, 2016). Los Estados deben “transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente” (Recomendación General n. 25: §10).

La CEDAW obliga a los Estados signatarios a modificar los patrones sociales y culturales que determinan prejuicios y prácticas basados en estereotipos sexistas (Art. 5 CEDAW). Superando la idea de igualdad meramente formal, la CEDAW conecta la igualdad material (Art. 4 CEDAW) con su vertiente transformativa (Fredman, 2003: 115). Los Estados signatarios tienen la obligación de hacer frente a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a las mujeres no sólo a través de actos individuales, sino también a través de la legislación, las instituciones políticas y las estructuras sociales (Recomendación General n. 25: § 7 y 10). Es necesario modificar pues los marcos de referencia, el lenguaje y las representaciones a través de la educación y la formación continua así como las estructuras familiares a través de políticas de conciliación familiar. Pero también, hay que cambiar la manera de enmarcar el problema de la discriminación hacia las mujeres, dejando por ejemplo de representarlo como infrarrepresentación de las mujeres y poniendo en evidencia la sobrerepresentación de los hombres (Bacchi, 2006).

## 5. Conclusiones

Aunque la CEDAW haya establecido hace 40 años una hoja de ruta muy clara para lograr el cambio socio-jurídico y alcanzar la igualdad, las desigualdades entre mujeres y hombres persisten y se reproducen (Foro Económico Mundial, 2017). Uno de los problemas de las políticas para la erradicación de la discriminación hacia las mujeres ha sido su enfoque “unitario” (Hancock, 2007: 64) que considera el género como la única causa de discriminación hacia las mujeres. Recientemente, sin embargo, el Comité ha reconocido que “las mujeres nunca son solo mujeres” y que existen entre ellas “diferencias que hacen la diferencia” (Crenshaw, 2002: 173) a la hora de sufrir la discriminación de género.

El Comité reconoce que la interseccionalidad (Crenshaw, 1989)<sup>6</sup> es un concepto clave para comprender el alcance de las obligaciones internacionales de los Estados signatarios. Las discriminaciones que sufren las mujeres por razón de género están interconectadas de manera inseparable con otros factores como la raza, el origen étnico, el origen nacional, la religión o las creencias, la salud, la

<sup>6</sup> Véase la voz “Interseccionalidad” (La Barbera, 2017) en el [núm. 12](#) de esta revista.

posición socioeconómica, la edad, la clase, la casta y la orientación sexual. Algunos grupos de mujeres están expuestas a situaciones de vulnerabilidad específica que les afectan de manera única y desproporcionada en comparación con otras mujeres (Crenshaw, 2000).

Las situaciones de vulnerabilidad específica que se generan por la intersección entre ejes de desigualdad interconectados son especialmente complejas en la era de las migraciones fronterizadas (La Barbera, 2019). La interseccionalidad permite abordar las discriminaciones que afectan a las mujeres migrantes como el resultado de la interacción entre los sistemas normativos, económicos y socio-culturales de los países de origen y de destino (La Barbera, 2015). Permite reconocer, por ejemplo, que las mujeres migrantes se encuentran en situación de especial vulnerabilidad porque el mercado laboral en el país de destino no está solo segregado en base al género sino está también racializado (Moré Corral, 2017). Su discriminación en el mercado laboral en el país de destino no se puede abordar adecuadamente si no se reconoce que los distintos ejes de desigualdad operan de forma interconectada.

Los Estados partes deben reconocer y prohibir estas formas de discriminación entrecruzadas y su impacto negativo combinado en la vida de las mujeres (Recomendación General n. 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, § 18). La interseccionalidad es una categoría irrenunciable para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres.

## Bibliografía

- AYUSO, M. y CHULIÁ, E. (2018), *¿Hacia la progresiva reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas?*, Documento de Trabajo 22/2018, Instituto BBVA, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.jubilaciondefuturo.es/recursos/doc/pensiones/20160609/esfe/las-pensiones-y-la-brecha-de-genero.pdf> (fecha de consulta: noviembre de 2018).
- BACCHI, C. (2006), "Arguing for and against quotas". En: DAHLERUP, D. (Coord.), *Women, Quotas and Politics*, London, Routledge, pp. 32–51.
- BUNCH, C. (1990), "Women's rights as human rights: Toward a re-vision of human rights", *Human Rights Quarterly*, 12, pp. 486–498.
- COMISIÓN EUROPEA (2018), *2018 Report on equality between women and men in the EU*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- COOK, R. y CUSACK, S. (2011), *Gender Stereotyping*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- CRENSHAW, K. (1989), "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex", *University of Chicago Legal Forum*, pp. 139–167.
- CRENSHAW, K. (2002), "Gender-related aspects of race discrimination,background paper for the United Nations EXPERT MEETING on Gender and Racial Discrimination", *Revista de Estudios Feministas*, 10, pp. 171-188.
- DE GOUGES, O. (1791), *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, République des Lettres, Paris, 2012.
- EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (2017), *Gender Equality Index 2017*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/gender-equality-index-2017-measuring-gender-equality-european-union-2005-2015-report> (fecha de consulta: noviembre de 2018).

- EUROSTAT (2018), *Gender pay gap statistics*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Gender\\_pay\\_gap\\_statistics#Gender\\_pay\\_gap\\_levels\\_var\\_y\\_significantly\\_across\\_EU](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics#Gender_pay_gap_levels_var_y_significantly_across_EU) (fecha de consulta: noviembre de 2018).
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2017), *The Global Gender Gap Report*, World Economic Forum, Ginebra.
- FRASER, N. (1997), *Justicia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición «postsocialista»*, Universidad de los Andes: Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- FRASER, N. (2003), "Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation". En: FRASER, N. y HONNETH, A. (Coords.), *Redistribution or Recognition: A political-philosophical exchange*, Londres, Verso, pp. 7–109.
- FREDMAN, S. (2003), "Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights". En: Boerefijn, I. et al. (Coords.), *Temporary Special Measures: Accelerating de facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Oxford, Intersentia, pp. 111-115.
- FREDMAN, S. (2016), "Substantive Equality Revisited", *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), pp. 712-738.
- FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (2014), *Violence against women: an EU-wide survey*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (fecha de consulta: noviembre de 2018).
- HANCOCK, A. (2007), "When multiplication doesn't equal quick addition: Examining intersectionality as a research paradigm", *Perspectives on Politics*, 5 (1), pp. 63–79.
- HONNETH, A. (1997), *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica, Barcelona.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2017), *Mujeres y hombres en España*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid.
- LA BARBERA, MC. (2015), "Identity and Migration: An Introduction". En: LA BARBERA, MC, *Identity and Migration in Europe: Multidisciplinary Perspectives*, Dordrecht, Springer, pp. 1–13.
- LA BARBERA, MC. (2017), "Interseccionalidad", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 12, pp. 191–198.
- LA BARBERA, MC. (2019), "Toward Global Justice: Intersecting Structural Vulnerabilities as a Key Category for Equality Policies in the Age of Bordered Migrations". En: J.C. VELASCO, JC. y La BARBERA MC. (Coords.), *Challenging the Borders of Justice in the Age of Migrations*, Dordrecht, Springer, pp. 205–224.
- LAPORTA HERNÁNDEZ, E. (2016), "Desde la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer a la igualdad transformativa en España". En: LA BARBERA MC. Y CRUELLS LÓPEZ, M. (Coords.), *Igualdad de género y no discriminación en España, evolución problemas y perspectivas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 59–79.
- MACKINNON, C. (1983), "Feminism, Marxism, Method and State: Toward Feminist Jurisprudence", *Signs*, 8 (4), pp. 635-658.
- MARUGÁN PINTOS, B. (2013), "Violencia de género", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, pp. 226–233.
- MORÉ CORRAL, P. (2017), *Migraciones y trabajo con personas mayores en las grandes ciudades*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
- NACIONES UNIDAS (2006), *Ending violence against women*, UN Publication, Ginebra.
- OKIN, S. (1989), *Justice, Gender, and the Family*, Basic Books, New York.

- OLSEN, F. (1985), "The Myth of State Intervention in the Family", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18 (4), pp. 835–864.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016), *Migrant Domestic Workers*, International Labour Office, Geneva.
- PATEMAN, C. (1983), "Feminist critiques of the public/private dichotomy". En: S. BENN y G. GAUS (Coords.), *Public and private in social life*, New York, St. Martin's Press, pp. 281–303.
- RAWLS, J. (1979 [1971]), *Una teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- SCOTT, J. (1986), "Gender: A Useful Category of Historical Analysis", *American Historical Review*, 91(5), pp. 1053–1075.
- WALBY, S. et al. (2017), *The concept and measurement of violence against women and men*, Policy Press, Oxford.
- YOUNG, I. (1990), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton.
- YOUNG, I. (2009), "Structural Injustice and the Politics of Difference". En: E. GRABHAM, E. et al. (Coords.), *Beyond Intersectionality*, New York, Routledge, pp. 273–299.

# Las minorías en Derecho Internacional\*

## Minorities in International Law

Javier Chinchón Álvarez\*\*

Universidad Complutense de Madrid

[jachal@der.ucm.es](mailto:jachal@der.ucm.es)

Recibido / received: 30/11/2018

Aceptado / accepted: 05/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4703>

### Resumen

El presente artículo ofrece un examen del término minoría desde la perspectiva del Derecho internacional. Para ello, se realizará un primer análisis que trate de configurar su conceptualización actual a partir del desarrollo habido especialmente desde la época de la Sociedad de Naciones. A continuación se expondrán las notas fundamentales en cuanto al régimen jurídico internacional aplicable a las minorías, distinguiendo a tal efecto entre este concepto y el de pueblos y poblaciones indígenas. Concluyendo, finalmente, con una breve reflexión a la luz de todo ello y de la realidad que enfrentan las minorías en la actualidad según los propios órganos internacionales.

### Palabras clave

Minorías, Derecho internacional, pueblos, poblaciones indígenas.

### Abstract

*This article offers an examination of the term minority from the international law perspective. For this purpose, an initial analysis will be carried out trying to configure its current conceptualization based on the development that has taken place especially since the League of Nations age. This will be followed by the fundamental notes regarding the international legal regime applicable to minorities, distinguishing between this concept, peoples and the indigenous peoples. Finally, it will be concluded with a brief reflection in light of all this issues and the reality that minorities currently face according to the international bodies themselves*

### Keywords

Minorities, International Law, Peoples, Indigenous Peoples.

SUMARIO. 1. Conceptualización. 2. Régimen jurídico: Minorías, pueblos y poblaciones indígenas. 2.1. Delimitación inicial. 2.2. Régimen específico. 3. Reflexión final: De la teoría a la realidad (actual).

\* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2016-76312-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España, dirigido por el profesor Carlos Fernández de Casadevante Romaní.

\*\* Profesor Contratado Doctor (acreditado el Cuerpo de Profesores Titulares) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid.



## 1. Conceptualización

Aunque el inicio de la aproximación formal al concepto y protección de las minorías por parte del Derecho internacional se ha venido situando, al margen otras referencias históricas, en momentos tan remotos como los tratados de Westfalia de 1648 en lo que concierne a las minorías religiosas, o el Acta final del Congreso de Viena de 1815 en cuanto a las minorías nacionales (Ruiz Vieytes, 1998: 19 y ss.), en la construcción de su configuración contemporánea la referencia común suele llevar hacia el sistema establecido al calor de la Sociedad de Naciones. En todo caso, el sobresaliente avance que entonces supuso que el control y garantía de su cumplimiento se situase en la misma Organización Internacional, no debe llevar al error de considerarlo como una suerte de régimen internacional basado en principios generales aplicables, en suma, a toda minoría. Formalmente y en esencia, fue un sistema establecido a través de una red de tratados internacionales entre las Principales Potencias aliadas y asociadas y los Estados que fueron derrotados (Austria, Bulgaria, Hungría y Bulgaria) o surgieron o vieron radicalmente modificado sus territorios (Checoslovaquia, Grecia, Polonia, Rumania y Yugoslavia), tras la Primera Guerra Mundial. En su virtud, aquellos Estados, y sólo ellos, se comprometían “a respetar” a los habitantes que diferían de la mayoría por la raza, la lengua o la religión, por usar la fórmula que avanzaba el Tratado de Versalles. De hecho, en ninguno de aquellos tratados aparece una mención precisa al concepto mismo de minoría, fuera de los supuestos específicos a los que se iban a aplicar, previendo en lo concreto un complejo catálogo de derechos referidos, ya a todos los habitantes, ya a los nacionales, ya a los nacionales miembros de una minoría (Fernández Liesa, 2001a: 144-180).

No obstante, en aquel contexto sí pueden identificarse ya algunas construcciones conceptuales de índole general que servirán de base y soporte posteriores. Así, en 1930 la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo suya una caracterización de lo que puede entenderse como una minoría en los siguientes términos: todo grupo de personas que habitan en una zona determinada, tienen una raza, religión, lengua y tradiciones propias, y están unidas por esa identidad y un sentimiento de solidaridad para conservar sus tradiciones, preservar su culto y asegurar la educación de sus hijos de acuerdo a todo ello<sup>1</sup>. En otras decisiones aparecería especialmente remarcada la importancia de este último elemento subjetivo, el sentimiento de identidad o pertenencia (Corte Permanente, 1928: 32-35); particular al que volveremos más adelante.

La extendida convicción de que el sistema establecido en torno a la Sociedad de Naciones, además de limitado y con una serie de efectos contraproducentes (López Martín y Perea Unceta, 2017: 132-134), en última instancia no respondió más que a la imposibilidad de encontrar otro mejor y realmente viable en aquellas circunstancias (Carpentier, 1992: 352), pudiera pensarse que sufriría un avance y/o cambio radical tras la Segunda Guerra Mundial, como en ocurrió en tantos otros ámbitos del Derecho internacional. Sin poder detenernos ahora en los motivos específicos, lo cierto es que más bien sucedió todo lo contrario, de tal forma que no sólo es que ni se diera ni se pretendiera dar continuidad alguna al mismo ya desde la Conferencia de Postdam (Musgrave, 2000: 128), sino que en el inicial sistema creado sobre la Carta de las Naciones Unidas la cuestión de las minorías sencillamente

<sup>1</sup> “By tradition, which plays so important a part in Eastern countries, the “community” is a group of persons living in a given country or locality, having a race, religion, language and traditions of their own and united by this identity of race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and rendering mutual assistance to each other” (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1930: 21).

desaparecería. De hecho y expresamente, fue excluida del contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos porque en palabras de la misma Asamblea General, pese a que las “Naciones Unidas no pueden permanecer indiferentes a la suerte de las minorías”, se consideró que “es difícil adoptar una solución uniforme de esta delicada cuestión que presenta aspectos especiales en cada Estado” (Asamblea General, 1948: párrs. 1 y 2). La vía, en síntesis, acordada para dar “solución” a esta cuestión fue remitirla a la Comisión de Derechos Humanos/Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, a través del Consejo Económico y Social, con el objeto de que se “estudiase a fondo para que las Naciones Unidas puedan adoptar medidas eficaces para la protección de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas” (Asamblea General, 1948: párr. 4).

La incipiente labor de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (Subcomisión, en adelante), concretada en algunas propuestas de definición basadas en una serie de criterios generales, no encontró el respaldo suficiente en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, lo que llevó a que la Subcomisión decidiera en 1954 postergar esta cuestión. Así, en el plano convencional universal sería en un tratado adoptado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, donde por primera vez apareciera una mención expresa del concepto de minoría (nacional)<sup>2</sup>, si bien, siguiendo la línea ya señalada, sin incorporar definición concreta al respecto. Esta misma situación se repitió unos años después en el artículo 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), en el que se hacía referencia a los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas<sup>3</sup>. No obstante, esta nueva ausencia de conceptualización llevaría apenas un año después a que la Subcomisión se viese impelida a retomar aquello que había dejado pendiente; comenzando entonces por reconocer, o recordar, que hacia frente a una cuestión singularmente difícil, esto es, lograr establecer una definición general del término de minoría<sup>4</sup>.

En la construcción de conjunto que estamos realizando, conviene que nos detengamos aquí un momento, pues aunque como bien se ha dicho, la protección de las minorías es una preocupación y problema en todas las zonas del mundo en un grado u otro (Mariño, 1998: 163), es evidente que en Europa ha sido y es un tema

<sup>2</sup> “ARTÍCULO 5.1. Los Estados Partes en la presente Convención convienen: (...) c. En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando: (i) Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional; (ii) El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes; y (iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa”.

<sup>3</sup> “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

<sup>4</sup> “The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Considering the provision of article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (...) Being convinced of the desirability of future studies in the field, Noting the difficulty of establishing a general definition of minorities owing to the great differences in the situation and structure of ethnic, religious and linguistic groups throughout the world; 1. Decide to include in the programme of its future work, and to initiate as soon as possible a. study of the implementation of the principles set out in article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights with special reference to analysing the concept of minority taking into account the ethnic, religious and linguistic factors and considering the position of ethnic, religious or linguistic groups in multi-national societies” (Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 1967: 82-83).

singularmente central. Con todo, si del ámbito universal volvemos la vista al continente europeo, el panorama en aquel entonces era bastante similar al recién descrito. Así por ejemplo, en tratados clave como el Convenio Europeo para la Protección los de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) se hacía mención al concepto de minoría (nacional), aunque sin aportar definición al respecto<sup>5</sup>; lo que de su lado ocurrió igualmente en la célebre Acta Final de Helsinki de 1975 de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa<sup>6</sup>. En lo formal, ciertamente desde sus comienzos ambas organizaciones incluyeron a las minorías como un particular de especial atención e interés, pero la realidad es que sería principalmente en el Consejo de Europa donde a partir de los años sesenta del siglo pasado se darían diversos esfuerzos para alcanzar una definición propia. El punto de partida fue una primera proposición general de 1961 del Relator Hernod Lannung, en la que se hablaba de grupos separados o distintos, bien definidos, y establecidos desde hacía mucho tiempo en el territorio de un Estado (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1961: 7).

En aquellos años el mayor avance se dio, no obstante, en el ámbito universal, donde se presentaron distintas propuestas que con el paso del tiempo se han convertido en referencias en este ámbito. En este sentido, ha de mencionarse el completo y voluminoso “*Study on the Rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*” del Relator Especial F. Capotorti, en el que al calor del artículo 27 del PIDCP se ofrecía la siguiente definición general: Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma<sup>7</sup>. En documentos posteriores, como la propuesta realizada en 1985 por Jules Deschênes, se aportó otra posible definición, cual es la de un grupo de ciudadanos de un Estado, constituyendo numéricamente una minoría y en una posición no dominante en ese Estado, dotados de características étnicas, religiosas, o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, teniendo un sentimiento de solidaridad, motivado, implícitamente, por un deseo colectivo de sobrevivir y alcanzar la igualdad de hecho y de Derecho con la mayoría<sup>8</sup>.

Pese a las diferencias entre ambas propuestas, lo sustutivo de su coincidencia ha llevado a considerarlas como una suerte de estándar general: el

<sup>5</sup> “Artículo 14: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

<sup>6</sup> “Principio VII. (...) Los Estados participantes en cuyo territorio existan minorías nacionales respetarán el derecho de los individuos pertenecientes a tales minorías a la igualdad ante la ley, les proporcionarán la plena oportunidad para el goce real de los derechos humanos y las libertades fundamentales y, de esta manera, protegerán los legítimos intereses de aquéllos en esta esfera”.

<sup>7</sup> “The Special Rapporteur wishes to emphasize that the definition he proposes is limited in its objective. It is drawn up solely with the application of article 27 of the Covenant in mind. In that precise context, the term “minority” may be taken to refer to: A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members-being nationals of the State-possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language” (Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 1977: pár. 568).

<sup>8</sup> “A group of citizens of a State, constituting a numerical minority and in a non-dominant position in that State, endowed with ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the majority of the population, having a sense of solidarity with one another, motivated, if only implicitly, by a collective will to survive and whose aim is to achieve equality with the majority in fact and in law” (Deschênes, 1985: párr. 181).

estándar Capotorti-Deschênes (Hernad, 2000: 24), aunque suele ser más común la referencia a la primera de las dos propuestas. Con todo, lo cierto es que en aquel entonces ninguna concitó el interés y/o acuerdo estatal suficientes, de tal forma que no llegaron al documento final que presentó la Subcomisión en 1991, y que fue aprobado, entre otros órganos pero finalmente, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/135 el 18 de diciembre de 1992: la célebre Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas<sup>9</sup> (Declaración sobre las minorías, en adelante). Así las cosas, en el literal de esta Declaración no existe tampoco definición general alguna para el concepto de minoría, tampoco pues consenso expreso acerca de los puntos de discordancia de las dos propuestas que hemos expuesto. No obstante, apenas dos años después, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 23 sobre los Derechos de las Minorías, se manifestaría sobre una de estas cuestiones no coincidentes y de hecho más discutidas del “estándar” que apuntamos. A su criterio, a la luz del artículo 27 del PICDP las personas sujetas a protección son las pertenecientes a una minoría y que comparten en común una cultura, una religión y un idioma, de lo que extrae que “no es indispensable que sean ciudadanos del Estado Parte en el que viven o se encuentran [ni tampoco] sus nacionales”; ello así, al margen de lo relativo a derechos aplicables exclusivamente a los nacionales, como por ejemplo, los derechos políticos del artículo 25 (Comité de Derechos Humanos, 1994: párr. 5.1).

Por su parte, la década de los años noventa fue especialmente fructífera en el ámbito europeo. En lo institucional cabría mencionar la decisión de la Cumbre de Helsinki de 1992 de establecer el Alto Comisionado de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) para las Minorías Nacionales. En su mandato no se fijaron elementos de interés en lo que ahora ocupa, pero precisando de al menos alguna aproximación general para poder cumplir con su cometido, apenas unos meses después su primer titular señalaría que una minoría es un grupo con características lingüísticas, étnicas o culturales que lo distinguen de la mayoría, y que generalmente no solo busca mantener su identidad sino que también trata de darle una expresión más fuerte; destacando también algo ya apuntado en la reunión de Copenhague de 1990, esto es, que pertenecer a una minoría nacional constituye un asunto de opción individual de toda persona (Van der Stoel, 1993: 2-3). Sin perjuicio de algunos otros avances en el ámbito de la OSCE en este período (Conde Pérez, 2001: 73 y ss.), dentro de las posibilidades de este trabajo, lo más relevante nos ha de llevar realmente al ámbito del Consejo de Europa, pues en aquel entonces se aprobaron la Recomendación 1134 de 1 de octubre de 1990; un documento, el año siguiente, de Propuesta de Convención sobre la protección de las minorías; y el 1 de febrero de 1993 –después ratificada también en 1995–, la seguramente más destacable Resolución 1201 para un Protocolo Adicional al CEDH sobre derechos de las minorías nacionales.

La primera de estas Recomendaciones continuaba, y completaba, la propuesta que mencionamos del Relator Lannung<sup>10</sup>, mientras que en la segunda se añadía la expresa mención al elemento subjetivo que ya hemos reseñado<sup>11</sup>, siendo

<sup>9</sup> Para más datos sobre el proceso hasta la aprobación de esta Declaración, Thornberry, 1995; Philips, 2015.

<sup>10</sup> En concreto, se señalaba entonces que una minoría se correspondería con “*a separate or distinct groups, well defined and established on the territory of a state, the members of which are nationals of that state and have certain religious, linguistic, cultural or other characteristics which distinguish them from the majority of the population*” (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1990, párr. 11).

<sup>11</sup> “*For the purposes of this Convention, the term "minority" shall mean a group which is smaller in number than the rest of the population of a State, whose members, who are nationals of that State, have ethnical, religious or linguistic features different from those of the rest of the population, and are guided by the will*

en la tercera donde, en síntesis, se definiría a una minoría como un grupo de personas dentro de un Estado que: 1) residen en su territorio y son sus ciudadanos; 2) mantienen vínculos antiguos, firmes y duraderos con ese Estado; 3) muestran características distintivas étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas; 4) son suficientemente representativas, aunque menores en número que el resto de la población de ese Estado o de una región de ese Estado, y 5) se encuentran motivadas por el deseo de preservar en su conjunto aquello que constituye su identidad común, incluyendo su cultura, sus tradiciones, su religión y su lengua (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1993).

En lo que ocupa, esta última es la referencia común en el ámbito del Consejo de Europa, ya que de las posibilidades que se barajaron, ni la Convención ni el Protocolo Adicional llegaron a adoptarse. De hecho, tal y como ya anunciaba el Anexo II de la Declaración de Viena, de 9 de octubre de 1993, de los Jefes de Estado y Gobierno del Consejo, la opción finalmente elegida fue la adopción de un texto diferente<sup>12</sup>: El Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, de 10 de noviembre de 1994. En su texto literal, y casi en paralelo a lo que hemos visto en el sistema de Naciones Unidas, lo que finalmente se decidió fue no incluir definición específica alguna para el término de minoría. Sí se mantuvo, empero, algo que ya hemos visto con las propuestas anteriores, la preferencia por utilizar el concepto de "minoría nacional". Pudiendo aprovechar la constatación convencional para aclarar que no se trata de una norma sólo relativa a las que pudieran entenderse como "minorías nacionales", con exclusión pues de los grupos identificados por elementos étnicos, culturales, lingüísticos o religiosos<sup>13</sup>, sino que ese término responde al tradicional uso general del mismo hecho en el ámbito europeo (Díaz Barrado, 2001: 400-404).

Volviendo al sistema universal, cabe terminar señalando que aunque se carezca de una definición universalmente consensuada, es común que se asuma como referencia básica el núcleo esencial que hemos expuesto y a partir de ello se incorporen unas u otras variaciones. En este orden de ideas, puede hacerse notar la propuesta de definición operativa presentada en el Grupo de Trabajo sobre Minorías por Chernichenko en 1997; a saber, una minoría sería un grupo de personas que, en principio aunque no necesariamente, residen de modo permanente en un Estado y son en número inferior al resto de la población de ese Estado o de una región dada, que poseen características nacionales o étnicas, religiosas, lingüísticas, así como otras particulares conectadas (culturales o tradicionales por ejemplo) que las diferencian, y que manifiestan la voluntad de preservar la existencia e identidad del grupo (Chernichenko, 1997). De su lado, incidiendo en una cuestión que como hemos visto presenta diferencias en las aproximaciones del sistema universal y europeo, el Grupo de Trabajo sobre las Minorías afirmó, a la luz de la Declaración sobre las minorías, que aunque la nacionalidad como tal no debe ser un criterio diferenciador que prive a ciertas personas o grupos del goce de los derechos previstos, puede haber otros factores pertinentes que permitan distinguir los derechos que pueden exigir las diferentes minorías. En concreto: "Las que están presentes desde hace mucho tiempo en el territorio pueden tener mayores derechos que las que acaban de llegar. (...) El mejor criterio parece ser evitar una distinción absoluta entre las minorías "nuevas" y "antiguas", con exclusión de las primeras e inclusión de las últimas, y reconocer en

---

*to safeguard their culture, traditions, religion or language*" (European Comisión for Democracy Through Law, 1991, art. 2.1).

<sup>12</sup> Para más datos, véase apartado siguiente.

<sup>13</sup> De hecho, en su Preámbulo se dice expresamente que: "una sociedad pluralista y genuinamente democrática no sólo debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría nacional, sino también crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad".

cambio que en la aplicación de la Declaración, las minorías “antiguas” tienen derechos más arraigados que las “nuevas” (Grupo de Trabajo sobre las Minorías, 2005, párrs. 10-11).

Otros órganos como el Alto Comisionado de los Derechos Humanos tomaría como suya, en 2010, la propuesta de Capotorti con algunas otras puntualizaciones, como que el requisito de que la minoría se encuentre en una posición no dominante no ha de vincularse con el concepto de minoría numérica, pues también puede ser mayoritario pero estar en una posición similar a la de una minoría o en una posición no dominante (citando como ejemplo el régimen de apartheid en Sudáfrica). De igual modo, se precisó que la referencia no ha de ser siempre y en todo caso al Estado en su conjunto, de tal suerte que un grupo que constituye una mayoría en el Estado puede encontrarse en una posición no dominante dentro de una parte o región dada del mismo, aunque esto no siempre ha sido compartido<sup>14</sup>. Insistiendo en todo caso en que el reconocimiento de la condición de minoría no una cuestión que competa en exclusiva al Estado en cuestión, sino que debe fundamentarse en los criterios objetivos y subjetivos que venimos destacando (Alto Comisionado de los Derechos Humanos, 2010: 3-4). De su lado y por acabar dando una referencia de síntesis reciente, en el último informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se decía que, en ausencia de una definición formal universal, la existencia de un grupo minoritario puede determinarse utilizando “criterios objetivos y subjetivos tomando como base las normas internacionales”; entre los primeros figurarían la existencia de características comunes al grupo, como el origen étnico o nacional, la cultura, el idioma o la religión, y los segundos se centrarían en el principio de la autoidentificación y en el deseo de preservar la identidad del grupo. Terminando por destacar que los miembros de esas minorías “no necesitan ser nacionales ni ciudadanos, ni siquiera residentes permanentes” (Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, 2017, parr. 65).

## 2. Régimen jurídico: Minorías, pueblos y poblaciones indígenas

### 2.1 Delimitación inicial

Tras lo que hemos expuesto, puede quizás comprenderse mejor una afirmación de inicios de la década del siglo pasado que se ha hecho célebre desde entonces y hasta la fecha. Esto es, las siguientes palabras del ya referido primer Alto Comisionado de la OSCE para las Minorías Nacionales: “*Even though I may not have a definition of what constitutes a minority, I would dare to say that I know a minority when I see one*” (Van der Stoel, 1993: 3). Ahora bien, aunque muchos autores han censurado la diversidad terminológica (minorías, pueblos, poblaciones indígenas) y consiguientes regímenes jurídicos distintos (por ejemplo, desde tiempo atrás Brownlie, 1988: 5), sí parece posible confirmar su general asentamiento aunque sea en el plano formal, de tal modo que podemos acudir a ello en este punto para completar nuestro breve estudio.

Como es bien sabido, tampoco es labor sencilla establecer con claridad indubitable una definición ni del concepto de pueblo ni del de pueblo o población indígena. Sobre este último hay conceptualizaciones convencionales como las del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, a cuya luz siendo el criterio fundamental la conciencia de la identidad indígena o tribal, se trataría de: 1)

---

<sup>14</sup> Así, refiriéndose al contenido del ya recogido artículo 27 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que: “... the minorities referred to in article 27 are minorities within such a State, and not minorities within any province. A group may constitute a majority in a province but still be a minority in a State and thus be entitled to the benefits of article 27” (Comité de Derechos Humanos, 1993, párr. 11.2).

pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; o 2) de pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. De su lado, en el ámbito de las Naciones Unidas son comunes las referencias a las propuestas contenidas en el *"Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations"* de 1982 del Relator Especial Martínez Cobo<sup>15</sup>, y en el de 1996 de la Relatora Daes, del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas. Por ceñirnos a este último, en él se identificaban “cuando menos dos factores que nunca se han vinculado con el concepto de minorías: la prioridad en el tiempo y la relación con un determinado territorio”; ofreciendo una definición general basada en los siguientes cuatro elementos: 1) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio; 2) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; 3) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos o por las autoridades estatales como una colectividad distinta, y 4) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no (Daes, 1996: párrs. 60 y 69). De este modo, aquellas colectividades humanas –así como cada uno de sus integrantes– que cualifiquen como pueblos o poblaciones indígenas encontrarán, por quedarnos en el sistema universal, su referencia y desarrollo jurídicos preferentes ya en la norma convencional señalada, ya en el contenido pertinente de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007; siéndoles por tanto a ellas propias, figuras clave como el derecho a la autonomía/autogobierno o el derecho/deber de consulta<sup>16</sup>. Ello sin perjuicio de aquellas disposiciones que refieren indistintamente a estos y a las minorías<sup>17</sup>, o de aquellos supuestos en los que haya una posible aplicación dual en caso de coincidencia entre ambas figuras<sup>18</sup>.

Por su parte, la diferenciación en cuanto al régimen jurídico a atender es incluso más clara en lo referido a los conceptos de pueblo y de minoría; al menos en el plano formal que han querido perfilar los Estados (Gilbert y Castellino, 2003: 165 y ss.; Castellino, 2014: 36 y ss.; Perea Unceta, 2014: 122-129) y pese a que para distintos autores, en el fondo no se trate más que de los dos lados de la misma moneda (Thonberry, 1989: 867), singularmente cuando hablamos de minorías que no tienen un Estado afín/propio. Así, por quedarnos con las menciones que ya hicimos, el PIDCP dedica su artículo uno a los pueblos<sup>19</sup> mientras que para las

<sup>15</sup> Consultense Docs. [E/CN.4/Sub.2/1982/2](https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1982/2) y [E/CN.4/Sub.2/1983/21](https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1983/21).

<sup>16</sup> Por quedarnos con el contenido de la Declaración de 2007, véanse sus artículos 4 y 19.

<sup>17</sup> Así, valga recordar el artículo 20 de la Convención sobre derechos del niño, en el que se reproduce de hecho el contenido del artículo 27 del PIDCP, pero incorporando expresamente a los integrantes de poblaciones indígenas: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

<sup>18</sup> Al respecto, véase por ejemplo Jabareen, 2012.

<sup>19</sup> “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un

minorías contiene, como vimos, una previsión específica en su artículo 27<sup>20</sup>; lo que ocurre igualmente en documentos como el Acta Final de Helsinki de 1975 a tenor de su principio VIII<sup>21</sup> y el ya citado VII<sup>22</sup>. La cuestión más problemática es que fuera de los generalmente conocidos como pueblos sometidos a dominación colonial u ocupación militar, cuya conceptualización nos llevaría a la Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el término genérico de pueblo carece de una definición única y suele asimilarse al de población (de un Estado), aunque es común configurarlo, *mutatis mutandi*, a partir de elementos similares a los objetivos y subjetivos que ya hemos examinado respecto de las minorías<sup>23</sup>; si bien, al menos siempre con una obvia diferencia cuantitativa, pues como ya hemos visto, el término minoría es relativo respecto de la población mayoritaria. En cualquier caso, el aspecto a destacar en lo que aquí interesa puede resumirse en lo aclarado en el ámbito de Naciones Unidas por el Grupo de Trabajo sobre las Minorías de la Subcomisión; a saber: “[I]os derechos de las personas pertenecientes a minorías difieren de los derechos de los pueblos a la libre determinación [pues son] derechos son individuales, aunque en la mayoría de los casos sólo se pueda gozar de ellos en comunidad con otros. Los derechos de los pueblos, por otra parte, son derechos colectivos”. En consecuencia, el derecho de los pueblos a la libre determinación no es aplicable a las personas pertenecientes a una minoría, a pesar de que siguiendo con lo recién apuntado y como precisaba el mismo Grupo de Trabajo, en determinadas circunstancias puede darse el caso de “que las personas pertenecientes a un grupo étnico o nacional puedan (...) formular reivindicaciones legítimas basadas en sus derechos como minoría y en otro contexto, cuando actúen colectivamente, puedan formular reclamaciones basadas en el derecho de un pueblo a la libre determinación” (Grupo de Trabajo sobre las Minorías, 2005, párr. 15).

## 2.2 Régimen específico

Sobre la base de todo lo anterior, el régimen jurídico que estrictamente le es propio a las minorías nos lleva pues a una serie de instrumentos que recogen un conjunto de derechos de las personas que integran el grupo en cuestión, aunque su disfrute deba realizarse en común. Dicho de otro modo, el del Comité de Derechos Humanos, a pesar de que estos derechos sean individuales, dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión, de tal modo que puede ser también necesario que los Estados adopten medidas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura, su idioma y/o su religión en común con los otros miembros del grupo (Comité de

---

pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

<sup>20</sup> *Vid. supra*, nota 3.

<sup>21</sup> “Principio. VIII. Los Estados participantes respetarán la igualdad de derechos de los pueblos, y su derecho a la libre determinación...”.

<sup>22</sup> *Vid. supra*, nota 6.

<sup>23</sup> Por referirnos a nuestra doctrina más reciente, para uno de los mayores especialistas en la materia asumiendo, además, la posición general de otros referentes como el profesor Pastor Ridruejo, un pueblo sería una comunidad humana asentada en un territorio geográficamente diferenciado, con unidad de raza, lengua común, cultura común, religión común, tradiciones y costumbres comunes, pasado común, sentimiento de patria y conciencia nacional, bien entendido que esta enumeración no es jerarquizada ni exhaustiva y que la presencia de uno u otro elemento no es necesaria, esto es, que la ausencia de un elemento puede compensarse por la importancia de otro u otros. Lo esencial es que haya una cierta diferenciación material y objetiva, provenga de donde provenga. Y al lado de estos elementos objetivos, debe darse el requisito subjetivo, consistente en la voluntad colectiva de constituir una nación independiente, elemento éste necesario pero no suficiente, ya que debe ir acompañado de los elementos objetivos, que lo condicionan y limitan con sentido integrador (López Martín y Perea Unceta, 2017: 126-127).

Derechos Humanos, 1994, párr. 6.2). La referencia convencional que marcan disposiciones como los ya citados artículos 14 del CEDH y 27 del PICDP establecen un estándar general determinado básicamente por los derechos a la igualdad y no discriminación, aunque el literal del PICDP lleva también a ámbitos de alcance más general que han sólidamente resumirse en conceptos como el deber/derecho de preservar, promover o proteger su identidad. Al respecto, conviene apuntar brevemente que a pesar de la existencia de cierto debate en este punto, siendo cierto que la formulación expresa del artículo 27 dispone que “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías” los derechos que acabamos de apuntar, no se trata de una mera obligación estatal de abstenerse, de no impedir, sino también positiva, de asegurar y promover (Pastor Ridruejo, 1995: 104).

A partir de ello, en los distintos instrumentos que hemos reseñado *supra* se encuentra un desarrollo específico. No coincidente, desde luego en cuanto a la naturaleza jurídica de los documentos de referencia del sistema universal y del sistema europeo como ya hemos visto, y tampoco plenamente en lo sustantivo; si bien, sí en cuanto al reconocimiento de lo que se entienden como piedras angulares del sistema, como el deber de proteger la existencia de las minorías, o el derecho a su identidad expresamente mencionado en los documentos de la OSCE que ya citamos, así como en la Declaración sobre las minorías, e implícitamente contenido en el artículo 5 del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales<sup>24</sup>. De su parte, la ya mencionada figura del Relator especial sobre minorías, creada por la Comisión de Derechos Humanos en 2005, a partir principalmente del contenido de la Declaración sobre las minorías iría consolidando paulatinamente lo que calificó como cuatro pilares fundamentales de la protección de los derechos de las minorías. Por recogerlos en su formulación más reciente, se trataría de 1) la protección de la supervivencia de las minorías combatiendo la violencia contra sus miembros y previniendo el genocidio; 2) la protección y promoción de la identidad cultural de los grupos minoritarios y su derecho a gozar de su identidad colectiva y a rechazar la asimilación forzosa; 3) la garantía de los derechos a la no discriminación y a la igualdad, incluido el fin de la discriminación estructural o sistemática y la promoción de la acción afirmativa cuando sea necesaria; y 4) el derecho a la participación efectiva de las minorías en la vida pública y en las decisiones que las afectan (Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, 2017, párr. 32).

En paralelo, pero desde una visión ya más pormenorizada, algunos especialistas han identificado hasta siete derechos reconocidos en todos los documentos de interés en lo que ocupa; a saber: 1) el derecho a profesar y practicar la propia religión; 2) el derecho a usar la propia lengua; 3) el derecho a que los niños reciban enseñanza en la lengua materna; 4) el derecho a establecer y mantener las propias organizaciones y asociaciones; 5) el derecho a establecer contactos libres y pacíficos con los ciudadanos de otros países con quienes la minoría comparte rasgos étnicos, religiosos o lingüísticos o una identidad cultural; 6) el derecho de la persona a la propia cultura, bien como derecho a preservar, expresar y desarrollar la propia identidad cultural, bien como derecho a gozar de la propia cultura; y 7) el derecho de toda persona a integrarse, o no, en una minoría –con el consiguiente derecho a no

---

<sup>24</sup> “Artículo 5.1. Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural. 2. Sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación.”

ser objeto de ningún trato desfavorable si decide escoger no hacerlo (Mariño, 2001: 28-31).

Quedándonos en lo recogido por la Declaración sobre las minorías y el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales<sup>25</sup>, cabría agregar el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, regional (artículo 2.3 de la Declaración y 15 del Convenio), o el derecho a que cuando sea adecuado, los Estados adopten medidas en la esfera de la educación para promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio, así como oportunidades adecuadas para adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto (artículos 4.4 de la Declaración y 12 y 13 del Convenio). De su lado, en cuanto al Convenio-marco, hay que advertir que aunque en este caso sí estamos ante una norma convencional, como ya avanza su nombre responde a un tratado que fija una serie de objetivos así como un buen número de disposiciones programáticas (Tavernier, 1995: 397), a veces caracterizadas como esencialmente “pasivas” (Relaño, 2005: 212-214), y en todo caso con una efectividad potencialmente limitada según su propio texto, y un procedimiento de control “político que deja mucho que desear (...) basado en los informes que han de presentar los Estados partes al Comité de Ministros” (Carnerero, 1999: 10-13). Así entendido entonces, apuntar que en él se encuentran también recogidos derechos humanos universales que presentarán sus perfiles propios en lo relativo a las minorías (libertad de expresión, derecho de reunión, libertad de pensamiento, etc.); derechos que, de su lado, obviamente también se encuentran en el CEDH, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de un fenómeno de simbiosis entre ambas normas convencionales (Radoslavov, 2017: 405). En este mismo orden de ideas, conviene mencionar finalmente otro tratado específico del ámbito del Consejo de Europa, la Carta europea sobre las lenguas regionales o minoritarias de 1992, que a pesar de lo limitado de sus previsiones, en la perspectiva de esta contribución cabría entender, como bien se ha dicho, como un complemento al Convenio-marco y muy especialmente de sus artículos 5.1, 9.1, 10-12, 14 y 17 (Díaz Barrado, 2001: 416), pese a que la Carta centra su atención no en las propias minorías, sino en las propias lenguas minoritarias (Ruiz Vieytes, 2004: 530)<sup>26</sup>.

### **3. Reflexión final: De la teoría a la realidad (actual)**

No cabe duda de que si volvemos la vista atrás hasta el momento en que iniciamos este análisis, se han dado avances muy notables en todos estos años en lo normativo y orgánico. Quedan, no obstante, diversas zonas en gris como hemos visto y un evidente ámbito de mejora jurídica tanto en el sistema universal como en el europeo, pero entiendo que la consideración de cierre de este artículo debe llevarnos, más allá de todo ello, al estado de cosas más cercano en el plano fáctico. Al respecto, por motivos de espacio valga escoger dos referencias institucionales clave.

Siguiendo un orden geográfico de menor a mayor, en el más reciente informe del Alto Comisionado de la OSCE para las Minorías Nacionales se afirmaba que la mayoría de los desafíos que llevaron a su creación hace veinticinco años no sólo aun persisten, sino que se observa que las sociedades son cada vez más diversas y menos acogedoras hacia la diversidad. Además, la polarización sociopolítica está creciendo, lo que resulta en la marginación de algunas de estas minorías, en una

---

<sup>25</sup> Para una comparación gráfica de interés, que incluye la mencionada Declaración de Copenhague, véase Deop, 2000: 219.

<sup>26</sup> Sobre toda cuestión en detalle, Fernández Liesa, 2001b.

dinámica que conlleva crisis y potenciales de conflictos (Alto Comisionado de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, 2018: 2).

En segundo lugar, a modo de síntesis podríamos acudir también al último informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, en el que a partir de la constatación de que las personas que pertenecen a minorías siguen estando entre las más vulnerables y marginadas del mundo, se destacaba que las minorías se enfrentaban a “cada vez más desafíos y amenazas en materia de derechos humanos, que iban desde la discriminación relacionada con su idioma, religión u origen étnico hasta actos de violencia y discursos de odio” (Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, 2018, párrs. 13 y 69). Pero por ofrecer un panorama algo más detallado, vayamos un año atrás para referir el más reciente informe de balance, podría decirse, de la última Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías. En él se subrayaba que los progresos realizados en los últimos decenios en el ámbito de la protección de los derechos de las minorías están en peligro, y que existe un grave riesgo de que se desmantelen las garantías vigentes. En concreto, se señalaba la intensificación de los mensajes de odio, la retórica xenófoba y la incitación al odio hacia las minorías y el auge de los partidos políticos de ideologías extremistas que se sirven de las minorías como chivo expiatorio; la existencia de ciertas tendencias en la legislación antiterrorista; la discriminación y la falta de representación de las minorías en las estructuras gubernamentales y en la administración de justicia en todo el mundo, que ha dado lugar a que las minorías sean objeto de un acoso creciente; los ataques generalizados contra personas y comunidades minoritarias perpetrados con total impunidad en diferentes regiones; o que en algunas zonas y países, la protección de los derechos de las minorías no se considera importante, o siquiera relevante, debido a que su legitimidad se menoscaba deliberadamente o no se entiende. Cuando no, y más en general, que existe una falta general de conocimientos y comprensión en lo que respecta a las minorías más desfavorecidas y su lucha diaria por la dignidad y los derechos humanos básicos. En suma, para la Relatora era evidente la creciente y constante vulnerabilidad que sufren las minorías en todo el mundo (Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, 2017, párrs. 58-71).

Así las cosas, creo que la reflexión final ha de conducirnos no sólo a la evaluación de todo lo que queda por hacer para seguir avanzando tras lo que hemos examinado, sino en lo más inminente, a la constatación de que es preciso un esfuerzo urgente para no seguir retrocediendo en el respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías de conformidad al Derecho internacional.

## Bibliografía

- ALTO COMISIONADO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), “Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación”, Doc. HR/PUB/10/3.
- ALTO COMISIONADO DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPEA PARA LAS MINORÍAS NACIONALES (2018), “Report by the High Commissioner on National Minorities, Ambassador Lamberto Zannier to the Permanent Council. 1199th Plenary meeting of the OSCE Permanent Council”, Doc. HCNM.GAL/9/18/Rev.1.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1948), “Suerte de las Minorías”, Resolución 217 C (III), de 10 de diciembre.
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA (1961), “Report on the Rights of National Minorities”, Doc. 1299.



- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA (1990), "Recommendation 1134, on the Rights of National Minorities".
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA (1993), "Recommendation 1201 on an additional protocol on the rights of national minorities to the European Convention on Human Rights".
- BROWNLIE, I. (1988), "Rights of Peoples in International Law". En: CRAWFORD, J. (ed.), *The Rights of peoples*, Oxford, Clarendon Press, pp. 1-16.
- CARNERERO CASTILLA, R. (1999), "El Convenio Marco del Consejo de Europa para la protección de las Minorías Nacionales", *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, num. 2, disponible en <http://hdl.handle.net/11268/2905> (fecha de consulta: 29 de octubre de 2018).
- CARPENTIER, C. (1992), "Le principe mythique des nationalités: Tentative de dénonciation d'un prétendu principe", *Revue Belge de Droit International*, 2, pp. 351-389.
- CASTELLINO, J. (2014), "International law and self-determination: peoples, indigenous peoples, and minorities". En: WALTER, C., VON UNGERN-STEMBERG, A. y ABUSHOV, K. (eds.), *Self-determination and secession in international law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 27-44.
- CHERNICHENKO, S. (1997); "The Definition of Minorities – Second Working Paper for the UN Working Group on Minorities", Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/1997/WP.1.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1993), *Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 y 385/1989/Rev.1.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1994), "Observación General No. 23: Artículo 27 - Derecho de las minorías", Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.
- CONDE PÉREZ, E. (2001), *La protección de las minorías nacionales en la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa* (OSCE), Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (1928), Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools), Sentencia de 26 de abril, en Serie A, nº. 17.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (1930), *Greco-Bulgarian "Communities"*, Opinión Consultiva de 31 de julio, en Serie B, nº. 17.
- DAES, E.I. (1996), "Working Paper on the concept of indigenous people", Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.
- DEOP MADINABEITIA, X. (2000), *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.
- DESCHÈNES, J. (1985), "Proposal concerning a definition of the term minority", Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31/Corr.1.
- DÍAZ BARRADO, C. M. (2001), "La protección de las minorías nacionales en Europa: la labor del Consejo de Europa". En: VV.AA., *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 311-436.
- EUROPEAN COMISIÓN PARA LA DEMOCRACIA ATRAVÉS DEL DERECHO (1991), "Proposal for an European Convention for the Protection of Minorities", Doc. CDL (91).
- FERNÁNDEZ LIESA, C. (2001a), "La protección de las minorías en el Derecho internacional general. Análisis de la evolución y del Estatuto Jurídico Internacional". En: VV.AA., *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 51-217.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. (2001b), "Protección de las minorías en el Derecho internacional contemporáneo, con especial referencia a las minorías lingüísticas". En: VV.AA., *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 219-309.
- GILBERT, J. y CASTELLINO, J. (2003), "Self-Determination, Indigenous Peoples and Minorities", *Macquarie Law Journal*, Vol. 3, pp. 155-178.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORÍAS DE LA SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (2005),

- “Comentario del Grupo de Trabajo sobre las Minorías acerca de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”, Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2.
- JABARREN, Y. T. (2012), “Redefining Minorities Rights: Successes and Shortcomings of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *UC Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 18, pp. 119-161.
- HENRARD, K. (2000), *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, Kluwer, La Haya.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G. y PEREA UNCETA, J. A. (2017), *Creación de Estados, secesión y reconocimiento*, Tirant lo Blanck, Valencia.
- MARIÑO MENENDEZ, F. (1994), “Protección de las minorías y Derecho Internacional”. En VV.AA., *Derechos de las minorías y grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, pp. 162-190.
- MARIÑO MENENDEZ, F. (2001), “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”. En: VV.AA., *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 5-50.
- MARTÍNEZ COBO, J. (1982/3), “Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations: Final report submitted by the Special Rapporteur”, Docs, disponible en: [E/CN.4/Sub.2/1982/2](https://www.refidoc.net/doc?id=E/CN.4/Sub.2/1982/2) y [E/CN.4/Sub.2/1983/21](https://www.refidoc.net/doc?id=E/CN.4/Sub.2/1983/21) (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2018).
- MUSGRAVE, T. D. (2000), *Self-determination and National Minorities*, Oxford University Press, Nueva York.
- PASTOR RIDUEJO, J. A. (1995), “La protección de minorías: nuevos instrumentos en perspectiva”. En: MARIÑO MENENDEZ, F. (ed), *Los Estados y las Organizaciones Internacionales ante el nuevo contexto de la seguridad Europea*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, pp. 99-112.
- PEREA UNCETA, J. A. (2014), “El secesionismo catalán en el contexto del Derecho Internacional”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 17, núm. 2, 2014, pp. 117-155.
- PHILIPS, a. (2015), “Historical Background on the Declaration”. En: CARUSO, U. y HOFMANN, R. (eds.), *The United Nations Declaration on Minorities. An Academic Account on the Occasion of its 20th Anniversary (1992-2012)*, Leiden, Brill, pp. 1-18.
- RELAÑO PASTOR, E. (2005), “Una valoración del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario”, *Migraciones*, núm. 17, pp. 185-214.
- RELATOR ESPECIAL DE LA SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS (1977), “Study on the Rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities”, Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1.
- RELATOR ESPECIAL SOBRE CUESTIONES DE LAS MINORÍAS DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2017), “Informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías”, Doc. A/HRC/34/55.
- RELATOR ESPECIAL SOBRE CUESTIONES DE LAS MINORÍAS DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2018), “Informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías”, Doc. A/HRC/37/66.
- RADOSLAVOV YORDANOV, Y. (2017), “La secesión de territorios en un Estado miembro de la Unión Europea y sus consecuencias en relación con las minorías resultantes”, *Anuario Hispano-Luso-American de Derecho Internacional*, vol. 23, pp. 385-421.
- RUIZ VIEYTEZ, E. (1998), *La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea (siglos XVI-XX)*, Universidad de Deusto, Bilbao.

- RUIZ VIEYTEZ, E. (2004), "La carta europea para las lenguas regionales o minoritarias". En: GOMEZ ISA, F. (dir.) y PUREA, J. M. (coord.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 527-542.
- SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS (1967), "Report of the 20th session of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to the Commission on Human Rights, Geneva, 25 September-12 October 1967", Doc. E/CN.4/947.
- TAVERNIER, P. (1995), "A propos de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 99, pp. 385-402.
- THORNBERRY, P. (1989), "Self-Determination, Minorities, Human Rights: A Review of International Instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, núm. 4, pp. 867-889.
- THORNBERRY, P. (1995), "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update". En: PHILLIPS, A. y ROSAS, A. (eds.), *Universal Minority Rights*, Turku/Abo, Abo Akademie University Press, pp. 13-76.
- VAN DER STOEL, M. (1993), "Case Studies on National Minority Issues: Positive Results", disponible en <https://www.osce.org/hcnm/38038?download=true> (fecha de consulta: 26 de octubre de 2018).

# Libertad como no-dominación\*

## Freedom as Non-Domination

Ricardo Cueva Fernández  
*Universidad Autónoma de Madrid*  
[ricardo.cueva@uam.es](mailto:ricardo.cueva@uam.es)

Recibido / received: 26/11/2018  
Aceptado / accepted: 11/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4704>

### Resumen

El neo-republicanismo es una propuesta principalmente articulada por P. Pettit (1999 [1997]), aunque se apoya en trabajos de carácter historiográficos previos realizados por otros autores. Pretende constituir un *tertium genus* en la filosofía política que sirva de opción distinta tanto al comunarianismo como al liberalismo. Sin embargo, las intenciones de Pettit acaban vaciando de contenido lo que sí que sería realmente una postura republicana que, al mismo tiempo que integrara la vieja visión de autores clásicos y los hallazgos de la historiografía contemporánea, pudiera unirlos al paradigma democrático.

### Palabras clave

Republicanismo, libertad, autogobierno, comunidad política, no dominación.

### Abstract

*Neo-republicanism is a proposal mainly articulated by P. Pettit (1999 [1997]), although its grounds are previous historiographical works made by other authors. It aims to constitute a tertium genus in political philosophy that serves as a distinct option from both communitarianism and liberalism. However, Pettit's intentions end up emptying the content of what would really be a republican position that, at the same time as integrating the old vision of classic authors and the findings of contemporary historiography, could link them to the democratic paradigm.*

### Keywords

Republicanism, liberty, self-government, political community, non-domination.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Los auspiciadores. 3. El concepto de libertad y sus avatares. 4. Crítica.

\* Este texto se enmarca dentro del proyecto DER2015-69217-C2-1-R, “Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.



## 1. Introducción

El “republicanismo” tuvo un incierto futuro quizás ya desde su origen en la Antigüedad, pero su casi desaparición como término de debate en la teoría política se debió probablemente a la llamada Guerra Fría, que inauguró una etapa de enfrentamiento entre bloques a partir de la finalización de la segunda contienda mundial del siglo XX. Y es que, en efecto, si revisamos aquel período histórico podremos observar, sin temor a equivocarnos, que precisamente los respectivos países que lideraban los dos lados de la citada división eran ambos “repúblicas” (en cuanto a formas de Estado). Y, al mismo tiempo, mostraban al planeta que gran parte de su liza se libraba en términos económicos: vencería aquel que pudiera ser hegemónico en uno y otro punto del planeta según los recursos materiales y humanos que pudiera movilizar para su causa. En este combate de dimensiones mundiales era difícil que pudiera abrirse paso con cierto sentido la vieja acepción que flotaba en los libros de Historia tan a menudo y que numerosos cronistas nos habían transmitido desde muchos siglos atrás, ya fuera en la versión más o menos escolástica de un Francisco Suárez, ya en la plenamente renacentista de Maquiavelo, ya en las de los revolucionarios franceses de 1789 o de ilustrados como Rousseau o Kant. Para colmo, la gran contienda de 1939-45 no se había librado entre repúblicas y monarquías, sino entre la democracia y el fascismo, al menos en términos de extensa difusión. La libertad, pues, un viejo concepto que los griegos identificaban con *eleutheria* y los romanos con *libertas*, había pasado a identificarse con otro tipo de lucha muy distinta a la de los antiguos.

Sin embargo, el concepto de república siguió latente y jugó también cierto papel en la reconstrucción europea debido a su prestigio democrático, tal y como pronto se percibiría en Italia con la celebración del referéndum correspondiente que daría paso a la Constitución de 1947. Pero fue sin duda precisamente a partir del derrumbe de uno de los dos bloques citados en 1989 cuando algunos pensadores de distintas disciplinas lo recuperaron para intentar dar respuesta al capitalismo triunfante y al “fin de la Historia”. Por añadidura, el campo se hallaba especialmente abonado debido a un cierto agotamiento en la discusión entre liberales y comunitarios, proveniente ya de comienzos de los años ochenta, y en la que habían contribuido numerosos intelectuales, todos ellos tan renombrados como John Rawls, Ronald Dworkin, Michael Sandel, Michael Walzer, Alasdair MacIntyre, o Charles Taylor.

## 2. Los auspiciadores

Los neo-republicanos, pues, asomaron, primero de manos de la historiografía, su base logística principal, para adentrarse después en sustantivas discusiones sobre filosofía política, alentados a menudo por la propia asunción de muchos de sus presupuestos por anteriores autores que precisamente un poco antes se habían encuadrado entre los liberales o los comunitaristas. Así, el primero en abrir fuego fue quizás el historiador de Cambridge Quentin Skinner con su texto “The idea of negative liberty: Philosophical and historical perspectives” (1984), si bien sería Philip Pettit quien agruparía reflexiones en su *Republicanism* (1999)<sup>1</sup>. En realidad, y como puede comprobarse una vez más y al modo en el que había demostrado la discusión entre liberalismo y comunitarismo, de nuevo los autores principales emergían de la órbita anglosajona y se interesaban por conceptos y categorías al modo de Isaiah Berlin,

---

<sup>1</sup> El original apareció en 1997, bajo el título *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, en la editorial Oxford University Press.

pero sobre todo por el contenido del valor libertad y su raigambre en la Historia. No podía ser de otro modo, además, considerando la propia tradición historiográfica que partiendo de América y el Reino Unido había contribuido a mantener la explicación “republicana” de la aparición de los mismísimos Estados Unidos. Así, no es difícil recordar estudios como los de la británica Caroline Robbins, quien ya en 1959 habría publicado su *Eighteenth-Century Commonwealthman*, y con ello desafiado la interpretación habitual de Louis Hartz y su volumen *The Liberal Tradition in America* (1955)<sup>2</sup>. Bernard Bailyn tuvo aún mayor éxito y reconocimiento, en la misma línea que Robbins, con *The Ideological Origins of the American Revolution* (1967), y le siguieron Gordon S. Wood con *The Creation of the American Republic, 1776–1787* (1969) y John G. A. Pocock con *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition* (1975). Todos estos historiadores pusieron de manifiesto que la ideología de los colonos era predominantemente republicana (frente a lo acaecido a partir de la emergencia constitucional de 1787), situando el bien común en un lugar preeminente, así como la virtud cívica y el autogobierno. De alguna forma, pues, los colonos norteamericanos habían sido antes republicanos que liberales en sus referencias ideológicas, e incluso aunque sus prácticas hubieran sido de carácter democrático en amplia medida, nunca se habían referido en demasiada tradición, entonces con escasos precedentes y de manera usual maltratada por los comentaristas, historiadores y pensadores de los que ellos mismos bebían.

### 3. El concepto de libertad y sus avatares

Skinner y Pettit propusieron así el concepto de libertad como “no dominación”, si bien el primero más nítidamente desde la historia de las ideas y el segundo con aspiraciones mayores en la filosofía política, dando origen de este modo a toda una estela de autores entre los que podríamos destacar a Dagger (1997), Ferrara (2006), Gargarella (2005), Gibson (2000), Habermas (1994), Herzog (1986), Honohan (2002), Isaac (1988), Klappenbach (2003), Maynor (2003), Olfield (1990), Rahe (1994), Sunstein (1988) o Viroli (1995), por citar solo a unos pocos.

Sea como fuere, el análisis que realizan tanto Skinner como Pettit insistió en que la dependencia no solo suponía una mera disminución de la seguridad a fin de disfrutar de la libertad, sino de la propia libertad en sí misma (Skinner, 1998: 84). La libertad se erigiría así sobre la fuente del poder, no sobre su extensión, algo que sí preocuparía en cambio más al liberalismo, y ello de acuerdo con el ámbito de la denominada libertad negativa señalada por Isaiah Berlin en sus *Dos Conceptos de Libertad* (1958: 122-131). En palabras de Pettit:

“la distinción libertad negativa-positiva ha hecho un mal servicio al pensamiento político. Ha alimentado la ilusión filosófica de que, detalles aparte, solo hay dos modos de entender la libertad: de acuerdo con el primero, la libertad consiste en la ausencia de obstáculos externos a la elección individual; de acuerdo con el segundo, entraña la presencia, y normalmente el ejercicio de las cosas y las actividades que fomentan el autodominio y la autorrealización: en particular, la presencia y el ejercicio de las actividades participativas y de sufragio, merced a las cuales los individuos pueden unirse a otros en la formación de la voluntad común, popular” (Pettit, 1999: 37).

La propuesta neo-republicana, pues, se centraría en la adopción de mecanismos que sirvieran para preservar la libertad, abarcando tanto procedimientos específicos como el ejercicio de la virtud cívica, pues de no ser así la comunidad

<sup>2</sup> Siguiendo así a C. L. Becker y *The Declaration of Independence. A Study on the History of Political Ideas*, New York, Harcourt, Brace and Co., 1922. Becker, al igual que Hartz, había sostenido sin embargo que John Locke y su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* constituían la principal inspiración de la emancipación estadounidense.

política decaería por causa de una corrupción que crecería de forma imparable. Instituciones como aquellas que separan distintas instancias de poder (ya fueran las tradicionales de Montesquieu, la rotación de cargos típica del pasado, las de carácter federal o incluso otras nuevas) y el compromiso de la ciudadanía con ellas serían las que servirían para conservar la república.

#### 4. Crítica

¿En qué medida se distancian estas propuestas, que algunos tachan de republicanismo “instrumental” (Honohan, 2002: 8 y 9, 55 y 56, 151 y 152, y Maynor, 2003: 23), del liberalismo al modo rawlsiano? Alan Patten indicó al respecto en un artículo de 1996 que ninguna participación *particular* individual era rigurosamente necesaria para la conservación de la libertad (1996: 29), y que por ello Rawls, e incluso Kant anteriormente, habían introducido la hipótesis contractual (en el caso del primero, mediante la llamada “posición original”). El autor de *A Theory of Justice* ya habría hablado así, de que para que una sociedad fuera justa era necesario que los ciudadanos poseyeran un “profundo deseo, normalmente eficaz”, de actuar según exigieran los principios de la justicia (*ibid.*: 31, cit. de Rawls, 1971: 502), que se corresponderían a su vez con la concepción pública de esa misma sociedad (1971: 21, 159 y 269). Es más, Rawls también se refería en su *Theory of Justice* a cierta necesidad de educación cívica y de instituciones que la incentivarán, e incluso a la de que las leyes protegieran el sistema completo de libertad restringiendo la de tipo particular (*ibid.*: 33 y 267). De hecho, las aportaciones de Pettit parecían bastante escasas al lado del propio esfuerzo rawlsiano por limar las aristas más individualistas de su *Teoría*, con el auxilio de Kant. El volumen de *Republicanismo* no mostraba diseño institucional alguno para la profundización en la democracia, apelando en cambio a indefinidos mecanismos de “disputabilidad” (Pettit, 1999: 242), susceptibles de convertirse en simples consultas en el mejor de los casos o, en el peor, en negociaciones de la autoridad pública con los consabidos *lobbies*.

Por tanto, cabe preguntarse con mayor profundidad qué aportaría el republicanismo a la filosofía política más allá de un puñado de mecanismos o buenos deseos de ser un *tertium genus*, de qué manera formula algún o algunos aspectos, en caso de que así lo hiciera, que le convirtiesen en algo verdaderamente distinto a otras opciones o corrientes hoy en vigor. Como se ha podido comprobar, muchos de sus componentes –de forma muy evidente el supuesto de la división del poder– han sido asumidos por el liberalismo (sin duda el de Rawls, pero quizás también el de Hayek), y también por los Estados “constitucionales”. Y, sin embargo, hay otros rasgos que quizás lo puedan aproximar, al menos intuitivamente, a ciertas acepciones más fuertes del término comunidad, y justo en una línea en que ninguno de los contractualistas “develarían” (por mucha “ignorancia” que evitasen).

Y es que, si el republicanismo alude al *autogobierno* de un colectivo, parece claro que tal operación no tiene por qué pasar por el filtro de ningún “acuerdo de voluntades” entre individuos, de carácter previo. Esta operación artificial e hipotética es, desde luego, la expresión de un intento sofisticado por parte de numerosos autores de abrir paso a un concepto de libertad determinado y originado en cierto momento histórico para dar salida a las pretensiones universales de una razón abstracta y áerea, dispuesta a hacer tabla rasa de sociedades con distintas referencias morales y culturales. Pero por eso mismo no consigue captar la *continuidad* de las comunidades. De alguna forma, parece que no pudiera engendrarse autodeterminación colectiva alguna anclándose solo en cierta noción de la elección racional que no considere las prácticas sociales *acumuladas* por el grupo social a lo largo del tiempo y que le pudieran hacer consciente de su común aspiración a convivir y de hacerlo en pos de futuro y de reconocimiento. Recordemos que los



estudios de Skinner, en esto significativamente más avezados que los de Pettit, insisten en la noción de “independencia” que va adosada a la república. La libertad personal en una república no queda articulada alrededor de una *opción* entre iguales, sino de una *práctica* entre ellos, principalmente política pero también cultural y moral, en la que los individuos se reconocen entre sí en pie de igualdad y pretenden asimismo ese reconocimiento hacia el exterior de la comunidad.

Dicho todo esto, ¿en qué medida se mantiene vivo el republicanismo en sociedades como las nuestras, en las que su referencia a menudo ha tenido que ser desempolvada acudiendo a la Historia, como ya se ha visto? Precisamente por la vía de agua que supuso en el liberalismo la forma política democrática. La democracia, así, rescata la soberanía, el fundamento republicano principal, aunque sea de manera que la práctica política del pueblo se encuentre en tensión habitual con una formulación de ésta en términos de derechos, lenguaje favorito del liberalismo (y quizás a esto quiera hacer frente Habermas con su tesis de la cooriginalidad, 1994: 767). Pettit se equivoca sin duda cuando dice que “aun cuando la tradición republicana halle valiosa e importante la participación democrática, no la considera un valor básico incombustible” (1999: 25), pues de esta forma le resta al republicanismo su fuerza principal de apoyo y articulación alternativa a la liberal. O quizás lo que sucede es que ni él ni otros de los autodenominados republicanos lo sean realmente: acuñar la “no dominación” puede que no valga de mucho si no ponemos en claro cuál es el objeto del dominio.

## Bibliografía

- BAILYN, B. (1967), *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge.
- BERLIN, I. (1969), “Two Concepts of Liberty” (1958). En: BERLIN, I, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, pp. 118-172.
- CICERÓN, M.T. (1986), *Sobre la República. Sobre las leyes*; trad. cast. de José Guillén, Tecnos, Madrid.
- DAGGER, R. (1997), *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford University Press, New York.
- FERRARA, A. (2006), “El desafío republicano”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 139, pp. 4-12.
- GARGARELLA, R. (2005), “El carácter igualitario del republicanismo”, *Isegoría*, núm. 33, pp. 175-89.
- HABERMAS, J. (1994), “Human Rights and Popular Sovereignty. The Liberal and Republican Versions”, *Ratio Juris*, Vol. 7, núm. 1, pp. 1-13.
- HARTZ, L. (1955), *The Liberal Tradition in America*, Harcourt & Brace, New York.
- HERZOG, D. (1986), “Some Questions for Republicans”, *Political Theory*, vol. 14, núm. 3, pp. 473-493.
- HONOHAN, I. (2002), *Civic Republicanism*, Routledge, London.
- KLAPPENBACH, A. (2003), “El liberalismo angélico y las sendas de elefantes”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 135, pp. 79-82
- MANIN, B. (1997), *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Syndicate of the Press of the University of Cambridge, Cambridge.
- MAYNOR, J.W. (2003), *Republicanism in the Modern World*, Polity Press, Cambridge.
- OLFIELD, A. (1990), *Citizenship and Community. Civic Republicanism and the Modern World*, Routledge, London.
- PETTIT, P. (1999 [1997]), *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. cast. de Toni Doménech, Paidós, Barcelona.
- POCOCK, J.G.A. (1975), *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, London.

- RAHE, P.A. (1994), *Republics Ancient and Modern*, 3 vols., University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- ROBBINS, C. (1968), *The Eighteenth-century Commonwealth man. Studies in the Transmission, Development, and Circumstance of English Liberal Thought from the Restoration of Charles II until the War with the Thirteen Colonies*, Harvard University Press, Cambridge.
- SANDEL, M. (1996), *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*. Harvard University Press, Cambridge.
- SKINNER, Q. (1984), "The idea of negative liberty: Philosophical and historical perspectives". En: RORTY, R., SCHNEEWIND, J. y Q. SKINNER (eds.), *Philosophy in History. Essays in the Historiography of Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 193-222.
- SKINNER, Q. (1998), *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SUNSTEIN, C. R. (1988), "Beyond the Republican Revival", *Yale Law Journal*, vol. 97, pp. 1539-1590.
- VIROLI, M. (1995), *For Love of Country*, Oxford University Press, Oxford.
- WOOD, G.S. (1969), *The Creation of the American Republic (1776-1787)*, University of North Carolina Press, Chapel Hill.

# Cultura (derecho de acceso a la) Culture (the Right to access to)

Mar Antonino de la Cámara  
*Universidad Autónoma de Madrid*  
[mar.antonino@uam.es](mailto:mar.antonino@uam.es)

Recibido / received: 21/01/2018  
Aceptado / accepted: 07/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4705>

## Resumen

El doble objetivo de esta voz es: a) concretar el contenido jurídico del derecho de acceso a la cultura, para lo que se procederá a b) analizar la jurisprudencia más paradigmática del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la protección de expresiones culturales. No se trata, pues, de una aproximación teórica a lo que sea cultura, sino de precisar, en la medida de lo posible, el alcance de un derecho poco estudiado dentro del marco geográfico europeo.

## Palabras clave

Derecho de Acceso a la Cultura, Derecho a la Cultura, Derecho a la Libertad de Expresión, Libertad de creación artística, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Copyright

## Abstract

*This voice has been written with a double objective, namely a) to concretize the legal content of the right of access to culture, so we will proceed b) to analyze some of the most paradigmatic case-law of the European Court of Human Rights in relation to the protection of the culture. Therefore, it is not a theoretical approach to what is culture, but to specify the scope of a right so unstudied within the European geographical framework.*

## Keywords

*Right of Access to Culture, Right to Culture, Right to Freedom of Expression, Right to artistic freedom, European Court of Human Rights, Copyright.*

SUMARIO. 1. Introducción: ¿por qué un derecho de acceso a la cultura?. 2. El contenido sí importa. 2.1. Acceso al arte. 2.2. Cultura democrática y pluralismo. 3. Dimensión relativa y dinámica de la cultura. 4. Cultura frente a terceros. Los derechos de autor. 5. ¿Qué es el derecho de acceso a la cultura? Reflexión penúltima.

## 1. Introducción: ¿por qué un derecho de acceso a la cultura?

*“Las prácticas judiciales [...] son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber, y en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”*

*Michel Foucault, La verdad y las formas jurídicas*

La aprobación en Estrasburgo de la propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital, popularmente conocida como Directiva copyright<sup>1</sup>, y el encarnizado debate que ha suscitado en los últimos meses entre los eurodiputados ponen sobre el tapete la polémica cuestión del derecho a la cultura. Si trasladamos al punto de vista constitucional el genérico derecho humano a la cultura, podríamos concretarlo en los siguientes artículos<sup>2</sup>: el artículo 20 de la Constitución Española (CE), que reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, el artículo 33 de la CE, en que se ampara el derecho de propiedad intelectual<sup>3</sup> y, por último, artículo 44 de la CE, que recoge el derecho de acceso a la cultura. Este último se encuentra, sin duda, en una situación más precaria que la de sus pares a resultas de la posición que ocupa en el texto constitucional<sup>4</sup>. Lo mismo ocurre a nivel europeo: por un lado, no se encuentra explícitamente recogido en los textos de protección de derechos fundamentales, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup> (en adelante, CEDH), ni la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>6</sup> lo contemplan; por otro, no ha sido objeto de un desarrollo específico por parte de las políticas europeas, por mucho que la presencia de la voz cultura en las constituciones europeas, especialmente en los preámbulos, haya aumentado considerablemente (Häberle, 2017). Esto no supone que su presencia en el orden jurídico sea inexistente, pero queda diluida al someterse a la normativa desarrollada en materia de propiedad intelectual (Symonides, 1998); propiedad que

<sup>1</sup> Unión europea. Propuesta de Directiva (UE) COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&from=ES>

<sup>2</sup> Esta concreción ha sido deducida a partir de la redacción dada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y su contenido jurídico. En su artículo 15 el PIDESC reconoce el derecho a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. [...] y añade que los Estados Partes se comprometerán a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora [...].

<sup>3</sup> No se tendrá en cuenta aquí la distinción que realiza parte de la doctrina entre derechos de autor y derechos de propiedad intelectual, ya que, si bien es relevante, nos obligaría a entrar en un nivel de detalle que complicaría innecesariamente la explicación, puesto que tal distinción no afecta al análisis que nos ocupa. En cualquier caso, la mayoría de la doctrina española entiende el derecho de autor como un derecho único de naturaleza patrimonial (Cfr. De Román Pérez, 2005: 29).

<sup>4</sup> El artículo 44 se ubica en el Capítulo III de II Título II de la Constitución: Principios rectores de política social y económica y, por tanto, su grado de justiciabilidad es menor que la de los considerados derechos fundamentales (Cfr. Pedro de Prieto, 2006).

<sup>5</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1999/05/06/pdfs/A16808-16816.pdf>

<sup>6</sup> Proclamada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros, reunidos en el Consejo Europeo celebrado en Niza el 7 de diciembre de 2000.

en varias ocasiones limita el acceso a la cultura (Ramos Toledano, 2018), a pesar de que su justificación histórica se ha basado en la defensa de la transmisión cultural (Xalabarder, 2007-2008)<sup>7</sup>. La mencionada controversia en el Parlamento Europeo es buen ejemplo de ello: los detractores y partidarios de la propuesta se sitúan en el bando de las libertades digitales y en el de la protección de los derechos de autor, respectivamente. Es decir, no hay una reclamación fuerte, ni una concepción unificada del derecho de acceso a la cultura, que ocupa un papel secundario en la agenda de este debate europeo. En este escenario, se impone incorporar la perspectiva del derecho de acceso a la cultura. Ahora bien, ¿es posible configurar un tal derecho de acceso a la cultura en Europa? O dicho de otra manera, ¿existe realmente el derecho de acceso a la cultura?<sup>8</sup> y si es así, ¿cuál es su contenido? Como ya se ha apuntado, el derecho positivo europeo no lo ha reconocido de manera expresa. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha desplegado una labor de protección de los denominados “derechos culturales”<sup>9</sup>. Entre ellos se encuentra el derecho de acceso a la cultura amparado, en particular, en el artículo 10, que reconoce el derecho a la libertad de expresión, así como el derecho a recibir información<sup>10</sup>. Pero, ¿quiere esto decir que uno y otro son equivalentes, o tal vez quepa afirmar que la cultura goza de una protección cualificada respecto de la información? Las resoluciones del TEDH en la materia apuntan hacia una respuesta afirmativa. Este artículo examina la protección que el TEDH brinda al acceso a la cultura con el doble objetivo de: a) concretar el contenido jurídico del derecho de acceso a la cultura, para lo que se procederá a b) analizar la jurisprudencia más paradigmática del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>11</sup>.

## 2. El contenido sí importa

La tesis aquí defendida es que, a pesar de que el derecho de acceso a la cultura haya sido amparado en el artículo 10 del CEDH que protege el acceso a la información, uno y otro protegen bienes jurídicos distintos, aunque no independientes. La argumentación más relevante al respecto sostiene que para el TEDH los contenidos informativos con carácter cultural gozan de una protección

<sup>7</sup> Efectivamente, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información contempla determinadas excepciones (contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5) en favor del acceso y la transmisión de la cultura. Así, limitan el derecho de propiedad intelectual en museos, bibliotecas, en el uso con fines de enseñanza, de crítica o de celebraciones religiosas, entre otros. Por tanto, el derecho de acceso a la cultura se presenta funcionalmente como un límite del derecho de autor.

<sup>8</sup> Las dudas planteadas no se cuestionan la existencia de un derecho humano a la cultura (Ferri, 2015), sino de un derecho fundamental de acceso a la cultura, en el sentido de estar dotado de “potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador” (Bastida Freijedo, 2004: 40).

<sup>9</sup> Como así queda recogido en el informe *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, publicado en enero de 2011 (con posterior actualización en 2017). Este informe ha sido la fuente principal para este estudio. El informe se adhiere a una noción amplia y poco sistemática de “derechos culturales” y entre ellos se encuentra el que aquí nos ocupa, el derecho de acceso a la información.

<sup>10</sup> La redacción concreta del artículo es: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

<sup>11</sup> Finalidad que se inscribe en la tesis doctoral de la autora, actualmente en desarrollo. No se pretende por tanto, realizar un análisis dogmático exhaustivo que defina la naturaleza y estructura del derecho de acceso a la cultura. En este texto se parte de la premisa de que el derecho de acceso a la cultura es una vertiente del derecho a la cultura, como ya ha sido señalado.

cualificada de manera que se está protegiendo el acceso a la cultura y no meramente la libertad de obtener información<sup>12</sup>.

## 2.1. Acceso al arte

El Caso Akdaş contra Turquía (16 de febrero de 2010), ilustra con elocuencia en qué sentido puede ser decisivo el carácter cultural del contenido al que se pretenda acceder. En esta ocasión el Tribunal se pronunció sobre la incautación de una novela. La demandante había publicado una traducción turca de la novela erótica *Les onze mille verges* del escritor francés Guillaume Apollinaire, que contiene descripciones gráficas de escenas de relaciones sexuales, con diversas prácticas como el sadomasoquismo o el vampirismo. La recurrente fue condenada por publicar material obsceno e inmoral susceptible de animar el deseo sexual entre la población.

El TEDH reconoció la legitimidad de la injerencia en la libertad de expresión por parte de Turquía y reiteró que los requisitos morales variaban en función del tiempo y del lugar, incluso dentro del mismo Estado, al que concede un amplio margen de apreciación en el orden moral. Con todo, el Tribunal consideró que en tanto que esta obra forma parte del patrimonio literario europeo, la medida no podía entenderse como proporcionada. Su juicio se basó en tres razones: a) el transcurso de más de un siglo desde que el libro se publicó por primera vez en Francia (1907), b) su publicación en varios idiomas en un gran número de países, y c) el reconocimiento que ha obtenido gracias a su publicación en la prestigiosa serie "La Pléiade". Los argumentos que esgrime el Tribunal a la hora de determinar el carácter de patrimonio literario europeo no son de índole estética, como no puede ser de otra manera, pues no es a él a quien compete ejercer este tipo de autoridad en la materia<sup>13</sup>. Sin embargo, no por ello desconoce la condición y relevancia de la obra en la cultura europea. Es destacable su vocación objetiva: el alcance temporal y geográfico, y la calidad, que habría sido certificada por la casa editorial.

Dejando al margen los parámetros usados para apreciar su relevancia cultural, centrémonos en cómo ésta altera el resultado de la ponderación. Otras sentencias confirman cómo, en relación con la libertad de creación artística y el orden moral, el TEDH concede un amplio margen de apreciación a los países a la hora de interferir con el artículo 10 de la CEDH. A pesar de reconocer también en este caso la mejor cualificación del Estado frente al Tribunal para sopesar y ponderar los bienes jurídicos en juego, se introduce en la ecuación un nuevo factor que varía el resultado: el acceso al patrimonio cultural. La conclusión a la que llega el Tribunal es que "no se puede privar al público de una lengua determinada al acceso de una obra que forme parte del referido patrimonio" (Cfr. Caso Karataş contra Turquía, de 16 de febrero de 2010: § 52)<sup>14</sup>.

Por lo tanto, el bien cultural, cuya máxima expresión es su reconocimiento como componente del patrimonio europeo, goza de un grado de protección no predictable de cualquier otra manifestación o expresión de información. Tanto es así,

<sup>12</sup> Pese a lo cual es necesario reconocer que la ausencia de una definición clara de qué sea cultura por parte del TEDH dificulta este objetivo.

<sup>13</sup> Este efecto ha sido puesto de relieve en algunos casos sobre la libertad de creación artística, en los que el Tribunal no expone un juicio estético directo, pero atribuye a una obra cualidades típicas del arte, como "una profunda expresión de angustia" y le concede así un grado de protección mayor (Cfr. Caso Karataş contra Turquía, 2010: § 52).

<sup>14</sup> La traducción es nuestra.

que la *ratio* no se basa en un derecho de libertad de expresión de la demandante, sino en el acceso por parte de los ciudadanos turcos a la obra literaria<sup>15</sup>.

En cambio, en el Caso Ehrmann y SCI VHI contra Francia (7 de junio de 2011), se contraponen dos bienes jurídicos culturales. Por un lado, el derecho a la libertad de creación artística; por otro, la preservación del patrimonio histórico. Un artista visual convirtió una propiedad en una residencia de artistas. Sin embargo, introdujo modificaciones que afectaban a la fachada, considerada monumento histórico y, por tanto, al impacto visual de la panorámica de los edificios históricamente protegidos, sin haber seguido los procedimientos obligados por la ley. De este modo, no solo está en juego la afición del derecho de libertad de expresión del artista, sino que *de hecho* se limita el acceso de un alto número de visitantes interesados en las obras. En último término, se enfrentan dos derechos relativos a la cultura. El TEDH se decanta por hacer prevalecer el respeto a las normas que aseguran el patrimonio cultural (siempre previo examen de proporcionalidad), de lo cual no cabe, sin embargo, deducir un carácter general que privilegie uno sobre otro, pues el TEDH deja clara constancia del carácter mínimo que la injerencia ejerce en este caso sobre el derecho de creación artística.

## 2.2. Cultura democrática y pluralismo

Según el Tribunal, la sátira es una forma de expresión artística, así como una crítica social que, por el carácter inherente de exageración y distorsión de la realidad busca por su naturaleza provocar y agitar. Por tanto, le confiere a la sátira un estatuto artístico, por un lado; pero además refuerza su protección, ya que entiende que al ser la provocación parte de la naturaleza de la sátira, eliminar los elementos molestos de la misma pasaría por desnaturalizarla. Así lo expresa en el Caso Vereinigung Bildender Künstler contra Austria, mediante la siguiente afirmación: “la sátira es una forma de expresión artística y comentario social y, por sus características inherentes y exageración y distorsión de la realidad, tiene vocación de provocar y agitar. En consecuencia, cualquier interferencia con un derecho del artista debe ser examinada con particular cuidado” (25 de enero de 2007: § 33). Si en este caso se produce una mayor protección de la manifestación artística por sus implicaciones políticas, también se da el fenómeno contrario. Así, en el caso Karatas contra Turquía, el demandante, que pertenecía al pueblo kurdo, había sido condenado por escribir poemas con alto contenido de violencia y que incitaban separatismo. Sin embargo, y aunque el TEDH coincidió en este extremo, afirmó que la expresión artística se vale de recursos retóricos, como la metáfora, de modo que no cabe aplicar la interpretación literal a una obra de contenido artístico. No hay un llamamiento a la insurrección, entiende el TEDH, sino una expresión de angustia sobre la situación política (caso Karatas contra Turquía, 8 de julio de 1999: § 54).

Por consiguiente, parece apuntarse cierta vinculación entre la protección del arte y los valores democráticos y políticos en juego: de ahí la protección reforzada que se brinda a la manifestación artística, ya que a menudo se presenta como idónea para expresar un malestar social o político. Esto redunda en la idea del espacio público europeo como la “actualización de la pluralidad cultural” (Häberle, 2017:10). Relación que se da asimismo entre la producción científica y los valores democráticos, como veremos a continuación, en relación con la plataforma digital Youtube.

---

<sup>15</sup> También el caso de la fiscalía contra Ahmad Al Faqi Al Mahd (2018) refuerza la idea del valor de los bienes culturales, ya que fue la primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio cultural. En este caso declaró culpable de un crimen de guerra a quien destruyó nueve mausoleos en Tumbuctú inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial.

### 3. Dimensión relativa y dinámica de la cultura

En este apartado quiere ponerse de relieve que el contenido es clave, pero no es el único factor determinante. Si del derecho de acceso a la cultura se trata, no solo importa aquello que sea cultura, sino también qué entendemos por “acceso”. Aquí se defiende que no tiene el mismo peso un “acceso” que se agote en sí mismo, que la idea de transmisión, mucho más acorde con la noción de cultura. Además, deben tenerse en cuenta las posibilidades reales del acceso a través de canales culturales alternativos.

En el Caso Cengiz y otros contra Turquía (1 de diciembre de 2015) un tribunal penal de Ankara determinó que diez vídeos compartidos en Youtube habían infringido la prohibición penal de insultar la memoria del Mustafa Kemal Atatürk, fundador del Estado moderno de Turquía, e impusieron una orden de bloqueo en todo el sitio web. Los demandantes, tres profesores universitarios de derecho, denunciaron esta medida frente a los tribunales turcos, que desestimaron su petición, e interpusieron un recurso ante el TEDH. Afirieron que utilizaban la plataforma para acceder a vídeos relacionados con sus actividades profesionales y para descargar y compartir estos materiales, lo que permitió al TEDH concederles el estatus de víctimas y, por tanto, legitimación subjetiva en el proceso. Los recurrentes argumentaron que la orden de bloqueo había afectado a sus actividades académicas y que había un amplio interés público en tener acceso a YouTube. El TEDH declaró la violación del artículo 10 del CEDH, pues, aunque el bloqueo de la web no afectaba de manera directa a los recurrentes, estos no eran meros usuarios, sino que la usaban para fines profesionales. El TEDH admitió a trámite la demanda, por lo que, la finalidad científica que tenía el uso de la web permitió a los demandantes recurrir al TEDH. En este sentido, las garantías del acceso a la información quedaron reforzadas, debido a las alegaciones de los propios demandantes (que consideraron la finalidad de la información como elemento relevante).

Pero no por ello cualquier injerencia en el acceso de los usuarios es suficiente para declarar la violación del artículo<sup>10</sup>. Así, por ejemplo, en el Caso Akdeniz contra Turquía (11 de marzo de 2014), la división de medios de comunicación de la fiscalía ordenó el bloqueo del acceso a los sitios web Myspace.com y Last.fm, alegando que estos sitios difunden obras musicales que infringen los derechos de autor. Sin embargo, el mero hecho de que el demandante -al igual que los demás usuarios turcos de los sitios web en cuestión- se hubiera visto afectado indirectamente por una medida de bloqueo no bastaba para que se le considerara una víctima a efectos del artículo 34 de la CEDH. Como usuario de internet, el solicitante había hecho uso de sus servicios y se le había privado de un único medio de escuchar música, entre muchos otros. Por lo tanto, podría haber tenido acceso sin dificultad a una amplia gama de temas musicales por numerosos medios sin que ello implicase una violación de las normas sobre derechos de autor.

### 4. Cultura frente a terceros. Los derechos de autor

Precisamente estos dos casos se enmarcan en el mismo entorno internauta al que refiere el debate europeo con que se daba comienzo al texto. En este ámbito, los derechos de autor han sido reforzados, a pesar de que en muchos casos pueden colisionar y suponer una merma del acceso a la cultura. Por eso, es especialmente importante el Caso Ashby, Donald y otros contra Francia (10 de enero de 2013), que reconoce los derechos garantizados por el artículo 10 como un límite de los derechos de autor. Los demandantes eran tres fotógrafos de moda, condenados en



Francia por infracción de los derechos de autor a raíz de la publicación de imágenes en internet de una empresa de moda. Las fotos fueron tomadas en los desfiles de moda en París en 2003 y publicadas sin el permiso de las marcas. Los recurrentes denunciaron en Estrasburgo la vulneración de los derechos que les asisten en virtud del artículo 10 del CEDH. El Tribunal declaró que el recurso era admisible, pero llegó a la conclusión de que la condena de los demandantes por violación de la ley francesa de derechos de autor no constituía una violación de sus derechos. Este caso supone el primer pronunciamiento del TEDH en una sentencia de fondo acerca de los límites de los derechos de autor. En concreto, el Tribunal afirmó que una condena basada en la violación de los derechos de autor es susceptible de interferir con el artículo 10 del CEDH. La justificación de cualquier restricción del artículo 10 basada exclusivamente en la infracción de los derechos de autor será insuficiente, por lo que es necesario el ejercicio de la ponderación y no hay, por tanto, una prevalencia automática de los derechos de autor que exima del cumplimiento del artículo 10.

### 5. ¿Qué es el derecho de acceso a la cultura? Penúltima reflexión

En atención a las sentencias que acaban de ser presentadas parece posible concluir que el TEDH brinda una protección cualificada a determinados contenidos informativos que podrían identificarse como *contenidos culturales*<sup>16</sup>. La cuestión de qué sea cultura ha sido, sin duda, debatida desde diferentes disciplinas: sociología, antropología o filosofía. Sin embargo, desde el punto de vista de las garantías de los derechos fundamentales se hace imprescindible recuperar también un contenido eminentemente jurídico. Para ello es necesario concretar algunas de las nociones tan amplias que se han dado de cultura, ya sea cultura en términos universalistas o en términos étnicos (Prieto de Pedro, 1993). En este sentido, y, repito, para los efectos que nos ocupan, y no con la intención de aproximarnos a una concepción de la cultura, el TEDH aporta una información valiosa.

Por un lado, presenta una jurisprudencia coherente con las declaraciones internacionales en derechos humanos, que al hablar del derecho a participar en la cultura realizan una mención especial al arte, la literatura y la ciencia. Ha quedado aquí expuesto el mayor grado de protección que se concede a los individuos a través del artículo 10 del CEDH para acceder (o expresar) obras consideradas manifestaciones de arte, literatura o medios de divulgación científica, lo que hace pensar en ellos como contenidos privilegiados. Huelga decir que esta noción de cultura se corresponde con la concepción universalista, dejando de lado la noción étnica de cultura. Sin embargo, una y la otra no son contradictorias, en la medida en que este “núcleo duro” (arte y ciencia) es una “manifestación de forma” (Prieto de Pedro, 2008: 209) de la cultura; núcleo que puede expresar un contenido relativo a la cultura en sentido étnico, como ocurría en el Caso Karatas contra Turquía, en el que el demandante expresaba su sentir como parte del pueblo kurdo.

También han sido apuntadas las *relaciones del derecho de acceso a la cultura con otros derechos culturales*: el derecho de creación artística o los derechos de autor. En relación con el primero, el Tribunal ha incidido en cómo la sátira es un ejemplo de expresión artística que forma parte de la cultura occidental, pero que merece además una protección especial ya que estimula el debate, la crítica y el pluralismo político. En cuanto a los derechos de autor, tema que daba comienzo a esta voz, más allá del reconocimiento positivo con que cuenta a nivel nacional o

---

<sup>16</sup> Si bien es cierto que para ello se ha recurrido al marco del artículo 10, esto ha sido a costa de realizar una interpretación extensiva que de facto está protegiendo el derecho humano de acceso a la cultura.

europeo, el TEDH ha estipulado que también debe ser sometido a límites en la medida en que puede suponer una interferencia con el artículo 10 del CEDH. Estos vínculos, que han sido comentados de manera somera aquí, nos permiten hablar de una noción de cultura transversal al resto de derechos y que, por tanto, se despliega de manera compleja en ellos. Esto, por cierto, ha dificultado su estudio. Por ello, para determinar su alcance y sus límites se hace necesario analizar la relación y la presencia del acceso a la cultura en estos otros derechos, en especial en el derecho de propiedad intelectual. De todas las que aquí se han tratado, esta cuestión sea seguramente aquella con más recorrido en futuras investigaciones, ya que el interrogante “¿qué es el derecho a la cultura?” expresa el deseo de dar una adecuada cobertura a la transmisión cultural frente a la mercantilización de los derechos culturales (Amoedo Souto, 2014: 311).

Además, el acceso a la cultura se plantea en términos relativos y dinámicos, es decir, de transmisión y flujo de la cultura. Relativos, porque el efectivo impedimento del acceso a un contenido a través de una vía en concreto no supone automáticamente la vulneración del derecho, sino que este obstáculo debe dificultar seriamente el acceso (por ejemplo, por la inexistencia de otras vías, para acceder a tales contenidos) y, por tanto, depende de cuántas otras vías existan. Lo segundo porque, como vimos en Cengiz contra Turquía, hay una consideración teleológica del acceso a la cultura, mediante la que se presta una protección mayor al acceso si no se agota en sí mismo, sino al compartir, generar o transmitir cultura (en este caso en particular, ciencia). Esta característica apunta a la *dimensión objetiva del derecho*, en la que se apoya, por ejemplo, la protección especial de la sátira o la divulgación científica, susceptibles ambas de contribuir al debate crítico de la sociedad. Así, se pone de relieve su carácter funcional, pues ya no se trata solo de defender un derecho subjetivo, sino de consolidar los principios democráticos.

Pero, ¿podría hablarse del acceso a la cultura como un derecho subjetivo? Primero, debe determinarse si el acceso a la cultura consiste exclusivamente en una vertiente concreta de un derecho más amplio a la información o si hay motivos para defender su autonomía. El Caso Akdaş contra Turquía nos permite adelantar una respuesta positiva. Si esto fuera así, podríamos afirmar también que la protección del derecho de acceso a la cultura no se agota en su más que reivindicado contenido prestacional. Por el contrario, en virtud de su estructura, es decir, de la facultad que otorga a su titular (Díez-Picazo, 2013: 35) puede considerarse un derecho de defensa: no exclusivamente en el sentido de una debida “abstención del Estado” (Caso Akdaş contra Turquía, 16 de febrero de 2010), sino también en el del deber del Estado de actuar frente a impedimentos externos para acceder a la cultura (Caso Ashby, Donald y otros contra Francia, 10 de enero de 2013).

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C. A. (2014), “El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica”, *R.V.A.P.*, núm. especial 99-100, pp. 295-327.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., VVAA, (2004), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.
- DE ROMÁN PÉREZ, R. (2005), “Naturaleza jurídica del derecho de autor”. En: *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Editorial Reus, pp. 13-48.

- FERRI, M. (2015), *Dalla partecipazione all'identità. L'evoluzioni della tutela internazionale dei diritti culturali*, Vita e Pensiero, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán.
- HÄBERLE, P. (2017), "La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 27, pp. 177-198.
- PRIETO DE PEDRO, J. (1993), *Cultura, culturas y constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PRIETO DE PEDRO, J. (2006), "Artículo 44.1: el derecho a la cultura". En: *Vlex, Tomo IV, Artículos 39 a 55 de la Constitución Española de 1978*, pp. 205-216, Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-44-1-derecho-cultura-331403> (fecha de consulta: 10 de enero de 2019).
- RAMOS TOLEDANO (2018), *Propiedad digital. La cultura en internet como objeto de cambio*, Trotta, Madrid.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2007), Sentencia caso *Vereinigung Bildender Künstler contra Austria*, 25 de enero de 2007.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2010a), Sentencia caso *Akdaş contra Turquía*, 16 de febrero de 2010.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2010b), Sentencia caso *Karataş contra Turquía*, de 5 de abril de 2010.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2011), Sentencia caso *Ehrmann y SCI VHI contra Francia*, de 7 de junio de 2011.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2013), Sentencia caso *Ashby, Donald y otros contra Francia*, de 10 de enero de 2013.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2015), Sentencia caso *Cengiz y otros contra Turquía*, de 1 d diciembre de 2015.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2017), *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, disponible en la siguiente dirección electrónica: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf). (fecha de consulta: 10 de marzo de 2019).
- SYMONIDES, J. (1998), "Cultural rights: a neglected category of human rights", International Social Science Journal, N° 158, UNESCO, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2451.00168> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2019)
- XALABARDER, R. (2007-2008), "Derecho de autor: el desarrollo de los objetivos de protección. ¿Cuán lejos hemos evolucionado desde las raíces?". En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 28, pp. 529-545.

# Derecho y literatura Law and Literature

María Jimena Sáenz\*

CONICET-UNLP

[mjimenasaenz@hotmail.com](mailto:mjimenasaenz@hotmail.com)

Recibido / received: 31/05/2018

Aceptado / accepted: 31/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4706>

## Resumen

Si bien el diálogo entre el derecho y la literatura puede parecer una pareja por lo menos extraña dentro de la explosión de estudios interdisciplinarios que tuvo lugar avanzada la segunda mitad del siglo xx, ambas disciplinas parecieron encontrarse en un marco institucional rastreable hacia la década de 1970 en la academia jurídica angloamericana. Ese marco institucional llevó el nombre de “movimiento derecho y literatura” y tuvo como objeto reflexionar sobre las relaciones entre ambos términos. Este trabajo presenta un repaso de la trayectoria del movimiento “derecho y literatura”, sus distintas variantes, autores e instituciones clave. Ofrece una periodización del trabajo realizado a lo largo de los últimos casi cuarenta años hasta desembocar en el campo incipiente de la “literatura y los derechos humanos”, y revisa la expansión del movimiento a través de las fronteras nacionales.

## Palabras clave

Movimiento derecho y literatura, narración, interpretación, estudios culturales, literatura y derechos humanos.

## Abstract

*The relationship between law and literature is the object of study of the “law and literature movement”, an interdisciplinary enterprise that emerged in the 70s in the context of Anglophone academy. This paper offers a review of its origins, key authors, contexts and institutions, and presents a periodization of the work done in more than three decades, its migrations to the field of literary studies and the expansion across different legal cultures.*

## Keywords

*Law and literature movement, narration, interpretation, Cultural Studies, literature and human rights.*

SUMARIO. 1. Introducción: las relaciones entre derecho y literatura. 2.

Las etapas del movimiento: preocupaciones, instituciones, autores, contextos. 3. La expansión de las fronteras. 4. La migración de los estudios literarios. 5. A modo de cierre.

---

\*Agradezco a los árbitros anónimos de la revista por sus observaciones y sugerencias que ayudaron a mejorar este trabajo..



## 1. Introducción: las relaciones entre el derecho y la literatura

Las relaciones entre el derecho y la literatura, a pesar de la extrañeza de la pareja, tienen una historia larga y ampliamente narrada. Desde la época clásica, la literatura se ha involucrado con los personajes, temas y problemas del derecho; varios de los grandes escritores han sido abogados, trabajado en tribunales, en estudios de abogados, o ejercieron la función pública;<sup>1</sup> y, por otro lado, hasta la segunda mitad del siglo XIX, “el derecho no constitúa una rama de estudio autónoma, sino que la formación jurídica era una parte central de los estudios en humanidades” (Amaya, 2013). Esa historia fue retomada e institucionalizada durante la segunda mitad del siglo xx en el ámbito angloamericano bajo la denominación de “movimiento derecho y literatura”.

El hito fundacional del movimiento suele situarse en 1973, con la publicación de *The Legal Imagination* de J.B. White<sup>2</sup>; desde ese momento, uno de los impulsos tan tempranos como persistentes que caracterizaron al movimiento ha sido el intento de generar taxonomías que expliquen y justifiquen las relaciones entre el derecho y la literatura, y sobre todo, que autoricen y cubran bajo un manto común a la diversidad de trabajos, agendas de discusión y autores que se agrupaban bajo ese rótulo. Una de las más perdurables es la propuesta por Weisberg en 1989. Allí distinguía dos líneas de investigación: el “derecho en la literatura” y el “derecho como literatura”. La primera involucraba el análisis de “la aparición de temáticas jurídicas o la representación de actores o procesos legales en la ficción o el drama” y tiene su antecedente más remoto en la lista de “novelas legales” de Wigmore publicada por primera vez en 1908. La empresa del “derecho como literatura”, en cambio, “involucra el análisis gramatical de textos legales como la legislación, constituciones, sentencias judiciales y ciertos tratados académicos clásicos como si fueran obras literarias” (1989: 1) y puede considerarse que tiene su antecedente más remoto en el clásico trabajo de B. Cardozo de 1925. Si en los inicios del movimiento esta taxonomía pudo resultar de utilidad, el desarrollo posterior empezó a cruzarlas volviéndolas indistinguibles; y por otro lado, empezó a funcionar como una especie de carrera lineal del movimiento que iba desde los tempranos trabajos que leían obras literarias en búsqueda de nuevos pensamientos sobre el derecho, hacia el trabajo deseable –“derecho como literatura”– que asumía la asimilación del derecho a la literatura e importaba teoría literaria para leer textos legales.<sup>3</sup>

Otra forma de distinguir líneas en el movimiento es comenzar por la pregunta sobre cómo están configuradas las relaciones entre el derecho y la literatura: si esa relación es una de asimilación y colonización del “otro” disciplinar (Balkin, 1996), o si se parte de la diferencia y se pone a funcionar un diálogo entre ambos puntos que no trae grandes marcos analíticos, sino pequeños encuentros que pueden iluminar aspectos sobre ambos interlocutores (Sáenz, 2017; Anker y Meyler, 2017: 8-10). Dos autores clásicos del movimiento, en reconstrucciones situadas en dos momentos diferentes, sugirieron esta reorientación. Por un lado, K. Yoshino (2006) planteó que

<sup>1</sup> Basta citar algunos ejemplos que comienzan con la figura de Goethe, gran parte de los escritores fundadores de las distintas tradiciones literarias alemanas (T. Storm, Hoffman, i.a.); al igual que Balzac y Flaubert en el caso francés; Dickens en el período victoriano inglés; Stevenson en Escocia. Este punto quizás explique la presencia abrumadora de la literatura victoriana y la novela realista en los trabajos en derecho y literatura, comenzando por la lista clásica de “novelas legales” de Wigmore. Ello pues, por un lado, el realismo decimonónico fue el terreno en el que se dirimió la “autonomía” de la literatura frente a otras esferas (Bourdieu 1995). Y por otra parte, esa preferencia del movimiento hacia los escritores del siglo XIX busca reafirmar que la articulación “derecho y literatura” ya estaba allí desde aquel momento.

<sup>2</sup> Suelen citarse como antecedentes dos textos de principios de siglo: la lista varias veces revisada y ampliada de Wigmore (1908); y “Law and Literature” de B. Cardozo (1925).

<sup>3</sup> Un ejemplo de este tipo de lecturas es el recuento completo del movimiento de Binder y Weisberg (2000).

detrás de la clasificación del derecho *en la literatura* y el derecho *como literatura* estaban funcionando dos ideas de la literatura en cuestión: una “particularizante”, que la ceñía a las obras de ficción, y otra “generalizante”, que diluía lo literario en toda clase de discursos y producciones de registro escrito. En ese marco, señalaba la mayor comprensividad de la nueva clasificación, que tenía la capacidad de albergar líneas de trabajo como la regulación legal de la literatura, así como trabajos que leen obras literarias no solamente en sentido representacional sino también con cierta sensibilidad hacia la forma literaria (i.e. Nussbaum 1997 y 2006). Por su parte, en la reconstrucción temprana del movimiento de B. Thomas (1991), se señalaba que gran parte de la producción en “derecho y literatura” enfatiza demasiado en las semejanzas, y se sugería en cambio, que “son precisamente las diferencias lo que vuelve productivo relacionar la literatura y los documentos legales, no para fundirlos, sino para interrogarlos mutuamente (...) diluir el uno en el otro nos da tanto una visión distorsionada del derecho como de la literatura” (1991: 532-535).

Finalmente, el énfasis en la semejanza o la diferencia permitirá comprender estadios más avanzados del movimiento y conectar su trabajo con una discusión central en los últimos años en el campo literario: cómo defender a las humanidades en un contexto de precarización institucional y de crisis del valor.

En lo que sigue, el trabajo se organiza del siguiente modo. La sección 2 aprovecha la nueva orientación sugerida en los estudios en “derecho y literatura” para plantear una periodización del trabajo del movimiento, repasando sus autores, temas centrales y sus contextos de emergencia. Luego (sección 3), se esboza la expansión del derecho y la literatura más allá de las fronteras de origen en USA y su migración desde las escuelas de derecho que lo albergaban mayoritariamente hacia los estudios literarios. Finalmente, se ofrecen algunas reflexiones de cierre.

## 2. Las etapas del movimiento: preocupaciones, instituciones, autores, contextos.

La nueva taxonomía de la producción del movimiento que esquematiza dos polos ideales hacia los que se orientan los trabajos –la asimilación y la diferencia– ofrece una clave para seguir el desarrollo histórico del “derecho y la literatura” que puede leerse como una oscilación entre ambos proyectos que conviven todo a lo largo. Asimismo, permite distinguir dos tipos de miradas, dos vocabularios para pensar la relación, dos tipos de materiales “literarios” diferentes a los que se recurre, y recuperar las formas en que se canalizó una insatisfacción generalizada con el estado de la educación e investigación jurídica durante el último tercio del siglo XX.

Esa insatisfacción en el campo jurídico, que se vincula en gran parte de la bibliografía del movimiento a una “estrechez” de miras y preocupaciones, puede especificarse de dos modos diferentes y busca también una resolución literaria de dos maneras también diferenciables. Una de ellas puede caracterizarse como una ansiedad por dotar de más autoridad académica al derecho en un momento en que era percibido como una disciplina “profesional”, que se resuelve con la importación de Teoría literaria; la otra, a partir de la necesidad no de elevar aún más al derecho, sino de hacerlo descender de los marcos abstractos y prolijos a gran escala hacia lo que Nussbaum describe como “la confusa vida de los seres humanos”, donde se reúne con la literatura, en particular la novela, dando forma a un derecho “a escala humana”. Ambas salidas del derecho hacia la literatura pueden distinguirse por su ubicación en dos polos: uno que piensa la relación a partir de la asimilación y recurre a la Teoría; otro que enfatiza no la semejanza, sino la diferencia literaria, recurriendo a la literatura narrativa o más específicamente a la novela para ponerla en diálogo con el derecho.

La periodización más atractiva del movimiento segmenta: una primera etapa “humanista” desarrollada entre 1970 y 1980; una segunda etapa “hermenéutica” dominante entre 1980-1990 que aglutina trabajos centrados en la problemática común de la “interpretación”, con fuerte impronta teórica que deja atrás a las obras literarias; un tercer momento “narrativo” durante los noventas, que vuelve hacia la literatura en su aspecto “narrativo” y reacciona frente a los excesos de hermetismo de la teoría; y una cuarta etapa de “estudios culturales” que vuelve a aplazar la diferencia literaria para situarla en el terreno más general de la cultura (Baron, 1999 y Peters, 2005). El esquema general que siguen las etapas de la producción del movimiento puede leerse como un movimiento pendular entre el énfasis en la diferencia literaria (etapas 1 y 3) y la asimilación (etapas 2 y 4); así como una oscilación entre dos tipos de miradas, dos tipos de materiales literarios a los que se recurre y dos vocabularios para pensar la relación. El cuadro siguiente presenta un esquema de esos cambios y oscilaciones.

Momentos	Período	Mirada		Tipo y vocabulario de la relación		Material	
		Hacia arriba	Hacia abajo	Asimilación	Diálogo	“Teoría”	novela
<b>1. Humanista</b>	70s		X		X		X
<b>2. Hermenéutico</b>	80s	X		X		X	
<b>3. Narrativo</b>	90s		X		X		X
<b>4. Estudios Culturales del derecho</b>	Post-2000	X		X		X	

Brevemente, el primer período “humanista” está recortado por el tramo temporal delineado de manera amplia por dos de los hitos fundacionales del movimiento: la publicación en 1973 de *The Legal Imagination* de White y la aparición de dos publicaciones dedicadas al área como son el *Yale Journal of Law&theHumanities* (1988-89) y la revista *Law and Literature* de la *Cardozo Law School* (1988). Tomando de manera estricta la década de los 70 como el momento de mayor presencia del “humanismo”, podría señalarse como punto de corte la fundación del *Law and Humanities Institute* en 1978, que corona su trayecto y comienza también su declive<sup>4</sup>. Ese primer momento estuvo marcado por una preocupación reactiva hacia el rumbo que había tomado la educación y la práctica jurídica dominada por “una tendencia a aproximaciones neutrales valorativamente y tecnocráticas” en la que el vocabulario jurídico ofrecía una barrera a los juicios valorativos y encubría la responsabilidad por ese juicio (Sarat, 1998: 402). En palabras de Nussbaum, el movimiento estaba inspirado y reaccionaba contra la “estrechez de la educación e investigación jurídica, preocupadas exclusivamente por problemas doctrinales y que habían hecho poco por investigar problemas más amplios sobre los seres humanos y sus actividades en el mundo y en la sociedad a la que el derecho se dirigía” (Nussbaum y LaCroix, 2013: 9). En particular, Nussbaum ilumina el rival específico del movimiento: la visión económica estrecha que propugnaba el “movimiento derecho y economía” como ciencia, frente a la cual y de la cual debía nutrirse y medirse el derecho. La literatura, y en particular la novela, era para los humanistas una vía para situar a los valores en el centro de la discusión jurídica y devolverle así al derecho la dimensión humana que estaba “detrás de los casos y

<sup>4</sup> El LHI es una organización sin fines de lucro con sede en Nueva York cuyo primer presidente fue Richard Weisberg, una de las figuras centrales del momento humanista del movimiento (ver <http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Law-Humanities/institute.htm>).

reportes judiciales, sirviendo para contrarrestar el rigor formalista de la ley” (Peters, 2005: 444).

Luego de ese momento inicial de los setenta donde se destacan las figuras de J. B. White y Richard Weisberg, centrado fundamentalmente en los textos literarios y priorizando también su diferencia singular frente a la abstracción, las categorías y la sistematización en gran escala de la teoría suele recordarse a los fines heurísticos, un tramo “hermenéutico” que ocupa centralmente los tempranos ochentas y gira de manera casi completa de la literatura, tal como la reconocemos habitualmente, hacia la teoría literaria o la “Teoría” a secas. Este se ha considerado el momento de mayor auge del movimiento, que se centró en el problema de la interpretación en el derecho y acompañó cambios más drásticos en el panorama jurídico. Los objetivos de este período se dirigen en dos direcciones. Por un lado, poner en el centro de la teoría jurídica y sobre todo del derecho constitucional, una dimensión que antes de este momento era considerada periférica, confusa, endeble: la interpretación habría el paso al problema de establecer el sentido del derecho, y enfrentar “la ansiedad a veces ligada al reconocimiento de la inevitabilidad de la interpretación” y la posibilidad ante ello de “encontrar reglas seguras para guiarnos en ese peligroso camino”, definir “qué cuenta como ‘reglas seguras’, si pueden ser ‘científicamente’ establecidas, y si puede lograrse una independencia de la política u otras perspectivas ‘interesadas’”(Levinson y Mailloux, 1989: ix-x). Por otro lado, el “momento hermenéutico” también respondió a necesidades contextuales. Como señalan Levinson y Mailloux, “las invocaciones a la Constitución y las disputas sobre las reglas para su interpretación, son más intensas en tiempos de conflicto político” (1989: 3). Ese clima se vivió durante la victoria de la derecha conservadora de los 80, con su énfasis en reordenar la justicia para dejar atrás el “activismo judicial” de las décadas pasadas, y en él, la literatura –o más precisamente, la teoría literaria– pareció proveer al derecho de herramientas para “liberarse de la atadura a un texto arcaico y de un grupo de hombres blancos que pretendían custodiarlo (...) y desafiar a las teorías originalistas y textualistas de la interpretación que sostenían las posiciones de una Corte crecientemente reaccionaria” (Peters, 2005: 445).

El arsenal de teoría literaria prometía aquí a los juristas liberar al derecho de su encadenamiento al texto arcaico y al grupo de hombres blancos que lo vigilaban, pero también “amenazaba con desamarrar al derecho de sus bases interpretativas tradicionales”, abriendo el problema de la indeterminación que el ala crítica explotaría (Peters, 2005: 445). Dos polémicas pueden considerarse los hitos centrales de este momento: el debate entre R. Dworkin y S. Fish que tuvo como sede la famosa conferencia en la escuela de derecho de Texas de 1981<sup>5</sup>, y aquella entre este último y Owen Fiss, que tuviera lugar en San Diego, unos años después<sup>6</sup>.

El “momento narrativo” de los 90 vuelve sobre la mirada humanista que otorgaba un poder de verdad y humanización a la literatura, pero la orienta ahora hacia fines políticos. Impulsado inicialmente por la teoría feminista y la teoría crítica de la raza, fue influido y sostenido también por formaciones institucionales emergentes en esos momentos “que unían la reivindicación psicoterapéutica de una capacidad ‘curativa’ o ‘restaurativa’ de las narraciones personales con la reivindicación política del poder transformativo de las narraciones de los oprimidos, como los estudios del ‘testimonio’, del ‘trauma’, de la ‘memoria’ y el establecimiento de comisiones de la verdad donde las víctimas narraban sus historias” (Peters, 2005: 447). Este nuevo modo narrativo de relación del derecho y la literatura se afirma

<sup>5</sup> Ambas intervenciones fueron publicadas por primera vez en el volumen de *Critical Inquiry* editado por W. J. Mitchell (1982).

<sup>6</sup> Una reconstrucción de este debate en: Fish, 1984.

también como una reacción ante los excesos de la ‘teoría’, apareciendo como una perspectiva casi “autoexplicativa” a diferencia de términos como “hermenéutica”, “deconstrucción” o “textualidad”: “el derecho como narración imagina al derecho como literatura, donde la literatura se presenta como inmediatamente accesible, sin mediación de la teoría” (Binder y Weisberg, 2000: 204)<sup>7</sup>.

Sobre el filo los 90, y con más fuerza durante el comienzo del nuevo milenio, puede situarse la cuarta etapa del movimiento ligada a los “estudios culturales”, que volvió a aplanar la diferencia de la literatura en relación a otros discursos, así como a diluir la carga normativa del derecho y a sumergir a ambos en el campo más amplio de la cultura. Es en este momento que el “movimiento derecho y literatura” se amplía hacia denominaciones más inclusivas que ya se sugerían en el título de la publicación de Yale de 1988 (*Yale Journal of Law&theHumanities*). La ampliación se profundizaría diez años después, con la primera reunión del grupo de trabajo en “Derecho, cultura y humanidades” en Georgetown (1998), que sería a partir de allí uno de los espacios de sociabilidad clave del remanente del movimiento “derecho y literatura”.

Los “estudios culturales” resultan un área heterogénea de difícil definición. En este punto es útil la reconstrucción reciente de Nussbaum porque destaca tanto una lectura a su mejor luz como las limitaciones de este tipo de estudios. Éstos se centran, según Nussbaum, de “maneras más obvias en las contribuciones históricas de las obras literarias al derecho: éstas representan situaciones jurídicas de formas que muestran el funcionamiento de la ley en tiempos y espacios específicos. La otra cara de esta moneda es que los textos literarios pueden ser mejor entendidos si se los estudia en conexión con su contexto jurídico. El movimiento dentro de los estudios literarios ‘New Historicism’ ha iluminado textos literarios canónicos atendiendo a aspectos del contexto histórico: médicos, legales o culturales” (2013: 11). Dos de los grandes impulsores de los “estudios culturales del derecho” han sido A. Sarat y P. Kahn. Kahn pretendía con este tipo de estudios mover al derecho desde una “teología” hacia una forma de “estudios de religión”, desde la predica y la fe en sí mismo hacia una forma de observación más externa, que “deje de lado el proyecto de reforma, no porque esté satisfecho con las cosas tal como están, sino porque quiere comprender mejor quiénes y qué somos” (Kahn 2001: 46). Sarat, por su parte, pretendía correr el eje literario del movimiento: “las obras literarias no son ya el objeto primario de análisis sino una fuente para entender un problema histórico o cultural más amplio” (Sarat, 2017: 63).

### 3. La expansión de las fronteras

A fines de la década del noventa y con una creciente presencia institucional luego del cambio de milenio, el movimiento “derecho y literatura” se expande más allá de las fronteras norteamericanas y esta expansión trae nuevas preguntas y formas de pensar la relación. En la tercera edición ampliada de *Law and Literature*, R. Posner señalaba que desde 1998 el movimiento “derecho y literatura” no sólo había crecido en el ámbito interno norteamericano, sino que había migrado hacia Europa: “a los

---

<sup>7</sup> El texto clásico de este período es *Law's Stories*, compilado por dos de sus figuras salientes: P. Brooks y P. Gewirtz (1996).

países escandinavos en 2005<sup>8</sup>, Francia en 2006<sup>9</sup>, Inglaterra en 2007<sup>10</sup>, Italia<sup>11</sup> y Portugal en 2008” (2009: xiii). A ello se podría agregar la expansión hacia Australia<sup>12</sup>, España<sup>13</sup>, Latinoamérica<sup>14</sup> y la creación de una red Europea de intercambio<sup>15</sup>.

En uno de los escasos trabajos comparativos de las diferentes tradiciones del “derecho y la literatura”, G. Olson (2010) plantea la necesidad de “desamericanizar” el movimiento repensando tres asunciones ampliamente difundidas en la tradición norteamericana que no se adecúan con facilidad al resto de las culturas jurídicas: el anclaje en el sistema adversarial, la ubicuidad del debate sobre la interpretación constitucional y los modos de la práctica jurídica del *common law*. Una pregunta semejante aparece en la revisión del panorama europeo de H. Porsdam: “¿qué sucede cuando los textos que se discuten no conforman el canon angloamericano sino que son escandinavos, españoles, holandeses o polacos? ¿qué sucede si estos textos interactúan no con el *common law*sino con tradiciones del *civil law*? (2009: 174). Una nota particular que presenta la expansión a través de las fronteras del movimiento es que a pesar de haberse iniciado en el momento de auge de importación teórica en su lugar de origen, en el viaje transfronterizo viró el rumbo hacia una preocupación más cercana a los polos que enfatizaban la diferencia en el movimiento, revitalizando momentos que podían considerarse superados. Así, tanto en el movimiento europeo como en el ámbito latinoamericano, las miradas suelen centrarse más que en la teoría, en las obras literarias; y en lecturas que buscan puntos localizados de diálogo con temas y problemas jurídicos más que en la generación de marcos omniabarcativos de amplia escala<sup>16</sup>. En este sentido, Simonin plantea en un trabajo reciente del ámbito francófono: “¿Y si uno de los futuros posibles del movimiento (...) residiera en un gran salto hacia atrás, en un retorno a los textos literarios? (2015: 72).

<sup>8</sup> Una reseña sobre los proyectos y las principales figuras del “derecho y la literatura” nórdicos en: Porsdam, 2009.

<sup>9</sup> En el ámbito francófono suelen mencionarse dos hitos tempranos durante los primeros años de los 80s: la creación en 1982 de un curso sobre *Droit et Littérature* en *Université Paris Diderot*; la organización en 1984 de un congreso sobre el tema (Trindade y Gubert, 2009:180). Pero es recién a fines de los 90s que se publica la primera antología (Maluire, 1997).

<sup>10</sup> En este caso, los cruces pueden darse mucho antes, en el seno de los estudios críticos del derecho británicos durante la década del 80 (Olson, 2010:346).

<sup>11</sup> Una revisión de los estudios en derecho y literatura italianos en Trindade y Gubert(2009) y Mittica(2015).

<sup>12</sup> En abril de 1990 se organizó la primera conferencia sobre “derecho y literatura” en Australia y se consolidó la Asociación Australiana en Derecho y Literatura. Uno de sus miembros fundadores, J. Neville Turner, compiló unos años después el primer volumen australiano en “derecho y literatura”: *The Happy Couple: Law and Literature* (1994). En noviembre de 2011 se conformó una red más amplia para la región de Australasia (ver <http://lawlithum.org/about/>).

<sup>13</sup> Una revisión de la recepción en España del movimiento, en: Arsuaga, 2009.

<sup>14</sup> Una serie de trabajos sobre el derecho y la literatura firmados por autores latinoamericanos se encuentra en el dossier coordinado por el ecuatoriano D. Falconi (2016). El caso brasileño es quizás el más desarrollado a nivel institucional de la región: desde 2014 cuenta con una red nacional de derecho y literatura que incluye un programa de TV, una publicación académica especializada y un “Coloquio internacional de derecho y literatura” anual (conf. <http://rdl.org.br/>). Sobre el “derecho y la literatura” en Brasil: Trindade y Bernsts, 2017. Un punteo de las figuras y trabajos dedicados al derecho y la literatura en Argentina, en: Roggero, 2016.

<sup>15</sup> La red europea de derecho y literatura fue lanzada a instancias de Greta Olson y Jeanne Gaaker. La publicación más reciente sobre esta tradición es Porsdam y Elholm (2012).

<sup>16</sup> En la introducción a un volumen reciente que agrupa trabajos del ámbito francófono, Garapon y Salas señalan que la perspectiva que nuclea a estos trabajos es una que se concentra “en la manera en que la ficción literaria reflexiona sobre el mundo jurídico”, frente a “el derecho como literatura, (...) punto de vista dominante en Estados Unidos” (2015:14).

#### 4. La migración hacia los estudios literarios: Literatura y Derechos Humanos

Una de las características particulares del movimiento derecho y literatura es su migración desde la sede jurídica en la que se había desarrollado durante más de tres décadas, hacia el terreno de los estudios literarios bajo la denominación “Literatura y Derechos Humanos”. Este nuevo desarrollo del movimiento, por otra parte, señala tanto una nueva oscilación en la carrera del movimiento hacia formas de pensar la relación que parten de la diferencia de la literatura, como también un retorno a los estadios iniciales que se creían superados y caídos en el olvido luego de los períodos de ascendencia teórica de los 80 y los primeros años del 2000.

Esta especie de retorno o revisión de las fuentes humanísticas del movimiento, aún en transcurso en la actualidad, también puede ligarse a la crisis de las humanidades y el replanteamiento de sus protocolos de lectura. Gran parte de la bibliografía que rastrea la emergencia del campo “literatura y derechos humanos” lo sitúa luego de los sucesos del 11/9 de 2001 en el Norte Global (Goldberg y Moore, 2012; Brooks, 2014). La fragilidad de los derechos humanos en el contexto precario del neoliberalismo, el auge de los discursos de la seguridad nacional y sus culturas del miedo han sido considerados los factores que explican parcialmente “la urgencia por encontrar en las humanidades, especialmente en la literatura, el antídoto a la残酷, las atrocidades y las violaciones de los derechos humanos” (McClenen 2013: 180). A ello se sumó también la necesidad de “defender a las humanidades” en un contexto de precarización y repliegue de la educación humanística en pos de lo que Nussbaum (2010) llamó “el modelo de educación económico”, y en este punto, el giro hacia los derechos humanos en las humanidades era también, de manera correlativa a lo que había sucedido en los inicios del movimiento en el campo del derecho, una búsqueda de articulación positiva del valor de la literatura y las humanidades, sólo que ahora esos valores se buscaban del lado y en asociación con el derecho.

Aún en un terreno en proceso de formación, dentro de la “literatura y los derechos humanos” pueden rastrearse una serie de líneas de investigación interrelacionadas que pretenden renovar tanto las miradas sobre los derechos humanos como también transformar internamente el ámbito de los estudios literarios, buscando modos de dar una respuesta a la relevancia de la literatura y articular un vocabulario específico para dar cuenta de ese valor. Dentro de los aún escasos intentos de dotar de forma al campo se han señalado dos líneas que se han transitado en la vinculación entre los derechos humanos y la literatura: una “conecta históricamente términos clave de derechos humanos a innovaciones estéticas específicas” o “lee textos literarios en cuanto representan y vuelven inteligibles las filosofías y las prácticas de derechos humanos en distintos contextos culturales”; otra, examina la relación entre “luchas por la justicia y su expresión a través de formas literarias” (McClenen y Moore, 2016: 9; Goldberg y Moore, 2012: 10). Por su parte, K. Bystrom (2012) agrega una tercera, aún incipiente, centrada en el “acto de lectura” más que en los textos o las técnicas de lectura que dicta la teoría, que considera capaz de abrir los nuevos rumbos para el movimiento.

#### 5. A modo de cierre.

El movimiento “derecho y la literatura” es un espacio interdisciplinario que surgió avanzada la segunda mitad del siglo XX, originalmente en la academia norteamericana, dedicado a explorar las relaciones entre ambos términos. Uno de sus impulsos iniciales, que se mantuvo a lo largo de su trayectoria, era enfrentar el formalismo y tecnicismo de la práctica y la educación jurídica. Desde la década de los 70, su trayectoria fue girando hacia distintos intereses, temas y problemas; e incluso,



en los primeros años del milenio, no sólo se expandió a través de las fronteras sino que también migró de su sede jurídica original hacia los estudios literarios. Este trabajo se propuso revisar sus orígenes, repasar sus hitos, autores, instituciones y contextos fundamentales, y ofreció para ello una periodización distingible en su trayectoria que incluye un panorama de su expansión transfronteriza y de sus nuevas dimensiones en el ámbito de los estudios literarios.

## Bibliografía

- AMAYA, A. (2013), "Derecho y Literatura".En: AULLÓN DE HARO, P. (ed.), *Metodologías comparatistas y literatura comparada*, Madrid, Dykinson, pp. 173-182.
- ANKER, E. Y MEYLER, B. (2017), *New directions in Law and Literature*, Oxford University Press, New York.
- ARSUAGA, T. (2009) "Derecho y literatura. Origen, tesis principales y recepción en España", *Workingpaper IE LawSchool*, AJ, pp. 8-157.
- BALKIN, J. (1996), "Interdisciplinarity as colonization", *Washington & Lee Law Review*, 53,pp. 949-970.
- BINDER, G. Y WEISBERG, R. (2000), *Literary Criticism of Law*, Princeton U. Press, New Jersey.
- BYSTROM, K.(2012), "Literature and Human Rights".En CUSHMAN, T. (ed.) *Handbook of Human Rights*,New York, Routledge, pp.637-646.
- BOURDIEU, P. (1995) *Las reglas del arte*, Anagrama, Barcelona.
- BROOKS, P. y GEWIRTZ, P. (eds.) (1996), *Law's Stories*, Yale U. Press, New Haven.
- BROOKS, P.y JEWETT, H. (eds.) (2014), *The Humanities and the Public Life*, Fordham U. Press, New York.
- CARDOZO, B. (1925), "Law and Literature", *Yale Review*,14,pp. 699-718.
- FALCONÍ TRÁVEZ, D. (coord.) (2016), "Dossier Derecho y Literatura en América Latina", *Iuris Dictio*, n° 18.
- FISH, S. (1984), "Fish v. Fiss", *Stanford L. Rev.*, v. 36, n.6, pp. 1325-1347.
- GARAPON, A. y SALAS, D. (eds.) (2015), *Imaginar la ley. El derecho en la literatura*,Jusbaires, Buenos Aires.
- GOLDBERG, E. y MOORE, A. (eds.) (2012), *Theoretical perspectives on Human Rights and Literature*, Routledge, New York.
- KAHN, P.(2001), *El análisis cultural del derecho*,Gedisa, Barcelona.
- MCCLENNEN, S. (2013), "Theoretical Perspectives on Human Rights and Literature (review)", *College Lit.*,V. 40, N. 3, pp. 180-182.
- MCCLENNEN, S. y MOORE,A. (eds.) (2016), *Routledge Companion to Literature and Human Rights*, Routledge, New York.
- MALAUIRE, P. (1997), *Droit et Littérature. Une Anthologie*,Cujas,Paris.
- MITCHELL, W.J.T (ed.) (1982), "The Politics of Interpretation", *Critical Inquiry*, V.9, N.1.
- MITTICA, P. (2009), "Diritto e letteratura in Italia. Statodell'arte e riflessionisul método", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, pp. 273-299.
- NUSSBAUM, M. (1997), *Justicia Poética*, Andrés Bello, Santiago de Chile.
- NUSSBAUM, M. (2006), *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, A. Machado, Madrid.
- NUSSBAUM, M. (2010), *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, Buenos Aires.
- NUSSBAUM, M. y LACROIX, A. (2013), *Subversion and Sympathy: Gender, Law, and the British Novel*, Oxford U. Press, New York.
- LEVINSON, S. y MAILLOUX, S. (eds.) (1989), *Interpreting Law and Literature*, Northwestern University Press, Evanston.

- OLSON, G. (2010), "De-Americanizing Law and Literature Narratives: Opening Up the Story", *Law & Literature*, V. 22, Iss. 2, pp. 338-364.
- PORSDAM, H. (2009), *From Civil to Human Rights. Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe*, Edward Elgar, Cheltenham.
- PORSDAM, H. y ELHOLM, T. (2012), *Dialogues on Justice: European Perspectives on Law and Humanities*, De Gruyter, Berlín.
- POSNER, R. (2009), *Law and Literature* (3° ed.), Harvard U. Press, Cambridge.
- ROGGERO, J. (2016), "Hay derecho y literatura en Argentina", *Anamorphosis*, V.2, N.2, pp.269-292.
- SÁENZ, M.J. (2017), "Derechos humanos y literatura: un espacio emergente de encuentro entre el derecho y la literatura", *Anamorphosis*, V.3,N.1,pp.5-24.
- SARAT, A. (1998) "Traditions and Trajectories in Law and Humanities", *Yale Journal of Law & Humanities*, V. 10, Iss. 2, pp. 401-407.
- SARAT, A. (2017), "From Charisma to Routinization and Beyond: Speculations on the Future of the Study of Law and Literature". En: ANKER, E.S. y MEYLER, B., *New Directions in Law and Literature*, Oxford University Press, New York, pp. 59-66.
- SIMONIN, A. (2015), "MaketheUnorthodoxOrthodox: J. H. Wigmore y el nacimiento del interés del derecho por la literatura". En: GARAPON y SALAS (eds.) (2015), *Imaginar la ley. El derecho en la literatura*, Buenos Aires, Jusbaires, pp. 33-76.
- THOMAS, B. (1991), "The Law and Literature Revival", *Critical Inquiry*, V. 17, N.3, pp.510-539.
- TRINDADE, A. Y GUBERT, R. (2009), "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho", *Revista del Instituto "Ambrosio L. Gioja"*, Año III, N. 4, pp. 164-213.
- TRINDADE, A. y BERNSTS, L. (2017), "The Study of Law and Literature in Brazil: development, evolution and expansion", *Anamorphosis*, V.3,N.1, pp.225-57.
- WEISBERG, R. (1989), "The Law and Literature Enterprise", *Yale Journal of Law & Humanities*, V.1, Iss. 1, pp. 1-67.
- WIGMORE, J. (1908) "A List of Legal Novels", *Illinois Law Rev*, pp. 574-593.
- WHITE, J.B. (1973), *The Legal Imagination*, Chicago U. Press, Chicago.
- YOSHINO, K. (2006), "La ciudad y el poeta", *Rev. Jur. de la Universidad de Palermo*, Año 7, N. 2, pp. 5-61.

# La ponderación de intereses como método<sup>1</sup>

## Balancing Interests as a Method

María José García Salgado  
Universidad de Oviedo  
[salgado@uniovi.es](mailto:salgado@uniovi.es)

Recibido / received: 04/03/2019  
Aceptado / accepted: 11/03/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4707>

### 1. Los textos en su contexto: breves precisiones terminológicas y conceptuales

En los textos de Isay y Heck, cuya traducción se presenta, abundan expresiones como “obtención de la norma”, “obtención de la decisión”, “obtención del derecho”, “búsqueda del derecho”, etc. que no son fáciles de traducir y que necesitan una explicación.

He traducido siempre *Rechtsgewinnung* por “obtención del derecho” (y *Normgewinnung* por “obtención de la norma”, *Entscheidungsgewinnung* por “obtención de la decisión”, etc.). He mantenido esta traducción (por la que ya había optado en su momento<sup>2</sup> y que volvió a plantearme muchas dudas), pese a que soy consciente de que es extraña en castellano. La otra opción que me parecía correcta habría sido acudir al verbo “elaborar” (“elaboración del derecho”, etc.) en el sentido que recoge la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado”. La descarté porque aunque “elaborar” y “crear” tienen significados diferentes, temí que expresiones como “elaboración de la norma” o “elaboración del derecho” (o eventualmente “producción de la norma”, que tampoco sería incorrecto)

<sup>1</sup> Este trabajo ejerce de estudio introductorio a la traducción de los artículos “El método de la Jurisprudencia de intereses. Una reflexión crítica” (*Die Methode der Interessenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung*), de Hermann Isay, y “La negación de la Jurisprudencia de intereses por Hermann Isay. Una réplica” (*Die Leugnung der Interessenjurisprudenz. Eine Erwiederung*), de Philipp Heck, que puede consultarse inmediatamente a continuación. Ambos trabajos se publicaron originariamente en *Archiv für die civilistische Praxis*, 137, N.F. 17 (1933), pp. 36-47 (el texto de Isay) y 47-65 (el texto de Heck). Posteriormente se incluyeron en Ellscheid y Hassemer (1974: 222-234 y 235-253) que es a partir de donde se han hecho las traducciones. He optado por mantener el estilo de cita de los textos originales y he incluido los datos de las obras a las que Isay y Heck se refieren en la bibliografía final de este estudio previo, con las abreviaturas que permiten identificarlas.

<sup>2</sup> Me he ocupado de estas expresiones (*Rechtsgewinnung*, *Rechtsfindung*) y de otras también problemáticas (*Gebotsvorstellung*, *Ordnungsbegriffe*) frecuentes en los textos protagonistas de la disputa metodológica alemana de finales del XIX y principios del XX, en García Salgado (2011, 1-5).

transmitiesen al lector una imagen de “creación judicial” en sentido fuerte que, al menos respecto a Heck, hay que evitar<sup>3</sup>.

Respecto a *Rechtsfindung*, lo he traducido siempre por “búsqueda del derecho”, aunque el verbo *finden* signifique literalmente encontrar (y por tanto la *Rechtsfindung* sea, literalmente, “el encuentro del derecho”). Buscando matices, cabría pensar que la “búsqueda del derecho” por parte del juez presupone en cierto sentido que el legislador ya ha decidido de antemano cómo debe resolverse un supuesto concreto, y al juez corresponde “encontrar” (*finden*) esa respuesta. La búsqueda del derecho es, por tanto, un “buscar” para “encontrar” algo que ya se sabe que está ahí. Mientras que en el caso de la “obtención del derecho”, el juez ya no se limita a buscar algo que está ahí sino que debe, en cierto sentido, “conseguirlo”, “elaborarlo”, obtenerlo, a partir del material legislativo, si lo hay, y con ayuda de todas las operaciones que quedan englobadas bajo esa actividad de “obtención del derecho”. De qué tipo son esas operaciones, cuál es su finalidad y eventualmente desde qué parámetros de racionalidad pueden ser controladas, es algo que precisamente discuten Isay y Heck en los textos que presentamos.

No deja ser significativo que tanto Heck como muchos otros autores de la época, prefieran las expresiones “búsqueda del derecho” y “obtención del derecho” a la más clásica *Rechtsanwendung* (“aplicación del derecho”). Creo que esto es así porque la “aplicación del derecho” transmite la idea de una concepción más “mecánica” de la actividad judicial, que desea evitarse o que, en todo caso, no cabe identificar, sin más, con el proceso de decisión judicial<sup>4</sup>.

Tratar de establecer el significado más correcto de estos términos no obedece sólo a un deseo de corrección lingüística sino fundamentalmente conceptual. Tanto el texto de Isay como el de Heck se insertan aún, aunque con matices, en el contexto de la *Methodenstreit*, la disputa metodológica que sacudió y monopolizó el panorama jurídico alemán a finales del XIX y principios del XX y cuyo objeto era fundamentalmente la decisión judicial de casos: cuál era la relación del juez con el derecho, qué tipo de formación tenía que tener el juez para afrontar su tarea, qué sucedía cuando el derecho no regulaba o regulaba de forma insatisfactoria un asunto que tenía que resolver el juez, por qué en muchos supuestos las sentencias judiciales no eran comprendidas o compartidas por la comunidad en la que se generaban, qué modelo de juez era deseable tener, a qué modelo de juez se podía aspirar, etc. No voy a reproducir aquí las características de esa disputa metodológica ni de las principales corrientes que en ella se enfrentan, entre sí (Jurisprudencia de intereses y Movimiento de Derecho Libre), o de forma común contra la Jurisprudencia de conceptos. Tampoco las razones (políticas) que “fabricaron” al juez autómata de la subsunción o mantuvieron el dogma de la inexistencia de lagunas<sup>5</sup>. Sí quiero recordar que los protagonistas de estos enfrentamientos son juristas con fuerte vocación hacia la práctica del derecho, que conocen y en la que intervienen con frecuencia. En el

<sup>3</sup> En este sentido, y como ya indiqué (2011, 2), considero desafortunada –que no incorrecta– la traducción que hace Manuel Entenza del libro de Heck *Das Problem der Rechtsgewinnung* como *El problema de la creación del derecho* (aunque en el caso concreto de esta obra quizás pueda explicarse porque en ella Heck analiza con mucho detenimiento también la “creación de derecho” por parte del legislador). Que se recurra al término “obtención” para evitar esa connotación es algo que expresamente critica Kelsen (1929: 1726) diciendo que es un eufemismo que oscurece más que aclara lo que es una actividad de producción de normas, no de obtención.

<sup>4</sup> Precisamente en su réplica a Isay, Heck emplea, entrecomillada, la expresión “aplicación de la ley” (*Anwendung des Gesetzes*) para referirse a la parte del razonamiento judicial consistente en seleccionar, del caso presente, los elementos recogidos en el supuesto de hecho de la ley, y desechar los demás. Esa obligación del juez de seleccionar lo que el legislador ha considerado relevante y despreciar lo demás es lo que se denomina “aplicación de la ley”. (Heck, 1974: 248).

<sup>5</sup> Me he ocupado de todo ello, de forma extensa y crítica, en García Salgado (2011: 15-41).

caso de Isay ese conocimiento práctico es evidente porque siempre se dedicó a la abogacía y mantuvo despacho abierto, en Berlín. También hizo carrera académica en el sentido de que se doctoró y se habilitó e impartió clases como profesor no ordinario (*außerordentlicher Professor*) en la *Technische Hochschule* de Berlín<sup>6</sup>. Respecto a Heck, aunque tuvo una exitosa carrera académica en la Universidad, tampoco desatendió la práctica jurídica y trató de llevar sus teorías hasta sus últimas consecuencias profesionales y también docentes. Muestra de lo primero son sus dictámenes, en los que siempre aplicó el método de la Jurisprudencia de intereses por él patrocinado<sup>7</sup>; y muestra de lo segundo son, sobre todo, sus manuales sobre derecho de obligaciones –*Schuldrechts*– y derechos reales –*Sachenrechts*–, diseñados para que el lector pudiese contraponer la solución según el método de la Jurisprudencia de conceptos, a la solución según el método de los intereses, y que admiten, además, distintos niveles de lectura, según la formación y madurez intelectual del estudiante<sup>8</sup>.

Decía antes que estos trabajos de Isay y Heck, publicados en 1933, pueden considerarse parte de la disputa por el método (*Methodenstreit*) aunque están ya en su frontera. La llegada ese año de Hitler al poder produjo una convulsión (también) en el mundo jurídico que afectó de lleno tanto a Isay (que fue depurado de la Universidad) como a Heck (que con 75 años y ya jubilado, se empeñó en vano en convertir a la Jurisprudencia de intereses en la metodología idónea para la renovación jurídica que exigía el nuevo régimen)<sup>9</sup>. Pero ese empeño se plasmará fundamentalmente en tres trabajos de los años 1936 y 1937: en 1933 aún podemos vislumbrar lo que era la Jurisprudencia de intereses sin el maquillaje de la época nazi.

La cuestión sobre la que discuten en estos escritos tiene apariencia “técnica”: Isay se pregunta si existe el método de la ponderación de intereses (que es tanto como preguntarse si la Jurisprudencia de intereses tiene un método) y su respuesta es que no. Y Heck replica reivindicando enérgicamente el método de la ponderación de intereses y con ello a la propia Jurisprudencia de intereses como método. La cuestión de fondo es a qué está (o a qué debe estar) obligado el juez cuando resuelve un caso mediante sentencia.

Recurriré a dos supuestos prácticos descritos respectivamente por Isay y Heck para tratar de ilustrar gráficamente su forma de concebir el razonamiento judicial y después me ocuparé brevemente del papel que juega la ponderación de intereses en cada uno de ellos y de si efectivamente cabe considerarla un método o no.

---

<sup>6</sup> Hasta 1933, en que es obligado a dejar la docencia por su origen judío. Cinco años después moriría a consecuencia de una enfermedad, a la edad de 65 años. Precisamente en 1933 se publica en *Archiv für die civilistische Praxis* el texto de la disputa con Heck.

<sup>7</sup> Vid. por ejemplo, el dictamen sobre el suministro de cadáveres (Heck, 1914a).

<sup>8</sup> A diferencia de Oertmann, que considera el método de los intereses demasiado difícil para principiantes y propone que el estudiante universitario siga basándose en el sistema de conceptos del antiguo procedimiento, dejando para las prácticas el examen de los intereses, Heck considera imprescindible que los estudiantes no tengan contacto con el antiguo método y defiende la conveniencia de utilizar, desde el inicio, el método de los intereses (Heck, 1932: 212). Incluso en pleno período nazi, propone seguir manteniendo en los planes de estudio las partes generales de derecho privado, si bien explicadas con arreglo al método de la Jurisprudencia de intereses (1941: 426). Una bibliografía completa de Heck se puede consultar en García Salgado (2011: 272-276).

<sup>9</sup> Respecto a las relaciones entre la Jurisprudencia de intereses y el nacionalsocialismo y a los cambios que tuvo que hacer Heck en su método para intentar, sin conseguirlo, adecuarlo a los intereses de la nueva cosmovisión dominante, vid. García Salgado (2011: 197-228) y también (2014: 211-234). Sobre la recepción por el franquismo del Heck nacionalsocialista, imprescindible el trabajo de Fernández-Crehuet (2011: 131-138).

## 2. El razonamiento judicial, según Isay y según Heck

En un trabajo de 1908 aborda Isay una cuestión entonces muy debatida: la reivindicación, por parte fundamentalmente del sector industrial, de juzgados mixtos para los procesos de patentes, que estuviesen integrados no sólo por jueces sino también por técnicos<sup>10</sup>. Isay es partidario de esos juzgados mixtos y de que además los técnicos se integren en ellos como verdaderos jueces, con las mismas potestades y las mismas responsabilidades (1908: 26-27). Hay que combatir, dice, la opinión dominante de que la formación del juez debe ser exclusivamente jurídica, de que eso es lo más acorde con la esencia de la jurisdicción y apartarse de ello ocasionaría daños en la Administración de justicia que deben evitarse (1908: 5). Y hay que combatirlo, y es lo que interesa resaltar aquí, porque el proceso por el que el juez llega a la decisión del caso que tiene ante él es, en muchas ocasiones y particularmente en materia de patentes, sumamente complejo y sin conocimientos técnicos no puede construir, sobre todo, la premisa menor del razonamiento judicial<sup>11</sup>.

En este trabajo de 1908 Isay presenta el razonamiento judicial según el modelo clásico, pero advirtiendo que la decisión judicial no sería, en terminología lógica, tanto un juicio (*Urteil*) cuanto una conclusión (*Schluss*). Una conclusión que se obtiene a partir de una premisa mayor, que es la norma jurídica aplicable (*an zuwendende Rechtsnorm*), una premisa menor, que es el “juicio” que se produce al relacionar la cuestión controvertida, con la premisa mayor y la conclusión que tiene como resultado la aplicación de la norma jurídica a la cuestión controvertida (1908: 6). La norma jurídica, sigue diciendo en 1908, es la regla que enlaza de forma vinculante la consecuencia jurídica con un supuesto de hecho determinado. Su fórmula lógica general es: “si es A, es B”. Al juez le presentan el caso controvertido X con la afirmación de que X es igual a A y la petición de que, por tanto, el juez pronuncie la consecuencia jurídica B (1908: 7). El juez deberá por tanto decidir si X es igual a A o si X no es igual a A y en esa decisión, más incluso que en la superación de las

<sup>10</sup> Según relata Isay, la cuestión había sido debatida en sucesivos congresos organizados por la Asociación alemana para la protección de la propiedad industrial, y la conclusión había sido siempre la necesidad de incluir a dichos técnicos en los tribunales que debían resolver los casos de patentes. Ni el Ministerio de Justicia, ni los propios jueces, estaban de acuerdo con dicha incorporación, fundamentalmente porque supondría una quiebra en la organización de la jurisdicción, abriría la puerta a que desde otros sectores se efectuasen demandas similares y porque se entiende que, para suplir su falta de conocimientos técnicos, el juez puede recurrir por ejemplo a peritos (Isay, 1908: 1-5).

<sup>11</sup> Años después, en 1929, en la que seguramente es desde el punto de vista de la metodología jurídica teórica su obra más elaborada, Isay mantendrá que hay casos en los que la decisión se extrae realmente de la norma y que son fundamentalmente esos casos en los que la regulación adecuada presupone un conocimiento muy detallado del ámbito económico afectado, conocimiento que el juez no acostumbra a poseer, por lo que no cabe otra opción que obtener la decisión de la norma que se ha dado para ello. Pero para Isay “esta forma de búsqueda de la decisión” debe ser decididamente reprobada, por lo que seguiría teniendo pleno sentido la apuesta por los tribunales mixtos que estamos comentando, precisamente para evitar ese “cotejo puramente mecánico” que, para Isay, ni siquiera proporcionaría como algunos suponen una mayor seguridad, entendida como previsibilidad del resultado (Isay, 1970: 66). Según Isay, el procedimiento más frecuente, de todos modos, sería otro: quien juzga, primero decide y después busca la norma. Y como muestra cuenta el caso que también Heck recoge en el texto traducido (vid. nota 77): un estudiante, durante el recreo, arroja una piedra a un compañero y éste pierde un ojo. El padre del estudiante lesionado demanda al padre del causante de la lesión y el tribunal, reunido para deliberar, decide que no hay responsabilidad del padre porque en ese momento no tenía deber de vigilancia respecto al hijo, que se encontraba en el centro educativo. Antes de abandonar la sala de deliberaciones y publicar la decisión, el presidente del Tribunal pregunta quién es el padre y se entera entonces de lo que recoge también Heck: que se casó tarde y tuvo a su hijo ya mayor. Al juez le parece que cuando un hombre tan mayor trae a un niño al mundo, debe pagar las consecuencias. Así que insta al tribunal a volver a deliberar y el padre es condenado. Isay vivió este episodio en primera persona, cuando hacía prácticas en dicho tribunal. Y después, afirma, no ha dejado de constatar (como otros importantes juristas que menciona) que es la forma habitual de proceder: primero se decide y después se “viste” la decisión. (Isay, 1970: 61).

dificultades que conlleva el establecimiento de la norma jurídica<sup>12</sup>, radica la principal diferencia entre la concepción de la actividad judicial según Isay y según Heck, como se ve en la polémica que traducimos.

Veinte años después de la publicación de ese trabajo, en 1929, Isay sigue manteniendo que las normas jurídicas no necesariamente coinciden con el derecho legislado, con las leyes (*Rechtsgesetze*): las leyes sólo puede hacerlas el legislador, pero las normas jurídicas las formula tanto el legislador, como el juez, como la ciencia jurídica. Y afirma que su peculiaridad radica en que las normas jurídicas, como tales, no proporcionan por sí mismas una regulación del caso singular, sino que generalmente precisan para ello de una decisión. Una decisión que es siempre producto de un acto de pensamiento valorativo, y en ese sentido irracional, que se fundamenta después de su adopción. De ahí que para Isay el derecho se presente no como un conjunto de normas sino como un conjunto de decisiones (Isay, 1970). En este trabajo de 1929 su postura respecto a la racionalidad de la construcción de la premisa menor del razonamiento judicial es quizá más escéptica que en el texto de 1908. Quizá porque en 1908 le interesaba únicamente acentuar las dificultades técnicas a las que se veía sometido un juez que tenía que decidir, en un ámbito en constante evolución y construcción como es el de las patentes, si el complejo caso que se le presentaba “encajaba” dentro del supuesto de hecho de una norma que le invitaba a construir un supuesto de hecho específico para cada caso. Si el juez hubiese sabido seleccionar los elementos esenciales, o incluso si hubiese sabido qué preguntas plantear a los peritos que podía llamar en su auxilio, no habría necesitado acudir a esos peritos (1908: 20)<sup>13</sup>. Mientras que para Isay la actividad mediante la que el juez selecciona, de toda la variedad de elementos y circunstancias que tiene el caso que se le presenta, los elementos esenciales susceptibles de ser eventualmente subsumidos en el supuesto de hecho de la norma, es una actividad valorativa y por tanto irracional, para Heck el juez está obligado a seleccionar como esenciales los elementos que el legislador ha incluido en el supuesto de hecho de la norma y aunque en ocasiones puedan plantearse dificultades, esas dificultades no permiten tachar dicha actividad de absolutamente valorativa e irracional.

Respecto a la teoría de la decisión judicial de Heck, resumo a continuación las características esenciales del método de la Jurisprudencia de intereses para pasar ver después cómo funciona dicho método en un caso propuesto por Heck<sup>14</sup>.

La Jurisprudencia de intereses es un método diseñado para la ciencia práctica del derecho, para que ciencia práctica del derecho consiga su objetivo de hacer efectiva en la vida diaria la ordenación de intereses pretendida por el legislador cuando crea la norma. Simplificándolo en exceso: quien crea el derecho pretende que

<sup>12</sup> Respecto a la premisa mayor, pueden producirse distintas dificultades. Puede suceder y sucede con frecuencia, dice Isay, que no haya en la ley una norma previa, es decir, que falte la regla para el supuesto A. En estos casos el juez debe descubrir (*herausfinden*) recurriendo a la analogía, a la creación del derecho a partir de principios generales y de ponderaciones, la consecuencia jurídica para A, es decir, la norma para A. Esta actividad del juez, dice Isay, es la más elevada y la más bonita, ya que aquí el juez crea derecho en el auténtico sentido de la palabra (1908: 7). También puede suceder que la norma exista pero que deje la consecuencia jurídica dentro de determinados límites a la discreción judicial. Como en el caso anterior, el juez deberá decidir libremente lo que mejor se adegue a los intereses que entran en consideración. Puede suceder que la consecuencia jurídica sea clara pero no lo sea el supuesto de hecho de la norma, es decir, no estén claros los elementos de la norma a los que se vincula la consecuencia jurídica. Aquí el juez debe valerse de todos los medios de ayuda que estén a su disposición para intentar averiguar el supuesto de hecho de la norma (1908: 8).

<sup>13</sup> Por eso él se ponía de parte de la industria y de las asociaciones profesionales y reclamaba tribunales mixtos donde estuviesen integrados los técnicos expertos en esas materias sobre las que, de otro modo, le parecía imposible que pudiese decidir con dominio de la cuestión un juez (1908: 28-29).

<sup>14</sup> Este resumen se encuentra, más extenso, en García Salgado (2011: 7-13)

ese derecho se realice, y la Jurisprudencia de intereses se propone como el mejor método para que el derecho, cualquier derecho, se haga realidad.

Toda norma resuelve un conflicto de intereses –religiosos, culturales, económicos, sociales, personales, etc.–, y ese conflicto de intereses es lo que debe tener presente el juez que recurre a la norma potencialmente aplicable para resolver el caso. ¿Cómo se pasa de los intereses a las normas y de ahí a la decisión judicial? Mediante un correcto método de interpretación, el de la Jurisprudencia de intereses. Heck concluye que para una correcta aplicación de las normas no basta con preguntarse cuál es el fin de la ley, sino que es imprescindible tener presente el conflicto de intereses que quiso resolver el legislador. Para Heck, toda regulación normativa es el resultado de una decisión, de una elección en la que se protege un interés contra otro, u otros, que pesan menos o son incompatibles con el preferido. De ahí que para Heck la ley sea una resultante, una diagonal de fuerzas contrarias. Cuando el juez aplica la norma debe verla en ese contexto de tensión, teniendo en cuenta no sólo el interés que ampara esa norma, sino también cuáles eran los intereses que no merecieron ese amparo<sup>15</sup>. El juez compara entonces el conflicto que debe resolver con el conflicto ya resuelto por el legislador. Por esta vía, los intereses despreciados por el legislador adquieren un valor hermenéutico primordial: el conflicto resuelto por la norma se revive en cada caso de nueva aplicación.

De la regulación legal, el juez obtiene información vinculante para la decisión judicial. Esta fase de obtención de la información supone, según Heck, el desarrollo de una actividad cognoscitiva y, en ese sentido, objetiva. El juez tiene que conocer la voluntad normativa del legislador, y para ello puede valerse de los medios de interpretación habituales. En esta tarea son especialmente útiles los materiales que se desprenden del proceso de elaboración de las normas, ya que permiten recrear el conflicto de intereses real que dio lugar a la norma. Es lo que Heck denomina “investigación histórica de los intereses”, que es la primera parte de la operación que debe realizar el juez para obtener el derecho para resolver el caso. La segunda parte, de “ulterior desarrollo judicial”, ya no es una operación cognoscitiva sino que, en terminología de Heck, se inserta en el llamado pensamiento emocional. En esta segunda fase se procesa la información recogida en la primera, se ponderan los intereses, se resuelven las eventuales lagunas y se conforma el silogismo que permitirá al juez tomar la decisión jurídicamente correcta. En terminología moderna, es una fase de argumentación y es, desde luego, una fase creativa, en la que el juez realiza una actividad que en modo alguno puede considerarse automática o absolutamente predeterminada por la ley. Pero que la actividad judicial no pueda estar causalmente predeterminada no significa que no haya formas de controlar su racionalidad y su sometimiento al derecho.

En el caso de la sobrina no legataria (Heck, 1933: 21-15; 1948: 538-534) se muestra bien cómo funcionan en la práctica estas tesis interpretativas de Heck<sup>16</sup>. Un pensionista deja a sus sobrinas un legado de igual cantidad en su testamento, pero olvida a una. En lugar de rehacer el testamento, deposita en un banco una suma igual a los legados de las demás, acordando que mientras viva sólo él podrá disponer de ese dinero, que a su muerte deberá pasar a esa sobrina. Cuando el pensionista muere se descubre que la herencia tiene más deudas que activo y se plantea la cuestión de quién tiene derecho a reclamar esa cantidad depositada en el banco, si los acreedores o la sobrina. Ninguna norma es directamente aplicable al caso, por lo que, según el

<sup>15</sup> Una idea similar se encuentra en el texto de Wachinger que Heck incluye en su respuesta a Isay. Vid. nota 74.

<sup>16</sup> Son también muy interesantes los casos del suministro de cadáveres al instituto anatómico (Heck, 1914a) y de la revalorización de hipotecas (Heck, 1924), que comento con detalle en García Salgado (2011: 163-180 y 189-195).

método de la Jurisprudencia de intereses, lo primero que debe hacer el juez es individuar el conflicto de intereses que debe resolver, e investigar si alguna otra norma del ordenamiento jurídico resuelve un conflicto idéntico o muy similar. Según Heck, el conflicto que tiene que resolver el juez es entre el interés que tiene la sobrina en hacerse con ese dinero y el interés de los acreedores de la herencia en cobrar sus deudas. Certo que el caso de la sobrina no legataria no es idéntico al de las sobrinas legatarias, porque respecto a estas el legislador ya ha resuelto legalmente prefiriendo a los acreedores, pero aunque el caso no sea el mismo, el conflicto de intereses, para Heck, sí lo es: ninguna de las sobrinas tenía ningún derecho antes de la muerte del causante, mientras que los acreedores sí lo tenían ya. El testador no habría podido colocar a sus herederos testamentarios delante de sus acreedores, por tanto no hay ninguna razón para pensar que sí podía hacerlo mediante el subterfugio de no incluirlos en el testamento y dejarles el dinero en cuentas bancarias. El hecho de que el legislador prefiera expresamente a los acreedores frente a las sobrinas legatarias obliga, según la Jurisprudencia de intereses, a resolver conforme a este juicio de valor legal el supuesto de la sobrina no legataria. Un examen histórico de esta cuestión también avala esta respuesta. Sin embargo, sigue contando Heck, el Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) prefiere a la sobrina no legataria antes que a los acreedores y ello porque realiza un razonamiento propio de la Jurisprudencia de conceptos. El Tribunal considera decisiva la redacción del parágrafo 328 del BGB que establece que si se estipula por contrato una prestación a favor de un tercero, este adquiere “inmediatamente” el derecho a esa prestación. Ese “inmediatamente” aplicado literalmente y sin ulterior reflexión sirve al Tribunal para entender que la sobrina ha adquirido el derecho inmediatamente en virtud del contrato, y no de la herencia, y por tanto cobra esa cantidad antes que los acreedores<sup>17</sup>.

### 3. ¿Acierta Isay al decir que la ponderación de intereses no es un método?

Lo primero que reflejan los textos de *Isay* y *Heck* es que la ponderación, como técnica de aplicación judicial del derecho, ya era tendencia antes de que la pusiesen absolutamente de moda las obras de Dworkin y, sobre todo en nuestro ámbito jurídico, de Alexy. Y lo segundo es que, como señala Heck, ponderar es perfectamente compatible con subsumir<sup>18</sup>.

Según Isay, lo único que cabe aprender de Heck es que, para obtener normas, los intereses deben ser valorados y sus valores ponderados unos frente a otros. Pero: a) ni se sabe lo que son los intereses: o mejor dicho, el concepto de interés que maneja Heck es tan amplio que no es operativo; b) ni la conveniencia de tener en cuenta los intereses la ha inventado la JI; c) ni decir que deben ponderarse intereses constituye un método, ya que nada se dice respecto a la regla que debe utilizarse para ponderar esos intereses. Si a esto se añade que Heck ha manifestado en numerosas ocasiones que la suya no es una teoría material de los valores y que renuncia a formular una teoría de los valores, podemos aventurar, concluye Isay, que la JI ni tiene un método ni nunca lo tendrá. Isay no ha sido el único en criticar el método

<sup>17</sup> Es lo que Heck denomina “aprovechamiento de fórmulas” (1932: 97; 1948: 535; 1961, 50; 1974: 251), que realmente es una especie de abuso de las fórmulas. Explicado en profundidad, respecto a la Jurisprudencia de conceptos, en García Salgado (2011: 80-92). Sobre los riesgos que comporta utilizar directamente conceptos acuñados por la ciencia, o incluso por la jurisprudencia, para resolver casos en sede judicial, vid. también García Salgado (2017: 664 ss.).

<sup>18</sup> Como señala Hernández Marín (1989: 225), tampoco es la subsunción lo que marca la diferencia entre la jurisprudencia de intereses y la de conceptos: “la diferencia entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses no radica en que para la primera “la subsunción sea un proceso lógico”, mientras que para la segunda sea un proceso de otro tipo; para ambas doctrinas la subsunción, o mejor dicho, la decisión de un caso concreto, es un proceso lógico. La diferencia entre ambas escuelas radica únicamente en lo referente a la formación de la (cuasi)proposición jurídica general...”.

de la ponderación: en la *Teoría pura del derecho*, Kelsen se refiere a él como una fórmula que no soluciona el problema porque no da un patrón objetivo que permita cotejar los intereses contrapuestos y resolver los conflictos de intereses. Ese patrón, añade, no puede tampoco extraerse de la norma interpretada, o de la ley, o de la totalidad del orden jurídico porque la necesidad de una interpretación se debe precisamente a que la norma a aplicar, o el sistema de normas, permite diversas opciones y por tanto no contiene ninguna indicación precisa sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de más valor, dejando esas determinaciones al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial (Kelsen, 1993: 353).

Pero también ha tenido Heck defensores, como por ejemplo Engisch, que entiende que ya el hecho de vincular al juez a los intereses y valores “legales” y no a sus propias valoraciones es una regla para la valoración y ponderación de los intereses (Engisch, 1934: 70).

Lo cierto es que Heck sí proporciona indicaciones metodológicas respecto a cómo debe el juez afrontar la resolución de los casos y en ese sentido creo que es injusto negar a la Jurisprudencia de intereses su condición de método para la práctica judicial. Que, según Heck, el juez tenga que descomponer el caso que debe resolver en intereses en conflicto; que tenga que descomponer todas las normas potencialmente aplicables en los conflictos de intereses que cada una de ellas resuelve; que tenga que tener presente, en la operación anterior, no sólo cuál es el interés que resulta protegido por la norma sino también frente a qué intereses se le protegió (es decir, que el interés o los intereses vencidos mantengan su valor hermenéutico), que esa operación sea considerada cognoscitiva, porque el conflicto de intereses que está detrás de la norma es algo objetivo y por tanto susceptible de ser conocido mediante las herramientas adecuadas, etc. Todas estas indicaciones constituyen un método en el sentido de un procedimiento que instruye al juez respecto al modo en que debe abordar la resolución de los casos. El problema es que este conjunto de indicaciones constituyen sólo la primera fase de la actividad interpretativa (la investigación histórica de los intereses), a la que hay que añadir el ulterior desarrollo judicial por parte del juez. Esta fase de ulterior desarrollo judicial ya no tiene carácter cognoscitivo sino que pertenece al pensamiento emocional<sup>19</sup>. En ella, el juez “procesa” la información que ha obtenido mediante la investigación histórica de los intereses y la valora conforme a parámetros que aquí ya no están tan claros y, sobre todo, van experimentando cambios a medida que la teoría de Heck intenta adaptarse a las consignas nacionalsocialistas. Decir que la ponderación debe hacerse teniendo en cuenta valoraciones del legislador y/o de todo el entramado de normas y solo secundariamente acudiendo el juez a sus propios criterios de valoración parece, ciertamente, decir bien poco. Sin embargo, los esfuerzos teóricos de Heck por someter al juez al derecho legislado a través del método de interpretación y aplicación

<sup>19</sup> Heck (1914: 11). Y en Heck influyó, y mucho, la filosofía de H. Maier y su pensamiento emocional. Heck alude expresamente a la obra de Heinrich Maier, *Die Psychologie des emotionalen Denkens*: “he leído con atención esa obra nada más aparecer y la he trabajado profundamente. Es un trabajo digno de mención y fue para mí muy valioso poder confirmar mis pensamientos generales y verlos expresados en el libro de Maier a quien estoy muy agradecido. Pero los detalles y las particularidades que eran para mí nuevas y útiles para mi metodología, no las he encontrado ni entonces ni después. Lo mismo me sucedió cuando elaboré mi método histórico. En mi investigación sobre los problemas de traducción no pude utilizar ninguna “filosofía de la traducción”” (Heck, 1937: nota 39). Krawietz (1976: 508-510) no está de acuerdo con la pretendida independencia filosófica de Heck y extiende la influencia de la filosofía de Maier no sólo a los fundamentos de la Jurisprudencia de intereses y de valoraciones, sino también a detalles de su metodología como la inclusión de la lógica de la actividad judicial no en la lógica del conocimiento sino en la del pensamiento emocional, según el cual la medida de corrección no es la verdad sino el valor que el resultado pensado tiene para la vida o para los intereses, esto es, su adecuación a las exigencias de la vida; o en la concepción de la interpretación de la ley como un proceso de determinación del contenido histórico y de desarrollo posterior emocional -emotionaler Fortbildung.

de normas no son, ni mucho menos, tan obvios ni deben ser desdeñados. En una reciente publicación<sup>20</sup>, Rückert hace hincapié en la importancia que tiene para Heck la fidelidad a la ley y que el juez haga lo posible por plasmar en su decisión el interés que el legislador quiso amparar en la norma, interés que debe ser empíricamente investigado (Rückert, 2017: 967). En esa fidelidad a la ley marcaría también, según Rückert, la diferencia respecto a la Jurisprudencia de valoraciones, que tiende a considerarse el hijo legítimo de la Jurisprudencia de intereses y que, para este autor, sería más bien un hijo ilegítimo, ya que la mayoría de los juristas de las valoraciones no toman esas valoraciones de forma tan consciente y estricta de la ley, como lo hace la Jurisprudencia de intereses de Heck, y eso es una diferencia fundamental entre ambas corrientes (2017: 971).

Como acertadamente ha resaltado Rückert, Heck construye su teoría en un tiempo (la Alemania de 1871 a 1914) donde acaecen importantísimos cambios constitucionales. El juez heckiano (que “obedece pero piensa”, que es independiente pero que es un “ayudante” del legislador) se construye en un momento histórico de diversas y variadas divisiones de poderes: división entre el poder religioso, moral, político y jurídico y también entre el poder de crear derecho y el de aplicarlo. Con ello también se reorganizan las competencias de los cuatro modernos agentes jurídicos: legislador, justicia, juristas profesionales y sociedad (2017: 966). La teoría de Heck nace en un Estado constitucional que considera suprema la voluntad del legislador plasmada en la ley, mejor dicho, en los intereses (en conflicto) que cada norma ha decidido proteger. De la ponderación de intereses se ha ido pasando, en épocas posteriores, a la ponderación de valoraciones, a la ponderación de bienes, hasta llegar a la actual “Jurisprudencia constitucional de ponderaciones”, en expresión de Rückert (2017: 971). Esta “Jurisprudencia de ponderaciones” que en un primer momento se remitió a la ponderación de intereses, se va alejando de ella rápidamente a medida que se aparta de las ponderaciones legislativas y de las normas jurídicas y va desembocando en una ponderación principalmente libre de bienes. Ponderación, principio de proporcionalidad, optimización de principios, van “aflojando” la vinculación normativa y llevando a una “Jurisprudencia de juristas” (Rückert, 2017: 971). No estaría de más recuperar el empeño de la Jurisprudencia de intereses en la investigación intensiva y empírica de los intereses a ponderar, ya que reduciría las materias de discusión y aumentaría la aceptación de las decisiones, algo muy importante desde el punto de vista de la cultura jurídica (Rückert, 2017: 974).

Mientras traducía los textos de Heck e Isay que aquí se presentan me venían a la mente aspectos de las discusiones entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado relativas precisamente a la ponderación como método (en este caso de interpretación constitucional). En la que creo que es la última obra que han publicado conjuntamente (2018), García Amado vuelve a criticar duramente la ponderación como método y advierte de la enorme diferencia entre “justificar mediante argumentos la interpretación de una norma”, en cuyo caso “el eje de la argumentación ha de

<sup>20</sup> Que daría la razón a Schoppmeyer, para quien Heck es prácticamente el único autor de la disputa metodológica que sigue mencionándose en los escritos dogmáticos y que ha conseguido que muchas de sus afirmaciones metodológicas hayan pasado a ser lugares comunes: el término 'interés' se ha convertido en un lugar común del lenguaje jurídico; la interpretación teleológica es actualmente dominante; además es evidente que la ley es lagunosa y que la competencia del juez para valorar no es sólo inevitable sino también conveniente. Todo esto lo mantenía la Jurisprudencia de intereses y lo mantenían también, en mayor o menor medida, otros movimientos coetáneos (Schoppmeyer, 2001: 250). Pero sólo Heck y su Jurisprudencia de intereses parecen haber sobrevivido. También Rückert (2017: 965) relata que cuando la Asociación de civilistas se ocupó, en el año 2013, de los métodos del derecho privado, se puso de manifiesto la enorme importancia que había tenido y seguía teniendo la Jurisprudencia de intereses, a la que había que atribuir la mayor y más visible influencia en la metodología de la ciencia del derecho privado, influencia que llegaba hasta la actualidad, en forma de Jurisprudencia de valoraciones.

ponerse en consideraciones generales sobre cómo queda configurada, después de tal o cuál interpretación, esa norma que se interpreta” y que el “énfasis argumentativo” se coloque en las circunstancias de “este caso”, porque entonces la regla se construye enteramente para hacer justicia a ese caso, prescindiendo de los demás”. En el primer supuesto, “y por mucho que el ir y venir de la mirada entre la norma y los hechos del caso, del que hablaba Engisch en expresión célebre, el acento no se pone en las circunstancias del caso, sino en la conformación genérica de la norma”. En el segundo supuesto, “bastará una alteración de una de esas circunstancias para que se tenga que construir una regla nueva para el caso nuevo”. Es decir, deja de haber normas con un contenido capaz de prever la solución de casos futuros (García Amado, 2018: 54-55). Frente a García Amado, Atienza defiende sin embargo la ponderación como técnica argumentativa y cree que es posible someter la ponderación a los criterios de racionalidad jurídica: “criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) que permiten ver el Derecho –los Derechos del Estado constitucional– como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas” (2018: 40-41).

Para terminar, quizá pueda invocarse a favor de Heck y su recurso al método de la ponderación su longevidad: la ponderación domina hoy el panorama jurídico y parece que aún le queda mucha vida por delante.

## Bibliografía

- ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J.A. (2018), *Un debate sobre la ponderación*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Bolivia.
- ELLSCHEID, G. y HASSEMER, W. (1974), *Interessenjurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F. (2011), *Jueces bajo el franquismo*, Comares, Granada.
- GARCÍA SALGADO, M.J. (2011), *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Comares, Granada.
- GARCÍA SALGADO, M.J. (2014), “La Jurisprudencia de intereses antes y después del nacionalsocialismo”. En: BLÁZQUEZ, J., *Nazismo, Derecho, Estado*, Madrid, Dykinson, pp. 211-234.
- GARCÍA SALGADO, M.J. (2017), “Conceptos e intereses en la aplicación judicial del Derecho”. En: USCANGA BARRADAS, A. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A, *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*, Oviedo, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, pp. 659-667.
- HECK, P. (1914), “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 112, pp. 1-318.
- HECK, P. (1914a), “Ist die Württembergische Ministerialverfügung vom 4. Juni 1862, insoweit sie die Ableiferung von Armenleichen an die anatomische Anstalt in Tübingen verfügt, durch Art.1 Abs.1 des Württembergischen Gesetzes vom 17.April 1893 zur Ausführung des Reichsgesetzes betreffend den Unterstützungswohnsitz aufgehoben?”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 112, pp. 319-365.
- HECK, P. (1924), “Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 122, pp. 203-226.
- HECK, P. (1932), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.
- HECK, P. (1933), “Interessenjurisprudenz”, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, núm. 97, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

- HECK, P. (1936), "Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner", *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 142, pp. 129-202 y 297-332.
- HECK, P. (1936a), "Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre", *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, núm. 118, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübinga.
- HECK, P. (1937), "Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz" *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 143, pp. 129-196.
- HECK, P. (1941), "Der allgemeine Teil des Privatrechts", *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 146, pp. 1-27.
- HECK, P. (1948), "Jurisprudencia de intereses", trad. Manuel González Enríquez, *Anales de la Academia matritense del Notariado*, núm. IV, pp. 513-550.
- HECK, P. (1961), *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Enteza. Ariel, Barcelona.
- HECK, P. (1974), "Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay. Eine Erwiederung". En: ELLSCHEID, G. y HASSEMER, W., *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 235-253. [Publicación original: (1933) *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 137, pp. 47-65].
- ENGISCH, K. (1934), "Interessenjurisprudenz und Strafrecht", *Monatliche Schriften für Kriminelle Psychologie*, núm. 25, pp. 65-87.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1989), *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Tecnos, Madrid.
- ISAY, H. (1908), *Die Gerichtsbarkeit in Patentprozessen*, editorial Franz Vahlen, Berlín.
- ISAY, H. (1970), *Rechtsnorm und Entscheidung*, Aalen, Berlín. Reimpresión de edición de 1929, editorial Franz Vahlen, Berlín.
- ISAY, H. (1974), "Die Methode der Interessenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung". En: ELLSCHEID, G. y HASSEMER, W., *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 222-235. [Publicación original: (1933), *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 137, pp. 33-46].
- KELSEN, H. (1929), "Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, núm. 58, pp 1723-1726.
- KELSEN, H. (1993), *Teoría pura del derecho*, 7<sup>a</sup> edición de la 2<sup>a</sup> edición alemana de 1960, trad. Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México.
- KRAWIETZ, W. (1976), "Interessenjurisprudenz". En: RITTER, J. y GRÜNDER, K. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel/Stuttgart, Schwabe & Co., pp. 494-514.
- RÜCKERT, J. (2017), "Interessenjurisprudenz, Verfassungswandel, Methodenwandel, Juristenjurisprudenz?", *Juristen Zeitung*, pp. 965-974.
- SCHOPPMAYER, H. (2001): *Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2001.

# EL MÉTODO DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA (HERMANN ISAY)<sup>21</sup>

## I

El método de la Jurisprudencia de intereses (en adelante JI) se ha convertido últimamente en centro de interés de la discusión científica. *Schönfeld*, que comenzó siendo su defensor, se ha apartado de él considerablemente en su contribución al libro homenaje al Tribunal Supremo del *Reich*<sup>22</sup>; *Oertmann* ha mostrado detallada e insistentemente, en su polémico escrito contra ella<sup>23</sup>, sus peligros para la Ciencia del derecho. Mientras, por la otra parte, *Stoll*<sup>24</sup> y *Ulmer*<sup>25</sup>, y particularmente el más famoso representante de la JI, *Heck*<sup>26</sup>, la han defendido frente a los ataques formulados.

En todos estos escritos se habla del método de la JI, sin que en modo alguno se discuta en qué consiste ese método. Tanto por su enemigo *Oertmann* como por sus defensores, se presupone tácitamente que existe tal método, y también tácitamente se entiende que la esencia de ese método merece verdaderamente el nombre de “método”.

Para quienes no asumen sin más esos presupuestos, sino que sienten la necesidad de comprobarlos por sí mismos, el examen proporciona la asombrosa constatación de que *el método de la JI no existe en absoluto* y, por tanto, toda la disputa, en la medida en que es una *disputa por el método*, carece por completo de objeto.

En lo que sigue se proporcionarán las pruebas al respecto.

## II

La JI aparece por primera vez con personalidad científico-literaria definida en el trabajo de *Heck* “Das Problem der Rechtsgewinnung” (Tubinga, 1912). Desde entonces Heck ha mantenido esa teoría en diferentes obras, siendo la última el escrito de defensa frente a *Oertmann* mencionado en la nota 23. Puesto que en él Heck ha compendiado la esencia y el significado de la JI una vez más con todo detalle y en todos los sentidos, en lo que sigue este será el escrito que se tomará como base cuando se trate de discutir la teoría representada por Heck.

¿Cuál es, entonces, la esencia de la JI? Dice Heck en la página 28: “la JI, tal y como ha sido representada hasta la fecha en Alemania, es una pura metodología”. Y de forma análoga, el comentario de *Ulmer* mencionado en la nota 25, comienza diciendo que la JI de Tubinga está en el centro de las investigaciones de derecho

<sup>21</sup> Este trabajo fue publicado originalmente con el título *Die Methode der Interessenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung en Archiv für die civilistische Praxis* (137, N.F. 17 [1933]: 36-47) y posteriormente fue incluido en Ellscheid y Hassemer (1974: 222-234), que es a partir de donde se ha hecho la traducción.

<sup>22</sup> W. Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des Reichsgericht* (Libro Homenaje de las Facultades de Derecho por los 50 años de existencia del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*), Segundo tomo, 1929, pp. 191 ss.

<sup>23</sup> P. Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig, 1931.

<sup>24</sup> H. Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, en *Festgabe für Heck, Rümelin und A.B.Schmidt*, 1931, 60 ss.

<sup>25</sup> E. Ulmer, Besprechung der Oertmannschen Schrift en *Archiv f. civ. Pr. N. F.* 15 (1932), pp. 280 ss.

<sup>26</sup> Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tubinga, 1932.

privado sobre cuestiones “de método”.

La JI es, por tanto, una *metodología*. ¿Y qué método enseña? El polémico escrito de *Oermann* sitúa al inicio de su exposición la contraposición entre *Jurisprudencia de conceptos* (JC) y JI y esta contraposición constituye además el objeto de toda su discusión. Lo mismo cabe decir de la exposición de *Schönfeld* en el libro homenaje al tribunal supremo del *Reich*. Consecuentemente, esta contraposición también se mantiene en primer plano en las reflexiones de Heck sobre “*Jurisprudencia de conceptos y Jurisprudencia de intereses*”, así como en las exposiciones de *Stoll* y *Ulmer*.

Pero esa contraposición, por sí sola, no ofrece ninguna claridad respecto de lo que es realmente el método de la JI. Ciertamente, la oposición a la JC puede decir *en negativo* lo que el método de la JI *no quiere y no es*. Pero de ello, de decir que la JI, a diferencia de la JC, rechaza la obtención de nuevas normas jurídicas a partir de conceptos jurídicos (conceptos ordenadores), aún no se dice nada *positivo* respecto a cuál es el método de la JI.

Lo mismo cabe decir respecto a la segunda contraposición que Heck y Stoll tratan, la contraposición de la JI frente a la teoría del derecho libre. Frente a ella, según Heck (p. 10), la “diferencia esencial” de la JI radica en el principio de “interpretación histórica de la ley”, que aquí constituye el “bastión” de la JI. *Stoll* (p. 71) añade una segunda diferencia: la JI rechaza toda búsqueda del derecho basada únicamente en sentimientos, también en el espacio exento de ley.

Que esas diferencias sean realmente características distintivas, parece cuando menos dudoso. Respecto a la primera diferencia, el propio *Stoll* (p. 71) admite que la interpretación histórica no se deduce necesariamente de la esencia de la JI. A eso se añade que la teoría del derecho libre afecta solamente a la búsqueda del derecho por el juez, pero no por el legislador, mientras que la JI trata de la obtención de normas por el legislador.

No obstante, aun admitiendo esa delimitación frente a la teoría del Derecho Libre, tendríamos que decir lo mismo que respecto a la contraposición frente a la JC: esa constatación *negativa* nada dice aún respecto a en qué consiste *positivamente* el método de la JI.

### III

Sobre los objetivos de la JI, los escritos de sus representantes y sobre todo el escrito de Heck, dan suficiente información.

1. La JI quiere facilitar al *legislador* la obtención de *normas jurídicas* (Heck, pp. 74 ss.)<sup>27</sup>.
2. La JI quiere además, y Heck lo califica como su fin principal (p. 18), ayudar a encontrar la *decisión judicial del caso*. Aquí aparece en todo caso una imprecisión, en tanto que no se dice claramente si el juez debe obtener su decisión para el caso directamente según la teoría de la JI (así parece en la p. 107), o si la JI sólo ayuda al juez a obtener la norma jurídica cuando falta una norma legal de la que él pueda deducir su decisión (así en p. 18).

---

<sup>27</sup> Heck menciona también aquí la decisión de casos del lego y el derecho consuetudinario, pero no entra en detalles sobre ellos. Por eso yo los dejo de lado, aunque sobre ello se podría decir algo que iría en contra de la JI.

3. La JI también debe finalmente capacitar a la *Ciencia del derecho* para obtener normas jurídicas allí donde la ley les ha dejado en la estacada (*Heck*, p. 129).

4. No son totalmente claras las declaraciones de *Heck* sobre la cuestión de si la JI también debe obtener *decisiones directamente*. Esa falta de claridad ya la hemos indicado respecto a la decisión judicial del caso. La misma falta de claridad existe respecto al trabajo de la Ciencia del derecho (p. 129).

Esto está relacionado con el hecho de que sobre la relación entre norma jurídica y decisión no se ha logrado ninguna idea clara. Esta cuestión volverá abordarse en particular más adelante.

En este momento, para los fines de ese apartado, basta sintetizar que el *fin* de la JI es *la obtención de normas jurídicas*. Pero para conocer el *método* de la JI no es suficiente conocer sus *fines*. Un método no se caracteriza, o no únicamente, por su fin. El *mismo* fin lo ha perseguido también la JC. Más bien requiere la indicación del *camino*.

Un *método* es un procedimiento sistemático del pensamiento o de la acción. Un método de jurisprudencia es, puesto que esta última tiene que ver con contenidos del pensamiento, *un procedimiento para la obtención de contenidos de pensamiento* y ciertamente radica en el concepto de método el que se trate de un procedimiento *racional*. Así también Heck (p. 222): “la JI es un método de la Ciencia jurídica y con ello del pensamiento racional...”.

La pregunta es, por tanto, *en qué consiste el procedimiento racional de la JI, para obtener el contenido de una norma jurídica requerida*.

Sobre esto lo único que aprendemos de *Heck* y de los demás representantes de la JI es que los intereses que se toman en consideración deben ser valorados y sus valores ponderados unos frente a otros (*Heck*, p. 41 y passim; *Stoll*, p. 68), para obtener de esa valoración y ponderación el contenido de la norma.

*Sólo que esas indicaciones son absolutamente insuficientes.*

En primer lugar debido a la opacidad y con ello casi total falta de contenido del concepto “interés”.

*Heck* lo define (p. 37) como “el anhelo de bienes de la vida”. Pero tampoco con ello es más agudo. Todo cae dentro, tanto lo que afecta de algún modo a los hombres individualmente como a la comunidad humana: no sólo bienes materiales sino también intereses éticos, religiosos, morales, el interés en la justicia, la equidad, etc., los “más elevados intereses de la humanidad” (*Heck*, p. 37).

Con razón ha señalado *Oertmann* (p. 35) que de este modo el concepto de interés “desaparece en una dimensión universal y por ello inservible”.

La exigencia de que los “intereses” humanos, en ese amplio sentido, *deban ser considerados* al indagar el contenido de las normas jurídicas, no es por cierto precisamente un avance de la JI y mucho menos un *método* que la caracterice.

Ese conocimiento lo habían tenido *Ihering*, *Dernburg*, *Bähr*, *Bolze*, *Düringer*, etc., mucho antes de la *proclamación* de la JI y según él habían actuado.

*Müller-Erzbatch*<sup>28</sup> ha demostrado en su contribución al libro homenaje al Tribunal Supremo del *Reich*, que *desde que existe*, el Tribunal Supremo ha tomado en consideración la situación de intereses.

El mismo Heck (pp. 30 ss.) distingue dos niveles de evolución: la teoría “genética” de los intereses y la “productiva”. La primera, de la que considera representante a *Ihering*, ya ha reconocido que los intereses proporcionan el fundamento de las normas jurídicas. Pero sólo la JI “productiva” “ha extraído las conclusiones para la decisión judicial de casos y para la realización del trabajo científico”.

La inexactitud de esa consideración puede demostrarse sencillamente. *Düringer* pone en la cabecera de su trabajo de 1909, *Richter und Rechtsprechung*, una cita de *Bolze*: “La sentencia debe ser justa y razonable”. ¿No significa eso que debe valorar los intereses que entran en consideración? El propio *Düringer* habla aquí (p. 21) de la función de “ponderación de intereses” a través de los jueces.

Y lo mismo dice *Gmelin* en su escrito: *Quousque?* (1910, p. 65): “es misión del juez ordenar correctamente los bienes jurídicos que se llevan ante el tribunal y distribuir correctamente los bienes materiales”. ¿No significa eso una correcta ponderación de intereses?

Pero incluso si a la JI representada por Heck se le hubiese ocurrido por primera vez la idea de que para la obtención del contenido de las normas jurídicas, los intereses que entran en consideración deben ser valorados y ponderados unos frente a otros, *semejante idea está aún lejos de ser un “método” de obtención de un determinado contenido de una norma jurídica requerida*. Diciéndole al legislador o al juez, *que debe ponderar los intereses, ¡no se le está diciendo absolutamente nada sobre el contenido de la regla que debe producir la norma jurídica!*

Un *método* debería al menos dar alguna indicación al legislador, al juez, respecto al *punto de vista* según el que tiene que *valorar* y al *parámetro* según el que debe *ponderar* los así valorados intereses entre sí.

*Stoll* (p. 67) quiere extraer del primero de esos dos actos de pensamiento el nombre para el método de la JI y llamarla, en lugar de JI, “teoría de la valoración”. Pero no se puede hablar de una teoría de la valoración mientras sólo enseñe *que* se debe valorar, sino cuando también se enseñe *cómo* se debe valorar.

*Heck* acentúa la necesidad de una “investigación valorativa”, de una “teoría del valor”<sup>29</sup>, pero asigna “la difícil materia de la investigación valorativa” (p. 158), a la *Filosofía del derecho* como ciencia previa (p. 132). La JI no es una teoría material del valor (p. 28).

Pero así ya queda claro que *la JI no tiene actualmente ningún “método” de obtención del contenido de normas jurídicas* y que, si como ha declarado Heck, sigue renunciando a la investigación valorativa y –cabría añadir– al desarrollo de parámetros para la ponderación de valores, *tampoco tendrá nunca tal método*.

A ello se añade que *Heck* no es claro respecto al tipo de pensamiento que se

<sup>28</sup> *Reichsgericht und Interessenjurisprudenz*, en el *Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jähr. Bestehen des Reichsgericht* (Libro Homenaje de las Facultades de Derecho por los 50 años de existencia del Tribunal Supremo del *Reich* (*Reichsgericht*), Segundo tomo, 1929, pp. 161 ss.

<sup>29</sup> *Wertlehre* significa literalmente “teoría del valor” y así lo traduzco, pero en este contexto podría traducirse también por “axiología” (N. del T.).

dirige a la captación de valores. Él considera la JI un método del pensamiento *racional*. Pero los valores *no* se pueden captar mediante el *entendimiento*, sino únicamente con el *sentimiento*: el entendimiento no ve valores<sup>30</sup>.

Esto es tanto más cierto cuanto más alto en la jerarquía de valores se encuentre el valor en cuestión. Los valores éticos, los valores religiosos, el valor de la justicia son menos susceptibles de ser captados por el entendimiento que los valores económicos.

Si la JI quiere renunciar seriamente a la utilización del sentimiento, eso significa que también renuncia a la valoración e igualmente a la ponderación de valores. *Una teoría “racional” de la valoración no puede existir.*

#### IV

A lo anteriormente dicho hay que añadir que la JI, por lo demás como la Filosofía del derecho, no logrará construir una “teoría del valor” mientras se mantenga en su concepción del origen de las normas jurídicas y –dependiente de ello– de la relación entre norma jurídica y decisión. He tratado a fondo esta cuestión en mi obra *“Rechtsnorm und Entscheidung”* (1929). Heck se enfrenta con este trabajo en diferentes lugares<sup>31</sup>, pero no con su tesis fundamental sobre el origen de las normas jurídicas.

Yo he defendido la idea (pp. 26 y ss.) de que no es la decisión la que deriva de la norma jurídica sino al contrario, es la norma jurídica la que deriva de la decisión o de una sucesión de decisiones.

Esto vale ante todo para el *legislador*.

*Heck* discute (pp. 77 ss.) la *técnica* de la legislación, esto es, la formulación conceptual de normas legales. Pero no se encuentra en su obra ningún comentario respecto a cómo obtiene el legislador el contenido *material* de sus normas.

Una descripción plástica del procedimiento mediante el que se crean normas jurídicas por el legislador lo ofrece *Schlegelberger* en su breve escrito *“Zur Rationalisierung der Gesetzgebung”* (Berlín, 1928). Él describe (pp. 3 ss.) el proceso típico, aunque con un ejemplo inventado. Para los fines de esta discusión es relevante tanto que el propio Ministerio de Justicia invita a expertos a una reunión, como que el Consejo económico del *Reich* escucha a los profesionales de los sectores que se toman en consideración.

El material, que será presentado por los expertos a las autoridades en esas reuniones, consiste en la comunicación de casos individuales, es decir, de decisiones. A partir de esos casos individuales y de las decisiones que, o bien ya ha dado la jurisprudencia, o bien se demandan como deseables, se obtiene la norma jurídica para el grupo de casos singulares a regular.

De mismo modo procede también la Ciencia del derecho para la obtención de normas jurídicas. De las decisiones del tribunal así como de las decisiones que él

<sup>30</sup> Vid. *Rechtsnorm und Entscheidung*, pp. 56 y ss. Y las indicaciones bibliográficas ahí recogidas.

<sup>31</sup> Lo que podría decir al respecto, no procede en el marco de este artículo. Sólo quiero rebatir la interpretación de *Heck* (pp. 116-117) de que yo vería, en la búsqueda de la sentencia judicial, por influencia de la fenomenología filosófica, un tipo de “visión de la esencia”. Yo he enfatizado precisamente (*Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 46) que sólo he extraído de ella el método fenomenológico, pero rechazo su teoría de las esencias para el Derecho.

mismo da a los casos planteados, deduce el jurista la norma jurídica.

No necesito remitirme aquí a mis propios comentarios a la Ley sobre patentes y a la Ley general prusiana de minería, sino que puedo referirme a un escritor, al que precisamente los representantes de la JI admitirán como válido, al mismo *Ulmer*.

*Ulmer* investiga en su excelente tratado “*Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb*”<sup>32</sup> (Berlín, 1929, pp. 74 y ss.) la solución del conflicto entre propietario de la marca y el usuario de la marca no registrado. *Ulmer* analiza una serie de decisiones del Tribunal supremo del *Reich* y consigue así (p. 79) la norma jurídica que se deduce de esas decisiones.

Finalmente llegamos al juez. Allí donde él formula una nueva norma jurídica, llega a ella igualmente a partir de la decisión por él alcanzada para el caso presente, tanto si es sólo a partir de ésta, si deduce de ella la norma jurídica con la que ella debe ser fundamentada, como si se plantea una serie de casos similares al presente y decide y de la totalidad de esas decisiones por él alcanzadas deduce la norma.

Sobre la formación de nuevas normas jurídicas por el juez, nada se dice en el último escrito de *Heck*: él sólo se ocupa, muy brevemente, del supuesto de una laguna de las normas legales (pp. 109-110). Sin embargo, la cifra de nuevas normas construidas por la jurisprudencia es considerablemente mayor que las legisladas.

Por el contrario, *Stoll* (p. 74, nota 3 y p. 75) considera la formación de normas por el juez de la misma forma que lo hago yo: el juez toma la decisión para el caso concreto sobre la base del sentimiento jurídico y de la valoración de intereses “y expresa su valoración en una proposición normativa por él obtenida”.

Y es que no puede ser de otro modo. Sólo el caso concreto, en toda su plenitud vital y realismo, actúa sobre el sentimiento de valor del juez y permite a ese sentimiento valorar los intereses presentes en conflicto y ponderarlos unos frente a otros.

El abstracto supuesto de hecho de la norma no puede producir ese efecto en absoluto. Por ello es absolutamente imposible que el juez primero encuentre la nueva norma y después, a partir de ella, la decisión. Más bien es evidente precisamente lo contrario<sup>33</sup>.

## V

*Heck* ha señalado la decisión judicial de casos como objetivo principal de la JI (p. 18). Pero si se leen sus afirmaciones sobre la obtención de la decisión judicial, la ponderación de intereses desempeña un papel muy secundario.

Según *Heck* (p. 109), el *caso normal* es que el juez obtenga la decisión mediante *subsunción lógica* en los conceptos de la ley, es decir, mediante un silogismo lógico.

De la misma opinión es *Stoll* (p. 90), quien tanto por razones de continuidad como de *rapidez de la administración de justicia*, considera indispensable el proceso

<sup>32</sup> “Marca registrada y competencia desleal” (N. del T.)

<sup>33</sup> Hay que destacar que también los representantes de la Teoría del Derecho Libre, H. Kantorowicz y E. Fuchs, opinan que el juez primero debe construir la norma a partir de la observación de la vida y después debe obtener de ella la decisión. Vid., en contra, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 336, nota 3.

de subsunción lógico-formal, “el cálculo con conceptos”.

No es difícil mostrar que aquí estamos en presencia de un autoengaño. Para introducir el hecho del caso controvertido bajo el abstracto supuesto de hecho de la norma –y ¿de cuál de las varias normas? – debe constituirse un “supuesto de hecho” a partir del fluir vivo del hecho, es decir, del gran número de acontecimientos y condiciones imperantes deben seleccionarse como “esenciales” aquellas que se dejarán “subsumir” bajo el abstracto supuesto de hecho de la norma. Pero cuáles de ellas son “esenciales” es algo que la norma por sí misma no puede indicar, sino que sólo puede hacerlo la decisión del juez. Pero esa decisión ya es la propia decisión del caso (vid. *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 173).

Si el juez no encuentra una norma bajo la que podría subsumirse el hecho –por cierto, también la decisión de que no existe ninguna norma adecuada presupone la decisión material del propio caso–, entonces según Heck (p. 109) el juez debe integrar esa laguna mediante la ponderación de intereses “con sujeción a los juicios de valor del legislador e intervención subsidiaria de las propias valoraciones”.

Por el contrario, Stoll (p. 91) se pregunta –apelando a *Rümelin*– “cómo podrá el juez, ante la enormidad de casos que tiene ante sí, encontrar el tiempo para semejante investigación”. No deja de tener razón: la indagación de los juicios de valor del legislador en los casos en que falta una norma no es una tarea fácil de solucionar para el juez.

Junto a esos casos de obtención de la decisión a partir del entendimiento, también admite Heck (p. 111) casos de obtención intuitiva de la decisión. En su opinión lo que actúa aquí no es el “sentimiento jurídico” sino el “subconsciente” en el que se consuman “operaciones de pensamiento abreviadas”. En estos casos de intuición deben ocurrir por tanto las mismas subsunciones lógico-formales en las normas o en las ponderaciones de intereses, sólo que en el umbral de la conciencia.

Heck declara (p. 111, nota 5) no querer rechazar la comparación que yo efectúo con el instinto de los animales. Pero el instinto sería “subconsciente heredado”. Esa declaración me parece sencillamente insostenible. Puedo remitir a los ejemplos de acción del instinto que menciono en *Rechtsnorm und Entscheidung* (pp. 71 y ss). En todos estos casos se trata de operaciones para las que no existe en absoluto un parangón racional. El *entendimiento* nunca puede ofrecer lo que ofrece el instinto. Pero tampoco pueden hacerlo operaciones “abreviadas” del entendimiento –ni siquiera en el subconsciente–, ya que no es una actividad mental sino sólo un estado en que la actividad del entendimiento no se consuma en la ilustración mediante la conciencia.

Para la búsqueda intuitiva de la decisión no se puede hablar de una valoración y ponderación de intereses: ni tampoco de una ponderación racional de intereses en el sentido de la JI.

Por lo demás, aquí sólo cabe volver a incidir en que, incluso allí donde el juez, según la teoría de la JI, debe valorar y ponderar intereses, ésta no le proporciona ningún “método” para que pueda efectuar esa valoración y esa ponderación. Más bien queda totalmente abandonado a su propio sentimiento y a su propia experiencia vital.

## VI

No es casualidad que la JI no haya podido desarrollar hasta el momento, ni un “método” de valoración, ni un “método” de ponderación, aunque, por ejemplo Heck,

reconoce “el orden de valores completo y coherente” como “necesidad de la vida” y asigna a la ciencia la tarea de establecer una “jerarquía de valores” y de obtener “suficientes parámetros de valor”.

En primer lugar, ni siquiera la consecución de esos fines sería suficiente. Un orden de valores significa un orden de valores según su rango<sup>34</sup>, por ejemplo, el valor de lo santo, de la belleza, de la utilidad, etc. Pero así nada se gana aún respecto al *concreto portador de valor*<sup>35</sup>.

La diferencia entre un *valor* y un *portador de valor*<sup>36</sup> falta por completo hasta el momento en la JI, así como, por cierto, la diferencia entre un *valor* y un *bien*.

Cuando se trata de conflictos entre concretos intereses, en la mayor parte de los casos no procede una ponderación de valores según una jerarquía de valores, sino una ponderación de intereses, esto es, de *portadores de valor*.

Esto vale especialmente allí donde son *los mismos* valores los que se contraponen, por ejemplo, a los dos lados de valores económicos. Aquí no hay que ponderar los valores, sino los portadores de valor.

No está nada claro qué entiende Heck por “parámetros de valor”, que la JI tiene que obtener. ¿Deben ser parámetros para la medida de “los valores” o para la medida de intereses concretos, esto es, de “portadores de valor”?

Como se ve, la JI carece por ahora incluso de los fundamentos que le podrían ayudar a conseguir un auténtico “método” de valoración de intereses.

En segundo lugar, un “método” es un procedimiento *sistemático* para lograr unos fines; además debe ser *generalmente aceptado*. Si después de todo un proceso así para el *sentir valorativo* puede ser enseñado y puede ser voluntariamente aplicado por cualquiera, es algo que merece cuando menos una investigación.

El hecho de que hayan pasado veinte años desde la primera publicación de Heck en el año 1912, sin que la JI, a pesar de sus no pocos partidarios, haya logrado ir un paso más allá de un tratamiento puramente casuístico, es decir, que hasta el momento no haya logrado aún un “método” en el sentido de un procedimiento determinado, hace pensar que tampoco en los próximos veinte años logrará un “método” de valoración y ponderación de intereses.

Ya que la idea general de que las normas jurídicas deben ser obtenidas mediante valoración de intereses no es –por volver a repetirlo como conclusión– ningún “método” sino, como mucho, una *tarea*.

<sup>34</sup> Max Scheler, Formalismus in der Ethik, p. 84 ss. N. Hartmann, Ethik, pp. 245 y ss.

<sup>35</sup> Traduzco *Wertträger* como “portador del valor”, que es una forma habitual de traducir ese concepto de Scheler. “Portador de valor” en el sentido de “lo que detenta el valor”, “lo que tiene el valor”, “lo que soporta el valor”. (N. del T.)

<sup>36</sup> Vid. Scheler, Formalismus, pp. 9, 12 y *passim*.

# LA NEGACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES POR HERMANN ISAY. UNA RÉPLICA (PHILIPP HECK)<sup>37</sup>

## 1. Consideración general<sup>38</sup>

*Isay* comienza su crítica a la Jurisprudencia de intereses con un descubrimiento asombroso, francamente deslumbrante: el método de la Jurisprudencia de intereses, del que tanto se habla, no existe en absoluto. Sus representantes discuten; también prometen indicaciones para la obtención de normas, pero no las dan. Las indicaciones no existen.

Esa negación del método resulta especialmente asombrosa para aquel lector que sabe que la Jurisprudencia de intereses no sólo está firmemente representada en Derecho Civil sino que, con la denominación de “método teleológico”, también se considera prácticamente dominante en los demás ámbitos jurídicos<sup>39</sup>. Si *Isay* tiene razón estamos ante un enigma de la dogmática. ¿Cómo se puede explicar que tantos eminentes investigadores de diferentes ámbitos hayan creído poder representar, combatir, aplicar, un método que en absoluto existe, hasta que *Hermann Isay* ha

<sup>37</sup> Este trabajo fue publicado originalmente con el título *Die Leugnung der Interessenjurisprudenz. Eine Erwiderung* en *Archiv für die civilistische Praxis* (137, N.F. 17 [1933]: 47-65) y posteriormente fue incluido en Ellscheid y Hassemer (1974: 235-253), que es a partir de donde se ha hecho la traducción.

<sup>38</sup> Citaré mis escritos de forma abreviada: (1) *Rechtsgewinnung* = Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübinger Rektoratsrede, 1912, 2<sup>a</sup> edición 1932; (2) *Gesetzesauslegung* = Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1914.; (3) *Begriffsbildung* = Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932. Además, “*Rechtsnorm*” = *Hermann Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlín, 1929.

<sup>39</sup> La relación entre el método teleológico y la Jurisprudencia de intereses ha sido recientemente abordada de forma exhaustiva por *Bienenfeld*, en una valiosa investigación, “*Die Haftung ohne Verschulden*”, Zúrich, 1932. *Bienenfeld* llega a la conclusión de que la diferencia es sólo terminológica y finaliza con la esperanza de que yo apruebe esa opinión. Esa aprobación ya ha sido concedida en los puntos principales. Ya en mi *Rechtsgewinnung* se considera la Jurisprudencia de intereses como una subespecie de la Jurisprudencia teleológica y se coloca frente a la Teoría del Derecho Libre de tal modo que en una contraposición la Jurisprudencia de intereses parece equivalente a la corriente teleológica fiel a la ley (*Rechtsgewinnung*, pp. 20 ss.). Vid. *Schuldrecht* pág. 473, nota 1, *Begriffsbildung*, pp. 2 ss., 50. El acuerdo en los postulados fundamentales no excluye discrepancias respecto a la terminología y a cuestiones singulares. Dos son las notas distintivas de mi propia concepción y están relacionadas entre sí. Yo considero especialmente importante el interés como herramienta conceptual y el procesamiento del conflicto de intereses (Máxima de la clasificación de intereses o teoría del conflicto. Vid. p. ej. *Begriffsbildung*, p. 39, nota 3; p. 41; p. 147, nota 3). En conexión con ello, prefiero la denominación Jurisprudencia de intereses. La valoración del conflicto de intereses no es compartida por todos los representantes de la corriente teleológica. En este sentido puede distinguirse una Jurisprudencia de intereses en sentido estricto como una subespecie de la corriente teleológica (*Begriffsbildung*, p. 50). Pero también esta diferencia, que aún existe, es en mi opinión sólo cuestión de tiempo. Todos los partidarios de la corriente teleológica llegan, mediante el trabajo riguroso, al conflicto de intereses. *Hegler* había dudado en su primera *Kanzlerrede\** del alcance del concepto de conflicto (*Begriffsbildung*, 44), pero la segunda *Kanzlerrede* de *Hegler*, *Die Reform der Strafrechtspflege* (La reforma de la justicia penal), 1932/33, es fundamentalmente una investigación de conflictos. Por eso, en mi opinión, esa diferencia concierne únicamente al grado de autorreflexión sobre la idiosincrasia del procedimiento común.

\* *Kanzlerrede* puede traducirse por “discurso de canciller”. Históricamente, el canciller de la Universidad alemana era el representante de emperador o del Papa que había fundado esa Universidad, después pasó a ser un representante del Estado en esa Universidad, para llegar, en la actualidad, a desempeñar funciones de intervención, gerencia y secretaría. *Hegler*, por ejemplo, fue primero Rector de la Universidad de Tubinga y después Canciller (N. del T.).

venido para desenmascararlo como a un fantasma? Este enigma tiene obviamente un interés especial para mí. Yo llevo toda una larga vida creyendo trabajar según ese fantasma y la crítica de *Isay* se dirige precisamente contra mis manifestaciones, que son prácticamente las únicas que tiene en cuenta<sup>40</sup>. ¿Cómo puede explicarse la extensión y la duración de este error? La respuesta es tanto más urgente cuanto que *Isay* es un meritorio investigador, al que debemos valiosos trabajos, y que se ha ocupado precisamente de metodología.

Tan sorprendente como el enigma es su solución. Sorprende por su simplicidad: este nuevo descubrimiento es un error. El renegado método existe efectivamente y sólo *Isay* lo ignora.

La inexactitud del descubrimiento se pone de manifiesto inmediatamente, en cuanto observamos el contenido de la disputa por el método en sus fundamentos más elementares. La vieja corriente de la Jurisprudencia de conceptos ha sido desplazada por una nueva corriente que sitúa como eje central la conexión del derecho con las necesidades de la vida. Acostumbran a utilizarse diferentes denominaciones para referirse a ella: se habla de una corriente teleológica, de una Jurisprudencia realista, sociológica, de valores, y también de una Jurisprudencia de intereses. Esta corriente vuelve a bifurcarse: algunos de sus representantes dejan la obtención de normas exclusivamente en manos del juez y le liberan de la ley. Es la doctrina del Derecho Libre, actualmente representada sobre todo por *Isay*. Pero la gran mayoría de los representantes de la nueva corriente se ha aferrado a la vinculación a la ley, esto es, la teología fiel a la ley, etc. Esta corriente, como *Isay* ha reconocido, tiene que combatir en dos frentes: niega tanto la Jurisprudencia de intereses como la doctrina del derecho libre. Pero *Isay* se equivoca cuando mantiene que nuestra teoría se agota en esas dos negaciones y carece de indicaciones positivas. Eso no es cierto. La negación de la Jurisprudencia de conceptos tiene como contrapartida positiva la remisión a las necesidades de la vida; la negación de la Teoría del Derecho Libre, la reivindicación de aplicación de la ley. Estas indicaciones positivas se encuentran en todos los representantes de nuestra corriente, también en mí minuciosamente desarrolladas, como demostraré con más detalle<sup>41</sup>. De lo dicho ya se desprende que el descubrimiento de *Isay* no es acertado. El método positivo está ahí ¿por qué *Isay* lo pasa por alto? Cabría pensar en la propia teoría de *Isay*. *Isay* considera la aplicación de la ley no sólo inexacta sino también, como se expondrá con más detalle, debido a un error de observación, como absolutamente imposible<sup>42</sup>. Desde estos presupuestos, nuestras indicaciones deben parecerle absolutamente inoperantes. Pero con ello no da una razón para negar su existencia. *Isay* no quiere pronunciarse en la disputa porque considera que su “objeto” no existe. Pero cabe ofrecer otra explicación. *Isay* considera nuestra teoría tan incompleta porque su conocimiento de ella es igualmente incompleto. No ve las indicaciones que proporciona el método porque no ha visto los escritos que recogen y aplican esas indicaciones. Con todo respeto hacia la personalidad científica de *Isay*, no puedo ahorrarle el reproche de que, para este ataque, su preparación bibliográfica no ha sido en absoluto suficiente. *Isay* ha sido aparentemente víctima de un error de lectura. El extrae las bases para su crítica de mi último escrito sobre construcción de conceptos (*Begriffsbildung*), porque en su opinión he compendiado en él la esencia y significado de la Jurisprudencia de intereses con todo detalle “y en todos los sentidos” (apartado II). Esa opinión es un error: en la Introducción a ese escrito<sup>43</sup> he hecho constar expresamente que está pensado como “complemento de mi *Gesetzesauslegung*,

<sup>40</sup> Ese carácter personal de los ataques puede disculpar que en mi réplica me remita preferentemente a mis propios trabajos.

<sup>41</sup> Vid. final del apartado 4.

<sup>42</sup> Vid. la “Ilusión de la libre elección judicial del supuesto de hecho”, p. 59.

<sup>43</sup> *Begriffsbildung*, p. 2.

como una especie de segunda mitad". Por eso me he referido continuamente a los escritos anteriores. *Isay* ha ignorado esta limitación de contenido y ha considerado la mitad como un todo, por lo que es comprensible que eche de menos el contenido de la otra mitad. Como consecuencia me reprocha la carencia de análisis que he llevado a cabo detalladamente en mi *Gesetzesauslegung*<sup>44</sup>. También podría explicarse por su desconocimiento de la primera mitad, que *Isay* no haya entendido partes muy importantes de la segunda<sup>45</sup>. La insuficiente familiaridad de *Isay* con la metodología cuestionada es el verdadero fundamento de su crítica, contribuyendo a apoyarla ciertos elementos<sup>46</sup> de la propia teoría de *Isay*, que él mantiene<sup>47</sup>.

*Isay* divide su crítica en seis apartados: los apartados I y II abordan la denominación de "Método". En el apartado III se formula el reproche de incompletud, que en los apartados IV, V y VI se fundamenta con más detalle en relación al problema de la obtención de normas, de la subsunción lógica y de la intuición, así como respecto a la indagación valorativa.

Pasaré por alto la crítica a la denominación "Método" (I y II)<sup>48</sup>, para tratar por orden las objeciones de fondo por orden.

## 2. El reproche de falta de independencia

Del apartado III se pueden extraer cuatro objeciones particulares: 1. *Isay* echa de menos claridad respecto a si mi método es un método general o sólo para la integración de lagunas: mis indicaciones al respecto serían contradictorias. 2. *Isay* cree que, con la ponderación de intereses, me limito a plantear una tarea para cuya realización, sin embargo, no indico ninguna vía. 3. La propia tarea es ya algo conocido desde hace mucho. 4. Su solución fracasa por la falta de una teoría de los valores racionales.

La primera objeción se basa en un error de lectura y se soluciona con esta constatación<sup>49</sup>. Sobre el argumento de los valores volveré en el epígrafe 5.

La segunda objeción recoge el núcleo de la discrepancia y también se basa en un malentendido. No es cierto que nosotros planteemos la ponderación de intereses sólo como tarea. Es cierto que es una tarea, tanto para el juez como para el legislador. Pero también es un proceso histórico, por el que se originan los mandatos jurídicos válidos. Las ponderaciones ya realizadas y los juicios de valor que ponen de manifiesto, deben investigarse y conocerse. Esta es una exigencia principal de nuestra teoría. Y nosotros exigimos al juez esa investigación, precisamente con el fin

<sup>44</sup> Vid. infra nota 49, nota 53, nota 64 y 65 y final del apartado 5.

<sup>45</sup> Vid. apartados 4 y 5.

<sup>46</sup> Vid. infra apartado 4.

<sup>47</sup> Sobre la propia teoría de *Isay* vid. las consideraciones finales recogidas en el apartado 6.

<sup>48</sup> En mi opinión *Isay* comprende el método en un sentido literal demasiado estricto. Según el uso lingüístico en Teoría de la ciencia, toda reflexión autónoma sobre principios del procedimiento, que tiene un contenido particular que no se ha convertido aún en lugar común, cabe designarla como método. A la vista de la difusión de la Jurisprudencia de conceptos y de sus efectos posteriores, ya sólo la acción de emancipación puede designarse como cambio de método y el procedimiento de emancipación puede designarse como método. Vid. también para la investigación del conflicto *Begriffsbildung*, p. 147, nota 3. *Isay* admite el cambio de método pero hay dudas respecto a si ha reconocido totalmente su *alcance*. Vid. mi comentario a su escrito "Das Rechtsgut des Wettbewerbrechts".

<sup>49</sup> El reproche de falta de claridad se plantea en dos ocasiones: a) respecto a la decisión del caso y b) respecto a la ciencia. Antes de la crítica de *Isay* no me habría parecido posible que incluso un lector superficial de mis escritos pudiera dudar de que yo otorgo valor a la Jurisprudencia de intereses no sólo para la integración de lagunas sino también para otros problemas. Ya el título de mi obra "*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*" (Interpretación de la ley y Jurisprudencia de intereses. N. del. T) deja ver claramente mi intención. Eso sin mencionar el contenido.

de permitirle decidir el conflicto judicial según el patrón legal. Por eso también es falso que nuestra teoría haya omitido indicar los modos de solucionar esta tarea. Es falso lo que *Isay* reiteradamente recalca (p. ej. apartado III): “Allí donde el juez, según la teoría de la JI, debe valorar y ponderar intereses, no pone a su disposición ningún “método” para que lleve a cabo esa valoración y esa ponderación. Más bien queda totalmente abandonado a su propio sentimiento y a su propia experiencia vital”<sup>50</sup>. Esta afirmación es falsa. A diferencia de la Teoría del Derecho Libre, nosotros remitimos al juez a la ley, si bien no sólo al tenor literal<sup>51</sup> y al mandato legislativo, sino también a todo el entramado de juicios de valor e ideales valorativos de la ley. Sólo subsidiariamente puede y debe el juez recurrir a su propia valoración. *Isay* no ha considerado esta idea central del efecto remoto de la ley<sup>52</sup>, pese a que desde el principio y continuamente se ha resaltado precisamente como diferencia respecto a la Teoría del Derecho Libre<sup>53</sup>. La aplicación de esta idea central conlleva por supuesto numerosos problemas singulares. Personalmente, he analizado antaño de forma “abstracta”, teórica, esos problemas específicos: en *Rechtsgewinnung* y en *Gesetzesauslegung*, para la decisión de casos; y para la ciencia, sobre todo en mi *Begriffsbildung*. Además también he explicado estas ideas centrales para la solución de esa tarea en su aplicación práctica. Un método precisa explicación teórica pero va destinado a la práctica. Precisamente en la práctica se revela la fertilidad o infertilidad de las reglas abstractas. He sometido a prueba la aplicabilidad (de esa idea central) en numerosas monografías<sup>54</sup> e investigaciones monográficas, en artículos críticos y reseñas<sup>55</sup> y de forma particularmente extensa en mis dos *Grundrisse des Schuldrechts und des Sachenrechts* (Fundamentos de derechos obligacionales y de derechos reales). Ambas obras han obtenido numerosas recensiones. En ninguna de ellas se ignora que he obtenido de mi método resultados para la formación de normas. Por lo general es especialmente destacada la rigurosa aplicación del método<sup>56</sup>. Y lo que puedo decir de mí, vale también para los muchos representantes de esta corriente tanto en Derecho civil como en otras materias: no sólo han defendido la teoría sino que han aplicado con éxito sus reglas. Un crítico que quiera tildar de fantasma un método no sólo enseñado sino también ampliamente practicado por nosotros, habría tenido ocasión de probar su infertilidad al menos en uno de esos numerosos

<sup>50</sup> Es llamativo que *Isay* parezca considerar la posición aislada del juez, que él asume como contenido de nuestra teoría, un inconveniente. Ya que es precisamente esa posición aislada la que, según la propia opinión de *Isay*, su Teoría del Derecho Libre, el juez realmente tiene y debe tener.

<sup>51</sup> La Teoría del Derecho Libre se desvía de la Jurisprudencia de intereses al equiparar *Stampf* “ley” y “texto”. Puesto que obviamente es imposible vincular al juez al texto, esa equiparación produce la liberación de la ley (*Begriffsbildung*, p. 200, nota 2). Esa equiparación se encuentra también en *Isay*. Se corresponde con ello el que dude de si la investigación histórica de los intereses es promovida por la Jurisprudencia de intereses.

<sup>52</sup> Se menciona en pág. 35 y p. 44.

<sup>53</sup> El efecto remoto se ha tratado a fondo en *Gesetzesauslegung* (pp. 230 ss.). Pero también con anterioridad: en *Rechtsgewinnung* (pp. 8, 30). En 1905 en *DJZ* (p. 1042), precisamente contra *Stampf*. En 1989, en *Große Havarei* (p. 589) y en muchos otros lugares.

<sup>54</sup> Sobre las viejas monografías, vid. *Begriffsbildung* (p. 34). Más recientes son: mi contribución al Libro Homenaje de *Gierke* en 1911: *Willensmängel bei Gesellschaftsbeschlüssen* (Vicios de voluntad en los acuerdos); mi dictamen sobre el suministro al Instituto Anatómico en Württemberg en *AcP* 112 (pp. 319 ss.) y el artículo *Die Ausdehnung des §817 Abs. 2 auf alle Bereicherungsansprüche*, en *AcP* 124 (pp. 1 ss.).

<sup>55</sup> El último en *JW*, 1932 (pp. 2517 ss.) *Bemerkung zu RG*. (seguro de vida a favor de un tercero).

<sup>56</sup> *Raape* recensiona en *Zentralbl. f. Jur. Prax.*, 1931 (pp. 671 ss.) mis dos *Grundrisse* como unidad. Sobre la aplicación del método dice lo siguiente: “Dudo de que la ciencia del derecho civil pueda ofrecer una obra (no monográfica) del alcance de la que tenemos delante, que siga de un modo tan consciente y sistemático un método tan absolutamente determinado. De ahora en adelante todos los “metodistas” encontrarán en estas obras su arma, muchos a favor, algunos quizás en contra del método. Así se convertirá la obra en una especie de arsenal metódico”.

supuestos prácticos. Si *Isay* hubiese llevado a cabo esa prueba, quizá su crítica habría sido diferente<sup>57</sup>.

Sólo su fertilidad práctica, es decir, la existencia de un método, puede explicar que nuestra teoría sea cada vez más reconocida como correcta y como valiosa. Mientras redacto estas líneas han llegado a mis manos dos recientísimos artículos de *Wachinger*, Magistrado del Tribunal Supremo imperial, que testifican esa expansión. En la *Deutschen Richterzeitung* (Revista de los jueces alemanes)<sup>58</sup> responde *Wachinger* a la cuestión de “¿Qué debe hacer?” (la jurisprudencia). El describe detalladamente el método de la Jurisprudencia de intereses, remitiéndose a los escritos “de Heck y de Müller-Erbach” y hace hincapié en las enormes exigencias que nuestro método supone para el juez, pero también en los beneficios que supone para la satisfacción de las exigencias de la vida. *Wachinger* termina su descripción con estas palabras: “Un método así de búsqueda del derecho es lo que necesitamos”. En un artículo en la *Juristischen Wochenschrift* (Semanario jurídico)<sup>59</sup>, *Wachinger* ha caracterizado la tarea de ponderación de intereses con unas palabras tan acertadas, que quiero reproducir al menos parcialmente su exposición en las notas<sup>60</sup>. Que sea un jurista práctico de gran nivel, un miembro del Tribunal Supremo imperial, quien aboga por nuestro método, aumenta el valor de ese juicio. También es significativo que esa caracterización de la ponderación de intereses no se realice con ocasión de una cuestión civil sino del tratamiento de un problema procesal.<sup>61</sup>

Respecto a la cuestión prioritaria planteada por *Isay* hay que diferenciar entre el proceso psicológico de ponderación de intereses y la proclamación de tal procedimiento como programa para la jurisprudencia y la ciencia. A ningún representante de la Jurisprudencia de intereses se le ha ocurrido pensar que esta corriente había inventado el proceso psicológico. Desde que hay derecho, hay ajuste de conflictos de intereses, ponderación de intereses. En este sentido y con razón, desde la antigüedad la justicia sostiene la balanza como símbolo. Pero la existencia de ese proceso psicológico no ha impedido que las concepciones sobre el origen de la norma jurídica y la fijación de objetivos para la administración de justicia y de la

<sup>57</sup> La expectativa que *Raape* expresaba respecto a la consideración de mis *Grundrisse* en las discusiones metodísticas, no se ha cumplido en *Isay*.

<sup>58</sup> 1932, 15, 9, p. 225 *Was not tut*

<sup>59</sup> 1932, 15, 10, pp. 3041 ss. *Zur Frage der Erzwingbarkeit der Blutentziehung für die Blutgruppenbestimmung. Bedeutung und Grenzen der richterlichen Interessenabwägung*” (Sobre la cuestión de la obligatoriedad de la extracción de sangre para la determinación del grupo sanguíneo. Significado y límites de la ponderación judicial de intereses).

<sup>60</sup> Op. Cit., p. 3042: “El fin del derecho en el Estado moderno, que puede considerarse una síntesis de Estado de bienestar y Estado de Derecho, es la promoción del bien común garantizando la mayor cantidad posible de circunstancias vitales personales. El Ordenamiento jurídico sirve a este fin al delimitar mediante normas los intereses vitales de los miembros de la comunidad entre sí y frente a los intereses de la comunidad. Esta delimitación presupone una ponderación de los intereses enfrentados entre sí, considerando siempre el bien común y el interés en la libertad de los miembros de la comunidad. La ponderación de intereses pertenece, según esto, a la esencia del derecho. En toda norma autónoma de derecho legislado subyace la ponderación de intereses del legislador, que extrae de las concepciones culturales de la clase espiritualmente dominante del pueblo. Ya al interpretar el derecho legislado –en el desarrollo del derecho–, el juez debe seguir el fin de la disposición y la ponderación de intereses relacionada, ya que sólo así puede entenderla correctamente”. Le siguen indicaciones sobre analogía y delegación. Después se dice lo siguiente sobre el juez: “Él está obligado, según las circunstancias, también a integrar las lagunas –completación del derecho– acudiendo a su propia valoración. En la medida en que se deja espacio para la valoración judicial, entra, en lugar de la ponderación de intereses del legislador o de las partes implicadas en la formación del derecho consuetudinario, la ponderación del juez”. Continúa con otras indicaciones. “Sólo de este modo es posible pasar de la formal Jurisprudencia de conceptos a una Jurisprudencia de intereses basada en la esencia del derecho y adecuada a las exigencias de la vida; superar el “positivismo legal” mediante la justicia material, sin que con ello peligre la seguridad jurídica”.

<sup>61</sup> El valor científico de un procedimiento es tanto más elevado cuanto más amplio sea el ámbito en que es aplicable.

ciencia fuesen muy diferentes en la época de la Jurisprudencia de conceptos. El reconocimiento del proceso sólo se impone tras *Ihering* y la fijación como objetivo aún más tarde<sup>62</sup>. De la fijación como objetivo y sus consecuencias nace todo el reflexionado y coherente proceso que nosotros hoy, y en mi opinión con razón, denominamos método de la Jurisprudencia de intereses.

### 3. La obtención de normas

*Isay* me reprocha en su apartado IV dos omisiones. Me falta una toma de posición respecto a la teoría del origen de las normas de *Isay*. No digo nada sobre la formación de la decisión material legislativa. Tampoco analizo bastante la formación judicial de normas, particularmente trato “muy brevemente” el problema de las lagunas, pese a su gran importancia.

Ambos reproches se deben a lagunas de lectura.

1. He comentado la teoría de la norma jurídica de *Isay* en la medida en que es nueva<sup>63</sup>. No he ignorado ni relegado el hecho sobradamente conocido de que un legislador trata de identificar las situaciones de la vida y obtiene la norma mediante abstracción a partir de las decisiones de casos que se presentan, sino que lo he mencionado en la medida necesaria para mis fines<sup>64</sup>.
2. El segundo reproche se soluciona porque las explicaciones que se echan en falta se encuentran ya en mi *Gesetzesauslegung* con la deseada minuciosidad. El problema de las lagunas se trata en 65 páginas, casi de forma monográfica<sup>65</sup>. Que pese a ello un crítico me reproche la inadecuada brevedad, es algo que no podía prever<sup>66</sup>.

### 4. Subsunción lógica e intuición

El apartado IV de *Isay* empieza con la afirmación de que, pese al anuncio en sentido opuesto, la ponderación de intereses tiene un papel muy secundario en mis explicaciones sobre la decisión judicial de casos. *Isay* presenta mi teoría de forma dual: La decisión se lleva a cabo (1) mediante razonamiento normativo o también (2) intuitivo. La primera forma, el razonamiento normativo, se divide a su vez en a) una subsunción lógica en el caso normal o b) una ponderación de intereses en el caso de laguna. También supongo una ponderación de intereses en la obtención del derecho

<sup>62</sup> En todo caso no sólo mediante la generalmente apuntada transformación de *Düringer* (1909) o *Gmelin* (1910), a que alude *Isay*, sino ya desde 1889. Vid. *Begriffsbildung*, pp. 31 ss.

<sup>63</sup> *Begriffsbildung*, pp. 31 ss.

<sup>64</sup> Concretamente sobre la observación digo lo siguiente: “La observación de las situaciones vitales se manifiesta, por ejemplo, como acción parcial cuando en una determinada indagación se realiza una investigación aparte, mediante la consulta a expertos. Al respecto vid. la Comisión bursátil previa a la promulgación de la Ley de Bolsa, en *Begriffsbildung*, p. 75, nota 2; vid. también *Rechtsgewinnung*, pág. 6/7 y especialmente *Gesetzesauslegung*, pp. 80 ss.

<sup>65</sup> *Gesetzesauslegung*, pp. 157-195 y 224-247.

<sup>66</sup> El reproche de que he descuidado la “norma judicial” es de una inexactitud difícil de superar. Para cualquier crítico debe estar claro que ese problema ha estado, desde el principio, en el punto central de mis investigaciones metodológicas. Vid. *Begriffsbildung*, p. 33. Ya en 1889 acuñé casi literalmente la frase que después, como núcleo del artículo 1 del Código Civil Suizo, tanto escándalo ha provocado. Tras la constatación de que existen lagunas en la ley, digo lo siguiente: “El juez e igualmente el investigador asimilado debe llenar las lagunas mediante creación propia. Tiene que decidir *de lege ferenda*, en la medida en que *de lex lata* la respuesta falta (*Große Haverei*, p. 589). Mi *Rechtsgewinnung* y sobre todo mi *Gesetzesauslegung* tratan este tema monográficamente. En particular sobre la expresión “creadora”, vid. *Gesetzesauslegung*, p. 247.

intuitiva. Si esta exposición de *Isay* fuese correcta, ciertamente yo habría excluido la influencia de mi método para el caso normal (1a).

En esta exposición de *Isay* se conectan dos reproches: 1) La suposición de una subsunción lógica, es decir mi supuesto caso normal, se basa en un autoengaño: eso no existe en absoluto. 2) La suposición de una ponderación de intereses inconsciente en la búsqueda del derecho intuitiva está equivocada. Ese proceso es irracional y por tanto no es una ponderación de intereses.

A todo esto tengo que responder de dos formas diferentes: 1) La exposición de *Isay* es incorrecta y contiene un grave malentendido. 2) Los dos reproches tienen su raíz en dos errores de *Isay*, en los que incurre su propio método.

La exposición de *Isay* se basa en un completo malentendido: el núcleo central de mis explicaciones en *Begriffsbildung* va encaminado a mostrar que la ponderación de intereses funciona siempre y sin excepción, sea de modo reflexivo, sea de modo intuitivo. Especialmente he hecho hincapié en que los casos de subsunción lógica, que *Stoll* y *Rümelin* consideran excepciones y para los que *Isay* también supone que yo niego el examen de intereses, tampoco constituyen realmente una excepción, ya que en esos casos, en paralelo a la subsunción lógica discurre una valoración de intereses intuitiva, que no llega a ser consciente pero que actúa como una alarma e interviene cuando los resultados de la subsunción sean contrarios a los intereses. Esta, hasta donde yo sé, novedosa percepción del control intuitivo en la subsunción lógica la considero especialmente valiosa. También creí haberme expresado claramente<sup>67</sup>. Por eso lamento aún más que *Isay* haya descubierto en mis palabras exactamente lo contrario de lo que opino. Con esta rectificación cesa la supuesta exclusión de la ponderación de intereses.

Los dos reproches de *Isay* tienen su origen en dos ideas suyas que yo considero erróneas.

El primer error podríamos denominarlo “la ilusión de la libre elección judicial del supuesto de hecho”. *Isay* niega absolutamente que pueda producirse una decisión judicial mediante subsunción lógica. Esa suposición se basa en un autoengaño. Para alcanzar una decisión, el juez debe seleccionar de la totalidad de materiales del proceso los “elementos esenciales”. Esa selección *no puede* realizarla la ley, sino únicamente el sentimiento jurídico del juez<sup>68</sup>. Pero en esa selección ya se contendría la propia decisión. Estos importantísimos principios básicos, también para la propia concepción metodológica de *Isay*, encierran en mi opinión un absolutamente asombroso desconocimiento del contenido de la ley y de la aplicación de la ley. El legislador *puede sin duda* prescribir la selección que debe realizar el juez. Puede hacerlo y *lo hace* y lo hace continuamente. De hecho no hace otra cosa<sup>69</sup>. Dado que la ley enlaza consecuencias jurídicas a determinados contenidos de la vida y a otros

<sup>67</sup> *Begriffsbildung*, pp. 116, 117. “El examen de los intereses permanece en el inconsciente. Pero no por ello es alejado sin importancia ya que la ausencia de la adecuación de intereses sería experimentada por el juez como obstáculo a la subsunción lógica. El examen de intereses actúa en esos casos no como fundamentación consciente sino como aparato de control, como una especie de mecanismo de alarma, que despertaría al juez cuando la subsunción no bastase sino que fuese conveniente un examen más amplio”.

<sup>68</sup> *Kritik*, p. 43, *Rechtsnorm*, p. 173. Sobre la selección de lo esencial “ninguna otra instancia puede decidir salvo el sentimiento jurídico” (...) “únicamente el sentimiento jurídico”.

<sup>69</sup> El mismo mandato legislativo se produce mediante una selección: el legislador, de la totalidad de la vida que contempla, selecciona aquellos supuestos de hecho –en cierto sentido los separa– para los que deben tener lugar las consecuencias jurídicas. El material procesal es una parte de la vida. Ciertamente el juez debe en todo caso “recortar”, como *Isay* adecuadamente dice, pero el juez tiene que reproducir el patrón de la ley, que es lo que *Isay* pasa por alto.

no, eso explica que para el caso en que entren en consideración esas consecuencias jurídicas, los primeros elementos sean esenciales, pero los segundos no. Cuando el juez, en los materiales del proceso, se encuentra con elementos de ambos tipos, está obligado a seleccionar los primeros elementos y a descartar los segundos. El cumplimiento de esa obligación es lo que se denomina “aplicación de la ley”. Una ley que dejase las manos absolutamente libres al juez para la selección, no sería una ley sino un monólogo no vinculante. Por supuesto la ley tiene necesidad de ser completada tanto en relación al supuesto de hecho como respecto a las consecuencias jurídicas, pero no más. La selección de lo esencial es aplicación de la ley y no una esfera especial de discrecionalidad judicial. Aparte de eso, obviamente la selección no se logra sólo conscientemente sino también intuitivamente. De ahí que una decisión mediante subsunción lógica sin autoengaño es posible y, como cualquier juez sabe, es un proceso que se pone en práctica a diario, si bien se pone en práctica acompañado de un control emocional inconsciente.

El segundo error de *Isay* consiste en la exclusión de la ponderación de intereses inconsciente en la búsqueda del derecho intuitiva. *Isay* se limita a la constatación de que el proceso de esa búsqueda del derecho es irracional y se resiste a cualquier explicación racional, también a su reducción a una ponderación de intereses. Frente a esto sólo puedo remitirme a mis anteriores manifestaciones<sup>70</sup>. La búsqueda del derecho intuitiva, el juzgar según el sentimiento jurídico en ese sentido, equivale a la intuición lingüística, a la intuición del historiador y a otros juicios emocionales. La búsqueda del derecho intuitiva es, como esos otros juicios emocionales, capaz de aclaración mediante autorreflexión y necesitada de ella<sup>71</sup>. Esa autorreflexión muestra en todo caso que las decisiones emocionales tienen su origen en un elemento irracional tanto como la reflexión normativa puede conducir a ello. Tal es el caso cuando se generaliza la valoración propia, la reflexión sobre el propio ideal de vida<sup>72</sup>. Pero el valor cognoscitivo que corresponde a la aparición de esos elementos irracionales, es diferente de lo que *Isay* cree. *Isay* acentúa con razón que no es posible una ponderación de intereses sin reconocimiento de unos ideales valorativos. Pero también es cierto lo contrario: que la decisión mediante la propia valoración sólo ocurre en presencia de una ponderación de intereses. Precisamente ese irracional elemento de la intuición demuestra, cuando está presente, la existencia de una ponderación de intereses inconsciente. El método de la Jurisprudencia de intereses no contradice la extraordinaria importancia del juicio del juez. La Jurisprudencia de intereses es, en verdad, la Teoría del juicio.

## 5. La indagación de valor

La falta de una teoría del valor es especialmente resaltada por *Isay*<sup>73</sup>. La ponderación de intereses sólo podría llevarse a cabo basándose en unos valores. Respecto a la determinación de valores, en mi obra sólo se encuentran indicaciones insuficientes, poco claras y contradictorias. Por una parte exijo a mi teoría el establecimiento de una jerarquía de valores, por otra parte remito esa tarea a la filosofía del derecho. En realidad la indagación valorativa no puede resolverse únicamente con ayuda del entendimiento. Es una cuestión de sentimiento. Puesto que yo concibo la Jurisprudencia de intereses como un método racional, la compleción, por esa vía,

<sup>70</sup> Vid. *Gesetzesauslegung*, p. 5 (juicio del lego); *Gesetzesauslegung*, pp. 102, 243 ss. *Begriffsbildung*, p. 111. La búsqueda del derecho intuitiva, no sólo la conozco, como dice *Isay*, sino que desde el principio he acentuado su alcance general y su gran importancia.

<sup>71</sup> Sobre la intuición histórica, vid. el detallado debate “*Intuition und Erkenntniskritik*” (Intuición y crítica del conocimiento) en mi *Übersetzungsproblemen des frühen Mittelalters* (Problemas de traducción de la Alta Edad Media) 1931, pp. 273 ss.

<sup>72</sup> Vid. *Gesetzesauslegung*, pp. 238 ss.

<sup>73</sup> También en la crítica que estoy contestando.

mediante indagación de valores, ni se ha logrado hasta el momento ni será posible en el futuro.

Esta polémica de *Isay* se debe a su error al no distinguir dos tipos de razonamiento, que aunque nosotros ciertamente podamos denominar “indagación valorativa”, deben ser juzgados de forma diferente y también en mis trabajos han sido siempre diferenciados. El primer tipo de razonamiento es la indagación de los juicios de valor *legislativos*, el segundo es la averiguación de los propios ideales valorativos por quien obtiene la norma, de las *propias valoraciones*.

Los mandatos de la ley contienen una delimitación de los intereses en conflicto y por ello un juicio de valor. Esos juicios de valor son decisivos para el juez cuando pondera intereses similares, aunque también en aquellos conflictos de intereses que no caen bajo el supuesto de hecho del mandato legal. Opera ahí el *efecto remoto* de los juicios de valor legales. La indagación de esos juicios de valor legales es una cuestión de conocimiento. Ese proceso es susceptible de ponderación racional y está necesitado de tratamiento científico. La Jurisprudencia de intereses no ha dejado de investigar estos problemas. Al tratamiento de los juicios de valor legales se refieren, por ejemplo, las teorías que se ocupan de la interpretación histórica de la ley, de los problemas del envejecimiento de la ley, del “equilibrio” de los juicios de valor que se contradicen entre sí, etc. Las explicaciones que *Isay* echa en falta las he proporcionado, sobre todo en mi *Gesetzesauslegung*, que *Isay* no ha tomado en consideración. Pero una fórmula general para los elementos determinantes en las valoraciones legales, como la que *Isay* demanda, no se puede proporcionar debido a la diversidad de casos. Sólo la investigación individual permite decidir<sup>74</sup>. Y también conduce a la decisión. Una fórmula general sería superflua y yo nunca la he echado en falta. Una obtención de la norma mediante el aprovechamiento de fórmulas sería también descartable. A la indagación de juicios de valor legislativos se refiere la investigación valorativa que en mi *Begriffsbildung* (p. 132) planteo como tarea de la ciencia del derecho.

También la segunda tarea, la reflexión a partir de los propios ideales valorativos, puede planteársele al jurista. Como se ha señalado, hay casos en los que el juez llega a su propia valoración. La tarea de formarse sus propios ideales valorativos es diferente de la anteriormente comentada. Para esa tarea y sólo para esa tarea es correcta la frase de *Isay* en el sentido de que ahí intervienen sentimientos que se sustraen a la explicación racional. Las valoraciones personales pueden depender de la cosmovisión, cuya formación excede el ámbito de la ciencia jurídica. Ante esos problemas la ciencia del derecho y con ella la Jurisprudencia de intereses

<sup>74</sup> También sobre la valoración de intereses hay comentarios de *Wachinger* dignos de consideración en *JW, op. cit.*, p. 3042: “Especial importancia tiene, para la búsqueda del derecho, la ponderación de intereses judicial, cuando en el caso particular los intereses protegidos jurídicamente (bienes jurídicos) o las obligaciones jurídicamente impuestas o reconocidas entran en conflicto entre sí, es decir, en los casos de “colisión de intereses”. La solución de este conflicto acaece entonces según el principio de que regularmente se da prioridad al interés preponderante, a la obligación superior y de que entre diversos males, no evitables en su totalidad, se elegirá el mal menor. Pero este principio de ponderación de bienes y obligaciones constituye únicamente una pauta (un “principio regulativo”) para la búsqueda del derecho. El parámetro para la valoración de bienes y de obligaciones no puede deducirse de él. Para hallar las proporciones de valor de los bienes jurídicos y de las obligaciones que están colisionando debe –como ya se ha dicho– retrocederse en primer lugar a los fines y ponderaciones de intereses que se reflejan en el derecho legislado, por ejemplo en la amenaza penal; subsidiariamente a las concepciones culturales de la clase espiritualmente dominante del pueblo. Además exige la ciertamente no siempre existente, pero siempre deseable unidad del Ordenamiento jurídico, que el juez siempre tenga presente el conjunto del Ordenamiento jurídico, la totalidad de las concepciones culturales. Entonces llegará con frecuencia al resultado de que no sólo hay que ponderar entre sí los intereses que están inmediatamente en conflicto sino que, en algunas circunstancias, también hay que considerar los intereses que están junto a ellos y sobre ellos e incluirlos en la ponderación; es decir que deben hacerse múltiples ponderaciones”.

debe detenerse<sup>75</sup>. A eso me refiero cuando en *Begriffsbildung* (p. 28) digo que la Jurisprudencia de intereses no es una teoría material de los valores, es independiente de cualquier cosmovisión e igualmente valiosa para cualquier cosmovisión.

## 6. Comentario final

Una toma de posición de Isay era muy deseable para el avance de la Metodología. La Jurisprudencia de intereses tiene dos frentes que defender: el frente contra la vieja Jurisprudencia de conceptos y sus restos, y el frente contra la Teoría del Derecho libre. En la primera dirección, el intento de mediación de Oertmann y las discusiones inmediatamente posteriores han sido estimulantes. Con Isay toma la palabra ahora uno de los principales representantes de la Teoría del Derecho libre.

En esta réplica creo haber contestado a todas las objeciones materiales de Isay y creo haber demostrado su falta de fundamento. Como principal fallo en esa imagen que Isay se ha formado de nuestra teoría cabe destacar que ha pasado por alto el efecto remoto de los juicios de valor legislativos, que nosotros mantenemos<sup>76</sup>. Ese principio fundamental contiene el núcleo de ese procedimiento cuya existencia niega Isay.

En esta ocasión no he entrado en las tesis metodológicas del propio Isay porque ya me había referido a ellas en mi *Begriffsbildung*. Es sabido que Isay mantiene la tesis de que el juez fundamentalmente no extrae su decisión de las leyes, sino que él sólo utiliza la ley para fundamentar su decisión. Ese sería el procedimiento que funciona hoy en la vida y ese sería también el procedimiento correcto<sup>77</sup>. Esta tesis es tan sorprendente y engañosa como la negación de la Jurisprudencia de intereses, e igual de falsa. Tanto la percepción como la valoración deben rechazarse<sup>78</sup>. Y me mantengo en los motivos que ya he expuesto<sup>79</sup>. Me gustaría resaltar una vez más que mi rechazo va dirigido sólo a esas opiniones metodológicas de Isay, no a sus trabajos dogmáticos. Esos trabajos, especialmente sus magníficos comentarios a la legislación de patentes, tienen mi caluroso reconocimiento. Pero no se basan, a diferencia de los trabajos dogmáticos de los autores de nuestra corriente, en ese método de obtención de normas que su autor ha desarrollado.

<sup>75</sup> Respecto al préstamo de la Filosofía, que Isay considera necesario, vid. *Begriffsbildung*, p. 26.

<sup>76</sup> Vid. supra, apartado III.

<sup>77</sup> Es característico el ejemplo que Isay pone de modelo (p. 11): Un padre, que es requerido debido a un delito de su hijo, había proporcionado totalmente, a juicio del tribunal, la prueba de inocencia que la ley le permitía. Sin embargo fue condenado, porque había contraído matrimonio a los 57 años. Fundamento: "Cuando un hombre tan mayor trae a un niño al mundo, debe pagar también por ello". Esta norma judicial vulnera la ley, no toma en consideración la totalidad del caso (patrimonio hereditario de los padres, perspectivas educativas) sino únicamente algunos elementos aislados y es tan injusta como ilegal. Contra la consideración de este serio descarrilamiento como un típico procedimiento de nuestra jurisprudencia y contra su aprobación por Isay debe protestarse enérgicamente.

<sup>78</sup> *Begriffsbildung*, pp. 117 y ss.

<sup>79</sup> Complementariamente cabe añadir que la teoría de Isay también se basa en la anteriormente mencionada "Ilusión de la elección judicial del supuesto de hecho" (apartado 4). Semejante atribución de libre elección del supuesto de hecho liberaría, en efecto, totalmente al juez de la ley.

# ¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro *Una Constituyente feminista*<sup>1</sup>

## Reforming the Constitution with a Gender Perspective? Fallen Myths and Emerging Myths Based on the Book *Una Constituyente feminista*

Itziar Gómez Fernández\*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[tiziar@der-pu.uc3m.es](mailto:tiziar@der-pu.uc3m.es)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4708>

### Una idea introductoria

Cuando empecé a trabajar sobre la reforma constitucional, hace ya unos años, el problema omnipresente, el acicate para hablar de la necesidad de revisar la Constitución de 1978, era la llamada “cuestión Catalana”. Tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, que declaró inconstitucionales algunos (pocos) preceptos<sup>2</sup>, del Estatuto de Autonomía de Cataluña reformado en

---

\* Profesora Titular de Derecho Constitucional

<sup>1</sup> El 3 de diciembre de 2018, en la 59<sup>a</sup> Sesión del TDJ, presenté el libro *Constituyente feminista. Una reforma constitucional con perspectiva de género* (2017). Estas páginas reflejan las ideas esenciales que expuse ese día y que, obviamente, pueden leerse, en extenso, en el libro objeto de la presentación. Pero además recogen ideas y párrafos contenidas en mis trabajos del último año sobre reforma constitucional en clave feminista, en particular las reflejadas en la “Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres” que saldrá publicada en el número 43 de Teoría y Realidad Constitucional (en prensa) y en el capítulo “Democracia paritaria y paridad electoral: conceptos básicos para alumnos de primero”, integrante de un volumen colectivo, en prensa, sobre *La reforma del sistema electoral español. Análisis y propuestas*, coordinado por Francisco Palacios Romeo y Enrique Cebrián Zazurca.

<sup>2</sup> En puridad, sólo se declararon inconstitucionales la expresión “y preferente” del apartado 1 del art. 6; el apartado 4 del art. 76; el inciso “con carácter exclusivo” del apartado 1 del art. 78; el art. 97; los apartados 2, letras a), b), c), d) y e), y 3 del art. 98; los incisos “y con la participación del Consejo de Justicia de Cataluña” de los apartados 5 y 6 del art. 95; el inciso “por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y” del apartado 1 del art. 99; el apartado 1 del art. 100; el inciso “o al Consejo de Justicia de Cataluña” del apartado 1 y el apartado 2 del art. 101; el inciso “como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos

2006<sup>3</sup>, una parte notable del catalanismo había virado hacia posiciones independentistas que podríamos denominar “no pragmáticas”, en las que la defensa de la vía unilateral, para alcanzar la independencia del territorio, primaba por encima de una posición de negociación con el Estado a través de las vías previstas en la Carta Magna.

Esta situación abrió la crisis constitucional más grave que ha enfrentado el sistema español diseñado durante la transición y plasmado normativamente en el texto de 1978. Una crisis que permanece abierta. Ante esta situación algunos académicos, en principio no muchos<sup>4</sup>, comenzaron a analizar la necesidad de introducir ajustes en la norma fundamental, con la intención de buscar vías de canalización y solución del conflicto existente. Y muy pronto el análisis se fue haciendo más complejo. Ahí tuvieron razón siempre quienes acuden a la metáfora de la Constitución como un melón y de la reforma como la apertura del melón. Una vez que se perciben las debilidades del sistema y se hace un diagnóstico completo, se llega a la conclusión de que nuestros problemas constitucionales no se limitan a la abierta redacción del Título VIII, a las dificultades de su posterior concreción en el bloque de la constitucionalidad, o al excesivo protagonismo del Tribunal Constitucional en esa definición sucesiva. Los problemas son más. Y son otros que poco, o nada, tienen que ver con este principal que lo ocupa todo, con una omnipresencia que llega a ser, por momentos, asfixiante.

Pero los medios de comunicación, los mensajes predominantes, y buena parte del discurso político están persuadidos y persuaden de que la reforma viene exigida por la crisis constitucional, y que lo urgente es abordar las causas de dicha crisis. Pero lo urgente es en exceso complejo, y la complejidad desbarata la viabilidad de la reforma a corto plazo. Así que lo importante, que yo identifico como la brecha en el disfrute de los derechos que se vincula con la fractura social que nos dejó la crisis económica del 2008, no llega siquiera a estar en el centro del debate político<sup>5</sup>. Este

que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto" del art. 111; el inciso "los principios, reglas y estándares mínimos que establezcan" del apartado 2 del art. 120; el inciso "los principios, reglas y estándares mínimos fijados en" del apartado 2 del art. 126; el inciso "siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar" del apartado 3 del art. 206; y el inciso "puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e" del apartado 2 del art. 218.

<sup>3</sup> La sentencia daba respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

<sup>4</sup> Deben ser citados, como representativos de esta primera fase, los trabajos *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis* (2012) del Grupo de investigación interuniversitario Democracia +, *España se merece...una Re-Constitución* (2013), de Daniel Ordás y Juan Cortizo, *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate* (2014) editado por Javier García Roca, *La reforma constitucional inviable* (2015) de Javier Pérez Royo, *Repensar la Constitución* (2016), coordinado por Teresa Freixes y Juan Carlos Gavara De Cara, *Vieja y Nueva Constitución* (2016) de Santiago Muñoz Machado, o *La reforma Constitucional en España* (2016) de Manuel Fondevila Marón. Todos estos trabajos abordaron, en lo que podríamos denominar un primer momento de reflexión, la cuestión de la reforma constitucional, centrándose en las grandes modificaciones exigidas por la crisis territorial, aunque algunas de las reflexiones no despreciaban otros temas de singular importancia como la reforma del sistema de representación, o la incorporación de la realidad europeísta del sistema jurídico e institucional español. Ya en el año 2018, otros trabajos colectivos han abordado el tema de la reforma de la Constitución, con motivo del 40 aniversario de la misma. Dentro de este grupo, destacaré el trabajo coordinado por Yolanda Gómez Sánchez, *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, publicado en Thomson Reuters Aranzadi, y que se define por formular un estudio de la reforma con perspectiva de género.

<sup>5</sup> A partir de aquí me centro en el debate meramente académico. El debate político va por otro lado y es difícil definir por dónde, siendo prueba de ello la escasez de iniciativas parlamentarias registradas al respecto, y el fracaso de las dos más recientes: la Comisión para la evaluación y la modernización del Estado autonómico, que ha terminado sus trabajos con la legislatura sin conclusiones, y el Proyecto de reforma de los artículos 71, apartado 3, y 102, apartado 1, de la Constitución Española, esto es de los

texto para la reflexión se sitúa en uno de los debates periféricos que, tal y como yo lo veo, ni siquiera ha llegado a estar presente en el discurso político, si obviamos la siempre polémica cuestión del lenguaje constitucional inclusivo<sup>6</sup>. Concretamente, en el debate que plantea la necesidad de reformar la Constitución con perspectiva de género y que sitúa en el corazón de la reforma la cuestión de la modificación del sistema de derechos fundamentales, de la titularidad de los mismos, y del acceso al poder desde la noción de democracia paritaria. Pero hablar de todo esto nos ubica en el contexto de una serie de mitos que es necesario revisar. Empezaremos por ahí, por la revisión de los mitos que, al hablar de la necesidad de reforma de los derechos y sus titulares, desincentivan la promoción de la misma. Y terminaremos proponiendo algunos mitos alternativos que, frente a los primeros, podrían servir para movilizar posiciones en defensa de una reforma constitucional con perspectiva de género.

## 1. La revisión de los mitos paralizantes

### 1.1. El mito de la caja de Pandora

Escriban en el buscador de google “reforma constitucional” y “caja de Pandora”. Se sorprenderán de la cantidad de entradas que aparecen. Y no todas se refieren al contexto español, ni mucho menos.

Recordemos el mito cuya versión más conocida es la que recogió Hesíodo en la obra *Trabajos y días*. Zeus, furioso porque Prometeo había robado el fuego, decidió vengarse enviando a los hombres un “regalo”. “(...) Ordenó al muy ilustre Hefesto mezclar cuanto antes tierra con agua, infundirle voz y vida humana y hacer una linda y encantadora figura de doncella semejante en rostro a las diosas inmortales (...) y puso a esta mujer el nombre de Pandora porque todos los que poseen las mansiones olímpicas le concedieron un regalo, perdición para los hombres que se alimentan de pan”. Este irresistible regalo fue enviado a Epimeteo, hermano de Prometeo, con una vasija y aquel, sin hacer caso de las advertencias de su hermano aceptó el regalo. Y fue el principio del fin. Dice Hesíodo “antes vivían sobre la tierra las tribus de hombres libres de males y exentas de la dura fatiga y las penosas enfermedades que acarrean la muerte a los hombres (...). Pero aquella mujer, al quitar con sus manos la enorme tapa de una jarra los dejó diseminarse y procuró a los hombres lamentables inquietudes. Sólo permaneció allí dentro la esperanza, aprisionada entre infrangibles muros bajo los bordes de la jarra y no pudo volar hacia la puerta; pues antes cayó la tapa de la jarra (...). Mil diversas amarguras deambulan entre los hombres: repleta de males está la tierra y repleto el mar”.

Sin entrar a valorar el carácter misógino del mito, ni su evidente conexión con la Helena de Homero, o la Eva del Antiguo Testamento, parece evidente cual es el mensaje que se envía cuando se reclama su virtualidad para explicar las eventuales consecuencias de promover la reforma constitucional: la Constitución, ella misma entendida como mito pacificador, consensual, asegurador de la paz social, no debe ser tocada porque, en un contexto de inestabilidad y crisis, abordar la modificación del texto fundacional (y fundador) de nuestro actual sistema democrático, sería una

aforamiento, presentado el 18 de enero de 2019 y concluso sin más tramitación por disolución de las Cortes Generales el 5 de marzo de 2019.

<sup>6</sup> Recuérdese que en el mes de julio de 2018, a solicitud de la vicepresidenta del Gobierno y ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, la Real Academia Española (RAE) nombró una ponencia para formular un estudio sobre «el buen uso del lenguaje inclusivo en nuestra Carta Magna». La ponencia estaba integrada por los académicos de número Pedro Álvarez de Miranda, Paz Battaner, Ignacio Bosque e Inés Fernández-Ordóñez, y normalmente presentó su informe al Pleno de la RAE en el mes de octubre de 2018. Más allá de algunas menciones en los medios de comunicación respecto al contenido “poco sorpresivo” del informe, este no se ha hecho público a día de hoy.

osadía equivalente a la que llevó a la inconsciente Pandora a abrir la vasija y dejar escapar los males y a partir de ahí, las amarguras lo invadirían todo. La cuestión es, por tanto, dejar la tapa donde está.

El problema es que el recurso al mito olvida que nuestro contexto actual no es la tierra en que “las tribus de hombres” viven “libres de males y exentas de la dura fatiga”. De entrada viven en esta tierra hombres, pero también mujeres que con sus propias vivencias y necesidades, reclaman la consideración como sujeto político pleno, también como sujeto “constituyente”. Reclamamos ser parte de los relatos míticos<sup>7</sup>, de esos mitos fundadores en los que estamos ausentes. Y queremos aparecer como sujetos activos y no como el mal irremediable. Queremos ser reconocidas como voces que propongan soluciones nuevas a los males que están fuera de la vasija con la aportación de una ética diversa para abordar los problemas públicos. Y es que esos males están ya aquí y están cada vez más presentes. Tienen que ver con el retorno de los extremismos políticos excluyentes, de tinte xenófobo y misógino y su presencia renovada en los centros de toma de decisiones; con el riesgo de colapso ecológico que adolescentes de toda Europa llaman a atender con urgencia; con la reversibilidad de los derechos sociales; con la incapacidad del sistema político para resistir a quienes, desde dentro, abocan a las democracias a la muerte; con las carencias de un institucionalismo moderno que ofrezca respuestas originales a problemas nuevos, reconociendo que los pesos y contrapesos del sistema político decimonónico quizá no son suficientes en la era de las redes sociales.

Si los males están aquí, la reforma constitucional puede que nos lleve a abrir la caja de Pandora, pero con el ánimo de buscar la esperanza que quedó atrapada dentro, de modo que puedan ofrecerse soluciones nuevas a todos estos nuevos (o no tan nuevos) males. Ciento. Quienes hoy proponemos la reforma somos partidarios, mayoritariamente, de una reforma en línea evolutiva, y no involutiva. Pero si se aborda la posibilidad de reforma, podría plantearse el retroceso en algunas cuestiones, a instancia de tendencias políticas con propuestas regresivas. Efectivamente esto podría pasar, pero la opción de no jugar, para no perder, la opción de no abordar la deliberación, es la negación misma de la esencia del sistema democrático. Es el reconocimiento de la incapacidad del modelo para regenerarse de manera sana, y por eso es un reconocimiento de partida que, como constitucionalista, no me es posible asumir.

En suma, el mito de la caja de Pandora es un mito paralizante por la vía del temor a la deliberación misma. Por tanto, es un mito que, a la larga, acrecienta el mal que pretende querer no liberar.

Y no se trata de un problema nuevo. Como decíamos en el libro *Pautas para una reforma constitucional*, obra de reflexión colectiva en cuya elaboración participé, “desde el primer constitucionalismo liberal, tras la revolución estadounidense en el siglo XVIII, se ha discutido por políticos y juristas –es clásico el debate entre Jefferson y Madison– si las Constituciones deberían tener un período de vigencia limitada en cuanto suponen un pacto intergeneracional y, por tanto, arrancan de unas coordenadas temporales que en buena medida condicionan su legitimidad. El debate

<sup>7</sup> No se nos olvide que también el constitucionalismo está lleno de mitos fundadores, desde el *Leviathán* de Hobbes, al contractualismo, pasando por la propia construcción de los derechos fundamentales como límites proclamados al ejercicio del poder público sobre la ciudadanía. Pero, en el conjunto de esos mitos, la presencia y voz de las mujeres no se identifica. El feminismo está obligado a desarrollar sus propios mitos, sus propias místicas, para crear un relato alternativo. Una teoría propia de la organización del poder que nunca se ha colocado al mismo nivel que las grandes construcciones teóricas (masculinas) que abordan esas mismas teorías. Esta idea del feminismo como hija no querida del constitucionalismo liberal es desarrollada en las páginas 30 y siguientes del libro *Constituyente feminista*.

se resolvió entonces –por razones pragmáticas- rechazado la vigencia limitada de la Constitución pero incorporando como contrapartida la previsión de un procedimiento de reforma. La reforma fue pues entendida como una obligación estructural que debía inicialmente realizarse a caballo de dos legislaturas sucesivas para asegurarse la bondad de sus frutos (...) Algunas constituciones europeas contemporáneas conservan aún este rasgo, que dista de ser absurdo y permanece en el artículo 168 CE (...) La reforma es una obligación estructural de toda verdadera Constitución, y el único sentido político que tiene prever un procedimiento de reforma, que no puede venir introducido para cerrar la puerta a las generaciones futuras. Es preciso un equilibrio permanente y dúctil entre estabilidad y dinámica constitucionales" (García Roca, 2013, p. 17).

Por tanto, frente a la paralización, la ductilidad del equilibrio que ha de buscarse entre hermetismo del sistema constitucional y su apertura incontrolada.

## 1.2. El mito de la ausencia de necesidad

La Constitución de 1978 se presenta como el pórtico de entrada al período políticamente más estable de nuestra historia. Nunca tantos años en democracia con el mismo régimen político, nunca antes una Constitución tanto tiempo vigente, nunca previamente un avance tan notable en derechos y sus garantías, o en incremento del PIB *per capita*. No es necesario, por tanto, cambiar el texto fundamental que se conforma como raíz normativa de este sistema, que nos coloca en una posición actual notablemente mejor que la que tenía España hace cuarenta años.

Todo eso es cierto. La Constitución española nos ha traído hasta dónde estamos y no ha quedado obsoleta. Sigue funcionando porque las instituciones previstas en ella siguen haciéndolo, como lo hace el sistema de garantías de los derechos fundamentales, el modelo de reparto territorial del poder –excepción hecha de lo que está sucediendo en las relaciones del Estado con Cataluña-, o el modelo de justicia Constitucional, que garantiza el respeto por la norma de normas. Sin embargo, sí puede decirse, sin temor a incurrir en error, que la Constitución está desconectada de parte de la realidad jurídico-social, y el tema del reconocimiento de la igualdad de género es paradigmático a este respecto. Es decir, la CE'78 ha dejado de tener relación, comunicación o enlace con parte de la sociedad cuyas opciones políticas fundamentales, teóricamente, congrega. El problema no es la "obsolescencia". No puede decirse que la Constitución sea un texto obsoleto. El problema es la desconexión y la falta de apego entre la sociedad de 2018 y la Constitución de 1978. La sociedad ha cambiado en cuarenta años a una velocidad que ha llevado, a quienes nacieron en 1978, a un espacio que los distancia en dos generaciones "de pensamiento" de la de sus padres y sus madres. Esa distancia entre texto y sociedad se verifica en la falta de conocimiento de la norma y en el desapego hacia la misma y hacia su máximo intérprete. Y de esta realidad se deriva un innegable riesgo de disociación entre Constitución y pueblo soberano que, si no se gestiona adecuadamente, puede conducir a situaciones graves de conflictividad social.

Dicho en otros términos, el problema de la asunción del mito de la innecesidad de la reforma, puede llevarnos a otro mito no menos lamentable: el de la maldición de nuestro constitucionalismo histórico, y su incapacidad para reformar las Constituciones, porque estas, en España, históricamente no se modifican, sino que se sustituyen en bruscos cambios de regímenes políticos. Quizá no sea necesario esperar hasta que la reforma sea necesaria porque hemos dejado de tener una Constitución real, vigente y aplicable. Quizá lo razonable es abordar la necesidad de la reforma antes de que esta sea necesaria, sencillamente para que sea posible. Y ello teniendo en cuenta los lento mecanismos previstos en el propio texto

constitucional, unos procedimientos complejos que son garantía de la adecuada participación del sujeto constituyente y, por tanto, que aseguran una deliberación amplia tendente a identificar mayorías suficientes y bases sólidas sobre las que construir el sistema político.

### 1.3. El mito del consenso imprescindible

En el libro *Una Constituyente feminista, ¿cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* explico cómo, si bien la Constitución de 1978, se ha presentado y sigue presentándose como el paradigma de norma fundamental consensuada, lo cierto es que la idea del consenso (constituyente) habla de la transacción entre las fuerzas políticas fundamentales de la transición, pero no es reflejo de un consenso absoluto. No es reflejo de una transacción, por ejemplo, entre hombres y mujeres para resolver los problemas políticos que el texto constitucional plantea y resuelve, desde las perspectivas complementarias que unos y otras podrían haber presentado. El consenso se construye desde una negación previa de cesiones al feminismo, movimiento existente ya en aquel momento histórico de la transición. Al menos de la negación de transacciones con reflejo constitucional. En los partidos políticos que lideraron la transición no había figuras femeninas fuertes que se mostraran a la opinión pública, a la comunidad constituyente, como bruñidoras de parte del ideario político. No se puede decir, obviamente, que no existieran, pero sí que no tuvieron mucha visibilidad. En el discurso político tampoco se identificaba una corriente clara de alegatos feministas. Si de la redacción de la Constitución de 1931 se recuerda, entre otros debates, el que giró en torno al reconocimiento del derecho de sufragio de las mujeres, de la redacción de la Constitución de 1978 no se recuerda más debate sobre la igualdad de hombres y mujeres que el vinculado a la sucesión a la Corona, cuestión obviamente bien alejada de las preocupaciones principales de un movimiento feminista que, en España, se vinculaba en la época de la transición a las posiciones políticas de la izquierda de corte republicano. El feminismo “intrapartidos” no tenía una posición fuerte. Ni una sola mujer participó en la ponencia que redactó el proyecto original. Una Constitución sin madres, y con siete padres fundadores (Gómez, 2017, pp. 14 y 15).

En suma, el mito del consenso fundador debería ser revisado porque si consenso es el “acuerdo adoptado por consentimiento entre todos los miembros de un grupo”, no puede negarse que consenso hubo, porque hubo consentimiento en la adopción de los acuerdos básicos, de la definición de las opciones políticas fundamentales que debían integrarse en la Constitución, pero tampoco debiera negarse que en ese grupo hubo, entre sus integrantes, distintos niveles de participación en la adopción del acuerdo, lo que silenció algunas voces que, en la actualidad, ya no podrían ser ignoradas. Dicho en otros términos, que el consenso fue un consentimiento mayoritario que se construyó sin una parte del cuerpo político.

Pero la reconsideración del mito va más allá. Se dice que la reforma no es posible porque no existe hoy el consenso que existía en 1978, y esa valoración olvida que entre la muerte de Franco, en noviembre de 1975, y la aprobación definitiva del texto constitucional, en diciembre de 1978, pasaron tres años. Tres años en que se fue avanzando paulatinamente, reduciendo los puntos de fricción más intensos y aplazando las cuestiones que se consideraban impeditivas del acuerdo. El consenso no existía en 1976, un repaso por los periódicos de la época es prueba evidente de esa falta de acuerdo inicial. El consenso se construyó a partir de un acuerdo básico para salir de la dictadura, elaborar una Constitución y superar la deteriorada situación

económica<sup>8</sup>. A partir de un principio de tolerancia mutua y de cesión de posiciones. Fue un proceso, no un resultado. Ni siguiera un punto de partida. Y, desde luego, la necesidad del consenso como prerequisito no es una forma de actuar en política que deba institucionalizarse, porque “una sociedad política plenamente consensualizada sería, por principio antidemocrática o utópicamente democrática” (Morodo, 1984, p. 131). Por eso hoy el consenso no existe, pero nada impide que sea construido, porque no son mayores las distancias políticas existentes entre los actuales actores de la escena pública, que las que existían entre quienes ocupaban esa escena en 1978. Nuestra generación ni es peor, ni está peor formada. Ninguna razón impide que, tras la deliberación, llegue el consenso. Siempre y cuando estemos de acuerdo en que la deliberación es necesaria.

## 2. La sustitución por mitos inspiradores. La reforma necesaria y la reforma deseada.

### 2.1. El mito de la voz feminista como voz constituyente

El mito partiría de la afirmación de que, en el margen final del primer cuarto del siglo XXI, no es posible afrontar una reforma constitucional coherente, completa y respetuosa con el principio básico de igualdad que el art. 1 de la propia Constitución proclama, como referente axiológico irrenunciable, si no se integran en un futuro debate constituyente determinadas reivindicaciones feministas, con la finalidad, obviamente, de llevar dichas reivindicaciones al texto. Requerimientos, muchos de ellos, que ya estaban en el debate político en el inicio del último cuarto del siglo XX, pero que, por la falta de asunción clara de los postulados feministas por parte de los partidos que se conformaron como interlocutores de la discusión constituyente, no fueron llevados al texto. Se encontraron, obvio resulta decirlo, entre los temas cuya solución hubo de ser diferida en el tiempo para lograr el consenso, el acuerdo, el pacto. Fueron temas renunciables, que era posible sacar de la agenda, quizás porque la agenda era definida por quienes no comulgaban, en su integridad, con los postulados feministas (Gómez, 2017, pp. 69 y ss.).

Sea como sea, una realidad de este tipo, ya no es posible hoy. Hoy el feminismo está en la agenda gracias al #metoo, al #NiUnaMenos, a la huelga feminista del 8 de marzo de 2018. Y si la reforma se hace “sin nosotras” y sin integrar la vocación de igualdad real, propia de la edad de los derechos en la que hoy vivimos, será una reforma insuficiente desde la hora de su génesis. Una reforma que habrá priorizado lo urgente sobre lo importante y que no nos dará un suelo firme sobre el que construir la sociedad del siglo XXI.

Educación, empleo, dignidad y violencia, salud, participación. Todas estas cuestiones tienen reflejo en el actual texto constitucional. Todas ellas plantean problemas notables relacionados con la igualdad de género. Ninguna de ellas posee un tratamiento específico con perspectiva de género en el actual texto. Es necesario abordarlo. Es imprescindible integrar al ser social femenino en el pacto de poder (constituyente) que debiera armonizar nuestra vida en sociedad, como sociedad, durante las próximas décadas. Hoy hemos descubierto que son elementos determinantes y constitutivos de nuestras comunidades políticas: la educación de las mujeres, su participación en la toma de decisiones, su posición en la familia, su acceso al mundo del trabajo fuera del hogar, el control sobre sus propios cuerpos y su capacidad reproductora y la defensa frente a la violencia estructural que sufren. Lo

---

<sup>8</sup> Resulta imprescindible, a efecto de comprender adecuadamente la idea del consenso como proceso, la lectura del trabajo de Morodo, Raúl: *La transición política*, prólogo de Alfonso Guerra, Tecnos, Madrid, 1984.

son para el feminismo, como movimiento político plural que construye en torno a estos temas sus grandes reivindicaciones, centrándose en unos o en otros en función del momento histórico y el contexto social. Lo son para la construcción de la imagen de las mujeres en las sociedades en las que desarrollan sus vidas, como individuos y como colectivo. Lo son a la hora de definir los objetivos de desarrollo social, dando prueba de ello el lugar que ocupan en la formulación de los objetivos de desarrollo del milenio (ODM) elaborados por Naciones Unidas. Y creo que deberían serlo también a la hora de forjar pactos constituyentes. Estoy convencida, por último, de que las decisiones fundamentales en torno a estos grandes temas están ausentes del pacto constituyente de 1978, como lo están de las normas fundamentales de la práctica totalidad de los países de nuestro entorno (Gómez, 2017, p. 162).

El texto de 1978 asume que es más que suficiente para dar respuesta a las grandes cuestiones referidas la proclamación de la igualdad formal del art. 14 CE, la inclusión de la igualdad material como principio modulador de la anterior (art. 9.2 CE) y la no discriminación expresa de la mujer en ninguno de los derechos reconocidos en el Título I, así como su no exclusión de ninguna de las instituciones y órganos que gestionan el poder y que se regulan en el resto de Títulos de la Constitución. Con estos dos pilares, el legislador ha ido avanzando hacia la igualdad real, con la batería normativa que conocemos (Gómez, 2017, pp. 100 y ss.). Pero las conquistas legales no están en el texto Constitucional y eso, no solo las hace reversibles, sino que limita su consideración como opciones políticas de aceptación mayoritaria por el sujeto constituyente. Si la mayoría de la sociedad está de acuerdo con que la igualdad material, la lucha por la desaparición de la violencia de género, la consagración de los derechos sexuales y reproductivos, la protección de la vida familiar y los cuidados deben ser principios y derechos estructurantes de nuestra comunidad política, es preciso que ello tenga su correspondiente traducción normativa constitucional.

Más allá de las conquistas normativas, con los mimbres que ofrecen los arts. 9.2, 10, 14 y 23 CE, la jurisprudencia constitucional ha consagrado las políticas tendentes a corregir la discriminación y nos habla de la interdicción de discriminación indirecta, de la validez de las acciones positivas y de la democracia paritaria. Pero la jurisprudencia no crea derechos donde no hay derechos, y no es capaz de anclar determinadas políticas públicas, como la protección de la maternidad, más que en los derechos existentes generando con ello las distorsiones difíciles de resolver (Gómez, 2017, p. 163). Además la jurisprudencia constitucional no es más que el resultado de la interpretación de la Constitución hecha por los jueces constitucionales, mayoritariamente varones, pudiendo su posición sobre esta cuestión mantenerse ajena a la idea de juzgar con perspectiva de género, del mismo modo que puede alinearse con esta fórmula interpretativa. En los últimos meses, parece que la tendencia es obviar la necesidad de asumir que el género es un elemento determinante a tener en cuenta a la hora de formular juicios sobre la constitucionalidad de las normas o de la actividad de los poderes públicos, siendo ejemplo de ello las sentencias 145/2015, 31/2018, 74/2018, 111/2018 y 117/2018, así como el auto 119/2018.

Por eso es preciso reivindicar la constitucionalización de los derechos conquistados por el feminismo en estos cuarenta años. Constitucionalizar para no retroceder. Constitucionalizar para que el texto sea fiel reflejo de la sociedad cuyas relaciones políticas contempla. Constitucionalizar para ofrecer una base más firme sobre la que seguir construyendo políticas públicas de equiparación de responsabilidades y derechos.

Constitucionalizar para integrar, entre las opciones políticas fundamentales: i) el respeto al principio de paridad en el reparto del poder; ii) el derecho al matrimonio

igualitario y al divorcio libre; iii) el principio de igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges en el seno del matrimonio, y la obligación de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de las personas dependientes, así como la proclamación de la igualdad plena de las personas que ostentan la tutela y/o la patria potestad en el marco de sus obligaciones y responsabilidades en relación con el cuidado y atención de sus descendientes; iv) la protección de la maternidad, como una facultad privada dotada de interés público; v) el derecho a la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres y la igualdad de oportunidades en el mundo laboral, tanto en la vertiente del empleo público, como del empleo en el orden privado; vi) la garantía de la paridad electoral; vii) la garantía de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos del Gobierno y de la Administración –central y autonómicos-, en el Consejo General del Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional; viii) la definición de un modelo de coeducación; ix) la consagración de los derechos sexuales y reproductivos; x) el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, en estrecha conexión con la preservación de la dignidad humana y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes<sup>9</sup>.

## 2.2. El mito de la coeducación como base del cambio

La cuestión de la educación de las mujeres fue el eje vertebrador del “protofeminismo” español. Los textos de Emilia Pardo Bazán, Concepción Arenal, Rosalía De Castro, Cecilia Böhl de Faber, Gertrudis Gómez de Avellaneda o Carmen de Burgos evocaban, con diversos matices, la necesidad de reforzar la educación de las mujeres como eje en torno al cual debía articularse el cambio de paradigma social, y la Constitución republicana de 1931 recogió la vindicación y la fórmula como derecho fundamental. Los arts. 48, 49 y 50 de la Constitución republicana consagraban un modelo educativo integrador, con una escuela única, gratuita, obligatoria en la enseñanza primaria y una educación igualitaria y laica.

Pero todo eso se perdió con la derrota de la República al final de la Guerra Civil y casi nada llegó a recuperarse con la Constitución de 1978. La dictadura recobró en su día la educación segregada por sexos, en los espacios y en los contenidos, al suprimir la educación mixta por Orden Ministerial de 1 de mayo de 1939, aunque admitió una excepción a dicha regla general en la Ley de Educación Primaria de 17 de julio de 1945, aceptando excepcionalmente la existencia de las escuelas mixtas cuando el número de alumnos en el núcleo de población no permitiese la organización por separado, y siempre atribuyendo estas escuelas a la regencia de maestras.

Durante la transición, en la discusión sobre la redacción del que hoy es el art. 27 CE, se colocaron encima de la mesa razones de sobra para la ruptura del consenso. Y el riesgo se solventó a través de una fórmula compleja: el reconocimiento, por primera vez en nuestra historia constitucional, en un mismo precepto, del derecho de todos a la educación y de la libertad de enseñanza. Se sintetizaron así décadas de confrontación entre uno y otra, como formas de expresión de dos modelos educativos en conflicto. La discusión sobre la redacción de este precepto en el Pleno del Congreso puso de manifiesto, en palabras de la diputada y pedagoga Marta Mata, la renuncia a la inclusión de la idea de coeducación en el texto constitucional. Una renuncia para el consenso que, a la larga, iba a pagarse cara. Evitar la mención de la coeducación en el texto constitucional supuso evitar referirse a un modelo educativo determinado con respaldo constitucional. Un modelo que sostiene la necesidad de intervenir para potenciar el desarrollo de los alumnos y de las alumnas a partir de sus diferencias, para conseguir su formación integral, su

---

<sup>9</sup> Este último párrafo se incorpora desde una de las respuestas contenidas en “Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43 (en prensa).

evolución personal y la construcción de un modelo social común y no enfrentado, que abarque la consecución de saberes académicos y de habilidades emocionales, sociales y afectivas. Es, por tanto, un modelo de educación que va más allá de la educación mixta, y que se sostiene sobre el objetivo de alcanzar, por la educación, la superación de las desigualdades de trato por razón de sexo, presentes en la sociedad. Certo. No se incluyó este modelo en la Constitución, pero tampoco se aseguró la permanencia de la educación segregada o diferenciada por razón de sexo.

Así formulados el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, sin coeducación, sin obligación de educación mixta, sin ideario constitucional, y dejando a salvo la posición de la Iglesia y sus instituciones educativas, las únicas características conformadoras del modelo educativo sobre las que, a lo largo de estos cuarenta años, ha existido consenso entre los dos grandes partidos nacionales tradicionales (PP y PSOE) y en buena medida entre los actores políticos “periféricos” de todo signo, han sido dos: la adopción de un modelo educativo dual, en el que existe una doble red (pública de un lado y privada concertada de otro) que presta el servicio público educativo obligatorio y gratuito; y la descentralización de competencias en materia educativa, partiendo de la fijación de unas bases comunes que han sido más o menos amplias en virtud de circunstancias que, en general, no han tenido mucho que ver con el diseño del modelo educativo, sino con el diseño del modelo territorial.

Más allá de esto, todos los demás aspectos que pueden llegar a configurar un modelo educativo (metodología y objetivos predominantes, laicidad, organización curricular, evaluaciones, autonomía de los centros, educación “constitucional”...) han sido objeto de modificaciones legislativas constantes y recurrentes, y de pronunciamientos, también recurrentes, del Tribunal Constitucional. Y es que el art. 27 CE es un precepto de configuración eminentemente abierta, que deja en manos del legislador la definición progresiva del modelo educativo, y en la boca de quien tiene la última palabra interpretativa, el Tribunal Constitucional, la validación o no de las opciones del legislador<sup>10</sup>.

Y este ha sido el problema recientemente revelado, lo que nos lleva a de nuevo a la casilla de partida, es decir, a la necesidad de revisar la excesivamente poco concreta redacción del art. 27 CE.

Las SSTC 31/2018 y 74/2018 dan carta de naturaleza constitucional a la educación diferenciada por sexos, olvidando, tal y como ponen de manifiesto los votos particulares, que la educación diferenciada no se compadece adecuadamente con el principio de igualdad entre hombres y mujeres constitucionalmente reconocido. La cuestión es que la lectura combinada de ambas sentencias ofrece un cuadro preocupante. Mientras que la primera, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra varios preceptos de la LOMCE, concretamente contra el que da nueva redacción al art. 84.3 LOE, permitiendo la financiación pública de la educación diferenciada por sexos, parece mostrar deferencia con las opciones del legislador y

<sup>10</sup> Y ese cierre se ha produjo en las siguientes normas: 1) Gobierno UCD: Ley Orgánica 5/1980, de 19 de julio, del estatuto de los centros docentes (LOECE), norma que confirmó el sistema dual de educación (red pública + red privada) que introduce la Ley General de Educación de 1970. La ley es objeto de la SENTENCIA 5/1981, de 13 de febrero; 2) Gobierno PSOE: LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE); LO 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), y LO 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes (LOPEG); 3) Gobierno PP: LO 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (LOCE), objeto de las SSTC 184/2012, de 17 de octubre, 212 a 214/2012 de 14 de noviembre, y 6/2013, de 17 de enero; 4) Gobierno PSOE: LO 2/2006, Ley orgánica de educación (LOE); 5) Gobierno PP: LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), vuelve a las premisas fundamentales de la LOCE, y es objeto de las SSTC 14/2018, 31/2018, 66/2018, 49/2018, 53/2018, 67/2018 y 68/2018.

da por buena decisión de financiar los colegios segregados, la segunda, amparándose en algunos párrafos de la anterior, sostiene que existe la obligación constitucional de financiar ese modelo educativo, porque la exclusión supondría un trato discriminatorio. Si estas sentencias se hubieran pronunciado en los primeros años 80, quizá nunca se hubiera conseguido un sistema educativo mayoritariamente mixto en nuestro país, porque a nadie se le escapa que la mayoría de los colegios concertados dependientes de la iglesia católica (la mayoría) no eran mixtos a principios de los años 80 y fueron modificando el modelo presionados por el sistema de conciertos.

Ambas sentencias muestran además un cuadro sobre cuál debe ser el contenido del derecho a la educación en democracia bastante desolador, desde la perspectiva de la igualdad entre los sexos.

La primera de las dos sentencias establece que la educación diferenciada por sexos no pone de manifiesto “una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico”, porque si lo hiciera “ello situaría el análisis constitucional de la impugnación en la perspectiva del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), con el contenido y los límites que le son inherentes. Pero la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza. Por lo tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos”. También la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, establecía que los programas y orientaciones pedagógicas serían adaptados a las zonas geográficas y matizados de acuerdo con el sexo. Pero ni en el año 1970, ni en el 2018 es posible sostener que la segregación escolar por razón de sexo es una cuestión de metodología docente. Es una opción ideológica, como lo es la coeducación, solo que una se compadece mejor que la otra (o una se compadece y la otra no) con el respeto al mandato constitucional de asegurar la igualdad real de las personas y los grupos en que se integran.

Prueba manifiesta de la falacia es que en la STC 74/2018, en que se resuelve un recurso de amparo planteado por los padres de alumnos de un colegio de educación diferenciada al que se suprime por ello el concierto educativo, se estima el recurso por vulneración del derecho de los padres solicitantes de amparo a elegir el centro docente y el tipo de formación de sus hijos (art. 27, apartados primero y tercero CE). Como dice el voto particular a esta sentencia que firman Valdés y Balaguer, “queda para el lector de ambas Sentencias la ardua tarea de dilucidar si, para este Tribunal, la segregación por razón de sexo en la escuela responde a un modelo o método pedagógico que, como tal, forma parte del ideario educativo de los centros docentes, como una derivación o faceta de la libertad de creación de centros docentes (STC 31/2018) o, por el contrario, se inserta en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, en cuyo caso cabría preguntarse, lo que trató de evitar la STC 31/2018, qué convicciones religiosas o morales sustentan un sistema pedagógico en que niños y niñas deben recibir la “misma” educación pero en espacios separados. Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resulta difícil entender cómo la denegación de la prórroga de un concierto puede afectar al tipo de formación religiosa y moral que se facilita a los alumnos, cuando la denegación no se ha fundado en la clase o naturaleza de esta formación, sino en el modo en que toda la formación es impartida en el centro. Al convertir lo dispuesto en el art. 27.3 CE en un más amplio y aparentemente irrestricto derecho de los padres a elegir el centro y el tipo de

formación que desean para sus hijos, se corrige la doctrina contenida en las SSTC 133/2010, FJ 5, y 31/2018, FJ 4, abriendose una puerta que da acceso a un escenario tan preocupante como criticable desde la perspectiva constitucional”.

El problema generado por estas dos sentencias va aún más lejos. La STC 31/2018 niega que la previsión de la LOMCE de devolver los conciertos a los centros de educación diferenciada sea contraria al art. 14 CE, porque niega el carácter discriminatorio de la educación diferenciada en los siguientes términos:

“la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí. Por lo tanto, no se cumple la premisa de la que parten los recurrentes, la de que la educación diferenciada implica una discriminación. Por ello, no resulta necesario adentrarse en el análisis propuesto en el recurso, según el cual esa discriminación no estaría suficientemente justificada. Como conclusión, el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria. Por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su carácter propio, en los términos que hemos expuesto precedentemente”.

Y este argumento, sirve a la STC 74/2018 para reinterpretar el contenido inicial del art. 84.3 LOE, en la redacción que le había dado el legislador inicialmente y que excluía del concurso a los centros que discriminasen por razón de sexo, medida que había supuesto la supresión progresiva y paulatina de las subvenciones a los centros que practicaban la segregación escolar por sexo. El argumento es el siguiente:

“Comoquiera que, en efecto, “el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria” [al respecto, ampliamente: STC 31/2018, FJ 4 a)], no cabe lógicamente interpretar que la redacción originaria del artículo 84.3 LOE, al hacer referencia a la prohibición de discriminación, ha pretendido excluir ese sistema del régimen de ayudas públicas. El artículo 84.3 LOE no dispone que quedan fuera del régimen del concurso los colegios que desarrollen la educación diferenciada; prescribe simplemente que las decisiones de admisión no darán trato de inferioridad a personas o colectivos por condiciones personales o sociales como la raza, la religión, la opinión, el sexo o la orientación sexual. El precepto no añade nada a lo que ya resultaba de la propia Constitución (art. 14), por lo que la mera reiteración de la prohibición de discriminación sexual por parte del legislador orgánico no puede interpretarse como un cambio de régimen jurídico que pueda dar lugar a que el concurso previamente otorgado no pueda renovarse después en razón exclusivamente del carácter monoeducacional del centro solicitante”.

Y una reformulación obligaría a atender a lo previsto en el art. 10 CEDAW, que como tratado internacional firmado por España se erige en límite externo a las posibilidades de reforma o, cuando menos, en criterio orientador. Este precepto establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación. En este prolífico precepto se dice, entre otras cosas que se procurará “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación

que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”.

Si esto es así, es preciso determinar si la educación segregada, tal y como se identifica en España, tiende a eliminar los estereotipos de género o a consolidarlos, porque solo de este modo se podrá valorar adecuadamente la aplicación del art. 10 CEDAW. A este respecto, puede acudirse a la cita del informe del programa Eurydice de la Comisión Europea<sup>11</sup>. Este informe, basándose en datos estadísticos contrastables, determina que el ámbito de la educación diferenciada por sexo, en Europa, se circscribe al ámbito de los centros privados y confesionales (católicos, protestantes y musulmanes) y que sólo algunos países indican que la razón para la creación de este tipo de centros tiene que ver con objetivos concretos de naturaleza pedagógica. Por tanto, parece evidente que la educación diferenciada se vincula a la educación confesional<sup>12</sup>, de modo que, para asegurar con la contundencia con que lo hacen las sentencias que no hay carga ideológica en el modelo pedagógico, habría que formular un análisis más profundo, y determinar, en detalle, a qué tipo de ideario se vincula el método, verificando, a renglón seguido, si tal ideario pone de manifiesto un verdadero compromiso con la eliminación “de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino”. Quizá pueda decirse, y con muchas dudas, que no cualquier educación confesional lo hace, pero no todas lo excluyen.

En todo caso, lo que parece evidente es que la educación mixta es la más adecuada para lograr la coeducación, entendida esta como la necesidad de una intervención escolar dirigida a producir cambios hacia una mayor igualdad entre hombres y mujeres, única educación esta que estaría en sintonía con el art. 9.2 CE y con el art. 14 CE. Parece razonable pensar que, si la sociedad no funciona, en España, en espacios segregados por sexo, hay determinadas habilidades sociales, valores, capacidades y dimensiones del desarrollo de la personalidad que no pueden “aprenderse” y “entrenarse” más que si el segundo espacio de socialización, que es la escuela, reproduce esos mismos espacios mixtos como premisa de una coeducación efectiva. El voto particular de la Magistrada Balaguer Callejón, a la STC 31/2018 lo expone claramente:

“Ese razonamiento oculta la afirmación de que existen diferencias cognitivas y/o biológicas, “potencialidades propias de cada uno de los sexos” las llama la Sentencia, que justificarían que las enseñanzas de los niños, niñas y adolescentes, se impartiesen en establecimientos escolares o en aulas separadas, en todas o en algunas materias. (...) Con estas afirmaciones la Sentencia da un paso atrás en la Historia, desconociendo que las diferencias de género son meramente culturales, y que no existe base científica alguna en la consideración de una diferencia biológica, capaz de sustentar las diferencias entre las mujeres y los hombres en relación con sus capacidades intelectuales. El Tribunal Constitucional no hubiera debido considerar la razón que sustenta la segregación escolar por sexos, porque no se trata de una cuestión jurídica, sino de una cuestión científica. Y, ya que la Sentencia de la que discrepo, incurre en el error de hablar, de modo más o menos velado, de pedagogía, y no de derecho, y basa en tal reflexión, que no siempre hace explícita, el eje central de la solución del recurso en este punto, es necesario poner de manifiesto que tal razón no tiene la base irrefutable que pretende. (...) Ahora bien, muy al contrario, mientras que no existen pruebas de que las diferencias biológicas se traduzcan en diferencias a la hora de adquirir y desarrollar conocimientos o enseñanzas institucionalizadas, sí existen suficientes pruebas para defender que la segregación por sexos potencia los estereotipos de género que atentan directamente contra la

<sup>11</sup> Véase <https://ec.europa.eu/epale/es/resource-centre/content/informes-eurydice-la-estructura-de-los-sistemas-educativos-europeos-y-la> (último acceso el 7 de marzo de 2019)

<sup>12</sup> En España esto se puede verificar claramente si se analizan los colegios que ofrecen educación diferenciada. Véase <http://www.educaciondiferenciada.com/enlaces/colegios/>

igualdad material, erigida esta en principio constitucional reconocido en el art. 9.2 de la Constitución Española de 1978. Las diferencias de rendimiento académico entre los sexos, que conocen y ponen de manifiesto algunos estudios, han de ser vinculadas a condicionantes culturales y sociales, al modo en que se elaboran las pruebas en que se basan tales estudios y, sobre todo, a la autopercepción que los niños y las niñas tienen de sí mismos, y que procede de su socialización, y no a diferencias biológicas o “naturales” que tengan consecuencias cognitivas indefectibles. Es la socialización, con su sesgo predominantemente patriarcal, la que determina las diferencias de rendimiento; lo que debería llevarnos a la consideración de que no es posible sostener un modelo educativo que refuerza los estereotipos, e incide en que las “diferencias cognitivas”, no sean superadas”.

En suma con las SSTC 31 y 74/2018 el Tribunal Constitucional ha venido a consolidar un sistema que ata las manos al legislador a la hora de determinar un modelo de coeducación obligatoria, imponiéndole la financiación de la educación diferenciada en todo caso, desde la premisa (a mi juicio falsa) de que la educación diferenciada no es una educación discriminatoria. Lo que la Constitución no se atrevió a decir, en aras a lograr el consenso, lo ha dicho el Tribunal Constitucional, cuarenta años más tarde. Por tanto, o se revierte la interpretación, o se reforma la norma interpretada.

### 2.3. El mito de la democracia paritaria

“La democracia paritaria, es decir, aquella en la que hay un equilibrio de la presencia de mujeres y de hombres en todas las instituciones, es otra forma de reprender la democracia, mejorándola. Debería llevar a una colaboración de las mujeres y de los hombres, a una suerte de nuevo contrato social entre los sexos”. Se trata de “una nueva forma de organizar las relaciones sociales entre los sexos, sobre la base del igual valor y dignidad de las mujeres y de los hombres, lo que aquí se postula, y lo que se deduce lógicamente del hecho de tomar en cuenta, en la definición de la democracia, de la dualidad sexuada de la humanidad” (Sineau, 2004, p. 49).

Esta idea es, sin duda, inspiradora.

Las mujeres somos la mitad del mundo. La mitad de todo. No es una afirmación literaria o retórica. Es que somos, usando los datos más recientes del Banco Mundial el 49,55% de la población mundial; y, acudiendo a datos del Instituto Nacional de Estadística, el 50,9% de la población española<sup>13</sup>. Parece razonable afirmar, teniendo en cuenta estos datos, que no somos un “colectivo”, al que sea necesario “integrar” en un contexto gestionado por una mayoría numérica diversa a nosotras. Somos, como los varones erigidos simbólicamente en mayoría numérica sin serlo, la mitad de la población. Y por eso debiéramos ser la mitad de los sujetos de derechos y obligaciones, y la mitad de los gestores del poder y la riqueza del planeta. Pero no es así. Y no lo es porque existe una discriminación transversal, extendida y omnipresente por razón de género en la organización de la sociedad mundial, y de nuestra propia sociedad, considerada a nivel nacional, regional o local. El modelo limita el acceso al poder por parte de las mujeres. De modo que la única solución pasar por cambiar el modelo. Por cambiar las opciones políticas fundamentales que encuentran reflejo constitucional.

Hay que estar para ser y ello pasar por reservar, en un primer momento, espacios de poder para las mujeres. Son las cuotas, pero no son sólo las cuotas.

<sup>13</sup> Datos fechados en julio de 2018, y tomados de la web del INE, consultada el 15/2/2019: [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176951&menu=ultIDatos&idp=1254735572981](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176951&menu=ultIDatos&idp=1254735572981)

Primero estemos, y ello será un avance para las mujeres, pero no únicamente para nosotras sino para el conjunto de la sociedad porque nuestro talento, nuestras competencias y nuestro saber hacer colaborarán para el progreso de nuestras sociedades. Y luego seamos. Y sobre todo seamos conscientes de que determinados cambios sociales exigen una mirada feminista. No todas las que estarán tendrán esta mirada, sin duda. Y tampoco cabe duda de que algunos de los que están ya la tienen. Pero ellos no llegaron ahí gracias a un postulado feminista. En cambio, todas las que estarán deberán agradecérselo a ese mismo postulado. Y eso, sin duda, dejará su impronta y permitirá abrirle las puertas a las reflexiones subsiguientes.

Llegando a este punto de la reflexión, no faltan autores que niegan esta aproximación dicotómica, rechazando que pueda abordarse la cuestión de la reforma del sistema democrático desde una visión del mundo en dos mitades. Aranda asegura que “aquellas opciones que se decantan por la división del mundo en dos mitades rompen con el principio de igualdad construido a partir de un individuo abstracto y echan mano de un criterio irracional (entendido por tal la apelación a la naturaleza y no a la razón) poco compatible con la democracia representativa”, y alerta sobre la necesidad de “ponerse en guardia en un sistema que tiene como objetivo prioritario reforzar la racionalidad de los seres humanos y la sociedad en la que viven, sobre la base de la igualdad jurídica de derechos y oportunidades” (Aranda, 2014, p. 138).

Sin duda es cierto que la división sexual binaria del mundo es merecedora de un buen número de críticas, pero no las que le imputa este autor. Es cierto que el principio de igualdad, y la definición ilustrada del mismo, será el eje en torno al que se construirán los estados constitucionales modernos. También lo asegura Cobo: “La noción de igualdad reposa sobre la de universalidad, que, a su vez, es uno de los conceptos centrales de la Modernidad, y se fundamenta en la idea de que todos los individuos poseemos una razón que nos empuja irremisiblemente a la libertad, que nos libera de la pesada tarea de aceptar pasivamente un destino no elegido y nos conduce por la senda de la emancipación individual y colectiva” (Cobo, 2012, p. 110). Pero la cuestión es que la universalidad, “el universal”, el paradigma que define lo que es el todo, es el individuo varón con unas determinadas características. La igualdad ilustrada, no sirve, por tanto, para identificar a quienes se hallan fuera “del universal”. Y, sin duda alguna, fuera del universal nos encontramos las mujeres. Volviendo a citar a Cobo, que formula aquí una conclusión fácilmente extraíble de la lectura de *El Emilio* de Rousseau, calificada como obra necesariamente complementaria de *El Contrato Social*, “el poderoso y radical principio de igualdad de nuestro filósofo se bloquea cuando ha de ser aplicada a las mujeres. Y lo mismo ocurre con el concepto de igualdad de Locke. Hay que señalar que los dos conceptos de igualdad, el liberal lockeano y el radical rousseauiano, no consideran a las mujeres ni sujetos políticos ni sujetos de razón. En ambas teorías se argumenta que las mujeres son el ‘otro’ sexo.” (Cobo, 2012, p. 114).

Por tanto, la primera opción que se decanta por la división del mundo en dos mitades, es la opción en que se sostienen los postulados igualitarios del constitucionalismo moderno. Si asumimos este “pecado original” del constitucionalismo y de la teoría de la representación que se asocia a la democracia representativa, es más fácil entender lo demás. La democracia paritaria no es una propuesta basada en una división del mundo en dos mitades. Es una propuesta que pretende superar la “original” división del mundo en dos mitades, porque parte de la lúcida conciencia de que esa división existe. Cuestión adicional es si alcanzar la presencia paritaria supone, por sí sólo, “feminizar la política” y cambiar las reglas de ese juego político o de los mecanismos de toma de decisiones. Ese es un paso sucesivo, que nos podría llevar a hablar de los diversos postulados que sostienen las

diversas corrientes del feminismo<sup>14</sup>. Ahora no se trata de eso, sino de reflexionar sobre la “mera” presencia de las mujeres en los puestos en que se toman decisiones con trascendencia pública y política. Una presencia que, por si sola, es sumamente importante en términos de “representación descriptiva”<sup>15</sup>.

Ahora bien, más allá del carácter “virtuoso” de la democracia paritaria, que no obstante algunos niegan, cuando descendemos al fango de los instrumentos apropiados para lograr tan loable objetivo, es cuando empiezan los problemas.

Frente a la actual conformación de las listas electorales en España, que impone la presencia equilibrada por tramos en las elecciones europeas, nacionales y municipales, y en casi todas las autonómicas, se opone la demanda, cada vez más intensa y con mayor eco entre algunas formaciones políticas, de listas abiertas y desbloqueadas. Esta opción pretende ser la solución al problema de desconexión y de falta de identificación entre representantes y representados. Es decir, pretende construir un nuevo relato que sustente el principio de representación. Pero diferentes estudios muestran que el sistema electoral más beneficioso para asegurar la presencia femenina en los puestos de representación es el sistema proporcional, en el que existen circunscripciones plurinominales y listas cerradas de tipo cremallera, sin perjuicio de que la dificultad sigue estribando en el lugar en que se coloca efectivamente a las mujeres en esas listas. Por eso las listas abiertas, sin instrumentos correctores, podrían alejarnos del objetivo de presencia equilibrada, aunque no hay estudios concluyentes al respecto, pero sí una intuición intensa de que, en el escenario actual, la mayor presencia mediática de los hombres políticos que de las mujeres políticas, llevaría a la preferencia del elector por el que fuera más conocido, y por tanto, por el varón.

Entonces, ¿qué es más importante, reforzar la identificación entre representante y representado? ¿O reforzar la presencia femenina en los puestos de representación política para asegurar la presencia simbólica de las mujeres en los ámbitos clave de toma de decisiones? ¿Cómo se refuerza mejor la democracia, a través de un mandato representativo que refuerce los vínculos de compromiso político entre el que elige y el que resulta elegido, o a través de la configuración de escenarios de discusión política lo más plurales posible, lo que incluiría aumentar la presencia femenina en esos escenarios, a la par que su protagonismo? Quizá haya que encontrar la forma para combinar ambos discursos. No veo obstáculo alguno en que existan mecanismos correctores de la presencia definitiva de representantes femeninos y masculinos en las Cámaras, para el hipotético caso de que la obligación de voto paritario no fuera bastante para garantizar la presencia equilibrada. En el Senado, por ejemplo, podría condicionarse el nombramiento de los Senadores de designación autonómica a la garantía del equilibrio de género en la Cámara Alta. Limitaría ello la voluntad electiva de las Asambleas Autonómicas. Sin duda, como lo

<sup>14</sup> Elviro Aranda, en sus trabajos sobre democracia paritaria, sostiene que el feminismo de la diferencia produce una gran tensión en la democracia representativa. El interpreta que el feminismo de la diferencia no admite el concepto de ciudadanía universalista, sino que desarrolla una noción de ciudadanía diferenciadora que no se compadece con los principios de universalidad e igualdad entre todos los seres humanos en que se basa la democracia representativa. Y sostiene también, con un evidente tono crítico, que es el feminismo de la diferencia el que ofrece los argumentos en que se sustenta la idea de una “representación equilibrada” establecida de forma permanente en la legislación electoral. Pero esa conclusión, a mi juicio, es incorrecta. Se trata, primero, de estar para, estando, poder ser. La asociación entre democracia paritaria y feminismo de la diferencia responde a una asociación de ideas que, a mi juicio, es manifiestamente incompleta. En el mismo sentido crítico, y con mayor detalle, se manifiesta Salazar, 2014, notas al pie 5 y 6.

<sup>15</sup> En este sentido véase Blanca Rodríguez Ruiz, Ruth Rubio-Marín, “La democracia como democracia paritaria” en *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, coord. por Daniela Heim, Encarna Bodelón, Vol. 1, 2010, págs. 317-334.

estaría la de los electores del cuerpo electoral. La cuestión es si existe o no causa o principio constitucional que lo justifique. Y la democracia paritaria nos da una respuesta positiva.

Por otro lado, el mérito y la capacidad no son causa de exclusión de las medidas de promoción de la igualdad de género que puedan llegar a adoptarse. No se trata de escoger entre la presencia de mujeres sin mérito y capacidad, y la presencia de hombres con mérito y capacidad. Esta dicotomía es sencillamente falaz. Porque estos valores se reparten por igual entre ambos sexos. Se trata de elegir a los que tengan más mérito y capacidad, incluso aunque sean mujeres, para los puestos en que esos criterios sean relevantes, y no está claro que sea el caso de los puestos de representación política. Lo que hay que desterrar es la selección basada en criterios espurios, en afinidades políticas, o en conexiones personales. Porque, en ese ámbito, los hombres, que se conectan con más facilidad a los círculos de poder preexistentes, mayoritariamente ocupados por hombres, juegan con ventaja.

Es necesario asegurar rango constitucional a la noción de democracia paritaria. Siguiendo, de algún modo, el modelo francés, pero yendo más lejos. La paridad debiera incorporarse a la Constitución, en primer término, como principio constitucional, como complemento inescindible de la igualdad y del pluralismo político que proclama el art. 1 CE. Y desde esa naturaleza de valor superior, debería llevarse a mandato absoluto en la composición de los órganos constitucionales y, eventualmente, aunque ello supusiera mayores dificultades de articulación, a la composición de Cámaras legislativas como obligación de resultado. Actualmente la paridad actúa, en la modalidad de paridad relativa que se ha venido analizando, inspirada en la idea de presencia equilibrada de ambos sexos, como una obligación de medio para el sistema político y de resultado para los Partidos. Habría que plantearse, por tanto, un cambio de paradigma, que impusiera la paridad (absoluta o relativa) como obligación de resultado para el sistema en sí.

Es necesario, asimismo, trabajar en la promoción de la participación política activa de las mujeres, en primera línea de la política institucional, lo que exigiría revisar las relaciones entre lo público y lo privado, entre las nociones de ciudadanía y de ciudadanía (SALAZAR, 2014, 99).

Quizá existan factores de exclusión de las mujeres de la política institucional que deban ser combatidos, más allá de lo que hace al desplazamiento de las mujeres por sus compañeros dentro de organizaciones que son, como reflejo de la sociedad en que se desenvuelven, esencialmente machistas. Se ha hablado mucho de feminización de la política, pero eso no consiste solo en elevar la presencia femenina en los Parlamentos, en los Ayuntamientos, en los Gobiernos. Se trata también de trabajar sobre las dinámicas de organización del tiempo de trabajo en política, sobre el reparto de los roles, sobre la distribución de los temas de trabajo y sobre la transmisión al electorado de todo lo anterior.

Las mujeres constituimos la mitad de las inteligencias y de las capacidades potenciales de la humanidad y su infra-representación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad. Una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puede generar ideas, valores y comportamientos diferentes, que vayan en la dirección de un mundo más justo y equilibrado tanto para las mujeres como para los hombres. La infra-representación de las mujeres en los puestos de decisión impide asumir plenamente los intereses y las necesidades del conjunto de la sociedad<sup>16</sup>. Por todo lo anterior, sencillamente, es

<sup>16</sup> Tomado de la Declaración de Atenas, 1992.

necesario trabajar en la construcción de una democracia paritaria. Porque, en el siglo XXI, no podemos seguir sosteniendo que nuestros sistemas constitucionales son sistemas democráticos si esa democracia excluye de forma abierta o mediante subterfugios, como los que en estas páginas hemos tratado de exponer, a la mitad de la población. Porque el “todo para el pueblo pero sin el pueblo” que, tiempo después, ya en el s. XX, se convirtió en “todo para las mujeres pero sin las mujeres”, no resulta aceptable. Porque solo la democracia paritaria, es democracia. Es gobierno del pueblo. Un pueblo en el que también estamos nosotras.

## Bibliografía

- ARANDA, E. (2014), “El dilema de la democracia paritaria”. En: RUIZ RICO RUIZ, C. *Participación política y derechos sociales en el S. XXI*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, Colección Actas núm. 8, pp. 137-155.
- COBO, R. (2012), “Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau”, en *Avances del Cesor*, Año IX, N° 9, pp. 109-121
- FONDEVILA MARON, M. (2016), *La reforma constitucional en España*, Marcial Pons, Madrid.
- FREIXES T., GAVARA DE CARA, J.C., (2016), *Repensar la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid.
- GARCIA ROCA(coord.), (2013), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Thomson Reuters Aranzadi, Zizur Menor.
- GOMEZ FERNANDEZ, I. (2017), *Una Constituyente feminista, ¿cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, Madrid.
- GOMEZ FERNANDEZ, I. (2019), “Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43 (en prensa).
- GOMEZ FERNANDEZ, I. (2019) “Democracia paritaria y paridad electoral: conceptos básicos para alumnos de primero”. En: PALACIOS ROMEO, F. y CEBRIÁN ZAZURCA, E. (coords.), *La reforma del sistema electoral español. Análisis y propuestas*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Thomson Reuters Aranzadi, Zizur Menor.
- GRUPO DE INVESTIGACIÓN INTERUNIVERSITARIO DEMOCRACIA+ (2012), *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis*, Sequitur, Fundación CEPS, Valencia.
- MORODO, R., (1984), *La transición política*, prólogo de Alfonso Guerra, Tecnos, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, M., (2016), *Vieja y Nueva Constitución*. Editorial Crítica, Barcelona.
- ORDÁS, D., CORTIZO, J., (2013), *España se merece...una Re-Constitución*, Editorial Zumaque, Jaén.
- PEREZ ROYO, J., (2015), *La reforma constitucional inviable*, Catarata, Madrid.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., RUBIO-MARÍN, R. (2010), “La democracia como democracia paritaria”. En: HEIM, D. y BODELÓN, E. (coord.), *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol. 1, pp. 317-334.
- SINEAU, M. (2004), *Parité-Le Conseil de l'Europe et la participation des femmes à la vie politique*, Consejo de Europa, Alemania, disponible en línea en la siguiente dirección electrónica: [https://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/Key-Texts/03\\_Summaries\\_of\\_all\\_Publications/Genderware\\_fr.pdf](https://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/Key-Texts/03_Summaries_of_all_Publications/Genderware_fr.pdf) (fecha de consulta: 7 de marzo de 2019).

## Rethinking punishment

Leo Zaibert

(2018) Cambridge University Press, Cambridge, 265 pp.

Jerónimo Betegón Carrillo\*

Universidad de Castilla-La Mancha

[Jeronimo.Betegon@uclm.es](mailto:Jeronimo.Betegon@uclm.es)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4709>

### Comentando A Leo Zaibert: *Rethinking Punishment*

En un momento dado de *Rethinking Punishment* (2018), el libro de Leo Zaibert a cuyo comentario se dedican las siguientes páginas, se recuerda a Jonathan Dancy quien, en su *Ethics Without Principles* (2004), confiesa que éste no es un libro sobre la complejidad de la vida, ni sobre las sutilezas del pensamiento moral, sino sobre cómo operan las razones, que trata, por tanto, de teorías acerca de cómo debemos entender las razones para actuar y no sobre la vida. Este último es el libro que probablemente le hubiera gustado escribir a Dancy pero reconoce no haberse sentido capaz de acometer tamaña empresa. Con su libro Zaibert desafía este reto, reduciendo la escala. No pretende aquello que dice Dancy que le hubiera gustado hacer, sino que su interés lo limita a una pequeña *porción* de la vida (“a slice of life”), la relativa a ese aspecto de la vida que tiene que ver con hacer sufrir a la gente por sus malas acciones. El objetivo que va a perseguir a lo largo de este trayecto va a consistir en mostrar cómo la literatura contemporánea que se ha centrado en el problema de la justificación del castigo ha asumido generalmente que la vida es algo más sencillo de lo que en realidad es, cómo esto ha afectado el resultado de esos esfuerzos continuados de justificación, y de qué modo un pluralismo axiológico puede ser la mejor terapia para mostrarnos una salida a una situación de práctico *impasse* (pp. 56 y 57).

Bajo este diagnóstico Leo Zaibert trata de abrir ventanas que aporten aire fresco a la vieja polémica en torno a la justificación del castigo y remedien la más joven constatación acerca de que este enfrentamiento entre “teorías” del castigo se encuentra en una situación de estancamiento intelectual. El debate secular concerniente a la justificación del castigo, protagonizado por retribucionistas y consecuencialistas dibuja, en su versión estándar, un contraste de posiciones sobradamente conocido: quienes defienden que aquel solo se justifica por ser *merecido* frente a quienes hacen depender tal posibilidad de justificación de las supuestas o conocidas *consecuencias* positivas que depare el mismo. A las anteriores se han ido añadiendo aquellas otras que consisten en propuestas conciliatorias o *mixtas*, y que trataban de acoger y articular los enfoques más atractivos de cada una

\* Catedrático de Filosofía del Derecho.

de aquellas teorías tradicionales respecto de los diferentes aspectos del complejo problema de “castigar”. El resultado no fue el querido. Para Zaibert, antes que poner de manifiesto las claves del desencuentro, dichas teorías, generalmente, han añadido más calor que luz al debate.

Las razones y argumentos defendidos por ambas posiciones han sido expuestos y discutidos, puede decirse que hasta la saciedad. El ensayo de propuestas alternativas que permitieran salir de este punto muerto al que había llegado la discusión concentró su atención, desde hace ya unas décadas, en las posibilidades que a este fin podía ofrecer un supuesto “nuevo retribucionismo” que no tenía por qué desdeñar la intrusión en su argumentario de consideraciones teleológicas. Este “retribucionismo teleológico”<sup>1</sup> se ha revelado extraordinariamente fértil y ha generado, en las últimas décadas, un número generoso de propuestas. Hace ya años, un artículo, confirmatorio de lo anterior, daba cuenta de nueve propuestas diferentes que sus autores etiquetaban como “retribucionistas” (Cottingham, 1979)<sup>2</sup>. En las líneas iniciales de este trabajo J. Cottingham señalaba con acierto cómo la etiqueta “retribucionista”, a la luz del estado de la discusión, ya no cabía entenderla como alusiva a una teoría con un significado simple y más o menos diáfano. Bien al contrario, el uso actual del término en el lenguaje filosófico se había vuelto altamente impreciso y ambiguo. Es más, para algunos, eran propuestas que venían a mostrar cómo el marco clasificatorio que se había empleado tradicionalmente para ordenar los límites de la discusión se había tornado inadecuado, porque se trataba de versiones que descansaban en estructuras justificatorias claramente consecuencialistas que mostraban al retribucionismo como un “subtipo” de esta teoría; un retribucionismo consecuencialista que podía ser significativamente contrastado, para su discusión, con un consecuencialismo no-retribucionista.

No cabe esperar que problemas morales complejos encuentren soluciones sencillas capaces de suministrar una única respuesta, lineal y correcta. La vida de un sujeto moral es enormemente compleja y las respuestas a los problemas y dilemas que enfrenta a lo largo de su vida en sociedad no pueden ser provistas desde una única -pretendidamente coherente y ordenada- doctrina moral que nos indique qué es lo debido en cada situación y cuál es el curso de acción correcto. Parece obvio. Y, sin embargo, con frecuencia el discurso filosófico-moral ha querido ignorar este hecho, aspirando a formular criterios de ética normativa y razones para la vida práctica dirigidos a situaciones que, por su complejidad, no admitían tal homogeneidad de criterio.

En el sentido de lo dicho ahora Zaibert reclama atención, desde las páginas iniciales del libro, al tipo o tipos de problema que el castigo plantea. Mientras que, a lo largo del tiempo, una extensa serie de filósofos concentró sus esfuerzos en ofrecer aquella explicación que consideraban moralmente adecuada respecto del castigo, de las razones que podían justificar la práctica del mismo así como de la carga de sufrimiento que comporta, la cuestión principal, de orden teórico, no ha sido debidamente atendida en el ámbito de la filosofía penal. Si queremos que tenga sentido la aparentemente sencilla distinción entre *retribucionismo* y *consecuencialismo*, y si -como dice Zaibert- ello ha de servir de ayuda para progresar en el debate relativo a la justificación del castigo, entonces aquel debe ser enmarcado

<sup>1</sup> Es, por ejemplo, la denominación empleada por G.Ezorsky en la útil recopilación de textos que lleva a cabo en *Philosophical Perspectives on Punishment*, State University of New York Press, Albany 1972.

<sup>2</sup> Por su parte, unos años más tarde, en una nueva edición de su libro, T. Honderich introducía un *Postscript* dedicado al nuevo retribucionismo y sus propuestas (en *Punishment. The Supposed Justifications*, Pelican Books, 1984).

dentro de la distinción más general, bien establecida en la filosofía moral, referida a dos niveles de análisis: el *axiológico* y el *deóntico*.

El primero de ellos, es el nivel adecuado para el estudio de toda cuestión teórica que tenga que ver con la noción de valor o de lo que es considerado valioso o bueno. El segundo, el nivel deóntico, debe suministrarnos una guía para actuar de un determinado modo, relativa a lo que debemos hacer con nuestros derechos, deberes y obligaciones, y esto en un sentido esencial o decisivo que está ausente cuando adoptamos una perspectiva estrictamente axiológica.

A la luz de esta contraposición axiológico-deóntico, Zaibert defiende que el retribucionismo es necesariamente una doctrina axiológica, y no deóntica, del castigo. Si la discusión acerca del castigo se ha ocupado típicamente del análisis de las razones que lo pueden hacer aceptable o de la existencia de una obligación de castigar al responsable de una ofensa, abordar su estudio en términos axiológicos, desde la teoría de los valores, supone un giro relevante en el tratamiento del problema. Los defensores de una visión retribucionista del castigo podrán seguramente discrepar acerca de las implicaciones deónticas de su compromiso axiológico pero no poner en cuestión la bondad intrínseca del castigo merecido. Este carácter intrínsecamente valioso no puede ser ignorado y, en este sentido, el compromiso axiológico “se revela como absolutamente esencial al retribucionismo”; si uno no acepta tal compromiso no podrá considerarse retribucionista (Zaibert, 2018, p.15). Es este compromiso el que es negado por las teorías consecuencialistas y es este desacuerdo esencial el que define los términos del debate entre retribucionistas y consecuencialistas. La distinción entre lo axiológico y lo deóntico nos suministra de este modo un marco teórico poco explorado desde el que reconsiderar un debate que ahora, de acuerdo con Zaibert, se nos presenta en clave axiológica.

Probablemente, uno de los aspectos más discutibles de la propuesta de Zaibert esté directamente relacionado con esta cuestión y con la presumible escasa atención que se reclama hacia el aspecto axiológico del castigo en su relación con la vertiente deóntica. Cuál sea la medida en la que ambas dimensiones se relacionan, el peso de cada una de ellas en la relación que se establece entre lo axiológico y lo deóntico, entre las cuestiones puramente teóricas y las que tienen una consideración práctica, es algo que cabe preguntarse a la luz del planteamiento introducido y que surge en más de una ocasión conforme se avanza en la lectura del libro. Sobre ello volveré más adelante.

Si se reconoce que la preocupación característica del utilitarista se ha concentrado, a la hora de evaluar y dar cuenta de la práctica de castigar, en el aspecto predominantemente deóntico, es decir, en los fines y objetivos que creemos debe alcanzar y procurar aquella práctica, podemos entender fácilmente que el debate se haya entablado entre la que debe ser reconocida como una doctrina esencialmente axiológica (retribucionismo) y otra que ha de contemplarse a sí misma como esencialmente deóntica (consecuencialismo). Zaibert cree que distinguir de este modo entre ambas doctrinas, cambia el foco de la discusión y probablemente pueda ayudar “a explicarnos -y a veces a explicar-” algunos de los enojosos problemas que han rodeado los términos del debate acerca de la justificación del castigo (2018, p. 18).

Uno de los argumentos centrales que sostiene la estructura de *Rethinking Punishment*, en línea con su objetivo de renovar la discusión acerca del castigo y, más concretamente, suministrar las claves que permitan sacar la discusión del punto de estancamiento en que pueda encontrarse, es el de la distinción entre teorías *monistas* y *pluralistas*. Tanto el utilitarismo hedonista como el retribucionismo deóntico

-del tipo del que ha sido defendido tradicionalmente- serían teorías claramente monistas. Que una teoría sea calificada de monista en el contexto aludido adquiere el carácter de acusación a un reduccionismo que hace caso omiso de la complejidad y riqueza características de la vida moral y considera que toda cuestión con relevancia normativa solo puede ser adecuadamente resuelta bajo la aplicación de un único principio o criterio. El conjunto de propuestas que comparte la etiqueta “monista”, bajo el escrutinio de Zaibert, es sorprendentemente amplio. A él pertenece, obviamente, el utilitarismo hedonista por hacer del placer o bienestar lo único intrínsecamente valioso y criterio de corrección de todo lo demás. También parece claro que un retribucionismo kantiano formaría parte de aquel, ya que hace primar la noción de deber sobre todo las demás y, en referencia al ámbito del castigo, afirma el valor intrínseco del castigo que es merecido por su relación estricta con la ofensa cometida.

Ambas doctrinas priman diferentes tipos de bien: lo bueno o lo correcto o -lo que es lo mismo- minimizar el sufrimiento o realizar lo correcto en tanto que debido. Pero Zaibert advierte también de algo que, sin embargo, resulta común a ambas: la similitud de la que podríamos considerar que es su estructura axiológica, es decir que “el papel que desempeña la reducción de sufrimiento en el seno de la axiología de los enfoques utilitaristas es bastante parecido al papel que juega la justicia en los enfoques kantianos. En cada caso tenemos un valor privilegiado que excluye completamente todos los demás valores” (2018, p. 90).

Zaibert no lo deja ahí, sino que amplía con generosidad el listado de teorías monistas e incapaces, por tanto, de dar cuenta de la pluralidad de valores que necesariamente están presentes en una teoría del castigo adecuada. De este modo, las propuestas que podemos considerar mixtas porque han pretendido conciliar al retribucionismo kantiano con el utilitarismo hedonista -como las que fueron defendidas por Hart o Rawls- o el llamado retribucionismo lógico de Quinton, serían igualmente monistas. No termina aquí esa nómina de propuestas que presuntamente incurren en este reduccionismo: muchas de las que al comienzo se han identificado como integrantes de un “nuevo retribucionismo”, del que Michael Moore sería uno de sus representantes más sobresalientes, así como la teoría comunicativa del castigo tal como es defendida por R.A. Duff y otras, como las realizadas por T. Scanlon o M. Nussbaum también integrarían aquella.

Aun cuando uno pueda albergar dudas acerca de lo anterior, es decir, hasta qué punto toda esa diversidad de enfoques puedan ciertamente incurrir en el tipo de problema que cree advertir Zaibert, haciéndolos estériles y vacuos, debe asumirse que un enfoque pluralista es adecuado para dar cuenta del problema de la naturaleza y justificación del castigo ya que se trata de teorías que admiten una axiología más rica y una pluralidad de valores coherente con la riqueza de la experiencia moral propia de la vida humana. Desde este punto de vista, un retribucionismo axiológico asume el valor intrínseco del merecimiento en su relación con el castigo, pero también, en cuanto teoría pluralista, no tiene por qué hacer del sufrimiento merecido lo único valioso del castigo, ni que el valor de aquel sea invariablemente negativo. Un apoyo a esto último lo encuentra en la obra citada de Dancy cuando afirma que en el reino de los valores no encontramos nada constante y si lo hay, es una suerte de anomalía porque todo -al menos en principio- es contextualmente dependiente (Dancy, 2004, p. 168)<sup>3</sup>.

La expansión hacia una teoría pluralista que necesariamente pasa por obrar una suerte de desmitificación del valor absoluto que el retribucionismo deóntico clásico ha atribuido al sufrimiento, es llevada a cabo por Zaibert recurriendo al

<sup>3</sup> Citado por Zaibert (pág. 53).

principio de las *unidades* o los *todos orgánicos* que propuso G.E. Moore en sus *Principia Ethica* (1903, cap. 1, secc. 18, 19; cap. 6, secc. 128, 130). La idea acerca de que el valor de una *unidad* o un *todo orgánico* está en función, o es dependiente, del valor de la relación que pueda existir entre las partes que lo componen la toma inicialmente de Brentano para, a continuación, seguir la tesis parecida de Moore relativa a que un todo orgánico tiene un valor intrínseco que es cuantitativamente diferente a la suma del valor de cada una de las partes que lo integran; de este modo, un todo formado por algo valioso y algo indiferente podría, desde este punto de vista, tener un valor inmensamente mayor que lo que es valioso por sí mismo, del mismo modo que dos cosas que son malas, o una mala más una indiferente o neutra podrían constituir un todo mucho peor que la suma de la maldad de cada una de las partes que lo integran. Con independencia de cómo decidamos las cuestiones particulares, el principio que Moore defiende parece claro: no se puede asumir que el valor de un todo complejo sea equivalente a la suma del valor de las partes que lo integran. Y este principio, aplicado al ámbito que nos interesa, es decir, el referido a una consideración axiológica y retribucionista del castigo, ofrece una explicación adecuada, según Zaibert, de por qué el castigo merecido es algo valioso: un todo orgánico en el que un ofensor sufre en la medida del merecimiento contraído puede tener un valor intrínseco mayor que aquel otro en el que, siendo todo lo demás idéntico, ese mismo ofensor no padece tal sufrimiento aun mereciéndolo (2018, p. 42). El demérito inherente a la realización responsable de la ofensa sería algo, por tanto, que introduce una suerte de orden (pp. 44 y 45), la trama que une coherentemente las partes del relato acerca de la justificación del castigo. En definitiva, la noción de mérito da sentido -significado- a aquel todo orgánico en el que figure, y esto a su vez genera valor intrínseco o “no medicinal”, como dice Zaibert (2018, p. 43).

Ahora bien, la medida de este valor que aporta el mencionado orden y significado que impone la presencia de lo merecido en un todo orgánico y el modo en que todo ello pesa en la justificación del castigo, es algo que, sin embargo, deberemos aceptar que queda confinado en la esfera del conocimiento puramente intuitivo, siendo improbable que pueda alcanzarse un mayor nivel de precisión. Es cierto que en un nivel de análisis conceptual se ha considerado reiteradamente que tanto la presencia de sufrimiento o como la de culpabilidad debería ser tomados como rasgos de necesaria presencia para un uso apropiado del término. Para C. Nino, por ejemplo, el sufrimiento que el castigo implica “es un efecto intencional del acto de recurrir a él”, y es precisamente esto lo que está ausente en otro tipo de medidas coactivas que pueda adoptar el Estado, como la cuarentena, en la que el sufrimiento que comporta su imposición debe entenderse como un mero subproducto y no constituye parte esencial de la razón para recurrir a ella (Nino, 1980, pp. 203 y 204).

Fuera de esta certeza semántica y de la convicción acerca de que el sujeto responsable de una ofensa debe sufrir por lo realizado, en el sentido de que esto sería moralmente inobjetable, creo que sí genera problemas ir más allá de este punto. Así deberemos contar con que las afirmaciones acerca del presunto mayor valor moral que representa una determinada situación, considerando todos los factores que la constituyen, pueden verse afectadas por su excesiva deuda respecto de un conocimiento puramente intuitivo. Aun cuando Zaibert, como ya se ha dicho, mantiene desde el comienzo que el debate acerca del castigo debería centrarse en consideraciones axiológicas, un mayor desarrollo de las implicaciones deónticas a la luz del análisis axiológico ayudaría a entender mejor el significado de muchas de las afirmaciones que se hacen. Es cierto que algún momento del libro se asume abiertamente esta posible carencia: en la medida en que se defiende un pluralismo axiológico que parte del reconocimiento de la complejidad de la vida moral surge un

cierto escepticismo acerca de la posibilidad de generar pautas de actuación, ya sea respecto de situaciones concretas o en general (Zaibert, 2018, p. 165).

Es cierto que una teoría del castigo no tiene que preocuparse exclusivamente de cuestiones prácticas, relacionadas con cómo actuar respecto de cuestiones como puedan ser el momento o la oportunidad del castigo y el de su medida o cuantía (Zaibert, 2018, p. 167), pero también es difícil concebir que una pretendida reconsideración del problema de la justificación del castigo, que parte de la crítica -creo que fundada- a un enfoque reduccionista y parcial que ha mostrado de modo pertinaz su incapacidad para dar respuesta a la complejidad de la vida moral y, en consecuencia, a la diversidad de factores y escenarios que reclaman ser evaluados, no aborde más resueltamente la cuestión crucial acerca del quién y el qué del castigo merecido.

Como debe resultar obvio por lo dicho hasta ahora, un punto de vista pluralista, como el que defiende Zaibert, asume desde el inicio la tesis acerca de que el castigo es necesaria y moralmente dilemático, desde el enfoque teórico y axiológico y no medicinal o instrumental que se adopta (2018, p. 23). Y esta naturaleza dilemática se muestra cuando lo que se propone es que debemos reconocer tanto la bondad intrínseca del castigo merecido -descartando así que el sufrimiento que comporta pueda ser un mal necesario- como el valor intrínseco que reside en el perdón o en acciones de misericordia o de clemencia, en cuanto acciones que se manifiestan como contrarias y en tensión con la de castigar. Una teoría pluralista debe ser capaz de albergar las dos nociones anteriores en un sentido que no resulta asequible a una teoría monista, que trata de dar respuestas, como ya se ha dicho antes, desde un único principio, criterio o deber. Para ser considerado un pluralista en el sentido aludido por Zaibert, "no es suficiente reconocer una pluralidad de valores. Uno tiene asimismo que creer que el sufrimiento merecido es valioso y que su remisión misericordiosa también es valiosa" (2018, p. 17). Perder de vista esta relación dilemática entre el valor del perdón y el valor del castigo no supone solo el error que pueda residir en pasar por alto el valor de uno o de otro sino un error mayor, como es no tomar en consideración toda una dimensión del bien.

Si bien deba aceptarse que una concepción pluralista está abocada a enfrentar una infinidad de dilemas que la complejidad de factores de la vida moral plantea de manera necesaria, son dos los valores seleccionados -referidos ambos al ámbito de la teoría del castigo- para evidenciar las carencias de una justificación monista: el castigo merecido y el perdón. Es cierto que son antitéticos. Es también cierto que probablemente son los más importantes (2018, p. 30). Pero ello no resta razón a la sospecha de que sobre el planteamiento pesa una considerable carga estipulativa. Además, da la impresión de que una vez que surge el dilema las posibles soluciones al mismo difícilmente pueden ser adoptadas haciendo abstracción de un cálculo de consecuencias.

El ejemplo traído por Zaibert no se resiste, por su atractivo, a ser brevemente introducido en estas líneas. En la novela *Billy Budd, marinero*, Melville nos narra la situación que se vive en el barco *Bellipotent* cuando Billy Budd, un marinero bien parecido, ingenuo y honrado, que adolece de un defecto en el habla, es acusado de manera injusta por el maestro armero, John Claggart, tipo rudo que le profesa a Billy una antipatía profunda y espontánea desde el primer momento de su convivencia en el barco. Esta acusación y la incapacidad del marinero para defenderse desata la violencia, y un golpe fatal propinado por *Billy* provoca la muerte no intencionada de Claggart. El capitán Vere debe adoptar una decisión y después de celebrar a bordo un juicio sumarísimo ordena, tras una torturante deliberación interna, la ejecución del marinero. Muy posteriormente, en su lecho de muerte, los allegados que le rodeaban

en los momentos posteriores de su vida escuchaban a Vere susurrar el nombre de Billy Budd, en una muestra indudable de la pesada responsabilidad y del sentimiento de culpa que le habían acompañado durante todos los años que habían transcurrido desde aquel suceso.

El argumento de la novela de Melville es utilizado por Zaibert para mostrar la tensión entre el castigo y el perdón, cuando el castigo es definido en términos de sufrimiento y el perdón significa la remisión de ese sufrimiento y cuando ambas acciones, castigar y perdonar, poseen un valor inherente, en tanto que la imposición de un castigo merecido depara justicia y el perdón contribuye a la disminución de aquel sufrimiento. Una vez más, ¿a cuál de estos dos cuernos del dilema hemos de conceder un mayor peso? Zaibert se lo pregunta desde el inicio (2018, p. 3) y afirma que en una teoría pluralista este dilema no se evapora por tratarse de un castigo justificado, contrariamente a lo que ha sido generalmente asumido por las teorías monistas. En el ejemplo de la novela de Melville, Vere actuaba de manera incorrecta aunque castigar a *Billy Budd* podía estar justificado. Por el contrario, tanto el retribucionista como el utilitarista están comprometidos, si quieren ser coherentes, con sus respectivos y únicos criterios desde los que deben deducir la respuesta correcta.

Es cierto que el capitán Vere podía estar enfrentado a un genuino dilema moral en el sentido de que ninguno de los posibles cursos de acción era correcto. En este sentido, la decisión que se adopta deja necesariamente restos -manchas morales como prefiere Zaibert- en forma de arrepentimiento, de sentimiento de culpa, de angustia genuina. El tipo de justificación que provee una teoría pluralista, que ha de enfrentar dilemas como el narrado por Melville, convierte la decisión de castigar en una decisión que necesariamente *ensucia las manos* de quien castiga. Zaibert considera que sería saludable si los teóricos del castigo reconocieran que cuando castigamos -aun justificadamente- “perdemos parte de nuestra inocencia”, y aun cuando esto no haya de entenderlo en los dramáticos términos en los que se nos narra la decisión que adopta Vere, no debemos desentendernos de que “quien castiga tiene como ocupación hacer sufrir a la gente, y esta ocupación, aun cuando el sufrimiento sea merecido (o sea medicinalmente útil) no puede ser realizada -aun admitiendo diferentes grados- sin ensuciarse uno las manos” (2018, p. 231).

El carácter dilemático propio de una teoría del castigo está bien presentado por Zaibert. El ejemplo elegido es atractivo, como ya he señalado, porque plantea de manera cruda las cartas con las que juega quien ha de tomar la decisión de castigar. La tesis de que castigar justificadamente, en cierta medida, nos contamina moralmente también debe ser considerada una tesis apropiada que contribuye a desmitificar la idea del valor intrínseco del castigo, y todo esto aun cuando se nos muestre que el trasfondo del trágico dilema que le toca vivir al capitán del barco está fuertemente trufado de emociones. Probablemente existían más alternativas que la creada en la ficción de Melville, como podía ser un juicio con garantías una vez arribados a puerto. Arribar a puerto tal vez hubiera dotado a la novela de mayor realismo y menor dramatismo. Hubiera sido otra novela, seguramente peor. Pero las experiencias de la vida moral de las que Zaibert pretende dar cuenta, aunque sea de esa pequeña porción de vida a la que ya se ha aludido páginas atrás y que tiene que ver con el valor inherente a hacer sufrir a la gente por sus ofensas, exige probablemente algo más en el sentido, nuevamente, de indicaciones acerca de cómo actuar.

Cuando hablamos del dilema entre castigar y perdonar es fácil colocarse en las situaciones que pretende informar la llamada justicia transicional. Y es obvio que los contextos en los que son aplicados los esquemas de actuación propios de la justicia transicional son escenarios en los que también las emociones están muy

presentes. La caída definitiva de un régimen autoritario o tiránico suele suscitar emociones muy intensas, pero probablemente encontradas o de signo opuesto, tanto positivas como negativas. J. Elster nos recuerda, a modo de ejemplo de lo anterior, cómo tras la liberación en Francia, al igual que sucedió el 8 de mayo de 1945 en otros países que se encontraban bajo ocupación alemana, se desató un júbilo generalizado. Más recientemente, la caída del muro de Berlín concitó igualmente un entusiasmo generalizado y la ciudadanía se echó a la calle a celebrarlo aquella noche del 9 de noviembre de 1989. De modo prácticamente simultáneo a esas explosiones de júbilo popular las transiciones pueden y suelen provocar furiosas emociones de ira y deseo de venganza contra los recién derrocados gobernantes y principales agentes del régimen anterior. Y si algo resulta evidente, luego de un cambio de régimen, es el influyente papel que este conjunto de emociones juega en la determinación de los procedimientos mediante los cuales construir un nuevo y mejor sistema de gobierno (Elster, 2006, p. 253). No debemos ignorar, por tanto, que las emociones asociadas a la ira que suscita la actuación de los gobiernos tiránicos son emociones que, de manera prioritaria, demandan una respuesta retributiva.

Como es sabido la expresión *justicia transicional*, tan recurrentemente empleada, alude a una serie amplia de prácticas, procedimientos y arreglos institucionales cuyo objetivo, dentro de los límites impuestos por el Derecho Internacional, es facilitar a las sociedades que han estado o están inmersas en conflictos violentos o regímenes dictatoriales, la transición hacia una situación de paz duradera, democracia y respeto de los derechos humanos. Es una noción de justicia claramente contextual y, por esto mismo, resistente a una teorización. Cada conflicto, cada contexto determinado con sus propias circunstancias políticas, económicas y sociales demanda una comprensión y propuestas de solución diferentes. Ruti Teitel (2003) ha elaborado una especie de cronología de la justicia transicional que, más que organizar el desarrollo de un modelo a lo largo de períodos temporales, nos habla de posibles modelos justicia transicional y de su relación con conflictos o familias de conflictos habidos a lo largo de los últimos 75 años. No es este el lugar apropiado para adentrarme en el estudio del interesante proceso al que aludo ahora pero sí creo que interesa a los efectos de señalar cómo una teoría pluralista del castigo que aspire también a mostrar una vertiente deontica adecuada deba probablemente ocuparse del dilema que enfrenta los polos de la justicia y la paz, del castigo merecido y retributivo frente a las exigencias de la paz y el respeto a los derechos humanos. Creo que así planteado el dilema puede ser más comprehensivo y abarcador de situaciones empíricas posibles, o responder a un mayor número de mundos posibles, de *todos orgánicos* en el sentido *mooreano*.

La tesis anterior vendría a situar las diferentes opciones de solución transicional en una situación postconflicto entre los extremos o polos del dilema, el castigo retributivo (respuesta de lo que podría ser identificado como modelo Nuremberg en la postguerra de la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial) y el perdón o amnistías políticas (modelo seguido, por ejemplo, en la transición española iniciada después de la dictadura que se implantó al final de la guerra civil de 1936/39). Entre ambos extremos, en diferentes puntos de ese imaginario segmento se sitúan fórmulas en las que se combinarian en diferente medida los castigos frente a los perdonos u otras medidas propias de la justicia transicional<sup>4</sup>. Cada solución arroja una combinación diferente de factores, en función de la presencia o peso que en cada *todo transicional* tengan las medidas consistentes en castigos retributivos frente a los perdonos y el

<sup>4</sup> Esta explicación junto a una clasificación de los diferentes modelos de justicia transicional que son el resultado de combinar las exigencias de justicia con soluciones de paz negociada se encuentra en R. Uprimny, R., y Lasso, L. M. (2004), *Verdad, reparación y justicia en Colombia*, en E. Borda. (et. al), *Conflictos y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Fundación Social-Fundación Ebert-Embajada de Alemania, Bogotá.

resto de instrumentos propios de la justicia transicional. Ninguno de los dos polos, castigos retribucionistas o perdones (amnistías), serían soluciones propiamente transicionales porque no son el resultado de una combinación de propuestas de diferente índole, sino de la opción entre dos criterios o soluciones monistas: castigo u olvido.

Lo anterior puede corroborar cómo una teoría axiológica que toma en consideración el valor intrínseco del castigo merecido y del perdón, así como otros factores relevantes a una situación determinada, puede también proveer indicaciones respecto de la toma de decisiones. El mapa de posibles opciones o alternativas puede ampliarse respecto de lo apuntado hasta el momento: piénsese, por ejemplo, en el valor de la llamada justicia restaurativa como mecanismo dirigido a establecer la verdad y propiciar el perdón entre víctimas y victimarios.

No cabe duda de que el libro de Zaibert es rico en propuestas, sugerentes e intelectualmente provocadoras. Las tesis que plantea y defiende suponen una auténtica renovación de los términos de la discusión contemporánea tal como esta ha venido siendo planteada desde que hace ya unas cuantas décadas, aproximadamente desde que a finales de los años treinta del pasado siglo se reabriera el debate en el ámbito de la filosofía moral inglesa y norteamericana. El paso a un enfoque axiológico, el cambio de perspectiva que ofrece un pluralismo metodológico, el recurso a Moore y a su doctrina de los todos orgánicos en apoyo de dicho pluralismo y como modo de atemperar el valor intrínseco del sufrimiento y matizar la tesis de su carácter invariable, la presencia del perdón como alternativa siempre presente y en tensión dilemática respecto del castigo merecido son cuestiones todas ellas que conceden plena credibilidad al título del libro. Debemos agradecer a Leo Zaibert su útil reconsideración del castigo, y esperamos que las vías que ahora abre relancen y renueven este viejo debate.

## Bibliografía

- DANCY, J. (2004), *Ethics without Principles*, Clarendon Press, Oxford.
- ELSTER, J. (2006), *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, ed. Katz, Buenos Aires.
- EZORSKY, G. (1972), *Philosophical Perspectives on Punishment*, State University of New York Press, Albany.
- HONDERICH, T. (1984), *Punishment. The Supposed Justifications*, Pelican Books, Harmondsworth.
- MOORE, G. E. (1903), *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge.
- NINO, C. (1980), *Los límites de la responsabilidad penal*, ed. Astrea, Buenos Aires.
- TEITEL, R. (2003), *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, vol. 16, pp. 69-94.
- UPRIMNY, R., y LASSO, L. M. (2004), "Verdad, reparación y justicia en Colombia". En: BORDA., E. (et. al), *Conflictos y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Fundación Social-Fundación Ebert-Embajada de Alemania, Bogotá.
- ZAIBERT, L. (2018), *Rethinking punishment*, Cambridge University Press, Cambridge.

## Rethinking punishment

Leo Zaibert

(2018) Cambridge University Press, Cambridge, 265 pp.

Daniel Rodríguez Horcajo

Universidad Autónoma de Madrid

[daniel.rodriguez@uam.es](mailto:daniel.rodriguez@uam.es)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4710>

*Sufrimiento merecido y perdón del mismo: ¿retribución o consecuencias?*

### 1.

En esta monografía, el Profesor Zaibert aborda una nueva propuesta para romper con la situación de tablas en la que se encuentra la discusión sobre la teoría de la pena (p. 3), asumiendo que el abolicionismo no es “un escenario realista [ni] deseable” (p. 208). En todo ello no se puede estar más que de acuerdo con él. Las distintas visiones estandarizadas sobre la justificación del castigo estatal muestran una incapacidad de sobreponerse a las críticas que tradicionalmente han recibido, pareciendo que entonces ninguna teoría de la pena tiene “movimientos adicionales” que realizar y ninguna puede ser declarada vencedora en esta partida<sup>1</sup>. Por otro lado, la misma complejidad de la realidad social indica que las propuestas abolicionistas, más allá de su compromiso sincero con la búsqueda de la igualdad y con la minimización del poder coactivo estatal, no resultan del todo plausibles. Aunque gran parte del control social se alcance por mecanismos informales, la existencia del Derecho penal como *ultima ratio* hace que el escenario de la vuelta a la venganza privada sea menos probable que en un contexto en el que los conflictos sociales se solucionan de manera exclusivamente descentralizada.

### 2.

El fondo de este trabajo, que profundiza el que ya sostuvo en su *Punishment and retribution* (2006), gira en torno a dos conceptos que se repiten a lo largo de toda la obra: axiología (y no deontología), pluralismo (y no monismo). Su teoría es axiológica (2018, pp. 12 ss.) porque defiende el valor que ciertas ideas tienen en sí mismas, sin derivar de allí en ningún caso una obligación absoluta de actuar en un determinado sentido. Ello se encuentra relacionado con su defensa del pluralismo (pp. 15 ss.), pues Zaibert entiende que no se puede reconocer un único valor moral supremo, sino que la moralidad se caracteriza por la existencia de situaciones de colisión entre distintas instituciones valiosas en sí, debiéndose realizar una comparación y optar por la que tenga mayor peso en cada situación específica. En particular, su teoría de la pena es

<sup>1</sup> Mi sensación cuando realicé una aproximación inicial a este tema fue idéntica, lo que me llevó a calificar la situación con el mismo símil ajedrecístico (vid. Rodríguez Horcajo [2016], p. 303).

una “teoría axiológica y pluralista de la retribución”, ya que considera que tanto la imposición de un sufrimiento merecido como el perdón del mismo (derivados, respectivamente, de las ideas de justicia y empatía) son instituciones valiosas que hay que analizar de forma conflictiva, viendo cuál de las dos prevalece en cada caso concreto (por eso no entiende justificado en todo caso la imposición del sufrimiento merecido ni el perdón del mismo). En palabras del propio autor: “Hay muchas razones por las que a veces abstenerse de castigar a un sujeto que lo merece por una previa conducta injusta es más valioso que castigarle – incluso si uno cree que imponer un sufrimiento merecido es algo también valioso. [...] Reconocer la existencia de estos supuestos no implica negar el valor del castigo merecido: implica simplemente reconocer que dicho valor, como cualquier otro, puede ser –y, a menudo, es– menor que otros valores” (p. 20). En este contexto, “castigar es hacer que el valor de impartir justicia ‘venza’ al valor de disminuir el sufrimiento [ínsito en el perdón]; y perdonar es hacer que el valor de disminuir el sufrimiento ‘venza’ al valor de impartir la justicia” (p. 178).

Este resumen esquemático no se entiende sin la combinación que Zaibert hace de todo lo hasta aquí mencionado con el desarrollo teórico de las denominadas “unidades orgánicas” (*‘organic unities’/‘organic wholes’*) (pp. 40 y ss.). La característica principal de las mismas es que “su valor es independiente de la adición del valor de sus partes” (p. 41), es decir, que la relación que se establezca entre estas últimas puede hacer que el valor del “todo” sea mayor o menor que la suma del valor de las partes. Esto acaba aterrizando rápidamente en la teoría de la pena, ya que el autor recensionado considera que tanto la imposición de sufrimiento al sujeto que lo merece como el perdón del mismo incrementan el valor de la unidad orgánica en la que operan. En sus palabras: “El valor del merecimiento es el resultado de su condición como una forma de orden, de acuerdo, de empleo. La mera imposición de ese orden añade valor a la unidad orgánica cuyas partes han sido ordenadas en ese sentido” (pp. 44-45). Esto, sin embargo, no impide que “algunas unidades orgánicas [puedan] también incrementar su valor cuando incorporan el perdón en vez del sufrimiento merecido. El retribucionismo axiológico acepta sin problemas que una unidad orgánica pueda tener más valor, ya sea porque esta incluya el perdón a los sujetos que realizan conductas injustas, ya sea porque incluya la imposición de sufrimiento merecido a dicho sujeto” (p. 189).

### 3.

Desde mi punto de vista, resulta más que cuestionable que uno de los pilares que sirve de soporte a la institución del castigo estatal sea el merecimiento por el hecho delictivo pasado, y, más aún, la imposición de sufrimiento merecido. Hay que reconocer que esta idea no ha desaparecido del todo ni en la discusión anglonorteamericana ni en la europeo-continental, pues, incluso los autores más desvinculados de teorías puras de la retribución acaban, muy habitualmente, recurriendo a la idea de merecimiento para limitar una determinada teoría preventiva. Sin embargo, el merecimiento en sentido fuerte encalla indefectiblemente en la evidente crisis de la presunción de libre albedrío. Aunque quepan opciones compatibilistas más o menos sofisticadas<sup>2</sup>, lo cierto es que aferrarse de manera fuerte a una idea de reproche moral totalmente desvinculada de la consecución de objetivos implica obviar los avances científicos que nos abocan a la defensa del determinismo,

---

<sup>2</sup> En un lugar como este es en el que parece estar, como poco, Zaibert (vid. 2018, pp. 59 ss.). Si es así, esta crítica afecta sólo parcialmente a su teoría, ya que aunque el merecimiento en el sentido más estricto se vea arrollado por las evidencias deterministas, todavía cabe la posibilidad de seguir utilizando el concepto ‘merecimiento’ en un sentido más lato.

lo que implica la necesidad de la búsqueda de argumentos distintos al merecimiento para soportar instituciones reactivas frente a conductas humanas<sup>3</sup>.

Con todo ello, lo que a mí me resulta más problemático de la retribución es la imposibilidad de romper racionalmente con la “alquimia moral” (Hart, 1968, pp. 234-235.) o con el “pensamiento mágico” (Nussbaum, 2015, p. 48) que la subyace. Zaibert considera que estas críticas no tienen cabida en la discusión sobre la justificación de la pena (2018, p. 51), pero realmente yo las considero muy pertinentes. Me resultan convincentes las posiciones que observan que la acumulación de males (delito y dolor penal) como modo de originación de un bien moral resulta, o discutible desde un entendimiento distinto de la moralidad (por ejemplo, desde uno que considere que el sufrimiento nunca es merecido<sup>4</sup>), o imposible de sostener sin una mínima referencia a la consecución de beneficios futuros<sup>5</sup>. En el mundo de lo normativo, el sufrimiento merecido puede ser considerado como algo bueno, pero una “argumentación normativa” distinta puede llevar a la defensa de la bondad de casi cualquier otro fenómeno, por lo que entiendo que la única manera de romper con ese proceder es vinculando “la bondad” de una institución social con la facilitación de las capacidades adaptativas y, correlativamente, la mejora evolutiva.

En cualquier caso, desde esa premisa, parece existir todavía un espacio para la retribución o, mejor dicho, para los sentimientos retributivos que nacen en los sujetos que se enfrentan al fenómeno delictivo<sup>6</sup>. Si “nuestros cerebros están llenos de retribución” (Hoffman, 2014, p. 158) es porque ello favorece la reacción frente a los comportamientos desviados, una reacción de la que se obtiene evidentes ventajas a nivel grupal y en términos agregados, pues es la forma de mantener un esquema cooperativo como el que subyace a las sociedades modernas a través de una prevención compleja de delitos (Rodríguez Horcajo, 2016, pp. 205-208)<sup>7</sup>. Pero esto ya no es merecimiento al estilo del que es defendido por Zaibert, sino una mera explicación de la persistencia de esta idea en la psicología social. Tras ello no habría más que una teoría consecuencialista de la pena que es capaz de integrar una idea de merecimiento más o menos sofisticada.

Creo, por lo demás, que las dificultades antes esbozadas son las que han hecho que la gran mayoría de los autores actuales que se consideran o son considerados como retribucionistas no consigan desvincular por completo la pena estatal de la consecución de objetivos valiosos (en el sentido que sea).

<sup>3</sup> Vid. Molina Fernández (2002), pp. 75-171, en especial pp. 84-85, donde este autor afirma acertadamente que “[e]s posible que sea racional y útil seguir con nuestras actitudes como hasta ahora, pero ello no permite sortear el problema de la injusticia en la distribución que se provoca al reconocer que toda nuestra actuación está condicionada por antecedentes que nos son ajenos o por antecedentes propios necesariamente provocados a su vez por otros ajenos. Y aquí el recurso de la venganza ante los ojos difícilmente vale. Si el mantener nuestras actitudes reactivas basadas en la libertad no sólo ha de ser útil, sino también justo, no queda más remedio que buscar una justificación que ya no puede ser el merecimiento basado en la previa originación libre”.

<sup>4</sup> Zaibert, en las pp. 243 ss., critica de manera específica el planteamiento parfitiano sobre la cuestión, que parte de esta idea.

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión vid. Rodríguez Horcajo (2016), pp. 202-205.

<sup>6</sup> Resulta ya suficientemente probada la existencia de un consenso social muy fuerte en torno a la idea de castigo como castigo debido (vid., por ejemplo, Robinson et al. [2007], pp. 1652-1653; Darley [2010], p. 113), y la sofisticación de las intuiciones individuales frente al delito, siempre muy vinculadas a conceptos centrales del merecimiento (vid. Carlsmith et al. [2002], *passim*). Y creo que no hay nada muy distinto a esto en aseveraciones de Zaibert como la siguiente: “Por la razón que sea, muchos seres humanos -ahora y a lo largo de la historia- están de acuerdo con mi afirmación de que a veces la gente debe recibir el sufrimiento que se merece – y a veces simplemente porque lo merece” (p. 76).

<sup>7</sup> Comparten esta postura, por ejemplo, Mackie (1982), pp. 8-9; Hoffman (2014), pp. 334-347.

Aunque hay muchos autores que podrían ser destacados aquí, creo que tienen especial trascendencia, al menos desde la discusión europeo-continental, tres de ellos: Jakobs, que ha acabado hablando de “retribución relativa” al aceptar que el mantenimiento de la vigencia de las normas penales que se conseguiría a través de la pena no se puede desvincular de los efectos sociales de las mismas (Jakobs, 2012, p. 15)<sup>8</sup>; Pawlik, que, tras una apariencia retribucionista, acaba sosteniendo ideas muy similares a las de las teorías del *fair play*, ya que el castigo al sujeto que no cumple con su ‘*Loyalitätspflicht*’ no pretende nada distinto al mantenimiento de la cooperación social (Pawlik, 2012, pp. 90-116); y Robinson, que al vincular merecimiento empírico y cumplimiento normativo, se posiciona claramente en una teoría que, aunque sea más sofisticada que las tradicionales, no deja ser preventivogeneral (Robinson, 2013, pp. 152-163)<sup>9</sup>. Es más, una gran parte de la doctrina moderna que se encarga del estudio de la teoría kantiana de la pena, a pesar de la interpretación que Zaibert hace de la misma (pp. 89 ss.), defiende que el propio Kant, leído de manera holística, tampoco defendería una teoría retributiva pura, sino más bien una de corte preventivogeneral limitada por el merecimiento (Byrd, 1989, *passim*; Hruschka, 2010, pp. 495-500).

También entiendo que la solución a estas cuestiones es la que ha llevado a muchos autores que, de entrada, podrían ser considerados como defensores de una teoría absoluta de la pena, a reconocer un espacio a argumentos preventivos para la justificación de la existencia y necesidad del dolor penal (cuestión que, también para Zaibert, resulta insoslayable en una teoría de la pena mínimamente realista -pp. 1 y 6 a 8-).

De nuevo aquí se podrían hacer muchas menciones, pero creo que el ejemplo canónico es el de Von Hirsch. Este autor construye su teoría de la pena desde la idea de merecimiento de censura moral por la realización de una conducta delictiva, pero tiene que acabar tejiendo una “teoría dual del castigo” para explicar por qué el merecimiento se salda con dolor (en su caso, por qué se comunica la censura moral con la imposición de sufrimiento). Ello hace que su teoría tenga elementos de una visión clásica del ‘*just desert*’, pero acepte simultáneamente la importancia de la capacidad disuasoria de la pena (por ejemplo, Von Hirsch, 1998, pp. 34-41; 2011, pp. 50-58). También Jakobs ha tenido que ceder en este punto y acercarse a una teoría de la prevención general negativa para encajar el elemento del sufrimiento en una teoría comunicativa de la pena (Jakobs, 2005, pp. 348-349).

#### 4.

Además, es también difícil apreciar el valor que en sí mismo pueda tener el perdón de determinadas conductas delictivas. Así afirmado, de nuevo, parece esconder un planteamiento abstracto que es exactamente igual de compatible que de criticable, pues no está vinculado más que a una argumentación a favor de la empatía que puede o no aceptarse (vaya por delante que personalmente considero a la empatía como uno de los ingredientes clave del “pegamento social”). En todo caso, en este punto es en el que Zaibert parece ser más flexible (“menos absoluto”) pues entiende como “casos genuinos de perdón” aquellos “en los que aunque sería justo –y valioso– castigar a alguien que lo merece (sin mediar excusas, atenuaciones o causas de

---

<sup>8</sup> A una teoría de la retribución consecucionalista, con distintos matices, se han sumado posteriormente autores como Mañalich (2015), pp. 11-15, o Walter (2016), pp. 10-14.

<sup>9</sup> Tengo dudas de si el propio Zaibert podía hasta ahora ser incluido en este listado, pues en su monografía previa parecía aceptar que, a pesar de la bondad ínsita en el castigo del merecimiento, la decisión de imponer el mismo en cada caso podía tomar en consideración otras cuestiones (Zaibert, 2006, pp. 214-215).

justificación), concluimos, tomando en consideración todo lo que está en juego ('*all-things-considered*'), que es mejor –es decir, más valioso– la remisión del castigo" (p. 178). Si esto es así, entonces no sé si se difumina en parte el valor que puede tener en sí mismo el perdón, pues muy probablemente en esa consideración de '*all-things*' se puede estar asumiendo una referencia a la consecución de otros objetivos que se entienden como positivos. Y es evidente que hay supuestos en lo que esto sucede (casos relativamente claros, como el "perdón" de los delitos menos graves en un contexto de transición) y, creo que en gran medida sucede siempre, porque parecemos necesitar poco Derecho penal (en extensión y en intensidad) para mantener un sistema social razonable (un sistema suficientemente cooperativo). De este modo, la tendencia a la minimización del uso del castigo estatal (lo que puede interpretarse como el perdón de gran parte del merecimiento en sentido más estricto) es siempre algo a valorar, pues optimiza resultados. Por tanto, creo que no se puede afirmar que el consecuencialismo haya olvidado que "la remisión del castigo en la que consiste el perdón puede ser también importante, y punto" (p. 163), al menos de manera general. Es evidente que ningún autor consecuencialista habla del valor en sí mismo del perdón, pero eso no excluye su toma en consideración como algo que es relevante y digno de utilización en muchos casos<sup>10</sup>.

De nuevo, incluso Kant, el autor "más retribucionista de todos", acepta el derecho de gracia como una institución necesaria, aunque sea de una manera muy restringida:

"El derecho de gracia (*ius aggratiandi*) para el criminal, sea suavizando el castigo sea eximiéndole totalmente de él, es el más equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado. – En lo que respecta a los crímenes de los súbditos entre sí no le corresponde en modo alguno ejercer tal derecho; porque aquí la impunidad (*impunitas criminis*) es la suma injusticia contra ellos. Por tanto, sólo puede hacer uso de este derecho en el caso de que él mismo sea lesionado (*crimen laesae maiestatis*). Pero ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo. Este es el único derecho que merece el nombre del derecho de majestad" (Kant, 1797, p. 174)<sup>11</sup>.

Lo que sucede es que para Zaibert todas estas consideraciones (tanto las que parten de una teoría consecuencialista ordinaria como las que se pueden ver en el texto precitado de Kant) no son ejemplo de un perdón como el que él defiende ("Por supuesto, si el castigo no maximiza la utilidad, entonces el utilitarista se opondrá a su imposición, pero esta negativa al castigo no constituye perdón en ningún caso: el perdón implica la eliminación de un castigo que está justificado – si el castigo que no se impone no está de hecho justificado, entonces esa evitación no es un caso de perdón" -2018, p. 190-). Sin embargo, a pesar de que mi posición pueda ser considerada por él como "empobrecedora" por no permitir distinguir el perdón de otras formas de minimización del sufrimiento (p. 194), creo que lo único que aquí está en juego es una cuestión exclusivamente terminológica que no tiene incidencia práctica alguna.

<sup>10</sup> Sobre los argumentos que, desde teorías preventivas de la pena, se han sostenido para dejar un espacio a la figura del indulto (del perdón total o parcial, en fin), vid. Carracedo Carrasco (2018), pp. 376-443.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión vid. Carracedo Carrasco (2018), pp. 354-356. Creo que, por pasajes como este, es incorrecto sostener, como hace Zaibert (p. 105), que Kant no observe ningún conflicto entre merecimiento y algún otro valor moral, al menos desde una perspectiva material.

## 5.

Una tercera discrepancia reside en la idoneidad del sujeto encargado de impartir justicia y mostrar empatía. Aunque en otros contextos esto pueda resultar más discutible, me parece dudoso, en lo referente a la pena, que un Estado moderno (aconfesional y respetuoso con la autonomía de los ciudadanos) pueda erigirse como el encargado de realizar el valor moral que se esconde tras la imposición del castigo merecido y de su perdón<sup>12</sup>. Algo así concuerda mejor con la función de una instancia metafísica capaz de juzgar lo correcto y lo incorrecto, como ocurre en la mayoría de los pensamientos religiosos, o incluso con el funcionamiento habitual de las relaciones privadas, en las que los sujetos actúan con consideraciones y exigencias morales de todo tipo. Sin embargo, un Estado neutro en todos los sentidos no parece ser el mejor encargado para estas tareas, so pena de perder dicho calificativo para pasar a ser un Estado moralizante.

## 6.

Realmente creo que mis diferencias con Zaibert residen de manera sintética en esta dicotomía que él plantea entre “pluralismo” y “monismo” moral. Entiendo su posicionamiento en el primero de esos mundos y comparto su compromiso con una visión compleja de lo moral y de lo social. Sin embargo, no creo que ello deba llevar a afirmar la existencia de más de un “valor” a tomar en consideración en esta discusión (en este punto, ¿por qué sólo dos –sufrimiento merecido y perdón–?, ¿por qué no valorar también como algo en sí mismo bueno, por ejemplo, la reparación a la víctima del comportamiento injusto o la remoción de las causas que pudieron influir en la realización de dicho comportamiento?). Aun a riesgo de caer en el monismo (de ser ‘*simpleminded monistic*’) y de obviar la “complejidad axiológica” del castigo, la cuestión relevante aquí es la aptitud de una institución para favorecer o no la cooperación social, como presupuesto para la mejora de las capacidades agregadas (entendiendo, además, que eso es lo trascendental a la hora de analizar una política pública como la que se esconde tras el Derecho penal<sup>13</sup>). En este sentido, y como he venido destacando sucintamente, es relevante atender al merecimiento y al perdón, como a tantas otras cosas que son consideradas por un planteamiento consecuencialista complejo como es el que, creo, debe soportar a la institución de la pena<sup>14</sup>.

El resumen de toda esta recensión creo se encuentra en la afirmación que Zaibert lanza en la p. 80: “Una sociedad que muestra una falta de compromiso con la imposición del sufrimiento que se merecen algunos sujetos que realizan una conducta injusta, a veces simplemente porque lo merecen, no es probablemente una sociedad estable. La visión extendida de que la justicia importa es de hecho un aspecto indispensable de la paz social; si confiamos en la historia, allí donde un segmento

<sup>12</sup> Entiendo que se puede extender la siguiente cita de Mir Puig a la tarea del Estado: “El Derecho penal, como todo sector del Derecho, no puede pretender establecer la Justicia absoluta sobre la tierra, y lo contrario sería confundir sus fronteras con las de la Moral. Al Derecho corresponde una función mucho más modesta: asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses” (Mir Puig [1976], p. 64).

<sup>13</sup> Hay que reconocer que, desde el inicio de la monografía (p. 2), Zaibert avisa de que su pretensión va más allá de un estudio de la pena, caminando hacia una justificación general del castigo. Sin embargo, al margen de la importancia que el castigo informal pueda tener en una determinada sociedad (personalmente creo que es muchísima), lo cierto es que, al menos desde mi perspectiva como jurista, lo más relevante es el castigo que se encuentra en manos del Estado (y, en cierta medida, parece que ese es también el que preocupa a Zaibert, que no deja de hacer menciones evidentes a la moderación del mismo como otro de los argumentos a favor del merecimiento -por ejemplo, pp. 167 ss.-).

<sup>14</sup> Una teoría consecuencialista de la pena de este tipo presume también una idea muy interesante del pensamiento de Zaibert (que el reduce a los conflictos morales): las soluciones a los fenómenos complejos son siempre imperfectas (pp. 227-229).

amplio de la población piensa que un gobierno olvida este aspecto, tarde o temprano, surge el descontento social. Esto explica por qué la necesidad de hacer justicia, incluso si ello implica infligir un sufrimiento merecido por su valor intrínseco, es tan crucial, por ejemplo, en casos de ‘justicia transicional’’. Me parece que en esto ambos estamos de acuerdo, quedando todo lo demás en meras discusiones teóricas con poca incidencia real (aunque entiendo que para Zaibert esto no es ni mucho menos así de simple). Creo que disputas como estas son las mismas que se vienen realizando en los últimos tiempos sobre la teoría de la pena, pues, a pesar de las diferencias formales y metodológicas que todos nos encargamos de magnificar, la coincidencia sobre la importancia de ciertas ideas es prácticamente total. Por ello la pregunta con la que iniciaba esta recensión (¿retribución o consecuencias?) probablemente pueda ser contestada con otras: ¿acaso estamos diciendo algo muy distinto?, ¿acaso hay tantas diferencias (reales)?

## Bibliografía

- BYRD, B. S. (1989), “Kant’s theory of punishment: Deterrence in its threat, retribution in its execution”, *Law and Philosophy*, vol. 8, núm. 2, pp. 151-200.
- CARLSMITH, K. M., DARLEY, J. M., y ROBINSON, P. H., “Why do we punish? Deterrence and just desert as motives for punishment”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 83, núm. 2, pp. 284-298.
- CARRACEDO CARRASCO, E. (2018), *Pena e indulto: Una aproximación holística*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- DARLEY, J. M. (2010), “Citizens’ assignments of punishment for moral transgressions: A case study in the psychology of punishment”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 8, pp. 101-117.
- HART, H. L. A. (1968), “Postscript: Responsibility and retribution”. En: HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 210-237.
- HOFFMAN, M. B. (2014), *The punisher’s brain. The evolution of judge and Jury*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HRUSCHKA, J. (2010), “Die ‘Verabschiedung’ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 122, núm. 3, pp. 493-503.
- JAKOBS, G. (2005), (2005), “La pena como reparación del daño”. En: REYES ALVARADO, Y. (coord.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, pp. 339-351.
- JAKOBS, G. (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.
- KANT, I. (1797 -edición de 2008-), *La metafísica de las costumbres* (trad. Cortina Orts y Conill Sancho), Tecnos, Madrid.
- MACKIE, J. L. (1982), “Morality and the retributive emotions”, *Criminal Justice Ethics*, vol. 1, núm. 1, pp. 3-10.
- MAÑALICH, J. P. (2015), “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Beling”, *InDret*, núm. 2.
- MIR PUIG, S. (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2002), *Responsabilidad jurídica y libertad (una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- NUSSBAUM, M. C. (2015), "Transitional anger", *Journal of the American Philosophical Association*, vol. 1, pp. 41-56.
- PAWLIK, M. (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- ROBINSON, P. H. (2013), *Intuitions of justice and the utility of desert*, Oxford University Press, New York.
- ROBINSON, P. H., KURZBAN, R., y JONES, O. D. (2007), "The origins of shared intuitions of justice", *Vanderbilt Law Review*, vol. 60, núm. 6, pp. 1633-1688.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid.
- VON HIRSCH, A. (1998 –original de 1993–), *Censurar y castigar* (trad. Larrauri Pijoan), Trotta, Madrid.
- VON HIRSCH, A. (2011), "Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel uns Prävention als Elemente einer Rechtfertigung". En: VON HIRSCH, A., NEUMANN, U. y SEELMANN, K. (eds.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, Baden-Baden, Nomos, pp. 43-68.
- WALTER, T. (2016), *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos/C. H. Beck, München.
- ZAIBERT, L. (2006), *Punishment and retribution*, Ashgate, Cornwall.
- ZAIBERT, L. (2018), *Rethinking punishment*, Cambridge University Press, Cambridge.

## La justificación del castigo, la complejidad de la vida moral y los cambios de paradigma

Leo Zaibert  
*Union College, New York*  
[lzaibert@gmail.com](mailto:lzaibert@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4711>

Le estoy sumamente agradecido tanto a *Economía* por organizar este *Book Forum* como a los Profesores Jerónimo Betegón y Daniel Rodríguez Horcajo por participar en el mismo y por sus comentarios sobre mi reciente *Rethinking Punishment* (2018). No sólo son sus comentarios incisivos y profundos sino que son también generosos de una manera especial, que va más allá, me parece, de la civilidad y de los buenos modales. Pues mi libro es en muchos sentidos un libro polémico, en el que intento, como bien dice Betegón, “abrir ventanas que aporten aire fresco” a una discusión que considero más que anquilosada. Y esta es una discusión – la discusión de la justificación del castigo – a la cual mis comentaristas han hecho aportaciones sumamente valiosas (Betegón, 1992 y Rodríguez Horcajo, 2016). De entrada, no puedo menos que reconocer el espíritu con el que me han leído –un espíritu que evidencia un genuino interés por realmente avanzar un debate que a los tres nos parece importante, por no decir importantísimo.

Quizás el punto en el que mis comentaristas y yo coincidimos más plenamente es que no sólo es ésta discusión importante, sino que en cierto sentido mi tesis de que los participantes en ella se encuentran en una extraña posición improductiva está bien encaminada. Considero este acuerdo un logro en sí mismo. Sin embargo, y como ocurre con frecuencia, es cuando uno se enfoca en los desacuerdos que los debates se tornan más interesantes, y es por ello que aquí me enfocaré más en algunos de esos desacuerdos que en aquellos puntos en los que coincidimos. Pero aprovecharé esta oportunidad para aclarar algunos de mis objetivos en este libro a la luz del contexto de mi obra vista de una manera holística. Esta respuesta se divide en tres secciones. Una primera – y muy breve – sección en la que esbozo una genealogía de *Rethinking Punishment*; una segunda sección en la que discuto ciertos detalles del debate tradicional sobre la justificación del castigo que me motivaron a escribir el libro; y una tercera sección en la que intento explicar lo novedoso de mi propuesta. El grueso de mi reacción a Rodríguez Horcajo se encuentra al final de la segunda sección, y el grueso de mi reacción a Betegón se encuentra al final de la tercera sección.

## 1. Trasfondo

Mi interés en el problema de la justificación del castigo responde a una preocupación que me ha acompañado a lo largo de mi carrera académica, relacionada con nuestras posibles respuestas a lo que percibimos como el mal comportamiento. En cierto sentido mi enfoque es impudicamente filosófico, al menos en el sentido de ser abstracto y general. En el libro discuto el castigo como tal (o la pena como tal: uso ambas expresiones como sinónimos) y no este o aquel castigo, o este o aquel sistema de derecho penal actual. Estoy convencido de que algunas de las conclusiones de mi último libro tienen implicaciones con respecto a sistemas de derecho penal contemporáneos. Pero esto se debe principalmente a que creo que estas conclusiones tendrían implicaciones con respecto a *cualquier* sistema de derecho penal, incluso aquellos que fuesen enteramente justos y funcionen bien. Pero el grueso de mi aproximación ha sido siempre bastante teórico. Betegón y Rodríguez Horcajo no están solos – ni equivocados – al expresar cierta insatisfacción con lo poco que hay en mi libro relativo a respuestas concretas a problemas concretos del derecho penal – una insatisfacción a la que regresaré más adelante – pero trataré de explicar por qué aun concediendo este punto, me decidí por un proyecto tan aparentemente distante de algunos problemas concretos.

Evidentemente, son muchas las respuestas que podemos dar a lo que percibimos como mal comportamiento (dejo de un lado si nuestra apreciación es correcta o no). Entre las respuestas filosóficamente más interesantes encontramos el reproche, el castigo y el perdón. En mi primer libro, *Five Ways Patricia Can Kill Her Husband: A Theory of Intentionality and Blame* (2005), traté de analizar qué sucede exactamente en nuestras mentes cuando reprochamos a alguien. A veces nuestro reproche es totalmente privado – secreto, incluso – y muchas de esas veces por buenas razones. Pero en otras ocasiones comunicamos este reproche. Y en aun otras ocasiones decidimos castigar a las personas que hacen lo que consideramos reprochable. Por supuesto, no tenemos que castigar todo lo que consideramos reprochable, ya que podríamos ignorarlo o perdonarlo, y es de hecho mucho mejor que no lo hagamos siempre, pues la vida sería verdaderamente invisible si la dedicáramos a castigar todo lo que consideramos reprochable. Pero a lo largo de mi carrera me ha parecido obvio que, conceptualmente, sólo podemos genuinamente castigar aquello que consideramos reprochable (y todavía me sorprende que este punto sea polémico). En cualquier caso, si bien el castigo no es la *única* respuesta posible frente a los actos reprochables, es la más peligrosa de esas respuestas. Y así, en mi segundo libro, *Punishment and Retribution* (2006), investigué el castigo en particular.

Los filósofos a menudo distinguen entre investigaciones conceptuales y normativas. En términos generales, las investigaciones conceptuales preguntan acerca de lo que las cosas son y las investigaciones normativas preguntan acerca de lo que convierte a las cosas en obligatorias, justificadas o buenas. Mi plan original para *Punishment and Retribution* era que fuese una investigación fundamentalmente normativa: quería escribir sobre lo que *justifica el* castigo. Sin embargo, a menudo, uno puede querer abordar las preguntas normativas solo para verlas postpuestas, a veces considerablemente, por preguntas puramente conceptuales. Eso es exactamente lo que me sucedió en el proceso de escribir aquel libro anterior: me quedé atascado en asuntos conceptuales sorprendentemente difíciles y sorprendentemente contenciosos, y no pude abordar los asuntos justificativos con la profundidad que merecían. De manera ingenua, pensé que al terminar el libro conceptual, sería capaz de escribir rápidamente aquel libro normativo. Pero me tomó más de una década y docenas de publicaciones adicionales, antes de que lograra

articular mi posición normativa sobre el castigo como un todo coherente en mi libro más reciente, *Rethinking Punishment*.

Para mí no pequeña sorpresa, en este último libro me encuentro a mí mismo rechazando algunas presuposiciones fundamentales de la ortodoxia con respecto a la justificación del castigo – incluidas algunas posiciones que yo mismo he sostenido en el pasado. Es por ello que quisiera esbozar un poco el estado de la literatura especializada sobre la justificación del castigo y sobre mis razones para rechazar tanto de lo que tiene que ofrecer, antes de pasar a dibujar, con trazos muy generales, los contornos de lo que propongo en su lugar.

## 2. El debate clásico sobre la justificación del castigo

Independientemente de cualquier otra cosa que con el castigo se persiga (y hay potencialmente muchas), no me cabe duda que, por definición, el castigo persigue infligir sufrimiento (o dolor, o privación, o alguna consecuencia no deseada, etc.) a un malhechor. Que esto sea parte de lo que castigo es muestra de inmediato por qué el castigo necesita una justificación moral. En principio, es malo causar sufrimiento intencionalmente. Y, en principio, las cosas malas reclaman una justificación moral. Pero apenas afirmamos esto, dos tipos de escepticismo pueden surgir. Primero, el escepticismo de quienes creen que el castigo no es realmente una cuestión de hacer sufrir a los malhechores y, segundo, el escepticismo de los llamados “abolicionistas”, quienes creen que no existe una justificación moral para el castigo (y que por ello debe ser abolido). Estos tipos de escepticismo no deben preocuparnos demasiado.

Existe un consenso entre los teóricos del castigo con respecto al hecho de que, como lo expresó H.L.A. Hart (2008), el castigo “debe implicar dolor u otras consecuencias que normalmente se consideran desagradables”<sup>1</sup>. En este punto estoy de acuerdo con la ortodoxia de la justificación del castigo. “Castigar” a un malhechor dándole algo que sabemos que quiere, es, en el caso estándar, una tontería. Este “dolor y otras consecuencias que normalmente se consideran desagradables” son lo que intento capturar con el término “sufrimiento” en mi libro. Sin embargo, los escépticos en el primer grupo sugieren que el castigo por el sufrimiento puede ser incidental, y que el castigo como tal no tiene por qué ser *necesariamente* o *conceptualmente* doloroso. Creo que este es un ejercicio de autoengaño, que busca endulzar lo que realmente estamos haciendo cuando castigamos. Si el castigo no buscarse infligir sufrimiento, sería francamente difícil entender por qué los humanos habrían con tanto ahínco y por tanto tiempo tratado de encontrar una manera de justificarlo.

Los escépticos en el segundo grupo no niegan que el castigo busque infligir sufrimiento, pero afirman que el castigo (en gran medida precisamente por el hecho mismo de que *no* causa sufrimiento) es tan malo que simplemente no se puede justificar. Encuentro esta posibilidad completamente ilusoria. Esto se debe en parte a que no estoy de acuerdo con otra opinión común en la ortodoxia de la justificación del castigo según la cual el castigo es, paradigmáticamente (o para algunos incluso exclusivamente), el castigo penal infligido por el estado. No niego, por supuesto, que el estado castigue; de hecho algunos estados castigan demasiado y de maneras no solo injustas, sino terriblemente crueles. Pero las personas comunes y corrientes también se castigan entre sí en el contexto de sus relaciones interpersonales y actividades cotidianas. El castigo no-estatal es tan antiguo como la humanidad misma; una vida sin castigo es a duras penas imaginable, y seguramente no luce como una vida de seres humanos. Sin duda el estado debería castigar menos; sin

<sup>1</sup> Todas las traducciones son mías.

duda nosotros como individuos deberíamos castigar menos. Pero un mundo completamente carente de castigo me parece una imposibilidad tanto política como psicológica.

Por lo tanto, estoy de acuerdo con la gran mayoría de los filósofos en el rechazo de los escépticos: el castigo es un acto de infilir sufrimiento y el mismo puede a veces ser justificado. Por supuesto, la pregunta crucial es “¿Cómo?”. Con respecto a la manera de contestar esta pregunta difiero de la gran mayoría de los filósofos – al menos en el contexto angloamericano – en cuanto ellos creen que la única forma en que se puede justificar el castigo es asegurándose de que su imposición impida un mayor sufrimiento. El castigo es, de acuerdo a esta muy generalizada opinión, una herramienta, un medicamento o una tecnología cuyo único objetivo es minimizar el sufrimiento en el mundo.

De lejos, la formulación más famosa e influyente de esta visión es la del padre del utilitarismo moderno, Jeremy Bentham, a quien cito: “El castigo es en sí mismo un mal”, que solo puede justificarse si “promete excluir un mal mayor” (1962, p. 83). El único objetivo utilitario en la vida, tanto a nivel personal como político, es maximizar la felicidad / placer / bienestar / utilidad, o minimizar el sufrimiento / dolor / miseria / des-utilidad. (En este contexto, maximizar la felicidad y minimizar el sufrimiento son formas diferentes de lograr un mismo objetivo.)

Aunque objetar al utilitarismo clásico es uno de los pasatiempos favoritos de los filósofos contemporáneos, en versiones aparentemente más sofisticadas que la de Bentham el utilitarismo sigue siendo la doctrina moral dominante en el mundo de habla inglesa. La famosa broma de Nietzsche: “La humanidad no lucha por la felicidad; solo el inglés hace eso” es – ahora con la inclusión de “el estadounidense” – tan pertinente hoy como cuando Nietzsche acuñó la frase (2005, p.157).

En ningún otro contexto la fijación angloamericana con el utilitarismo y, en particular, con su más cruda versión benthamita, es más obvia que en el contexto del castigo.<sup>2</sup> Críticos penetrantes del utilitarismo *en general* sin darse cuenta sucumben a él cuando se trata de sus puntos de vista específicos sobre el castigo. Esto es, en mi opinión, cierto de filósofos extraordinariamente influyentes como Martha Nussbaum, Derek Parfit, John Rawls, o Tim Scanlon. No puedo ofrecer aquí un diagnóstico completo de sus extrañas inconsistencias, pero en el libro sugiero que la razón principal de las mismas es que estos autores reaccionan de forma exagerada ante los excesos del sistema de justicia penal (norteamericano, en particular) y que por ello se aferran a cierta benevolencia que erróneamente asumen es esencial al utilitarismo.

Dudo mucho que estos autores reconozcan que son utilitaristas con respecto al castigo. Y es importante explicar por qué es ajustado insistir que sí lo son. Todos estos autores terminan defendiendo lo que se conoce como justificaciones “consecuencialistas” del castigo. Entre estas famosas justificaciones se encuentran la prevención, la rehabilitación, la incapacitación, la disuasión y la comunicación. La estructura de todas estas justificaciones es esencialmente la misma: cualquier

<sup>2</sup> De hecho, esta fijación utilitarista transciende el ámbito de los teóricos del castigo angloamericanos. Considérese el diagnóstico de Juan Antonio García Amado: “A la mayoría de los penalistas españoles se les eriza la piel cuando oyen hablar de justificaciones retributivas [vale decir: no utilitaristas – un punto al que regresaré de inmediato] de la pena. Posiblemente esa especie de prejuicio proviene de la muy potente e influyente dogmática alemana, donde retribución penal es asociada a venganza primitiva o ley del talión” (en <https://almacendedderecho.org/sin-retribucion-no-hay-pena-justa/>, visitado en Marzo 7 2019). O sea, no sólo Inglaterra, no sólo los Estados Unidos, sino también España y Alemania, etc.

sufrimiento particular causado por la prevención, la rehabilitación, la incapacitación, la disuasión o la comunicación se justificaría si se lograse reducir el sufrimiento en general.

Si bien existen versiones variadas y sofisticadas, en el fondo todas es estas justificaciones se basan, en última instancia (y a veces a pesar de que sus proponentes lo nieguen vehementemente), en el utilitarismo benthamita. Considerense las palabras de Parfit en *On What Matters*, posiblemente el libro de filosofía más célebre de esta generación en el contexto angloamericano: “Aunque creemos que las personas inocentes no merecen ser castigadas, también creemos que las personas culpables no merecen ser castigadas. En nuestra opinión, todo castigo es malo en sí mismo” (2011, p. 651). Si esto no es una reducción al absurdo del concepto mismo de “merecimiento”, no sé qué es. Pero más crucialmente: si esto no es una reafirmación de la posición benthamita, no sé qué es.

Independientemente de las inconsistencias internas en la obra de estos autores, no me queda duda que disminuir el sufrimiento es, en principio, algo bueno, por lo que podría no ser suficientemente aparente qué es lo que es criticable (si es que acaso algo) acerca de las justificaciones consecuencialistas del castigo. Recuérdese que la objeción más famosa al utilitarismo en general está relacionada con el castigo: el utilitarista puede justificar a sabiendas “castigar” a una persona inocente (es decir, acusarla por un crimen que sabemos que no cometió), si hacerlo puede minimizar la cantidad total de sufrimiento en el mundo. En líneas similares, los consecuencialistas tienen dificultades para articular la importancia de la proporcionalidad. Tomemos la disuasión, por ejemplo: si se supone que el castigo debe servir para disuadir la comisión de cierto tipo de delito, ¿por qué no estipular castigos muy severos, desproporcionadamente severos, para disuadir la comisión de aquellos? Digamos: la pena de muerte por conducir a exceso de velocidad.

Si el ejemplo luce exagerado, entonces cambiémoslo por un caso real: secuestrar a los hijos de inmigrantes ilegales, una práctica que el actual gobierno norteamericano ha tratado explícitamente de justificar basándose en su supuesto poder disuasivo. Pero es importante enfatizar que el primer ejemplo no es realmente inverosímil, ya que no existe un *principio* que le impida al consecuencialista respaldar la pena de muerte por conducir a exceso de velocidad, si dicho castigo minimizare el sufrimiento general. A algunos nos resulta abominable castigar a los inmigrantes ilegales separándolos de sus hijos (potencialmente para siempre), y no encontraríamos este estado de cosas menos abominable incluso si resultara que al infilar un castigo tan desproporcionado como este estaríamos en efecto disminuyendo el sufrimiento general en el mundo.

No es exagerado decir que los consecuencialistas se saltan a la torera precisamente aquello que es distintivo del castigo y su justificación: la *justicia*. Esto es confirmado por el hecho de que si los consecuencialistas pudieran lograr cualquiera de sus (usualmente loables) objetivos de reducción del sufrimiento sin causar ningún sufrimiento, preferirían hacerlo.

Los pensadores anti-consecuencialistas creen que lo que justifica el castigo es que el mismo es merecido. Es justo, y valioso, que la estudiante que ha escrito un excelente artículo obtenga una calificación excelente: se la *merece*. Y así como aquello es justo y valioso, también lo es que quien hace algo malo reciba el castigo que merece. Y es precisamente en torno a la noción del merecimiento que gira la principal alternativa al consecuencialismo: el retribucionismo. Los retribucionistas no niegan que algunas de las posibles consecuencias del castigo en las que se centran los consecuencialistas (rehabilitación, disuasión, reconciliación, etc.) sean valiosas, o

incluso muy valiosas. Pero insisten en que la raíz de lo que justifica al castigo (y que evita los chivos expiatorios, el castigo desproporcionado y otros excesos utilitarios) no es ninguna de esas cosas buenas, sino el mero hecho de que es merecido. Dar a las personas lo que merecen es, en sí mismo, justo y valioso. Si resulta que el castigo merecido en este o aquel caso *también* rehabilita o disuade, estos resultados serían una suerte de guindas en la torta o, como los ha calificado Michael Moore, “superávits felices” (Moore, 1992).

Los consecuencialistas, por supuesto, plantean una serie de objeciones contra el retribucionismo que, como es habitual, pueden dividirse en normativas y conceptuales. Los críticos normativos afirman que el retribucionismo es barbárico, ya que, en su opinión, puede justificar castigos verdaderamente horribles. Los críticos conceptuales afirman que el retribucionismo es una cuestión de “pensamiento mágico”, ya que afirman que no hay forma de discernir qué es exactamente lo que la gente merece. Me parece que Rodríguez Horcajo comparte algunas de estas críticas conceptuales con respecto al retribucionismo que percibe en mí. (En contraste, Betegón comparte mucha de mi simpatía, o al menos respeto, por el retributivismo) Antes de ahondar en estas críticas conceptuales, me gustaría decir algo sobre las críticas normativas.

Es cierto que el término “retribucionismo” y sus afines han sido apropiados por políticos, particularmente por aquellos que libran esa usualmente absurda e injusta (al menos en el contexto de los Estados Unidos) “guerra contra el crimen”, por lo que tal vez uno podría encontrar una explicación del atractivo de esta objeción allí. Pero hay muy poca conexión entre el retribucionismo político y el retribucionismo filosófico. Entre quienes atacan al retribucionismo filosófico propiamente dicho, la objeción es casi siempre el resultado de confundir el retribucionismo con otras posiciones, sobre todo con la famosa ley del talón. Esta confusión es un error generalizado, y se puede remontar al hecho de que tal vez el retribucionista más famoso de todos los tiempos, Immanuel Kant, conspicuamente cometió este error. La razón principal por la que esta objeción fracasa es que ningún retribucionista contemporáneo recomienda violar a los violadores o malversar a los malversadores, etc. El retribucionista no está comprometido con ningún programa de castigo en particular, sino sólo con honrar la importancia del merecimiento en la justificación del castigo. De hecho, un retribucionista puede estar, y con frecuencia está, radicalmente opuesto al tipo de punitivismo excesivo con el que a menudo (pero indebidamente) se le asocia.

Los críticos del sistema disfuncional de justicia penal estadounidense, por ejemplo, cuando atacan al retribucionismo pierden de vista cual habría de ser su verdadero objetivo. Al socavar la importancia del merecimiento, se privan de un poderoso argumento *en contra* del sistema incuestionablemente disfuncional de la justicia penal en los Estados Unidos: que impone castigos inmerecidos.

Finalmente, estos críticos objetan que para el retribucionista el hecho de que un cierto castigo sea merecido significa que *debe* ser infligido. Es cierto que esta es una posición retribucionista común y, respecto a ella, los críticos tienen razón. Desafortunadamente para estos críticos, esta no es la única posición a la que el retribucionista tiene acceso. Pero aun para estos críticos, esta no es una objeción que puedan hacer de buena fe, como explico en mi libro y como resumiré en breve.

En respuesta a la crítica conceptual del retribucionismo, debería ser suficiente señalar que los supuestos misterios del merecimiento tienden a ser exagerados. Con frecuencia sí que sabemos lo que las personas merecen, y sin mayor problema aplicamos este conocimiento cada vez que calificamos un artículo de un alumno. El hecho innegable de que hay casos difíciles no niega la existencia de casos

perfectamente claros. No veo nada mágico, ni siquiera misterioso, sobre esto. Además, incluso en los casos en que los juicios de merecimiento muy precisos puedan ser difíciles, a veces los *rankings* son suficientes. Por ejemplo, es fácil ver que, mutatis mutandis, la violación y el asesinato merecen castigos más severos que el exceso de velocidad o el fumar alguna droga ilegal, incluso si, tal vez, no pudiéramos asignar cantidades cardinales exactas de merecimiento a cada uno de estos actos. Empleamos estas distinciones cotidianamente y negarlas me parece pura deshonestidad intelectual.

Desarrollando de la teoría de los todos orgánicos de G. E. Moore y el particularismo moral de Jonathan Dancy, sugiero el contextualismo. Los contextualistas reconocen que las cosas pueden tener un valor o desvalor *inicial* (en el sentido de un valor *asumido de entrada*), pero que puede cambiar según el contexto. El sufrimiento es, en principio (en este sentido *inicial, asumido de entrada*), algo malo, pero no es malo, o no es tan malo, cuando, por ejemplo, es merecido. Esto constituiría “pensamiento mágico” sólo si reconocer que el contexto es importante fuese pensamiento mágico. No hay nada de pensamiento mágico en afirmar que no está en lo absoluto claro que el deseo de Joaquín Sabina de “que los que matan se mueran de miedo” constituya una defensa de la pena de muerte: el contexto importa. Desde *El libro de Job* hasta Leibniz, y desde Nietzsche a Weber, la importancia del contexto rara vez se ha puesto en duda. La pregunta acerca de por qué el sufrimiento existe siempre ha estado más ligada al sufrimiento *inmerecido* que al sufrimiento como tal (Zaibert, 2018, pp. 4-12). Pensadores y textos de todas las tendencias y persuasiones han negado, a lo largo de la historia, que la valencia moral del sufrimiento sea invariante, y es demasiado improbable suponer que todos estos autores y fuentes han sido presas del pensamiento mágico.

Pero ahí es donde se encuentra el debate y donde se ha mantenido durante siglos: encontrando el retribucionismo desagradable, los consecuencialistas se aferran a su posición; y viceversa. Y este es el punto muerto que he tratado de resolver en mi último libro. Al comienzo del libro me he referido a este punto muerto como “*a kind of stalemate*”. Curiosamente, Rodríguez Horcajo se ha referido a esta situación con otro símil ajedrecístico: como una situación de “tablas”. Pero hay una diferencia, sutil, entre nuestras apreciaciones: Rodríguez Horcajo considera que ninguna de las justificaciones de la pena “puede ser declarada vencedora”, mientras que desde mi punto de vista el énfasis ha de ponerse en lo estéril de continuar el debate en los términos tradicionales –aun si alguna postura pudiese resultar “ganadora” en algún sentido. De hecho, con frecuencia me he referido a la situación como una de *Zugzwang*, un término que pertenece a la teoría de los juegos de manera más general y no sólo al ajedrez, y que creo quizás capture de manera más nítida lo *lamentable* del estado de cosas, o, como Betegón describe mi diagnóstico: una situación de “estancamiento intelectual”, que ha “añadido más calor que luz al debate”. La diferencia sutil es que en el contexto del ajedrez, a veces las tablas pueden ser muy meritorias, y no lamentables en lo más mínimo.

Dejando las sutilezas acerca de diferentes tipos de estancamiento un tanto a un lado, el hecho de que Rodríguez Horcajo esté de acuerdo en que el debate sobre la justificación del castigo se encuentre estancado me resulta algo extraño. Al fin y al cabo, pareciera que para él las justificaciones retribucionistas de la pena son inaceptables. Y si esto es en efecto así, resulta difícil entender cómo puede Rodríguez Horcajo considerar que el debate ha quedado en “tablas” – pues uno de los contrincantes (el retribucionismo) ha, en su opinión, perdido ya.

Es menester matizar: Rodríguez Horcajo podría quizás aceptar algo como el concepto de retribución en su aproximación a la justificación de la pena, pero como él

mismo reconoce, ello sería sólo de una manera indirecta. Sería simplemente consecuencia de admitir que la idea de retribución es parte de nuestra sicología, incluso de nuestra sicología ingenua – pero en ningún caso sería cuestión de admitir el retribucionismo en un sentido robusto, predicado a su vez en el valor real y directo de dar a cada quien lo que merece. Correctamente, Rodríguez Horcajo reconoce que este no es *mi* sentido de la retribución. Pero lo que no me queda claro es si reconoce Rodríguez Horcajo también que este tampoco es el sentido de retribución habitualmente invocado por los retribucionistas. Rodríguez Horcajo rechaza el retribucionismo en sentido robusto, y en este sentido su posición central es que el retribucionismo ha sido derrotado, no alcanzado “tablas”.

Ahora bien, la mayoría de las razones que en su recensión Rodríguez Horcajo esgrime para defender esta posición son, precisamente, algunas de las específicas críticas al retribucionismo que discuto en el libro (y que he esbozado en los párrafos anteriores): que constituye una especie de alquimia moral, que es una forma de pensamiento mágico, y que quizás su imposibilidad radique en el mero hecho de que el sufrimiento nunca puede ser merecido. Para mayor ahondamiento a lo ya dicho, agrego lo siguiente.

La supuesta (y supuestamente problemática) alquimia moral del retribucionismo exhibe una suerte de doble vida. El tipo de razonamiento que subyace al retribucionismo es absolutamente familiar e indispensable en nuestras vidas: la noción del merecimiento juega papeles evidentes en un inmenso número de aspectos de nuestra cotidianidad, desde nuestra apreciación del arte, hasta los deportes y la gente misma en todo tipo de contextos. Es sólo cuando el merecimiento es movilizado a los específicos fines de justificar castigos que sus críticos se acuerdan de esta supuestamente problemática alquimia. No conozco de objeciones al hecho de que, por ejemplo, Leonard Cohen haya recibido el premio Príncipe de Asturias en Literatura basadas en que la idea mera del merecimiento sea misteriosa o de que sea el fruto de pensamiento mágico. Por supuesto, habrá quienes quizás piensen que Cohen no merecía este premio – pero, por definición, estas personas no estarían cuestionando la coherencia de la noción misma del merecimiento, sino más bien invocándola. Esto también explica, creo, lo cuesta arriba de la idea, que Rodríguez Horcajo parece acariciar, de que el sufrimiento (en el sentido explicado anteriormente) simplemente no puede ser merecido. En el libro alego que la manera en la que Parfit defiende esta posición es problemática, por una variedad de razones. Mencionaré aquí solo una: Parfit no es un escéptico con respecto al merecimiento en general, sino sólo cuando lo que supuestamente se merece es el sufrimiento. Y esto hace que la carga de la prueba argumentativa recaiga en él. No estoy seguro de si el escepticismo de Rodríguez Horcajo es acomodaticio como el de Parfit. Si así fuere, pues la carga de la prueba también recaería sobre él; y si no, su problema sería otro: pues de ser su escepticismo *global*, abarcando a la idea mera de merecer en sí, gran parte de la discusión moral parecería amenazada por posturas nihilistas, o al menos radicalmente reductivas.

Rodríguez Horcajo afirma: “me parece dudoso, en lo referente a la pena, que un Estado moderno (aconfesional y respetuoso con la autonomía de los ciudadanos) pueda erigirse como el encargado de realizar el valor moral que se esconde tras la imposición del castigo merecido y de su perdón”. Este es un punto importante, y con respecto al cual estoy más de acuerdo con Rodríguez Horcajo de lo que podría parecer a simple vista. No cabe duda que desde la perspectiva de la filosofía política, la pregunta acerca de cuáles son las legítimas atribuciones del estado es absolutamente crucial. Pero en mi libro hay relativamente poco sobre filosofía política. Quisiera subrayar, en cualquier caso, que mi posición explícita es que el hecho de que el castigo sea merecido, o incluso de que infligir un castigo merecido sea en sí

mismo valioso, no implica que exista una obligación de imponerlo (por parte del estado o de cualquier otro ente). Es decir, mis posiciones con respecto al castigo no me obligan a defender un estado (u otro ente) más o menos interventor, o más o menos respetuoso de la autonomía individual u otros principios liberales y laicos.

Pero tampoco niego el hecho de que un estado que sea *totalmente* indiferente a la idea de justicia me resulte francamente desplorable. Y la idea de la justicia en el contexto del castigo está íntimamente ligada a la idea del merecimiento. No es insignificante que el término para el área que nos ocupa, en inglés, sea el de “*retributive justice*” o “*justicia retributiva*”, ámbito este diferente al de, por ejemplo, la “*justicia distributiva*”. Discutir aspectos relativos a la “*justicia retributiva*” no implica ser un retribucionista (pues un consecuencialista también está discutiendo “*justicia retributiva*”) – pero la proximidad lingüística revela *algo* acerca de la centralidad del merecimiento con respecto a este tipo de justicia.<sup>3</sup>

### 3. Un cambio de paradigma

A pesar de las posiciones anti-retribucionistas de Rodríguez Horcajo, y dado que en muchos casos las acciones (y los castigos) que tanto él como yo recomendaríamos serían parecidos, él afirma que nuestras diferencias “son meras discusiones teóricas con poca incidencia real”. Sin embargo, de inmediato agrega “aunque entiendo que para Zaibert esto no es ni mucho menos así de simple”. Encuentro significativo que existan, en efecto, tantos puntos de coincidencia entre las *políticas* específicas que probablemente Rodríguez Horcajo y yo – un crítico del retribucionismo y un defensor del mismo – recomendáramos. Esta especie de convergencia, en el ámbito de lo deóntico, sugiere la existencia de otros valores e ideales que pueden ser compartidos por pensadores que en otros aspectos estén en desacuerdo. Pero quisiera explicar las razones por las cuales, en efecto, esto no me parece tan simple (independientemente de mi enfoque “impudicamente filosófico” mencionado al comienzo). Esta explicación me lleva necesariamente a esbozar por qué pienso que mi aproximación al castigo constituye – o al menos pretende constituir – una suerte de cambio de paradigma.

Durante gran parte de mi carrera he criticado al utilitarismo en general, y a las justificaciones consecuencialistas del castigo en particular. No cabe duda que *Rethinking Punishment* contiene renovadas críticas de este tenor. Podría parecer entonces que mi estrategia estaría clara: debería defender el retribucionismo (como he hecho en el pasado). El problema es que mi relación con el retribucionismo se ha tornado complicada. Si bien sigo creyendo que el hecho de que un cierto castigo sea merecido deber ser *parte* de la historia de su justificación (y que un estado o persona que no tomase en cuenta esta parte sería criticable, como acabamos de ver), también me he desilusionado del retribucionismo, pues he llegado a la conclusión de que a pesar de sus aparentes diferencias, el consecuencialismo y el retribucionismo comparten bastante.

Las *estructuras* del consecuencialismo y el retribucionismo son mucho más similares de lo que los teóricos del castigo – yo mismo incluido – han solidamente reconocido. Sea lo que sea lo que produce la justificación del castigo (la disminución del sufrimiento si eres un consecuencialista, o la imposición del sufrimiento merecido si eres retribucionista), una vez que esto se logra, habríamos terminado, y todos los problemas habrían sido supuestamente resueltos. Desde la perspectiva consecuencialista, si castigar a una persona disminuye el sufrimiento en el mundo,

<sup>3</sup> “Retributivo” y “retribucionista” se expresarían en inglés como “*retributive*”, lo cual intensifica la proximidad lingüística a la que aludo.

entonces alguien tiene la obligación de infligir este castigo, y esta persona estaría justificada en infligirlo. Desde la perspectiva retribucionista, si alguien merece un cierto castigo, entonces alguien tiene la obligación de infligir este castigo, y ella estaría justificada en infligirlo. Todo muy cuadriculado.

Bernard Williams, el autor más influyente en mi último libro, llamó a la visión de la moralidad “*obligations-out, obligations-in*”, una visión que él demostró ser demasiado mecanicista para su propio bien y, de hecho, más bien perteneciente al mundo de la contaduría que al de la moral, pues está bastante desconectada de la complejidad del mundo moral como lo experimentamos realmente (Williams, 2006, p. 181). El hecho de que algo sea *valioso*, bien porque es merecido o bien porque reduce el sufrimiento, no es suficiente para generar la *obligación* de crearlo o promoverlo. Esta fue precisamente la crítica consecuencialista del retribucionismo que concedí en la sección anterior. El problema para el consecuencialista es que él mismo comete este error: la única diferencia entre él y el retribucionista a quien ataca es que él encuentra un valor generador de obligaciones sólo en la disminución del sufrimiento, mientras que el retribucionista también lo encuentra en la imposición de sufrimiento merecido.

Obsesionados con la pregunta de *cómo actuar*, las teorías del castigo de todas las tendencias han olvidado la cuestión de *lo que es valioso o bueno*. Esta última pregunta pertenece a un área importante de la ética conocida como axiología (o teoría del valor), y es por eso que en el libro recomiendo un *giro axiológico* en la teoría del castigo, y por qué la versión de retribucionismo que continúo defendiendo afirma – por encima de todo – el *valor* de infligir un sufrimiento merecido, sin afirmar que este valor necesariamente genere obligaciones. Los valores, después de todo, a menudo entran en conflicto entre sí, y no hay razón para suponer que el valor del sufrimiento merecido siempre prevalecerá. Y esta es una razón por la cual pienso que es importante recalcar que aun si al nivel deontico dos posiciones pueden ser coincidentes – como podrían serlo la Rodríguez Horcajo y la mía – las diferencias axiológicas pueden ser importantes e iluminadoras.

Si bien en la medida en que no genera obligaciones, mi retribucionismo axiológico es más modesto que el típico, generador de obligaciones, también es más complicado. Mi retribucionismo no ofrece fórmulas o pautas acerca de cuándo se justifica el castigo y cuándo no. Algunos – Betegón incluido, cuya posición discutiré enseguida – ven esto como una potencial debilidad de mi posición, pero yo lo veo como una fortaleza. Porque creo que la noción misma de “justificación” en juego en la teoría del castigo tradicional es en sí misma demasiado simple y demasiado aplanadora de la experiencia moral. Esta es una de las áreas en las que *Rethinking Punishment* importa aportaciones recientes dentro de la teoría ética con el objeto de enriquecer la discusión del castigo.

A grandes rasgos, justificar algo es tornarlo justo, o tornarlo bueno. (Lo que es asumido como bueno *ab initio* no necesita de una justificación.) Esto significa que una vez que se justifica una acción, ya no está mal. Considérese un caso estándar de justificación en la ley, la legítima defensa: uno repele una amenaza no provocada, ilegítima, e inminente a su vida (que uno no tenía otra forma de evitar, etc.) matando al agresor. Dadas estas y otras condiciones, matar al agresor puede estar “justificado” o, en otras palabras, considerado como una acción “no mala”.

Pero considérese el perspicaz comentario de Hans Welzel: “hay una gran diferencia entre matar a un ser humano en defensa propia (algo que no está mal), y matar (por alguna razón) un mosquito” (Welzel, 161, p. 24). La muerte de un ser humano, incluso cuando está justificada, es un asunto mucho más serio, complejo y,

de hecho, *trágico* que la muerte de un mosquito. El hecho de que la muerte de un ser humano *pueda* justificarse, al igual que el hecho de que el castigo de un ser humano *pueda* justificarse, no debe cegarnos en cuanto a la rica complejidad de estas situaciones. Y, sin embargo, exactamente esta ceguera es puesta de manifiesto en la teoría del castigo contemporánea: el castigo se considera “no malo” por algunas de las buenas consecuencias que genera, o por el hecho de que es merecido, y el resto del contexto en el que esto ocurre es obviado.

En general, soy partidario de simplificar. Sin embargo, dentro del contexto de la justificación del castigo, ciertas simplificaciones han devenido en minimalismo, y este minimalismo ha demostrado ser altamente problemático, ya que, después de todo, la vida moral es mucho más complicada de lo que éste puede reconocer. Las justificaciones tradicionales del castigo han intentado ponerle una suerte de camisa de fuerza a la vida moral, y esto es parte de la explicación del estancamiento improductivo en el que nos encontramos. Por lo tanto, si una cierta explicación de la justificación resulta ser más compleja que sus rivales, como lo es la mía, creo que este es un punto a su favor.

Como primera aproximación a la complejidad que tengo en mente, y que los teóricos del castigo de todas las tendencias han sistemáticamente ignorado, considérese el famoso caso hipotético que Williams sugirió (1976, PP. 115-135). Un camionero completamente inocente, es decir, actuando sin culpa alguna, atropella a un bebé que de alguna improbable manera gateó hasta la carretera. Williams sugiere que queremos que este conductor se sienta *culpable*, incluso si sabemos (y él sabe) que no ha hecho nada malo, e incluso cuando eventualmente nos esforzaríamos por ayudarlo a dejar de sentir esa culpa. Como muchos han comentado, nos resultaría escalofriante si este camionero – verdaderamente “inocente” – al darse cuenta (justamente, en cierto sentido) de su inocencia, simplemente se alejase de la horrible escena del accidente silbando una melodía feliz. Y, sin embargo, la mayoría de los filósofos morales contemporáneos se resisten a la sugerencia de Williams, alegando que la idea de “sentirse culpable sin haber hecho algo malo” es simplemente absurda. En contraste, considero que la visión de Williams no sólo no es “absurda”, sino que es *profundamente* correcta.

Ya debería estar claro lo que quiero hacer con las ideas de Welzel y Williams: un castigador *decente* debería sentirse *culpable*, incluso cuando esté justificado para castigar. Si queremos que el conductor de Williams que no ha hecho nada malo se sienta culpable, o el que mata en legítima defensa de Welzel (cuya acción está justificada) se sienta culpable, ¿por qué no querriámos que el castigador justificado también se sienta culpable? Consciente de que el castigo es una cuestión de hacer que la gente sufra, y que, sin embargo, a veces estamos justificados en infligirlo, el castigador, mucho más que el camionero y quien mata en defensa propia, enfrenta un dilema moral complejo.

La historia de las ideas es a veces sorprendente, y el caso de los dilemas morales es un buen ejemplo. Hasta hace muy poco, los filósofos morales tendían a prestar mínima atención a los dilemas morales. Escribiendo en el 2006, Alasdair MacIntyre describió la situación elocuentemente: “si uno publicara dos volúmenes [sobre dilemas morales], el primero contentivo de toda la literatura filosófica precedente que trata este tema, ampliamente interpretada, desde Platón a W.D. Ross a través de Gregorio, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, Mill, Sidgwick y Bradley, y el segundo contentivo de las publicaciones de los últimos treinta años, el segundo volumen sería, por mucho, el más grueso” (MacIntyre, 2006, p. 85).

Si los filósofos morales en general han prestado poca atención a los dilemas morales, los teóricos del castigo en particular casi no les han prestado atención alguna. Por supuesto, algunos teóricos del castigo se han preocupado por algunos dilemas. ¿Deberíamos gastar recursos en el castigo cuando podríamos gastarlos en las escuelas (lo cual, por cierto, ha demostrado ser más efectivo para reducir el crimen que cualquier plan de castigo)? O, en el contexto de la justicia transicional, ¿deberíamos castigar a todos los miembros de un régimen tiránico recientemente depuesto, incluso si ello amenaza la viabilidad misma del régimen naciente y vulnerable? Que este tipo de dilemas son importantes está fuera de toda duda. Pero ellos no son *teóricamente* interesantes. Una afirmación central que adelanto en el libro es que el castigo es *teóricamente* dilemático. Independientemente de cualquier consideración política o de asignación de recursos, el castigo *necesariamente* confronta al valor del sufrimiento merecido y al valor de su remisión misericordiosa (el valor de la justicia y el valor del perdón).

Mi tesis es que el castigo y el perdón deben estudiarse juntos porque el *valor* de uno no puede entenderse completamente sin entender el *valor* del otro: son axiológicamente inseparables. Es más, mi tesis es que el debate *central* de la justificación del castigo no es el que opone el valor de la retribución al valor de ciertas consecuencias favorables (como se ha creído por siglos, y como Rodríguez Horcajo recoge en su título), sino el que opone el valor de la justicia (generado al castigar merecidamente) al valor del perdón (generado al no castigar a quien merece castigo). Por lo tanto, el estancamiento en la literatura especializada sobre el castigo no se superará hasta que los teóricos del castigo comiencen a prestar más atención al perdón.

Los teóricos del perdón están familiarizados con la naturaleza dilemática, en realidad *paradójica*, del fenómeno que estudian; son perfectamente conscientes del hecho de que cuando perdonan y, por lo tanto, generan el valor del perdón, no generan el valor de la justicia. Además, están profundamente interesados en explorar las complejas respuestas emocionales que generan los complejos fenómenos morales. Si los teóricos del castigo siguieran el ejemplo de los teóricos del perdón, verían que cuando castigan y, por lo tanto, generan el valor de la justicia, dejan de generar el valor del perdón y que esto debería generar una reacción emocional compleja.

Desafortunadamente, no es sólo la noción de justificación presupuesta por los teóricos contemporáneos del castigo que resulta demasiado simplona, sino que el mismo *agente* que presuponen es demasiado *simplón* o caricaturesco. Williams definió una cierta condición intelectual como “simplona” (“*simpleminded*”) cuando posee “muy pocos pensamientos y sentimientos para hacerle justicia al mundo como realmente es”. En mi último libro, sostengo que todos, o virtualmente todos, los teóricos contemporáneos del castigo son, en este sentido, “simplones”.

Considérese el caso de Benjamin Murmelstein, el rabino vienes que los nazis pusieron a cargo de *Theresienstadt*. Es difícil imaginar las horribles y trágicas decisiones que Murmelstein – un prisionero de los nazis, al fin de cuentas – tuvo que enfrentar. Estas no solo implicaban castigar a sus compañeros de prisión, sino abusar de ellos, y enviarlos a su muerte segura en cámaras de gas. En su última película, *Le dernier des injustes*, el gran Claude Lanzmann increpa a Murmelstein: “al escucharlo hablar de *Theresienstadt*, uno no tiene la impresión de que era un lugar donde reinaba la desgracia, un lugar de sufrimiento donde miles de personas murieron, y que era una escalera en el camino a Auschwitz para miles más. Cualquiera pensaría que no siente nada mientras habla de *Theresienstadt*”. Sin la menor vacilación,

Murmelstein respondió: “si durante una operación un cirujano comienza a llorar por su paciente, lo mata. No llegas muy lejos llorando o vacilando”.

Murmelstein es una versión *real* del camionero de Williams y de quien actúa en legítima defensa de Welzel, y esta es una de las razones por las que su apatía es mucho más escalofriante que la de los personajes en esos cuidadosamente construidos casos hipotéticos. Uno hubiese querido que Murmelstein se sintiera culpable, incluso si tal vez estuviera justificado actuar como lo hizo, e incluso si hubiera quizás sido sensato para él bloquear de alguna manera esta culpa *en el momento en que actuaba*. El hecho de que décadas después de enfrentarse a esas trágicas decisiones, Murmelstein pudiese reflexionar con tanta frialdad sobre ellas revela una notable ceguera – o incluso abyección – moral.

Es por esta razón que he intentado abrir un espacio teórico dentro de mi justificación de castigo para la consideración de la complejidad axiológica y emocional que engendran los dilemas morales – entre los cuales, repito, incluyo al castigo. No dudo que haya casos en los que los actos que castigamos sean tan atroces que generar el inmenso valor de la justicia en esos casos empequeñezca el valor no generado pero minúsculo del perdón. Pero esto no es típico, y ciertamente no es en lo absoluto típico en la justicia penal. En casos típicos, el dilema moral que presumo debería dar lugar a estados emocionales que con muchos más matices que simplemente (o simplonamente) sentirse “bien” por haber hecho justicia. Los teóricos del castigo tienden a asumir que una vez que el castigo se justifica, no queda nada moralmente significativo, ni en el ámbito de los valores ni en el ámbito de nuestras emociones. Esto es, en su opinión, exactamente lo que significa *justificar* el castigo. Desde mi punto de vista, este enfoque empobrecido y simplón falsea la realidad moral, y al hacerlo, frustra el desarrollo de la teoría del castigo.

El punto que quiero subrayar es que no importa cómo el dilema moral que el castigo genera sea “resuelto”, o, en otras palabras, cuál de estos dos valores enfrentados entre sí termina “derrotando” al otro. El valor “derrotado” no se desvanece, sino que permanece después de la “derrota”. La noción técnica de un residuo moral es uno de los elementos más importantes en mi aproximación a la justificación del castigo. Dado que el castigo necesariamente implica no generar algún valor, y dado que esta no generación constituye un residuo moral, los castigadores simplemente no pueden evitar ensuciarse las manos.

“Manos sucias” no es solo una metáfora. Es un tipo específico de dilema moral en torno al cual se ha desarrollado recientemente un área de investigación muy fértil. El nombre “manos sucias” se deriva de la obra homónima de Jean Paul Sartre. Una situación de manos sucias se produce cuando no podemos hacer el bien sin hacer el mal: la idea no es que tengamos que hacer algo malo para obtener algo bueno, sino que uno y el mismo acto es *simultánea e ineludiblemente* bueno y malo.

Los dilemas de las manos sucias representan las decisiones trágicas que a veces enfrentamos en la política y en la moral, y que afectan nuestra vida emocional de maneras muy complicadas. Las desagradables consecuencias emocionales que generan algunas de nuestras acciones no son meros *costos* para ingresar a los libros de contabilidad, como muchos (si no la mayoría) de los filósofos morales asumen, y como la mayoría (si no todos) los teóricos del castigo asumen. Más bien, estos residuos morales son *manchas* (o *cicatrices*), que obstinadamente se nos adhieren, que afectan nuestras autoconcepciones y nuestras autobiografías, y que no pueden ser fácilmente lavadas. Además, estas manchas son omnipresentes: es una vana e ingenua esperanza pensar que podemos vivir nuestra vida sin polución moral. No importa cuánto intentemos, o cuán seriamente nos apeguemos a este o aquel sistema

ético, simplemente no podemos evitar contaminarnos. Pero mucho menos lo pueden evitar los castigadores, ya que ellos están en el negocio de hacer sufrir a las personas, y, nuevamente, no puedes estar en ese negocio sin ensuciarte las manos.

Esto no quiere decir que todos seamos, indiscriminadamente, malhechores. Porque evidentemente hay errores y errores; hay manchas y manchas. Los actores muy malos ni siquiera pueden ensuciarse las manos en el sentido requerido, ya que estaban sucios desde el principio: Mürmelstein podía ensuciarse las manos; sus captores nazis no podían, ya que estaban sucios desde el principio. Y esto tampoco quiere decir que nunca debamos ensuciarnos las manos; sin duda, algunas veces debemos hacerlo. Pero sí quiere decir que reconocer que nos *estamos* ensuciando las manos es un signo de madurez intelectual y de decencia – y una forma de evitar la apatía y la complacencia.

Es por esto que el último capítulo de mi libro está construido alrededor de la obra maestra de Herman Melville, *Billy Budd, Sailor* (1986). Esta es una novela muy compleja en la que contemplamos cómo, para citar a Melville, en “el malabarismo de las circunstancias, la inocencia y la culpabilidad intercambian lugares”. Billy Budd, el “criminal” en la historia, es inocente en un sentido profundo e importante, mientras que Claggart, su víctima, es culpable en un sentido profundo e importante. El Capitán Vere, posiblemente el personaje principal de la novela, tiene la difícil tarea de castigar a Billy, lo cual hace, no sin expresar la desde entonces famosa frase: “¡el ángel de Dios debe ser ahorcado!”. Después de castigar a Billy, el capitán Vere quedó emocionalmente devastado; Melville lo describe como alguien quien, después de informar a Billy del veredicto, “ya no vivía”. Esta devastación no fue el resultado de dudar si estaba *justificado* en castigar a Billy, sino de comprender, a cabalidad, el trágico dilema moral que generó el castigo y del cual no pudo escapar. Obviamente, no todos los casos de castigo son tan trágicos como el de Billy Budd. Pero todos ellos son dilemáticos, y casi todos, en diferente medida, son trágicos.

Así es que sugiero que la justificación del castigo es mucho más complicada de lo que mis oponentes asumen. Rechazo tanto la comprensión mecanicista de la “justificación” como la postulación de agentes simples. Propongo la inseparabilidad axiológica del castigo y el perdón, y sugiero que el castigo – aun cuando esté justificado – es un caso de manos sucias que genera residuos morales. Como ha sugerido Stephen Garvey, una idea central de mi libro es que “es imposible castigar, no importa cuán justamente, sin perder *nuestra* inocencia moral”. Es fundamentalmente por estas razones que considero que mi libro supone un cambio de paradigma, una nueva manera de aproximarnos al trillado pero todavía escabroso y no resuelto tema de la justificación del castigo.

Como adelanté desde el comienzo, Betegón y yo coincidimos en mucho, y no sólo en nuestra valoración general de que el retribucionismo merece ser tomado mucho más en serio de lo que normalmente se hace. Pero lo que me interesa enfatizar es que Betegón considera que muchos de los aportes en *Rethinking Punishment* (incluso aquellos que son anti-retribucionistas) son al menos “sugerentes e intelectualmente provocadoras”. En su párrafo final, Betegón reconoce que mis esfuerzos en *Rethinking Punishment* “suponen una auténtica renovación” del debate que nos ocupa, y que mis estrategias “conceden plena credibilidad” al título del libro. De nuevo, no puedo más que agradecer (y celebrar) esta evaluación.

A pesar de que Betegón y yo estemos en cierto sentido en una misma onda (por decirlo de alguna manera), es útil detenernos en algunos de los aspectos que le resultan más discutibles de mi libro. Primero que nada Betegón pausa antes de aceptar del todo mi distinción entre lo axiológico y lo deóntico. Aclaro: no es que

Betegón duda de la existencia de esta distinción, sino que sugiere que no he explicado suficientemente las interrelaciones entre estos dos ámbitos. De hecho, la preocupación de Betegón en este sentido es doble: primeramente, desde un punto de vista teórico, Betegón considera que no he ofrecido suficiente guía acerca de las relaciones entre estas diferentes dimensiones; segundo, y desde un punto de vista más práctico, Betegón considera que no he dicho suficiente acerca de las consecuencias concretas que mi replanteamiento del castigo acarrearía.

Betegón sugiere que mi posición es presentada “en clave axiológica”. Sin duda esto es cierto; pero hasta qué punto ello significa un menosprecio por lo deontológico está, sin embargo, abierto a discusión. Si *Rethinking Punishment* es en efecto presentado en clave axiológica, también lo es en clave pluralista: defiendo, después de todo, un “pluralismo axiológico”. Antes de adentrarme en lo que considero es la preocupación fundamental de Betegón quisiera aclarar un punto acerca del tipo de pluralismo que defiendo en el libro. Pues aunque Betegón, me parece, es afecto a este pluralismo, comenta – con un cierto aire de escepticismo – acerca de lo mucho que abarca con el término “monista”, pues la mayoría de las justificaciones del castigo son, en mi opinión, monistas (y, por tanto, no pluralistas). Lo más importante de subrayar aquí es que defiendo un tipo específico de pluralismo, al que he llamado “pluralismo apropiado”, cuya característica fundamental es que reconoce como esenciales dos valores en particular: el valor de la justicia (generado al castigar merecidamente) y el valor del perdón (generado al no infiligr el castigo merecido). No es que (como una pregunta de Rodríguez Horcajo pudiese sugerir) mi pluralismo niegue la existencia o la importancia de otros valores, o los relegue exageradamente a un segundo plano. En lo absoluto: al fin y al cabo reconozco explícitamente un sin fin de cosas que suelen ser valiosas y que una justificación del castigo podría tomar en cuenta: la disuasión, la reconciliación, el aprendizaje moral, la reinserción y la paz social, etc. Lo que es cierto es que son específicamente estos dos – la justicia y el perdón – los que distinguen a mi pluralismo de otros pluralismos, y lo que me permite excluir a tantas otras justificaciones del ámbito de *mi* pluralismo. (La importancia que históricamente han tenido estos dos valores en particular – aun en contextos diferentes al del castigo – no me parece en lo absoluto desdeñable.)

Hay quienes podrían pensar que hay algo sospechoso, circular, o, como dice Betegón, que evidencia “una considerable carga estipulativa” en mi definición de este “pluralismo apropiado”: como si, *deus ex machina*, el único “pluralismo apropiado” fuese el mío. Por ello ofrezco aquí una analogía (ficticia) que me permite elucidar mis razones para hacer esta distinción entre diferentes tipos de pluralismo de una forma no circular, o al menos no *problemáticamente* circular. Supongamos que por muchas décadas ha habido debates entre nutricionistas: algunos proponían que a los fines de perder peso es crucial disminuir calorías consumidas, otros que la clave es comer más frutas y vegetales, otros que la clave es disminuir el azúcar, otros que lo central es no cenar, o ayunar intermitentemente, etc. Supongamos que algunos de estos nutricionistas combinaban algunas de estas sugerencias, afirmando que la manera de perder peso es disminuir calorías y comer más vegetales, o eliminar las cenas y el azúcar, etc. No cabe duda que estos últimos nutricionistas serían, en cierto sentido, pluralistas. Pero imaginemos que surge un nutricionista que sugiere que, independientemente de lo que se ingiera, la pérdida de peso requiere de ejercicio aeróbico. Esta sugerencia es otra cosa, pues involucra un tipo de consideración completamente diferente a lo anterior: introduce una nueva *dimensión* en la discusión. Este nutricionista sería, en mis términos, un nutricionista “pluralísticamente apropiado”. Y es esta la explicación de mi pluralismo “apropiado” y de su diferencia con los anteriores: concederle al perdón un papel tan importante dentro de la justificación del

castigo como evidentemente le concedo es ciertamente poco común.<sup>4</sup> Y a pesar de que reconozco que existe una gran diversidad de elementos que una aproximación pluralista a la justificación del castigo podría (o, en última instancia, debería) tomar en cuenta, son estos dos los constituyen el meollo del dilema *teórico* que el castigo necesariamente genera.

Sin embargo, aun si esto explica satisfactoriamente por qué mi versión del pluralismo no es problemáticamente estipulativa, deja sin responder lo que, creo, es la preocupación fundamental de Betegón: que realmente no ofrezco mayor guía con respecto a las consecuencias deónticas de mi posición. Me parece que es útil subdividir esta preocupación, de nuevo, en dos partes. Primera, que muchas de mis afirmaciones pueden “verse afectadas por su excesiva deuda respecto de un conocimiento puramente intuitivo”. Segunda, que “un mayor desarrollo de las implicaciones deónticas a la luz del análisis axiológico ayudaría a entender mejor el significado de muchas de las afirmaciones que se hacen” en mi libro. Considero que estas son preocupaciones importantes – aun cuando me parecen más valiosas cuando uno las analiza por separado. Es decir, no estoy seguro de que aun si Betegón tuviese razón en que quizás me apoyo demasiado en la intuición, resolver el (a mi juicio independiente) problema de las consecuencias deónticas de mi posición resolvería el problema del papel de la intuición, ni viceversa.

El problema del rol de las intuiciones es hasta cierto punto inevitable. En mayor o menor medida toda teoría ética se apoya, en última instancia, en alguna intuición. Lo ideal, por supuesto, es intentar limitar este apoyo al máximo posible, a sabiendas de que nunca podrá ser eliminado del todo. En *Rethinking Punishment* he, en efecto, tratado de limitar la apelación a las intuiciones al máximo posible. La pregunta es si he tenido éxito en ese intento. Lo único que puedo hacer aquí es mencionar los cinco factores que enumero en el libro acerca de las intuiciones (76 y ss.): que las mismas son realmente inevitables y que tanto yo como mis oponentes eventualmente apelamos a ellas; que las intuiciones a las que apelo yo son, en cualquier caso, mucho más fáciles de aceptar y de hecho mucho más frecuentemente aceptadas por la población en general que aquellas a las que apelan mis oponentes; que *entre los teóricos del castigo* en particular las intuiciones opuestas a las mías – intuiciones utilitaristas – son sumamente prevalentes; que la carga de la prueba ha de recaer sobre los que defienden intuiciones opuestas a las mías; y, finalmente, que existe una diferencia importante entre hablar de intuiciones con respecto a algún caso hipotético aislado (como esta en boga en el contexto de la filosofía moral contemporánea) y hablar de intuiciones con respecto a toda una cosmovisión, a un entendimiento de la ética en sí misma.

Como corolario a todo lo anterior, es útil recordar que mi método podría entenderse como fenomenológico, en el sentido de que consiste en observar nuestra vida moral tal y como comúnmente se nos presenta. Muchos de los fenómenos que introduzco en la discusión del castigo –los residuos morales, la complejidad emocional que circunda decisiones morales difíciles, etc. – son fenómenos que hemos experimentado en nuestras vidas cotidianas, a pesar de la manera sistemática en la que los teóricos del castigo los han ignorado.

El problema de las consecuencias deónticas de mi retribucionismo axiológico, es, me parece, aún más serio. En modo alguno niego que aproximaciones axiológicas, como la mía, estén exentas de dar cuenta de las implicaciones que en el ámbito de la acción (estatal o individual) hayan de generarse. Al contrario, reconozco que en este sentido le incumbe al retribucionista axiológico (como lo soy yo) ofrecer una

---

<sup>4</sup> Pero no es inédito: por eso le doy crédito a John Tasioulas por haberlo hecho también.

explicación mucho más de lo que le incumbiría al retribucionista deóntico. Al fin y al cabo, este último nos ofrece *ab initio* la explicación de que es lo que debe hacerse: dar a los malhechores lo que se merecen. (Esto no le da una ventaja al retribucionismo deóntico, pues la agenda deóntica a la que están necesariamente encadenados no es ni suficientemente matizada, ni al final atractiva, como he esbozado arriba.)

Tampoco niego de plano que quizás ahondar más en las consecuencias deónticas de mi posición pueda limitar en algo las preocupaciones con respecto al rol de las intuiciones en mi libro – aun cuando, como ya dije, no estoy muy seguro acerca de exactamente cómo esas clarificaciones deónticas redundarían en clarificaciones meta-éticas con respecto a las fuentes últimas del conocimiento moral. En lo que no difiero en modo alguno de la posición de Betegón (ni de la de Rodríguez Horcajo) es que este ámbito deontico es, en sí mismo, terriblemente importante. El libro que he escrito no contiene lecciones específicamente deónticas, pero no por que acaso dude de su importancia, sino por que dedicarme a ello me hubiera llevado a escribir un libro bastante diferente. A pesar de que no tengo dudas acerca de lo útil que sería explorar las consecuencias deónticas del tipo de retribucionismo axiológico que defiendo, enfocarme en éste, como hago en el libro, me parece particularmente importante, por lo menos en vistas a lo poco que sobre él se ha dicho en el contexto de la justificación del castigo.

No quisiera concluir sin enfatizar que si bien es cierto que, como apunta Betegón, mucho falta por decir con respecto a las consecuencias deónticas de mi teoría, no es menos cierto que *algo* he dicho al respecto, así sea de manera genérica e indirecta. Pues si la tesis que defiendo de ver al castigo (aun cuando esté justificado) como algo trágico, como algo que nos roba de cierta inocencia, es correcta, esto sugeriría una cierta humildad, una cierta circunspección, a la hora de castigar. Y esto a su vez apuntaría al desarrollo de políticas punitivas (tanto a nivel estatal como individual) más prudentes y humanitarias –y esto sin errar el blanco, sin equivocadamente atacar al supuestamente barbárico retribucionismo.

## Bibliografía

- BENTHAM, J (1962), “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, en *The works of Jeremy Bentham* (John Bowring, ed.), Vol. 1, Russell & Russell, New York, (1962)
- BETEGÓN, J. (1992), *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RODRÍGUEZ, D. (2016), *Comportamiento y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid.
- HART, H. L. A. (2008), *Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law*, (segunda edición), Oxford University Press, Oxford.
- MACINTYRE, A. (2006), *Ethics and politics: Selected essays*, Vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge.
- MELVILLE, H. (1986), *Billy Budd, sailor, and other stories*, Penguin, New York.
- MOORE, M. (1992) 1953, *Placing blame*, Oxford University, Oxford.
- NIETZSCHE, F. (2005), *Twilight of the idols or how to philosophize with a hammer*, en *Friedrich Nietzsche The antichrist, Ecce homo, Twilight of the idols, and other writings*, (Aaron Ridley and Judith Norman, eds.), Cambridge University Press, Cambridge.
- PARFIT, D. (2011), *On what matters*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford.
- WELZEL, H. (1961), *Das neue Bild des Strafrechtsystems: Eine Einfuehrung in die finale Handlungslehre*, O. Schwartz, Goettingen.

- WILLIAMS, B. (1976), "Moral Luck", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 50, pp. 115-151.
- WILLIAMS, B. (2006), *Ethics and the limits of philosophy*, Routledge, London.
- ZAIBERT, L. (2005), *Five ways Patricia can kill her husband: A Theory of intentionality and blame*, Open Court, Chicago.
- ZAIBERT, L. (2006), *Punishment and retribution*, Ashgate, Aldershot.
- ZAIBERT, L. (2018), *Rethinking Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press.

# Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución

Rafael Escudero y Sebastián Martín (coords.)

(2018) Akal

Madrid, 272 pp.

Rubén García Higuera  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[rubgarci@der-pu.uc3m.es](mailto:rubgarci@der-pu.uc3m.es)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4712>

El pasado 2018 fue un año de conmemoración. Los cuarenta años desde la promulgación de la Constitución española vinieron acompañados de una nutrida agenda de eventos. Se organizaron homenajes, congresos, seminarios y jornadas en diferentes puntos de la geografía española y algunas nuevas obras colectivas pueblan hoy las estanterías tanto de bibliotecas universitarias como de las viviendas de quien aportó su trabajo para que pudieran ver la luz. En tal elenco de publicaciones, actos institucionales y jornadas académicas encontraremos excelentes discursos y análisis rigurosos, pero también se hace notar la falta de pluralismo y, sobre todo, abundan los lugares comunes. No debe extrañar –pensaran algunos. Nadie celebra aquello de lo que reniega o lo que quiere olvidar. La celebración de un aniversario no es el momento para reproches ni para terapia de pareja. Más bien, es de ese tipo de eventos sociales que parecen reservados para los buenos recuerdos. La nostalgia de los primeros pasos, la exaltación de lo conseguido y la condescendencia –o el directo rechazo– con quien no aprueba la obra y el resultado se funden en un ambiente que rezuma autocomplacencia.

Este fenómeno se ve acentuado cuando nos referimos a una obra como la Constitución de 1978, donde el análisis de su génesis, contenido y posterior evolución está inescindiblemente imbricado con nuestra posición ante la misma en la actualidad. Siendo así, en un país cuyas élites han sido históricamente renuentes a las reformas constitucionales –sobre todo cuando la operación no es concreta, está absolutamente controlada y, a poder ser, se hace a exigencia del exterior–, dar espacio a la crítica es visto como contribuir a la socavación de la obra. Y es que aquello que no es susceptible de evolucionar y adaptarse, solo le queda perecer o resistir. Cada acción, cada discurso y cada trabajo contribuye necesariamente a uno u otro resultado, y quien organiza la conmemoración de un aniversario está comprometido con lo segundo. Más si cabe cuando existen signos de agotamiento e incluso, entre sectores nada testimoniales de la sociedad, proposiciones de enmienda a parte o a la totalidad del sistema institucional inaugurado en la transición.

Desde estas coordenadas se han organizado muchos de los actos de conmemoración de este 40 aniversario, lo que ha hurtado la posibilidad de que en los



Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655

Nº. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 365-369. DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4712>

foros reunidos para la ocasión se produjera un profundo debate en torno a la crisis constitucional en que nos encontramos. La realidad es que no faltan análisis críticos y matizados dentro de la esfera política, social y académica, tanto sobre la implantación y desarrollo del sistema previsto en la Constitución como de su necesidad de adaptación a las circunstancias actuales, pero apenas han gozado de protagonismo en el circuito oficial de eventos, por lo que sus diagnósticos en ningún momento han entrado en la discusión. Simplemente, debido a la incomodidad que generan, suelen ser ignorados, cuando no son señalados como una amenaza. Más ahora, en un momento de tensión constitucional, en un país en el que el nervio nacionalista español se activa antes frente a aquello que considera como el “enemigo interno” que por cualquier otra causa. En estas circunstancias, el silencio frente a las alabanzas se acompaña de la sospecha y la crítica honesta y fundada puede ser directamente interpretada como un paso a engrosar las filas del contrario. El uso que en los últimos tiempos se está dando al término “constitucionalista” no puede ser entendido de otro modo. Por el camino queda el pluralismo; la contraposición entre posturas propias de la verdadera discusión política, social y académica, y la posibilidad de que la Constitución deje de ser utilizada como un arma y recupere/alcance la credibilidad y el estatus de un verdadero marco de reglas y garantías en el que se sienta cómodo la inmensa mayoría, que organice nuestra convivencia, establezca nuestros derechos y deberes y sirva de guía de nuestras aspiraciones como comunidad.

Pues bien, la obra que tiene delante el lector sale completamente de los parámetros marcados en los párrafos anteriores. No es simplemente una cuestión de resultado, sino que desde su concepción pretendía aportar algo diferente a la conmemoración de los 40 años. Como indican los coordinadores al comienzo de la introducción, se toma la ocasión del aniversario como una invitación a la reflexión sobre la carta magna y se trata de exponer, de forma rigurosa, una visión crítica del origen, la filosofía, el contenido y la posterior evolución de nuestro sistema constitucional. Para ello, Rafael Escudero y Sebastián Martín han reunido a una decena de académicos, especialistas en diversas áreas del derecho, entre los que se encuentran, además de los propios coordinadores, investigadores de la talla de Albert Noguera, Adoración Guamán, Bartolomé Clavero, María Eugenia Rodríguez Palop, Víctor J. Vázquez, Rafael Sanz, María Acale e Isabel Lifante.

La selección de temas está atravesada por una hipótesis inicial: a pesar de proceder de una reforma y no de una ruptura, y arrastrar por ello numerosas inercias provenientes de la dictadura, la Constitución tuvo elementos de importante apertura, gracias a la presión ejercida por la clases populares y por la oposición a la dictadura, lo que le permitió gozar de un amplio apoyo popular. Sin embargo, pareciera que en estos cuarenta años los lastres han ido imponiéndose al impulso renovador inicial, cancelando o desvirtuando la mayoría de los elementos progresistas incluidos durante la transición (p. 12-13), hasta el punto de encontrarnos áreas donde existe riesgo de involución respecto al acuerdo de 1978.

La verificación de la hipótesis se realiza a través de dos vías, que funcionan de modo complementario y no excluyente. Por un lado, en diferentes capítulos de la obra se hurga en los márgenes del relato oficial de la transición, con el fin de complementarlo y dar así mejor cuenta de cómo “realmente” se produjo dicho proceso. Lejos de la imagen idealizada, se rescatan los elementos olvidados del pacto constitucional, se recuerda el protagonismo de actores y movimientos hoy fuera de la foto oficial y los límites impuestos desde las viejas estructuras de la dictadura –sin los cuales no se puede entender el desarrollo y el resultado de la operación–, y se sacan a la luz las promesas, perspectivas y aspiraciones contenidas inicialmente en el texto. Por otro lado, en ocasiones como correlato de lo anterior, se explora el desarrollo y

evolución de diferentes partes del texto constitucional, con el objetivo de examinar tanto la distancia entre las previsiones iniciales y la traslación posterior como el proceso de socavamiento que han sufrido algunos principios y garantías en estos cuarenta años de vigencia del texto de 1978.

El primero de los capítulos se dedica al que probablemente sea el gran olvido de la transición, el que sufrieron las víctimas y los familiares de quienes habían sido objeto de represión desde el inicio de la guerra civil hasta el final de la dictadura, y a su otra cara, la impunidad de los verdugos. En el mismo, Rafael Escudero comienza exponiendo que, más que un olvido, debemos hablar de una decisión de carácter fundacional. Aceptada por la oposición democrática en un ejercicio de realismo político, el llamado “espíritu de la transición” construyó la democracia sobre la base de no dar luz a los sucesos del pasado reciente. Junto a otras “líneas rojas”, la decisión constituyente de amnesia y olvido y la equidistancia entre bandos actuó como “imaginario metanormativo”, lo que ha tenido enormes consecuencias. Probablemente, la más hiriente sea la desprotección que han tenido las víctimas de la dictadura y el incumplimiento por parte de España de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a causa de la no investigación de los graves crímenes cometidos durante la dictadura, en contra de las previsiones de la propia Constitución acerca de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos como canon de interpretación y como derecho interno. Pese a esta situación, y gracias a la presión de los familiares de las víctimas, en 2007 se aprueba la “ley de memoria histórica” (52/2007). No obstante, la filosofía constituyente sigue presidiendo el espíritu de la ley y las medidas previstas para dar cumplimiento a los derechos de verdad, justicia y reparación quedan lejos de ser satisfactorias. La inacción estatal y la escasa implantación de dicha ley llevó a algunas CCAA a desarrollar propuestas más ambiciosas. En esta situación llegamos a la actualidad, donde están sobre la mesa tanto propuestas de reforma integral de la ley 52/2007 como la exhumación y traslado del cadáver del dictador fuera del Valle de los Caídos. Medidas que apuntan en la dirección correcta, pero que se ven obstaculizadas por la falta de decisión política y por las trabas que se encuentran bajo la Constitución de 1978, donde la opción constituyente de la amnesia informa todavía el engranaje institucional derivado de la misma.

En segundo lugar, a efectos expositivos, vamos a agrupar lo que denominaremos como el “bloque económico-social” de la obra. Bajo este rótulo encuadraremos las aportaciones de Sebastián Martín, Albert Noguera, Adoración Guamán y Rafael Sanz. El trabajo de Sebastián Martín contextualiza la definición del Estado español como “estado social y democrático de derecho” a través de un recorrido crítico por el supuesto carácter social del Estado franquista y la “prehistoria” del concepto, así como un examen del debate constituyente en torno a la cuestión. Sebastián Martín relata como desde posturas conservadoras, por un lado, se estimaba que tal fórmula, unida a otras proclamaciones como la libertad de empresa (art. 38), suponían una decantación a favor de la economía social de mercado, mientras que, por otro lado, en las filas socialistas y comunistas se valoraba que legitimaba el intervencionismo estatal y abría la puerta a un desarrollo de signo socialista, si se lograban las mayorías electorales necesarias para ello. Sin embargo, a pesar de la apabullante victoria del PSOE en 1982, que invitaría a pensar en un desarrollo en esta última línea, la vocación socializadora e igualadora (art. 9.2) contenida en la Constitución fue enterrada con las “reformas estructurales” llevadas a cabo por el primer gobierno de Felipe González, vuelta a enterrar a raíz de la integración en la Comunidad Económica Europea en 1985 y definitivamente sepultada en la primera década del milenio y, especialmente, a partir de la crisis de 2008.

En una línea similar avanza el trabajo elaborado por el profesor Noguera. El mismo propone una definición de lo que denomina como “solución antidemocrática de las crisis”, para a continuación explicar el diseño del sistema de derechos sociales en el sistema constitucional español a partir de la crisis de los años setenta y de la última de 2008. Termina su capítulo abogando por un modelo garantista de los derechos sociales basado en el principio de indivisibilidad, interrelación e interdependencia con los demás derechos, así como por el reconocimiento de nuevos modos de justiciabilidad.

Los últimos dos trabajos de este bloque serían los que analizan la constitucionalización del derecho al trabajo (art. 35) y los principios del sistema tributario (art. 31), elaborados por Adoración Guamán y Rafael Sanz, respectivamente. La profesora Guamán aporta una explicación de la integración del derecho al trabajo en la Constitución de 1978, puntualizando sus carencias; del paradigma bajo el que estaba concebida, el fordista, y sus consecuencias; de su interpretación por el Tribunal Constitucional; de los cambios producidos en el mundo del trabajo en las últimas décadas, y de la tendencia del legislador español a orientar la regulación de las relaciones laborales hacia la hiperflexibilización, en contra de alguno de los estándares básicos fijados por el Tribunal Constitucional en su primera jurisprudencia. Por su parte, Rafael Sanz nos invita a un viaje por los antecedentes del sistema tributario constitucional para arribar en un examen de los principios básicos del sistema tributario contenidos en el artículo 31 CE, en especial del principio de progresividad, del mal endémico del fraude estructural y la elusión consentida, y de los principios que deberían regir el gasto público, particularmente el inaplicado principio de equidad.

En la parte central del libro encontramos dos capítulos de inequívoca actualidad. Por una parte, Bartolomé Clavero aborda la constitución territorial, con un análisis que comienza en los albores de la transición y llega hasta la actualidad. Por el camino, el lector encontrará interesantes claves para comprender las razones del sistema; la excepción catalana; la diferenciación del artículo 2 CE entre nacionalidades y regiones; el carácter pactado de las Comunidades nacidas sobre la base del artículo 151 CE; la homogeneización posterior, en busca de borrar la diferencia de origen; la labor de zapa ejercida por el Tribunal Constitucional en las primeras cuatro décadas, y, en definitiva, la desnaturalización de parte del sistema territorial concebido en las negociaciones de la transición.

Inmediatamente a continuación, María Eugenia Rodríguez Palop recuerda a otro de los sujetos que no fueron oficialmente convocados en el papel protagonista que les correspondería durante las negociaciones constitucionales: las mujeres y el movimiento feminista. El estudio de la profesora Palop comienza con una contextualización del papel de la mujer en la concepción del franquismo y, a continuación, detalla concisamente el papel al que se relegó a las mujeres y el movimiento feminista durante la transición, así como sus principales reivindicaciones. La segunda parte del capítulo se orienta al futuro, desgranando siete propuestas de reforma para una Constitución feminista.

Por su parte, Víctor J. Vázquez realiza una detallada exposición de cómo se ha entendido la aconfesionalidad del Estado –eufemismo de la laicidad–, recogida en el art. 16.3 CE. Al igual que otros capítulos, después de haber realizado una contextualización de la previsión en la época en que se adoptó, se examina el grado de cumplimiento del principio de laicidad desde la promulgación de la Constitución, llegando a conclusiones poco halagüeñas. La implementación, o falta de la misma, de la laicidad estuvo determinada desde un comienzo por los Acuerdos con la Santa Sede de 1976. Así las cosas, en vez de haber acomodado la interpretación de dichos

acuerdos a las exigencias de la Constitución, se ha interpretado la Constitución a la luz de dichos acuerdos. El resultado ha sido la mera funcionalidad retórica del principio de laicidad, que no se ha proyectado en la práctica como un verdadero parámetro de constitucionalidad de las leyes.

Por último, agrupamos un bloque final con los trabajos de María Acale e Isabel Lifante. En cierta medida, los dos capítulos tienen un punto en común: reconocen el impulso renovador mantenido durante los primeros años de vigencia de la Constitución y señalan un estancamiento e, incluso, una involución posterior. Por un lado, María Acale vincula la adopción de la nueva Constitución a un proceso de renovación del derecho penal que desembocó en el Código Penal de 1995, que adaptaba el sistema a los principios de la nueva norma suprema. Sin embargo, desde su adopción, dicho Código, que pivotaba en torno al entendimiento de que la lesión de los bienes jurídicos guardaba relación con los principios del texto constitucional y al principio de *ultima ratio* del derecho sancionador, ha sido sucesivamente reformado en una deriva claramente punitivista, que contradice su espíritu primigenio. La profesora Acale muestra dicha deriva con un análisis de alguna de las reformas que se han llevado a cabo en los últimos años. Por otro lado, la obra cierra la revisión del texto de 1978 con un trabajo elaborado por Isabel Lifante sobre el Tribunal Constitucional. La profesora de la Universidad de Alicante, al hilo de la exposición de la labor del tribunal, identifica un primer impulso renovador en la década de los ochenta, seguido de una cierta decadencia y pérdida de legitimidad en años posteriores. La extrema politización partidista de los nombramientos, la acumulación del trabajo, los choques institucionales y la pérdida de calidad técnica en sus pronunciamientos han contribuido al deterioro de la imagen de la institución. Esta situación se ha agravado en los últimos años ante la impotencia del Tribunal Constitucional para lidiar con la transformación del Estado social a raíz de la crisis financiera de 2008 y con la crisis territorial. Mientras que en la primera ha avalado las reformas regresivas en materia de derechos y ha asumido el papel de último guardián de la estabilidad presupuestaria, la crisis iniciada en Cataluña le ha llevado a adquirir competencias impropias de una Corte Constitucional. Bajo esta deriva, numerosas voces estiman que es necesaria una profunda reforma de este órgano.

Hasta aquí el repaso de los diferentes capítulos y temas tratados en la obra. Como hemos intentado mostrar, el libro *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución* ofrece un amplio recorrido por los aspectos olvidados, las expectativas incumplidas y los principios vulnerados en las primeras cuatro décadas de vigencia de la carta magna. Lo hace en la línea de los mejores ejemplos de lo que debe ser la teoría crítica, aquella que saca a la luz tanto la distancia que media entre el discurso oficial y la realidad como entre la forma en que son actualmente las cosas y cómo pudieron ser o deseamos que sean. Y lo hace, además, mediante un análisis riguroso de los diferentes temas tratados, recopilando aportaciones de profesionales de reconocida competencia académica, pero sin perder el tono divulgativo, en busca de sobrepasar los muros de nuestra formalizada universidad. Así, no solo es recomendable para el investigador en formación o para el ya consolidado, sino para todo aquel que desee ir más allá de los mitos y los lugares comunes de nuestra historia constitucional reciente, para quien busque conocer más sobre expectativas enterradas y derechos incumplidos, y para quien busque argumentos para un futuro, esperemos que no muy lejano, proceso de reforma constitucional.

# La filosofía moral de Hans Kelsen

José Antonio Sendín Mateos  
(2017) Marcial Pons  
Madrid, 332 pp.

Alfonso García Figueroa  
*Universidad de Castilla-La Mancha*  
[AlfonsoJ.GFigueroa@uclm.es](mailto:AlfonsoJ.GFigueroa@uclm.es)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4713>

## *El eterno retorno de Hans Kelsen*

Este libro recoge sustancialmente la tesis doctoral de su autor y cuenta con el prólogo de quien en su día la guió, el profesor Miguel Ángel Rodilla. No bien haya abierto el libro, puede que al lector le asalte la duda de si ese prefacio pretende ser, como cabría esperar, una verdadera invitación a la lectura y de si merece la pena proseguirla. Después de todo, Rodilla alude enfáticamente al “fracaso” de Kelsen (p. 15), al “resultado catastrófico” de reducir las normas a fragmentos de las genuinas que estipulan sanciones (p. 16), a la obsesión formalista por preservar la coherencia y la completitud del sistema jurídico a toda costa (p. 17) y a otros aspectos de la teoría pura que, en resumidas cuentas, “no se tienen en pie” (p. 19). No contento con ello, Rodilla afirma que la filosofía moral de Kelsen “ha envejecido peor que su teoría del derecho” (p. 21) y eso quizá sea lo más descorazonador, puesto que la achacosa filosofía moral de Kelsen constituye precisamente el objeto de investigación del libro que aquí se comenta. Pareciera, en fin, que el prólogo quiere prepararnos anímicamente para sumergirnos en un tratado de geriatría jusfilosófica, quizá para participar en una autopsia elegante.

Pero ¿es eso así? ¿Qué sentido tendría entonces este libro? Dejando a un lado el placer erudito que nos proporcione Sendín al “colmar la laguna” que supone la falta de atención de los especialistas a la filosofía moral kelseniana (p. 22), el propio Rodilla nos ofrece entonces algunos argumentos relevantes para no abandonar la lectura. El principal, para nada banal, consiste en que Kelsen es “un clásico” de la filosofía del Derecho (p. 19), es “alguien con quien todavía tenemos que confrontarnos” (*ibid.*). Pero Kelsen es para nosotros algo más que ese persistente “ruido de fondo” que delata al clásico, según Italo Calvino. La realidad es que cualquier filósofo del Derecho (también el no positivista) discurre, más o menos consciente y cómodo, por un espacio que Kelsen configuró. A Kelsen le debemos, seguramente, nada menos que la recreación de la disciplina que conocemos como teoría del Derecho (*ibid.*) y, desde esta perspectiva, Kelsen sería una especie de Cristóbal Colón de la jusfilosofía, en el sentido de que arribó a un Nuevo Mundo, que no supo reconocer o identificar cabalmente. Dicho de otro modo, si bien Colón no acertó



cuando creyó pisar las Indias Orientales, ni tampoco tuvo del todo éxito Kelsen cuando elaboró su concepción del Derecho basada en el ideal de la pureza; es necesario reconocer que ninguna singladura desafortunada puede oscurecer los méritos de un explorador cuando se arriesga a navegar por donde nadie lo hizo antes. Tenemos así motivos de sobra para proseguir la lectura del libro de Sendín y así descubrimos en él un ejercicio de gran estilo que nos da a conocer un filósofo del Derecho cuyos trabajos van a merecer nuestra atención muy seriamente. El libro está bien escrito por su claridad, su concisión y su rigor; algo muy de agradecer en estos tiempos en que la Universidad sufre el asedio atosigante y fatigoso del desaliño estilístico y cierto anglopapanatismo (por no hablar de la politizada degradación de los títulos y la corrupción doctoral).

Como todo el mundo sabe, la obra de Kelsen constituye probablemente el punto culminante de la imponente filosofía jurídica positivista que dominó los siglos XIX y XX. Su concepción del Derecho, apegada a una teoría de la norma y del sistema jurídicos (tan alejada, por lo demás, de la teoría convencionalista en que ha desembocado el positivismo jurídico en lengua inglesa) se halla sumida en una seria crisis, de la que entre nosotros quizá sólo la teoría de los sistemas jurídicos de autores como Alchourrón y Bulygin aspiren a redimirla en alguna medida. Como es bien sabido, Kelsen sostuvo una teoría del Derecho que separaba estrictamente Derecho y moral y lo hacía con un anhelo de pureza y cientifismo asociado a una filosofía moral relativista y a una filosofía política de la tolerancia y la democracia.

Hasta aquí, todo es bien conocido y hasta cierto punto puede parecer pacífico. Pero que una teoría del Derecho paradigmáticamente positivista como la de Kelsen se ocupe de cuestiones morales resulta en el fondo intrigante. ¿A qué tal preocupación por la naturaleza de la moral, cuando lo que el positivismo jurídico propugna es que nos despreocupemos de esa cuestión a la hora de trazar un concepto de Derecho? ¿Acaso el positivismo no corre el riesgo de rendir el mayor tributo a su propio adversario cuando contribuye a convertir la teoría del Derecho en una forma oblicua de hacer metaética? Para ilustrar esta perplejidad con más sencillez, quizá valga aquí una analogía con el ateísmo. A.C. Grayling afirmaba que no nos referimos a “aduendistas” para calificar a quienes no creen en duendes o “nohadistas”, cuando se trata de quienes no creen en hadas; pero el sedicente ateo se define, casi en un acto de piedad, mediante la negación de lo que rechaza con la célebre alfa privativa: Dios. Ello puede parecer una concesión demasiado onerosa para el ateo hasta que advertimos que en realidad es consecuencia de un contexto en que la visión teológica del mundo es dominante. De ahí aquella justificada réplica del anarquista Sébastien Faure: “Cesad de afirmar vosotros y yo cesaré de negar”. Por tanto, la primera respuesta que se nos ocurre es que la filosofía moral de un juspositivista es un paso ineludible cuando reacciona frente a un jusnaturalismo bimilenario que afirma la vinculación del Derecho positivo a la moral y que, por así decir, es el dueño de la agenda. Este aspecto contextual es fundamental para entender a Kelsen y José Antonio Sendín nos proporciona con su libro un instrumento idóneo para entenderlo.

Así que, con buen criterio, Sendín comienza evocando las célebres memorias de Stephan Zweig para esbozar la atmósfera en que se formó Kelsen (p. 38) y lo hace con todo acierto porque el magistral capítulo primero de *El mundo de ayer* nos habla del mundo de Kelsen mucho mejor de lo que ningún jurista sería capaz. Sendín examina el influjo que sobre Kelsen ejercieron Dilthey, Simmel o Weber (pp. 42 ss.; 186 ss.) y también la influencia del físico y filósofo Ernst Mach (p. 45) sobre la conformación del relativismo de Kelsen, afín al del Círculo de Viena (pp. 199, 205). Con todo, el relativismo kelseniano se caracteriza sobre todo por ese carácter fuertemente reactivo frente al jusnaturalismo clásico (p. 60), “en última instancia una

doctrina religiosa” (p. 61). La filosofía moral de Kelsen no puede entenderse, en suma, si no se comprende ese “mundo de ayer” del que proviene Kelsen, cuyas bases ciertamente él criticó, quizá al precio paradójico de arraigarse a él con más fuerza.

Hoy nos resulta claro que la obsesión kelseniana por deslindar los órdenes jurídico-positivos del Derecho natural y muy especialmente de los sistemas religiosos (pp. 63 ss.; pp. 267 ss.) ha perdido buena parte de su sentido, del mismo modo que su teoría de la democracia sólo puede entenderse seguramente en su confrontación con las dos amenazas que sobre ella se cernían en forma de fascismo y comunismo (e.g. p. 310). De ahí el “interés arqueológico” (p. 277) que reviste a veces la teoría kelseniana de la democracia, en expresión de Pintore. Con todo, el libro de Sendín nos lleva a plantearnos si el actual ascenso de los populismos en Europa y el proceso de radicalización y fundamentalización de las religiones y de sus sucedáneos animalistas, multiculturalistas y de género nos van a exigir recuperar, si no las ideas que Kelsen nos legó, sí al menos su espíritu.

Sendín reconoce en la crítica kelseniana al jusnaturalismo la “más dura, articulada y certera (...) del siglo XX” (p. 138); pero, bien lejos de incurrir en la típica indulgencia del doctorando encandilado por su objeto de investigación, no duda en mostrarse distante con la teoría de Kelsen para indicar sus “flancos débiles” (*ibid.*). A Sendín la teoría de Kelsen le resulta a trechos “superficial” (p. 132) o poco sistemática (p. 138) y en ese difícil equilibrio entre la insolencia del investigador prometedor y el ensañamiento con el árbol caído, Sendín acusa con firmeza a Kelsen de incurrir en la falacia del hombre de paja; lo que se advierte cuando Kelsen cae en el “atrevimiento” (p. 99) de caracterizar a su conveniencia las heterogéneas y cambiantes manifestaciones de dualismo (Derecho natural/Derecho positivo) y también en el atrevimiento de asociarlas arbitrariamente a una psicología optimista o pesimista (pp. 86 ss.). Lo que quiere indicarnos Sendín es, en otras palabras, que Kelsen habría relatado la historia del pensamiento jurídico a su conveniencia para presentar su propia teoría como la continuadora de la “vía del compromiso” entre el idealismo y el empirismo inaugurada por Kant (incapaz de emanciparse de la religión en que se formó, p. 93) y como superadora de Cohen (quien habría tratado de consumar el proyecto de aplicar el método trascendental kantiano al Derecho, pero lastrado asimismo, entre otras cosas, por su propia fe religiosa, a juicio de Kelsen, p. 94). Siempre *pro domo sua*, Kelsen concibe su propia teoría pura y su relativismo moral como el triunfo final sobre las querencias hacia lo absoluto, propias de las teorías jusnaturalistas.

Pero dada la centralidad de la distinción entre *Sein* y *Sollen* en la teoría de Kelsen, a juicio de Sendín quizá la más grave arbitrariedad de Kelsen habría consistido en atribuir al jusnaturalismo clásico y también al renovado modernamente el haber caído en la “falacia naturalista” (pp. 140, 209). La denuncia de Sendín es muy oportuna incluso hoy en día, pues no es raro que se descalifiquen aún hoy teorías no positivistas por incurrir en la “falacia naturalista”. Y, por cierto, a mi juicio, es necesario recordar que, por muy extendido que esté (también en esta estimable tesis), el uso del sintagma “falacia naturalista” no es conforme con el significado que presentaba cuando Moore acuñó la feliz expresión en sus *Principia Ethica* de 1903. Creo que tiene toda la razón Mary Warnock, entre otros, cuando decía que la “falacia naturalista”, tal y como la entendió Moore, no aludía a la imposibilidad de derivar juicios prescriptivos de juicios descriptivos; sino más bien a la imposibilidad de definir “bueno”. Significativamente, el intuicionista Moore, como buen descriptivista, derivaba juicios prescriptivos de juicios descriptivos sobre un hecho, por muy no natural que fuera su origen en la intuición. Y ello es así porque lo que realmente preocupó a Moore fue subrayar que “bueno” era un término primario indefinible, salvo ostensivamente;

como cuando señalamos a alguien algo amarillo para *explicarle* qué significa “amarillo”, sin necesidad (*sin posibilidad*, en realidad) de *definir* lo que sea el amarillo.

Tratando de explicar algunas vacilaciones metaéticas de Kelsen (que a veces le llevaron a coquetear con cierta forma de eudemonismo, p. 166), Sendín afronta la empresa de ubicarla entre las distintas concepciones metaéticas (pp. 168 ss.) para ofrecernos finalmente como síntesis (p. 176) una caracterización que cabe resumir así: La filosofía moral de Kelsen expresa un no cognoscitivismo moral o relativismo escéptico que propone una metaética más próxima al prescriptivismo (lo bueno es lo debido) que al emotivismo (lo bueno es lo sentido o aprobado); pero sin renunciar a una dimensión emotiva porque, si he entendido bien a Sendín, Kelsen reconocería lo que podríamos llamar el “magnetismo del discurso moral”, por decirlo a la manera de Charles Stevenson. Kelsen, en suma, “rechaza la metafísica como vía para el conocimiento” (p. 176) y de ahí se sigue su relativismo.

Me parece que en este punto Sendín asume un presupuesto (quizá del propio Kelsen), que no tenemos por qué compartir necesariamente, cuando dice que sólo podemos desarrollar una ética normativa una vez resueltas previamente nuestras dudas metaéticas (p. 171). Esto es ciertamente así para algunos autores (señaladamente lo es para Richard M. Hare), pero no me parece que sea necesariamente así. Aunque no sea posible entrar en este asunto ahora, quizás el contraejemplo más clásico sea el de Rawls, quien defiende en sus escritos una “superficcialidad metafísica” a la hora de desarrollar una ética normativa, lo cual en cierto modo nos eximiría de compromisos metaéticos previos.

La oposición al absolutismo moral de Kelsen tiene su soporte (prosigue en su crítica Sendín) en una caracterización muy simplificadora y rígida (p. 193) de las opciones metaéticas y su asociación arbitraria a cosmovisiones muy generales (pp. 186 ss.). Además Sendín indica que Kelsen no estuvo atento a la evolución de la metaética (pp. 209 ss.). No es de extrañar así que el análisis de Kelsen de diversas máximas de justicia como el *suum cuique tribuere*, por ejemplo (pp. 221 ss.), diera lugar a resultados “infructuosos” y “decepcionantes” (p. 221), a menudo “no a la altura de la empresa” (p. 227); algo de lo que el propio Kelsen habría sido consciente (p. 252).

En cuanto a la filosofía política de Kelsen, que aboga por una democracia liberal, Sendín nos ofrece una cuidada síntesis de las ideas esenciales del pensamiento político kelseniano (e.g. p. 284) con la ayuda de los análisis de Anna Pintore (p. 285) para concluir que el concepto de democracia de Kelsen es formal o procedimental [aunque finalmente “más sustutivo y menos formal de lo que Kelsen piensa” (p. 288), algo en lo que había insistido en su día, como es bien sabido, García Amado en su excelente estudio sobre Kelsen, p. 305]. Se trataría además de una democracia representativa y no “existencial” (por oposición al gusto por la democracia directa que invoca el bolchevismo o el fascismo, p. 291) y se trataría, en fin, de una democracia deliberativa, en el sentido de que Kelsen entiende la democracia como una búsqueda de compromisos en un entorno de pluralismo social (p. 298), más allá de las especificidades que la “democracia deliberativa” ha adquirido con los modelos de Nino o Habermas, por ejemplo.

Kelsen “estaba convencido de que (...) la única base plausible para la justificación de la democracia como sistema político era el relativismo, su metaética relativista” (p. 317). Sin embargo, ello no parece fácil cuando se es kelseniano, porque no es posible fundamentar una ética normativa a partir meramente de una metaética y con este diagnóstico concluye el libro de Sendín. Sin embargo, me parece que cabe plantear una ulterior cuestión para el debate. Con sus actos (que no con sus teorías),

Kelsen parece poner en cuestión un presupuesto propio que ha subrayado otro filósofo del Derecho nada afín, Ronald Dworkin. Me refiero a la premisa de que podamos distinguir nítidamente entre metaética y ética normativa. En efecto, para algunos autores, formular una metaética implica necesariamente enunciar una ética normativa, incluso cuando sea escéptica; porque incluso cuando yo soy escéptico, estoy con ello actuando. Cuando Zubiri o Aranguren afirmaban que los seres humanos somos estructuralmente morales (que no podemos no tomar decisiones morales, incluso para ser inmorales), venían a decir que nuestras convicciones metaéticas tienen tal trascendencia moral, que acaban por convertirse en éticas normativas. No sé si sería ésta una salida posible para tratar de articular el relativismo moral de Kelsen con su teoría de la democracia; pero no tengo duda de que Kelsen no la aprobaría.

En cualquier caso, tenemos que agradecerle a José Antonio Sendín no sólo lo que nos dice en su libro, sino también lo que nos lleva a pensar; porque *La filosofía moral de Hans Kelsen* es, sobre todo, un libro que nos lleva a pensar. Tras las sucesivas críticas exógenas de corte dworkiniano y alexyano al positivismo y tras las críticas endógenas conducentes a sucesivas revisiones, suavizaciones, debilitaciones y jibarizaciones del positivismo jurídico, se diría que este se ha convertido, merced al llamado “positivismo ético” o “positivismo normativo”, en una opción moral en sí misma. Desde esta perspectiva, el positivismo jurídico actual se ha convertido para algunos en una doctrina defendible no tanto por razones conceptuales (en las que se han enredado positivistas inclusivos y exclusivos), sino más bien por razones normativas, tal y como sugieren autores como Campbell entre los anglófonos o Luis Prieto entre nosotros. Desde este punto de vista, el fundamento último de la teoría del Derecho es una filosofía moral, de tal manera que defender la teoría del Derecho del positivismo jurídico no es sólo una opción metodológica, sino una decisión moral. Ya hemos visto el aire de paradoja que envuelve a esta conclusión, pero ni siquiera Hans Kelsen se libró de confirmar el hecho de que la teoría del Derecho difícilmente puede dejar de ser una *actio finium regundorum* que busca un deslinde con la moral, por mucho que la racionalidad de Kelsen abominara de tal moral. Por estos estímulos y por tantas otras cosas que los futuros lectores sabrán apreciar mejor que este comentarista, debemos felicitarnos por la publicación de esta notable investigación de José Antonio Sendín Mateos, una inmejorable oportunidad para pensar en la filosofía del Derecho de hoy con la perspectiva que nos da la distancia del mundo de ayer.

# Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado

Ángeles Solanes Corella  
(2018), Tirant lo Blanch  
Valencia (España), 488 pp.

José María Garrán Martínez  
*Universidad de Salamanca*  
[garran@usal.es](mailto:garran@usal.es)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4714>

El trabajo que presenta la profesora Ángeles Solanes responde esencialmente a un triple análisis: “observar la realidad, analizarla y aprehender los retos que plantean las actuales barreras para la convivencia en perspectiva jurídico-política”, responder, en último término, a “los retos de la diversidad en el espacio público y en el privado”.

El trabajo se abre con el prólogo del profesor Javier de Lucas, en el que se subrayan los valores del libro y se procede a su contextualización, al señalar que la autora “nos plantea el examen de conflictos relacionados con la copresencia en un mismo espacio de soberanía –en el sentido sobre todo jurídico- de diferentes culturas, en plural. Esto es, rompe con el prejuicio habitual de que los conflictos que vivimos suponen un enfrentamiento binario, casi maniqueo: de una parte, nuestros valores (los buenos, los verdaderos, los que han hecho posible la democracia y los derechos humanos), frente –de otro lado- a los disvalores que nos amenazan con la llegada de los que vienen de fuera. Ese planteamiento ignora que en nuestro lado hay también pluralidad, diversidad e incluso cada vez más en la medida en la que la democracia estimula el desarrollo de la libertad: no existe una cultura española, para decirlo claro y de una vez. La nuestra, la sociedad de acogida, es plural a su vez. Y, por supuesto, frente a esa ficción de que lo que llega con los flujos migratorios es homogéneo (un *mixtum* islamo/árabe/africano, que de suyo ya constituye un disparate), lo cierto es que nos llegan diferentes culturas. Y lo más importante, que en el contacto, en el intercambio, todos nos transformamos, aumentando así la pluralidad, la diversidad”.

Prólogo que finaliza fijando el sentido de la obra de la profesora Solanes como respuesta a una realidad vertebrada por la diversidad ya que “nos encaminamos hacia sociedades en que la diversidad se transforma en mestizaje y eso lo encarnan, aquí sí que hay que devolverles la centralidad, los inmigrantes asentados, esos *vecinos* que, si sabemos ayudar a convertir en nuevos *ciudadanos*, nuevos titulares de una ciudadanía de raíces y perfiles mestizos, pueden ser una potente palanca transformadora”.



Al prólogo le siguen cinco capítulos: el primero es una introducción; el segundo se dedica a la libertad y a la igualdad en sociedades multiculturales; el tercero plantea los retos de la diversidad cultural en el espacio público; el cuarto analiza los retos de la diversidad cultural en el espacio privado y finaliza con un quinto capítulo en el que se realizan una serie de reflexiones finales.

En la Introducción la autora asume un sentido amplio de la diversidad cultural, aprehendiendo factores como el lingüístico, el étnico, el nacional, el religioso o el identitario que dan lugar al desarrollo de grupos sociales diversos que pretenden proyectar sus diferencias en el espacio público y conservarlas en el privado, remarcando que las políticas públicas de gestión de la diversidad han de incorporar un enfoque transversal de género.

La noción de conflicto, concebida por Ángeles Solanes como las desavenencias que se dan al intentar encontrar formas de conciliar, en palabras de Parekh, las reivindicaciones legítimas de unidad y diversidad para lograr unidad política sin uniformidad cultural, han de ser inclusivas sin ser asimilacionistas y cultivar un sentido de pertenencia respetando las legítimas diferencias culturales. Tal perspectiva conceptual exige revisar las nociones de libertad e igualdad en las sociedades multiculturales. Pasa posteriormente la autora a seleccionar los aspectos claves para la gestión de los conflictos que plantea la diversidad cultural en la dimensión pública y privada, sin desatender a la realidad española, desde la regulación normativa hasta la jurisprudencia nacional y europea. Ya al final de la introducción anticipa una serie de propuestas que, más que conclusiones, son ideas para establecer políticas proactivas de la diversidad desde la neutralidad del Estado, con el objetivo de conseguir una sociedad que apueste por el reconocimiento, la representación y la redistribución (3 R) en aras de una convivencia que suponga más que la mera coexistencia.

En el Capítulo 2, la profesora Ángeles Solanes considera que la necesidad de modular los marcadores primarios de identidad (tales como la lengua, la religión, las tradiciones, los valores y las diferentes prácticas que se aúnan bajo la idea de cultura), conjugándolos con la dimensión garantista de los derechos humanos, es uno de los retos que deben abordar las políticas de gestión de la diversidad. Así lo evidencia la autora al revisar la conexión entre derechos humanos, cultura e identidad, al analizar la integración desde la desigualdad material y la necesidad de construcción de un marco de referencia compartido.

Tales parámetros requieren una atención crítica acerca del alcance de la libertad y la igualdad entendidas como valores, principios, derechos y metaderechos. La libertad, negativa y positiva, expresa y realiza el valor moral de la autonomía personal, tomando en consideración el límite de la libertad ajena, pero, además, en su dimensión material exige del Estado los medios que permitan, tanto a los individuos como a los grupos culturales, dotar de contenido otras libertades.

Entre las diferentes propuestas que se estudian una es la articulación del modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, ya que ésta permite la consecución de políticas públicas que favorezcan las denominadas 3 R.

Adoptar este enfoque exige fijar la noción de cultura por la que se opta y, en este sentido, la autora alude a un sistema de creencias, valores, costumbres y conductas, que los miembros de una sociedad utilizan, que son transmitidos entre generaciones a través del aprendizaje y que tiene un carácter histórico, complejo y dinámico. La interacción entre diferentes culturas es uno de los aspectos fundamentales en la transformación cultural, aunque no sea fluida ni pacífica, siendo

en este contexto donde hay que ubicar la convivencia desde la libertad y la igualdad. Cuando determinados grupos se sienten amenazados en su especificidad, se activa esa idea de pertenencia a la que la identidad cultural hace referencia. La construcción identitaria revela también la estratificación social y la imposibilidad para determinadas personas de reivindicar una identidad distinta de la clasificación que le es impuesta.

Este pormenorizado análisis que realiza Ángeles Solanes le lleva a considerar que es fundamental evitar dos confusiones. El primer lugar, es erróneo no distinguir entre los casos en que las reivindicaciones para proteger la identidad cultural afectan a bienes y valores que pueden considerarse sacrificables atendiendo a las normas del sistema legal del Estado, de aquellos otros supuestos en que el reconocimiento de dichas diferencias culturales puede resultar realmente problemático o incompatible con la protección de los derechos fundamentales y humanos y, por tanto, con las exigencias del Estado democrático de Derecho. En segundo lugar, otra incorrección sería no delimitar el papel que efectivamente juegan las diferencias culturales para determinar o agravar cualquier conflicto social. Se hace necesario, en consecuencia, establecer si en determinados conflictos y tensiones la diversidad cultural es especialmente significativa o si, por el contrario, se apela a ella de forma equívoca porque lo que existe es una desigualdad manifiesta producto de una injusta redistribución.

Se ponen de manifiesto los riesgos que la defensa cultural puede conllevar, frente a la cual, desde las reglas del Estado democrático de Derecho, hay que insistir en que la interpretación y la aplicación de las normas deben obedecer a criterios preventivos, con independencia de sus destinatarios, atendiendo al bien común y al interés superior. La desconfianza entre diferentes grupos que se caracterizan por identidades claramente definidas, potencia la asociación entre una determinada identidad cultural y comportamientos socialmente peligrosos vistos como amenazas, hace que el ordenamiento jurídico introduzca medidas que pueden generar situaciones de desigualdad, y aviva discursos que, frente a la presencia de grupos culturalmente diversos asociados a la extranjería, apuesten por pasar de la integración cívica a una actitud de rechazo al inmigrante.

En los distintos retos que se analizan en este trabajo la relación entre la cultura, la identidad y la autonomía individual adquiere especial importancia cuando se conjuga con el ejercicio de la libertad y la igualdad, y en concreto, con el respeto de derechos como la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Por tanto, es ineludible gestionar la diversidad otorgándole un lugar compatible con el respeto y la garantía de los derechos humanos.

La autora ilustra las tensiones aludidas abordando los principales conflictos en España y cómo han sido resueltos a nivel supranacional desde el punto de vista jurisprudencial en el Capítulo 3. El análisis se centra en las tensiones que aparecen en la dimensión pública, esto es en el uso del espacio público y en el contexto de las sociedades multiculturales, especialmente los que han suscitado importantes desacuerdos, tales como: la utilización de símbolos de pertenencia y el uso del espacio público, los límites de las prácticas alimentarias religiosas y por convicción, y la ubicación de los lugares de culto y los cementerios.

En relación a los símbolos de pertenencia, se refiere a la disputa sobre el velo islámico integral, pero también con el no integral. En España el intento de establecer una normativa prohibitiva del velo integral fue frenado por la jurisprudencia.

En este trabajo se analiza la paradigmática sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 2014, en el caso *S.A.S. contra Francia*, a

propósito de la ley francesa que prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público. En ella, el Tribunal avala esta prohibición a partir de la noción de convivencia, entendida como la interacción de los individuos en el espacio público, en la que el rostro juega un papel fundamental. Deja así un amplio margen de discrecionalidad al Estado. El Tribunal descarta el ataque al principio de igualdad y no discriminación y la necesidad de proteger la seguridad. Se hace así hacer prevalecer, de modo muy cuestionable como destaca Ángeles Solanes, la noción de convivencia, no reconocida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, frente al artículo 9 del mismo que protege la libertad religiosa.

Respecto a los velos no integrales, se recuerda que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos existe una larga tradición de prohibición, especialmente en el ámbito educativo (asuntos *Lucia Dahlab contra Suiza*, *Leyla Sahin contra Turquía*, *Kervancı contra Francia* y *Dogru contra Francia*). En general, España es uno de los ejemplos de no prohibición del uso de vestimenta religiosa en los colegios, salvo casos puntuales como el del centro Camilo José Cela, recogido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 2013. La autora estudia también los ámbitos laboral y penitenciario.

En cambio, en lo que atañe a los símbolos religiosos estáticos en el espacio público, la autora evidencia cómo la jurisprudencia española ha sido más unánime al considerar dichos símbolos como culturales, sin entender que concultan el principio de aconfesionalidad.

Tratándose también de símbolos religiosos estáticos, se menciona un tema cuyo análisis exhaustivo, como se reconoce expresamente, supera las posibilidades de esta obra pero que, es imprescindible: la Ley de Memoria Histórica. Dicha norma recoge, en sus artículos 15, 16 y en la Disposición Adicional Sexta, referencias a los símbolos franquistas que afectan a los símbolos religiosos cuando tienen la forma de cruces. En estos supuestos, también se ha avalado el hecho de que símbolos como la cruz puedan ser considerados de carácter cultural, pero que hayan perdido ese carácter de "exaltación" al que se refiere la mencionada norma y que, por tanto, no proceda la retirada de los mismos.

El espacio público es el marco donde pueden suscitarse tensiones relativas a la utilización de la vía pública para la realización de actividades culturales. Cuando se trata de grupos minoritarios hay dos elementos fundamentales para que esas actividades se realicen en la vía pública: el deseo de visibilización pública y la voluntad de reconocimiento social.

El segundo de los conflictos en el espacio público hace referencia a las prácticas alimentarias religiosas y por convicción en centros públicos como los colegios, los hospitales, los centros penitenciarios y de internamiento de extranjeros. Respecto a esta cuestión, no existe una obligación normativa al respecto, sino más bien una declaración de intenciones. Esta ausencia ha hecho que las solicitudes planteadas por las diferentes confesiones religiosas no hayan sido atendidas argumentando diferentes razones. Entre ellas, el desproporcionado nivel de exigencia y diferenciación en el uso de los servicios públicos, que no sería acorde con la racionalidad y con la limitación que tienen los fondos públicos. Como se evidencia en este trabajo, este tipo de argumentos no son sostenibles.

En dichos términos se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que no puede otorgarse mayor valor a argumentos de índole material que a la realización de los derechos de libertad religiosa, de conciencia y de pensamiento (caso *Jakóbski contra Polonia*, de 7 de

diciembre de 2010). El Tribunal busca el equilibrio entre el derecho a una dieta determinada, como demanda razonable, y las limitaciones a las que tiene que hacer frente la administración en el caso de personas en situación de reclusión (asunto *Vartic contra Rumania*, de 17 de diciembre de 2013).

La jurisprudencia de los tribunales españoles ha actuado en sentido inverso a la europea. En el caso de los centros educativos, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 16 de junio de 2015, consideró que el servicio de comedor en las escuelas es voluntario. Por ello, atendiendo a la racionalidad, la proporcionalidad y el respeto a terceros, no puede considerarse que la libertad religiosa deba llevarse al extremo de exigir que el servicio público articule una organización individualizada. En relación a los centros penitenciarios, se ha justificado la falta de un menú específico vegetariano por considerarlo innecesario.

Dado que en España estas situaciones se darán con más frecuencia, la autora procede a puntualizar algunas cuestiones. Lo fundamental, en estos casos, es asegurar un mínimo coherente con una concepción de la igualdad entendida como igualdad de recursos, en el sentido que señala Dworkin. Aquello que excede el mencionado principio podría entenderse como un coste de oportunidad que cada individuo debe concebir en relación con su capacidad de autodeterminación, que se traduce en aspiraciones y prioridades. Se trata de buscar así un equilibrio entre libertad y responsabilidad. En líneas generales, el mandato dirigido a las autoridades no contiene una obligación de resultado, pero la situación de sujeción no voluntaria, en los casos de privación de libertad y, además, de especial dificultad, en la que se encuentra los sujetos, deberían ser tomadas en consideración. Como se pone de manifiesto en las diferentes guías de buenas prácticas analizadas en el trabajo presentado, para que se incluyeran menús que respetaran los preceptos confesionales, sería necesario tomarlos en consideración en los pliegos de cláusulas contractuales que negocia la administración.

Un tercer conflicto que reclama también la supervisión legal y jurisprudencial, es el relativo a la distribución del suelo en el espacio público compartido, en el que los diferentes grupos religiosos se visibilizan y han de normalizar su presencia. En España se han suscitado diferentes problemas en torno a la ubicación de mezquitas, oratorios y otros lugares de culto. De la conjunción del artículo 16 CE, con otros preceptos constitucionales como los artículos 9.2, 13.1, 14 y 47, se concluye que la utilización del suelo, para la ubicación de lugares de culto y cementerios, tiene influencia sobre el efectivo ejercicio y garantía del derecho fundamental de libertad religiosa. Desde la perspectiva de la legislación urbanística, los centros religiosos tienen la consideración de equipamientos comunitarios.

La autora apuesta por los denominados espacios multiconfesionales o centros pluriconfesionales. Estos equipamientos religiosos tendrían la ventaja de ser propiedad de la administración pública de tal forma que esta sería la encargada de su construcción, mantenimiento y conservación. De esta manera, se posibilitaría el ejercicio de la libertad religiosa en condiciones de igualdad por parte de creyentes de distintas confesiones, garantizándoles un lugar donde poder realizar los actos religiosos. Según la autora, en el caso español y a tenor de los conflictos analizados, se concluye la necesidad imprescindible de actualizar la legislación nacional y armonizar la de las diferentes Comunidades Autónomas para evitar desigualdades manifiestas.

En el Capítulo 4 se abordan los retos en el ámbito privado, específicamente aquellos que se ubican en el derecho de familia, en el contexto de la institución del matrimonio, dado que la familia es un espacio aglutinador del encuentro intercultural

entre formas de vida familiar procedentes de círculos culturales, religiosos, sociales y jurídicos muy alejados.

Un primer conflicto que se estudia es el referido al matrimonio islámico, especialmente a los requisitos que son necesarios para que se reconozca efectos civiles en el ordenamiento jurídico español. Las instituciones islámicas vinculadas al matrimonio que mayores inconvenientes generan en España son la poligamia y el repudio. Ambas se dan, respectivamente, en el momento de la constitución y la disolución del vínculo matrimonial.

El segundo de los conflictos en el ámbito privado se mantiene en el marco de la institución matrimonial, abordando el estudio del matrimonio de conveniencia, forzado e infantil, estos dos últimos desde una perspectiva penal. En el matrimonio de conveniencia, caracterizado por el abuso y fraude de ley que subyace, se incluyen aquellas uniones celebradas con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con español o con quien ya se encuentra legalmente en el país.

En el caso de los matrimonios forzados se alude a la unión de dos personas en la que al menos una de ellas no ha dado su libre y pleno consentimiento para contraer matrimonio. La característica fundamental de estos matrimonios es el uso de la violencia física y psíquica para doblegar la voluntad y obligar al menos a una de las partes a la unión. Los matrimonios forzados son una de las múltiples manifestaciones de la violencia hacia las mujeres que tiene su origen común en las desigualdades de género y, además, ahondan en el debate sobre su autonomía y las características del consentimiento libre. Este estudio profundiza en la compleja delimitación entre matrimonios pactados y matrimonios forzados, dado que estos últimos pueden ser inicialmente matrimonios concertados en origen y viceversa. Tampoco puede pasarse por alto, en ocasiones, su conexión con otros delitos como la trata de seres humanos.

En estrecha conexión con este supuesto se aborda el caso de los matrimonios infantiles. Dicho matrimonio hace referencia a aquel en el que al menos uno de los contrayentes es un niño, entendiendo por tal al menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. El análisis de diferentes resoluciones de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, pone en evidencia la necesidad de articular políticas y legislaciones para poner fin a estos matrimonios. Para ello es necesaria la colaboración de las comunidades que los practican.

En España el matrimonio infantil aparece regulado en el artículo 172.3 CP como un tipo cualificado agravado del matrimonio forzado, sin embargo, esta precisión de la reforma de 2015 sería mejorable a juicio de la profesora Ángeles Solanes.

El último de los conflictos que se estudian son los denominados crímenes de honor. La autora señala que el concepto de honor tiene una dimensión colectiva o grupal, más que estrictamente individual, y va unido a lo que podrían considerarse culturalmente los códigos de honor. Desde Naciones Unidas se insiste en la necesidad de que la legislación incluya una definición amplia de crímenes de honor que abarque todos los actos de discriminación y violencia para preservar el honor de la familia. Las diferentes resoluciones y recomendaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, los instrumentos internacionales como la CEDAW y el Convenio de Estambul, establecen estándares específicos que marcan la actuación de los Estados miembros para la prevención, prohibición y erradicación de dichas prácticas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de algunos supuestos relacionados con los crímenes de honor a propósito de asuntos vinculados a la violencia doméstica (como en el caso *Opuz contra Turquía*, de 9 de junio de 2009) y a las expulsiones (como en la sentencia *N. contra Suecia*, de 20 de julio de 2010).

España no cuenta con una normativa concreta que se ocupe de los crímenes de honor, sino que esta práctica queda subsumida dentro de la violencia de género y se reconduce a diferentes tipos de delitos.

El libro se cierra con el Capítulo 5 en el que se procede a realizar una serie de reflexiones por parte de la profesora Ángeles Solanes, indicando que en el espacio público concurre un objetivo central para las democracias pluralistas, que no es otro que evitar que la diversidad cultural se convierta en distinción social y surjan nuevas formas de desigualdad. Ese objetivo persiste en el ámbito privado, especialmente en la institución del matrimonio. Para poder afrontar y gestionar estas desavenencias, es imprescindible el reconocimiento, la redistribución y la representación, desde la neutralidad del Estado. Por eso, abordar la gestión de la diversidad cultural es, en el fondo, una cuestión de igualdad y de simetría en el poder social. Este libro invita a reflexionar críticamente, desde el análisis riguroso, sobre los diferentes retos señalados, ofreciendo alternativas trasladables a políticas públicas para la construcción de un marco común compartido desde los derechos humanos y la interculturalidad.

# Un paso adelante en defensa de los animales

Oscar Horta  
(2017) Plaza y Valdés editorial  
Madrid, 237 pp.

Guillermo Lariguet\*  
Conicet  
*Centro de Investigaciones Jurídicas*  
*Universidad Nacional de Córdoba*  
[gclariguet@gmail.com](mailto:gclariguet@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.4715>

Si he entendido bien el libro de Oscar Horta, *Un paso adelante en defensa de los animales*, yo, como tantas personas, filósofos y no filósofos, soy, inmoral. El corolario del libro de Oscar Horta apunta a convencernos no solo de practicar una reducción de daños (de maltrato a los animales), sino que, además, hay que dejar de matarlos. Ergo, dejar de comerlos, cazarlos, pescarlos, usarlos para diversión, para vestirnos, etc.

Oscar Horta se cuenta entre los mejores filósofos morales de España y diría, también, que del mundo. Es, además, uno de los mayores especialistas mundiales en temas de ética animal. A todo esto, se suma una vida comprometida, pues Horta es un “activista” en movimientos de defensa de los animales. Consecuente con sus ideas filosóficas, Horta es vegano.

*Un paso adelante en defensa de los animales*, es un libro de divulgación filosófica, pues está dirigido no solo a especialistas, sino a un público más amplio. Pero, en contra de ejemplos de malos libros de divulgación, este es un libro excepcionalmente escrito, claro, preciso y profundo. Un libro que no solo explica conceptos con sencillez, sino que no rehúye a la ponderación fina de los principales argumentos en el debate<sup>1</sup> *Un paso adelante en defensa de los animales* es, después de todo, un libro que busca “influir” con argumentos racionales con el fin de cambiar lo que para el autor son creencias falsas o comportamientos incorrectos de la gente.

Empezaré mi recensión haciendo una descripción del libro para concluir con algunos interrogantes que se pueden dirigir a su autor.

\* Agradezco a Manuel Atienza, Yiggal Olivares y Danny José Cevallos sus sugerencias referidas a diversas versiones previas a este trabajo.

<sup>1</sup> Por eso, el autor destina un “apéndice” en el que formula las referencias bibliográficas, a fin de no entorpecer el seguimiento de sus casos y argumentos.

## 1. Una descripción de la obra

Un rasgo notorio de la obra es su recurrente utilización de casos, muchos reales, y otros puramente mentales. El abordaje de tales casos persigue dos efectos. Uno conceptual, que consiste en clarificar y defender la tesis que, de acuerdo con Horta, sitúa la defensa de los animales un paso adelante. El otro normativo, mediante la activación de la empatía, procura influir en un cambio de actitud de los seres humanos para con los animales no humanos.

La tesis de Horta tiene antecedentes, por ejemplo, en la obra *Liberación Animal* (2011) de Peter Singer. Sin embargo, en la obra de Horta, dicha tesis adquiere mucha contundencia y viene a ser la siguiente: el requisito que demanda respeto para con los animales no humanos no se basa en una idea de racionalidad stricto sensu (ya diré algo sobre esta idea en el siguiente párrafo) sino en la idea de “sintiencia”. La sintiencia, es un fenómeno (mental y corpóreo) que alude a la *capacidad de sentir*. Para disponer de esta capacidad es necesario contar con un sistema nervioso (o ganglios nerviosos como los que tienen ciertos animales). Esta tesitura ya estaba en Bentham cuando, al preguntarse por el fundamento de los derechos, sostenía que lo importante no es si los seres “piensan”, o “hablan”, sino si los seres “pueden sentir”. Como han sostenido los filósofos españoles Lara y Campos (2015), el lema sería: “sufre, luego importa”.

Contra el criterio de sintiencia, ha sido, y es, muy común apelar al criterio –de prosapia kantiana- de racionalidad stricto sensu. Según este criterio, las exigencias morales son dirigidas a “seres racionales”. Un ser es racional en la medida en que tenga auto-consciencia, pensamientos de segundo orden, carácter reflexivo que lo “distancie” del mundo objetivo, es decir, que sus respuestas no sean meramente reflejas o basadas en instintos.

Durante mucho tiempo, la racionalidad, como se la acaba de describir arriba, ha sido el cimiento de la “dignidad humana” y, por tanto, de los llamados derechos fundamentales. Conforme este criterio, se traza una línea divisoria de tipo “a todo o nada” entre animales humanos y animales no humanos.

La posición fundamentada en una noción estricta de racionalidad ha enfrentado un doble problema: en primer lugar, el mencionado criterio de racionalidad produce incoherencias internas en el conjunto global de proposiciones básicas referidas a animales humanos. Consideramos humanos a los bebés, a los niños de dos años, a los discapacitados mentales. Sin embargo, conforme el ya citado criterio de racionalidad, ellos no podrían formar parte del conjunto “humano”, so pena de incurrir en incoherencias conceptuales. El segundo problema es que habría también animales no humanos que podrían considerarse “racionales”, o “proto-racionales”, es decir, racionales en un sentido más amplio de la palabra. Así, primates superiores, delfines, perros, o cerdos, ponen de manifiesto comportamientos que no se reducen a meras reacciones reflejas. Ciertos estudios indican (Danón, 2011, pp. 09-28; 2013, pp. 27-54) que, aunque los animales no humanos sean criaturas pre-lingüísticas, emplean ciertos conceptos (de coordinación, de peligro, etc.) e inferencias (esto último en sentido muy laxo)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La idea es que puede haber actividad mental, canalizada en conceptos, aunque no haya lenguaje. Por ejemplo, ciertos animales (delfines, perros, primates, etc.) manejarían conceptos como los de hambre, miedo, peligro, etc., y harían ciertas inferencias prácticas en determinadas situaciones. Supóngase, por ejemplo, que un perro persigue una liebre. Al llegar a un punto del recorrido, la liebre se adelante mucho al perro. Para el perro se abren tres sendas. Olfatea una, luego olfatea otra y, al olfatear la tercera, sale

Con lo aparentemente tentadora que pueda ser la última consideración, esta no es la ruta seguida por Horta. Él destaca a la sintiencia como corazón de la ética. Y en ello cuenta con una intuición fuerte: las nociones de daño o beneficio, centrales en el discurso moral, solo pueden percibirse realmente cuando se conectan con la capacidad de disfrutar el beneficio o sufrir por el daño.

La obra de Horta cuenta con una introducción y siete capítulos. El capítulo 1 postula una explicación muy razonable (y compartida con filósofos como Singer) de que la “causa” por la cual discriminamos en forma arbitraria a los animales no humanos es la (no) pertenencia de los mismos a nuestra especie. Esta forma de discriminación se denomina, por ello, “especismo”. Por ejemplo, el argumento de que un animal no humano no comprende a Heidegger (incluso hay filósofos que no lo comprenden bien) y por eso no merece respeto, reenvía al tipo de problemas relacionados con la noción estricta de racionalidad que presenté más arriba. Pero hay más: la especie no es, no puede ser, un rasgo “moralmente aceptable”. Como no lo es el sexo (y por eso hablamos de sexismo), la raza (y por eso hablamos de racismo), etc.

La especie no puede ser un criterio moral aceptable porque es un dato meramente empírico. Sin premisas normativas en algún tramo de nuestro razonamiento, resulta del todo imposible “saltar” a criterios sustantivos del discurso moral. El salto supondría una acrobacia que incuraría en la célebre “falacia naturalista”. Una réplica a este punto podría ser que Horta pide la cuestión. Alguien podría sustentar la idea según la cual la sintiencia también es un dato meramente empírico. Sin embargo, la sintiencia no constituye para él un dato empírico “a secas”. La sintiencia se conecta con nociones de beneficio y daño que sí son materia sustancial de una ética normativa. Con lo cual, el peligro de la falacia naturalista pareciera estar conjurado.

En los capítulos 2 y 3, Oscar Horta nos proporciona una caracterización de la conexión entre sentir y sufrir, por una parte, para luego abordar lo que llama la “máquina de dañar animales”.

El capítulo 4 tiene la importancia de suministrar la “conexión” entre la descripción de los casos y las tesis filosóficas. El punto nodal es que hay “dos realidades”: la realidad de los animales que sufren y son matados y la realidad humana donde usamos a los animales para comer, vestirnos, maquillarnos, divertirnos, etc. Uno paso adelante en la defensa de los animales sería posible si fuéramos capaces de “conectar” las dos realidades. Detrás, por ejemplo, del “sabor gastronómico” que nos produce un trozo de pollo, hay un ser vivo que sufrió en una jaula diminuta y que fue matado, acortando su vida considerablemente.

El capítulo 5 nos plantea cómo vivir sin dañar y matar a los animales. Si desarrolláramos la disposición a respetarlos, ello sería posible. El autor derriba muchos argumentos dirigidos en contra de esta posibilidad. Por ejemplo, el de la salud. Muestra con evidencia empírica bastante sólida porqué dejar de comer animales no pone en peligro nuestra salud nutricional. Más aún: otro paso adelante en defensa de los animales es convertirnos en veganos.

Los otros dos capítulos terminan de desarrollar la defensa que de los animales no humanos hace Oscar Horta. Una de las conclusiones, la del capítulo 7, es que

---

corriendo a toda velocidad. Ciertos filósofos, inclusive desde el período posterior a Aristóteles, creen ver aquí una especie de razonamiento (tomando este último término en sentido laxo).

respetando a los animales no humanos no solo hacemos que el mundo sea mejor, también nos volvemos “mejores personas”.

En lo que concierne a ser mejores personas, creo que hay que efectuar una salvedad importante. El argumento de Horta es que dejar de dañar y matar animales nos vuelve directamente mejores personas (p. 205). Por ende, no es un argumento como el usado por filósofos como Kant o Tomás de Aquino. Para estos filósofos tratar bien a los animales era una especie de norma prudencial (no categórica en el caso de Kant). Los efectos de tratar bien a los animales, en estos filósofos, son, a diferencia de Oscar Horta, indirectos. Tratando mejor a los animales, desarrollamos un carácter que nos permitirá tratar mejor a nuestros congéneres. El objetivo final no es el de respetar animales, sino el de respetar a los hombres con los que coexistimos.

Como ya he subrayado al comienzo, Oscar Horta trabaja con muchísimos casos, reales y mentales para defender su tesis. Con la descripción de dichos casos se busca, además, provocar nuestra empatía. Creo que esto que hace es razonable. No se trata de dar golpes bajos. Ya filósofos como David Hume o Adam Smith cimentaban la moral en un sentimiento de simpatía o empatía. Es menester “ponerse en el lugar de los animales no humanos” para ver qué cambios son necesarios y posibles hacer en nosotros mismos y en nuestro mundo.

En el marco de esta recensión me resulta del todo imposible contar uno a uno todos los casos analizados por el autor. Me gustaría resumirle al lector algunos de los casos reales y mentales, que Horta expone, para situarlo en un ejercicio de imaginación moral. Y, si hay suerte, de “empatía”. Comienzo por los reales.

a) Los cerdos son matados en muchas granjas arrojándolos vivos a agua hiriente (p. 87). Chillan y patalean hasta que mueren –escaldados- finalmente. A veces hay empleados que disfrutan torturándolos antes de escaldarlos en agua hirviendo. Por ejemplo, les cortan el hocico o le echan sal al hocico. Se divierten viendo chillar de dolor al animal.

b) Para que las vacas den leche, se las aparta de sus terneros, que son matados (pp. 78-80). Este apartamiento produce sufrimiento en la vaca y los terneros. Cuando la leche se va terminando, la vaca es embarazada mediante métodos mecánicos para que el ciclo del embarazo comience. El ciclo se repite cuatro o cinco veces, sin interrupción en el medio, hasta que la vaca queda tan agotada que ya no sirve. Y así es matada.

c) En una granja de vacas en Italia (p. 13 y ss.), surgió un ataque general de brucelosis que llevó a la decisión de matar a las vacas. Sin embargo, una vaca no infectada, luego llamada Teresa por la gente, huyó de la granja, recorriendo más de veinticinco kilómetros. No pudo evitar, aun así, ser atrapada y llevada de vuelta a la granja. Mucha gente conmovida, “humanizó” a la vaca poniéndole el nombre de Teresa. Miles de reclamos exigieron que no fuera matada. El reclamo tuvo éxito.

#### Algunos experimentos mentales.

a) Supóngase que se está en la posición original de Rawls (p. 41). Existe un 50% de probabilidad de que, una vez establecida la sociedad, te toque ser animal no humano y sufrir el daño y muerte que manejan los animales humanos. ¿Qué elegirías? La respuesta parece obvia.

b) Imagínate que, al pulsar un botón rojo, del otro lado de la línea un animal experimenta una fuerte descarga eléctrica, a consecuencia de lo cual el animal sufre



y tú obtienes un gran placer (p. 99 y ss.). Sabiendo esto, ¿seguirías pulsando el botón rojo?

c) Piensa qué ocurre si, al pedir al supermercado que lleven a tu casa brócoli, yogur griego y carne de cerdo para preparar una buena cena con amigos, el personal del supermercado llega a tu casa y te dice: trajimos el brócoli y el yogur. La granja de cerdos está de huelga hace un mes (pp. 103-104). Así que decidimos traerle este cerdo bebé (que el empleado trae en brazos). Como complemento, le traemos el cuchillo para carnearlo y el mandil. ¿Lo matarías tú mismo?

d) Llegas a un restaurante y en la carta se ofrece como menú del día a la “vaca Teresa”. ¿Pedirías este plato? (pp. 104-105)

## 2. Algunos interrogantes para plantearle al autor

a) Si Horta está en lo correcto, la diferencia entre humanos y no humanos, en términos de capacidad racional, es de grado (no es a todo o nada). En rigor, el asunto pasa por otra cuestión: la sintiencia. El umbral de sintiencia es el que marcaría el límite al daño y el receptáculo del beneficio. La intuición parece razonable. Además, evita incoherencias conceptuales. Pongamos las cosas al revés, como en algún momento hace Horta. Pensemos en la película *El planeta de los simios*. Cuando los simios dominan la tierra y esclavizan a los humanos, los maltratan y matan. Sentimos que eso está mal. Es llamativo que Oscar Horta no habla de “derechos de los animales no humanos”. La razón no puede ser más que deliberada. En vez de derechos, él usa el término de “respeto”. Sitúa el asunto moral en términos de justicia. Creo que, al hacer esto, evita las típicas objeciones que, contra el uso del sintagma “derechos de animales no humanos”, existen. Por caso, que solo seres dotados con dignidad son portadores de derechos. En el lenguaje del libro hay entonces un desplazamiento semántico. Hay un deber de “respeto” que funcionaría en doble carril: deber de evitar dañarlos y deber de beneficiarlos, siempre que ello no suponga grandes sacrificios. Y también siempre que verifiquemos “alternativas”. Por ejemplo, hay alternativas nutricionales, hay alternativas de ocio, hay alternativas de vestimenta que hacen que no estemos forzados a comer, cazar, vestirnos o emplear a los animales (como en los circos) para divertirnos. Ahora bien, si el presupuesto es la sintiencia y no la racionalidad estricta que describí al comienzo, ¿no sería posible también hablar de derechos? Si la expresión ‘derechos’ chirriara, ¿sería menos problemáticos hablar de “intereses”? No se respeta la “nada”, sino que la justicia exige respetar intereses. Que, además, están en general, en “igualdad” de condiciones con respecto a los animales humanos. Por otro lado, un deber de respeto ¿no tiene, *hohfeldianamente* hablando, del otro lado, un derecho? Además, ¿no es posible que los intereses sean otro nombre para hablar de derechos? En filosofía moral autores como Raz o Feinberg pueden hablar de intereses como categorías equivalentes y ello sin sonrojarse.

b) Aunque, como ya se ha dicho, Oscar Horta destaca la sintiencia como el criterio moral estrella, en algunos pasajes el lector parece encontrar una lectura “mentalista” más fuerte. Por ejemplo, cuando Horta habla de la “danza de las abejas” (pp. 56-58), o que la vaca Teresa “huyó”, les atribuye a estos animales predicciones intencionales. Inclusive que las abejas “interpretan” su danza para coordinarse o que la vaca Teresa huye de una matanza. ¿Es esta caracterización fidedigna a lo que realmente ocurre? ¿Es necesaria esta caracterización para defender a las abejas? Oscar Horta ofrece evidencia empírica de cómo las abejas son afectadas por los seres humanos, por ejemplo, con humo. O cómo las mismas son alimentadas con agua y azúcar en vez de su propia miel. Pero, ¿no es una sobre-interpretación ver la danza de las abejas como intencional e interpretativa? ¿O, acaso, estas expresiones tienen

un alcance de menor rango con respecto a estas actividades racionales encaradas por agentes humanos?

c) En el ejemplo mental de la posición original, resumido párrafos atrás, Horta propone que imaginemos qué sucedería si nos tocara ser animales no humanos. Nada impediría que, por ejemplo, en dicha posición participasen organizaciones animalistas representando intereses de animales no humanos. Desde luego, podría haber representantes de asociaciones contra el aborto y muchos otros tipos de asociaciones. En la posición no estarían, además, puros seres racionales sino seres considerados básicamente sintientes. Ahora bien, vistas así las cosas, ¿sería compatible esta perspectiva con el velo de la ignorancia? O, más bien, ¿hay una suerte de posición original reformulada? ¿Hasta qué punto, con qué límites, de haberlos, sería aceptable esta eventual reformulación?

d) En el punto anterior, dije que para Horta la sintiencia es el criterio moral “estrella”. Admitase, de momento, que concedemos esta idea de Horta. ¿No estaríamos haciendo una concesión excesiva? Decir criterio “estrella” no es lo mismo que decir criterio “relevante” para el razonamiento moral<sup>3</sup>. Me explico. El reconocimiento de un deber de respeto para con los animales no humanos parece, en primer lugar, un ejercicio no solo de empatía, como la que propone el autor, sino también, y, sobre todo, de razón. Es la racionalidad, continúa mi argumento, la que nos permite extender las esferas de la moralidad más allá de los intereses “humanos”. Cuando se habla de “intereses” de los animales no humanos, estamos atrapados, después de todo, en un ejercicio de “antropomorfización”. Reconocemos a los animales no humanos como “próximos” a *nosotros*. No al revés. Admitimos, así, por la razón, que tenemos cierta cercanía con ellos, que estamos en una suerte de *relativo* continuo con ellos (o algunos de ellos). Pero, entonces, ¿no será que es la racionalidad, y no la sintiencia, el criterio moral estrella y que la sintiencia es un criterio moral relevante y punto? Como se verá enseguida, frente a conflictos hipotéticos entre salvar animales humanos (por ejemplo, un niño en un incendio) y una vaca, ambos seres situados en el mismo lugar, ¿la razón no nos dictaría salvar al niño? La cercanía antropológica parece un dato inescapable. Y no parece cierto, después de todo, que haya una “igualdad de intereses” en un continuo homogéneo entre humanos y animales no humanos. Como ya sugerí líneas atrás, el continuo es relativo porque también estamos, en el respecto de una racionalidad fuerte, *discontinuados* con los animales no humanos. Desde luego, concedo a Horta que la racionalidad tiene grados: desde la auto-consciencia en sentido fuerte hasta casos de racionalidad cada vez más disminuida: un niño de cinco años, un paciente esquizofrénico, no satisfarían un criterio de racionalidad interpretado a todo-nada. Ahora bien, que la “proximidad antropológica” juegue un papel en el razonamiento moral puede resultar (para algunos) un poco inquietante. Tal inquietud surgiría de contrastar la proximidad antropológica, como criterio moral, con aquel otro criterio moral que nos invita a adoptar el “punto de vista del universo”, enfoque que pareciera exigir excluir “nuestro punto de vista”. Pero no parece haber más remedio: *nuestro punto de vista*, aunque fuese imparcial, es un punto de vista antropomórfico. Horta contestaría posiblemente a esto diciendo que lo que llamo punto de vista antropomórfico no es más que otro rostro del “especismo”. Aun así, y admitiendo la réplica conjeturada de Horta, se puede insistir en preguntas de este estilo: frente a conflictos como los de la vaca y el niño, ¿estaría moralmente mal salvar al niño y no a la vaca?

---

<sup>3</sup> Un contra-ejemplo al criterio de sintiencia sería la enfermedad de “cipa”. La insensibilidad congénita al dolor con anhidrosis (CIPA) es una enfermedad genética que se caracteriza por la incapacidad de sentir dolor y percibir la temperatura y la falta o disminución del sudor (anhidrosis)... La enfermedad es causada por mutaciones en el gen NTRK1.

e) Es llamativo en la obra no encontrar el tema de la experimentación científica con animales. Hay una referencia a un experimento con ratas, sí. Pero para probar el grado de “empatía” de estas para con sus congéneres. El caso es este: resulta que cada vez que en un recipiente unas ratas se dirigían a comer, se pulsaba un mecanismo que hacía descarga eléctrica en ratas que estaban en otro recipiente. Al “advertir” esta situación, las ratas dejaron de comer (p. 52). Ahora bien, un tema importantísimo -que no se aborda en la obra- es el de la investigación con animales con fines científicos: por ejemplo, para comprender mejor y solucionar enfermedades como el alcoholismo, la adicción a drogas, el estrés post-traumático, el cáncer, el Alzheimer o el mal de Parkinson, para citar algunos ejemplos. Si el argumento de Oscar Horta se llevara a sus consecuencias lógicas naturales, entonces parece prohibido experimentar con animales: por caso, ratas. Supongamos que una alternativa a esto sería idear robots que simularan las sensaciones y efectos. Pero, supongamos también que, a diferencia de las ratas, los robots encarecerían la investigación y, por ende, los tratamientos. ¿Qué respuesta daría Oscar Horta? Hay un experimento similar que Horta, a este respecto, descarta. Supóngase, dice él, que estamos en un desierto. Antes de fenercer por falta de comida vemos un animal no humano y decidimos comerlo. ¿Esta acción es moralmente permisible? Horta sostiene que el experimento mental no es bueno. Un rasgo que un experimento mental debe satisfacer, y en esto se puede acordar con Horta, es que entre el experimento mental y nuestras situaciones de hecho actuales o posibles haya una cierta clase de similitud. Empero, él no ve una similitud en esto pues, cada vez que cazamos, pescamos, comemos, nos divertimos, no estamos, de hecho, en la situación del desierto. Supóngase que estamos de acuerdo con esta reflexión de Horta. Sin embargo, el caso de la experimentación con enfermedades humanas graves, ¿no sería semejante al caso del desierto? Si no investigamos con estos animales, no dejaremos de sufrir y morir por las mencionadas enfermedades. No se trata de una actividad que podríamos tildar de “frívola” como la que consiste en inflamar el hígado de un pavo para producir “foie gras”. Con otras palabras, si no hubiera, de momento, medios alternativos para investigar, ¿la experiencia con animales, por caso ratas, sería o no moralmente permisible para el autor? Horta propone otro experimento afín a mi pregunta: se trata de determinar en una situación dilemática hipotética de “si se debe salvar a una vaca o a un cangrejo” (p. 59). La respuesta del autor es que la prioridad dependerá de “cada caso”. Variando el ejemplo, supongamos que el “dilema” va de salvar a una vaca o a un niño. Es usual que nuestros razonamientos morales se decanten por el niño. Aquí alguien podría decir que tal razonamiento se basa, de últimas, en una proximidad antropológica mayor con el niño que con la vaca. Pero si todos valemos igual, si hay un continuo, entre humanos y animales no humanos, ¿cómo interpretar el continuo? ¿Es un continuo gradualista? Decir que sí, es tentador. Pero entonces ya no sería cierto que todos los intereses valen de modo igual: habría grados. Y aquí habría un problema consistente en cómo encajar con todo esto el principio de imparcialidad. En definitiva, la respuesta de Oscar genera impaciencia. ¿Qué prioridad daría él a los seres en juego en mi ejemplo? Esa prioridad, ¿valdría *all things considered*? ¿O, en cambio, su prioridad sería compatible con un residuo moral?

f) Otro tema interesante se vincula con el telón de fondo de la obra. Cuando uno lee el laborioso trabajo de argumentación de Oscar Horta, tiende a pensar que el mismo va destinado a cambiar creencias empíricas y morales equivocadas: por ejemplo, que los animales no sufren. Y también el trabajo de Horta, pivotando sobre casos, se dirige a que logremos empatizar con ellos. Creencias correctas y empatía parecen arietes fundamentales para comportarnos en forma moralmente correcta con los animales no humanos. Algo parecido, se podría decir, le pasó a la humanidad cuando se dio cuenta que no había esclavitud por naturaleza. Ninguna naturaleza atávica justificaba el dominio ilegítimo de unos sobre otros. El cambio moral no se dio

de un día para otro. De hecho, hasta bien entrado el siglo XX la actitud de muchos blancos para con los negros fue de desprecio y dominación. ¿Y qué decir de las mujeres? Durante muchos siglos, las mujeres se equipararon en un punto a los animales no humanos: se las veía como carentes de racionalidad. Ahora bien, el punto que quiero hacer es este: el problema que subyace a no respetar a los animales no humanos, ¿es solo de creencias equivocadas y deseos mal educados? Téngase en cuenta mi caso, que es representativo de muchos otros. Comprendo el punto de Horta. Supóngase que inclusive lo suscribo. Pero admítase, por mor de la argumentación, que, aun así, me falla la voluntad para dejar de comer carne. Oscar Horta dice, al respecto, que dejar de comer carne requiere de un “pequeño esfuerzo de voluntad”. ¿Qué tan pequeño es desde un punto de vista factual? La carne ha formado parte de nuestros hábitos, de nuestra socialización, de nuestra cultura. Vemos el problema y compartimos las creencias de Oscar Horta. Y desde luego su defensa filosófica. Pero seguimos fallando. ¿No será que Horta debería explicar el asunto en términos de “debilidad de la voluntad” más que en términos asociados a creencias? Al parecer, hay algo entre nuestras creencias y empatía que no logra transmitirse a nuestro actuar diario.

g) Otro interrogante que la obra de Oscar Horta puede suscitar se extiende a campos que quizás todavía nos parezcan remotos. Me refiero a los desarrollos en “inteligencia artificial”. Hasta donde alcanzo a ver, todavía no se ha logrado un desarrollo en el cual ciertas máquinas tengan auto-consciencia y sientan. Pero imaginemos que el “Hombre Bicentenario” de Asimov tiene lugar algún día. Supongamos que un robot de este tipo evidencie una conciencia “humana” o proto-humana. Y supongamos también que reclama “derechos”. Y que estos “derechos”, en ocasiones, pueden estar en conflicto con derechos de agentes humanos. Si el ejemplo es válido, no solo tenemos un problema hacia atrás: de revisión de nuestras actitudes tradicionales con los animales no humanos. Sino, también, un problema hacia futuro semejante al que hoy plantean los animales no humanos: ¿qué haríamos si una máquina tuviese capacidad de sentir?

h) Mi último comentario es este: ¿hay algún tipo de trasfondo socio-económico detrás de la cultura vegana que defiende Horta? Mi impresión es que sí. En primer lugar, no todos los productos veganos son de bajo coste. En segundo lugar, no están tan bien distribuidos en el mundo en cantidad y calidad como sería deseable. En mi caso, ciudadano de Córdoba, Argentina, no encuentro tantas alternativas veganas. Es verdad que el fenómeno va creciendo. Pero la comida vegana no parece estar en el mismo nivel de oferta que la carne. Este punto, sin embargo, es muy débil y apenas es un rodeo a la cuestión que realmente deseo plantear que es la siguiente: me refiero a la pobreza. Al menos de donde yo vengo, Argentina, Latinoamérica, la desigualdad es significativa. Hay muchos pobres. Pedirles a los pobres que sean veganos puede ser supererogatorio. ¿Estaría de acuerdo Oscar Horta? Quizás, hasta que no reduzcamos al mínimo posible la pobreza, el paso en el respeto a los animales se encuentre trabado. Es preciso dar muchos pasos en reducir la pobreza. Solo en un mundo donde nos respetemos entre nosotros, donde seamos justos, parecerá más viable dar pasos en defensa de los animales.

Como sea, es hora de terminar mis comentarios. *Un paso en defensa de los animales* es un gran libro, del que se aprende mucho, de alguien comprometido y coherente como Horta. Estos atributos, y no otra cuestión, explican mis interrogantes. Por todo lo dicho, quiero indicar enfáticamente: ¡no se lo pierdan!

## Bibliografía

- DANÓN, L. (2011). "Normatividad doxástica en animales no humanos", *Analítica*, nº 5, pp. 09-28.
- DANÓN, L. (2013) "Conceptos de sustancia y conceptos de propiedades en animales no humanos", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Vol. 45, nº 133, pp. 27-54.
- LARA, F. y CAMPOS, O. (2015), *Sufre, luego importa. Reflexiones éticas sobre los animales*, Madrid, Plaza y Valdés, Madrid.
- SINGER, P. (2011), *Liberación Animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*, Taurus, Madrid.